

LOS LÍMITES LEGALES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El alcance imperativo o dispositivo de las
normas del Estatuto de los Trabajadores

INFORMES Y ESTUDIOS



MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

NIPO: 201-06-241-4

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

Subdirección General de Publicaciones

RET. 01-2.010

Los límites legales
al contenido de
la Negociación Colectiva

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales

Núm. 39

Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva

El alcance
imperativo o dispositivo
de las normas del Estatuto
de los Trabajadores

Tomás Sala Franco

(Director)

Ángel Blasco Pellicer

Eva López Terrada

Luis Enrique Nores Torres

Mercedes López Balaguer

Gemma Fabregat Monfort

Profesores de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Universitat de Valencia. Estudi General.



Edita y distribuye:

Subdirección General de Publicaciones
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtas.es

Internet: www.mtas.es

NIPO: 201-01-055-9

ISBN: 84-8417-064-0

Depósito legal: M. 41.350-2001

Imprime: Sociedad Anónima de Fotocomposición
Talisio, 9. 28027 Madrid

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
PRESENTACIÓN	9
I. ACERCA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LA NATURALEZA DE LAS NORMAS LABORALES: REFLEXIONES PARA UN DEBATE	13
II. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	25
1. Título I: De la relación individual del trabajo	25
2. Título II: De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores de la empresa	197
3. Título III: De la negociación colectiva y de los convenios colectivos	225
4. Disposiciones adicionales	257
5. Disposiciones transitorias	263
6. Disposición derogatoria única	267
7. Disposiciones finales	269

PRESENTACIÓN

Como fuente de regulación de condiciones de trabajo y empleo, la negociación colectiva se ocupa hoy de un amplísimo número de materias, habiéndose enriquecido en los últimos años con un contenido regulador más extenso y variado que el de la simple negociación salarial. Aún cuando este objetivo tiene todavía bastante camino por andar, lo cierto es que se han producido avances significativos sobre todo en la negociación colectiva sectorial estatal y en algunos convenios colectivos de empresa. Esto mismo se comprueba si se examinan los propios estudios sobre negociación colectiva publicados por esta Comisión Consultiva.

Los límites directos al contenido de la negociación colectiva están, pues, en la Ley y, desde luego, en la Constitución Española. Respetando esta limitación, los convenios colectivos tienen libertad para regular su contenido. A su vez, la Ley, particularmente el Estatuto de los Trabajadores, contiene remisiones expresas a la fuente colectiva para que sea ésta la que se ocupe de la regulación de la materia objeto de referencia legal. Se trata con ello de la relación Ley-convenio colectivo que ha sido objeto de estudio doctrinal y también de interpretación jurisprudencial. En esta relación, la naturaleza jurídica de la norma o del precepto legal es trascendental para delimitar el propio contenido regulador que se reserva al convenio colectivo. El alcance así imperativo o dispositivo de la norma se revela como un aspecto condicionante de la propia función normativa a desempeñar por la negociación colectiva en el tratamiento convencional de la materia referida. La imperatividad absoluta o relativa o el carácter dispositivo de la norma laboral constituye un referente necesario que debe tener en cuenta el convenio colectivo.

Se trata, en definitiva, con todo ello de identificar, con el mayor detalle posible, el carácter o la naturaleza jurídica con que se muestran las normas del Estatuto de los Trabajadores y, a la postre, el juego del propio límite legal al contenido de la negociación colectiva.

El mismo examen de los convenios colectivos permite comprobar como, en muchas ocasiones, la fuente autónoma no aprovecha las verdaderas posibilidades de regulación material que le permite, autoriza o proporciona expresamente la norma legal. A su vez, no siempre se conoce, sobre todo por las Comisiones Negociadoras de los convenios colectivos, el verdadero alcance imperativo o dispositivo de esas normas y, en particular, de las del Estatuto de los Trabajadores, esto es, hasta donde puede y no puede llegar desde el punto de vista normativo una cláusula convencional. La inseguridad jurídica con la que se actúa en el propio ejercicio de la negociación colectiva no es precisamente una circunstancia que contribuya al propio objetivo de la modernización y enriquecimiento de la negociación colectiva. En definitiva, el conocimiento preciso, desde el punto de vista jurídico, de la naturaleza con la que se proyecta el Estatuto de los Trabajadores sobre la negociación colectiva, puede ser así un elemento que favorezca y potencie, a su vez, el papel regulador material de la fuente más importante hoy en nuestro sistema de relaciones laborales.

Pues bien, a estas y otras cuestiones se da respuesta en la presente publicación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. El origen de la obra proviene del trabajo realizado por un Equipo de investigación de la Universidad de Valencia bajo la dirección del Profesor Sala Franco. Fue este último el que desinteresadamente se puso en contacto con la Comisión Consultiva para hacerle llegar la existencia de esta investigación y el especial interés en que su difusión y publicación se hicieran a través de esta última. Se ha estimado así oportuno e interesante aprovechar este ofrecimiento de los autores para poner a disposición de todos los estudiosos de las relaciones laborales, sobre todo, de los interlocutores sociales y, en particular, de los representantes de los trabajadores y empresarios y de las Comisiones Negociadoras de los convenios colectivos un estudio y análisis jurídicos que estoy seguro serán de extraordinaria utilidad para el ejercicio de su propia función. Era necesario así en nuestro sistema de negociación colectiva contar con una aportación completa y sistemática, a la vez que pormenorizada, de la naturaleza jurídica del Estatuto de los Trabajadores desde la máxima autoridad y rigor científico que sirviese, igualmente —y este es el objetivo fundamental— como un instrumento útil y eficaz más de ayuda y de consulta por parte de quienes día a día se ocupan precisamente de dar cuerpo al propio contenido regulador de la negociación colectiva. La obra está, además, plenamente actualizada, pues se incorpora la última reforma laboral del Estatuto de los Trabajadores del año 2001.

Se cubre, pues, con la presente publicación una evidente laguna en los estudios sobre negociación colectiva, que no sólo es un trabajo doctrinal del máximo nivel, sino que pone a disposición de sus destinatarios un instrumento del que se carecía hasta el momento y que servirá, sin duda, para facilitar la propia labor de los órganos negociadores de los convenios y los acuerdos colectivos españoles. Se pretende con ello, en definitiva, contribuir desde la Comisión Consultiva, contando con el compromiso y el interés de los autores del trabajo, al fortalecimiento de la misma negociación colectiva y a la seguridad jurídica que debe acompañar siempre a la función normativa reguladora de las relaciones de trabajo y empleo entre la empresa y los trabajadores, preocupación que hay que compartir con los propios autores de la obra y que ha sido una de las razones que les ha movido a su elaboración.

Procede, con toda razón y fundamento, pues, agradecer, en nombre de la Comisión Consultiva, al Profesor Sala Franco y a su Equipo que hayan querido expresamente que este interesante y útil estudio, teórico y práctico, sea publicado precisamente a través de la Comisión, que se suma así a los que viene realizando habitualmente, en beneficio todo ello, como siempre, de nuestra negociación colectiva y del propio sistema de relaciones laborales en España. Recomendando, por todo lo dicho, su lectura, especialmente a quienes son destinatarios directos de este esfuerzo doctrinal, en el convencimiento de que van a contar a partir de ahora con una pieza más de indudable trascendencia en la labor negociadora colectiva española. De igual forma, hay que agradecer, de nuevo, a la Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la rapidez y el esmero con que acoge siempre las iniciativas de la Comisión Consultiva.

Madrid, septiembre de 2001

JUAN GARCÍA BLASCO
*Presidente de la Comisión Consultiva
Nacional de Convenios Colectivos*

I

ACERCA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LA NATURALEZA DE LAS NORMAS LABORALES: REFLEXIONES PARA UN DEBATE

1. El art. 9.3 de la Constitución garantiza la seguridad jurídica, siendo ésta uno de los elementos básicos, aunque decididamente olvidado por todos, de un Estado de Derecho. La seguridad jurídica significa en esencia la eliminación de la incertidumbre al operar jurídicamente, exigiendo que un ordenamiento de una respuesta cierta y segura a los problemas planteados. Y no hay duda, en este sentido, de que cuando el margen de interpretación jurídica de una norma es excesivo, se pone en peligro la seguridad jurídica.

2. Son muchas las causas de inseguridad jurídica que nuestro ordenamiento laboral presenta. Entre otras, cabría citar la obsolescencia misma de algunas normas vigentes (el Real Decreto-ley 7/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, por ejemplo), la abundancia de «*conceptos jurídicos indeterminados*» (conceptos de trabajador, de empresa o de concurrencia desleal, de protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), la falta de desarrollo legislativo y la necesaria integración jurisprudencial de algunas importantes materias (el régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, de las huelgas de funcionarios públicos o de la negociación colectiva extraestatutaria), la clara y evidente defectuosidad técnica de muchos preceptos legales (los art. 39 y 41 del E.T., sobre movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo) o la frecuente técnica de reglamentar las leyes varios años después de su entrada en vigor (caso de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de los riesgos laborales).

3. Pero, de todas las causas de inseguridad jurídica imaginables y reseñables en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ocupa sin duda el primer puesto la de la dudosa naturaleza jurídica o alcance imperativo de las normas y la frecuente técnica del reenvío a la autonomía colectiva y, en su caso, a la individual para la integración del contenido incompleto legal o reglamentario o, más simplemente, para su regulación al deslegalizar ciertas materias.

4. Sin duda, la principal diferencia existente entre las normas (legales y reglamentarias) laborales y las normas (legales y reglamentarias) del derecho común reside en su naturaleza jurídica, constituyendo ésta la principal peculiaridad del Derecho del Trabajo frente a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Mientras que las normas comunes o son de naturaleza imperativa —de obligado cumplimiento en todo caso, impidiendo que normas inferiores en jerarquía o pactos puedan manifestarse en contrario (art. 6.1 del Código Civil)— o son de naturaleza dispositiva — sólo se aplican en ausencia de pacto en contrario (art. 6.2 del Código Civil) — en las normas laborales existe un «*tertium genus*» —el más frecuente por lo demás— que participa de la naturaleza imperativa y dispositiva a un tiempo. Se trata de normas denominadas de «*derecho necesario relativo*», por oposición a las normas absolutamente imperativas y a las normas absolutamente dispositivas.

Pero, aun dentro de estas últimas, es preciso diferenciar entre aquellas normas que establecen «*máximos*» o «*techos*» y aquellas otras que establecen «*mínimos*» o «*suelos*» de derecho necesario para la negociación colectiva y, en su caso, para la contratación individual.

El esquema anterior, de por sí complejo, se complica a su vez enormemente en la medida en que algunas de estas normas de derecho necesario relativo —los «*suelos*» o «*mínimos*»— pueden ser compensables o incompensables por la negociación colectiva y, en su caso, por la contratación individual, según se admita o no rebajar los mínimos por el libre juego de la voluntad de las partes a cambio de alguna compensación. No sucede lo mismo con los «*máximos*» o «*techos*», normalmente de naturaleza incompensable.

En definitiva, la imperatividad de una norma laboral —absoluta o relativa— se establece por razones de orden público, esto es, en defensa de los intereses generales de la comunidad. Sólo que, en algunas ocasiones, los intereses generales coinciden con los intereses empresariales —caso de las normas máximas— en otras, con los intereses de los trabajadores —caso de las normas mínimas— y en otras más con el de todos los ciudadanos —normas de derecho necesario absoluto.

5. De todo lo cual se deduce que las normas laborales legales y reglamentarias pueden ser de cuatro clases en cuanto al alcance de su imperatividad ¹:

¹ Esta caracterización no constituye naturalmente una novedad, siendo utilizado con márgenes mínimos de diferencia por la doctrina. Así, por ejemplo, en el magnífico libro de I. GARCÍA PERROTE (*Ley y Autonomía Colectiva*, Madrid, 1987) se utilizan es-

1º) Normas absolutamente imperativas que impiden siquiera la negociación colectiva sobre las materias por ellas reguladas.

2º) Normas relativamente imperativas, configuradoras de «*máximos de derecho necesario*», que permiten la negociación colectiva sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando respeten esos «*máximos*».

3º) Normas relativamente imperativas, configuradoras de «*mínimos de derecho necesario*», que permiten la negociación colectiva sobre las materias por ellas reguladas, siempre y cuando respeten esos «*mínimos*». A su vez, estos «*mínimos*» podrán ser incompensables o compensables por la negociación colectiva y, en su caso, por la contratación individual.

4º) Normas absolutamente dispositivas que permiten la negociación colectiva y, en su caso, la contratación individual sobre las materias por ellas reguladas sin límite alguno, siendo aplicables únicamente en defecto de pacto colectivo y, en su caso, individual.

6. Naturalmente, entre las normas legales (y reglamentarias) y los convenios colectivos o el contrato individual pueden existir otras relaciones distintas a las jerárquicas, basadas en la mayor o menor imperatividad impeditiva de la actuación de la norma inferior en rango jerárquico. Así, pueden existir, y de hecho existen muy frecuentemente, relaciones de complementariedad o articulación, en virtud de las cuales una disposición remite o envía a otra para completar determinados aspectos de su regulación o, incluso, para su completa regulación (fenómeno de la «*deslegalización*»), pudiendo, desde luego, producirse éstas entre la norma estatal (legal y reglamentaria) y el convenio colectivo o el contrato individual.

El instrumento jurídico a través del cual se establecen estas relaciones de complementariedad entre la norma estatal y la norma convencional o el contrato individual es la «*llamada*» o el «*reenvío*» de la primera a los segundos con la finalidad de completar o regular la norma estatal incompleta o inexistente. En todo caso, no deben confundirse las «*llamadas para complementar o para regular*» con las «*llamadas para sustituir*», esto es, con las normas estatales dispositivas, sólo aplicables en defecto de pacto colectivo o individual.

7. Si trasladamos el esquema anterior de posibilidades normativas en atención al grado de imperatividad de las mismas a nuestro ordenamiento jurídico-positivo tan sólo encontraremos tres preceptos en

tas categorías, si bien reconduciendo la caracterización de «*norma máxima*» al «*derecho necesario absoluto*» y no al «*derecho necesario relativo*» como nosotros hacemos. La diferencia no es, a nuestro juicio, trascendente.

el E.T. que, con carácter general, pretenden resolver los problemas de calificación de la naturaleza jurídica de las normas laborales legales y reglamentarias respecto de la negociación colectiva y la contratación individual:

a) El primero de ellos es el art. 85.1 del E.T. que, al regular el contenido posible de los convenios colectivos, señala que existirá libertad plena de negociación *«dentro del respeto a las leyes»*, sin otra especificación, lo cual, ciertamente, si bien se mira, es decir bien poco. Desde luego, lo que quiere decir es que habrá que respetar lo que de imperativo tengan esas *«leyes»*.

b) El segundo es el art. 3 del E.T., cuyo párrafo 3.º enlaza, seguramente sin proponérselo, con el anterior art. 85.1 del E.T. y establece 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 necesario, 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»*.

Tampoco este segundo precepto resiste la crítica si se le enjuicia como el único precepto legal que pretende calificar la naturaleza jurídica de las normas *«estatales»* (legales y complementarias) *«en conflicto»* con las normas *«pactadas»* (los convenios colectivos).

Efectivamente, el precepto habla de *«mínimos de derecho necesario»*, término que interpretado estrictamente equivaldría a *«normas legales o reglamentarias mínimas»* en el sentido arriba indicado, permitiendo la *«aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto»*. Dejando a un lado la cuestión de si la comparación entre una norma legal reglamentaria y un convenio colectivo es posible, dada la distinta extensión del contenido de las normas de referencia y la imposibilidad lógica de aplicar el criterio de la comparación conjunta, parece querer indicar la ley la posibilidad de que el convenio mejore *«globalmente»* lo dispuesto en la ley o en el reglamento, esto es, parece calificar en todo caso de *«compensables»* los mínimos legales y reglamentarios por parte de la negociación colectiva. Pero si esto es así, la ley olvidaría que existen normas legales y reglamentarias absolutamente imperativas, máximas y dispositivas. El art. 3.3 del E.T. no soluciona, pues, ni claramente ni en su totalidad los problemas de calificación jurídica de las normas laborales legales y reglamentarias en relación con la negociación colectiva.

c) El párrafo 1º, apartado c) de este artículo 3 del E.T., por su parte, aborda la calificación de las normas legales o reglamentarias (habla de *«disposiciones legales»*) respecto de la contratación indivi-

dual, prohibiendo el establecimiento de «condiciones (contractuales) menos favorables o contrarias» a las mismas. Aquí sí, pero sin concretar en absoluto cuál sea la naturaleza de esas «disposiciones legales» a las que se refiere, reconoce implícitamente la ley la existencia de normas absolutamente imperativas, de normas máximas y de normas mínimas al prohibir la «contrariedad» o el «empeoramiento» en la fijación de las condiciones contractuales. En todo caso, olvida el precepto legal —o da por supuesto— la existencia de normas legales y reglamentarias de carácter dispositivo. Y, desde luego, nada dice acerca de la naturaleza compensable o incompensable de las «disposiciones legales» de carácter mínimo.

8. Fuera de estos imprecisos e incompletos preceptos generales del E.T., no existe otra posibilidad que la de deducir de la redacción utilizada en los correspondientes preceptos su concreta naturaleza jurídica.

Si bien de la lectura de la mayoría de los preceptos legales y reglamentarios no es posible deducir nada acerca de su naturaleza jurídica, existen, sin embargo, algunos ejemplos de normas que se autocalifican de «absolutamente imperativas», de «máximas», de «mínimas» —llegando a señalar en algún caso su carácter limitadamente incompensable— o de «dispositivas». Así, a título de ejemplo:

a) El art. 17.2 del E.T., al establecer que «podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente», se está autocalificando la norma imperativa absoluta, impidiendo la negociación colectiva sobre estas materias.

Lo mismo cabría decir del art. 26.4 del E.T. que prevé expresamente la nulidad de «todo pacto en contrario» de la prohibición de asunción empresarial de las cargas fiscales y de la seguridad social del trabajador.

b) El art. 34.2 del E.T., al establecer que «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo», viene a autocalificarse de «norma mínima», mejorable por la negociación colectiva y la contratación individual en beneficio del trabajador.

Lo mismo cabría decir de la literalidad de los arts. 35.1, referido al incremento porcentual de la retribución de las horas extraordinarias («que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria»); 37.1, referido al «descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido»; o 38.1 del E.T., referido al período de vacaciones anuales retribuidas, ya que «en ningún caso la duración será inferior a 30 días naturales».

c) El art. 38.1 del E.T., al señalar que el período de vacaciones anuales retribuidas «no es sustituible por compensación económica», no sólo se autocalifica de «norma mínima» sino que, además, establece su «incompensabilidad económica».

d) Finalmente, los arts. 84 y 86.2 del E.T., relativos, respectivamente, al principio general de no concurrencia entre convenios colectivos «salvo pacto en contrario» y a la regla general de la prórroga anual de un convenio colectivo en caso de falta de denuncia expresa de las partes «salvo pacto en contrario», constituyen dos ejemplos paradigmáticos de normas «dispositivas», si bien reducida lógicamente su dispositividad, por razón de la materia, a la negociación colectiva (convenios marco y acuerdos interprofesionales en el art. 84; todo tipo de convenios colectivos estatutarios, en el art. 86.2). A partir de la reforma del E.T. por la Ley 11/1994, abundan los preceptos legales dispositivos [arts. 11.1.d), 11.2.c), 11.2.f), 14.1, 15.1, 26.3, 29.1, 34.3, 34.4, 35.1, 35.4, 38.2, 39.4, 39.5 y 86.3 del E.T.].

9. Fuera de estos casos, excepcionales, en los que los preceptos legales se autocalifican jurídicamente en cuanto a su grado de imperatividad, existe una gran inseguridad en orden a la calificación del grado de imperatividad de las normas legales (y reglamentarias) laborales dado que el art. 3.3 del E.T. —precepto que, teóricamente, pretende resolver estas cuestiones— es un precepto claramente deficiente en cuanto que al hablar de «conflictos de aplicación» y de «conurrencia de normas» no hace sino provocar la «ceremonia de la confusión» ya que, más que de conflictos aplicativos o de concurrencia de normas, se trata de problemas de legalidad y, por ello, de validez normativa, problemas que se presentan no tanto en el «momento aplicativo» cuanto en el anterior «momento legislativo». Una norma ilegal no puede concurrir con otra legal; sencillamente, se trata de una norma nula, no existiendo concurrencia aplicativa. Verdaderamente, sólo a partir de normas válidas es posible que se plantee un conflicto de concurrencia normativa que, por lo demás, deberá resolverse no tanto aplicando la más favorable sino más bien la norma especial, si está válidamente acordada.

Así pues, desgraciadamente, será la jurisprudencia de los Tribunales la que en la mayoría de los casos tendrá que interpretar la «ratio» pretendida por la norma y deducir trabajosamente su concreta naturaleza jurídica.

10. Si bien se mira, una gran parte de los problemas técnico-jurídicos que hoy tiene planteado el Derecho del Trabajo español son consecuencia, directa o indirecta, de la difícil calificación de la naturaleza jurídica de determinadas normas laborales y las cuestiones de

política del derecho de mayor calado presentes hoy en nuestro Derecho del Trabajo enlazan también con estas cuestiones planteadas.

En el orden de los problemas técnico-jurídicos planteados, cabría traer a colación las dudas que plantea la calificación jurídica de múltiples normas laborales estatales. A título de ejemplo, citemos la naturaleza jurídica de dos importantes preceptos del E.T., relativos a dos de las instituciones más trascendentes del derecho laboral, esto es, a la movilidad funcional (art. 39) y a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41). En ninguno de ellos resulta ni mucho menos claro el alcance de la imperatividad de sus mandatos, sin que hasta la fecha exista jurisprudencia firme sobre el tema, no habiendo otra cosa que opiniones, en ocasiones contradictorias, de la doctrina.

11. Si nos situamos en el plano de los problemas actuales de política del derecho, una de las cuestiones más debatidas en los últimos años ha sido —y sigue siendo— la de la flexibilidad del sistema español de relaciones laborales.

Con independencia de que el debate acerca de la flexibilidad sea mucho más complejo, una de las cuestiones en él implícita es sin duda la de la imperatividad/dispositividad de las normas laborales, en la medida en que un ordenamiento jurídico será, en principio, más flexible cuanto mayor margen conceda a la autonomía colectiva e individual, esto es, cuanto mayor sea la dosis de dispositividad de las normas laborales.

12. No parece, en conclusión, que la actual situación resulte ser la adecuada ni desde la perspectiva técnico-jurídica ni tampoco desde el plano de política del derecho ya que, lejos de aclarar un tema tan central como el de las relaciones entre las normas estatales y las normas convencionales, mantiene una notable inseguridad jurídica sólo salvada por la acción jurisprudencial de los Tribunales, a su vez contradictoria.

A nuestro juicio, aun siendo conscientes de los riesgos que sin duda alguna conlleva, habría que apostar rotunda y decididamente en el futuro por la seguridad jurídica, proporcionando unas bases normativas sólidas y claras. Y si se quiere flexibilizar —o hacer más rígido— el ordenamiento laboral, hágase enhorabuena pero por la vía legislativa (y reglamentaria) y no por la vía jurisprudencial, comprometiéndose los sujetos creadores de las normas laborales —legislador (y Administración Pública)— con la concreta calificación jurídica de la naturaleza de cada uno de los preceptos establecidos, liberando así a los Tribunales de la penosa tarea integradora, dado el exquisito carácter normativo y, por ello, político del tema.

Para ello propondríamos:

1º) En primer lugar, la modificación del art. 3.3 del E.T. que, en una nueva creación, como precepto general, estableciese los límites de la negociación colectiva. Se trataría de una norma genérica que vendría a establecer la libertad negocial sin otros límites que el respeto de los niveles de imperatividad —absoluto y relativo— de las normas legales y reglamentarias. Esta nueva norma se situaría ya en el plano legislativo y no en el plano aplicativo como sucede actualmente con el desgraciado art. 3.3 del E.T.

En este mismo artículo podría incluirse, como principio aplicativo general, el de la norma especial válidamente producida.

2º) En segundo lugar, como alternativa concreta, o bien una gran claridad en la redacción de todos y cada uno de los preceptos legales y reglamentarios en orden a su auto calificación jurídica; o bien una cláusula o disposición adicional que —a semejanza de las normas legales sobre el estatuto de la función pública, donde siempre hay un artículo que establece qué concretos preceptos son bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos a los efectos de la legislación autonómica complementaria—, concretara expresamente qué preceptos son absolutamente imperativos, máximos o mínimos —si incompensables o compensables y con qué condiciones—, o dispositivos.

Lo que en algún momento pudo estar claro —la presunción de imperatividad de todas las normas laborales—, hoy no lo está, constatándose un cambio de sensibilidad importante en este sentido.

13. Si nos situamos en el plano de las «*llamadas para complementar o regular*», surgen también problemas técnicos de carácter interpretativo respecto de estas últimas.

En primer término, el de si existe libertad para negociar colectivamente esos aspectos complementarios o si, por el contrario, hay obligación de negociarlos.

La respuesta es clara en la gran mayoría de los casos dado que, con carácter general, rige el principio de la libertad de negociación consagrado en el art. 85.1 del E.T. Ahora bien, el propio art. 85.2 del E.T., al delimitar el «*contenido mínimo*» necesario de todo convenio colectivo, parece exigir de las partes negociadoras determinados pactos relativos, por ejemplo, a las cláusulas de descuelgue salarial y a los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de la comisión paritaria.

La natural consecuencia de esta exigencia legal de contenido mínimo necesario sería la calificación de ilegal de aquel convenio colectivo que no lo incluyera. Sin embargo, no parece que el legislador tenga tan clara esta lógica conclusión.

En otros casos, el problema se plantea a la vista de la literalidad de la ley, aparentemente imperativa. Así, por ejemplo, con el art. 23.2 del E.T., relativo al derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, cuando establece que «*en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos*».

Otro aspecto importante a considerar en relación con estas «*llamadas para complementar*» es el relativo a los límites legales que eventualmente pudieran establecerse en las normas de reenvío respecto del acuerdo complementario del convenio colectivo.

Es cierto que existen remisiones legales a la negociación colectiva sin límites para ésta, pero lo normal es que las remisiones legales a lo pactado en convenio colectivo fijen límites a la negociación.

Una última cuestión interpretativa puede plantearse, en fin, en relación con estas «*llamadas para complementar*» de la ley al convenio colectivo: ¿Surge el derecho del mero reconocimiento legal o es necesario para ello la expresa concreción convencional? Los arts. 23.2 y 36.2 del E.T. son buena muestra de ello.

14. Así pues, tampoco parece que en lo relativo a las relaciones de complementariedad exista una suficiente claridad en la actuación legislativa, siendo necesario solucionar las dudas interpretativas derivadas de los efectos del incumplimiento de las «*obligaciones*» de negociar ciertos aspectos como «*contenido mínimo*» del convenio colectivo y de las oscuras relaciones de ciertos preceptos legales en orden a establecer límites a la negociación colectiva o en orden a «*deslegalizar*» totalmente una determinada materia.

15. Convenida la necesidad de articular un sistema de relaciones laborales que sea capaz de hacer frente a los incuestionables retos y problemas que presenta la seguridad jurídica sin abandonar los principios tutelares sobre los que se ha construido la disciplina, parece necesario una toma de postura sobre su resultado. En nuestra opinión, cualquier reforma debe acoger la relativa demanda de protagonismo que la autonomía individual reclama y, paralelamente, situar el epicentro del sistema en la negociación colectiva.

16. En cuanto a la primera de las cuestiones, la necesidad de acoger la relativa demanda de individualización, entendida como mayor protagonismo de la autonomía individual en la regulación de las concretas condiciones en que se desenvuelve la relación de trabajo, debe efectuarse con suma cautela. El principio del que hay que partir es la inmutabilidad del sistema de fuentes y de las relaciones entre las mismas, así como el mantenimiento de los tradicionales principios de este sector del ordenamiento jurídico. De esta forma las posibilidades que la autonomía individual pudiera tener deberían pasar por dos vías:

a) En primer lugar, por la reinterpretación del actual papel que la voluntad de las partes tiene en el sistema de fuentes de la relación laboral que establece el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Sin ánimo de ser exhaustivos, la posibilidad de que sea el trabajador individual, con las necesarias cautelas en orden a la libertad sindical, quien pueda decidir que es lo más favorable para sus intereses, la admisión de condiciones de trabajo distintas frente a la expresión contrarias del artículo 3.1.c).E.T., la distinción entre condiciones convencionales colectivas e individuales, etc., se antojan como las principales posibilidades individualizadoras en sede interpretativa.

b) La segunda vía sería la reducción de las normas indisponibles o disponibles *in mellius* en cuanto a concretas condiciones de trabajo, favoreciendo, de esta forma, con respeto a los mínimos inmodificables, la intervención de la voluntad individual. Se trataría, obviamente de aquellas condiciones no cuantificables y susceptibles, por tanto de una valoración personal.

17. Cualquier reforma del sistema de relaciones laborales, sin embargo, debería pasar por hacer gravitar el epicentro del mismo —de la distribución competencial entre las distintas fuentes del ordenamiento laboral— en la autonomía colectiva. La nueva regulación de las relaciones laborales debería potenciar la autonomía colectiva de manera que se conjugasen dos factores. Por un lado, la asunción del papel fundamental en la regulación de las condiciones de trabajo ya que es en la autonomía colectiva, sin duda, donde reside la mayor capacidad de adaptación de la normativa laboral a los acelerados cambios que se producen en el mercado de trabajo. De otro, permitir una adecuada consolidación de las aspiraciones individuales de los empresarios y trabajadores afectados por su ámbito de aplicación. Ambas funciones no son incompatibles sino complementarias. En efecto, una adecuada articulación de la negociación colectiva que remita las distintas materias a los diversos niveles de negociación y que tenga presente la posibilidad de que, en el seno de las empresas, se adecuen los planteamientos generales a sus necesidades específicas, remitiendo, paralelamente, al pacto contractual aquellas decisiones cuya administración pertenece, por esencia, al trabajador, puede provocar un beneficioso efecto de credibilidad y potenciación del papel de la autonomía colectiva como reguladora del régimen general de regulación del estatuto del trabajador asalariado.

18. Sólo actuando de manera que el respeto a los principios de jerarquía y de complementariedad normativas resulten claros en el ordenamiento laboral, elevaremos el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 de la Constitución a la condición de elemento

primario y básico de la justicia laboral, obviando pleitos innecesarios o gratuitos y abandonando la otrora posición judicialista de un cierto sector de la «*izquierda jurídica*» cuando reclamaba el «*uso alternativo del derecho*» y la paralela posición actual de un cierto sector de la «*derecha jurídica*» reclamando esto mismo.

No hay duda, en este último sentido, de que el contenido de una norma jurídica laboral debe ser triple: Primero, se debe establecer el mandato; segundo, se debe aclarar el alcance imperativo de ese mandato; y, tercero, se debe fijar el régimen sancionatorio aplicable en caso de incumplimiento.

Sólo así contribuiremos a la consolidación de un efectivo Estado de Derecho, en el que cada poder asuma su propia responsabilidad con todas las consecuencias.

20. El presente trabajo, iniciado y desarrollado en régimen de seminario compartido en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, pese a las indudables autorías, pretende dejar constancia, en primer lugar, desde una perspectiva teórica, de las dificultades actuales para el intérprete de saber exactamente cual es la naturaleza jurídica de los distintos mandatos que aparecen en el articulado del E.T. y de la exigencia urgente de una solución normativa eficaz y, en segundo lugar, desde una perspectiva práctica y funcional, de cual es el estado de la cuestión a la vista de las distintas, y a veces contradictorias, opiniones doctrinales y jurisprudenciales, contribuyendo así a facilitar la labor de las partes negociadoras de un convenio colectivo y de las partes contratantes a nivel individual.

En el estudio hemos utilizado la siguiente metodología de análisis:

a) Hemos localizado, en primer lugar, artículo por artículo, los distintos mandatos existentes.

b) Hemos valorado su naturaleza jurídica, esto es, su alcance imperativo de cara a la negociación colectiva y a la contratación individual, calificándolos de mandatos imperativos absolutos, imperativos relativos, máximos o mínimos, compensables o incompensables, o dispositivos.

c) Hemos constatado, también, generalmente, la existencia de mandatos completos o incompletos y la existencia, en su caso, de remisiones expresas a la negociación colectiva y a la contratación individual para su integración o regulación, valorando igualmente el alcance de las mismas.

II

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. TÍTULO I DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

CAPÍTULO I Disposiciones Generales

SECCIÓN PRIMERA

Ámbito y fuentes

Artículo 1. Ámbito y fuentes

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

2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

3. Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley:

a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.

b) Las prestaciones personales obligatorias.

c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

- d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.
- f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma.
- g) En general todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo.

A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

4. La legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

5. A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.

En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto delimitador del ámbito de aplicación de la ley, y por ello, de naturaleza imperativa absoluta, lógicamente innegociable por convenio colectivo o por contrato individual por afectar al orden público laboral.

Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial

1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial:

- a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c).
- b) La del servicio del hogar familiar.
- c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.
- d) La de los deportistas profesionales.
- e) La de los artistas en espectáculos públicos.
- f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.
- g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
- h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.
- i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.

2. En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución.

Calificación jurídica

Se trata, igualmente, de una regulación legal imperativa de carácter absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual por afectar al orden público laboral.

Artículo 3. Fuentes de la relación laboral

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.
- b) Por los convenios colectivos.
- c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

3. 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 necesario 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.
4. Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.
5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Calificación jurídica

Todo el precepto posee carácter imperativo absoluto, siendo su contenido innegociable por convenio colectivo o por contrato individual por pertenecer al orden público laboral.

SECCIÓN SEGUNDA

Derechos y deberes laborales básicos

Artículo 4. Derechos laborales

1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:
 - a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.
 - b) Libre sindicación.
 - c) Negociación colectiva.
 - d) Adopción de medidas de conflicto colectivo.
 - e) Huelga.
 - f) Reunión.
 - g) Participación en la empresa.
2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:
 - a) A la ocupación efectiva.
 - b) A la promoción y formación profesional en el trabajo.
 - c) A no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites marcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas,

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

Tampoco podrán ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

- d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.

Calificación jurídica

El precepto como tal, enumerativo de los derechos básicos y otros derechos a ejercitar en la relación de trabajo de los trabajadores, posee naturaleza imperativa absoluta, perteneciendo también al orden público laboral y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual. Así, un convenio colectivo o un contrato individual no podrían suprimir alguno de los derechos enumerados.

Ahora bien, esto no quiere decir que el contenido de los derechos enumerados legalmente no pueda ser afectado por concreciones pactadas colectiva o en vía contractual individual, dentro de los límites marcados por los preceptos legales imperativos que los desarrollan.

Así por ejemplo, no hay duda de que el derecho a la «integridad física» y a una adecuada política de «seguridad e higiene» o todo lo relativo al «acoso sexual» podrán —y de hecho así sucede— ser objeto de la negociación colectiva, dentro de los límites legales.

Artículo 5. Deberes laborales

Los trabajadores tienen como deberes básicos:

- a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.
- b) Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten.
- c) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.
- d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley.
- e) Contribuir a la mejora de la productividad.

f) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto semejante al anterior, cuyo contenido enumerativo es de naturaleza imperativa absoluta y por ello, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual, si bien el contenido de los deberes enumerados podrá ser objeto de concreción negociada colectiva o individualmente y dentro de los límites legales imperativos.

SECCIÓN TERCERA

Elementos y eficacia del contrato de trabajo

Artículo 6. Trabajo de los menores

1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.

Calificación jurídica

Estamos ante un precepto que, por razones de orden público laboral, posee naturaleza de derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto legal de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual por estar dirigido al Gobierno y no referirse a los sujetos de las relaciones laborales.

3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo o por contrato individual.

4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto, innegociable tanto en vía colectiva como individual.

Artículo 7. Capacidad para contratar

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

- a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.
- b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.
- c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.

Calificación jurídica

Norma imperativa absoluta que, por razones de orden público laboral, resulta innegociable por convenio colectivo y por contrato individual.

Artículo 8. Forma del contrato

1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

2. Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación, los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo, los contratos de trabajo a domicilio, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los contratos de inserción, así como los de los trabajadores contratados en España al servicio de

empresas españolas en el extranjero. Igualmente constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios

3. a) El empresario entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores.

Con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal.

La copia básica se entregará por el empresario, en un plazo no superior a diez días desde la formalización del contrato, a los representantes legales de los trabajadores, quienes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. Posteriormente, dicha copia básica se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo.

b) Los representantes de la Administración, así como los de las organizaciones sindicales y de las asociaciones empresariales, que tengan acceso a la copia básica de los contratos en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, observarán sigilo profesional, no pudiendo utilizar dicha documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento.

4. Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

5. Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Calificación jurídica

Los cuatro primeros párrafos del precepto poseen una naturaleza imperativa absoluta, impidiendo la negociación colectiva y la contratación individual sobre esta materia.

El párrafo quinto contiene, sin embargo, un mandato legal con naturaleza de mínimo de derecho necesario relativo, dado que, por convenio colectivo, podría exigirse la obligación empresarial de información por escrito a los trabajadores de elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral en contratos de duración inferior a cuatro semanas.

Artículo 9. Validez del contrato

1. Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley.

Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones.

2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual.

SECCIÓN CUARTA

Modalidades del contrato de trabajo

Artículo 10. Trabajo en común y contrato de grupo

1. Si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, conservará respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes.

2. Si el empresario hubiese celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de

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

3. 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.

Calificación jurídica

Los tres párrafos del precepto son de derecho necesario absoluto y, por ello, innegociables por convenio colectivo y por contrato individual.

Artículo 11. Contratos formativos

1. El contrato de trabajo en prácticas podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cuatro años, o de seis años cuando el contrato se concierte con un trabajador minusválido, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto innegociable por convenio colectivo y por contrato individual. El mandato del precepto como tal posee naturaleza imperativa absoluta, si bien para su concreción hace una llamada a la negociación colectiva sectorial estatal y, en su defecto, a los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, jerarquizando así a los convenios colectivos sectoriales y excluyendo a los convenios de empresa.

Respecto a si la remisión legal se refiere solamente a los convenios colectivos estatutarios con exclusión de los extraestatutarios, ésta parece ser, a nuestro juicio, la intención del legislador, por cuanto no tendrían sentido, en otro caso, la jerarquización convencional y la exclusión de los convenios de ámbito empresarial. Se trata, además, de una materia de necesaria aplicación general a todos los tra-

bajadores y, por ello, excluida de la negociación extraestatutaria (STS de 30 de mayo de 1991, Ar. 5233).

b) La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar.

Calificación jurídica

Se trata de un mandato legal dispositivo para la negociación colectiva mínimo y máximo imperativo para la contratación individual. Expresamente se permite que por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior —con jerarquización, pues, entre los convenios sectoriales y excluyendo a los convenios de empresa— pueda establecerse la concreta duración del contrato, si bien con los límites máximo —dos años— y mínimo —1 a 3 meses— legalmente impuestos y, además, justificadamente («atendiendo a las características del sector y a las prácticas a realizar»).

La ley se refiere a los convenios colectivos estatutarios —con exclusión de los extraestatutarios— por las mismas razones que señalamos anteriormente.

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

Calificación jurídica

Precepto con un mandato imperativo absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

d) Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado superior.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto dispositivo para la negociación colectiva estatutaria («salvo lo dispuesto en convenio colectivo»), no para la contratación individual (respecto de la que juega como máximo imperativo), sólo aplicable en defecto de convenio.

Así pues, por convenio colectivo se podrán establecer periodos de duración superiores a los legales ².

e) La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

Calificación jurídica

Literalmente se trata de un precepto de naturaleza dispositiva para la negociación colectiva estatutaria («la retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo»), y de naturaleza imperativa mínima —por tanto, negociable en beneficio del trabajador— para la contratación individual.

La doctrina debate si estos mínimos legales son o no dispositivos para la negociación colectiva. Un sector afirma su carácter dispositivo ³, *mientras que otro lo niega, al menos en cuanto al salario mínimo interprofesional* ⁴.

f) Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa.

Calificación jurídica

Los dos mandatos legales —prohibición de período de prueba y cómputo de antigüedad en la empresa— vinculados a la continuidad en la empresa del trabajador en prácticas al finalizar el contrato son de naturaleza imperativa absoluta, innegociables por convenio colectivo y por contrato individual.

2. El contrato para la formación tendrá por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación, y se regirá por las siguientes reglas:

² F. VALDÉS, «El contrato en prácticas», en *Relaciones Laborales*, núms. 5-6, 1994, pág. 47. I. ALBIOL, *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant, Valencia, 1994, pág. 38.

³ I. ALBIOL, *Contratos formativos...*, citado, pág. 39.

⁴ F. VALDÉS, «El contrato en prácticas...», citado, pág. 51.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual por referirse al objeto del contrato.

a) Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintiún años que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas. El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados incluidos en alguno de los siguientes colectivos:

Minusválidos.

Trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo.

Aquéllos que lleven más de tres años sin actividad laboral.

Quiénes se encuentren en situación de exclusión social.

Los que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo.

Calificación jurídica

Mandato de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual.

b) Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrá establecer, en función del tamaño de la plantilla el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo objeto de este contrato.

Asimismo, los convenios colectivos de empresa podrán establecer el número máximo de contratos a realizar en función del tamaño de la plantilla, en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa.

Si los convenios colectivos a que se refieren los párrafos anteriores no determinasen el número máximo de contratos que cada empresa puede realizar en función de su plantilla, dicho número será el determinado reglamentariamente.

Calificación jurídica

Se trata de una norma dispositiva, por cuanto el precepto se remite a la negociación colectiva sectorial estatal y, en su defecto, a la sectorial de ámbito inferior o a los convenios colectivos de empresa «en el supuesto de que exista un plan formativo de empresa» —existiendo, pues, una jerarquización entre ellos o, al menos, dentro de la

negociación sectorial— para la fijación de un número máximo de contratos para la formación en función del tamaño de la plantilla y, en defecto de convenio, a lo determinado reglamentariamente (actualmente, el art. 7 del RD 488/1998).

Ahora bien, respecto del establecimiento «de los puestos de trabajo objeto de este contrato», se trata de una materia expresamente deslegalizada, por cuanto la ley se remite a la negociación colectiva sectorial —en este caso, excluyendo a la de empresa— jerarquizándola también, sin fijar nada, ni legal ni reglamentariamente, en defecto de convenio colectivo sectorial.

c) La duración mínima del contrato será de seis meses y la máxima de dos años. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán establecer otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo, sin que, en ningún caso, la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años, o a cuatro años cuando el contrato se concierte con una persona minusválida, teniendo en cuenta el tipo o grado de minusvalía y las características del proceso formativo a realizar.

Calificación jurídica

Se trata de un mandato legal mínimo y máximo imperativo para la contratación individual y relativamente dispositivo para la negociación colectiva sectorial estatal y, en su defecto, para la negociación sectorial de ámbito inferior —jerarquizando la negociación sectorial y excluyendo la negociación de empresa— por cuanto en ella podrán establecerse «otras duraciones» si bien justificadamente («atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo») y con el límite mínimo de seis meses y el máximo de tres años o cuatro, cuando se trata de trabajadores minusválidos, teniendo en cuenta «el tipo o grado de minusvalía y las características del precepto formativo a realizar»).

d) Expirada la duración máxima del contrato para la formación, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.

No se podrán celebrar contratos para la formación que tengan por objeto la cualificación para un puesto de trabajo que haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

Calificación jurídica

En el precepto se contienen dos mandatos de naturaleza imperativa absoluta, innegociables por tanto para la negociación colectiva y para la contratación individual.

e) El tiempo dedicado a la formación teórica dependerá de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado a dicho puesto u oficio, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal.

Respetando el límite anterior, los convenios colectivos podrán establecer el tiempo dedicado a la formación teórica y su distribución, estableciendo, en su caso, el régimen de alternancia o concentración del mismo respecto del tiempo de trabajo efectivo.

Cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación. Se entenderá cumplido el requisito de formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública competente que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato. En este caso, la retribución del trabajador se incrementará proporcionalmente al tiempo no dedicado a la formación teórica.

Calificación jurídica

En cuanto al tiempo a dedicar a la formación teórica, se trata de un mínimo imperativo negociable por convenio colectivo o por contrato individual, esto es, en ellos podrá fijarse una duración superior a la legal.

Por lo que se refiere a la distribución del tiempo de formación teórica —alternancia o concentración y cuando se trate de una materia deslegalizada expresamente mediante la remisión del precepto legal a los convenios colectivos— la contratación individual, al parecer, sólo podrá proceder a la distribución en el caso de ausencia de convenio colectivo sobre el particular, salvo naturalmente, que el propio convenio fuese expresamente dispositivo.

Los dos últimos mandatos legales —para los trabajadores sin la escolaridad obligatoria y para los que presenten una certificación de la Administración Pública de haber realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio objeto del contrato— son de derecho necesario absoluto, innegociables por convenio colectivo o por contrato individual.

f) El trabajo efectivo que preste el trabajador en la empresa deberá estar relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato.

Calificación jurídica

Se trata de un mandato imperativo absoluto y, por ello, innegociable colectiva o individualmente por tratarse de un aspecto que afecta al objeto mismo del contrato.

g) A la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida. El trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente que, previas las pruebas necesarias, le expida el correspondiente certificado de profesionalidad.

Calificación jurídica

El precepto establece igualmente dos mandatos de derecho necesario absoluto, innegociables por convenio colectivo y por contrato individual.

h) La retribución del trabajador contratado para la formación será la fijada en convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

Calificación jurídica

Literalmente, se trata de una norma dispositiva para la negociación colectiva («sin que, en su defecto»), no así para la contratación individual respecto de la que se trata de una norma imperativa mínima. En este sentido se manifiesta Pedrajas⁵.

Ello no obstante, un sector de la doctrina⁶ entiende que, pese a la «desafortunada redacción», el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo trabajado constituye un mínimo imperativo, no sólo para la contratación individual, sino también para la negociación colectiva.

⁵ A. PEDRAJAS, «El contrato de aprendizaje», en *Relaciones Laborales*, núms. 5-6, 1994, pág. 74 y ss.

⁶ I. ALBIOL, *Contratos formativos...*, citado, págs. 97-98; L. M. CAMPS, *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Tirant, Valencia, 1994, pág. 125.

i) La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes y por maternidad, y las pensiones. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente.

j) En el supuesto de que el trabajador continuase en la empresa al término del contrato se estará a lo establecido en el apartado 1, párrafo f), de este artículo.

Calificación jurídica

Los dos mandatos legales —como sucede con el contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1 f)— son de naturaleza imperativa absoluta, innegociables por convenio colectivo y por contrato individual.

k) El contrato para la formación se presumirá de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

3. En la negociación colectiva se podrán establecer compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.

Calificación jurídica

Se trata de una deslegalización expresa de la materia referida a la conversión contractual.

Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo

1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número

de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal».

Calificación jurídica

Precepto de naturaleza imperativa absoluta por afectar a la delimitación misma del tipo contractual.

2. El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente.

3. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Calificación jurídica

El precepto es de derecho necesario absoluto.

4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:

a) El contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución.

De no observarse estas existencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto innegociable tanto colectiva como individualmente. Si bien el Convenio colectivo podría concretar exactamente en que consiste la «distribución».

b) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior.

Calificación jurídica

El precepto contiene dos afirmaciones:

a) *La primera —la posibilidad de realizar la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial de forma partida o continuada—, no llega a suponer propiamente un mandato legal por cuanto deslegaliza expresamente la materia remitiéndose a la negociación colectiva y/o a la contratación individual.*

b) *La segunda —relativa a la existencia de una sola intervención en las jornadas diarias partidas inferiores a las de los trabajadores a tiempo completo salvo convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior—, constituye por el contrario un mandato legal de naturaleza dispositiva, sólo aplicable en defecto de pacto colectivo. También aquí la ley jerarquiza la negociación colectiva estatutaria, refiriéndose primero a «la sectorial» y, en su defecto, a la «de ámbito inferior» (subsectorial o de empresa).*

c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

Calificación jurídica

El primer mandato legal —la prohibición de hacer horas extraordinarias—, posee naturaleza imperativa absoluta y, por ello, resulta innegociable por convenio colectivo o contrato individual.

El segundo mandato legal es simplemente «sistematizador» de la ley, remitiéndose —bastante inútilmente, por cierto— para la realización de las «horas complementarias» a otro apartado del artículo.

d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Calificación jurídica

Se trata de una norma compleja, de carácter dispositivo cara a otros preceptos legales, a las normas reglamentarias y a los convenios colectivos, por cuanto se establece que rige el principio de equiparación de derechos salvo que una ley, un reglamento o un convenio colectivo reconozcan el carácter proporcional al tiempo trabajado de un determinado derecho.

Ahora bien, la dispositividad no es absoluta, sino relativa, por cuanto exige de tales disposiciones que tengan en cuenta «la naturaleza del derecho».

e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente, soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y

procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa.

Con carácter general, las solicitudes a que se refieren los párrafos anteriores deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada.

Calificación jurídica

Todos los mandatos legales que aparecen en este precepto poseen naturaleza de derecho necesario absoluto, siendo por ello innegociables por convenio colectivo o por contrato individual.

Ahora bien, la ley deslegaliza expresamente los procedimientos para solicitar las conversiones contractuales —de tiempo completo en tiempo parcial y viceversa— y los incrementos del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial remitiéndose a los convenios colectivos estatutarios sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior (subsectoriales o empresariales).

En el mismo sentido, la ley deslegaliza también expresamente los requisitos y los procedimientos para las reconversiones contractuales (esto es, la vuelta a la situación anterior), remitiéndose igualmente a los convenios colectivos estatutarios sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior (subsectoriales o de empresa).

f) Los Convenios Colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Calificación jurídica

El precepto, pese a la utilización del tiempo futuro «establecerán», no posee mandato legal alguno, tratándose de una materia sobre la que se produce una expresa deslegalización, remitiéndose a los convenios colectivos, en este caso a todos ellos sin jerarquizar.

g) Los Convenios Colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podrán establecer en su caso, requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo

parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas.

Calificación jurídica

Una vez más, el precepto legal deslegaliza expresamente la regulación de los requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial «cuando ello esté motivado principalmente por labores familiares o formativas», remitiéndose a los convenios colectivos estatutarios sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior (subsectoriales y empresariales).

5. Se consideran horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme al régimen jurídico establecido en el presente apartado y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

La realización de horas complementarias está sujeta a las siguientes reglas:

- a) El empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador. El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato. El pacto se formalizará necesariamente por escrito, en el modelo oficial que al efecto será establecido.
- b) Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida.
- c) El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.

El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que en ningún caso podrá exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo.

- d) La distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido al respecto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias. Salvo que otra cosa se establezca en convenio, el trabajador deberá

conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días.

e) La realización de horas complementarias habrá de respetar en todo caso los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36, apartado 1, y 37, apartado 1, de esta Ley.

f) Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social.

g) El pacto de las horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurren las siguientes circunstancias:

La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley.

Por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria.

Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

h) El pacto de horas complementarias y las condiciones de realización de las mismas estarán sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras anteriores y, en su caso, al régimen previsto en los convenios colectivos de aplicación.

En caso de incumplimiento de tales requisitos y régimen jurídico, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable.

Calificación jurídica

Se trata de un mandato legal imperativo en cuanto a la definición de lo que deba entenderse por «horas complementarias».

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, peso a lo oscuro de la dicción legal —«conforme al régimen jurídico establecido en el presente apartado y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior»— se trata, en general, de mandatos legales absolutamente imperativos. Esto sucede con los siguientes:

— *Exigencia de pacto individual expreso con el trabajador (a).*

— *Limitación a los contratos a tiempo parcial de duración indefinida (b).*

— *Exigencia de respeto de los límites legales en materia de jornada y descansos (e).*

— *Retribución de las horas complementarias como horas ordinarias (f).*

— *Inexistencia de sanción en caso de negativa del trabajador a realizar las horas complementarias por incumplimiento previo empresarial del régimen regulador de las mismas (h).*

Ello no obstante, existen mandatos legales de distinta naturaleza en el precepto. Así:

1º El número máximo de horas complementarias pactable posee naturaleza dispositiva cara a la negociación colectiva estatutaria sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior; pudiendo en ella establecerse «otro porcentaje máximo», si bien la dispositividad es relativa por cuanto la ley fija el máximo del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas y el límite legal del trabajo a tiempo parcial (c).

2º La regulación legal en cuanto a la distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas posee naturaleza absolutamente dispositiva cara a los convenios colectivos y al pacto de horas complementarias. En ausencia de regulación convencional el trabajador deberá conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de 7 días (d).

3º El régimen legal de la renuncia previsto en el apartado g) posee naturaleza mínima imperativa por convenio colectivo y/o por contrato individual.

6. Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquéllos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.

Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de

duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades:

a) La duración del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber alcanzado la edad de jubilación, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.

b) El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

c) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

d) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

Calificación jurídica

Se trata de una serie de mandatos legales de naturaleza imperativa absoluta, innegociables colectiva o individualmente.

La ley tan sólo prevé expresamente que la negociación colectiva establezca «medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo» [apartado d)].

Artículo 13. Contrato de trabajo a domicilio

1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente, que afecta al objeto del contrato de trabajo a domicilio y, por ello, de orden público.

2. El contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el 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.

Calificación jurídica

Norma de derecho necesario absoluto y, por tanto, innegociable por convenio colectivo o contrato individual.

3. El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

Calificación jurídica

Mandato legal expresamente declarado imperativo de carácter mínimo, mejorable por tanto en beneficio de los trabajadores por convenio colectivo y por contrato individual.

4. Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto imperativo absoluto, innegociable por convenio colectivo o contrato individual, si bien admite su concreción por convenio colectivo.

5. Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable colectiva e individualmente.

CAPÍTULO II Contenido del contrato de trabajo

SECCIÓN PRIMERA

Duración del contrato

Artículo 14. Período de prueba

1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual respecto de la exigencia de forma escrita para el pacto de prueba. La jurisprudencia del T.S.⁷ ha puesto de manifiesto que «el E.T. impone la forma escrita del periodo de prueba como requisito «ad solemnitatem», esencial y constitutivo», por lo que «si no figura la correspondiente cláusula en el contrato individual, debe tenerse por no puesta, sin posibilidad de suplir la ausencia de voluntad de las partes en este punto por lo preceptuado en el convenio»⁸.

Por lo que se refiere a la posibilidad de imponer y prohibir el período de prueba mediante la negociación colectiva para los contratos que se celebren dentro de su ámbito de aplicación, la imposición ha sido rechazada por la doctrina⁹ y por los tribunales¹⁰, señalando que no podrá establecerse en un convenio colectivo una presunción de ingreso en la empresa con pacto de prueba presunto, pues iría contra el art. 14 del E.T., que exige que se pacte de modo expreso y por escrito

⁷ SSTs de 12 de marzo de 1987, Ar/1395, y de 9 de abril de 1985, Ar/1859, entre otras.

⁸ STSJ de Aragón de 18 de febrero de 1998, Ar/362. En el mismo sentido, SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 18 de septiembre de 1998, Ar/2976, y de la Comunidad Valenciana, de 6 de mayo de 1997, Ar/1600.

⁹ SALA FRANCO y otros, *Derecho del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 344.

¹⁰ Cfr., STCT de 20 de septiembre de 1983, Ar/7579.

en el contrato individual. Por el contrario, la prohibición del período de prueba por parte de un convenio colectivo, esto es, el pacto colectivo de renuncia, es cuestión sometida a debate doctrinal. Así, como ha señalado Ballester Pastor¹¹, por un lado, podría negarse tal posibilidad argumentando que el período de prueba es una prerrogativa empresarial reconocida por la ley e irrenunciable por la negociación colectiva. Por otro lado, sin embargo, dado que la duración legal del período de prueba es, como se verá, dispositiva para la negociación colectiva, nada impediría, desde esta perspectiva, aceptar la posibilidad de que el convenio colectiva reduzca el período de prueba hasta hacerlo desaparecer. Partiendo de esta última afirmación no parece que el Estatuto le dé al período de prueba carácter de núcleo esencial derivado del poder de dirección, y es por ello que puede renunciarse.

1. Con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

Calificación jurídica

La regulación legal del período de prueba es, en opinión unánime de la doctrina¹², de naturaleza dispositiva respecto de la negociación colectiva; no así respecto de la contratación individual que es de naturaleza imperativa relativa —máximo de derecho necesario—, esto es, el pacto de prueba podrá no llegar al tope máximo legal o convencionalmente establecido, si bien no podrá superarlo¹³, siendo muchas las sentencias que declaran la nulidad de las cláusulas que establecen una duración para el período de prueba superior al que fija el

¹¹ BALLESTER PASTOR, M.^a A., *El período de prueba*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 29 y 30.

¹² Cfr. SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Ed. CISS, Valencia, 1994, pág. 117; CAMPS RUIZ, L., *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 30; ALFONSO MELLADO, C. L., «La negociación colectiva tras la reforma del E.T.», TS 43/1994, pág. 97; BALLESTER PASTOR, M.^a A., *El período de*, cit., págs. 19 y ss; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral», *R.L.*, núm. 15/16-1995; SALA FRANCO y otros, *Derecho del trabajo*, cit., pág. 345; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y otros, *Curso de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 338.

¹³ SALA FRANCO, T., *La reforma...*, cit., pág. 117; ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva», cit., pág. 97; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y otros, *Curso*, cit. pág. 338.

convenio colectivo o la norma legal.¹⁴ Y ello, porque con independencia de la oportunidad, nos parece que jurídicamente no puede diferenciarse entre los convenios empresariales y supraempresariales.

Cualquier convenio colectivo —estatutario o extraestatutario (SAN de 17 de enero de 1997, Ar/934)— podrá establecer una duración distinta a la legal, ya sea superior o inferior al tope máximo legal, siempre y cuando la duración fijada por convenio no exceda de lo razonable en atención a la actividad llevada a cabo por el sector o la empresa, pudiendo en caso contrario incurrir en abuso de derecho¹⁵.

Mayores problemas interpretativos plantea el alcance imperativo de lo establecido en la ley respecto de la duración del período de prueba de los trabajadores que no sean técnicos titulados en empresas de menos de veinticinco trabajadores dado que, al decir la ley, tras un punto y seguido, que su duración «no podrá exceder de tres meses», se pone en entredicho el carácter dispositivo de este mandato legal, dando lugar a un debate doctrinal.

Así, mientras Camps Ruiz¹⁶ y Martínez Aabascal¹⁷, partiendo de una interpretación literal, entienden que el legislador ha exceptuado de la dispositivización del art. 14.1 del E.T. este mandato legal, dándole consideración de máximo de derecho necesario y, por ello, negociable por convenio colectivo con este tope, Ballester Pastor¹⁸, por el contrario, defiende su carácter dispositivo, criticando la interpretación anterior: «resulta difícil explicar el porqué de este régimen alternativo rigidificado para las pequeñas empresas. Si lo que se pretendía era evitar el abuso de duraciones excesivamente largas por la acción de pactos ad hoc en la empresa con los representantes de los trabajadores, esta posibilidad queda prohibida por el propio art. 14 E.T. que requiere para la regulación del período de prueba un «convenio colectivo». El riesgo de que concurran períodos demasiado largos en la negociación colectiva estatutaria empresarial en empresas de menos de 25 trabajadores es, también, escaso, porque en estos ámbitos no suele proliferar la negociación colectiva estatutaria. Por ello

¹⁴ Cfr., por todas, STSJ de Galicia, de 8 de febrero de 1999, Ar/60, STSJ de Murcia, de 2 de julio de 1997, Ar/2946.

¹⁵ Cfr., SALA FRANCO, T., *La reforma del...*, cit., pág. 117; BALLESTER PASTOR, M.^a A., *El período de...*, cit., pág. 28; BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre el nuevo régimen jurídico del período de prueba», *La Ley* 3/1996, pág. 1324.

¹⁶ CAMPS RUIZ, L., *La nueva regulación*, cit., pág. 75.

¹⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «La relación ley-negociación», cit., pág. 67.

¹⁸ ; BALLESTER PASTOR, M.^a A., *El período de*, cit., págs. 24 y 25; BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Notas sobre el nuevo régimen jurídico», cit., pág. 1324; LÓPEZ TERRADA, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de articulación*, Tesis Doctoral, en prensa, Valencia, 1999.

los riesgos de abuso en materia de duración del período de prueba no parecen ser mayores a los que existen en la gran empresa». Lo que sin embargo sí resulta fácil de explicar, dirá, es que exista una diferente regulación de la duración, siempre de carácter dispositivo, del período de prueba para los no titulados, según la empresa tenga más o menos de veinticinco trabajadores. Pues «en la empresa pequeña tiene una mayor importancia el factor personal por lo que resulta justificado que, en caso de falta de regulación por medio de la negociación colectiva, quede configurada una posibilidad de duración mayor del período de prueba»; siendo ésta, además, la explicación que se dio en la Memoria del Anteproyecto de ley por el que se modificaron determinados artículos del E.T. en 1994.

1. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyen el objeto de la prueba.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual. Una interpretación distinta atentaría, probablemente, contra los más elementales reglas de la buena fe contractual, yendo, además, contra la finalidad lógica pretendida por la ley con el período de prueba.

1. Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

Calificación jurídica

*Se trata igualmente de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual, deducible de una interpretación teleológica o finalista del precepto legal, esto es, teniendo en cuenta la finalidad pretendida por la ley con el período de prueba*¹⁹.

2. Durante el período de prueba el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

¹⁹ En este mismo sentido se manifiesta, CAMPS RUIZ, L., *La nueva regulación*, cit., pág. 75.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual de trabajo.

3. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desestimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa (art. 14.3).

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual, siendo el cómputo del periodo de prueba a efectos de antigüedad en la empresa consecuencia natural del principio de igualdad de trato que establece el propio art. 14.2 del E.T.

3. Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento que afecten al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes (art. 14.3)

Calificación jurídica

Se trata de una norma dispositiva para la contratación individual y para la negociación colectiva. Aunque la ley habla de «acuerdo entre ambas partes», refiriéndose al empresario y al trabajador individuales, partes de un contrato de trabajo, y no a las partes de un convenio colectivo, nada impide parece que el convenio colectivo pueda definirse sobre el tema.

Artículo 15. Duración del contrato

1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustanti-

vidad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

Calificación jurídica

El principal problema que plantea este precepto es el de la naturaleza de la remisión hecha a la negociación colectiva (sectorial estatal y de ámbito inferior, incluida la de empresa, o sea, toda ella) para la identificación de «aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza», esto es, si se trata de una medida deslegalizadora —lo que supondría plena libertad para las partes negociadoras en orden a la conceptualización de «las obras o servicios determinados», sin sujeción a la definición legal y, sobre todo, a la interpretación jurisprudencia habida con anterioridad— o si, por el contrario se trata de una norma legal limitadamente dispositiva que cede a lo pactado en convenio colectivo, siempre que ello no contradiga el concepto legal —y jurisprudencial— de «obra o servicio determinado».

La doctrina interpretativa se inclina por la segunda de las tesis. Así, el convenio colectivo no podrá crear supuestos nuevos de contratación temporal o no reconducibles al concepto legal de obra o servicio determinado. En este sentido, por ejemplo, cabría dudar de la legalidad de la figura del «contrato fijo de obra» de tantos convenios colectivos sectoriales por vincular la duración del contrato a una fecha determinada y no a la extinción de la última obra.

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

Calificación jurídica

En este precepto existen tres mandatos legales en los que se introduce una expresa remisión a la negociación colectiva, de muy distinta naturaleza.

1º En primer lugar, establece que «por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o en su defecto por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior» (con jerarquización, pues, entre los convenios sectoriales y exclusión de la negociación empresarial) «podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar».

Se trata, indudablemente, de una norma legal limitadamente dispositiva cara a cierta negociación colectiva por cuanto existe una duración legal contractual sólo aplicable en defecto de duración convencional y, además, las posibilidades convencionales vienen limitadas doblemente por la ley: a) la distinta duración máxima de los contratos eventuales habrá de estar justificada «en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir»; b) una duración y un período de cómputo máximos: en breve, 12 meses en un período de cómputo de 18 meses.

2º En segundo lugar, establece que por convenio colectivo (cualquiera y sin jerarquización) «se podrán determinar las actividades en las que se puedan contratar trabajadores eventuales».

Respecto de esta remisión legal se plantea idéntico problema interpretativo que respecto de los contratos de obra o servicio determinado, debiendo también a nuestro juicio, respetarse la definición legal de eventualidad, no pudiendo calificarse, por ejemplo, un contrato eventual de fijo-discontinuo en un convenio colectivo.

3º En tercer lugar, finalmente, por convenio colectivo (también cualquiera y sin jerarquización) se podrán fijar «los criterios generales respecto a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa», esto es, podrá pactarse el número máximo de trabajadores eventuales contratables por la empresa.

En este caso se trata de una norma deslegalizadora que expresamente remite la regulación del número de contratables a la negociación colectiva.

Por último la limitación a una sola prórroga, caso de que el contrato se hubiere concertado por una duración inferior a la máxima le-

gal o convencional, es de derecho necesario absoluto no disponible por la negociación colectiva.

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Calificación jurídica

Precepto de naturaleza imperativa absoluta, innegociable en vía colectiva o individual.

d) Cuando se contrate a un trabajador desempleado, inscrito en la oficina de empleo, por parte de una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro y el objeto de dicho contrato temporal de inserción, sea el de realizar una obra o servicio de interés general o social, como medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado participante, dentro del ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente. Los trabajadores que sean parte en estos contratos no podrán repetir su participación hasta transcurridos tres años desde finalizar el anterior contrato de esta naturaleza, siempre y cuando el trabajador haya sido contratado bajo esta modalidad por un período superior a nueve meses en los último tres años.

Los servicios públicos de empleo competentes, financiarán a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones subvencionando, a efectos salariales, la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios, todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador.

La retribución de los trabajadores que se incorporen a estos programas será la que se acuerde entre las partes, sin que pueda ser inferior a la establecida, en su caso, para estos contratos de inserción en el convenio colectivo aplicable.

La incorporación de desempleados a esta modalidad contractual estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo.

Calificación jurídica

Precepto de naturaleza imperativa absoluta, innegociable en vía colectiva o individual.

La regulación de la retribución se remite a la contratación individual con el lógico límite del convenio colectivo aplicable. Es decir, se trata de la nueva aplicación del art. 3 del E.T., como sucede en todos los contratos.

2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en Derecho.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

4. Los empresarios habrán de notificar a la representación legal de los trabajadores en las empresas los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en este artículo cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

Calificación jurídica

Precepto de naturaleza imperativa absoluta, innegociable colectiva o individualmente.

5. Los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.

Calificación jurídica

Precepto que efectúa una llamada a la negociación colectiva para establecer los requisitos adicionales que estimen oportunos en orden a la prevención en los abusos de la utilización sucesiva de la contratación temporal. Por lo tanto, los requisitos que a tal fin vengan esta-

blecidos en la ley deberán ser considerados como normas mínimas de derecho necesario, susceptibles de mejora por la negociación colectiva.

6. Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

Calificación jurídica

Precepto que al establecer una igualdad entre los derechos de los trabajadores fijos y los temporales, sin perjuicio de las particularidades específicas, es de naturaleza imperativa absoluta, innegociable colectiva o individualmente. Obviamente, las peculiaridades, respetando el mencionado principio de igualdad, podrán se establecidas mediante convenio colectivo. El mandato según el que los criterios para el cómputo de la antigüedad deben ser los mismos para todos los trabajadores —fijos o temporales— también constituye derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

7. El empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a

fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Calificación jurídica

El precepto contiene tres mandatos diferentes cuya calificación jurídica es, como se comprobará, distinta:

a) La obligación de información de la existencia de puestos vacantes constituye derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

b) La forma de facilitar la información, mediante anuncio público en la empresa, constituye un precepto dispositivo para la negociación colectiva que podrá establecer, eventualmente, otras formas de difusión de la información.

c) A pesar de la utilización de la expresión «establecerán» el último párrafo del precepto no es un mandato, sino una norma deslegisladora en la que la ley llama a la negociación colectiva a establecer medidas que faciliten el acceso de los trabajadores temporales a la formación profesional continua. Al igual que el párrafo anterior en el que la llamada a la negociación colectiva se realiza para establecer criterios y compromisos de conversión de contratos temporales en indefinidos.

8. El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiem-

po parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos.

Calificación jurídica

Nos encontramos ante un precepto, novedad de la reforma de 2001, que incorpora el concepto y un mínimo régimen jurídico de los llamados contratos indefinidos de trabajadores fijos discontinuos. Se trata de un precepto complejo que presenta, en su seno, diversos mandatos y reglas con alcance jurídico bien diferente. Su disección arrojaría el siguiente resultado:

Constituyen normas de derecho necesario absoluto, inmodificables por la negociación colectiva y por el contrato individual las siguientes cuestiones:

a) El concepto de contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos. Ello no obstante, la negociación colectiva tiene un papel importante en orden a la delimitación y concreción de las actividades que, en un sector o empresa, tengan el carácter de fijas discontinuas; esto es, sean actividades del volumen normal de actividad de la empresa pero no se repitan en fechas ciertas.

b) El mandato según el cual los trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas quedarán sujetos a la regulación del contrato a tiempo parcial.

c) La posibilidad que tiene el trabajador de reclamar por despido cuando no se haya incumplido, respecto a él, la obligación de llamamiento; así como el dies a quo para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, por tratarse ambas cuestiones de temas de orden público, indisponibles para la autonomía colectiva o para la individual.

d) La forma escrita del contrato.

Ahora bien, en cuanto al orden y forma de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos, la ley expresamente ha deslegalizado la materia, remitiéndose al convenio colectivo para su fijación, lo que plantea el problema de saber qué criterio fijará en caso de silencio convencional. Un sector de la doctrina ha defendido en estos casos la aplicación del criterio de la antigüedad porque éste era el criterio mantenido para los contratos celebrados antes de la reforma legal de 1994²⁰.

Por último, la regulación del contenido del contrato constituye mínimo de derecho necesario, mejorable por la negociación colectiva que podrá, bien establecer la necesidad de incorporar otras pre-

²⁰ LÓPEZ GANDÍA, J., *Derecho del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 777.

visiones en el contrato, bien concretar las que establece el precepto legal.

9. Se autoriza el Gobierno para desarrollar reglamentariamente lo previsto en este artículo.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o contrato individual, dado que no se refiere a las partes en relación sino al Gobierno.

Artículo 16. Ingreso al trabajo

1. Los empresarios están obligados a registrar en la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación y en los términos que reglamentariamente se determinen, el contenido de los contratos celebren o las prórrogas de los mismos deban o no formalizarse por escrito.

2. Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. 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. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente, que afecta al orden público laboral.

SECCIÓN SEGUNDA

Derechos y deberes derivados del contrato

Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones

desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

2. Podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto por afectar al orden público laboral, innegociable, por tanto, por convenio colectivo o por contrato individual.

Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador

Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios 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 y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente.

Artículo 19. Seguridad e higiene

1. El trabajador, en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

2. El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene.

3. En la inspección y control de dichas medidas que sean de observancia obligada por el empresario, el trabajador tiene derecho a participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes en la materia a tenor de la legislación vigente.

4. El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes. El trabajador está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas.

5. Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo; si la petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente; ésta, si apreciase las circunstancias alegadas, mediante resolución fundada, requerirá al empresario para que adopte las medidas de seguridad apropiadas o que suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro. También podrá ordenar, con los informes técnicos precisos, la paralización inmediata del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente.

Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75 por 100 de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellas cuyo proceso sea continuo; tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente.

Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.
2. 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.
3. 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 y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.
4. 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.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto y, por tanto, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual.

Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa

1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva e individualmente.

2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y.
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Calificación jurídica

Salvo en lo relativo a la duración del pacto de no competencia —que es un máximo de derecho necesario relativo— el resto del precepto es de naturaleza imperativa absoluta, innegociable colectiva o individualmente.

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable, por ello, colectiva e individualmente.

4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Calificación jurídica

Salvo en lo relativo a la duración del pacto —de naturaleza imperativa máxima— el resto de precepto es de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y por contrato individual.

SECCIÓN TERCERA

*Clasificación profesional y promoción en el trabajo***Artículo 22. Sistema de clasificación profesional**

1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales.

Calificación jurídica

Lo primero a destacar es la deslegalización de la materia referida a la clasificación profesional²¹ tras la reforma de 1994, excluyéndose definitivamente toda intervención estatal y, en especial, a partir del 31 de diciembre de 1995, fecha en la que concluyó la vigencia de las Ordenanzas laborales y Reglamentaciones de trabajo prorrogadas «ex disposición transitoria sexta del E.T.» por la O.M. de 28 de diciembre de 1994.

Los instrumentos de regulación, tal y como establece la ley son únicamente dos: «la negociación colectiva, y en su defecto, los acuerdos o pactos de empresa», de donde se sigue que la regulación del sistema de clasificación corresponde en exclusiva a los interlocutores sociales de los diversos escalones de negociación²². Pero es que, además, según los citados autores, la clasificación profesional objetiva no es una materia que obligatoriamente debe incluir el convenio colectivo, siendo la expresión «se establecerá», que aparece en el punto 1.º del citado precepto, de una imperatividad más aparente que real. Es decir, puesto que por un lado el art. 85.2 al regular el contenido mínimo de los convenios colectivos no contempla esta materia, y por otro, el referido precepto, prevé expresamente la posibilidad de acudir «al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» en defecto de la negociación colectiva, el establecimiento de la clasificación profesional objetiva no es una obligación negocial sino una mera posibilidad²³. En cualquier caso, y como ya «predijo»

²¹ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional», *En Comentarios a las leyes laborales* (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), Ed. Edersa, Madrid, 1994, pág. 143 y ss.; SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico de la clasificación profesional», en *Puntos críticos de la reforma laboral*, (Dir. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, págs. 93 y ss.

²² Recogiendo la opinión de los citados autores, así lo expresa SAMPER JUAN, J., «Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPI, Madrid, 1997, pág. 18.

²³ SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico», cit., pág. 94.;

Conde Martín de Hijas²⁴, la mayoría de los convenios, dada la importancia de la materia, la contemplan²⁵.

De otra parte, y respecto de la autonomía individual, debe entenderse²⁶, la imposibilidad de fijar un sistema de clasificación profesional por la vía del contrato individual, dada la expresa alusión que la norma hace a la negociación colectiva y, en su defecto, al pacto de empresa. Lo cual «no supone realmente ninguna novedad, ya que, según la doctrina judicial anterior, la clasificación profesional no depende tanto de la subjetiva voluntad de las partes, cuanto del régimen correspondiente que la regula»²⁷.

En cuanto a la negociación colectiva a la que el precepto hace referencia, ésta es la estatutaria, ya que, según el Tribunal Supremo (STS de 30 de mayo de 1991, Ar./5233), serían nulas aquellas cláusulas de un convenio colectivo extraestatutario de imposible aplicación individualizada y de necesaria aplicación a todos los trabajadores de la empresa, dada la eficacia personal limitada de la misma, y cuando el precepto se remite a «los acuerdos entre empresa y los representantes de los trabajadores», en defecto de convenio colectivo, se esta refiriendo a un tertium genus entre los convenios colectivos estatutarios y los extraestatutarios, pero con eficacia jurídica normativa personal erga omnes, negociado, por tanto, según la legitimación exigida por el art. 87.1 E.T. (comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere) si bien alcanza informalmente en cuanto al procedimiento (promoción, negociación, publicidad, depósito y registro)²⁸.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Clasificación profesional, promoción profesional...», cit., pág. 156.

²⁴ «Clasificación profesional, promoción profesional...», cit., pág. 156.

²⁵ Cuestión diferente es como se realiza esta clasificación profesional en los convenios, pues algunos, aun y cuando han sido pactados con posterioridad a la reforma, remiten expresamente a la ordenanza laboral en materia de clasificación profesional. Otros, por su parte, aunque no hacen remisión expresa a las ordenanzas, siguen manteniendo en vigor la clasificación de las categorías profesionales que figuraban en las mismas, y sólo un número limitado de convenios introduce una nueva estructura profesional, si bien esta tendencia va aumentando en los últimos convenios negociados. No obstante, sólo en algún caso aislado, el convenio se detiene en elaborar una definición de los factores que se han utilizado para llevar a cabo una clasificación profesional. Ver AA.VV., (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, págs. 115 y ss.)

²⁶ SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico», cit., pág. 94.

²⁷ STS de 5 de mayo de 1997, Ar./4615, STSJ de Baleares de 10 de noviembre de 1997, Ar./4410 y STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 1998, Ar./1627.

²⁸ SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico», cit., pág. 94. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C. L., y PEDRAJAS MORENO, A., «Los acuerdos o pactos de empresa: naturaleza y régimen jurídico», *R.L.*, núm. 4/1995, pág. 119, y *Los acuerdos o pactos de empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Va-

En cuanto al ámbito de negociación colectiva estatutaria en el que será posible establecer un sistema de clasificación profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 84.3 E.T., sólo será posible negociar a nivel inferior cuando esta materia no esté regulada en el convenio de ámbito superior aplicable, rigiendo en este punto un principio de concurrencia negocial total y absoluto.

Finalmente, el mandato legal de que el sistema de clasificación profesional a establecer por convenio colectivo o acuerdo de empresa sea de categorías o de grupos profesionales constituye una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable por la vía negocial.

2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto inmodificable por la negociación colectiva, si bien su enorme ambigüedad da una gran libertad a las partes negociadoras a la hora de concretar los distintos grupos profesionales en un concreto sistema de clasificación profesional.

3. Se entenderá que una categoría profesional es equivalente a otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.

Calificación jurídica

Atendiendo a la interpretación literal y teleológica del precepto, consideramos que se trata de una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable tanto para la negociación colectiva como para la contratación individual.

4. Los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.

lencia, 1996, pág. 23; GORELLI HERNÁNDEZ, J., y VALVERDE ASENSI, A., «La reforma del 94 y los acuerdos de empresa», *R.L.*, 22/1995, pág. 33.

Calificación jurídica

Doctrina y jurisprudencia, unánimemente, han mantenido que la norma prohibitiva de discriminación por razón de sexo en la clasificación profesional es una norma imperativa absoluta que en ningún caso podrá ser modificada por convenio colectivo ²⁹.

Queda así vedado todo intento de discriminación indirecta, mediante el mecanismo que aún pervive en muchos convenios de masculinizar o feminizar determinadas categorías con funciones análogas y atribuir a las primeras mayor retribución. En cualquier caso, aun no existiendo este precepto, la propia Constitución y el art. 17 del E.T. impondrían idéntica conclusión ³⁰.

5. Por acuerdo entre el trabajador y empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación.

Calificación jurídica

De acuerdo con una interpretación literal y teleológica del precepto, consideramos que se trata de una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo.

6. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes.

Calificación jurídica

La doctrina se encuentra dividida acerca del alcance imperativo del mandato legal. Mientras un sector doctrinal ³¹ *entiende que se*

²⁹ SAMPER JUAN, J., «Alteraciones en el contenido de la prestación y en ...», cit., pág. 25. En el mismo sentido, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Clasificación profesional, promoción profesional», cit., pág. 167; SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico», cit., pág. 96. En el mismo sentido, STC 147/1995, BOE de 10 de enero de 1995.

³⁰ SSTC 145/1991 —B.O.E. de 22 de julio de 1991—; 58/1994 —B.O.E. de 28 de febrero de 1994—; 286/1994 —B.O.E. de 27 de octubre de 1994—; 147/1995 —B.O.E. de 10 de noviembre de 1995—; 198/1996 —B.O.E. de 3 de enero de 1997—. Sin embargo, considerando que a pesar de realizar funciones similares, la diferente clasificación, y por tanto retribución, está justificada por el mayor esfuerzo físico exigido a los hombres se manifiesta el T.S. en la Sentencia de 27 de marzo de 1996, Ar. 2498.

³¹ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Clasificación profesional, promoción profesio-

trata de una norma imperativa absoluta, inmodificable, por tanto, por convenio colectivo y por contrato individual de trabajo, pues no trata de una «garantía legal de la flexibilidad empresarial», otro sector³² defiende su carácter de norma mínima imperativa, siendo posible, de acuerdo con esta última interpretación que por convenio colectivo o por acuerdo individual se mejore lo dispuesto en la ley, hasta el punto de poder pactar, en vía convencional o contractual, el criterio de preeminencia, equiparando al trabajador a la categoría o grupo profesional superior de entre los correspondientes a las funciones realizadas.

Artículo 23. Promoción y formación profesional en el trabajo

1. El trabajador tendrá derecho: a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.
2. En los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos.

Calificación jurídica

La principal cuestión jurídica que plantea este precepto es la de si se trata de una norma deslegalizadora de esta materia, al reconocer estos derechos en abstracto y remitirse a los Convenios Colectivos para su concreción o si, por el contrario, el precepto legal posee una eficacia jurídica directa o inmediata imperativa mínima sin necesidad de norma convencional de desarrollo, encontrándose en este punto dividida la doctrina.

Así mientras que Conde Martín de Hijas³³, o Montoya Melgar³⁴, entienden que estos derechos no son ejercitables sin una concreción

nal», cit., pág. 181. En el mismo sentido ALIA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M.ª J., *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, Monografías Laborales CISS, Bilbao, 1995, pág. 49.

³² SALA FRANCO, T., «Los puntos críticos del régimen jurídico», cit., pág. 95. En el mismo sentido SAMPER JUAN, J., «Alteraciones en el contenido de la prestación y en...», cit., pág. 31.

³³ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Clasificación profesional, promoción profesional», cit., pág. 220.

³⁴ MONTAYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos. Madrid, 1995, pág. 398.

negociada colectivamente, habida cuenta que «la ley traslada al convenio colectivo de modo imperativo la misión de completar la regulación de la ley, que aparece así como una norma imperfecta, no susceptible de una aplicación inmediata», Alfonso Mellado³⁵, Camps Ruiz³⁶, o Casas Baamonde³⁷ entienden lo contrario, considerando que el art. 23.2 E.T., lo único que está señalando es que los pactos sobre términos concretos para el ejercicio de estos derechos deberán hacerse en los convenios colectivos.

En este sentido, la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1997, Ar:3797, ha reconocido la existencia de estos derechos aun en el caso de inexistencia de convenio colectivo en este punto.

Artículo 24. Ascensos

1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

2. Los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.

Calificación jurídica

En el primer párrafo se deslegaliza la regulación de los ascensos, remitiéndose expresamente a lo que dispongan los convenios colectivos (estatutarios, habrá que entender,) y, en su defecto, esto es en ausencia de convenio colectivo estatutario regulador; a lo que se establezca en un acuerdo de empresa de carácter sustitutorio. Los únicos límites que la ley establece a esta regulación convencional son criterios genéricos e indicativos (formación, méritos, antigüedad y facultades organizativas del empresario) por otra parte perfectamente lógicas.

En el párrafo segundo se establece, por el contrario una regla de carácter imperativo absoluto en defensa del principio de no discrimi-

³⁵ «Las reformas sobre el tiempo», cit., pág. 83.

³⁶ CAMPS RUIZ, L., *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 285. En el mismo sentido que estos dos autores, entre otros, CASAS BAAMONTE, M.ª E., «Formación y estabilidad en el empleo: La formación continua y su función preventiva», en *R.L.*, núm. 24/1992, pág. 7.

³⁷ «Formación y estabilidad», cit., pág. 7.

nación por razón de sexo, limitativa de la regulación convencional en la materia.

Artículo 25. Promoción económica

1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.

Calificación jurídica

La modificación producida por la reforma de 1994 del «tendrá derecho a una promoción económica en los términos fijados por el convenio o por el contrato individual...», por el «podrá tener derecho» a dicha promoción, implica una total deslegalización de la materia y una total libertad del convenio —o, en su defecto, del contrato— para fijar o no este complemento³⁸. Con todo, y como ha puesto de manifiesto Camps Ruiz³⁹, la modificación del concepto legal no tiene gran trascendencia, pues, antes de la reforma, tal y como estaba redactado el precepto, si el convenio o el contrato no concretaban la regulación de este derecho, el trabajador no podía reclamar tal complemento. En este sentido, «nada cabría objetar a eventuales pactos colectivos que contemplaran bien la reducción de los complementos salariales por antigüedad, bien su sustitución y/o integración en otros conceptos retributivos»⁴⁰.

2. Lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto de derecho necesario absoluto, inmodificable por tanto en vía negocial o contractual.

³⁸ PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 408; ALFONSO MELLADO, C. L., «La negociación», cit., pág. 97; SALA FRANCO, T., «Dos cuestiones mal resueltas», cit., pág. 129.

³⁹ CAMPS RUIZ, L., *Los complementos salariales por antigüedad: el régimen jurídico actual y su proyectada reforma*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 84; ALFONSO MELLADO, C. L., «La negociación», cit., pág. 98; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 33; MERCADER UGUINA, J. R., *Moderanas tendencias*, cit., pág. 114.

⁴⁰ CAMPS RUIZ, L., *Los complementos salariales*, cit., pág. 58.

SECCIÓN CUARTA

Salario y garantías salariales

Tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de reforma del mercado de trabajo, la regulación jurídica del salario, al igual que la de otras muchas materias, sufrió una importante modificación. De un lado, porque en virtud del art. 9 de la LRET, se dio una nueva redacción a la disposición transitoria del E.T. lo que vino a suponer la derogación, a más tardar, el 31 de diciembre de 1995, de todas las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales que hasta ese momento podían considerarse vigentes. Y, de otro, porque la disposición derogatoria de la LRET, además de dejar sin vigencia a cuatro órdenes ministeriales que regulaban materias salariales, (en concreto, a las Órdenes de 10 de febrero y de 4 de junio de 1958, sobre el plus de distancia, y de 24 de septiembre y 24 de octubre de 1958, sobre el plus de transporte), derogó expresamente el DOS⁴¹, la OOS⁴² y la disposición final cuarta del E.T. 1980, privándose de cobertura legal, con esta última, a la vigencia de ciertos preceptos de la LCT y de la LRL⁴³.

Desaparecidas las normas reglamentarias en esta materia, la Ley 11/1994, de acuerdo con el espíritu que la inspiraba⁴⁴, refuerza el papel de la negociación colectiva y reduce el espacio de regulación de la ley⁴⁵. Reducción que tiene, en lo que al salario se refiere, su más

⁴¹ Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario.

⁴² Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1973, sobre ordenación del salario.

⁴³ Un estudio más detallado sobre este tema puede verse en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. Y ALFONSO MELLADO, C. L., *El Salario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 y «La reforma del salario», T.S. 1994-II, págs. 32 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 19 y ss.

⁴⁴ Como la Exposición de Motivos de la L.R.E.T. señala expresamente, uno de los grandes hilos conductores «es el relativo a la potenciación de la negociación colectiva», de modo que «este proceso de cesión de la norma estatal a favor de la convencional, que responde plenamente al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva, es especialmente perceptible en aspectos tales como la ordenación del salario...» (PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación de la estructura salarial: Puntos críticos», *A.L.*, 26/27-1994, pág. 407.)

⁴⁵ Un mayor estudio sobre el retroceso que, con la reforma, sufre la ley a favor del convenio, puede verse en MONEREO PÉREZ, J. L., «Regulación legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica», T.S., núm. 87/1998, págs. 20 y ss. y en «La estructura del salario», En AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I-volumen I, Edersa, 1994, págs. 45 y ss.; GONZÁLEZ DE ALEJA, R., «Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico del salario: la incidencia de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en las garantías del crédito salarial», en AA.VV. (Coord. BAYLOS GRAU, A.) *La reforma del mercado laboral*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La nueva regulación del salario», en AA.VV. (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *La reforma del...*, cit., págs. 7 y ss.

relevante manifestación, en la regulación de la estructura salarial, que pasa a estar determinada por el art. 26 del E.T., el cual, a su vez, reenvía con una enorme amplitud la determinación de grandes áreas de la estructura del salario a la negociación colectiva y, en su defecto, al contrato individual de trabajo. De tal forma que, puede ya anticiparse que, como ha puesto de manifiesto Pedrajas Moreno, «la estructura del salario queda establecida en tres niveles diferentes, a) Un nivel legal, no disponible, que comprende exclusivamente la fijación del tipo de partidas que integran tal estructura: salario base —por unidad de tiempo o de obra— y complementos —en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa— y proporciona criterios sobre la consolidación de tales complementos, en defecto de convenio. b) Un nivel negociado colectivo que, respetando el legal, determina o concreta los elementos estructurales propios de la situación específica, es decir, los complementos salariales aplicables, los criterios para su cuantificación y las reglas sobre la posible consolidación de los complementos. c) Un nivel contractual individual que sólo opera, con sumisión al legal, en defecto de convenio colectivo»⁴⁶.

Artículo 26. Del salario

1. 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. En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por ciento de las percepciones salariales del trabajador.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto en la totalidad de sus mandatos, inmodificable por tanto, por convenio colectivo o por contrato individual, con la única excepción del límite legal a la cuantía del salario en especie, constitutiva de una norma máxima de derecho necesario.

2. No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las pres-

⁴⁶ PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 407.

taciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto inmodificable por tanto por convenio colectivo o por contrato individual. Esto significa que, aunque en virtud del art. 26.3 E.T., la negociación colectiva tenga atribuida la determinación de la estructura del salario, esta atribución no incluye la posibilidad de otorgar la naturaleza salarial a ciertas cantidades que por ley la tienen excluida.

3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten.

Calificación jurídica

La remisión hecha por la ley a la negociación colectiva y, en su defecto, a la contratación individual, no supone una deslegalización completa⁴⁷ ya que el precepto al establecer la estructura salarial, evidencia que la regulación del salario base es obligatoria para las fuentes citadas, mientras que la regulación de los complementos salariales es potestativa y que, por ello, los convenios colectivos pueden o no incluirla. Por tanto, el precepto posee una parte absolutamente imperativa —la necesaria existencia de un salario base— y una parte deslegalizada —la posible existencia de complementos salariales—, siendo factible, así, que todas las cantidades percibidas por los trabajadores se imputen, en exclusividad, al salario base⁴⁸.

El salario base deberá consistir, tal y como marca la ley, en la retribución fijada por unidad de tiempo o por unidad de obra, aunque, sobre todo, como han manifestado Ramírez Martínez y Alfonso Mella-do, «habrá que entender por tal el que así se califique en el convenio colectivo, o en su defecto, en el contrato individual, pues, ya en relación con el concepto precedente pero en doctrina plenamente aplicable, el TS había razonado que el concepto de salario base debía responder a lo que al respecto pactasen las partes aunque no se ajustase

⁴⁷ PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 409.

⁴⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 27.

con total exactitud a las previsiones de las normas estatales⁴⁹. Es decir, aunque obligatoriamente la estructura salarial deberá contener un salario base, son las partes las que de forma colectiva o, en su defecto, individual, acordaran qué hay que entender por tal. Y en el caso de que ni por convenio ni por contrato se fijase el salario base, la cuantía de éste no será otra que la del importe del salario pactado en el contrato de trabajo expresa y tácitamente.

Contrariamente a lo que ocurre con el salario base, la fijación de los complementos salariales es potestativa. Es decir, serán las partes las que al fijar la estructura salarial, bien de forma convencional o bien de forma contractual, decidan o no establecer en la misma determinados complementos salariales. Ahora bien, si lo hacen, es el art. 26.3 del E.T. el que determina los que pueden existir, pues contiene una lista cerrada en virtud de la cual los complementos salariales se fijarán bien en función de las circunstancias personales del trabajador, bien en función del trabajo realizado, o bien en función de la situación y resultados de la empresa⁵⁰. Y aunque no es preciso que existan todos ellos, lo que sí parece claro, según la doctrina⁵¹, es que fuera de uno de estos grupos no puede existir otro complemento salarial⁵², y que su adscripción a uno u otro de los grupos, o incluso al salario base, se realizará en atención a la realidad a ellos subyacente, es decir a su naturaleza y carácter, y no al nombre asignado⁵³.

⁴⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L., *El Salario*, cit., pág. 32. Ver al respecto STS de 23 de enero de 19941, Ar/174, que señala que el art. 4 DOS que define el salario no es un precepto de derecho necesario.

⁵⁰ ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 34, y «La reforma...», cit., pág. 35. En el mismo sentido, ver PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 411; COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, cit., pág. 69; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 32.

⁵¹ Ver, en este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 34; PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 411; COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, cit., pág. 69; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 32. En contra, considerando la lista abierta, ver, MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas tendencias*, cit., pág. 102, y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «Ordenación del salario», en (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.) *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 221.

⁵² Aunque la doctrina entiende que la lista del art. 26.3 E.T. es una lista cerrada, lo cierto es que considera que la amplitud de la lista es tal, que en la misma cabe incluir a todos los complementos que pueden tener una justificación real. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 32. En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 411 y GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «Ordenación del...», cit., pág. 222.)

⁵³ ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 36. En el mismo sentido el TS ha declarado que «no es la denominación que las partes hayan dado al devengo la que determina su naturaleza» (SSTS Cont.-Adm. de 2 de junio de 1989, Ar/4361; de 2 de noviembre de 1989, Ar/7991, y de 26 de julio de 1996, Ar/6361). Ver, en el mismo sentido, SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho...*, cit., pág. 480.

*En cuanto al tipo de convenio al que se refiere la ley, hay que entender*⁵⁴ *que un convenio de cualquier ámbito puede fijar la estructura salarial aplicable a los empresarios y trabajadores afectados por él, y que incluso los denominados «pactos de empresa» suscritos entre el empresario y los representantes de los trabajadores en la empresa, pueden regular determinadas materias (recibo salarial, fijación del salario tras un descuelgue empresarial del convenio).*

*Por otra parte, y por lo que a la contratación individual se refiere, es de resaltar el poco juego que, dada la remisión legal, la misma tiene a la hora de fijar la estructura salarial, pues sólo puede operar en defecto de convenio colectivo*⁵⁵. *Si a esto se suma que, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la Ley de Reforma, la «desaparición o modificación» de los conceptos que integran las estructuras salariales en el momento de la entrada en vigor de dicha ley ha de efectuarse por convenio, y únicamente, en defecto del mismo, entra en juego el acuerdo individual, la posibilidad de que éste integre la estructura salarial queda reservada a contratos que se firmen en sectores o actividades sin convenio o, cosa poco probable, con un convenio que no establezca nada al respecto*⁵⁶. *Además, aparte de que por contrato individual no se podrá modificar la estructura salarial que se ha determinado por convenio —aunque sí mejorar su cuantía*⁵⁷*—, si éste no existiera y, por ello, la citada estructura salarial hubiera de ser concretada en contrato, dicha concreción cedería ante cualquier mejora que para el trabajador estableciese un convenio posterior; pues nada impide, tal y como se desprende del 3.1.c) E.T., que dicha*

⁵⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L., *El Salario*, cit., pág. 24. En el mismo sentido, COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, CISS, Bilbao, 1995, pág. 64. También es esta conclusión la que se deduce de los Acuerdos Interconfederales sobre negociación colectiva y de cobertura de vacíos.

⁵⁵ El papel que se le deja a la autonomía individual es tan reducido que, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, lo califica de «subsidiario», y niega que al contrato se le haya atribuido «una función complementaria propiamente dicha en relación a la autonomía colectiva». («Regulación legal, cit., pág. 32; *El salario y su...*, cit., pág. 131; «La estructura», cit., pág. 63).

⁵⁶ PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 408. En el mismo sentido, COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, cit., pág. 64. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 25; MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La nueva regulación», cit., pág. 27.

⁵⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del», cit., pág. 26; SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 477; COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, cit., pág. 84; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L., «La reforma, cit., pág. 34; MERCADER UGUINA, J. R., *Moderanas tendencias*, cit., pág. 64.

regulación sea mejorada para el trabajador, aun cuando el convenio que la establezca sea ulterior⁵⁸.

Para la determinación de las cuantías de los distintos conceptos salariales, la ley señala expresamente que «... se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten...» (art. 26.3 E.T.) en convenio colectivo o en el contrato individual, respetando este último las cuantías fijadas con carácter mínimo imperativo en el convenio colectivo [art. 3.1.c) del E.T.].

3. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Calificación jurídica

En cuanto a la posible consolidación de estos complementos salariales es importante resaltar la total dispositivización del art. 26.3 en este punto⁵⁹, que remite a las partes la decisión de determinar mediante pacto —colectivo o individual— su consolidación o no, sin excepción alguna⁶⁰. En defecto de pacto, dice la ley, no serán consolidables los vinculados al puesto de trabajo⁶¹ y a la situación y resultados en la empresa. De donde se deduce, a sensu contrario, que sí lo serán los personales⁶².

⁵⁸ Ver, en este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 31.

⁵⁹ SALA FRANCO, T., «Dos cuestiones mal...», cit., pág. 127.

⁶⁰ Ver, en este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 39; PEDRAJAS MORENO, A., «Nueva regulación», cit., pág. 412; COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, cit., pág. 72; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 36; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «Ordenación», cit., pág. 221.

⁶¹ Como han puesto de manifiesto, ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., conviene tener en cuenta que el E.T. no habla de complementos en función del trabajo realizado, que es como se denomina a uno de los grupos de complementos que pueden existir, sino de vinculados al puesto de trabajo, lo cual no es exactamente lo mismo. Pues los complementos por el trabajo realizado, no constituyen un grupo homogéneo, sino que dentro del mismo pueden diferenciarse, los complementos vinculados al puesto de trabajo, los vinculados al trabajo realizado pero no al puesto —los anteriores complementos de cantidad y calidad— y unos últimos vinculados a las prolongaciones de la jornada —horas extraordinarias— (*El Salario*, cit., pág. 40). Considerando, en defecto de pacto, como no consolidables a los complementos de puesto de trabajo, ver, entre otras, SSTS de 27 de julio de 1993, Ar/5986, y de 20 de diciembre de 1994, Ar/677; SsTSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1997, Ar/3711, de Extremadura de 6 de noviembre de 1997, Ar/4058, y de Cataluña de 30 de mayo de 1996, Ar/1672.

⁶² En el art. 39.3 del E.T. relativo a la movilidad funcional descendente, se establece una excepción legal a esta regla, pues al decir que se le mantendrá al trabajador «la

4. Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo y por contrato individual. Es más, la ley subraya en este caso —innecesariamente, desde luego— la nulidad de todo pacto —colectivo o individual— en contrario.

5. 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.

Calificación jurídica

*El principio general de compensación y absorción que contempla el art. 26.5 E.T. debe considerarse como un mínimo de derecho necesario y, por ello, mejorable por convenio colectivo o contrato individual, donde podrá establecerse una cláusula de no absorción o compensación salarial*⁶³.

Artículo 27. Salario mínimo interprofesional

1. El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta: a) el índice de precios al consumo; b) la productividad media alcanzada; c) el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. d) la coyuntura económica general. Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

retribución de origen», debe entenderse que, a pesar de lo que diga el convenio colectivo, no se le pueden privar al trabajador de estos complementos dado el carácter taxativo e inequívoco que contiene la ley en orden al mantenimiento de la retribución de origen. En el mismo sentido, CAMPS RUIZ, L., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 35, y «El nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional», *R.T.S.*, núm. 43/1994, pág. 57. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., «La reforma del...», cit., pág. 37. En sentido contrario, ver, SSTS de 25 de febrero de 1999, Ar/2021, y de 25 de noviembre de 1997, Ar/8626, y MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas tendencias*, cit., pág. 134.

⁶³ SALA FRANCO, T. y otros., *Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pág. 485.

Calificación jurídica

Se trata obviamente, de una norma de derecho necesario absoluto, dirigida al gobierno en orden a la aprobación anual (o, en su caso, semestral) de un salario mínimo interprofesional.

1. La revisión del salario mínimo interprofesional 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.

Calificación jurídica

Se trata de una norma mínima imperativa cara a la negociación colectiva ya que nada obsta a que el convenio colectivo expresamente establezca una cláusula de no absorción o compensación de los aumentos producidos por el R.D. sobre el salario mínimo interprofesional.

2. El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable

Calificación jurídica

Se trata de un precepto de derecho necesario absoluto, inmodificable por tanto en vía negocial o contractual.

Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo

El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación por razón de sexo.

Calificación jurídica

El principio general de no discriminación salarial por razón de sexo configura una norma de derecho necesario absoluto, de necesario respeto por la negociación colectiva y la contratación individual, en virtud de la cual devendrá ilegal cualquier cláusula del convenio o del contrato que establezca lo contrario.

Artículo 29. Liquidación y pago

1. La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes. 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 documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justi-

ficativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan. La liquidación de los salarios que correspondan a quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos, en los supuestos de conclusión de cada período de actividad, se llevará a cabo con sujeción a los trámites y garantías establecidos en el apartado 2 del artículo 49.

2. El derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año. El trabajador y sus representantes legales pueden pedir en cualquier momento comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos.

3. El interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 de lo adeudado.

4. El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe del comité de empresa o delegados de personal.

Calificación jurídica

En cuanto al lugar del pago del salario, es de resaltar la total disponibilidad del convenio colectivo y del contrato individual para determinarlos, al tratarse de una materia deslegalizada.

En cuanto al tiempo del pago, aunque pudiera pensarse que las reglas que establece el art. 29 E.T. se encuentran deslegalizadas —en la medida en que, una vez más, el citado precepto habla de fecha «convenida»— ello no es así. Al disponer el precepto que el período de tiempo para las retribuciones no podrá exceder de un mes y que el pago debe hacerse puntualmente, la deslegalización que en un principio pudiera apreciarse en esta materia queda sin efecto, pues claramente estas reglas apuntan a que nos encontramos ante un mínimo de derecho necesario⁶⁴. Mínimo que, como tal, podrá ser

⁶⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Los requisitos...», cit., pág. 75.

mejorado, pero nunca empeorado, por convenio colectivo o acuerdo individual.

De otra parte, hay que considerar absolutamente imperativa la regla del art. 29.1 del E.T. que establece que «la liquidación y el pago del salario se harán documentalmente». Imperatividad que no se da, sin embargo, en la regulación del tipo concreto de documento en el que debe realizarse el pago, que, por el contrario, debe ser entendida como dispositiva ya que es la propia ley la que establece que la documentación del pago se realizará en recibo individual conforme al modelo oficial, a menos que «por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan»⁶⁵.

La norma reguladora del nacimiento del derecho al salario a comisión y el derecho del trabajador y de sus representantes legales a pedir información sobre los libros, es de derecho necesario absoluto y la periodicidad anual de liquidación y pago del mismo es, sin embargo, de derecho dispositivo («salvo que se hubiese pactado otra cosa», dirá el art. 29.2 del E.T.).

La exigencia legal del pago de un interés por mora del diez por ciento de lo adeudado (art. 29.3 del E.T.) constituye una norma mínima imperativa, negociable por convenio colectivo o por contrato individual.

Finalmente, respecto de las normas sobre el modo del pago del salario (art. 29.4 E.T.) hay que reseñar que son de derecho necesario absoluto, las relativas a las modalidades de pago (moneda de curso legal, talón o modalidad de pago a través de entidades de crédito). Ahora bien la atribución al empresario de la elección de la modalidad de pago, previo informe de los representantes es una cuestión de la que perfectamente se puede disponer por la negociación colectiva e, incluso, por el contrato individual.

Artículo 30. Imposibilidad de la prestación

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.

⁶⁵ Art. 29.1 E.T.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo o por contrato individual.

Artículo 31. Gratificaciones extraordinarias

El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad, y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.

No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.

Calificación jurídica

La parte del precepto que establece el derecho del trabajador a dos pagas extraordinarias, una en Navidad y otra en la fecha establecida en convenio o acordada entre los representantes legales de los trabajadores y empresario, ha sido considerado por la doctrina, de forma unánime, como un mínimo de derecho necesario, por lo que nada impedirá que el número de estas gratificaciones se vea aumentado por convenio o por acuerdo individual⁶⁶.

Por otra parte, por lo que a la cuantía se refiere, cabe señalar la desregulación efectuada por el art. 31 E.T. en este punto, ya que se limita a señalar que su cuantía vendrá establecida por convenio colectivo. Desaparecida toda referencia normativa a la cuantía mínima de las gratificaciones extraordinarias, en aquellos casos en los que los convenios colectivos no establezcan nada al respecto, se puede producir un cierto vacío normativo, con la consiguiente falta de protección de los trabajadores⁶⁷.

En cuanto a la posibilidad de prorratear estas pagas extraordinarias en las doce mensualidades, es claro que el art. 31 E.T. en este punto tiene carácter dispositivo, habida cuenta que en el mismo se dispone que, salvo que expresamente así se acuerde en convenio, el prorrateo no se producirá. Pese a la literalidad legal, algunas sentencias consideran que el prorrateo también se puede concretar en el contrato, aunque la ley únicamente haga referencia, en este punto, al convenio. Y en este sentido, entre otras, puede verse la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 1998, Ar/ 5424. Otras sentencias

⁶⁶ ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 80. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del...*, cit., pág. 477.

⁶⁷ ALFONSO MELLADO, C. L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *El Salario*, cit., pág. 81.

como la del T.S. de 4 de octubre de 1996, Ar/ 7448, por su parte, van todavía más allá y entienden válido el prorrateo aunque el convenio de aplicación no lo contemple.

Artículo 32. Garantías del salario

1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.
4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.
5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.
6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

Calificación jurídica

El precepto establece normas de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo o por contrato individual, tratándose de normas de orden público.

Artículo 33. El Fondo de Garantía Salarial

1. El Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios. A los anteriores efectos se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como la indemnización complementaria por salarios de tramitación que en su caso acuerde la jurisdicción competente, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional diario por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 51 de esta Ley, con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del duplo del salario mínimo interprofesional. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de veinticinco días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.

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

4. El Fondo asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia. Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de crédi-

tos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes.

5. El Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley, tanto si son públicos como privados. El tipo de cotización se fijará por el Gobierno sobre los salarios que sirvan de base para el cálculo de la cotización para atender las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el Sistema de la Seguridad Social.

6. A los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.

7. El derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones que resultan de los apartados anteriores prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia o resolución de la autoridad laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones. Tal plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción.

8. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52. El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.

9. El Fondo de Garantía Salarial tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimientos arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones previstas en este artículo.

Calificación jurídica

El precepto establece normas de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo o por contrato individual.

SECCIÓN QUINTA
Tiempo de trabajo

Artículo 34. Jornada

1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —máximo de derecho necesario—. Se limitan las posibilidades de la autonomía colectiva e individual en relación con el establecimiento de la duración de la jornada. Así, el convenio o el contrato podrán pactarla con un límite máximo: cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, esto es, siempre que no se superen las 1.826 horas y 27 minutos anuales⁶⁸. De este modo, como señala la STSJ de Extremadura, de 14 de octubre de 1998, «es de admitir que en la regulación legal de todo lo relativo a jornada de trabajo, especialmente, desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el legislador ha reducido el ámbito material de regulación de carácter imperativo, limitándose a regular la duración máxima —art. 34 del E.T.—, lo que significa que fuera de ese máximo la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo puede contener modalidades —en jornada continuada o en jornada partida— siempre que no excedan del expresado límite».

Aunque lo cierto es, como ha indicado García Ninet⁶⁹, que el primer apartado del precepto debería haberse ubicado en segundo lugar; el tope máximo de la jornada ordinaria podrá reducirse en los correspondientes convenios colectivos o contratos individuales. Se

⁶⁸ En este sentido, señala RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 59, que en la actualidad, con independencia del módulo que se utilice para fijar la jornada máxima y como se distribuya habrá que reconducirla a las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual.

⁶⁹ GARCÍA NINET, I., «La ordenación del tiempo de trabajo», *TS* núm. 43, 1994 (A), pág. 39. Para este autor, con esta regulación se trata de potenciar la negociación colectiva y, en su caso, el contrato de trabajo, en detrimento de las previsiones legales, que van a quedarse ahora como topes mínimos o máximos, según los casos, aunque cada vez con menor presencia. La jornada legal sólo constituye el techo, pero el suelo y las paredes (la distribución desigual e irregular a lo largo del año) quedan en mano de estos mecanismos autónomos en atención a criterios de racionalidad, organización e incluso atención a los legítimos derechos y expectativas de liberación de tiempo a favor de los trabajadores.

observa, pues, señala el mencionado autor, un procedimiento escalonado de mejoras, sin que el contrato individual pueda deshacer o desbaratar lo regulado por la autonomía colectiva, salvo que lo mejore.

En efecto, coincidimos necesariamente con este matiz, el contrato de trabajo queda sometido al convenio [art. 3.1.c) E.T.]⁷⁰. Así, de mejorar éste la duración de la jornada ordinaria máxima establecida legalmente, el contrato sólo podría regularla mejorando a su vez los términos de la norma paccionada.

En este sentido, la STSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 1996 (Ar/397), declara la nulidad parcial del contrato de una trabajadora que establecía una jornada laboral semanal superior a la prevista en el convenio aplicable. Asimismo, en un supuesto de reducción individual de la jornada semanal respecto de la legalmente establecida, la STSJ de Castilla y León, de 11 de marzo de 1997 (Ar/574), reconoce «que fuera de ese máximo legal la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo puede contener duración de jornadas que no excedan de tal límite».

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta Ley.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza dispositiva relativa: «Esta norma autoriza que el convenio colectivo, con los límites que señala, establezca la distribución de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente» (STS de 15 de diciembre de 1998, Ar/10510). Se posibilita que mediante convenio colectivo o, cuando éste no exista, mediante pacto de empresa, se fije una distribución irregular de la jornada anualmente siempre que se mantengan los períodos de descanso a que se refieren, de un lado, el propio art. 34 en su apartado tercero —doce horas—; y, de otro, el art. 37.1 del E.T. —treinta y seis horas—. En caso de inexistencia de pacto no será posible establecer tal distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

La expresión legal convenio colectivo o, en su defecto, pacto de empresa, debe interpretarse a nuestro juicio como que sólo en ausen-

⁷⁰ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. A., en ALFONSO MELLADO, C. A. y GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia, 1994, Tirant lo Blanch, pág. 28.

cia de convenio cabe el pacto de empresa. Así pues, si en aquél se ha pactado la distribución irregular de la jornada anual, no se admite ya la posibilidad de que éste regule la mencionada cuestión ⁷¹. De acuerdo con esto, ha de matizarse que la norma se refiere únicamente al convenio colectivo estatutario y, así, al pacto de empresa subsidiario del convenio colectivo estatutario ⁷².

La expresa referencia del precepto al convenio colectivo y al pacto de empresa, hace que se suscite la duda en torno a si se excluye absolutamente el contrato de trabajo como fuente válida para establecer la distribución irregular de la jornada del trabajador o si, por el contrario, debe aceptarse que la posibilidad del pacto cabe también en el ámbito de la autonomía individual.

En relación con esta cuestión, García Ninet ⁷³ y Alarcón Caracuel ⁷⁴, asumen la segunda interpretación, entendiéndose que también los contratos individuales pueden establecer esa distribución irregular.

De otra parte, Alfonso Mellado ⁷⁵, López Gandía ⁷⁶, Escudero Rodríguez ⁷⁷ y Rodríguez Pastor ⁷⁸ señalan que parece difícil admitir el

⁷¹ En este sentido, GARCÍA NINET (1994, A, pág. 41), ALFONSO MELLADO (1994, pág. 32) y ESCUDERO RODRÍGUEZ R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *RL*, núm. 4, 1999, pág. 19. Según señala este autor, la norma legal ignora el contrato y habilita sólo a la negociación colectiva en la distribución irregular de la jornada anual. Por su parte, RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 73) puntualiza que el acuerdo de empresa podrá operar no sólo ante la inexistencia de convenio sino también cuando, aun existiendo, éste no regule la distribución de la jornada.

⁷² En este sentido, RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 69) indica que por convenio colectivo habrá que entender, en principio, convenio estatutario. Aunque puntualiza este autor que, sin embargo, si tenemos en cuenta que en la esencia de toda regulación convencional colectiva figura el connatural proceso expansivo de su eficacia, quizá se pudiera defender que también se pueda fijar por convenio extraestatutario.

⁷³ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 41).

⁷⁴ ALARCÓN CARACUEL, R. M., «Duración del contrato, jornada y salario», en ALARCÓN CARACUEL, R. M. (Coord.), *La Reforma Laboral de 1994*, Madrid, 1994, Marcial Pons, pág. 175.

⁷⁵ ALFONSO MELLADO (1994, pág. 36). En el mismo sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 836.

⁷⁶ Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J., en AA.VV., *Derecho del Trabajo*, Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, pág. 413, nota 17, argumentando que la Directiva 93/104 habla de convenios o acuerdos entre los interlocutores sociales y no contempla el acuerdo individual.

⁷⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ (1999, pág. 19).

⁷⁸ Señala RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 67) que con carácter general, pues, el legislador es claro en punto a los instrumentos jurídicos a través de los que se puede distribuir la jornada, de modo que, con carácter general queda descartada la posibilidad de que la distribución de la que vengo hablando se pueda establecer en contrato individual y menos aún por decisión unilateral del empresario.

pacto individual cuando no exista convenio colectivo que regule la distribución irregular de la jornada.

A nuestro juicio, no parece posible asumir que por contrato individual pueda establecerse la distribución irregular de la jornada del trabajador, dado que el único marco de pacto previsto legalmente queda centrado en el ámbito de la autonomía colectiva. En materia de jornada, como ya se ha comprobado en relación con su duración (art. 34.1 del E.T.), el legislador alude expresamente al contrato individual como fuente dispositiva. Así pues, teniendo en cuenta el tenor literal y sistemático del precepto en su conjunto, parece lógico limitar la posibilidad de establecer la distribución irregular a la negociación colectiva o el pacto de empresa, sin perjuicio de que, como se observará, se pueda llegar al mismo resultado, vía autonomía individual, con los pactos sobre horas extraordinarias y su compensación por descanso.

3. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

Calificación jurídica

El mínimo de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente constituye una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. Así pues, sólo cabe el pacto colectivo o individual que mejore lo dispuesto en ella⁷⁹.

La exigencia de que el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas consti-

⁷⁹ En este sentido, GARCÍA NINET (1994, A, pág. 41), que señala en este sentido que nos hallamos ante un mínimo de derecho necesario, indisponible, y mejorable por pacto individual o colectivo, lo cual supone una restricción a las libertades organizativas del empresario, y, RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 81).

tuye una norma de naturaleza dispositiva relativa. Por convenio colectivo estatutario o, de no existir éste, pacto de empresa, podrá concertarse una distinta duración de la jornada diaria ordinaria —superior o inferior a nueve horas—. Ahora bien, sea cual fuere la distribución diaria pactada, deberá respetarse siempre la regla imperativa del párrafo anterior —doce horas de descanso entre jornadas—⁸⁰.

Nuevamente el legislador reduce el alcance dispositivo de la norma al ámbito de la autonomía colectiva. Sin embargo, en este supuesto, no se suscita la problemática interpretativa a que antes se hacía referencia. Es unánime la consideración doctrinal de que no cabría admitir que el contrato individual pueda ser fuente de modificación de la jornada diaria máxima establecida legalmente. En efecto, no sólo Alfonso Mellado⁸¹, Escudero Rodríguez⁸² y López Gandía⁸³, vuelven a señalar también en este supuesto que la habilitación de la norma legal sólo se refiere al convenio o pacto, quedando excluido el contrato individual, sino que García Ninet⁸⁴ que, como se recordará, aceptaba más allá de la letra de la Ley, la posibilidad de que por contrato se impusiera la distribución irregular de la jornada anual, viene a señalar en este caso que el techo de las nueve horas diarias seguirá jugando en tanto no exista una alteración por alguna de las dos vías antes citadas [convenio o pacto de empresa], debiendo significar que la norma no alude aquí, en modo alguno, a un posible pacto de naturaleza individual.

La exigencia de que los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos constituye una norma de naturaleza imperativa relativa —máximo— de derecho necesario—. Mediante el convenio colectivo o el contrato individual del trabajador menor, se podrá mejorar, reduciéndolo, el período de tiempo que constituye la jornada continuada diaria para los menores según lo dispuesto por la norma. Así, como ha señalado Sala Franco⁸⁵, respecto de los trabajadores menores de 18

⁸⁰ En este sentido, SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, Tirant lo Blanch, pág. 134; RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 66); y FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 42. Estos autores realizan un análisis comparativo entre la regulación anterior y la actual de esta materia.

⁸¹ ALFONSO MELLADO (1994, pág. 32).

⁸² ESCUDERO RODRÍGUEZ (1999, pág. 21).

⁸³ LÓPEZ GANDÍA (1999, pág. 414).

⁸⁴ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 42).

⁸⁵ SALA FRANCO (1994, pág. 134). En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO (1994, págs. 32 y 33).

años, el límite legal jugará en todo caso, sin que sea posible un pacto colectivo en contrario, siendo objeto de reglas propias más estrictas que para los trabajadores de mayor edad.

4. Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

Calificación jurídica

La norma relativa a que cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos configura una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. De este modo, cabe la posibilidad de pactar vía convenio colectivo estatutario o extraestatutario o vía contrato individual una inferior duración de la jornada continuada diaria, un período de descanso superior a los quince minutos que establece el precepto o ambos extremos, pero en ningún caso una ampliación del tiempo que constituye la jornada continuada ni una disminución del tiempo de descanso mencionado⁸⁶. Asimismo, dado que el precepto no alude a la cuestión del momento de disfrute del descanso, habrá que considerar, con García Ninet⁸⁷ y Sala Franco⁸⁸, que vía negociación colectiva o vía contrato individual, se podrá concretar cuál deba ser éste.

El que el período de descanso se considere tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo constituye una norma dispositiva que se remite a la negociación colectiva o al pacto individual para la regulación de la materia aludida. Sólo si se concierta el período de descanso en los supuestos de jornada continuada se considerará como tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, retribuido⁸⁹; y no en caso contrario.

⁸⁶ En este sentido, GARCÍA NINET (1994, A, págs. 42 y 43) y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 212).

⁸⁷ GARCÍA NINET (1994, A, págs. 42 y 43).

⁸⁸ SALA FRANCO (1994, pág. 134).

⁸⁹ En este sentido, matiza GARCÍA NINET (1994, A, pág. 43) que si nada se dice o

En relación con el hecho de conceder en la práctica un carácter retribuido a este período, ha puntualizado la STS de 21 de octubre de 1994 (Ar/8102) que «de la retribución del expresado descanso en jornada continuada no cabe, en manera alguna, inferir una tácita voluntad consensuada entre las partes en orden a la configuración como jornada efectiva de trabajo [...] no debe conllevar la traducción en jornada efectiva de trabajo ese tiempo de paralización obligada de la actividad laboral, porque falta el pacto expreso, individual o colectivo, que así lo establezca».

La regulación del período de descanso de los trabajadores menores de dieciocho años es una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. De este modo, cabe la posibilidad de pactar vía convenio colectivo estatutario o extraestatutario o vía contrato individual una inferior duración de la jornada continuada diaria para los menores, un período de descanso superior a los treinta minutos que establece el precepto o ambos extremos, pero en ningún caso una ampliación del tiempo que constituye la jornada continuada para los trabajadores menores ni una disminución del tiempo de descanso mencionado.

5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. El papel de la autonomía colectiva e individual en esta materia es importante, puesto que lo único que exige el precepto es que se esté en el puesto al inicio y al final de la jornada, pero, como señala García Ninet⁹⁰, no puede entrar en detalle de la consideración de los distintos episodios de la prestación laboral para concretar qué entra y qué no entra en el tiempo, cronometrado como efectivo de trabajo, sino que lo ha de dejar necesariamente a la negociación colectiva o al contrato individual.

De este modo, de acuerdo con la exigencia de la fórmula legal, son amplias las posibilidades del convenio y del contrato a efectos de concretar qué tiempo ha de ser considerado como tiempo efectivo de trabajo⁹¹.

sólo se fija el momento o momentos de disfrute del descanso, operará como interrupción del cómputo de la jornada diaria de trabajo con su consiguiente ampliación.

⁹⁰ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 44).

⁹¹ En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1995, pág. 838) señalan que hay una serie de tiempos que, tanto al principio como al final del trabajo, no se reputan jornada tales como aseo, cambio de ropa, ir y volver al trabajo,

6. Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual. Se encarga a la empresa la elaboración y publicación del calendario anual, aunque, lógicamente, esto no significa que se legitime al empresario para disponer de los acuerdos adoptados en materia de jornada ni de la normativa mínima en la materia ⁹².

En efecto, el calendario deberá incluir el horario, la distribución anual de los días de trabajo, distribución irregular, descansos entre jornadas, descanso semanal, los festivos y otros días inhábiles y las vacaciones (STS de 3 de mayo de 1994, Ar/3987), siempre de acuerdo con lo pactado en el convenio aplicable, que a su vez respetará los mínimos legales.

7. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos, que por las peculiaridades así lo requieran.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual, por no tener como destinatarios a los sujetos de la relación laboral. Como es sabido, de acuerdo con esta habilitación legal, se han regulado ampliaciones, limitaciones y reducciones de jornada en determinadas actividades en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre.

Artículo 35. Horas Extraordinarias

1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar

bocadillo, etc. Sobre tales períodos de tiempo se establece la regla general de su no cómputo como jornada, pero las posibilidades de pactos individuales y colectivos, que absorban estos períodos temporales en la jornada, son múltiples y adaptados a cada empresa o sector concreto.

las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Calificación jurídica

La consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior configura una norma de naturaleza imperativa absoluta. Tiene la consideración de hora extraordinaria «aquella que, sobrepasando la jornada máxima legal o convencional, responde a una tarea ocupacional con existencia real, efectiva y actual» (STS de 24 de junio de 1992, Ar/4669). Así pues, serán horas extraordinarias aquellas que excedan de la jornada máxima ordinaria. Esto es, todas las realizadas superando la jornada anual del trabajador; las realizadas por encima de las cuarenta horas semanales en promedio anual o, en su caso, aquellas que excedan de lo pactado en convenio o contrato; y las horas realizadas por encima de las nueve horas diarias si el convenio o el contrato no hubiesen ampliado este límite disponible, según lo dispuesto por el anteriormente analizado art. 34.2 del E.T.⁹².

La norma que establece que «mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido» y que «en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización» constituye una norma de doble naturaleza y de diferente alcance.

De un lado, en relación con la fórmula de remuneración de las horas extraordinarias, nos encontramos ante una norma de naturaleza dispositiva. Podrá pactarse en convenio colectivo o, si éste no existe,

⁹² En este sentido, GARCÍA NINET (1994, A, pág. 45), señala que el calendario laboral no incide o actúa *ex novo* sobre las relaciones laborales, sino que viene a ser una mera plasmación global en cuanto se refiere al tiempo de trabajo; y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 93) indica que debe quedar claro que el calendario se limita a recoger aquellos aspectos relacionados con los tiempos de trabajo y de descanso que previamente, y según los procedimientos previstos para cada caso, se han establecido.

⁹³ Como puntualizan, entre otros, ALFONSO MELLADO (1994, págs. 38 y 39); y, FITA ORTEGA (1999, pág. 46).

en contrato de trabajo, el abono económico o la compensación por descansos. Si no se alcanza acuerdo alguno en sede colectiva o individual, la solución legal se decanta por la fórmula de la compensación por descanso dentro de los cuatro meses⁹⁴. Así, concluye la STS de 26 de marzo de 1996 (Ar/2495) que si está pactado en convenio colectivo que el abono de las horas extras se haga en metálico y con incremento del 75 por 100 sobre el valor de la hora ordinaria, la empresa no puede sustituir la retribución en metálico por un descanso compensatorio equivalente, «ya que se trata de una opción disponible por la autonomía colectiva y en defecto de ésta, por la privada».

De otro lado, en relación con la opción convencional o contractual por la retribución económica, la norma tiene carácter imperativo relativo —mínimo de derecho necesario—, ya que se impone legalmente un límite respecto de la cuantía a abonar por hora —ésta no podrá ser inferior a la de la hora ordinaria—, lo que implica que sólo podrá acordarse para la hora extraordinaria un precio igual o superior al de la hora ordinaria.

Respecto de la posible opción colectiva o individual por el descanso, se cuestiona si juega o no para la autonomía de las partes de acuerdo con la opción legal final, el límite temporal relativo a que su cumplimiento habrá de hacerse efectivo en los cuatro meses siguientes. Para Alfonso Mellado⁹⁵ y García Ninet⁹⁶ la compensación pactada puede fijar libremente el período que estime oportuno, que podrá ser superior o inferior a los cuatro meses a que hace referencia el precepto, calificándose así el precepto de dispositivo en este punto.

Para Roa Rico⁹⁷, en cambio, debe alcanzarse la conclusión contraria, dada la finalidad de la norma y la fórmula genérica de no cómputo que contiene el párrafo segundo del número dos.

A nuestro juicio, dado el carácter absolutamente dispositivo de la norma, la respuesta al interrogante ha de ser negativa, alcanzando la opción tanto a la fórmula a seguir como a la regulación de la misma.

2. El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realiza-

⁹⁴ Para SALA FRANCO (1994, pág. 137) se produce una dispositivización casi plena de esta cuestión frente a la negociación colectiva y frente a la contratación individual. En el mismo sentido MONERERO PÉREZ, J. L., «La estructura del...», citado, pág. 125. Ver STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de octubre de 1998, Ar. 4145.

⁹⁵ ALFONSO MELLADO (1994, pág. 44).

⁹⁶ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 46).

⁹⁷ ROA RICO, L. F., «El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias», en BORRAJO DACRUZ, E., Comentarios a las Leyes Laborales, La reforma del Estatuto de los Trabajadores, tomo I, volumen 2, Madrid, EDERSA, 1994, pág. 125.

sen 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.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

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.

Calificación jurídica

La norma que regula el número de horas extraordinarias es de naturaleza imperativa relativa —máximo de derecho necesario—. Las posibilidades de la negociación colectiva o de la autonomía individual respecto a la fijación de un máximo de horas a realizar anualmente se centran en la reducción de lo dispuesto por el precepto⁹⁸. En este sentido, aunque, a nuestro entender, con una errónea calificación del precepto, señalan las sentencias del TSJ de Andalucía de 24 de julio de 1990 (Ar/6550) y de 13 de mayo de 1993 (Ar/2376) que «la prohibición de realizar más de ochenta horas extras al año que establece el art. 35.2 del Estatuto de los Trabajadores es de orden público, o de derecho necesario, por lo que no queda al arbitrio de las partes, que no pueden disponer de la misma (...)».

Por lo que se refiere al conjunto de las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

En relación con lo previsto por esta norma, debe puntualizarse que, de acuerdo con lo analizado respecto de las posibilidades para la autonomía colectiva e individual, cabe la posibilidad de que ese plazo de cuatro meses haya sido modificado. En este caso, la disposición que ahora se estudia resultará aplicable sólo si no se ha dispuesto un plazo para el descanso superior a los cuatro meses. Si así ha sido, no se computarán como tales las horas extraordinarias realiza-

⁹⁸ En este sentido, señala GARCÍA NINET (1994, A, pág. 47) que el número máximo de horas extraordinarias podrá verse igualmente reducido por convenio colectivo o pacto de empresa. En nuestro país las ochenta horas extraordinarias son igualmente de distribución flexible anual, no existiendo topes diarios ni mensuales, sino sólo topes indirectos.

das que hayan sido compensadas mediante descanso dentro del período pactado.

La referencia a que el Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso constituye una norma de naturaleza imperativa absoluta —derecho necesario absoluto—, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual, al no tener como destinatarios a los sujetos de la relación laboral.

3. 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 y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual. Según indica la STS de 18 de julio de 1995 (Ar/6308), esta previsión legal ha de ser considerada como la única excepción legal a la «norma de derecho necesario, en cuanto se refiere al tope legal de las horas extraordinarias».

4. 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.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza dispositiva absoluta. Por convenio colectivo o por contrato individual podrá imponerse la realización de horas extraordinarias, aunque siempre respetando el límite máximo anual de ochenta legalmente establecido o, en su caso, el límite menor pactado vía colectiva o individual⁹⁹. Así pues, «no exis-

⁹⁹ Para GARCÍA NINET (1994, A, pág. 48) las posibilidades derivadas del art. 35.4 son tres: 1.º) propuesta empresarial y aceptación o no del trabajador; 2.º) previsión de realización de horas extraordinarias a través del contrato individual de trabajo, que puede haber previsto el cuando, las posibles causas, e incluso su pago o compensación por descansos de un modo u otro en función de lo antes analizado, debiendo precisar que el pacto no es algo estático, sino que, tanto inicialmente, como a lo largo del contrato de trabajo, puede acordarse la realización de horas extraordinarias bajo unas u

te un derecho del empresario a exigir la prestación de servicios del trabajador una vez finalizada la jornada» (STSJ de Madrid, de 18 de diciembre de 1997, Ar/4589) ya que las horas extraordinarias «no pueden imponerse con carácter forzoso sino que son de libre aceptación por el trabajador, salvo hipótesis de fuerza mayor» (STSJ de Baleares, de 24 de septiembre de 1997, Ar/3440).

En definitiva, «sólo en los supuestos de fuerza mayor contemplados en el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores se impone la obligatoriedad de las horas extraordinarias, y todos los demás supuestos de prolongación de la jornada dependerán de la voluntad del trabajador, salvo que en convenio colectivo o individual se disponga otra cosa» (STS 9 junio 1987, Ar/4312).

5. A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta —derecho necesario absoluto—, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

Artículo 36. Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo

1. A los efectos dispuestos en la presente Ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral.

Calificación jurídica

Se trata de una norma que comprende varios mandatos de diferente alcance imperativo.

De un lado, en relación con el concepto de trabajo nocturno se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. De acuerdo con lo establecido por el precepto,

otras condiciones cambiantes, siempre respetando los mínimos legales previstos; 3.^o) previsión de realización de horas extraordinarias en convenio colectivo que, al igual que en el pacto particular, puede ser cambiante a lo largo de la vida de los trabajadores y que obligará a todos los trabajadores (aparte de a los empresarios) incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio, a realizarlas cuando se dieran los supuestos de hecho previstos en dicho pacto.

el período nocturno comprenderá como mínimo de las diez de la noche a las seis de la mañana. Y, como han señalado García Ninet¹⁰⁰ y Rodríguez Pastor¹⁰¹, las posibilidades de la autonomía colectiva e individual en relación con esta previsión se limitan a la posible ampliación tanto el inicio como el final de la nocturnidad por convenio colectivo o por contrato individual.

De otro lado, respecto de la determinación del período concreto que se considera como nocturno se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, quedando vedado en todo caso, como puntualizan Valdés Dal-Ré¹⁰² y Martín Valverde¹⁰³, el traslado de dicho período a horas no comprendidas entre las señaladas.

Por lo demás, la exigencia legal de información a la autoridad laboral de la realización de trabajo nocturno es igualmente imperativa absoluta.

La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrá realizar horas extraordinarias.

Calificación jurídica

Se trata de una norma que introduce un doble mandato de distinta naturaleza.

En primer lugar, es una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario— puesto que fija un límite tanto para el convenio colectivo como para el contrato. El tope de las ocho horas en un promedio de referencia de quince días es insuperable. Este período puede ser rebajado, pero en modo alguno ampliado¹⁰⁴. De

¹⁰⁰ GARCÍA NINET, I., «El artículo 34. Jornada», en BORRAJO DACRUZ, E., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VII, Madrid, EDERSA, 1982, pág. 133.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 227).

¹⁰² VALDÉS DAL-RÉ, F., «Jornada nocturna», en AA.VV., *Estudios sobre la jornada*, Madrid, ACARL, 1991, pág. 234. En el mismo sentido, también, MURCIA CLAVERÍA, A., «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», en VALDÉS DAL-RÉ, F., *La Reforma del Mercado Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, pág. 295; y, RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 227).

¹⁰³ MARTÍN VALVERDE, A., «Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo», en AA.VV., *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial —CGPJ—, 1995, pág. 82. Señala este autor que el período nocturno es uniforme para todo el año, sin variaciones estacionales y sin consideración de otros factores como la luz del día o el cambio oficial de horas.

¹⁰⁴ En este sentido, indica GARCÍA NINET (1994, A, pág. 49), que en este caso no existe flexibilización. No puede, pues, más allá de los quince días extenderse el pro-

esta manera, se limitan las posibilidades de la autonomía colectiva e individual únicamente a la reducción del cómputo de tiempo reseñado —un promedio de ocho horas en un periodo de quince días.

*En segundo lugar, en relación con la prohibición para los trabajadores nocturnos de realizar horas extraordinarias, introduce el precepto un mandato de carácter imperativo absoluto innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual*¹⁰⁵.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.

Calificación jurídica

*Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. Se identifica al trabajador nocturno y se limita el campo de acción del convenio colectivo o el contrato de trabajo, puesto que sólo podrán referirse a esta materia para, mejorando lo dispuesto por la norma, reducir el tiempo de prestación de servicios en el período nocturno*¹⁰⁶. *De este modo, señala la STS —ud— de 1 de diciembre 1997 (Ar/8921) que de cuestionarse «si puede la norma pactada decidir quién reúne las condiciones para cobrar el citado plus y quién no [refiriéndose al plus de nocturnidad como retribución específica*¹⁰⁷], la contestación necesariamente ha de ser negativa. El Estatuto de los Trabajadores precisa en su artículo 3 que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, en primer lugar, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, y después por los Convenios Colectivos, que también deben respetar las leyes, según el artículo 85 de la propia Ley Estatutaria, y ese orden jerárquico ha de ser respetado, sin que tal conclusión suponga el desconocimiento del derecho a la negociación colectiva laboral, así como de la fuerza vinculante de los Convenios Colecti-

medio de las ocho horas diarias de trabajo nocturno, sin duda por cuestiones de salud y de mayor penosidad de este tipo de trabajo; y FITA ORTEGA (1999, pág. 93) que califica este límite legal como un máximo.

¹⁰⁵ Prohibición que, como ha indicado ROA RICO (1994, pág. 118) implica que los trabajadores nocturnos no pueden realizar horas extraordinarias ni en período nocturno ni en período diurno. En el mismo sentido, MURCIA CLAVERÍA (1994, pág. 299) y FITA ORTEGA, F., (1999, pág. 95).

¹⁰⁶ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 49) y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 228).

¹⁰⁷ Ver, *infra*, análisis del art. 36.2 del E.T.

vos, garantizados por la Constitución en su artículo 37.1, porque cada una de estas fuentes tiene su propio campo de actuación. La fuerza vinculante que para la empresa o empresario y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia tienen los Convenios Colectivos (artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores) se extiende a todos aquellos aspectos de la relación laboral en que existe «disponibilidad» de derechos de los trabajadores y no afectan, por tanto, a normas imperativas o coercitivas de prohibida renuncia».

Resultará de aplicación a lo establecido en el párrafo segundo lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 de esta Ley. Igualmente, el Gobierno podrá establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas en el presente artículo para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta —derecho necesario absoluto—, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual, al no tener como destinatarios a los sujetos de la relación laboral, resulta imposible para la autonomía colectiva o individual el tratamiento de la materia a que se refiere el precepto.

2. El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.

Calificación jurídica

La calificación del transcrito mandato legal resulta ciertamente compleja. Como ha puesto de manifiesto Sala Franco¹⁰⁸, el mayor problema interpretativo que plantea este precepto es el de si es la ley la que establece el derecho a una retribución incrementada del trabajo nocturno —el trabajo nocturno tendrá una retribución específica—, o es el eventual convenio colectivo —que se determinará en la negociación colectiva—, planteando la cuestión de cuál sea la retribución del trabajo nocturno cuando el convenio aplicable nada diga.

¹⁰⁸ SALA FRANCO (1994, pág. 142).

En relación con esta cuestión, la doctrina se ha pronunciado en sentido crítico considerando que el precepto ha deslegalizado absolutamente la materia de la retribución del trabajo nocturno. Así, critica García Ninet¹⁰⁹ el hecho de que la Ley reconoce el derecho en abstracto, pero no entra en su regulación, dejando una suerte de vacío legal que habrá que completar o integrar necesariamente para que tal derecho resulte aplicable, pues la desregulación es absoluta. En el mismo sentido, señala Alfonso Mellado¹¹⁰, que si el convenio nada dice, nada parece que puedan reclamar los trabajadores, existiendo un auténtico supuesto de deslegalización amplia con efectos claramente desreguladores. Finalmente, concluye Rodríguez Pastor¹¹¹ que la regulación sobre el plus de nocturnidad ha pasado de fijar un mínimo de derecho necesario [con la regulación anterior a 1994] a remitir la ordenación del mismo a la autonomía colectiva.

A nuestro juicio, tal y como entiende la doctrina mayoritaria¹¹², se trata de una norma sin contenido regulador. La materia a que se refiere —retribución del trabajo nocturno— queda deslegalizada. En tanto no venga prevista por la vía de la autonomía colectiva, sea convenio estatutario o extraestatutario o pacto de empresa¹¹³, la existencia de esa retribución específica, parece que debe asumirse que el trabajador que presta servicios en el período nocturno y que tiene derecho a la misma, no puede verlo materializado, dada la falta de concreción colectiva del mismo.

En el supuesto de que exista regulación convencional, de acuerdo con el tenor literal de la norma, ésta podrá consistir en la fijación de una cantidad específica —plus de nocturnidad— que no se cobrará si se trata de un trabajo nocturno por su propia naturaleza, o si se compensa con descansos.

Las posibilidades de la autonomía individual en relación con la retribución del trabajo nocturno dependerán de la existencia o inexistencia de tratamiento colectivo. Si el convenio se ha referido al tema fijando esa retribución específica, ésta resultará un mínimo de necesario respeto por el contrato de trabajo, que sólo podrá ser fuente de una mejora de la concreta condición retributiva acordada en el con-

¹⁰⁹ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 50), que entiende que la nueva ley no nos da ni la referencia al salario base y tampoco da el porcentaje mínimo, y solamente reconoce el derecho y lo remite completamente a la negociación colectiva.

¹¹⁰ ALFONSO MELLADO (1994, pág. 70).

¹¹¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G., (1999, pág. 236).

¹¹² En el mismo sentido, también, ALARCÓN CARACUEL, M., (1994, pág. 176), que apunta que no ocurriría «nada» si la negociación colectiva desobedeciese el mandato legal no pactando retribución específica alguna; y, MURCIA CLAVERÍA (1994, pág. 307).

¹¹³ GARCÍA NINET (1994, A, pág. 50).

venio ¹¹⁴ o, en todo caso, fuente de pacto del salario específico por el carácter nocturno del trabajo, de la compensación por descansos. Pero, en modo alguno, lógicamente, podrá el contrato de trabajo excluir las condiciones pactadas en el convenio. En este sentido, concluye la STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1997 (Ar/1340), en un supuesto en que sí se regula convencionalmente la retribución específica, que el demandante es acreedor del plus de nocturnidad a pesar de la exclusión que del mismo se hace en el contrato, ya que, si así no sucediera, se daría la paradoja de que el trabajo nocturno del actor quedaría valorado retributivamente en igualdad de quien, con las mismas categoría y tarea, lo llevara a cabo diurnamente, posibilidad ésta que, desde luego, ni estatutaria, ni convencional, ni lógicamente, es admitida ni admisible.

De no existir regulación convencional, indican Alfonso Mellado ¹¹⁵ y Rodríguez Pastor ¹¹⁶, cabría admitir que el incremento se fija-se vía autonomía individual.

A nuestro juicio, aunque es cierto que es ésta una conclusión que excede de la literalidad del presupuesto legal, parece que debe coincidirse con esta apreciación doctrinal, teniendo en cuenta, primero, que el precepto reconoce, como se señalaba, el derecho a la retribución específica; y, en segundo lugar, que cabe alcanzar también esta conclusión con base en el art. 3.1.c) del E.T. La STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 1995, asegura que «la determinación del importe del indicado plus corresponde a la negociación colectiva (...) pero sin que esta dejación de las partes de la facultad de negociar libremente el meritado incremento pueda traducirse (...) en la posibilidad de privación absoluta del derecho a percibir el plus a quien efectivamente trabaja en horario nocturno». De este modo, parece que el pacto individual podrá actuar en esta materia ante el silencio de la negociación colectiva.

¹¹⁴ SALA FRANCO (1994, pág. 142).

¹¹⁵ ALFONSO MELLADO (1994, pág. 70). Considera este autor que aunque la Ley se remita al convenio colectivo, en ausencia de regulación es éste, cabría admitir que el incremento se fijase en cualquier otro tipo de pacto, tanto pactos colectivos informales de empresa, como incluso el pacto individual, pero si estos no existiesen realmente no quedaría garantizado el derecho del trabajador a una retribución específica incrementada por el trabajo nocturno, solución harto criticable y que contradice la inicial referencia legal a la misma.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 237). Este autor argumenta que cabe aplicar el art. 26.3 del E.T., considerando que el plus de nocturnidad tiene carácter de complemento retributivo, y el citado precepto remite a la negociación colectiva y, en su defecto, al contrato individual, la determinación de la estructura salarial. De este modo, concluye, ante la omisión deberá ser la autonomía individual la que resuelva la concreción del incremento (véase, doctrina citada en la obra, nota 593).

3. Se considerará trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o semanas.

Calificación jurídica

El precepto transcrito no introduce más que una definición de lo que es el trabajo a turnos ¹¹⁷.

La decisión acerca del establecimiento del sistema a turnos forma parte del poder de dirección empresarial ¹¹⁸. Sin embargo, cabe la posibilidad de que se utilice la vía de la autonomía colectiva para acordar el sistema de turnos aplicable a la empresa ¹¹⁹.

De este modo, aunque no contiene el precepto mandato alguno de carácter dispositivo o imperativo, en la práctica es habitual el acuerdo colectivo por el que se fija el sistema de turnicidad en la empresa ¹²⁰.

En las empresas con períodos 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.

¹¹⁷ El carácter de definición legal es destacado en general por la doctrina que coincide en lo obvio de la misma. Así, GARCÍA NINET (1994, A, pág. 50), ALFONSO MELLADO (1994, pág. 64) y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 254).

¹¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., «La jornada de trabajo», en AA.VV., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, pág. 149. Señala el autor que la facultad de decidir inicialmente (esto es, al comenzar la actividad de la empresa) la implantación de un régimen de jornada a turnos se integra en el poder de dirección del empresario, en su vertiente de poder de organización laboral de la empresa; no en vano el trabajo a turnos es una técnica de organización productiva, cuya adopción compete al empresario en su calidad de organizador nato de la empresa.

¹¹⁹ Como puntualizan MURCIA CLAVERÍA (1994, pág. 309) y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 265).

¹²⁰ En este sentido, indican MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 547, que esta escueta regulación legal suele ser completada, especialmente en aquellos sectores en los que la actividad empresarial se realiza en procesos continuos, por el convenio colectivo; la normativa convencional atiende en estos casos a cuestiones tales como el número y horario de los turnos, reglas de rotación a lo largo de la semana, el mes o el año, régimen de descanso semanal de los trabajadores afectados y otras.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta para la autonomía colectiva y dispositiva absoluta para la autonomía individual. En efecto, sólo el pacto individual puede disponer del límite previsto por la norma —superación de dos semanas en el turno de noche—, de acuerdo con la expresión salvo adscripción voluntaria; no así el convenio colectivo.

«Lo que sí proclama el artículo glosado es la garantía de los trabajadores de no permanecer en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, esto es, el empresario tiene la ineludible obligación de proporcionar un sustituto cada tres semanas a los trabajadores no adscritos voluntariamente al turno de noche, que son los únicos a quienes alcanza este derecho necesario, sin que sea extendible la garantía ni quepa la imposición de ese régimen rotatorio a los trabajadores que hayan optado libremente por prestar servicios en turno fijo de noche, en el ejercicio de la libertad de pactos que no contraría la prohibición del artículo 3.5 del propio Estatuto de los Trabajadores» (STSJ de la Rioja, de 5 de mayo de 1994, Ar/1895) ¹²¹.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

Calificación jurídica

Se trata de una norma calificada por Alarcón Caracuel ¹²² de «neutra», dado que es difícil derivar de la misma algún significado normativo concreto en la medida en que, por un lado, se limita a autorizar una contratación a tiempo parcial que, de todos modos, es posible; y, por otro lado, se denota en el mismo, un tono descriptivo y pedagógico tal del que no puede deducirse más que, en efecto, existen empresas que se rigen por un sistema de turnos a semana completa.

¹²¹ Señala esta resolución que el art. 36.3 «no prohíbe de manera absoluta el establecimiento de un sistema de turnos fijos, cuando se trate de procesos productivos continuos, como se deduce de la expresión “se tendrá en cuenta” que el precepto utiliza para referirse a la rotación de turnos, es decir, el Estatuto de los Trabajadores advierte sobre la conveniencia de que roten los distintos turnos, pero no impone esta solución como imperativo de obligada observancia en todo caso, expresión de un derecho necesario e indispensable de los trabajadores, por lo que no cabe imponer a las empresas la alternativa absoluta en los turnos de trabajo».

¹²² ALARCÓN CARACUEL, M., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 142.

En efecto, a nuestro juicio, coincidiendo con esta apreciación, ha de sostenerse que el precepto no contiene mandato normativo alguno, refiriéndose exclusivamente a las posibilidades de actuación empresarial en los supuestos de trabajo a turnos. Lo que cabría señalar en este supuesto, como se indicaba en general respecto del sistema de trabajo a turnos, es que nada impide el tratamiento colectivo de esta materia. Así pues, el convenio colectivo perfectamente podrá ser fuente del pacto que concrete la realización del trabajo a turnos.

4. Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajador nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente Ley.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

5. El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma que tampoco contiene un mandato normativo claro, pareciendo formular, como indica García Ninet, una especie de «solicitud» a los empresarios para que, de modo ciertamente abstracto, lleven a cabo tales medidas.

En este sentido, podría considerarse que nos encontramos ante un nuevo precepto de naturaleza imperativa que podrá ser objeto de pacto colectivo o individual que concrete el abstracto alcance normativo ¹²³.

Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos

1. Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

Calificación jurídica

De un lado, en relación con el tiempo de descanso ininterrumpido —general o para menores—, nos encontramos ante una norma de carácter imperativo relativo —mínimo de derecho necesario—. En esta materia las posibilidades de la autonomía colectiva e individual se sitúan exclusivamente en la superación del período de descanso de día y medio para los mayores de 18 años o de dos días para los menores de esta edad ¹²⁴. Así, señala la STSJ de Navarra, de 27 de julio de 1998 (Ar/6994) —aunque calificando al precepto erróneamente de norma imperativa absoluta—, que «el descanso semanal, junto con el diario, a que se refiere el art. 34 Estatuto de los Trabajadores, adquiere el carácter de derecho necesario absoluto, indisponible «in peius» por las partes de la relación laboral (arts. 34.2 y 37.1 del Estatuto de los Trabajadores)».

De otro lado, en relación con el modo de disfrutar del descanso, nos encontramos ante una norma de naturaleza dispositiva respecto de la posibilidad de acumular en períodos de hasta catorce días el

¹²³ En este sentido, GARCÍA NINET (1994, A, pág. 52), señala que nada empece para que esto [la organización de las medidas] se lleve a la práctica mediante acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, e incluso para que la negociación colectiva (mejor de empresa) analice la cuestión.

¹²⁴ En este sentido, entre otros, GARCÍA NINET, I., «Ordenación del tiempo de trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E., *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid, EDERSA, 1994, pág. 98 (B); MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (1995, pág. 551); ALFONSO MELLADO, C., y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 62; y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 85).

tiempo de descanso y respecto del día concreto de disfrute del descanso. En efecto, como ha señalado García Ninet¹²⁵ se trata de un descanso mínimo susceptible de acumulación, pero no necesariamente acumulable¹²⁶; y la utilización de los días citados lo es como regla general, lo que quiere decir que admite excepciones, bien vía reglamentaria, bien por convenio o pacto individual entre las partes¹²⁷.

En fin, en relación con la posibilidad de acumulación del tiempo trabajado para acceder al descanso, se suscita la duda de la naturaleza de la norma respecto de los trabajadores menores de 18 años. Así, de una parte, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia¹²⁸, entienden que cabe la posibilidad de acumulación por períodos de hasta catorce días para los menores, asumiendo que la norma tiene carácter dispositivo; de otra, en cambio, García Ninet¹²⁹, Alfonso Mellado y Peña Obiol¹³⁰, consideran que no cabe en modo alguno la acumulación del descanso semanal de los menores, asumiendo, pues, la naturaleza imperativa absoluta de la norma.

A nuestro juicio, de acuerdo con el tenor literal de la norma, cabría sostener que la referencia a la posibilidad de acumulación se centra exclusivamente en los trabajadores mayores de 18 años y, como salvedad relacionada con los menores, impone el legislador un mínimo imperativo superior al previsto para los mayores sin alusión alguna a la posible acumulación. De este modo, la acumulación no será posible como opción pactable por lo que afecta a los trabajadores menores que deberán disfrutar de un descanso necesariamente semanal de dos días como mínimo.

¹²⁵ GARCÍA NINET (1994, B, pág. 98).

¹²⁶ En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA (1995, pág. 851) puntualizan que el convenio colectivo o el contrato individual pueden introducir otro sistema de descanso semanal, acumulándolo por períodos de hasta catorce días.

¹²⁷ En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 68) que señalan que la acumulación hasta en períodos de 14 días es perfectamente pactable y en cuanto al momento concreto concreto en que debe disfrutarse el descanso semanal, la dispositividad debe entenderse en gran parte subsistente, pues si el precepto alude a que su disfrute en sábado o lunes y domingo es la regla general, es claro que está admitiendo otras reglas particulares que no pueden ser las que se establezcan reglamentariamente (art. 37.1 del E.T.). Parece que se está aludiendo a otros posibles pactos colectivos o individuales que al respecto puedan establecerse; y RODRÍGUEZ PASTOR (1999, pág. 86).

¹²⁸ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (1995, pág. 552).

¹²⁹ GARCÍA NINET (1994, B, pág. 98). Para este autor, se trata de un beneficio a imponer y disfrutar necesariamente es ese plazo semanal, como excepción a las posibilidades que se ofrecen a los mayores de dieciocho años.

¹³⁰ ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 62). Para estos autores, no se contempla para los menores la salvedad que para el resto de trabajadores se hace en cuanto al cómputo en promedio bisemanal (véase nota al pie núm. 64 de la obra citada). En este mismo sentido, también FITA ORTEGA (1999, pág. 116).

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, indisponible para la negociación colectiva y de necesario respecto por parte de la autonomía individual, al no tener como destinatarios a los sujetos de la relación laboral.

2. Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de Mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.

Respetadas las expresadas en el párrafo anterior, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.

Las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.

Si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta indisponible para la negociación colectiva y de necesario respeto por parte del contrato individual. La regulación de las fiestas laborales se mantiene en el exclusivo ámbito de la Administración, estatal, autonómica o local y extramuros de la autonomía colectiva e individual. Así, como ha señalado la STCT de 16 de octubre de 1984 (Ar/8290) «las fiestas laborales son derecho necesario, de tal manera que el convenio colectivo no puede alterar el calendario oficial ni sustituir a la Comunidad Autónoma».

3. El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

- a) Quince días naturales en caso de matrimonio.
- b) Dos días en los casos de nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.
- c) Un día por traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 de esta Ley.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

- e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

Calificación jurídica

*Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. El contenido del precepto legal podrá mejorarse en todo caso por convenio colectivo o por contrato de trabajo. Así, por vía de autonomía colectiva o individual se podrá proceder no sólo a una ampliación de los períodos de permisos referidos por el precepto, sino también de las causas o motivos que generan el derecho a un permiso retribuido*¹³¹.

¹³¹ En este sentido, señalan MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (1995, pág. 558) que la regulación de estos permisos es completada y mejorada con frecuencia en los convenios colectivos, lo que se hace por una de estas dos vías; bien por adición de nuevos casos de interrupción, bien por reconocimiento del derecho a más días de permiso en los casos previstos legalmente. No pocos convenios contienen mejoras de uno y otro tipo. Para un análisis de la negociación colectiva en materia de permisos, véanse GARCÍA NINET, I. y BURGOS GINER, M. A., «Los permisos en la negociación colectiva (1994/1996). Líneas de tendencia», *TS*, núm. 65, 1996; y SANCHEZ

4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

Calificación jurídica

De una parte, en relación con el tiempo de ausencia reseñado es ésta una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario— y, por tanto, el convenio o el contrato, podrán ampliar el fijado período de un hora, pero en ningún caso reducirlo.

De otra parte, respecto de la forma de disfrute de este permiso por lactancia es ésta una norma de naturaleza imperativa absoluta para la autonomía colectiva. Así, el convenio colectivo no podrá decidir en nombre de los trabajadores individuales. En este sentido, indica la STSJ de Cataluña, de 8 de marzo de 1999 (Ar/1721), que «la utilización del derecho al permiso de ausencia del trabajo de una hora por razón de lactancia o reducción de su jornada laboral en media hora corresponde a la trabajadora, aunque el ejercicio de tal derecho ha de estar regido por los principios de buena fe, sin hacer ilusorio, arbitrariamente incómodo, o abusivamente imposible el del empresario de organizar su trabajo»¹³².

TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador*; Navarra, Aranzadi, 1999, que aborda un amplio análisis del art. 37.3 del E.T.

¹³² Señala esta resolución que «conforme al redactado del aludido artículo 37 es a la trabajadora —y en su caso el padre— o quien tenga la guarda legal o el cuidado directo, del menor o incapacitado, a quienes el ordenamiento otorga el derecho y la facultad de ausentarse una hora o fraccionarla y reducir la jornada para cumplir las obligaciones derivadas de aquellas situaciones y que, por pertenecer a la intimidad, de la persona y derecho de la familia, en relación con las circunstancias personales ligadas al lactante o al menor, excluyen la posibilidad de que sea el empresario quien pueda elegir la determinación de la utilización de tales derechos conforme a la interpretación que a tenor de lo prevenido por el núm. 1 del artículo 3 del Código Civil ha de darse al contenido del núm. 4 del aludido artículo 37, del Estatuto de los Trabajadores ya que si, indiscutidamente, en el caso de no existir colisión entre los intereses de la empresa y la trabajadora, es ésta quien tiene la posibilidad de obtener el permiso y facultad de dividirlo que tal número le otorga, pues ella es —o indistintamente el padre— la titular de tal derecho y nada permite que tal facultad se desplace al empresario por la sola circunstancia de que surja colisión o se suscite enfrentamiento entre los intereses de una y la otra; de tal modo que si no se puede ignorar que el ejercicio de tal derecho para la trabajadora demandante, en cuanto que lo es y forma parte de la empresa demandada, puede friccionar y hasta colisionar con los derechos del empleador, y principalmente con los que sobre ordenación del trabajo le confiere el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, tal colisión ha de solventarse en el sentido

4 bis. En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo.

Calificación jurídica

Se trata de un mínimo imperativo mejorable por la negociación colectiva y/o por el contrato individual.

5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe otra actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta indisponible para la negociación colectiva y de necesario respeto por parte del contrato individual. El precepto transcrito reconoce un derecho individual que podrán ejercer los trabajadores que cumplan las condiciones reseñadas en el mismo. «Así, debe, por lo tanto, primar una interpretación normativa pro favorecimiento del ejercicio efectivo del derecho en los términos solicitados por el titular del mismo, máxime

de que en principio y, ante el silencio del legislador —que de haberlo así pretendido lo hubiera establecido como específicamente determina el núm. 2 del siguiente artículo 38 del mismo Estatuto para el supuesto de desacuerdo en la fijación del disfrute de vacaciones— (...).»

cuando ello no obedezca a una preferencia arbitraria, sino, como ocurre en el caso, precisamente concretada en atención a la efectividad de la atención y guarda sobre el menor, que es lo que justifica la propia existencia de la institución debatida. Ello comporta, como se desprende de una Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 1995, que deba prevalecer el amparo a la reducción de jornada en los términos solicitados por el titular del derecho, que es a quien debe tenerse por conferida la facultad de concretar los márgenes de la reducción (STSJ del País Vasco, de 5 de diciembre de 1995), dentro de los límites del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues así debe realizarse en términos generales» (STSJ de Castilla-La Mancha, de 23 de enero de 1998).

6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta para la autonomía colectiva y para la autonomía individual.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta indisponible para la negociación colectiva y de necesario respeto por el contrato individual.

Artículo 38. Vacaciones anuales

1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

Calificación jurídica

Por lo que se refiere a la duración de las vacaciones, se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario.

*Las opciones de la autonomía colectiva o individual en relación con la fijación de la duración de las vacaciones anuales retribuidas se sitúan así exclusivamente en la mejora de la referencia legal a la duración. Mejora que puede implicar tanto la superación numérica del período de treinta días naturales como la consideración de estos días como laborables en lugar de naturales*¹³³.

*En relación con el carácter retribuido de las vacaciones se trata de un mandato de naturaleza imperativa absoluta, en tanto en cuanto en ningún caso podrán negociarse vacaciones no remuneradas; debe puntualizarse que resulta una materia que podrá ser concretada por la negociación colectiva. Tal y como jurisprudencialmente se ha señalado «son válidas las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una regulación de la retribución de las vacaciones en la que faltan algunos de los elementos integrantes del salario en la jornada ordinaria, pudiendo apartarse de la regla de la remuneración normal o media siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de Derecho necesario» (SSTS —UD— de 21 de enero, 30 de septiembre y 6 de noviembre de 1992, Ar/59, 6829, 8786)*¹³⁴.

2. El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

¹³³ Como señalan ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 29) la duración se configura como un mínimo de derecho necesario, indisponible, pues, en perjuicio del trabajador. En este sentido, la negociación colectiva o individual se configura como una negociación de mejora (...) nada impide que un convenio o pacto individual mejore esta regulación, concediendo las vacaciones en días laborables.

¹³⁴ Para ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «La retribución de las vacaciones», *TS*, núm. 38, 1994, pág. 39, los convenios pueden actuar en cuatro direcciones distintas, todas ellas plenamente admisibles por actuar dentro de un margen de complementariedad que la propia ley asume: fijando un importe concreto y exacto por cada categoría, grupo de trabajadores, etc...; estableciendo exclusiones expresas de algunos conceptos que no computarán a efectos de la retribución de vacaciones; estableciendo pactos de promedio del salario del trabajador, fijando el período temporal con arreglo al cual deba establecerse el citado promedio; y, por último, estableciendo recargos a abonar en las vacaciones sobre la retribución media o normal (pactos, pues, de mejora).

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza dispositiva absoluta para la autonomía colectiva y la autonomía individual.

El convenio colectivo será el marco general idóneo para el diseño de las vacaciones anuales en la empresa. De este modo, el precepto reenvía la labor de establecer los criterios de planificación de las vacaciones a la negociación colectiva ¹³⁵.

Por otra parte, el pacto individual viene configurado como el marco particular de concreción del período de vacaciones pero siempre dentro del límite del sistema pactado en el convenio ¹³⁶.

La duda que suscita el precepto en relación con la concreción del período vacacional se centra en si cabe o no la posibilidad de que ese pacto sea de carácter colectivo, entre el empresario y los representantes de la empresa (tal como admitía la anterior regulación). Para Alfonso Mellado y Peña Obiol ¹³⁷ *y Mateos Beato* ¹³⁸, *se ha de enten-*

¹³⁵ ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 43).

Planificación que deberá ser de carácter anual, y de ahí que el calendario vacacional deberá confeccionarse anualmente, como señalan GARCÍA NINET, I. y LLEÓ CASANOVA, B., «La fijación del período vacacional: el calendario de las vacaciones», *TS*, núm. 38, 1994, pág. 23. Para MATEOS BEATO (1994, pág. 340), el mandato de la Ley al convenio colectivo para que se regule el período de disfrute en esta materia tiene las siguientes características: —No es obligatorio, el texto legal dice de «conformidad con lo establecido en su caso»; —su contenido es de «planificación anual». Esta expresión de carácter indeterminado, es difícil que sea operativa en los convenios de sector, pues por lógica sus reglas deberán ser amplias o genéricas y por lo tanto necesitarán una adaptación expresa a la empresa. En relación con el calendario de vacaciones, véase, *infra*, el análisis del art. 38.3.

¹³⁶ En este sentido, ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 47) que señalan que el pacto individual es la vía más directa para la fijación de las vacaciones, pacto que tendrá que atenerse a las reglas que sobre la planificación anual puedan haberse establecido en los convenios colectivos; y, MATEOS BEATO, A., «Descanso Semanal y Vacaciones» en VALDÉS DAL-RE, F., *La Reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, pág. 340.

¹³⁷ ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 46). Para estos autores, el posible acuerdo colectivo tendrá únicamente dos efectos directos: vinculará al empresario —salvo pacto individual más favorable para el trabajador— e impedirá cualquier reclamación colectiva de la representación de los trabajadores que lo suscribió. A ellos se sumará indirectamente, sin duda, el efecto de constituir una relativa prueba de razonabilidad de las fechas previstas si posteriormente el órgano judicial tuviera que pronunciarse ante una o varias demandas individuales, prueba que no pasará de eso, pues en ningún caso el acuerdo vinculará al órgano judicial más allá de lo que él mismo admita.

¹³⁸ MATEOS BEATO (1994, pág. 341). Señala este autor que el nuevo art. 38.2 plantea dos problemas: —Entre las competencias del artículo 64 del E.T. relativas a los representantes legales de los trabajadores, no existe ninguna referente a su intervención en la negociación del calendario de vacaciones; y, —el empresario puede negarse por lo tanto a dicha negociación sin que exista norma que le obligue a ello, a salvo de que se hubiese regulado en el convenio colectivo esta participación.

der que el acuerdo colectivo seguirá siendo posible, pues puede venir exigido por las propias necesidades organizativas empresariales, aunque, según señalan estos autores, ni existe una obligación empresarial de acudir a esta negociación, ni ésta será vinculante para el trabajador individual, que podrá pactar sus vacaciones de forma distinta.

A nuestro juicio, aún teniendo en cuenta que el precepto especifica que el pacto será celebrado entre el empresario y el trabajador, como sujetos individualmente considerados, debería considerarse que cabría asumir, también con la actual regulación, la fijación colectiva de las vacaciones. De este modo, entendemos que la dispositivización de esta materia queda hoy en el ámbito de la autonomía colectiva e individual, aunque aquélla no prevalecerá sobre ésta si el trabajador pretende un pacto diferente ¹³⁹.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecusable. El procedimiento será sumario y preferente.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta —derecho necesario absoluto—, indisponible para la negociación colectiva y de necesario respecto para la autonomía individual, dada la naturaleza procesal del mandato.

3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable para la negociación colectiva y de necesario respeto por la autonomía individual. Impone este precepto una obligación empresarial, aunque el calendario de empresa no será el que fije libremente

¹³⁹ Resulta significativa en este sentido la STS de 7 de octubre de 1993, Ar/7579 que señala, en relación con la anterior regulación que «la sentencia lo aplica acertadamente puesto que lo que la norma citada ordena es que el periodo vacacional sea fijado de común acuerdo entre empresario y trabajador; y sólo a falta de éste previene qué ha de observarse, sin que la intervención de los representantes legales de los trabajadores se imponga como obligatoria. Puesto que en el caso que nos ocupa, el calendario de vacaciones quedó pacíficamente acordado entre la empresa y todos los trabajadores, es patente que lo fue con observación del precepto legal».

las vacaciones ¹⁴⁰, sino que recogerá las previsiones del acuerdo alcanzado sobre la planificación anual de las mismas y el acuerdo entre empresario y trabajador ¹⁴¹.

CAPÍTULO III

Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo

SECCIÓN PRIMERA

Movilidad funcional y geográfica

Artículo 39. Movilidad funcional

1. La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes.

2. La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categoría equivalente sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

3. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá su retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales, como consecuencia de la movilidad funcional.

¹⁴⁰ En este sentido, ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL (1996, pág. 40) indican que el calendario, en cuanto tal, no es el sistema de fijación del periodo de disfrute de vacaciones sino tan sólo el documento en el que se plasman los posibles acuerdos a que se pueda haber llegado.

¹⁴¹ Este calendario, como señalan GARCÍA NINET y LLEO CASANOVA (1994, pág. 34), puede ser individualizado o incorporado al calendario laboral anual de la empresa.

4. Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a 6 meses durante un año o a 8 durante 2 años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso la cobertura de vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del Comité o, en su caso, de los Delegados de Personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente. Mediante la negociación colectiva podrán establecerse períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

5. El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo, requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.

Calificación jurídica

Son tres las posturas doctrinales que se mantienen en relación con la naturaleza jurídica de este precepto legal: a) un primer sector, basándose en la ratio legis (la potenciación de las facultades directivas del empresario) y en la literalidad de la ley («no tendrá otras limitaciones»), entiende que el art. 39 es una norma de derecho necesario absoluto¹⁴², no mejorable por tanto por convenio colectivo; b) Un segundo sector se defiende, al contrario, el carácter absolutamente positivo de dicho precepto¹⁴³ apoyándose en el párrafo. 5 del nuevo art. 39, de remisión a las reglas establecidas en el convenio colectivo para los supuestos de mayor gravedad o intensidad en la modificación; c) Una tercera postura doctrinal mayoritaria¹⁴⁴ aboga por el

¹⁴² CONDE MARTÍN DE HUIJAS, V., «Comentarios...», cit., pág. 231.

¹⁴³ VALDÉS DE LA VEGA, B., «Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional» (Coordinador: BAYLOS GRAU, A.) *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 129.

¹⁴⁴ SALA FRANCO, T., «Puntos críticos», cit., pág. 106 y «Movilidad funcional», en AA.VV., «Comentarios a las leyes laborales. El E.T.», tomo VIII, Edersa, Madrid, 1998, pág. 77; RIVERO LAMAS, J., «La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/94». *R.E.D.T.* núm. 67/1994, págs. 16 y ss.; GARATE CASTRO, J., «Movilidad funcional en la empresa», *A.L.*, núm. 36/1993, pág. 642; CAMPS RUIZ, L., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 58; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M.^a J., *Clasificación profesional y movilidad*, cit., pág. 130.

*carácter imperativo mínimo del art. 39 E.T., entendiendo que la dispositivización del art. 39.5 a la negociación colectiva de la movilidad funcional extraordinaria se refiere únicamente a las normas de procedimiento del art. 41 E.T.*¹⁴⁵ —*antelación mínima de 30 días previa a su efectividad, duración del periodo de consultas... etc.*—, por lo que el contenido sustantivo del citado precepto seguiría siendo de carácter mínimo imperativo y por lo tanto inmodificable por convenio, salvo que sea para favorecer al trabajador. Lo contrario, como dice Camps Ruiz, sería tanto como admitir que estamos ante un régimen legal que ha establecido garantías inmodificables in peius para las modalidades menos intensas de movilidad funcional, y por el contrario, garantías modificables in peius precisamente para la modalidad más grave de movilidad funcional¹⁴⁶».

*Desde este razonamiento, es decir, considerando que la anterior remisión únicamente lo es al procedimiento, debe mantenerse que el art. 39 es una norma de mínimos, pues «cuando las leyes de la reforma han querido dispositivizar algún precepto de cara a la negociación colectiva, sencillamente y como se constata leyendo el articulado de las mismas lo han hecho expresamente»*¹⁴⁷. Como no es éste el caso, el art. 39 E.T. no puede considerarse dispositivo.

*En cuanto a la doctrina judicial mayoritariamente ha considerado que se trata de una norma mínima imperativa*¹⁴⁸, salvo alguna sentencia aislada que la ha calificado de norma de derecho necesario absoluto, impidiendo su mejora en beneficio del trabajador¹⁴⁹.

Finalmente, es de mencionar la expresa remisión que el art. 39.5 del E.T. hace al acuerdo de las partes para proceder a una movilidad funcional más allá de los límites del art. 39 del E.T. constitutiva de una modificación sustancial de condiciones, pues la novación es un mecanismo jurídico válido para la modificación del contenido del contrato —siempre que se cumplan, claro está, los requisitos de consentimiento y forma y, muy singularmente, la ausencia de error, dolo, violencia o intimidación en las partes, sobre todo en el trabajador. (arts. 1271 y ss. del C.C.).

¹⁴⁵ CAMPS RUIZ, L., *La modificación...*, cit., pág. 58; ALÍA RAMOS, M. y MONTANÉ MERINERO, M.^a J., *Clasificación profesional y movilidad...*, cit., pág. 130; SALA FRANCO, T., «Puntos críticos...», cit., pág. 106; «La movilidad...», cit., pág. 75..

¹⁴⁶ CAMPS RUIZ, L., *La modificación*, cit., pág. 58.

¹⁴⁷ SALA FRANCO, T., «La movilidad...», cit., pág. 77.

¹⁴⁸ STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1997, Ar/2675, STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1997, Ar/3467; STSJ Andalucía (Sevilla) de 2 de diciembre de 1997, Ar/4554, y STSJ de Navarra (Pamplona) de 23 de abril de 1998, Ar/1254.

¹⁴⁹ STS de 10 de octubre de 1996, La Ley 231/1997.

Artículo 40. Movilidad geográfica

1. El traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial. Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Notificada la decisión de traslado el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajo a ser reincorporado al centro de trabajo de origen. Cuando, con objeto de eludir las previsiones de contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice traslados en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales allí señalados, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto.

2. El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no inferior a quince días, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocu-

pen menos de cien trabajadores. b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos. Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo. No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la autoridad laboral, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación a que se refiere el apartado 1 de este artículo y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses. Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado, se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 1 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución. El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados al ejercicio de la opción prevista en el párrafo cuarto del apartado 1 de este artículo.

3. 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.

4. Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que éstos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y sus dietas. El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser

inferior a cinco días laborales en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborales en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos en el apartado 1 de este artículo para los traslados.

5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo.

Calificación jurídica

El art. 40 E.T., regulador de los desplazamientos y traslados individuales y colectivos impuestos unilateralmente por el empresario, ha sido considerado por la doctrina ¹⁵⁰ como un precepto de derecho mínimo necesario, siendo posible la mejora de sus reglas o condiciones a través de convenio colectivo o pacto individual.

Aunque la ley no clarifica cuál es el papel que la autonomía colectiva debe jugar en materia de traslados y desplazamientos, la doctrina ¹⁵¹ ha considerado que su función es doble. Por un lado, el convenio colectivo puede actuar como regulación complementaria, mejorando lo dispuesto en la ley. Por otro, también podrá contemplar supuestos de traslados y desplazamientos no comprendidos en la ley.

Al actuar como regulación complementaria, los convenios colectivos pueden proceder, bien a la mejora directa de lo que ya cuenta con previsión en el art. 40 E.T.—ampliación del plazo mínimo de preaviso en la notificación del traslado o desplazamiento, incremento de la indemnización para casos de extinción del contrato de trabajo, aumento del número de días en caso de desplazamiento, etc.—, bien el añadido de otros derechos o compensaciones—indemnizaciones, costes de vivienda, gastos de escolaridad de hijos, etc. ¹⁵²—. Pero, ade-

¹⁵⁰ Entre otros, GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 34.; ORTIZ LALLANA, M. C., *La movilidad geográfica en la empresa (el marco jurídico según la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pág. 32 y ss.; RUIZ CASTILLO, M.^a M., «Clasificación profesional y movilidad», en *Condiciones de empleo y de trabajo en*, cit., pág. 180.; CRUZ VILLALÓN, J., «La movilidad geográfica» RPS, núm. 25/1980, pág. 91 y ss.; SALA FRANCO, T., «Movilidad geográfica», en *Comentarios a las leyes*, cit., pág. 269 y ss.

¹⁵¹ GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos*, cit., pág. 37 y ss.

¹⁵² La doctrina judicial también ha reconocido esta función de los convenios colectivos en esta materia STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 1996, La Ley 717/1997 o STSJ Galicia de 17 de febrero de 1998, Ar/988.

más, en la medida en que el convenio colectivo puede regular otros supuestos de traslado o desplazamiento no comprendidos en la ley, la negociación colectiva podrá disponer la movilidad del trabajador por motivos distintos a los previstos en el art. 40 E.T.¹⁵³ —por ejemplo, por razones sociales, de seguridad en el trabajo o de mantenimiento de empleo—, podrá regular los cambios de centro de trabajo y desplazamientos que no exijan cambio de residencia y que, por consiguiente no se integren en este precepto legal, y podrá ocuparse, en particular, de los traslados de la empresa o de centro de trabajo concretando lo dispuesto en la ley¹⁵⁴.

Por otro lado, el pacto individual o acuerdo entre las partes, no solamente podrá mejorar, en lo que a movilidad geográfica se refiere, los niveles establecidos en la norma estatal o convencional¹⁵⁵ —como se desprende de la regla general del art. 3.1.c) del E.T. e indirectamente del art. 40 E.T.— sino que, además, será un instrumento adecuado para la adopción de medidas de traslado y/o desplazamiento al margen de lo que disponga este precepto legal. Ahora bien, este traslado o desplazamiento por mutuo acuerdo, que constituirá una novación modificativa del contrato, habrá de revestir todas las condiciones de validez exigidas por la ley. Es decir, ni podrá encerrar fraude de ley, ni renuncia de derechos por parte del trabajador ni, en fin, abuso de derecho por parte del empresario¹⁵⁶. Por lo que sería seguramente ilícito el pacto en virtud del cual se concediera al empresario la facultad de variar discrecionalmente al trabajador de lugar de trabajo¹⁵⁷.

Sin embargo, lo dicho hasta ahora exige una matización para los supuestos de traslado o desplazamiento colectivos. En estos casos, se ha entendido que aunque la medida venga amparada por lo acordado en pacto individual, parece necesaria la observancia de la regla legal que exige la consulta a los representantes de los trabajadores —durante la cual las partes estas obligadas a «negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo»—, que se configura como norma de orden público y por ello de derecho necesario absoluto. La explicación que a esto se le da es clara, dado que el requisito legal tiene por objeto, precisamente, que puedan conocerse por todos los trabajadores y adoptarse de manera adecuada las cuestiones de dimensión

¹⁵³ STS de 16 de junio de 1997, Ar/1480.

¹⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos*, cit., pág. 39.

¹⁵⁵ STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 1997, Ar/3927.

¹⁵⁶ STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 1997, Ar./734, y STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de enero de 1996, Ar/37.

¹⁵⁷ GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos*, cit., pág. 42.

colectiva que en tales situaciones ineludiblemente se plantean. Pero es que además, este acuerdo con los representantes de los trabajadores no tiene por objeto convalidar o no la decisión del traslado, sino más bien proveer medidas que palien o reduzcan sus efectos sobre la plantilla ¹⁵⁸.

Estos acuerdos o pactos de empresa, por tanto, están expresamente previstos en la ley para cubrir parte de los requisitos de forma y procedimiento en los traslados colectivos. No obstante, y aunque fuera de este particular supuesto no existe en el precepto legal otra remisión a esta peculiar vía de negociación, la doctrina ha considerado que, como manifestación de la autonomía colectiva, pueden actuar como vía de especificación y desarrollo de las previsiones legales, al igual que los convenios colectivos. Sin embargo, por otra parte, es claro que un acuerdo de empresa no podrá empeorar la regulación que sobre traslados y desplazamientos contenga el convenio colectivo de aplicación ¹⁵⁹.

Artículo 41. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

1. La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario, c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando exceden de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley; Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

¹⁵⁸ GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos*, cit., pág. 42. En este mismo sentido, STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de mayo de 1997, Ar/2468.

¹⁵⁹ GARCÍA MURCIA, J., *Traslados y desplazamientos*, cit., pág. 41. Sin embargo se ha aceptado por la jurisprudencia que un acuerdo colectivo extraestatutario, adoptado en períodos de consulta sobre despidos colectivos y reestructuración de plantillas modifique las normas genéricas fijadas por el convenio colectivo aplicable a la empresa. (STS de 27 de diciembre de 1994, Ar/10508, y STSJ Asturias de 4 de julio de 1997, Ar/1568).

Calificación jurídica

No hay duda, en este sentido, de la naturaleza imperativa mínima del precepto legal ¹⁶⁰, pudiendo la negociación colectiva o la contratación individual limitar pero no ampliar las posibilidades de modificación unilateral abiertas al mismo. En ese preciso sentido se ha manifestado la doctrina judicial ¹⁶¹.

No obstante, esta afirmación debe ser matizada en lo que se refiere a las modificaciones sustanciales de funciones del art. 39.5 del E.T., pues este último precepto admite la existencia de reglas previstas al efecto en un convenio colectivo. Reglas que, deberán ser, a nuestro juicio, entendidas más en un sentido procedimental o adjetivo del término, que no en un sentido material o sustancial (ver; supra, la movilidad funcional).

Desde luego, el régimen procesal impugnatorio de las decisiones empresariales modificativas posee un carácter imperativo absoluto, impidiendo así cualquier modificación convencional o contractual. No así el régimen indemnizatorio previsto por la ley que poseerá a nuestro juicio, carácter mínimo imperativo, admitiendo en consecuencia mejoras convencionales o contractuales. Acerca del carácter compensatorio de este mínimo, ver infra, despidos colectivos (art. 51 E.T.).

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo. Se consideran de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo que disfrutan los trabajadores a título individual. Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios co-

¹⁶⁰ SALA FRANCO, T., «Dos discusiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas», *R.M.T.A.S.*, núm. 3/1997, pág. 125. En el mismo sentido LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales* (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), Ed. Edersa, Madrid, 1994, pág. 351. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de septiembre de 1997, Ar. 46/1998, considera lícito que por convenio colectivo se conceda al empresario la facultad de modificar el horario a una determinada clase de empleados, pues se considera que los convenios colectivos pueden determinar modificaciones que no se consideran sustanciales. Sin embargo, esta sentencia no contradice la tesis del carácter mínimo del art. 41 del E.T., ya que no se trata de modificaciones sustanciales sino accesorias.

¹⁶¹ STSJ de Extremadura, de 4 de octubre de 1995, Ar./4056, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de junio de 1995, Ar./2554, o SAN de 3 de febrero de 1995, Ar./3674.

lectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50, apartado 1.a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales a que se refiere el último párrafo del apartado 2, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

4. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas

con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo.

5. En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas establecidas en el artículo 40 de esta Ley.

Calificación jurídica

Respecto de esta parte del precepto legal, la doctrina ¹⁶² *ha hecho las siguientes afirmaciones acerca de su naturaleza jurídica:*

1. *En cuanto a las materias modificables y el carácter causal de la modificación, parece que no habría inconveniente alguno en admitir el carácter dispositivo del art. 41.2 E.T. Es decir, según estos autores, el convenio colectivo, en base a la libertad de contenido negocial prevista en el art. 85.1 E.T., podría incluir entre las materias modificables, otras distintas a las pactadas en la ley* ¹⁶³, *no existiendo tampoco obstáculo legal para admitir que por convenio colectivo pueda*

¹⁶² SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C. L., y PEDRAJAS MORENO, A., *Los acuerdos o pactos de empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 48 y ss. En términos parecidos, SALA FRANCO, T., «Dos discusiones mal resueltas...», cit., pág. 125.

¹⁶³ En el mismo sentido se manifiesta RIVERO LAMAS, J., «Modificación de las con-

establecerse que lo pactado en él se modifique sin causa justificativa, esto es, por simple acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Hay que reconocer, sin embargo, que en estos casos no se estaría produciendo propiamente una modificación de lo pactado en un convenio colectivo sino, más bien, su aplicación¹⁶⁴.

2. Por lo que afecta al procedimiento, el art. 41.2 del E.T. sería discutiblemente dispositivo de cara a la negociación colectiva. Es decir, si bien no parece posible que un convenio colectivo permitiese modificar las condiciones por decisión unilateral del empresario¹⁶⁵, por el otro, parece que nada obstaría para atribuir a la comisión paritaria del convenio, la facultad de valorar la existencia de la causa justificativa de la modificación, como sucede por mandato legal (art. 82.3 y 85.2 E.T) con los descuelgues salariales¹⁶⁶.

3. Finalmente, en cuanto a los efectos de la modificación respecto de los trabajadores afectados, no parece que el convenio colectivo pueda modificar ni el régimen extintivo ni el régimen impugnatorio, dado el carácter imperativo absoluto que, por razones de orden público, los procedimientos judiciales poseen. Pero nada obstaría, sin embargo, a mejorar por convenio colectivo el régimen indemnizatorio del art. 41 E.T. que tendría en ese sentido, carácter de norma imperativa mínima a esos efectos.

Resulta muy complejo determinar si el régimen legal de modificación de condiciones convencionales puede alterarse por la propia negociación colectiva estatutaria. Esta complejidad deriva, principalmente, de la dificultad de centrar correctamente el supuesto acerca de cuyo carácter imperativo o dispositivo se discute.

En este sentido es necesario destacar que no se trata de analizar hasta qué punto el convenio puede establecer un régimen de modificación de sus condiciones distinto al previsto en la ley, porque en estos supuestos, si se piensa bien, no se está ante una modificación de

diciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., pág. 263.

¹⁶⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., «Flexibilidad interna: movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo», Ponencia presentada al 7.º Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996, pág. 54.

¹⁶⁵ Ver, entre otras, STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de junio de 1996, Ar./599.

¹⁶⁶ En sentido contrario, ver, MATÍA PRIM, J., «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», en *La Reforma del mercado laboral*, (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F.), Ed. Lex Nova, Valladolid, pág. 30. Entendiéndola también como norma imperativa, STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de abril de 1996, Ar./1301, y STSJ de Cataluña de 23 de marzo de 1998, Ar./1167.

las condiciones ya pactadas en el convenio, sino ante una condición pactada en el convenio en el momento de su celebración, aunque referida a su modificación. Es decir, dado que el convenio colectivo es una norma, puede disponer de su propia eficacia y atribuir carácter dispositivo a su regulación. Cuando esto ocurra no cabe hablar de modificación sustancial del convenio, sino del cumplimiento de la voluntad de los sujetos negociadores y, por tanto, de simple aplicación del convenio colectivo ¹⁶⁷.

Hay que tener en cuenta, además, que las vías a través de las cuales el convenio puede dispositivizar su contenido son diversas.

Una de ellas consistiría, precisamente, en ampliar las facultades que la ley otorga en el artículo 41.2.3.º a determinados sujetos, dando cabida, por ejemplo, a la modificación de nuevas materias a través del acuerdo de empresa o a la alteración de lo prevenido en el convenio mediante acuerdo, pero sin necesidad de causa o exigiendo otras nuevas. En estos casos es importante subrayar que el convenio no está en realidad disponiendo del régimen establecido en el artículo 41.2.3.º, sino que se está limitando a disponer de su propia eficacia. Lo que ocurre es que otorga esa facultad de disposición a los sujetos mencionados en dicho precepto ¹⁶⁸.

Ahora bien, la vía más utilizada en la práctica convencional ¹⁶⁹ *para dispositivizar el contenido de lo convenido es permitir la modificación unilateral del empresario de una concreta condición ante determinadas circunstancias. Puesto que la aplicación de estas cláusulas convencionales no constituye una modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio que deba ajustarse a lo previsto en el artículo 41.2.3.º* ¹⁷⁰, *no es posible hablar, tampoco en estos casos, de dispositivización de lo dispuesto por dicha norma* ¹⁷¹.

¹⁶⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1996), Flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificación de condiciones de trabajo. Ponencia presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996, pág. 53.

¹⁶⁸ Esta posibilidad vendría avalada tanto por la libertad de contenido negocial como por la capacidad que todo convenio ordinario tiene para admitir en su propio ámbito negociaciones procedentes de otras unidades de negociación. En relación con esta capacidad puede verse MARTÍN VALVERDE, A. (1985) Artículo 84. En E. BORRAJO DACRUZ, et. al., *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid, Edersa, vol. 2, pág. 46, y SALA FRANCO, T.; GOERLICH PESET, J. M. (1988), «La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 35, 346.

¹⁶⁹ DEL REY GUANTER, S., et. al. (1998), *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 1994*, 1.ª ed., Madrid, Consejo Económico y Social, pág. 338 y ss.

¹⁷⁰ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de noviembre de 1998 (Ar/8918) en relación con el artículo 25.4.º del XVII Convenio de la Banca Pri-

No obstante, cabría añadir que el límite a este tipo de cláusulas convencionales habría que buscarlo, probablemente, en la imposibilidad de que el objeto del contrato quede al arbitrio de una sola de las partes contratantes. Esta imposibilidad de indeterminación obligaría a considerar nulas las previsiones convencionales que dejaran en manos del empresario la variación de las condiciones pactadas, sin necesidad de que concurriera causa alguna (artículos 1115 y 1256 del Código Civil).

De lo expuesto hasta aquí se deduce que el estudio de la naturaleza jurídica del artículo 41.2.3.º debe centrarse en analizar la posibilidad de que un convenio, imperativo en la regulación de sus condiciones¹⁷², dispositivice la modificación sustancial que dicho precepto permite. Cabe recordar que lo dispuesto por el artículo 41, concretamente, es que las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario podrán modificarse a nivel de empresa, siempre que concurren las causas que su párrafo primero enumera, pero sólo previo acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y en relación con cuatro materias: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

En consecuencia, la cuestión a debatir es si el convenio puede disponer de la capacidad que se otorga a determinados sujetos para modificar su regulación, es decir, si puede tratar de limitar de algún modo la posibilidad de descuelgue que el artículo 41.2.3.º prevé.

vada, en el que se concedía a la empresa la facultad unilateral de establecer determinados horarios en una serie de casos. Concretamente, el Tribunal señala que «no se trata de una modificación colectiva de lo pactado en el Convenio que deba ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino de la mera aplicación de lo pactado por las partes en el Convenio Colectivo...». En el mismo sentido pueden verse, además, las sentencias del TSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 1998 y de 9 de marzo de 1999 (Ar/2394 y 385, respectivamente).

¹⁷¹ DEL REY GUANTER, S., *et. al.* (1998), *op. cit.*, pág. 340, sin embargo, consideran que sólo se está ante una previsión integrante de la regulación del convenio cuando lo autorizado por él sea la distribución irregular de la jornada de trabajo, ya que en estos casos el artículo 34 del E.T. se remite a lo dispuesto en el convenio. En el resto de supuestos entienden que el convenio dispositiviza el régimen del artículo 41, estableciendo un régimen jurídico de modificaciones sustanciales diferente, opción que admiten siempre que no se disponga de los derechos que se reconocen al trabajador individualmente considerado (el causal, el plazo de preaviso de treinta días y las posibilidades de rescisión indemnizada o demanda judicial). No obstante, no parece que pueda compartirse esta opinión, ya que —como se ha dicho— los convenios colectivos tienen la capacidad de disponer de su propia eficacia, de manera que resulta posible que parte de su regulación consista en prever una condición «variable» o, incluso, en permitir su afectación o modificación por parte de sujetos de otros ámbitos de aplicación, sin que en ningún caso resulte aplicable el régimen del artículo 41 del Estatuto.

¹⁷² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1996), *op. cit.*, pág. 54.

*La respuesta parece que debe ser negativa, puesto que el condicionamiento de facultades otorgadas directamente por la ley a otros sujetos colectivos resulta difícilmente admisible*¹⁷³.

A favor de esta interpretación juegan, además, dos argumentos fundamentales. El primero de ellos guarda relación con la claridad de la norma, tanto en lo que respecta a su finalidad —incrementar la adaptabilidad, permitiendo la modificación de determinadas condiciones del convenio a nivel de empresa— como en lo que se refiere a su tenor literal —que, a diferencia del descuelgue salarial, remite directamente al acuerdo de empresa.

*El segundo argumento que respalda la interpretación apuntada se refiere al carácter extraordinario de una regulación que, al igual que la del descuelgue salarial y la del párrafo segundo del artículo 84, introduce una nueva excepción legal a la prohibición general de concurrencia de convenios*¹⁷⁴. *Este carácter extraordinario casa difícilmente con la admisión de negociaciones que traten de impedir o dificultar aquello que expresamente admite la ley, aun suponiendo la inclusión de una nueva excepción al principio general de no concurrencia entre convenios. Por ello, las facultades otorgadas por el legislador a los sujetos firmantes del acuerdo de empresa en los términos del artículo 41.2.3.º resultan, al igual que las otorgadas a determinadas instancias supraempresariales en el artículo 84.2*¹⁷⁵, *absolutamente indisponibles para el convenio colectivo.*

¹⁷³ MATÍA PRIM, J. (1994), «Sentido y alcance de la reforma del mercado de trabajo», en F. VALDÉS DAL-RÉ, *et. al.*, *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, pág. 30; ALBIOL MONTESINOS, I. (1996), «Los acuerdos de empresa», en F. VALDÉS DAL-RÉ, *et. al.*, *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 71; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1996), *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, 1.ª ed., Madrid, Consejo Económico y Social, pág. 140; RIVERO LAMAS, J. (1997), «Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo», *Documentación Laboral*, 53, 40. Por el contrario, BAYLOS GRAU, A. (1994), «Cláusulas de descuelgue» en la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, 17-18, 339, admite el «blindaje» del contenido normativo del convenio estatutario frente a la posibilidad legal de su inaplicación.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ DEL REY RODRIGUEZ (1996), «Acuerdos de empresa y modificación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 75, 103, y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1996), «Los pactos modificatorios de las condiciones de trabajo», *Relaciones Laborales*, 21, 13, utilizan este argumento y el relativo a la literalidad del precepto para fundamentar su carácter absolutamente imperativo. Sin embargo, esta calificación acerca de la naturaleza jurídica del artículo la realizan sin excluir aquellos casos en que la regulación del convenio sea dispositiva.

¹⁷⁵ La STS de 22 de septiembre de 1998 (Ar/7576) ha declarado expresamente que el párrafo segundo del artículo 84 es un precepto de derecho necesario que «obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales».

La norma estudiada debe calificarse, en consecuencia, como una norma de derecho necesario absoluto, ya que la negociación colectiva no puede restringir la facultad de descuelgue que en ella se otorga ni limitando el número de materias modificables, ni eliminando alguna de las causas que permiten llegar al acuerdo, ni imponiendo requisitos de procedimiento que condicionen obligatoriamente la decisión de las partes ¹⁷⁶.

Esta misma calificación jurídica debe predicarse del régimen extintivo e impugnatorio que el artículo 41 detalla, ya que los procedimientos judiciales, por razones de orden público, poseen carácter imperativo absoluto. No obstante, la posibilidad de mejorar el régimen indemnizatorio constituye seguramente una excepción a lo dicho, ya que puede considerarse un mínimo mejorable por acuerdo entre las partes ¹⁷⁷.

SECCIÓN SEGUNDA

Garantías por cambio de empresario

Artículo 42. Subcontratación de obras y servicios

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

¹⁷⁶ Sí sería admisible, por tanto, la negociación de aquellos requisitos de procedimiento que no tratasen de impedir el desarrollo de la facultad reconocida a los sujetos negociadores del acuerdo de empresa. De esta capacidad de negociación parece posible deducir el carácter tácitamente incompleto de la norma en este punto, pero no el carácter mínimo del precepto (en contra, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. (1996), *op. cit.*, pág. 146), ya que las hipotéticas negociaciones que mejorasen la regulación legal en beneficio del trabajador resultarían difícilmente conciliables con la imposibilidad de restricción de la facultad reconocida en el artículo 41.2.3.º

¹⁷⁷ SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEDRAJAS MORENO, A. (1996), *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 50. Acerca del carácter compensable del régimen indemnizatorio ver, *infra*, artículo 51 del E.T.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación prevista en el artículo 64.1.1.o) de esta Ley, cuando la empresa concluya un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 4 anterior y las letras b) a e) del apartado 5.

Calificación jurídica

La doctrina ¹⁷⁸, antes de la reforma, había considerado la totalidad de este precepto legal como una norma de derecho necesario absoluto —de «estructura institucional del Derecho del Trabajo» ha sido calificada ¹⁷⁹— y por ello, inmodificable tanto por convenio colectivo como por contrato individual de trabajo, dado su carácter tutelar y garantista del trabajador.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio la responsabilidad en materia salarial podría ser ampliada —mejorada por convenio colectivo o contrato individual— a otras condiciones de trabajo como jornada, vacaciones y permisos, o a indemnizaciones o percepciones extrasalariales. Teniendo el precepto, en estos casos concretos, el carácter de mínimo de derecho necesario.

Por lo que se refiere a las obligaciones de información a los trabajadores y a los representantes legales de los trabajadores, introducidas por la reforma de dos mil uno, deben ser consideradas como normas que establecen mínimos de derecho necesario mejorables por la negociación colectiva y, en su caso, por la autonomía individual. Los convenios colectivos constituirán instrumento idóneo para concretar o ampliar tales derechos de información

Artículo 43. Cesión de trabajadores

1. 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.
2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.
3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente y cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa

¹⁷⁸ Por todos, MARTÍN VALVERDE, A., «Art. 42. Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios». En AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), *Comentarios al estatuto de los trabajadores*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 521; ALARCÓN CARCUEL, M. R., «Las relaciones Ley-Convenio Colectivo», en, AA.VV. (Coord. ROJO TORRECILLA, E.) *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 30.

¹⁷⁹ ALARCÓN CARCUEL, M. R., «Las relaciones Ley-Convenio», cit., pág. 30.

cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Calificación jurídica

La doctrina ¹⁸⁰ *ha considerado que se trata de una norma de derecho necesario absoluto que por razones de orden público resulta inmodificable tanto por convenio colectivo como por contrato individual de trabajo, dado su carácter tutelar y garantista del trabajador.*

Artículo 44. La sucesión de empresa

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intevivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.

4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colecti-

¹⁸⁰ Por todos, ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Las relaciones Ley-Convenio», cit., pág. 30.

vo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión.
- b) Motivos de la transmisión.
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de

celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el apartado anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

Calificación jurídica

Los párrafos 1, 2 y 3 son normas de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo o contrato individual, dado su carácter cautelar y garantista de los trabajadores de las empresas cedidas. Así lo ha venido entendiendo con la anterior redacción la mayoría de la doctrina ¹⁸¹ *y de la jurisprudencia* ¹⁸².

El mandato del párrafo 4 posee naturaleza dispositiva, sólo aplicable en defecto de acuerdo expreso existente entre la empresa cesionaria y los representantes de los trabajadores.

El párrafo 5 establece un mandato imperativo absoluto inmodificable por convenio colectivo o contrato individual.

Los mandatos relativos a la información a proporcionar a los representantes o trabajadores, comprendidos en los párrafos 6, 7 y 8, constituyen un mínimo de derecho necesario mejorable por convenio colectivo.

Lo dispuesto en los párrafos 9 y 10 constituye normas de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo y por con-

¹⁸¹ Cfr. GALIANA MORENO, J. M. y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Problemas laborales planteados por la escisión española de la filial española de un grupo de empresas multinacional», *A.L.*, núm. 40-1990, págs. 500 y ss.; ALARCÓN CARCUEL, M. R., «Las relaciones Ley-Convenio», cit., pág. 30; GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F., *Sucesión de empresas*, La Ley Actualidad, Madrid, 1995. Ello no obstante, MONEREO PÉREZ (Art. 44, «La sucesión en la empresa»). En AA.VV., *Comentarios al estatuto*, cit. págs. 535 y ss.) estimó que se trataba de un mínimo de derecho necesario.

¹⁸² Cfr. SSTs de 15 de marzo de 1983, Ar/1155, de 17 de junio de 1983, Ar/3017, de 29 de marzo de 1985, Ar/1454, y de 19 de abril de 1988, Ar/2995.

trato individual, ello no obstante, la negociación colectiva podrá concretar algunos aspectos del régimen jurídico del periodo de consultas previsto en la ley (duración del periodo de consultas, por ejemplo).

SECCIÓN TERCERA

Suspensión del contrato

Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:
 - a) Mutuo acuerdo de las partes.
 - b) Las consignadas válidamente en el contrato.
 - c) Incapacidad temporal de los trabajadores.
 - d) Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años.
 - e) Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.
 - f) Ejercicio de cargo público representativo.
 - g) Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.
 - h) Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
 - i) Fuerza mayor temporal.
 - j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
 - k) Excedencia forzosa.
 - l) Por el ejercicio del derecho de huelga.
 - m) Cierre legal de la empresa.

Calificación jurídica

*El listado de causas suspensivas contenido en el apartado primero del artículo 45 E.T. tiene carácter de derecho necesario relativo*¹⁸³, *mejorable en beneficio de los trabajadores por convenio colectivo y por contrato individual.*

¹⁸³ VIDA SORIA, J. (1983), «Suspensión del contrato de trabajo», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo IX, volumen 1.º, Madrid, EDERSA, págs. 11 y 42; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1994), «Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines», en MARÍN Correa, J. M.ª (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 16-17; BLASCO PELLICER, A. (1995), *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, pág. 134.

*Por lo que respecta a la autonomía individual, tal afirmación supone que, en primer lugar, no cabrá que a través del contrato de trabajo se prive de efectos suspensivos a las situaciones previstas en dicho precepto*¹⁸⁴. *Por el contrario, en segundo lugar, lo que sí será posible es que por medio de dicho instrumento se amplíen las causas ya existentes o se introduzcan otras nuevas*¹⁸⁵, *como expresamente dispone el propio artículo 45.1.b) E.T.*

*En relación con la primera posibilidad reconocida al contrato en esta sede, la doctrina científica ha matizado que la ampliación de las causas suspensivas ya previstas sólo será procedente en cuanto suponga una mejora del régimen establecido en el E.T.*¹⁸⁶. *Así, cabe imaginar, por ejemplo, que la suspensión por privación de libertad se mantenga incluso después de dictada una sentencia condenatoria.*

*Las dudas surgen en relación con la introducción de causas nuevas, en particular, cuando las mismas puedan parecer «más duras» que las fijadas en el texto estatutario. En este sentido, cabe mencionar la suspensión derivada de la simple existencia de un proceso penal abierto contra el trabajador o la prevista como medida cautelar durante la tramitación de un expediente disciplinario. Pues bien, en función de lo dispuesto en el artículo 45.1.b) E.T., la admisibilidad de este tipo de previsiones dependerá de que las mismas se hayan pactado «válidamente», expresión que remite a la exigencia de que el pacto no esté afectado por vicios del consentimiento, no suponga abuso de derecho, así como al necesario respeto a los límites derivados del artículo 3.1.c) E.T.*¹⁸⁷.

¹⁸⁴ En sentido parecido, BLASCO SEGURA, B. (1995), «La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral-II*, pág. 475.

¹⁸⁵ En esta línea se han manifestado, entre otros, VIDA SORIA, J. (1983), *op. cit.*, pág. 42; BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, págs. 134-135; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Madrid, Tecnos, pág. 689; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997), *Derecho del Trabajo*, 5.ª edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pág. 941; VALLE MUÑOZ, F. A. (1999), *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, Colex, pág. 44; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2000), «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, pág. 953. En sede judicial, la misma afirmación puede encontrarse en la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 1992, Ar./5834.

¹⁸⁶ VIDA SORIA, J. (1983), *op. cit.*, pág. 42; BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, págs. 134-135.

¹⁸⁷ BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, págs. 136-138.

Desde esta perspectiva, la primera de las causas mencionadas ha sido aceptada por el TS¹⁸⁸ en un supuesto muy específico. En concreto, se trataba de los *croupiers* de casinos y la cláusula citada se admitió en atención a las especiales exigencias de «honorabilidad» que requiere el puesto de trabajo, en un intento de permitir adaptar las causas a las necesidades de la empresa¹⁸⁹. Por el contrario, en otros supuestos distintos, en los que no concurrían tales exigencias, se ha señalado la ilicitud de condicionar el reingreso del trabajador que se encuentra en libertad provisional a la existencia de una sentencia absolutoria¹⁹⁰.

En cuanto a la posibilidad de que el contrato de trabajo introduzca la suspensión de empleo y sueldo como medida cautelar durante la tramitación de un expediente disciplinario, no creemos que resulte admisible. De entrada, dicha previsión otorgaría a la empresa unas facultades de disposición unilateral sobre la mano de obra muy amplias, algo de por sí ya rechazable como señala alguna sentencia dictada en suplicación¹⁹¹. En segundo lugar, no cabría intentar justificar dicha previsión en lo dispuesto en la letra h) del artículo 45.1 E.T., pues el mismo se refiere a la suspensión «por razones disciplinarias» y no con motivo u ocasión del ejercicio del poder disciplinario¹⁹². Finalmente, el artículo 58 E.T. reserva a la Ley y al convenio colectivo la regulación del poder disciplinario, lo que supone excluir al contrato de su regulación y, por tanto, negar que pueda introducir la cláusula analizada¹⁹³.

En cuanto a la autonomía colectiva, contaría con las mismas posibilidades señaladas anteriormente, es decir, no podría eliminar ninguna de las causas establecidas por el E.T.¹⁹⁴, pero podría ampliar los supuestos suspensivos ya existentes¹⁹⁵ o introducir otros nue-

¹⁸⁸ STS, Sala Social, de 15 de julio de 1986, Ar./4140.

¹⁸⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2000), *op. cit.*, 953.

¹⁹⁰ Cfr. la STSJ Canarias, Las Palmas, de 11 de junio de 1996, Ar./3104, si bien los términos en los que se mueve no son del todo claros.

¹⁹¹ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de enero de 1992, Ar./118, en la que se lee «el artículo 45 E.T... da margen para que las partes consignent en el contrato determinados motivos de suspensión no especificados en el precepto en cuestión, pero el carácter sinalagmático del vínculo laboral prohíbe que una de las partes del mismo de forma unilateral pueda suspenderlo».

¹⁹² ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), «Suspensión del contrato», en ALBIOL MONTESINOS, I. *et alri*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 317.

¹⁹³ ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), *op. cit.*, pág. 317.

¹⁹⁴ Esta idea se puede apreciar, implícitamente, en la STSJ de Cantabria de 16 de enero de 1992, Ar./83.

¹⁹⁵ VIDA SORIA, J. (1983), *op. cit.*, págs. 16 y 42.

vos¹⁹⁶. Y es que, como se destaca en alguna sentencia, a la vista de que las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad [artículo 45.1.b) E.T.] pueden establecer otras [causas] distintas en el contrato... con mayor razón podrán establecerse en un convenio colectivo¹⁹⁷. No obstante, en este caso, desaparecen las dudas sobre la admisibilidad de establecer la suspensión cautelar de empleo y sueldo durante la tramitación de un expediente disciplinario. De hecho, la práctica judicial así lo evidencia¹⁹⁸. Y es lógico que así sea, pues los argumentos antes manejados para rechazar la fijación de esta causa por contrato de trabajo no resultan operativos ahora¹⁹⁹.

2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Calificación jurídica

También aquí nos encontramos ante una norma de derecho necesario relativo, mejorable en beneficio de los trabajadores por pacto individual o colectivo²⁰⁰. En este sentido, se podría pactar que durante la suspensión se perciba por el trabajador algún tipo de prestación

¹⁹⁶ VIDA SORIA, J. (1983), *op. cit.*, págs. 26 y 42; MARÍN CORREA, J. M.^a (1994), «Las causas de suspensión extrañas a los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las causas de los apartados a) y b) del Estatuto de los Trabajadores», en MARÍN CORREA, J. M.^a (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pág. 67; MARTÍNEZ GIRÓN, J. (1994), «Las causas generales de suspensión: ¿numerus clausus?», en MARÍN CORREA, J. M.^a (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pág. 41; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1994), *op. cit.*, pág. 16; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1997), *Derecho del Trabajo*, 15.^a edición, Madrid, Civitas, pág. 393; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 689; VALLE MUÑOZ, F. A. (1999), *op. cit.*, pág. 44.

En el ámbito judicial, también se ha reconocido

¹⁹⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 1997, Ar./4790. La posibilidad de que el convenio colectivo introduzca nuevas causas de suspensión distintas a las previstas en el artículo 45 se reconoce también en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 30 de enero de 1998, Ar./1312. En el mismo sentido, cfr. STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 1992, Ar./5834.

¹⁹⁸ STS de 30 de junio de 1989, Ar./4859; STSJ de Extremadura de 21 de junio de 1995, Ar./2459, o STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de enero de 1994, Ar./275.

¹⁹⁹ ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), *op. cit.*, pág. 327. Al respecto, cfr. también MARÍN RICO, J. (1994), «Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores», en MARÍN CORREA, J. M.^a (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 167-169.

²⁰⁰ VIDA SORIA, J. (1983); *op. cit.*, pág. 42; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1994), *op. cit.*, págs. 16-17; BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, pág. 135; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997), *op. cit.*, pág. 941.

*económica*²⁰¹. Algunos autores entienden que ello, aun siendo posible, supone desdibujar en algunos casos las notas de la institución suspensiva²⁰² y convertirla, en realidad, en un supuesto de interrupción o permiso retribuido²⁰³. Con independencia de la postura que se tome respecto a si se altera o no la naturaleza de la institución, lo que no cabe duda es que ese tipo de pactos son perfectamente posibles siempre, claro está, que las obligaciones recaigan sobre la empresa, pues lo que resulta inadmisibile es que el convenio o el contrato incidan en las prestaciones a cargo de la Seguridad Social²⁰⁴, por tratarse normas de derecho necesario absoluto²⁰⁵.

Artículo 46. Excedencias

1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

4. Asimismo podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

Calificación jurídica

Tras establecer, con una carácter meramente pedagógico, las clases de excedencia, el primer apartado del artículo 46 E.T. regula la denominada excedencia forzosa, regulación que contiene tres mandatos o

²⁰¹ MARÍN CORREA, J. M.^a (1994), *op. cit.*, pág. 57.; VIDA SORIA, J. (1994), «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo y normas concordantes). Tomo II. El despido*, Madrid, EDERSA, pág. 29. En relación con la maternidad, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997), *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 75 y 77; VALLE MUÑOZ, F. A. (1999), *op. cit.*, pág. 55.

²⁰² ÁLVAREZ ALCOLEA, M. (1981), «La suspensión del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, pág. 25; ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), *op. cit.*, pág. 335.

²⁰³ En términos dudosos, CARMONA POZAS, F. (1981), La suspensión del contrato de trabajo por cumplimiento del Servicio Militar, obligatorio o voluntario, o Servicio Social sustitutivo, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 7, págs. 322-323. Más claros, VIDA SORIA, J. (1983 y 1994), *op. cit.*, págs. 42 y 29, respectivamente; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1994), *op. cit.*, pág. 17; BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, pág. 135.

²⁰⁴ STC 187/1994, de 20 de junio (BOE de 26 de julio de 1994).

²⁰⁵ FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), págs. 44-46.

previsiones de carácter imperativo, a saber: se trata de una excedencia que el empresario debe conceder obligatoriamente; su causa es el nombramiento o elección del trabajador para un cargo público y sus efectos, al margen de los generales comunes de la suspensión del contrato —cese de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo—, son el derecho a la conservación del puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad. Tal como se ha indicado ya, este régimen jurídico constituye derecho imperativo absoluto que no puede ser modificado ni por convenio colectivo ni por contrato individual.

La última previsión relativa a la excedencia forzosa que incluye el precepto establece que el reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público. Se trata, en este caso, de un precepto que configura un mínimo de derecho necesario relativo susceptible de ser modificado, por la negociación colectiva o el contrato de trabajo, en beneficio del trabajador; esto es, mediante la ampliación del plazo para la solicitud del reingreso.

El apartado 4 del artículo 46 E.T. regula una excedencia vinculada al ejercicio de funciones sindicales. Para la doctrina²⁰⁶ se trata de una subespecie de excedencia forzosa al menos por lo que se refiere a sus efectos: reserva del puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad, tal como dispone el artículo 9.1.b LOLS para quienes ostenten cargo representativo sindical en las organizaciones sindicales más representativas. La conjugación de ambos preceptos sugiere, como puso de relieve el TC²⁰⁷, que la excedencia del E.T. se aplica a todos los cargos electivos de cualquier sindicato, mientras que la prevista en la LOLS está pensada para los sindicatos más representativos, salvando ésta su constitucionalidad por tratarse de una mera precisión respecto de la estatutaria, participando ambas del mismo régimen jurídico. Siendo ello así, el mencionado régimen jurídico constituye derecho necesario absoluto no disponible, por tanto, para la autonomía colectiva ni para la individual; excepción hecha de la previsión relativa a que el ejercicio de las funciones representativas sindicales sea en el ámbito provincial o superior, que hay que entenderla como disponible para el convenio colectivo que podría extender el derecho al ámbito local o al de empresa²⁰⁸.

Los supuestos imaginables de configuración colectiva de otros supuestos de excedencia no constituirían tipos de excedencia forzosa,

²⁰⁶ PALOMEQUE-ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 5.ª Edición, Madrid, 1997, págs. 947-949. A. MONTOYA, *Derecho del Trabajo*, 18.ª Edición, Madrid, 1997, págs. 437-438.

²⁰⁷ STC 263/1994, de 3 de octubre.

²⁰⁸ STS de 6 de marzo de 1986, Ar. 1749.

sino que se tratarían de supuestos incardinables en la previsión del artículo 46.4 E.T. a la que después se hará referencia. De la misma forma otros supuestos que pudieran pactarse en contrato individual encajarían, claramente, en el supuesto suspensivo previsto en el artículo 45. 1. a) E.T. —suspensión por mutuo acuerdo.

2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

5. El trabajador excedente conserva 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.

Calificación jurídica

Los apartados 2 y 5 del artículo 46 E.T. regulan el régimen jurídico de la denominada excedencia voluntaria, que se configura, todo él, como derecho necesario relativo dado que la autonomía colectiva y, en su caso, la individual podrán mejorar, pero no empeorar dicho régimen jurídico. En efecto, en materia de acceso a la situación de excedencia, los requisitos que establece la ley (antigüedad en la empresa de al menos un año; haber transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia), son susceptibles de modificación. Así, concretamente, se podrá disminuir —e, incluso eliminar— el año de antigüedad y el período de cuatro años desde la anterior excedencia.

Por lo que se refiere a la duración de la excedencia debe señalarse que los límites temporales establecidos en el precepto también se configuran como una regulación mejorable por convenio colectivo o por contrato de trabajo. Quiere esto decir que un convenio colectivo podrá, desde luego, disminuir el período de tiempo mínimo de la excedencia —dos años— e incrementar el máximo —cinco años—, individual o simultáneamente. Lo mismo podría realizar el contrato de manera general, esto es, previendo el régimen de la excedencia voluntaria a que las partes deberían someterse en el futuro caso de precisararlo. Tales regulaciones incidirían sobre el régimen jurídico de la excedencia voluntaria regulado en el precepto que comentamos.

También sería posible para la autonomía colectiva pactar un régimen diferente, incluso peor, que el reseñado, pero en tal caso, no estaríamos en presencia de la excedencia voluntaria del E.T., sino en otro tipo de excedencia convenido mediante el uso que el convenio colecti-

vo haría de la facultad que le confiere el apartado 6 del art. 46 E.T. (ver infra).

Por último, en cuanto a los efectos (apartado 5 del art. 46 E.T.), el derecho preferente al reingreso encuentra terreno fértil para su delimitación y para el establecimiento de reglas aplicativas concretas en la autonomía colectiva y en la autonomía individual, porque aquí la regulación estatutaria es notoriamente insuficiente y plantea múltiples problemas ligados al contenido, a la realización efectiva del derecho al reingreso y a las vicisitudes de la vacante durante el período de excedencia. Ambos instrumentos están llamados a especificar y a hacer posible el ejercicio del derecho preferente mediante el establecimiento de mecanismos al efecto que, en todo caso, deberán respetar la propia regulación estatutaria que, por tanto, habrá que calificar de derecho necesario relativo. En cualquier caso la regulación que pudiera realizar un convenio colectivo extraestatutario o el contrato de trabajo estarán limitadas por la imposibilidad de causar perjuicios a terceros²⁰⁹.

Por convenio colectivo, o por acuerdo individual, cabría pactar el reingreso inmediato²¹⁰ —en el mismo puesto o en otro equivalente—; reingreso que lógicamente sería obligatorio para el empresario, pero tal supuesto, más allá de la denominación atribuida, sería asimilable a la suspensión por mutuo acuerdo, posibilitando la contratación de otro trabajador en régimen de interinidad²¹¹.

3. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este

²⁰⁹ STS de 4 de octubre de 1988, Ar. 7523.

²¹⁰ STS de 26 de diciembre de 1986, Ar. 7605.

²¹¹ L. M. CAMPS —con ALBIOL, LÓPEZ GANDÍA y SALA—, *Derecho del Trabajo*, 2.^a edición, Valencia, 2000.

derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Calificación jurídica

Este apartado tercero del artículo 46 E.T. reiteradamente modificado (la última vez por la Ley 39/1999), regula un tercer tipo de excedencia que tiene por objeto el cuidado de los hijos o el cuidado de familiares que no puedan valerse por sí mismos. Toda la regulación constituye derecho necesario relativo susceptible de ser mejorado, en beneficio del trabajador, mediante el convenio colectivo o el contrato de trabajo. Y ello, a pesar de que la llamada específica que la norma hace a la negociación colectiva para posibilitar la ampliación de la duración de la excedencia por cuidado de familiares en más de un año pudiera entenderse, a sensu contrario, como imposibilidad en los restantes supuestos, lo que no es el caso²¹². De esta forma el convenio colectivo y, en su caso, el pacto individual podrán ampliar los períodos de excedencia previstos en la norma, así como acordar la mejora del régimen jurídico de la misma.

6. La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.

Calificación jurídica

Contra lo que a simple vista pudiera parecer, el precepto no dispositiviza de forma total el régimen jurídico de las excedencias previsto

²¹² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», en *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1999, pág. 8.

en el artículo 46 E.T., tal como ha sido analizado.— En efecto, la regulación de los tres tipos de excedencia examinados —la forzosa, la voluntaria y la prevista para el cuidado de hijos o familiares— es la contenida en el precepto estatutario y su contenido constituye, tal como se ha ido viendo en los apartados precedentes, regulación imperativa absoluta o relativa —susceptible de mejora— según los casos, pero sin que se admita una regulación diferente en perjuicio del trabajador; ni por el convenio colectivo, ni por el contrato.

En esas condiciones ¿cuál es el sentido de este apartado 6 del art. 46 E.T.? Únicamente posibilitar a la autonomía colectiva el establecimiento de supuestos de excedencia diferentes de los previstos en el Estatuto y permitir que, en tales supuestos nuevos, creados por la norma convencional, pueda ésta establecer su propio régimen jurídico. De esta forma, estos nuevos supuestos de excedencia convencional se añaden a los creados por la ley, pero no los sustituyen. Consecuentemente los nuevos supuestos de excedencia regulan su propio régimen jurídico en el que pueden llegar, incluso, a prever la amortización de vacante del excedente ²¹³.

Todas estas posibilidades no las tiene, obviamente, la contratación individual que está limitada, como en cualquier otra cuestión por las normas imperativas, absolutas y relativas, y por el juego del artículo 3.5 E.T., sin perjuicio de que, ante una necesidad concreta pudiera pactarse una suspensión contractual al amparo del art. 45.1.a) E.T.

En cuanto al problema de la sucesión de convenios con regímenes jurídicos distintos, la jurisprudencia ha señalado que es totalmente lícito y conforme a la ley que un convenio colectivo modifique o altere las normas reguladoras de la excedencia voluntaria que se contenían en un convenio anterior, precisando que dichas nuevas normas no serán aplicables a las situaciones de excedencia nacidas en el convenio anterior, salvo que así se establezca de manera nítida y clara ²¹⁴.

Artículo 47. Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor

1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta

²¹³ STS de 5 de mayo de 1997, Ar. 3652.

²¹⁴ STS de 26 de junio de 1998, Ar. 5790.

Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en lo referente a las indemnizaciones que no procederán.

La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

En este supuesto, el plazo a que se refiere el artículo 51 de esta Ley, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo.

Calificación jurídica

A efectos de determinar la naturaleza jurídica de este precepto, parece conveniente distinguir en su contenido tres aspectos distintos: la noción de suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor; el procedimiento y los efectos.

En relación con la delimitación del supuesto de hecho, el artículo 47 E.T. tiene naturaleza absolutamente imperativa, tanto para el contrato de trabajo como para el convenio colectivo. Ello se debe a que la alteración del presupuesto supondría modificar las atribuciones de la autoridad laboral, ampliándolas o reduciéndolas, algo que no es posible, pues los convenios no pueden incidir en tales relaciones.

Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo

1. Al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 artículo 45 excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado.

Calificación jurídica

El primer inciso del precepto, en cuanto reconoce el derecho a reingresar en el puesto de trabajo una vez hayan cesado las causas determinantes de la suspensión, constituye una norma de derecho imperativo absoluto, indisponible tanto para el convenio colectivo como para el contrato de trabajo. Admitir su carácter dispositivo, supondría permitir que las causas de suspensión mencionadas en el artícu-

lo 45 E.T. pudieran ser configuradas como meras excedencias²¹⁵, y ya hemos indicado con anterioridad que no resulta posible privar de efectos suspensivos a ninguna de las situaciones previstas en el precepto indicado.

El segundo inciso, en relación con las causas consignadas en el contrato o las derivadas del mutuo acuerdo, contiene una remisión a la autonomía individual cuyo significado no es claro. A juicio de un sector doctrinal, la llamada es para que en dicha sede se determine si en tales casos hay derecho a la reincorporación o no²¹⁶; para otros, a efectos de que, presuponiendo la existencia de tal derecho, se especifique la forma y momento en que la reincorporación se llevará a cabo²¹⁷. Ambas posturas no distan tanto entre sí, pues los defensores de la primera señalan que si no se ha reconocido el derecho al reingreso, en realidad, se habrá pactado una excedencia voluntaria. Ello supondría, en otros términos, que todas las causas de suspensión, incluidas las derivadas del mutuo acuerdo o las consignadas en el contrato de trabajo, implican una reserva del puesto de trabajo como, por otra parte, se deduce de una lectura sistemática del precepto. En este sentido, no debe olvidarse que el artículo 48 E.T. lleva por título suspensión con reserva de puesto de trabajo.

2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

²¹⁵ Al respecto, la doctrina ha destacado como privar a la suspensión del derecho al reingreso supondría convertirla en una excedencia: ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), «Suspensión del contrato, en Albiol Montesinos», I. et altri, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 319; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997), *Derecho del Trabajo*, 5.ª edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 941; CAMPS RUIZ, L. M. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. et altri, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 625.

²¹⁶ En este sentido, parece, ÁLVAREZ ALCOLEA, M. (1981), «La suspensión del contrato de Trabajo en el Estatuto de los Trabajadores», *REDT*, núm. 5, pág. 29. Más claros, MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Madrid, Tecnos, pág. 688; CAMPS RUIZ, L. M. (1999), *op. cit.*, pág. 625.

²¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I. (1981), *op. cit.*, pág. 351; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997), *op. cit.*, pág. 941.

Calificación jurídica

Nos encontramos ante un mínimo de derecho necesario, de forma que tanto la negociación colectiva como el contrato de trabajo podrían ampliar el periodo de dos años durante el cual, pese haber cesado la incapacidad temporal, subsiste la suspensión del contrato y la reserva del puesto de trabajo.

3. En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

Calificación jurídica

Se trata de un mínimo de derecho necesario mejorable para el trabajador por convenio colectivo y/o por el contrato individual.

4. En los supuestos de suspensión por prestación del servicio militar o prestación social sustitutoria, ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, el trabajador deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función.

Calificación jurídica

Nuevamente, en función de la naturaleza atribuida al artículo 45.1 E.T., debe entenderse que el plazo máximo de reincorporación establecido en este apartado constituye una norma mínima de derecho necesario relativo, de forma que el convenio colectivo o, incluso, el contrato de trabajo, podrían reconocer al trabajador el derecho a reincorporarse en un plazo superior, alargando, de ese modo, la duración de la suspensión. Así se ha interpretado por la doctrina científica²¹⁸ y judicial²¹⁹, a pesar de la literalidad del precepto.

5. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente

²¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 691; CAMPS RUIZ, L. M. (1999), *op. cit.*, pág. 627.

²¹⁹ STCT de 13 de abril de 1988, Ar./2961.

posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que el padre y la madre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los períodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos en que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Calificación jurídica

A la hora de abordar la naturaleza jurídica de este precepto, parece conveniente diferenciar distintos mandatos dentro del mismo relativos a la duración, la distribución y el régimen de disfrute.

En primer lugar, por lo que respecta a la duración de la suspensión en estos casos, siendo coherentes con lo expuesto hasta este momento, deberíamos predicar su naturaleza de mínimo de derecho necesario, de forma que tanto por convenio colectivo como por contrato individual se pudieran fijar unas duraciones superiores, nunca inferiores, a las previstas en el E.T.

Esa eventual ampliación en ningún caso podría incidir en las obligaciones a cargo de la Seguridad Social, es decir, cabrá alargar la duración de la suspensión pero ello no podrá suponer que durante el tiempo «adicional» se perciba la prestación por maternidad, pues «el convenio colectivo... [y también el contrato] carece de aptitud para alterar el alcance y el contenido de relaciones ajenas a las de trabajo, como lo sería la de Seguridad Social..., condicionando el obrar de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, terceras respecto de las partes negociadoras del pacto»²²⁰. Lo anterior no implica que la empresa no pueda asumir directamente el coste económico de la medida. En efecto, tal y como se señaló con carácter general al abordar la naturaleza jurídica del artículo 45.2 E.T., es posible pactar, tanto en convenio colectivo como en contrato individual, que el trabajador perciba algún tipo de prestación económica a cargo de la empresa durante el período suspensivo. Pues bien, la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento no constituye una excepción a dichas posibilidades²²¹.

En todo caso, las cláusulas que amplían la duración de la suspensión por maternidad pueden plantear problemas aplicativos en ciertas situaciones, en concreto, cuando los eventuales beneficiarios no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del mismo convenio. El ejemplo lo brinda la STSJ Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 1998, Ar./3966: el convenio aplicable al padre establecía que la suspensión por maternidad tendría una duración de 120 días, cuando del E.T. se derivan tan sólo 112. El tribunal niega que dicho sujeto pueda disfrutar de la mejora mencionada, pues quien generó el derecho fue la madre y en el convenio colectivo de ésta no se mejoraba el régimen estatutario. Implícitamente, este pronunciamiento

²²⁰ STC 187/1994, de 20 de junio (BOE de 26 de julio de 1994).

²²¹ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997), *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 75 y ss.; VALLE MUÑOZ, F. A. (1999), *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, Colex, pág. 55.

apunta a que si se hubiera establecido la mejora en el convenio aplicable a la madre, el padre hubiera podido disfrutar de la duración ampliada, solución que resulta más descabellada, ya que ni el padre ni la empresa en la que éste presta servicios se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del segundo convenio.

En segundo lugar, en relación con la distribución del período de disfrute, es claro que, en el supuesto de suspensión por maternidad natural, el descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto, en atención a los términos empleados por el E.T. y, sobre todo, por su finalidad, está configurado con carácter imperativo absoluto, inmodificable por convenio colectivo o contrato individual.

Idéntica naturaleza cabe predicar respecto las restantes previsiones sobre distribución del período suspensivo. Así, sin abandonar el supuesto de maternidad natural, ni el convenio colectivo ni el contrato de trabajo pueden modificar la posibilidad de que el padre, en caso de fallecimiento de la madre, pueda hacer uso de la totalidad del período o de la parte que reste del mismo. Igualmente, ninguno de estos instrumentos podrían incidir en el derecho de la madre a optar por parte del período suspensivo sea disfrutado por el padre cuando no exista riesgo para la salud de aquélla, y ello por lo que respecta tanto a la posibilidad en sí, como a la titularidad de la opción o sus condicionamientos. Lo mismo debe decirse sobre las prescripciones establecidas en el párrafo tercero, relativas a la distribución en los casos de suspensión por adopción o acogimiento preadoptivo o permanente.

Finalmente, en relación con el régimen de disfrute, el párrafo quinto del artículo 46.4 E.T., en cuanto remite al acuerdo de voluntades para determinar si el mismo se efectuará a jornada completa o a tiempo parcial, constituye también una norma imperativa absoluta. De este modo, el convenio colectivo no podría alterar tal requisito. Es más, la remisión a que el acuerdo de voluntades se efectúe en los términos en que reglamentariamente se determinen, parece excluir cualquier intervención de la autonomía colectiva en este punto.

Respecto de la autonomía individual, la naturaleza podría ser distinta. El contrato no podría dejar a voluntad de la empresa que el disfrute se realice en régimen de tiempo completo o a tiempo parcial, pero no hay inconveniente en admitir que pueda configurar el derecho del trabajador a decidir unilateralmente el régimen de disfrute. Si ello es así, el párrafo comentado tendría naturaleza de mínimo de derecho necesario respecto la autonomía individual.

6. En el supuesto de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 26, apartados 2 y 3, de la Ley 31/1995, de 8 de no-

viembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Calificación jurídica

En atención a su finalidad y a las implicaciones que la alteración de este supuesto tendría en materia de Seguridad Social, debe entenderse que se trata de una norma de derecho imperativo absoluto y, por tanto, no modificable por convenio colectivo o por acuerdo individual. La defensa de esta naturaleza, diferente a la sostenida más arriba en relación la suspensión por maternidad o adopción, se justifica en que la modificación de la duración la suspensión por riesgo determinaría indirectamente un cambio en el tipo de prestación pública a percibir y ya se ha señalado la imposibilidad de incidir en dicho terreno.

Por lo que se acaba de decir, ya se puede imaginar que lo relativo al procedimiento también es derecho imperativo²²², ya que las previsiones que regulan la intervención de la autoridad laboral tienen carácter de normas de orden público²²³. En este sentido, alguna sentencia señala expresamente que «los procedimientos regulados en el E.T. para la autorización de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo constituyen materia de orden público y son indisponibles para las partes contratantes, de suerte que no puede variarse ni en contrato individual ni en convenio colectivo; y a tales procedimientos deberá acudir la empresa cuando se produzca un evento que implique la necesidad de suspender total o parcialmente la actividad laboral»²²⁴. En todo caso, dada la remisión en este punto a las normas que regulan el despido colectivo, la cuestión se abordará más adelante, cuando se analice el artículo 51 E.T. y ya constataremos como el convenio colectivo puede incidir en determinados aspectos procedimentales—en concreto, los relativos al desarrollo del periodo de consultas—, completando las previsiones legales y/o reglamentarias.

²²² MATIA PRIM, J. (1977), *El expediente de regulación de empleo*, Madrid, Tesis Doctoral inédita, pág. 247 del original; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2000), «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato», en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, pág. 953.

²²³ CAMPS RUIZ, L. M. (1981), *op. cit.*, pág. 46; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 266.

²²⁴ STSJ Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 1997, Ar./4790.

Finalmente, por lo que respecta a los efectos, parece que se trata de una norma dispositiva. El mandato relativo a la no procedencia de indemnizaciones tan sólo se establece a efectos de excluirla de la remisión al artículo 51 E.T. y de su aplicación automática en este punto, pero nada impide que por convenio colectivo o contrato de trabajo se hayan pactado compensaciones que dulcifiquen la pérdida del salario durante el período suspensivo como, por ejemplo, completar la prestación por desempleo de forma que el trabajador mantenga un nivel de ingresos similar al que tenía antes de la suspensión. De hecho, si es posible que se acuerden en el periodo de consultas, según ha señalado la doctrina²²⁵ y se deduce de los artículos 51.4 y 51.2, no se encuentra razón que justifique que no se puedan pactar con carácter previo en las fuentes indicadas.

SECCIÓN CUARTA

Extinción del contrato

Resulta bastante común la afirmación de que la regulación estatutaria sobre la extinción del contrato de trabajo constituye un conjunto de normas imperativas, de derecho necesario absoluto o, si se prefiere, integrantes del orden público laboral²²⁶. De este modo, restaría un escaso margen de actuación para la intervención de la autonomía, tanto colectiva como individual²²⁷. El interés general, se ha señalado, «justifica la existencia de una regulación general y uniforme para todas las relaciones de trabajo, intangible para la autonomía colectiva»²²⁸. No obstante, la afirmación anterior debe matizarse, pues no todas las previsiones relativas a esta materia tienen dicha naturaleza,

²²⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (1993), *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Trotta, pág. 281; VIDA SORIA, J. (1994), *op. cit.*, pág. 29; CRUZ VILLALÓN, J. (1995), «Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas», en APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. (Eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, *Ibidem*, pág. 19.

²²⁶ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 272; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 82; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, págs. 21-22. En el mismo sentido, STSJ de La Rioja de 18 de enero de 1995, Ar./2.

²²⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 82; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Madrid, Tecnos, pág. 699.

²²⁸ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, págs. 272-273.

como se ha evidenciado en ciertos estudios doctrinales relativamente recientes²²⁹ y podrá apreciarse en las líneas siguientes.

Artículo 49. Extinción del contrato

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

- a) Por mutuo acuerdo de las partes.
- b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.
- c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogadas automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.

- d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.
- e) Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.
- f) Por jubilación del trabajador.
- g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad permanente del

²²⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, págs. 75-97; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. (1997), *op. cit.*, págs. 17-33. Con anterioridad, ya GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, págs. 273-280, había hecho referencia a la relativización de dicha naturaleza.

empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley.

h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley.

j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

k) Por despido del trabajador.

l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

Calificación jurídica

*En primer lugar, en relación con el listado de causas establecido en el artículo 49.1 E.T., resulta pacífica la defensa de su carácter absolutamente imperativo o de derecho necesario absoluto*²³⁰, *tanto para el convenio colectivo como para el contrato de trabajo.*

*Respecto la autonomía colectiva, la afirmación anterior supone que el convenio colectivo no puede ampliar ni reducir el listado de causas a las que el legislador ha reconocido virtualidad extintiva*²³¹. *En este sentido, se ha señalado que tales causas «afectan a una de aquellas materias que la Ley ha querido regular completamente y que la consiguiente exclusión de la autonomía colectiva parece justifica-*

²³⁰ Entre otros, CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA MURCIA, J. (1983), «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», *Revista de Política Social*, núm. 137, pág. 521; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, págs. 272-273; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 82.

²³¹ Así, GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, págs. 273 y 280; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 83. En sentido distinto, la STS, sala social, de 20 de junio de 1983, Ar./3024, en relación con el convenio colectivo de Bingos, aceptó que por dicho instrumento se estableciera como causa de extinción el hecho de perder la licencia para desarrollar la actividad. Para la crítica a este pronunciamiento, *vid.* GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, págs. 276-280 y bibliografía allí citada.

da»²³². Ahora bien, ello no impide que dicho instrumento normativo pueda desempeñar una importante labor de especificación o concreción de las causas extintivas²³³, como se verá al afrontar el análisis particularizado de las mismas.

En relación con el contrato de trabajo, la afirmación de partida también debería implicar que dicho instrumento no pudiera alterar el esquema de las causas extintivas, esto es, ni eliminar, ni introducir otras nuevas, siempre sin perjuicio de la labor de concreción²³⁴.

Y, efectivamente, el contrato de trabajo no puede privar de eficacia extintiva a ninguna de las circunstancias relatadas en el artículo 49.1 E.T. Ahora bien, el propio precepto admite que empresario y trabajador puedan pactar causas nuevas de extinción.

En efecto, el artículo 49.1.b) E.T. establece que el contrato de trabajo se extinguirá «por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». Es decir, no cualquier causa que se pacte en el contrato de trabajo será aceptada sin más, sino que, de una parte, el pacto deberá proceder de un acuerdo de voluntades no viciado, cuyo contenido no suponga una violación del artículo 3.1.c) E.T.²³⁵. Por lo que aquí interesa, deberá tratarse de hechos extintivos no relatados en el artículo 49 E.T., esto es, hechos cuya inclusión no suponga ampliar o reducir el campo de actuación de las causas «legales»²³⁶.

De otra parte, el pacto no debe incurrir en abuso de derecho, esto es, no debe suponer «un aprovechamiento para una de las partes de

²³² GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 280.

²³³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, págs. 82 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 24; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Madrid, Tecnos, pág. 699.

²³⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 23; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 699, admiten expresamente dicha labor.

²³⁵ Sobre el tema, *vid.* BLASCO PELLICER, A. (1995), *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, CES, págs. 160 y ss.

²³⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2000), «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas válidamente en el contrato», *Revista Española de Derecho del Trabajo. Edición especial del núm. 100. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Madrid, Civitas, pág. 956. Al respecto, con una postura más matizada, pues aceptan tal incidencia siempre que con la misma no se incurra en fraude de ley, *vid.* DEL REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), «Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997», *Actualidad Laboral-II*, págs. 353 y 358 y ss.

las circunstancias concurrentes para ejercer su derecho más allá de los límites normales»²³⁷. En este sentido, se considera abusivo todo pacto que deje en manos empresariales la libre extinción del contrato sin causa justa ni compensación²³⁸.

El artículo 49 E.T., además de enunciar las posibles causas de extinción del contrato de trabajo, contiene ciertas previsiones adicionales sobre el régimen jurídico de las mismas. Ello no sucede en todos los casos: algunas causas, por su importancia, tienen un régimen jurídico desarrollado en otros preceptos cuya naturaleza será analizada en su lugar correspondiente; otras, o bien aparecen meramente enunciadas, o bien van acompañadas de una regulación básica sobre su procedimiento y efectos. Interesa plantear ahora cuál es la naturaleza del régimen jurídico de este segundo grupo de causas.

En primer lugar, por lo que respecta a los aspectos procedimentales, las pocas previsiones existentes al respecto no comparten todas idéntica naturaleza.

Así, el artículo 49.1.c) E.T., en relación con el plazo de quince días para notificar la denuncia de los contratos temporales, tiene claramente un carácter de mínimo de derecho necesario, mejorable por convenio colectivo o contrato de trabajo²³⁹. La reforma de 2001 ha introducido, para la mayoría de los contratos temporales una indemnización cuya cuantía debe ser determinada por la normativa específica, con un mínimo de ocho días de salario por cada año de servicio, lo que constituye, evidentemente, una norma mínima imperativa mejorable por la negociación colectiva y/o por el contrato individual.

Por su parte, el artículo 49.1.d) E.T. contiene una expresa remisión para que el convenio colectivo fije el período de tiempo con que el trabajador debe preavisar al empresario de la extinción de su contrato. Los términos de este precepto parecen excluir la intervención de la autonomía individual, al referirse en exclusiva a la negociación colectiva o a la costumbre del lugar. No obstante, un sector doctrinal acepta que el contrato de trabajo pueda regular esta cuestión²⁴⁰, interpretación que vendría avalada por una interpretación sistemática del artículo 49.1.d) E.T. con el 3.1.c).

²³⁷ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 749.

²³⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2000), *op. cit.*, pág. 958.

²³⁹ ESTEVE SEGARRA, A.; LACOMBA PÉREZ, R. (2000), *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 29.

²⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 739, quienes aceptan que el preaviso se pueda fijar en el contrato individual.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 49.1.g) E.T., en cuanto exige que se sigan los trámites del artículo 51 E.T. en los despidos derivados de la extinción de la personalidad jurídica contratante, es un mandato absolutamente imperativo o de derecho necesario absoluto, inmodificable por autonomía colectiva o individual, pues ni el contrato ni el convenio constituyen instrumentos adecuados para alterar las atribuciones de la autoridad laboral (vid. *infra*, comentarios al artículo 51 E.T.).

Con independencia de lo anterior, resulta pacífico el entendimiento de que a través del convenio colectivo o, incluso, del contrato de trabajo se pueden introducir exigencias procedimentales adicionales, bien para completar las ya previstas²⁴¹ o, en su caso, para colmar el vacío que existe en relación con algunas causas²⁴².

En segundo lugar, por lo que respecta al régimen de efectos, las previsiones son igualmente exiguas: por un lado, estarían las disposiciones relativas a las prórrogas de los contratos temporales, cuya naturaleza se aborda en otro lugar (vid. *supra*, comentarios al artículo 15 E.T.); por otro, estaría el específico régimen indemnizatorio de la extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario del párrafo segundo del artículo 49.1.g) E.T., según el cual el trabajador tiene derecho a percibir en tales casos una indemnización de treinta días de salario, cuantía que debe ser entendida como un mínimo de derecho necesario, por tanto mejorable vía autonomía colectiva o individual, ya que ésta es la naturaleza generalmente atribuida a la materia indemnizatoria²⁴³. Del mismo modo, tanto el convenio colectivo como el contrato de trabajo podrían introducir indemnizaciones o compensaciones en aquellas causas extintivas respecto las cuales el E.T. nada dispone²⁴⁴. Así lo ha señalado expresamente la doctrina respecto la extinción producida por mutuo disenso²⁴⁵, de la derivada del desistimiento del trabajador²⁴⁶ o de su muerte, jubilación o inca-

²⁴¹ Por ejemplo, a través de una mayor implicación de los representantes de los trabajadores, como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 24.

²⁴² MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 748.

²⁴³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 84.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 24.

²⁴⁴ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 274.

²⁴⁵ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1997), *Derecho del Trabajo*, XV edición revisada, Madrid, Civitas, pág. 489; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, 748; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. *et alri*, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 759.

²⁴⁶ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, pág. 739.

pacidad²⁴⁷, así como respecto las extinciones provocadas por la llegada del término final del contrato²⁴⁸.

2. El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas.

El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esa posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos.

Calificación jurídica

En cuanto a los mandatos contenidos en el apartado segundo del artículo 49 E.T., debe señalarse lo siguiente. En primer lugar, respecto a la obligación empresarial de entregar al trabajador una propuesta del documento de liquidación de haberes cuando vaya a producirse la extinción del contrato de trabajo, se ha defendido el carácter imperativo del mandato, de forma que las cláusulas convencionales que supeditan la entrega de la propuesta a la solicitud del trabajador serían nulas²⁴⁹. Esta interpretación se ha apoyado en la literalidad de la norma, en concreto, en el hecho de que la misma configura un derecho y no una mera facultad.

Por lo que respecta, en segundo lugar, a las garantías formales que deben acompañar la firma del finiquito, el mandato relativo a la posibilidad de que el trabajador solicite la presencia de un representante de los trabajadores podría entenderse como un mínimo de derecho necesario, naturaleza que suele ser la común en sede «procedimental». De este modo, tanto el convenio colectivo como el contrato de trabajo podrían incrementar tales exigencias formales²⁵⁰. En este sentido, se ha aceptado que el convenio colectivo pueda imponer la

²⁴⁷ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1997), *op. cit.*, pág. 490; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, págs. 751-752; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), *op. cit.*, págs. 746, 749 y 753.

²⁴⁸ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *op. cit.*, 750.

²⁴⁹ GARCÍA RUBIO, M.^a A. (1999), *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, 2.^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 59.

²⁵⁰ BLASCO PELLICER, A. (1995), *op. cit.*, págs. 149-150.

*intervención de los representantes de los trabajadores sin necesidad de que sea activada por el trabajador*²⁵¹. A nuestro juicio, esta posibilidad resultará admisible en cuanto se respete el carácter voluntario que para el trabajador tiene la presencia del representante, en otras palabras, el convenio podría fijar la obligatoriedad siempre que se hiciese bajo reserva de exclusión por parte del trabajador afectado.

Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador

1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

- a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.
- b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

Calificación jurídica

*Las causas que legitiman al trabajador para solicitar la extinción del contrato de trabajo por un incumplimiento previo del empresario son absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto. Ello supone que la intervención de la autonomía individual y/o colectiva queda reducida a la posibilidad de concretar el entendimiento de las causas fijadas por el legislador en el artículo 50.1 E.T., sin que por dicha vía quepa eliminar la facultad concedida a los trabajadores, ampliarla de tal modo que se desvirtúe la naturaleza de la institución, permitiendo su uso en situaciones que no constituyen un incumplimiento grave del empresario, u otorgarle un funcionamiento automático*²⁵².

²⁵¹ GARCÍA RUBIO, M.^a A. (1999), *op. cit.*, pág. 78.

²⁵² En sentido parecido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 24. En la misma línea, destacando el escaso margen de la autonomía colectiva en estos supuestos, ESTEVE SEGARRA, A.; LACOMBA PÉREZ, R. (2000), *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 43.

2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Calificación jurídica

*La indemnización que percibirá el trabajador en este tipo de extinciones, cuarenta y cinco días por año de servicio con el máximo de cuarenta y dos mensualidades, constituye un mínimo de derecho necesario, mejorable tanto por convenio colectivo como por contrato individual*²⁵³. *La afirmación se puede justificar en el hecho de que el apartado segundo del artículo 50 E.T., apartado que establece la indemnización a percibir en estos casos, remite en este punto a las indemnizaciones fijadas para el despido improcedente; por tanto, si ambas indemnizaciones son idénticas, resulta lógico que tengan la misma naturaleza y, como se verá más adelante, resulta pacífico calificar las indemnizaciones por despido disciplinario como un mínimo de derecho necesario (Cfr. infra, comentarios al artículo 56 E.T.).*

Artículo 51. Despido colectivo

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

²⁵³ BLASCO PELLICER, A. (1995), *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, CES, págs. 186-187; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 84; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 24.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecte a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectado sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral.

3. Recibida la solicitud, la autoridad laboral comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con advertencia de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones.

La autoridad laboral comunicará la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas a que se refieren los apartados 2 y 4 del presente artículo, quien los incorporará al expediente una vez concluido aquél.

Si, durante la tramitación del expediente, la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquélla podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas.

Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad laboral competente.

4. La consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la viabilidad del proyecto empresarial.

En todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

A la finalización del período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo.

5. Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones la-

borales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

6. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

La resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo.

7. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo.

8. Los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

9. Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere este artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación. En tal caso, la autoridad laboral competente determinará las actuaciones y los informes precisos para la resolución del expediente, respetando los plazos previstos en el presente artículo.

10. El expediente de regulación de empleo para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial, se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del presente artículo en materia de período de consultas y del derecho a la indemnización a que se refiere el apartado 8.

11. En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto.

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

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

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

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

13. En lo no previsto en el presente artículo será de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular en materia de recursos.

Todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán con los representantes legales de los mismos.

14. Las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

Calificación jurídica

El análisis de la naturaleza jurídica de este precepto debe efectuarse diferenciando tres aspectos distintos en su contenido: la noción de despido colectivo, las cuestiones procedimentales y, finalmente, los efectos.

1. En primer lugar, por lo que respecta a la noción de despido colectivo, la misma se construye por el artículo 51.1 E.T. mediante la referencia a dos elementos distintos: por un lado, estarían los requisitos numérico-temporales, esto es, que la extinción afecte a un específico número de trabajadores, distinto según la dimensión de la empresa, en un determinado período de tiempo; por otro, se encuentran las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

1.1. Pues bien, tanto los elementos numérico temporales recogidos en el párrafo primero del artículo 51.1 E.T., como las previsiones relacionadas con el cálculo de afectados establecidas en los párrafos tercero, cuarto y quinto del mismo precepto, constituyen claramente normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables por convenio colectivo o contrato de trabajo. Así se ha entendido en la doctrina científica²⁵⁴ y judicial²⁵⁵. El fundamento es evidente: su alteración supondría modificar las atribuciones de la autoridad laboral, ampliando o restringiendo su ámbito de actuación, y

²⁵⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 93; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 27.

²⁵⁵ STSJ País Vasco de 26 de octubre de 1999, ILJ/1525.

tal acción está vedada tanto a la autonomía colectiva como a la individual, pues la intervención administrativa es materia de orden público²⁵⁶. A la misma conclusión se llega si se acude a los artículos 124 LPL (nulidad de las extinciones efectuadas sin autorización) y al 13 RPRE (declaración de improcedencia por la autoridad laboral de las solicitudes que no reúnan los requisitos del artículo 51.1).

1.2. *Idéntica naturaleza cabe predicar respecto las causas que legitiman la extinción colectiva²⁵⁷, de manera que ni el convenio colectivo ni el contrato de trabajo pueden restringir o ampliar el número de causas que legitiman el recurso a este tipo de extinciones²⁵⁸. En relación con esta afirmación, deben efectuarse dos importantes matizaciones.*

a) *Por un lado, el convenio colectivo puede concretar el significado de lo que debe entenderse por causa económica, técnica, organizativa o de producción²⁵⁹, siempre que ello no se haga con «una tan manifiesta irracionalidad que equivalga a desconocer la definición legal» proporcionada por el artículo 51.1.II E.T.²⁶⁰. Esta aptitud del convenio colectivo para especificar el significado de las causas reorganizativas se ha apoyado, en primer lugar, en la amplitud que del contenido negocial se deduce del artículo 85.1 E.T., así como en la*

²⁵⁶ La afirmación de que la intervención administrativa es materia de orden público en CAMPS RUIZ, L. M. (1981), «Comentario al artículo 3», en ALBIOL MONTESINOS, I. et alri, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 46; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 266; FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 46. En el mismo sentido, cfr. la STSJ La Rioja de 18 de enero de 1995, Ar./2.

²⁵⁷ STSJ País Vasco de 26 de octubre de 1999, ILJ/1525.

²⁵⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 93; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), *La regulación extintiva de las causas objetivas y colectivas de reestructuración empresarial en la práctica convencional*, *Tribuna Social*, núm. 111, págs. 18 y ss.

²⁵⁹ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 275; BORRAJO DACRUZ, E. (1996), «Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales», *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 17, págs. 383 y ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 27; BAYLOS GRAU, A. (1998), «Nuevas impresiones sobre la regulación de los despidos objetivos en la reforma laboral de 1997», *Actualidad Laboral*, núm. 4, págs. 40-41; LUQUE PARRA, M. (1999), *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona, J. M. BOSCH Editor, págs. 611 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), *op. cit.*, págs. 17 y ss.

²⁶⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 28; en sentido parecido, DEL REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), «Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997», *Actualidad Laboral-II*, pág. 367.

ausencia de una prohibición expresa²⁶¹; en segundo lugar, en la «analogía» con el despido disciplinario, institución en la que tradicionalmente se ha aceptado que el convenio colectivo pueda desempeñar, aunque sea de forma indirecta, un papel delimitador de las conductas sancionables con la extinción, según se deriva de lo dispuesto en el artículo 58 E.T.²⁶²; finalmente, cabe alcanzar la conclusión señalada mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 51 E.T. En este sentido, es claro que dicho precepto busca que, en la medida de lo posible, se logre una solución negociada en la reorganización empresarial o, en otras palabras, hay una preferencia legal por la terminación del expediente mediante pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Así se deduce no sólo del artículo 51 E.T., sino también del artículo 85.1 E.T. in fine. De este modo, si es posible alcanzar un pacto «en caliente», durante la tramitación del procedimiento administrativo, también debe ser posible alcanzarlo «en frío», esto es, antes de que se presente la necesidad reorganizativa.

De esta posibilidad de concretar el significado de las causas que legitiman el recurso al despido colectivo, debe excluirse al contrato de trabajo, pues no tendría mucho sentido que se utilizase una fuente de alcance individual para incidir en una materia con un claro alcance colectivo.

b) Por otro lado, también debe matizarse que el hecho de que estas normas se hayan considerado como absolutamente imperativas no ha constituido un obstáculo para aceptar que la empresa pueda renunciar a la utilización de esta concreta medida reorganizativa²⁶³, siempre que se produzca en el marco de un plan o programa de viabilidad previamente determinado y como parte de la ejecución del mismo²⁶⁴. Entre los argumentos que permiten sustentar esta afirmación, por lo demás aceptada en sede judicial²⁶⁵, se encuentran, de una parte, la apuesta de la reforma estatutaria de 1994 por impulsar el carácter negociable de estas instituciones y, de otra, la doctrina constitucional que con ocasión de las cláusulas de deber de paz absoluto

²⁶¹ DEL REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), *op. cit.*, pág. 367.

²⁶² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 27.

²⁶³ CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA MURCIA, J. (1983), «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», *Revista de Política Social*, núm. 137, pág. 521; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 275; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1990), *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Civitas, págs. 40-41 y (1996), *op. cit.*, pág. 89; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), *op. cit.*, pág. 27.

²⁶⁴ SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), *op. cit.*, pág. 27.

²⁶⁵ STSJ Castilla-León, sede Burgos, de 21 de diciembre de 1994, Ar./4684.

diferenció entre la renuncia definitiva a un derecho y la renuncia temporal a su ejercicio²⁶⁶.

2. En segundo lugar, en relación con los aspectos procedimentales, deben diferenciarse las previsiones ligadas a la intervención de la autoridad laboral, de las relacionadas con la intervención de los representantes de los trabajadores a través del período de consultas.

Así, los apartados dos, tres, cinco, seis, nueve, trece y catorce del artículo 51 E.T., en cuanto regulen o incidan en la intervención administrativa, constituyen una materia innegociable para la autonomía colectiva e individual, pues son normas de orden público²⁶⁷.

Por su parte, la regulación del período de consultas contenida en los apartados dos y cuatro del artículo 51 E.T. tiene una naturaleza distinta. De un lado, resulta evidente que el convenio colectivo puede completar las pocas previsiones estatutarias sobre esta específica intervención de los representantes de los trabajadores²⁶⁸, concretando aspectos tales como la información que debe proporcionarse a los mismos, la elección del concreto canal con que se van a desarrollar las negociaciones —el unitario o el sindical—, la naturaleza del tiempo invertido en las mismas, el número de reuniones a celebrar y su frecuencia temporal o el posible recurso a asesores. El artículo 85.1 in fine E.T. permite llegar fácilmente a esta conclusión²⁶⁹. Por otro lado, hay ciertas previsiones que funcionan como un mínimo, según se deduce del propio artículo 51 E.T. y de su desarrollo reglamentario. Así ocurre con la duración mínima del período consultivo y la información básica que debe proporcionarse. Finalmente, ciertos aspectos tienen naturaleza imperativa absoluta, como es el caso de las mayorías requeridas para alcanzar un acuerdo.

Estas posibilidades de incidir en la regulación del período de consultas reconocidas a la negociación colectiva, no son predicables del

²⁶⁶ STC 11/1981, de 8 de abril.

²⁶⁷ MATIA PRIM, J. (1977), *El expediente de regulación de empleo*, Madrid, Tesis Doctoral inédita, pág. 247 del original. Con carácter general, la doctrina entiende que las normas reguladoras de la intervención administrativa son de orden público —CAMPS RUIZ, L. M. (1981), *op. cit.*, pág. 46; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 266; FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *op. cit.*, pág. 46—, algo que se comparte en sede judicial —STSJ La Rioja de 18 de enero de 1995, Ar./2.

²⁶⁸ GOERLICH PESET, J. M.^a (1994), «Los despidos colectivos», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo y normas concordantes, volumen II, Los despidos*, Madrid, EDERSA, págs. 138-139; ARAMENDI SÁNCHEZ, J. P. (1996), «Problemas sustantivos y procesales conexos al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas», *Cuadernos de Derecho Judicial-IV. Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción*, Madrid, CGPJ, pág. 376. En sentido parecido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 26.

²⁶⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a (1994), *op. cit.*, págs. 138-139.

contrato de trabajo. Nuevamente, resultaría imposible conjugar el alcance individual de tal instrumento con la naturaleza colectiva de la materia.

3. Por último, hay que hacer referencia a los apartados del artículo 51 E.T. relacionados con los efectos del despido colectivo. En este bloque, debe analizarse la naturaleza de la indemnización prevista por el apartado ocho y de la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores reconocida en el apartado siete, ambos del precepto mencionado.

3.1. Empezando por la naturaleza de la indemnización fijada en el artículo 51.8 E.T., debe señalarse que se trata de una cuestión que ha merecido una importante atención judicial y doctrinal²⁷⁰. En ambas sedes mayoritariamente se llega a la conclusión de que se trata de una norma de derecho necesario relativo, en concreto, de un mínimo que sería mejorable por convenio colectivo o contrato individual, como sucede con otras indemnizaciones fijadas por el E.T.

Ahora bien, esta interpretación, relativamente pacífica hasta hace unos años, debe matizarse a la luz de ciertos pronunciamientos del TS dictados a partir de enero de 1997 en los que se permite que en el acuerdo de regulación de empleo se pacte la pérdida de dicha indemnización si ello va debidamente compensado. En los supuestos enjuiciados por el mencionado tribunal, los acuerdos reorganizativos contenían una cláusula en la que se fijaba una indemnización muy superior al mínimo legal pero sujeta a una condición resolutoria. Tal condición consistía en que, de un lado, si los trabajadores volvían a ser contratados por la empresa sin reconocimiento de la antigüedad, devolverían la diferencia entre la indemnización legal y la pactada; de otro, si la recontractación se efectuaba con reconocimiento de la antigüedad, deberían reintegrar la totalidad de la indemnización.

La respuesta dada por el TS, en un primer momento, fue entender que la cláusula citada era sólo válida en relación con el exceso de cuantía indemnizatoria pactado, pero no respecto al mínimo legal²⁷¹. El argumento utilizado para defender esta decisión giraba en torno al carácter mínimo indisponible del artículo 51.8 E.T. Esta postura, sin embargo, se abandona en pronunciamientos posteriores en los que se da una solución absolutamente distinta y se acepta la licitud de la

²⁷⁰ Las posturas doctrinales y judiciales se pueden reconstruir a través de ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. (1998), Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos, *Relaciones Laborales*, núm. 10, págs. 11-31; SERRANO GARCÍA, J. M.^a (1998), «La indemnización por despido: ¿derecho necesario o derecho dispositivo?», *Relaciones Laborales*, núm. 10, págs. 32-44.

²⁷¹ SSTs, en UD, de 20 de marzo de 1996, Ar./2303 y de 28 de octubre de 1996, Ar./7799.

*cláusula en cuestión, pareciendo dispositivizar limitadamente el precepto legal*²⁷². En este sentido, se llega a afirmar que «la indemnización económica sólo será supletoria del mayor beneficio consistente en proporcionar al trabajador cesante nueva ocupación»²⁷³. Para justificar su postura, el TS recurre al artículo 1255 Cc y a la finalidad perseguida con el período de consultas.

Con ello, en el fondo, se está optando por un concepto amplio de indemnización. La misma podría consistir en la entrega de una suma dineraria igual o superior a la prevista en el E.T. o en una compensación que reporte a los trabajadores un mayor beneficio que la percepción de una cantidad monetaria determinada. En definitiva, se estaría considerando que el artículo 51.8 E.T. es un mínimo de derecho necesario compensable. La misma lectura de la postura del TS se efectúa por la STSJ Aragón de 6 de febrero de 1999, Ar./123, en la que se lee «se mantiene así la antigua jurisprudencia acerca de la indisponibilidad de la indemnización del artículo 51.8 pero admitiendo su modificación o compensación por otras formas de obtener beneficio equivalente, aprobadas por pacto colectivo u opción individual (STCT 22-10-1985 [RTCT 1985, 5690] y STS de 12-9-1989 [RJ 1989, 6436]), lo cual es acorde con lo establecido en la Directiva Comunitaria 75/129, de 17 de febrero de 1975 (LCEuR 1975, 40), modificada por la de 24 de junio de 1992, sobre la necesidad de extender el proceso negociador de los despidos colectivos para poder adoptar medidas que favorezcan el empleo de los despedidos, o la viabilidad de la empresa, objetivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994».

3.2. Por su parte, el artículo 51.7 E.T., en cuanto establece una prioridad de permanencia en favor de los representantes de los trabajadores, constituye una norma absolutamente imperativa o de derecho necesario absoluto, inmodificable por la autonomía colectiva o individual²⁷⁴. La finalidad de la norma y el bien protegido con la misma —la actividad representativa— permite justificar tal naturaleza.

Las consideraciones anteriores no obstan a que por convenio colectivo se puedan establecer otras preferencias adicionales en favor de distintos colectivos, eso sí, siempre que se respete la de los repre-

²⁷² El cambio de criterio se inicia con la STS, en UD, de 21 de enero de 1997, Ar./622. A partir de ahí, se consolida a través de numerosas sentencias posteriores: SSTS de 29 de enero de 1997, Ar./643; de 6 de febrero de 1997, Ar./996; de 14 de febrero de 1996, Ar./1349; de 28 de febrero de 1997, Ar./1610; de 26 de febrero de 1997, Ar./1889; de 23 de mayo de 1997, Ar./4421; de 8 de julio de 1997, Ar./5566.

²⁷³ STS de 28 de enero de 1997, Ar./907.

²⁷⁴ VALLE MUÑOZ, F. A. (1999), «La prioridad de permanencia del representante unitario y del representante sindical en la empresa», *Tribuna Social*, núm. 102, pág. 10.

sentantes de los trabajadores²⁷⁵. La justificación parece sencilla, pues si resulta posible acordar los criterios de selección durante el período de consultas —como se deduce del hecho de que tales criterios formen parte de la información a suministrar y del objeto de las negociaciones—, también debe ser posible negociarlos con carácter previo a que se produzca la extinción.

4. Junto a los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, el artículo 51 E.T. se refiere también a la necesidad de seguir el expediente administrativo en los supuestos de extinciones derivadas, por un lado, de la quiebra de la empresa, cuando hay una decisión judicial o de los síndicos de no continuar la actividad (51.10) y, por otro, de eventos constitutivos de fuerza mayor (51.12). Las consideraciones hasta ahora vertidas sobre la naturaleza de los restantes apartados del artículo 51 E.T. son trasladables, *mutatis mutandi*, a éstos. Por su parte, las remisiones que en relación con la venta judicial de la empresa efectúa el 51.11 E.T. al artículo 44 E.T., cuando hay continuidad de la actividad empresarial y al procedimiento de regulación de empleo en caso contrario, son absolutamente imperativas, indisponibles por convenio colectivo o contrato de trabajo.

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

- a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.
- b) Por 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. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite

²⁷⁵ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 275; APARICIO TOVAR, J. (1995), «El despido de los representantes de los trabajadores y del afiliado al sindicato», en APARICIO TOVAR, J.; BAYLOS GRAU, A. (Eds.), *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, *Ibidem*, pág. 188; GORELLI HERNÁNDEZ, J. (1997), «Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva)», *Relaciones Laborales*, núm. 17, pág. 42; RIERA VAYREDA, C. (1999), «La selección de los trabajadores en supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», *Tribuna Social*, núm. 106, pág. 15.

para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, 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 períodos de tiempo.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

Calificación jurídica

El listado de causas que permiten el recurso al despido por circunstancias objetivas constituye una norma de derecho necesario ab-

*soluta o absolutamente imperativa*²⁷⁶, por tanto, inmodificable vía convenio colectivo o contrato individual.

*La afirmación de partida sobre el carácter imperativo del artículo 52 E.T. no impide que el convenio colectivo pueda ayudar a perfilar mejor el significado de tales causas o, en otras palabras, a concretarlas. Así lo ha entendido un importante sector de la doctrina científica*²⁷⁷.

*Probablemente, en este punto, la cuestión de mayor interés estriba en determinar si el convenio colectivo puede especificar el significado de lo que deba entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. El debate ya se ha analizado al tratar el artículo 51 E.T. y, por tanto, basta ahora remitirse a dicho punto. En todo caso, resulta interesante recordar el argumento ofrecido por la doctrina para defender dicha posibilidad: si tradicionalmente se ha reconocido que el convenio colectivo puede concretar las causas del despido disciplinario, como una ejecución de la potestad de fijar faltas y sanciones laborales conferida a dicho instrumento normativo por el artículo 58 E.T., no se encuentra razón alguna por la que la autonomía colectiva no pueda hacer lo propio respecto otras causas extintivas como, por ejemplo, las del artículo 52 E.T.*²⁷⁸.

El mismo argumento de paralelismo con el despido disciplinario podría ser utilizado para excluir la intervención de la autonomía individual en esta labor de especificación del sentido de las causas objetivas: si en el terreno disciplinario tal intervención está excluida, lo mismo debería suceder en el ámbito de las extinciones objetivas. A esta opinión se le podría objetar que, a diferencia de lo que sucede en la materia disciplinaria, en el espacio ocupado por el artículo 52 E.T. no existe ninguna reserva expresa en favor de la negociación colectiva excluyente de la autonomía individual. De hecho, algún sector de la doctrina científica no ha mostrado reparos a la hora de aceptar

²⁷⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 82.

²⁷⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 92, con expresa referencia a la concreción del significado de la ineptitud; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 27; BAYLOS GRAU, A. (1998), «Nuevas impresiones sobre la regulación de los despidos objetivos en la reforma laboral de 1997», *Actualidad Laboral*, núm. 4, págs. 40-41; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), «La regulación extintiva de las causas objetivas y colectivas de reestructuración empresarial en la práctica convencional», *Tribuna Social*, núm. 111, págs. 17 y ss., estos últimos respecto las causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción.

²⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 27.

que el contrato de trabajo tenga idénticas facultades de concretar las causas de extinción objetivas que las reconocidas al convenio colectivo ²⁷⁹.

Ya al margen de dicha labor de concreción, el plazo de dos meses reconocido en el artículo 52.b) E.T. para posibilitar la adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo podría ser ampliado por convenio, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario; igualmente, en relación con el curso de adaptación a que se refiere el mismo precepto, el convenio colectivo o el contrato de trabajo podrían configurarlo como obligatorio ²⁸⁰. Si esto es así, la técnica empleada en estas concretas previsiones es la del mínimo de derecho necesario, mejorable por la autonomía colectiva o individual.

Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52.c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

- c) Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computando desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

²⁷⁹ DEL REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), «Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997», *Actualidad Laboral-II*, pág. 367.

²⁸⁰ ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS *et alri*, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 718-719.

2. Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Calificación jurídica

*Las previsiones contenidas en los apartados uno y dos del artículo 53 E.T., relativas a los requisitos procedimentales que deben acompañar a los despidos objetivos, tienen la naturaleza de normas de derecho necesario relativo, mejorables en beneficio del trabajador por la autonomía colectiva e individual*²⁸¹.

*De este modo, no cabrá eliminar la exigencia de entregar una comunicación escrita al trabajador, la obligación de indemnizarle con veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, el cumplimiento del preaviso de treinta días, ni privarle durante el mismo de la licencia semanal de seis horas retribuidas para la búsqueda de un nuevo empleo*²⁸².

*Por el contrario, será posible establecer requisitos procedimentales adicionales a los establecidos en el texto estatutario, en especial, en los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción*²⁸³. *De hecho, el propio artículo 85.2 E.T. se refiere a la*

²⁸¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, págs. 83-84; CORTE HEREDERO, N. (1996), «Forma y efectos del despido por causas objetivas», en AA.VV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor A. Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, SPFD, pág. 186; RIERA VAYREDA, C. (1999), *El despido nulo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 231; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), «La regulación extintiva de las causas objetivas y colectivas de reestructuración empresarial en la práctica convencional», *Tribuna Social*, núm. 111, pág. 19. En sentido distinto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 26, entiende que se trata de una norma imperativa, de forma que el convenio tan sólo puede desplegar una función de desarrollo o concreción, en modo alguno de sustitución. Para ello se basa en la ausencia de una habilitación expresa como la que se contiene en el artículo 55 E.T. en relación con el despido disciplinario. Sin embargo, tal argumento no parece definitivo, pues en dicho ámbito no ha existido siempre una habilitación expresa y, a pesar de ello, no se ha dudado de la posibilidad de fijar garantías procedimentales adicionales; por otro lado, por lo que respecta a los despidos objetivos, tal acción podría entenderse amparada por lo dispuesto en el artículo 85.2 E.T.

²⁸² DEL REY GUANTER, S.; SERRANO OLIVARES, R. (1998), «Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997», *Actualidad Laboral-II*, pág. 368.

²⁸³ MOLERO MANGLANO, C. (1995), «La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) E.T.», *Actualidad Laboral*, núm. 27, pág. 456; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, págs. 83-84; BAYLOS GRAU, A. (1998), «Nuevas impresiones

posibilidad de que la negociación colectiva establezca procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos. Igualmente, cabrá incrementar la duración del preaviso, el número de horas retribuidas disponibles semanalmente para la búsqueda de nueva ocupación o la cuantía indemnizatoria²⁸⁴.

En relación con este último aspecto, deben tenerse en cuenta las matizaciones que en su momento se efectuaron respecto la indemnización prevista para los despidos colectivos, esto es, su carácter de mínimo de derecho necesario compensable, pues las mismas resultan trasladables a esta sede. Ello es así, claramente, en el supuesto de las extinciones ex artículo 52.c) E.T., en relación con las cuales cabe predicar el carácter de mínimo de derecho necesario compensable de la indemnización de veinte días por año de servicio. Pero también se puede sostener lo mismo en el caso de las causas previstas en las letras a) y b), donde se podría compensar la indemnización legal con una movilidad funcional del trabajador, siempre que ello no obligara a la empresa a crear una vacante inexistente.

3. Contra la decisión extintiva se podrá recurrir como si se tratara de despido disciplinario.

Calificación jurídica

El reconocimiento de la acción para impugnar el despido que se contiene en el artículo 53.3 E.T., dado su carácter procesal, es claramente una norma de orden público, inmodificable por contrato de trabajo o convenio colectivo²⁸⁵.

sobre la regulación de los despidos objetivos en la reforma laboral de 1997», *Actualidad Laboral*, núm. 4, pág. 41; RIERA VAYREDA, (1999), *op. cit.*, pág. 231; SELLAS I BENVINGUT, R. (2000), *op. cit.*, pág. 19.

²⁸⁴ Entre otros muchos, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 84; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), *op. cit.*, pág. 24; RIERA VAYREDA, (1999), *op. cit.*, pág. 245.

²⁸⁵ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. *et altri*, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 695, en relación con la acción para impugnar el despido disciplinario. Por otra parte, la misma naturaleza atribuye BLASCO PELLICER, A. (2000), *El régimen procesal del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 22, al plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, con apoyo en la STC 201/1992, de 19 de noviembre. La afirmación de que las normas procesales son de orden público, en CAMPS RUIZ, L. M. (1981), «Comentario al artículo 3», en ALBIOL MONTESINOS, I. *et altri*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 46; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 266; FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 46. En el mismo sentido, cfr. la STSJ La Rioja de 18 de enero de 1995, Ar./2.

4. Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviese como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

Calificación jurídica

*Por su parte, el apartado cuarto del artículo 53 E.T., en cuanto regula la calificación judicial del despido objetivo, es una norma absolutamente imperativa o de derecho necesario absoluto, inmodificable por convenio colectivo o contrato de trabajo*²⁸⁶. *Y es que, nuevamente, nos encontramos con una norma de contenido procesal y, por tanto, de orden público.*

²⁸⁶ CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA MURCIA, J. (1983), «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», *Revista de Política Social*, núm. 137, pág. 528, o ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 96, quien destaca la ilegalidad de alterar las paredes de la calificación del despido como nulo o improcedente.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización.

Calificación jurídica

En fin, algo parecido a lo señalado en el apartado cuarto se puede decir del apartado quinto, donde se regulan los efectos derivados de la calificación judicial, regulación que se efectúa mediante la técnica de la remisión a los efectos del despido disciplinario y el establecimiento de ciertas peculiaridades.

En el primer aspecto, es obvio que dicha remisión parcial a las normas reguladoras del despido disciplinario, en cuanto incide en el contenido de la sentencia que puede recaer en el proceso de despido, tiene un alcance procesal y, por tanto, su naturaleza es absolutamente imperativa o de orden público. Por otra parte, la naturaleza de tales efectos comunes será tratada más adelante, al abordar el análisis de los artículos 55 y 56 E.T.

En cuanto a los efectos «específicos» del despido objetivo previstos en el artículo 53 —consolidación de la indemnización y consideración de situación de desempleo involuntario en el caso de despido procedente; devolver o completar la indemnización, según se opte por la readmisión o la ruptura del vínculo, en el caso de la declaración de despido improcedente— se trata de normas absolutamente imperativas y, por tanto, no modificables vía convenio colectivo o contrato de trabajo. Ello no impide que, teniendo en cuenta el carácter mejorable de la cuantía indemnizatoria, indirectamente se pueda incidir en esta materia en beneficio del trabajador.

Artículo 54. Despido disciplinario

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten gravemente en el trabajo.

Calificación jurídica

*El artículo 54 E.T., en cuanto delimita las conductas del trabajador que pueden ser sancionadas con el despido disciplinario, constituye una norma de derecho imperativo absoluto, inmodificable por convenio colectivo o contrato de trabajo. De este modo, no será posible alterar la exigencia de que, como presupuesto del despido, haya habido un incumplimiento contractual por parte del trabajador que además sea grave y culpable, ni tampoco eliminar la facultad disciplinaria*²⁸⁷ —cuestión distinta sería la renuncia a su ejercicio en un momento determinado.

*En cuanto al listado de comportamientos previstos en el párrafo segundo, puede decirse lo mismo*²⁸⁸. Ahora bien, téngase en cuenta que el convenio colectivo juega un papel indirecto mediante la delimitación de las conductas sancionables, facultad conferida por el artículo 58 E.T.²⁸⁹. De este modo, como ha destacado la doctrina científica²⁹⁰ y entendido el Tribunal Supremo²⁹¹, se instaura una im-

²⁸⁷ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1997), *Derecho del Trabajo*, XV edición revisada, Madrid, Civitas, pág. 439.

²⁸⁸ En sentido parecido, cfr. MONTOYA MELGAR, A. (1997), *Derecho del Trabajo*, 18.^a edición, Madrid, Tecnos, pág. 465 quien destaca el hecho de que los convenios colectivos no pueden ampliar el número de causas de despido disciplinario, debiendo quedar su labor limitada a la concreción o especificación de las mismas.

²⁸⁹ En sentido parecido, CRUZ VILLALÓN, J.; GARCÍA MURCIA, J. (1983), «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», *Revista de Política Social*, núm. 137, págs. 521-522.

²⁹⁰ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, págs. 273-274; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 84; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproxima-

*portante relación de complementariedad en la que el convenio colectivo podrá concretar los motivos determinantes del despido disciplinario, por ejemplo, especificando el número de faltas de asistencia y/o puntualidad que deben concurrir para considerar la conducta del trabajador muy grave y, por tanto, merecedora de la extinción*²⁹² o, siempre en vía de ejemplo, concretando cuál es el rendimiento normal.

Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario

1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

Calificación jurídica

*En cuanto a la forma del despido disciplinario, las exigencias del artículo 55.1 E.T. deben considerarse como mínimos de derecho necesario, mejorables por la autonomía colectiva e individual. En este sentido se ha pronunciado mayoritariamente la doctrina científica*²⁹³

ción al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 27; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.ª edición, Madrid, Tecnos, pág. 707; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.ª E. (1997), *op. cit.*, pág. 439; MONTOYA MELGAR, A. (1997), *op. cit.*, pág. 465; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. *et alri*, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 680; ORTIZ LALLANA, M.ª C. (2000), «Causas, forma y efectos del despido disciplinario», *Revista Española de Derecho del Trabajo. Edición especial del núm. 100. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Madrid, Civitas, pág. 1125.

²⁹¹ SSTS de 12 de noviembre de 1985, Ar./5763 y de 27 de marzo de 1990, Ar./2349.

²⁹² Al respecto, cfr., por ejemplo, las SSTS de 2 de julio de 1987, Ar./5060 y de 27 de marzo de 1990, Ar./2349.

²⁹³ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 274; FUENTES RODRÍGUEZ, M.ª F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 81-82; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV.,

y judicial²⁹⁴. De hecho, desde la reforma del mercado de trabajo operada en 1994, el propio precepto admite de forma expresa que el convenio colectivo establezca «otras exigencias formales para el despido», algo que ya se había aceptado anteriormente por los tribunales²⁹⁵ con el beneplácito doctrinal²⁹⁶. Así, se pueden fijar requisitos procedimentales adicionales a los establecidos por el E.T.²⁹⁷.

2. Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.

Calificación jurídica

El plazo de veinte días que el apartado segundo del artículo 55 E.T. habilita para que el empresario deje sin efectos el despido efectuado de un modo formalmente incorrecto y pueda volver a despedir al trabajador ha sido interpretado por la doctrina científica²⁹⁸ y judicial²⁹⁹ como una norma perteneciente al orden público laboral y, por

*La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, MTSS, pág. 95; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. et altri, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 688; BLASCO PELLICER, A. (2000), *El régimen procesal del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 82; ORTIZ LALLANA, M.^a C. (2000), «Causas, forma y efectos del despido disciplinario», *Revista Española de Derecho del Trabajo. Edición especial del núm. 100. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, Madrid, Civitas, pág. 1141.*

²⁹⁴ STS de 3 de junio de 1988, Ar./5211; STSJ Madrid de 10 de octubre de 1996, Ar./3066; STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1999, Ar./1110.

²⁹⁵ Entre otras, SSTS de 3 de junio de 1988, Ar./5211 y de 7 de febrero de 1989, Ar./697.

²⁹⁶ Así, por ejemplo, ALBIOL MONTESINOS, I. (1990), *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, pág. 75, o SALA FRANCO, T. (1992), «La denominada “carta de despido”», en CARMONA POZAS et altri, *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2.^a edición, Madrid, ACARL, págs. 401-402.

²⁹⁷ GARCÍA PERROTE, I. (1987), *op. cit.*, pág. 274; FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *op. cit.*, págs. 81-82; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 95; MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J. (1997), *Derecho del Trabajo*, 6.^a edición, Madrid, Tecnos, págs. 711-712; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), *op. cit.*, pág. 688; BLASCO PELLICER, A. (2000), *op. cit.*, pág. 82. En sede judicial, cfr. la STS de 3 de junio de 1988, Ar./5211 o la STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1999, Ar./1110.

²⁹⁸ BLASCO PELLICER, A. (2000), *op. cit.*, pág. 82.

²⁹⁹ STSJ Asturias de 27 de octubre de 1995, Ar./3643.

tanto, absolutamente imperativa e inmodificable para la autonomía colectiva e individual. Tal interpretación resulta plenamente comparable, teniendo en cuenta las implicaciones procesales de la norma comentada y su conexión con el artículo 59.3 E.T., precepto que pertenece sin duda alguna al orden público.

3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.
4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo.
5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

Calificación jurídica

*Por su parte, los apartados relativos a la calificación judicial del despido (55.3, 55.4, 55.5 E.T.) deben ser considerados de orden público y, por tanto, de derecho necesario absoluto o absolutamente imperativos, vedados a la acción reguladora del convenio colectivo y contrato de trabajo*³⁰⁰. *En efecto, se trata de previsiones encamina-*

³⁰⁰ En sentido parecido, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 96, quien destaca la ilegalidad del pacto que alterase las pautas de la calificación judicial del despido como procedente, improcedente o nulo.

das a dirigir la labor judicial³⁰¹ y, en consecuencia, escapan del ámbito de disposición permitido a la autonomía colectiva e individual.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Calificación jurídica

Los efectos anudados a los despidos nulos y procedentes a que se refieren los apartados seis y siete del artículo 55 E.T., desde su consideración como normas que predeterminan el contenido de la sentencia que declare el despido como procedente o nulo, tienen el carácter de normas «procesales», dirigidas al juez y, por tanto, de orden público (absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto).

En todo caso, debe hacerse una pequeña matización. Mayoritariamente doctrina y tribunales se muestran conformes a la hora de aceptar que la indemnización por despido improcedente es mejorable vía convenio colectivo o contrato de trabajo. Pues bien, si esto es así, también debe resultar posible que el convenio colectivo e, incluso, el contrato de trabajo, fijen un resarcimiento económico, adicional a la obligación de readmisión, para los trabajadores cuyo despido sea declarado nulo.

Artículo 56. Despido improcedente

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes cantidades económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

a) Una indemnización de 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.

b) Una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo si tal colo-

³⁰¹ De mandatos cuasi procesales hablan MONTROYA MELGAR, A. *et altri* (1995), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona, Aranzadi, pág. 278, y ORTIZ LALLANA, M.^a C. (2000), *op. cit.*, pág. 1151.

cación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

El empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior.

Calificación jurídica

La naturaleza jurídica del apartado primero el artículo 56 E.T. debe ser analizada distinguiendo los diferentes mandatos que en el mismo se contienen.

Así, en primer lugar, el precepto reconoce al empresario la facultad de optar entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con el máximo de cuarenta y dos mensualidades. Pues bien, la doctrina científica se ha mostrado dividida a la hora de aceptar que la autonomía colectiva o, en su caso, individual, pueda modificar la titularidad del ejercicio de la opción —reconociéndola en favor del trabajador— o imponer la readmisión como consecuencia obligatoria³⁰². Por su parte, los tribunales han aceptado tales cláusulas sin reparos³⁰³. En este sentido, resulta especialmente significativa la STS, dictada en unificación de doctrina, de 11 de marzo de 1997, Ar./2313, según la cual el artículo 56.1, en este punto, «tiene carácter de derecho necesario relativo, que, como tal, puede ser mejorado por la autonomía colectiva. El carácter de derecho necesario absoluto que le atribuye la parte recurrente no puede aceptarse. En primer lugar, porque no se trata de normas procesales, sino de reglas de carácter sustantivo, en la medida que recogen la obligación alternativa que se impone al empresario como consecuencia de la declaración de im-

³⁰² A favor, se han manifestado, GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 275; ALBIOL MONTESINOS, I. (1999), en ALBIOL MONTESINOS, I. *et altri*, *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 701; BLASCO PELLICER, A. (2000), *El régimen procesal del despido*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 102. En contra de esta posibilidad, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), «Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva», en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva. IX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, MTSS, pág. 96.

³⁰³ Claramente, STS, en UD, de 20 de marzo de 1997, Ar./2313 y STSJ Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 1997, Ar./4888. En la misma línea parecen estar las SSTs de 12 de julio de 1994, Ar./7156 y de 24 de noviembre de 1995, Ar./8765 y los AATS de 8 de noviembre de 1996, Ar./8412 y de 16 de junio de 1998, Ar./8543, si bien la cláusula no resultaba aplicable en los casos enjuiciados por tratarse de contratos temporales.

procedencia del despido, aunque tal obligación, que se establece en una disposición formalmente sustantiva como el Estatuto de los Trabajadores, haya sido también incorporada a otro texto de carácter procesal (el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Laboral). En segundo lugar, porque la disponibilidad de la opción se deriva además claramente del propio contenido de la norma estatal, ya que si el empresario en el plano individual puede optar por cualquiera de los términos de la opción es claro que también puede hacerlo a través de la autonomía colectiva». A estos argumentos, se podría añadir otro adicional para aceptar la posible incidencia de la autonomía colectiva o individual en este terreno: el hecho de que el ejercicio de la opción no sea obligatorio para el empresario, como se deduce de los términos empleados por el artículo 56.3 E.T., cuando dispone que en el caso de que el empresario no manifieste nada, se entenderá que procede la readmisión.

En segundo lugar, respecto la cuantía indemnizatoria, resulta casi pacífico para la doctrina científica³⁰⁴ y judicial³⁰⁵ el entendimiento de que se trata de un mínimo de derecho necesario, mejorable en beneficio del trabajador por convenio colectivo o contrato de trabajo. Esta conclusión tiene su apoyo en el propio texto estatutario, en concreto, en el artículo 32.3, cuando, al delimitar los créditos que gozan de ciertas preferencias, se refiere a las indemnizaciones por despido «en la cuantía correspondiente al mínimo legal».

En tercer lugar, las previsiones relativas a la obligación de abonar salarios de tramitación tanto en el caso de que se opte por la extinción como en el de que la opción sea el pago de la indemnización constituyen normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables, por tanto, vía convenio colectivo o contrato de trabajo.

Lo mismo se puede decir, finalmente, respecto la necesidad de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación. La materia im-

³⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. (1990), *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, Deusto, pág. 113 y (1999), *op. cit.*, pág. 706; BLASCO PELLICER, A. (1995), *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, CES, págs. 186-187 y (2000), *op. cit.*, págs. 104 y 109; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1996), *op. cit.*, pág. 84; ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1997), *Derecho del Trabajo*, XV edición revisada, Madrid, Civitas, págs. 454-455; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F. (1997), «Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 21, pág. 24. En sentido contrario, MONTROYA MELGAR, A. (1992), «El despido improcedente y sus efectos», en CARMONA POZAS *et alrri*, *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2.^a edición, Madrid, ACARL, pág. 534.

³⁰⁵ SSTs de 15 de febrero de 1990, Ar./1094 y de 9 de abril de 1990, Ar./3438, y STSJ Castilla-La Mancha de 11 de junio de 1999, Ar./2297.

*plicada —las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social— es claramente de orden público*³⁰⁶, lo que justifica plenamente la exclusión de la autonomía colectiva e individual.

2. En el supuesto de que la opción entre la readmisión o indemnización correspondiera al empresario, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera la improcedencia del despido y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

Calificación jurídica

Los límites impuestos por el apartado segundo del artículo 56 E.T. a la percepción de salarios de tramitación por el trabajador tienen un carácter absolutamente imperativo o de derecho necesario absoluto en consonancia con la naturaleza atribuida a tales salarios. Por tanto, la intervención de la autonomía colectiva e individual está excluida en este apartado.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

Calificación jurídica

Se trata de una norma absolutamente imperativa, inmodificable por convenio colectivo o contrato de trabajo.

4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión ésta será obligada.

³⁰⁶ STC 186/1994, de 20 de junio. En la doctrina, CAMPS RUIZ, L. M. (1981), «Comentario al artículo 3», en ALBIOL MONTESINOS, I. *et alri*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 46; GARCÍA PERROTE, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, pág. 266; FUENTES RODRÍGUEZ, M.^a F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 46.

Calificación jurídica

El reconocimiento de la titularidad para optar entre la readmisión o la percepción de una indemnización en favor del trabajador cuando éste ostente la cualidad de ser representante unitario o delegado sindical establecida en el apartado cuarto del artículo 56 E.T. tiene naturaleza absolutamente imperativa. La finalidad perseguida por la norma —la protección de la actividad representativa— justifica la exclusión de la intervención de la autonomía individual o colectiva.

Artículo 57. Pago por el Estado

1. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 del artículo 56 satisfecha al trabajador, correspondiente al tiempo que exceda de dichos sesenta días.

2. En los casos de despido en que, con arreglo al presente artículo, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.

Calificación jurídica

Todo el precepto constituye derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

CAPÍTULO IV

Faltas y sanciones de los trabajadores

Artículo 58. Faltas y sanciones de los trabajadores

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

Calificación jurídica

Nos encontramos ante una previsión legal que encierra dos cuestiones distintas: una primera que podría calificarse como derecho necesario absoluto según la que la dirección de la empresa tendría atribuido el poder disciplinario, esto es la posibilidad de sancionar incumplimientos laborales de los trabajadores. Parece evidente que

tal poder disciplinario no podría ser dejado sin efecto ni por la negociación colectiva ni por la autonomía individual. La segunda cuestión es la relativa al modo o forma en que dicho poder disciplinario puede ser ejercitado que la ley refiere a la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable, permitiendo, de este modo, que la autonomía colectiva sea cauce del ejercicio del poder disciplinario. Algo que permite a la autonomía individual.

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

3. 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.

Calificación jurídica

Casi todos los mandatos contenidos en los apartados anteriores constituyen derecho necesario absoluto y son, por tanto, inmodificables por la autonomía colectiva y por la individual. Únicamente, los requisitos para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves constituyen un mínimo de derecho necesario de forma que el convenio colectivo y, en su caso, el contrato podrían establecer, además, otros requisitos adicionales.

CAPÍTULO V

Plazos de prescripción

SECCIÓN PRIMERA

Prescripción de acciones derivadas del contrato

Artículo 59. Prescripción y caducidad

1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

A estos efectos, se considerará terminado el contrato:

a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo.

b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.

2. Si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.

3. El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.

El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente.

4. Lo previsto en el apartado anterior será de aplicación a las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo. El plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas.

Calificación jurídica

Todo el precepto constituye derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

SECCIÓN SEGUNDA

Prescripción de las infracciones y faltas

Artículo 60. Prescripción

1. Las infracciones cometidas por el empresario prescribirán a los tres años, salvo en materia de Seguridad Social.

Calificación jurídica

Esta previsión constituye derecho necesario absoluto y, por ello, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

2. Respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

La inteligencia del precepto permite, en principio, una doble posibilidad: bien considerar que los plazos de prescripción de las faltas de los trabajadores son cuestión de orden público, en cuyo caso constituirían derecho necesario absoluto; bien considerar que la prescripción es susceptible de ser negociada, renunciando a la ganada o estableciendo plazos más breves, supuesto en el que estaríamos en presencia de norma de derecho necesario relativo que establece mínimos.

La doctrina³⁰⁷ se ha inclinado por esta última posibilidad. En efecto, hay coincidencia en que el establecimiento de plazos inferiores de prescripción es más favorable para el trabajador, por lo que, atendiendo al carácter de mínimo de la regulación legal que examinamos, cabría la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran establecer plazos de prescripción más cortos. Y aunque pueda parecer desubicado, la lógica de la naturaleza de la norma implica atribuir la misma posibilidad a la autonomía individual.

³⁰⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.^a *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 289. CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *El régimen disciplinario en la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 249.

TÍTULO II
DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Y DE REUNIÓN DE LOS TRABAJADORES
EN LA EMPRESA

Los preceptos que a continuación se analizan son de alcance exclusivamente colectivo —relativos a la representación unitaria en la empresa—, por lo que se abordarán únicamente las posibilidades de regulación de la autonomía colectiva.

CAPÍTULO I
Del derecho de representación colectiva

Artículo 61. Participación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

SECCIÓN PRIMERA
Órganos de representación

Artículo 62. Delegados de personal

1. La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.

Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo, a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta 30 trabajadores, uno; de 31 a 49, tres.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual. En efecto, la norma que fija el número legal de los representantes elegibles «es de carácter imperativo, siendo nulos los pactos o acuerdos que las contradigan» (STCT de 16 de diciembre de 1980, Ar/ 6774).

2. Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa. Los delegados de personal observarán las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el artículo 65 de esta Ley.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto que incluye una doble previsión de diferente naturaleza jurídica.

En primer lugar, en relación con el criterio de funcionamiento a que hace referencia el precepto —criterio que inicialmente podría parecer de carácter imperativo— la doctrina judicial viene a señalar que los delegados de personal deben «actuar conjuntamente y de común acuerdo, pero adoptando la decisión por el sistema de mayorías» (STSJ de Madrid, de 24 de febrero de 1994, Ar/877). De acuerdo con esto, dado que el precepto se refiere al propio funcionamiento de la representación, parece que podría considerarse que no se trata, sino de una norma de carácter dispositivo para la propia representación unitaria.

En segundo lugar, respecto de la referencia a la equiparación competencial entre los delegados de personal y los miembros del comité de empresa y la obligación de observar aquellos las normas sobre sigilo profesional, la norma introduce una previsión de carácter absolutamente imperativo, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

Artículo 63. Comités de empresa

1. El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la

defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo y de necesario respeto por el contrato individual.

2. En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, «una norma de derecho necesario e indisponible para las partes» (SJS n.º 9 de Valencia, de 12 de noviembre de 1990³⁰⁸).

Como ha señalado Cruz Villalón³⁰⁹, el art. 63.2 del E.T. impone obligatoriamente el agrupamiento en un comité conjunto y no se trata de una mera posibilidad en manos de la empresa.

3. Sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros con un máximo de trece miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro.

En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.

Tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación.

³⁰⁸ Véase, BLASCO PELLICER, C., *El nuevo procedimiento de «elecciones sindicales»: aspectos críticos*, Valencia, 1995, Tirant lo Blanch, pág. 31, nota 35. También hace referencia a la SMT núm. 1 de Madrid de, de 11 de noviembre de 1986, que señala «nos hallamos en la presencia del supuesto contemplado en el art. 63.2 del E.T., con arreglo al cual deberá constituirse un comité conjunto para aquellos centros de trabajo con menos de 50 trabajadores cada uno, siendo imperativo el término empleado y por tanto nulo todo el acto que se le oponga».

³⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J., «El desarrollo del proceso electoral sindical a través de las resoluciones judiciales», *TL*, núms. 10 y 11, 1987.

Calificación jurídica

La calificación de este precepto resulta compleja dado el diferente alcance de las distintas previsiones que el mismo contiene, «el precepto estatutario condiciona la existencia del Comité Intercentros a la voluntad de los negociadores reflejada en el convenio colectivo, a cuya discrecional voluntad quedan tanto la constitución como el funcionamiento, con ciertos límites, tales como el número de sus componentes, que no pueden exceder de trece, y que la designación de las personas se hará entre los componentes de los distintos comités de centro, guardando la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales globalmente considerados» (SAN de 10 de junio de 1995, Ar/3688).

En primer lugar, en relación con la constitución del comité intercentros, nos encontramos ante una norma sin contenido regulador —deslegalizadora— que deja esta función en manos la negociación colectiva³¹⁰. Así, «mientras el comité de empresa es una creación de la Ley, el intercentros es creación del convenio colectivo» (STS de 12 de diciembre de 1990, Ar/9776). En este sentido, señalan Rodríguez Piñero y Del Rey Guanter³¹¹ que es éste uno de los muy escasos preceptos en los que el E.T. concede un espacio efectivo a la autonomía colectiva en la regulación de la materia de representación en la empresa. Para García-Perrote Escartín³¹², el precepto respecto a la creación del Comité intercentro resulta un ejemplo de reenvío o remisión legal a la negociación colectiva, estableciéndose entre ambas fuentes una relación de complementariedad³¹³.

³¹⁰ Negociación, indica CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid, Trotta, 1992, pág. 86 y ss., de naturaleza estatutaria únicamente, dado el alcance derivado de la creación del comité intercentros tanto desde una perspectiva relativa a la disminución del protagonismo de otros interlocutores como la representación unitaria y las propias secciones sindicales, como desde el argumento centrado en la afectación a todos los sujetos a los que resulta de aplicación el convenio colectivo.

³¹¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y DEL REY GUANTER, S., «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley», en AA.VV., *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983, pág. 38.

³¹² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, 1987, pág. 248.

³¹³ En este sentido, también, CASAS BAAMONDE, M. E., «Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y negociación colectiva», *REDT*, núm. 13, 1983, pág. 51, que califica la relación entre la norma estatutaria y el convenio colectivo como internormativa de complementariedad articulada a través de la técnica del reenvío; y, CRUZ VILLALÓN (1992, pág. 84), que señala que ante todo, no es la norma estatal la que procede a constituir la institución, sino que se remite a lo que sobre el particular pueda negociarse vía convenio colectivo.

En segundo lugar, en relación con los miembros que compondrán el citado comité, las reglas fijadas para la designación de los miembros del comité deben considerarse como normas imperativas pero de alcance incompleto. En efecto, son, como ha señalado acertadamente Cruz Villalón³¹⁴, reglas básicas, necesitadas de complemento con la intervención posterior de la negociación colectiva.

De otro lado, respecto del número de componentes del comité, nos encontramos ante un máximo de derecho necesario, sólo disponible por el convenio colectivo en tanto no supere el máximo fijado por el precepto³¹⁵.

Finalmente, en relación con la constitución del comité el precepto incluye un tercer límite: la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales. Pues bien, «este último límite, que lo es de derecho necesario, presupone que el cómputo global debe tener en cuenta los resultados finales del proceso electoral —representantes designados— y no las consecuencias puntuales e individualizadas —número de votos—, salvo que el convenio disponga otra cosa, lo que como ya se dijo aquí no sucede, porque en el artículo 99 del Convenio Colectivo de empresa se reproduce en su práctica literalidad el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, al disponer que «se establece la creación de un Comité Intercentros formado por 13 mientras que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro de trabajo, proporcionalmente a los resultados obtenidos en las últimas elecciones sindicales», y de esa manera el pacto colectivo no introduce novedad alguna en la materia regulada por el Estatuto de los Trabajadores» (STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 1996, Ar/4252). De este modo, ha de considerarse que la regla de proporcionalidad de los sindicatos es una norma de carácter absolutamente imperativo —derecho necesario absoluto—. Ahora bien, a través de la negociación colectiva se puede adecuar esta regla a la constitución del comité intercentros, es decir, se reconoce cierta capacidad de la autonomía colectiva para adaptar mediante diversos sistemas la norma de la proporcionalidad³¹⁶.

En tercer lugar, en relación con las funciones a desempeñar por el comité intercentros, se trata de una norma sin contenido regulador —deslegalizadora—. La Ley deja en manos del convenio el establecimiento y determinación de las funciones a desempeñar por el comité.

³¹⁴ CRUZ VILLALÓN (1992, pág. 103).

³¹⁵ Así, como ha señalado GARCÍA PERROTE ESCARTÍN (1987, pág. 289), cuando en el mismo artículo se establece el número máximo de componentes se trata de una prescripción de derecho necesario absoluto, que juega respecto de la negociación colectiva como máximo de derecho necesario.

³¹⁶ CRUZ VILLALÓN (pág. 106 y ss.).

Artículo 64. Competencias

1. El comité de empresa tendrá las siguientes competencias:

1.º Recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

2.º Recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos, en el plazo de los diez días siguientes a que tuvieran lugar.

3.º Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, de los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos.

4.º Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre las siguientes cuestiones:

a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla.

b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones.

c) Planes de formación profesional de la empresa.

d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

e) Estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.

5.º Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del «status» jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.

6.º Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilizan en la empresa, así como de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.

7.º Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

8.º Conocer, trimestralmente al menos, las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermeda-

des profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

9.º Ejercer una labor:

a) De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

b) De vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley.

10.º Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares.

11.º Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos.

12.º Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este número uno en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

2. Los informes que deba emitir el comité a tenor de las competencias reconocidas en los apartados 4.º y 5.º del número 1 anterior, deben elaborarse en el plazo de quince días.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. El contenido del precepto legal podrá mejorarse en todo caso por convenio colectivo. En este sentido, como ha señalado el TS en su Sentencia de 2 de noviembre de 1999 (Ar/9108) el ejercicio de los derechos de información de los representantes «no deberá interferir más de lo que es necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar, por ende, los límites fijados por la Ley o por el convenio colectivo que puede ampliarlos —el E.T. no contiene un catálogo cerrado o numerus clausus— (...), sin que pueda exigir de la empresa un deber de información más extenso o intenso que los previstos en las normas laborales y convencionales».

Así pues, la autonomía colectiva puede ser la vía para proceder no sólo a una ampliación de las competencias conferidas a los representantes unitarios, sino también a la concreción de las fórmulas prácti-

cas de ejercicio de esas competencias. De este modo, el propio precepto realiza llamadas al convenio colectivo (como puede comprobarse en los apartados 10.º y 11.º) con la finalidad de que éste actúe como fuente complementaria de determinadas competencias reconocidas por el propio precepto ³¹⁷.

Artículo 65. Capacidad y sigilo profesional

1. Se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros.
2. Los miembros del comité de empresa, y éste en su conjunto, observarán sigilo profesional en todo lo referente a los párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del apartado 1 del artículo anterior, aun después de dejar de pertenecer al comité de empresa y en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado. En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, impone a los representantes de los trabajadores una obligación sobre la que no cabe negociación alguna en convenio colectivo y que deberá respetar en todo caso el contrato individual.

Artículo 66. Composición

1. El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala:
 - a) De cincuenta a cien trabajadores, cinco.
 - b) De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, nueve.
 - c) De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, trece.
 - d) De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, diecisiete.
 - e) De setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, veintiuno.
 - f) De mil en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de setenta y cinco.

³¹⁷ Indica CASAS BAAMONDE (1983, pág. 51) que la Ley introduce en este caso una relación internormativa de complementariedad articulada a través de la técnica del reenvío.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo. En efecto, como se señalaba más arriba en relación con los delegados de personal, las normas que fijan el número legal de los representantes elegibles es de carácter imperativo, siendo nulos los pactos o acuerdos que las contradigan (STCT de 16 de diciembre de 1980, Ar/ 6774).

2. Los comités de empresa o centro de trabajo elegirán de entre sus miembros un presidente y un secretario del comité, y elaborarán su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la Ley, remitiendo copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, y a la empresa.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de alcance imperativo, pero que impone un mandato dirigido exclusivamente a los comités de empresa. Es decir, no se refiere el precepto a la función representativa del comité sino a su propio funcionamiento interno. De este modo, de acuerdo con lo dispuesto por la norma, los comités deberán regular sus actuaciones procedimentales mediante la elaboración de un reglamento que asuma en todo caso lo dispuesto en la Ley.

Los comités deberán reunirse cada dos meses o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario— mejorable no sólo por convenio colectivo, que a nuestro juicio podría superar en todo caso este mínimo, sino también por el propio reglamento que elabore el propio comité de empresa, de acuerdo con lo señalado en relación con el anterior apartado del precepto.

Artículo 67. Promoción de elecciones y mandato electoral

1. Podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario. Los sindicatos con capacidad de promoción de elecciones tendrán derecho a acceder a los registros de las Administraciones

públicas que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores, en la medida necesaria para llevar a cabo tal promoción en sus respectivos ámbitos.

Los promotores comunicarán a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones con un plazo mínimo de, al menos, un mes de antelación al inicio del proceso electoral.

En dicha comunicación los promotores deberán identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de éste, que será la de constitución de la mesa electoral y que, en todo caso, no podrá comenzar antes de un mes ni más allá de tres meses contabilizados a partir del registro de la comunicación en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Esta oficina pública, dentro del siguiente día hábil, exhibirá en el tablón de anuncios los preavisos presentados, facilitando copia de los mismos a los sindicatos que así lo soliciten.

Sólo previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos de conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, podrá promoverse la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales.

Dichos acuerdos deberán comunicarse a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para su depósito y publicidad.

Cuando se promuevan elecciones para renovar la representación por conclusión de la duración del mandato, tal promoción sólo podrá efectuarse a partir de la fecha en que falten tres meses para el vencimiento del mandato.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador de la promoción electoral es una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, salvo que como ocurre en el supuesto del párrafo siguiente, se haga referencia expresa al convenio colectivo como fuente complementaria de regulación de alguna cuestión.

Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Calificación jurídica

En relación con la promoción de elecciones parciales se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta innegociable por convenio.

*Respecto del tratamiento del ajuste del número de representantes a la disminución de plantilla, hay que señalar que se trata de una norma sin contenido regulador —deslegalizadora— que deja en manos de la autonomía colectiva el tratamiento del ajuste del número de representantes a la disminución de plantilla. De este modo, se debe considerar que si la autonomía colectiva no entra a resolver esta cuestión, no quedará resuelta*³¹⁸.

2. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en este artículo para la promoción de elecciones determinará la falta de validez del correspondiente proceso electoral; ello no obstante, la omisión de la comunicación a la empresa podrá suplirse por medio del traslado a la misma de una copia de la comunicación presentada a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, siempre que ésta se produzca con una anterioridad mínima de veinte días respecto de la fecha de iniciación del proceso electoral fijado en el escrito de promoción.

La renuncia a la promoción con posterioridad a la comunicación de la oficina pública dependiente de la autoridad laboral no impedirá el desarrollo del proceso electoral, siempre que se cumplan todos los requisitos que permitan la validez del mismo.

En caso de concurrencia de promotores para la realización de elecciones en una empresa o centro de trabajo se considerará válida, a efectos de iniciación del proceso electoral, la primera convocatoria registrada, excepto en los supuestos en los que la mayoría sindical de la empresa o centro de trabajo con comité de empresa hayan presentado otra fecha distinta, en cuyo caso prevalecerá esta última, siempre y cuando dichas convocatorias cumplan con los requisitos establecidos. En este último supuesto la promoción deberá acompañarse de una comunicación fehaciente de dicha promoción de elecciones a los que hubieran realizado otra u otras con anterioridad.

3. La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones.

³¹⁸ Sobre esta cuestión, véase, BLASCO PELLICER (1995, pág. 59).

Solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. No obstante, esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por los menos, seis meses.

4. En el caso de producirse vacante por cualquier causa en los comités de empresa o de centros de trabajo, aquélla se cubrirá automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. Cuando la vacante se refiera a los delegados de personal, se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto lo será por el tiempo que reste del mandato.

5. Las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones de mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose asimismo en el tablón de anuncios.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador de la promoción electoral es una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 68. Garantías

Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías:

- a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.
- b) Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.
- c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido

en el artículo 54. Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.

e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: delegados de personal o miembros del comité de empresa:

- 1.º Hasta cien trabajadores, quince horas.
- 2.º De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.
- 3.º De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.
- 4.º De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.
- 5.º De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario— cuyo contenido podrá ser mejorado en todo caso por convenio colectivo, tal y como puntualiza el propio precepto con la expresión a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, que como ha señalado Casas Baamonde³¹⁹, ha de ser interpretada como declaración que no integra una «estructura normativa dispositiva derogable in peius por la voluntad convencional colectiva. La salvedad se refiere, por el contrario, a las normas convencionales colectivas más favorables a partir de una estructura legal prohibitiva en términos mínimos».

En este sentido, como también se consideró en relación con las competencias conferidas a los representantes unitarios, la autonomía colectiva podrá actuar bien ampliando —introduciendo otras nue-

³¹⁹ CASAS BAAMONDE (1983, pág. 50).

vas— las garantías de los mismos, bien mejorando las que prevé el propio precepto: «Es claro que el art. 68 del Estatuto señala un conjunto de garantías mínimas, que pueden ser mejoradas y completadas en la negociación colectiva» (STS de 24 de enero de 1990, Ar/206).

En relación con el crédito horario, ha de puntualizarse que la llamada al convenio como fuente reguladora de la posible acumulación horaria resulta un mandato de naturaleza dispositiva absoluta³²⁰; si esta posibilidad no se pacta en el convenio, sea estatutario o extraestatutario (STS de 19 de julio de 1996, Ar/6367³²¹), se entenderá que no cabe la acumulación, que en todo caso respetará el máximo legal o, en su caso el convencionalmente mejorado. A nuestro juicio, el convenio extraestatutario podrá ser la fuente reguladora de la acumulación siempre y cuando se entienda que se trata de un ámbito superior a la empresa.

SECCIÓN SEGUNDA

Procedimiento Electoral

Las normas que regulan el procedimiento electoral son, como es sabido, de orden público, establecen mandatos referidos exclusivamente a las exigencias a cumplir para alcanzar la representación de los trabajadores en la empresa, es decir, no regulan, como el resto de preceptos que contiene el Título II, la actividad representativa³²².

De este modo, debe señalarse que se trata, en general, de normas de naturaleza imperativa absoluta —derecho necesario absoluto—³²³ sobre las que no cabe actuación de la autonomía colectiva, excepto en aquellos supuestos en los que expresamente se llama al convenio como fuente complementaria de regulación (lo que ocurre, como se verá seguidamente, en dos ocasiones: art. 69.2 y art. 71.1, 2.º párr.).

Artículo 69. Elección

1. Los delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, di-

³²⁰ En este sentido, señala BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1984, IELSS, pág. 54, la escala a que se refiere el art. 68.e) E.T. no es rígida o inmodificable, no sólo en lo referente a su distribución, sino también en lo que atañe a su cuantía.

³²¹ «La remisión de tal norma [art. 68.e) del E.T.] efectúa al convenio colectivo no ha de ser entendida en referencia tan sólo al concertado con valor estatutario, pues también incluye al pactado extraestatutariamente, aún cuando sus efectos en tal punto queden limitados al ámbito subjetivo que le es propio.»

³²² Véase, también art. 67 del E.T.

³²³ En este sentido, CASAS BAAMONDE (1983, pág. 58).

recto, libre y secreto, que podrá emitirse por correo en la forma que establezcan las disposiciones de desarrollo de esta Ley.

2. Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y elegibles los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad.

Los trabajadores extranjeros podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las condiciones a que se refiere el párrafo anterior.

Calificación jurídica

*Se trata de un precepto que contiene, de una parte, un mandato jurídico de carácter imperativo absoluto innegociable por convenio colectivo; y, de otra, un mandato de carácter dispositivo en relación con la posibilidad de reducir por convenio colectivo el período de antigüedad requerido para la adquisición de la condición de elegible en empresas con especial movilidad de personal*³²⁴. En este sentido, la norma reduce el alcance de la disposición convencional, puesto que si éste último no concurre «se anularía la rebaja de la antigüedad que pudiera haberse efectuado»³²⁵.

3. Se podrán presentar candidatos para las elecciones de delegados de personal y miembros del comité de empresa por los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos o por las coaliciones formadas por dos o más de ellos, que deberán tener una denominación concreta atribuyéndose sus resultados a la coalición. Igualmente podrán presentarse los trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador de las candidaturas es una materia sobre la que

³²⁴ Para CASAS BAAMONDE (1983, pág. 51) se trata de una llamada a la negociación colectiva con un contenido de autorización o encargo; el encargo es, en este supuesto, determinar la reducción del tiempo de antigüedad en la regulación de las condiciones de elegibilidad.

³²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. y SALA FRANCO, T., *Derecho Sindical*, Valencia, 2000, Tirant lo Blanch, pág. 177.

no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 70. Votación para delegados

En la elección para delegados de personal, cada elector podrá dar su voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir entre los candidatos proclamados. Resultarán elegidos los que obtengan el mayor número de votos. En caso de empate, resultará elegido el trabajador de mayor antigüedad en la empresa.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador de la votación para delegados es una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 71. Elección para el comité de empresa

1. En las empresas de más de cincuenta trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados.

Por convenio colectivo, y en función de la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa, podrá establecerse un nuevo colegio que se adapte a dicha composición. En tal caso, las normas electorales del presente Título se adaptarán a dicho número de colegios. Los puestos del comité serán repartidos proporcionalmente en cada empresa según el número de trabajadores que formen los colegios electorales mencionados.

Calificación jurídica

Se trata de una norma que no incluye sino un mandato de llamada a la negociación colectiva con un contenido específico ³²⁶, así, las posibilidades del convenio colectivo se reducen a la creación de un tercer colegio electoral.

³²⁶ Al igual que en el supuesto del art. 69.1, para CASAS BAAMONDE (1983, pág. 51) se trata de una llamada a la negociación colectiva con un contenido de autorización o encargo; el encargo es, en este supuesto, determinar la reducción del tiempo de antigüedad en la regulación de las condiciones de elegibilidad.

Si en la división resultaren cocientes con fracciones, se adjudicará la unidad fraccionaria al grupo al que correspondería la fracción más alta; si fueran iguales, la adjudicación será por sorteo.

2. En las elecciones a miembros del comité de empresa la elección se ajustará a las siguientes reglas:

a) Cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas para los del comité que corresponda a su colegio. Estas listas deberán contener, como mínimo, tantos nombres como puestos a cubrir. No obstante, la renuncia de cualquier candidato presentado en algunas de las listas para las elecciones antes de la fecha de la votación no implicará la suspensión del proceso electoral ni la anulación de dicha candidatura aun cuando sea incompleta, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos, al menos, del 60 por 100 de los puestos a cubrir. En cada lista deberán figurar las siglas del sindicato o grupo de trabajadores que la presenten.

b) No tendrán derecho a la atribución de representantes en el comité de empresa aquellas listas que no hayan obtenido como mínimo el 5 por 100 de los votos por cada colegio.

Mediante el sistema de representación proporcional se atribuirá a cada lista el número de puestos que le corresponda, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir. Si hubiese puesto o puestos sobrantes se atribuirán a la lista o listas que tengan un mayor resto de votos.

c) Dentro de cada lista resultarán elegidos los candidatos por el orden en que figuren en la candidatura.

3. La inobservancia de cualquiera de las reglas anteriores determinará la anulabilidad de la elección del candidato o candidatos afectados.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta. Una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 72. Representantes de quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y de trabajadores no fijos

1. Quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada estarán re-

presentados por los órganos que se establecen en este Título conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla.

2. Por tanto, a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente:

a) Quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador del cómputo de trabajadores es una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 73. Mesa electoral

1. En la empresa o centro de trabajo se constituirá una mesa por cada colegio de doscientos cincuenta trabajadores electores o fracción.

2. La mesa será la encargada de vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente.

3. La mesa estará formada por el presidente, que será el trabajador de más antigüedad en la empresa, y dos vocales, que serán los electores de mayor y menor edad. Este último actuará de secretario. Se designarán suplentes a aquellos trabajadores que sigan a los titulares de la mesa en el orden indicado de antigüedad o edad.

4. Ninguno de los componentes de la mesa podrá ser candidato, y de serlo le sustituirá en ella su suplente.

5. Cada candidato o candidatura, en su caso, podrá nombrar un interventor por mesa. Asimismo, el empresario podrá designar un representante suyo que asista a la votación y al escrutinio.

Calificación jurídica

Es una norma de naturaleza imperativa absoluta, tratándose de una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no

se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 74. Funciones de la mesa

1. Comunicado a la empresa el propósito de celebrar elecciones, ésta, en el término de siete días, dará traslado de la misma a los trabajadores que deban constituir la mesa, así como a los representantes de los trabajadores, poniéndolo simultáneamente en conocimiento de los promotores.

La mesa electoral se constituirá formalmente, mediante acta otorgada al efecto, en la fecha fijada por los promotores en su comunicación del propósito de celebrar elecciones, que será la fecha de iniciación del proceso electoral.

2. Cuando se trate de elecciones a delegados de personal, el empresario, en el mismo término, remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral, que se ajustará, a estos efectos, a modelo normalizado.

La mesa electoral cumplirá las siguientes funciones:

- a) Hará público entre los trabajadores el censo laboral con indicación de quiénes son electores.
- b) Fijará el número de representantes y la fecha tope para la presentación de candidaturas.
- c) Recibirá y proclamará las candidaturas que se presenten.
- d) Señalará la fecha de votación.
- e) Redactará el acta de escrutinio en un plazo no superior a tres días naturales.

Los plazos para cada uno de los actos serán señalados por la mesa con criterios de razonabilidad y según lo aconsejen las circunstancias, pero, en todo caso, entre su constitución y la fecha de las elecciones no mediarán más de diez días.

En el caso de elecciones en centros de trabajo de hasta treinta trabajadores en los que se elige un solo delegado de personal, desde la constitución de la mesa hasta los actos de votación y proclamación de candidatos electos habrán de transcurrir veinticuatro horas, debiendo en todo caso la mesa hacer pública con la suficiente antelación la hora de celebración de la votación. Si se hubiera presentado alguna reclamación se hará constar en el acta, así como la resolución que haya tomado la mesa.

3. Cuando se trate de elecciones a miembros del comité de empresa, constituida la mesa electoral solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará, con los medios que le habrá de facilitar éste, la lista

de electores. Ésta se hará pública en los tabloneros de anuncios mediante su exposición durante un tiempo no inferior a setenta y dos horas.

La mesa resolverá cualquier incidencia o reclamación relativa a inclusiones, exclusiones o correcciones que se presenten hasta veinticuatro horas después de haber finalizado el plazo de exposición de la lista. Publicará la lista definitiva dentro de las veinticuatro horas siguientes. A continuación, la mesa, o el conjunto de ellas, determinará el número de miembros del comité que hayan de ser elegidos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.

Las candidaturas se presentarán durante los nueve días siguientes a la publicación de la lista definitiva de electores. La proclamación se hará en los dos días laborables después de concluido dicho plazo, publicándose en los tabloneros referidos. Contra el acuerdo de proclamación se podrá reclamar dentro del día laborable siguiente, resolviendo la mesa en el posterior día hábil.

Entre la proclamación de candidatos y la votación mediarán al menos cinco días.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, cuyo contenido regulador de las funciones de la mesa electoral es una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 75. Votación para delegados y comités de empresa

1. El acto de la votación se efectuará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral, teniéndose en cuenta las normas que regulen el voto por correo.

El empresario facilitará los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral.

2. El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas.

3. Inmediatamente después de celebrada la votación, la mesa electoral procederá públicamente al recuento de votos mediante la lectura por el presidente, en voz alta, de las papeletas.

4. Del resultado del escrutinio se levantará acta según modelo normalizado en la que se incluirán las incidencias y protestas habidas en su caso. Una vez redactada el acta será firmada por los componentes

de la mesa, los interventores y el representante del empresario, si lo hubiere. Acto seguido, las mesas electorales de una misma empresa o centro, en reunión conjunta, extenderán el acta del resultado global de la votación.

5. El presidente de la mesa remitirá copias del acta de escrutinio al empresario y a los interventores de las candidaturas, así como a los representantes electos.

El resultado de la votación se publicará en los tabloneros de anuncios.

6. El original del acta, junto con las papeletas de votos nulos o impugnados por los interventores y el acta de constitución de la mesa, serán presentadas en el plazo de tres días a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral por el presidente de la mesa, quien podrá delegar por escrito en algún miembro de la mesa. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá en el inmediato día hábil a la publicación en los tabloneros de anuncios de una copia del acta, entregando copia a los sindicatos que así se lo soliciten y dará traslado a la empresa de la presentación en dicha oficina pública del acta correspondiente al proceso electoral que ha tenido lugar en aquella, con indicación de la fecha en que finaliza el plazo para impugnarla y mantendrá el depósito de las papeletas hasta cumplirse los plazos de impugnación. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral, transcurridos los diez días hábiles desde la publicación, procederá o no al registro de las actas electorales.

7. Corresponde a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral el registro de las actas, así como la expedición de copias auténticas de las mismas y, a requerimiento del sindicato interesado, de las certificaciones acreditativas de su capacidad representativa a los efectos de los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Dichas certificaciones consignarán si el sindicato tiene o no la condición de más representativo o representativo, salvo que el ejercicio de las funciones o facultades correspondientes requiera la precisión de la concreta representatividad ostentada. Asimismo, y a los efectos que procedan, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral podrá extender certificaciones de los resultados electorales a las organizaciones sindicales que las soliciten.

La denegación del registro de un acta por la oficina pública dependiente de la autoridad laboral sólo podrá hacerse cuando se trate de actas que no vayan extendidas en el modelo oficial normalizado, falta de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública, falta de la firma del presidente de la mesa electoral y omisión o ilegibilidad en las actas de alguno de los datos que impida el cómputo electoral.

En estos supuestos, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral requerirá, dentro del siguiente día hábil, al presidente de la mesa electoral para que en el plazo de diez días hábiles proceda a la subsanación correspondiente. Dicho requerimiento será comunicado a los sindicatos que hayan obtenido representación y al resto de las candidaturas. Una vez efectuada la subsanación, esta oficina pública procederá el registro del acta electoral correspondiente. Transcurrido dicho plazo sin que se haya efectuado la subsanación o no realizada ésta en forma, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá, en el plazo de diez días hábiles, a denegar el registro, comunicándolo a los sindicatos que hayan obtenido representación y al presidente de la mesa. En el caso de que la denegación del registro se deba a la ausencia de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral no cabrá requerimiento de subsanación, por lo que, comprobada la falta por dicha oficina pública, ésta procederá sin más trámite a la denegación del registro, comunicándolo al presidente de la mesa electoral, a los sindicatos que hayan obtenido representación y al resto de las candidaturas. La resolución denegatoria del registro podrá ser impugnada ante el orden jurisdiccional social.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta. Aborda una materia sobre la que no cabe negociar colectivamente, ya que no se hace ninguna llamada expresa al convenio colectivo como fuente reguladora.

Artículo 76. Reclamaciones en materia electoral

1. Las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en este artículo, con excepción de las denegaciones de inscripción, cuyas reclamaciones podrán plantearse directamente ante la jurisdicción competente.
2. Todos los que tengan interés legítimo, incluida la empresa cuando en ella concurra dicho interés, podrán impugnar la elección, las decisiones que adopte la mesa, así como cualquier otra actuación de la misma a lo largo del proceso electoral, fundándose para ello en la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado, en la falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, en la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral y en la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos. La impugnación de actos de la mesa

electoral requerirá haber efectuado reclamación dentro del día laborable siguiente al acto y deberá ser resuelta por la mesa en el posterior día hábil, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 74.2 de la presente Ley.

3. Serán árbitros los designados conforme al procedimiento que se regula en este apartado, salvo en el caso de que las partes de un procedimiento arbitral se pusieran de acuerdo en la designación de un árbitro distinto.

El árbitro o árbitros serán designados, con arreglo a los principios de neutralidad y profesionalidad, entre licenciados en Derecho, graduados sociales, así como titulados equivalentes, por acuerdo unánime de los sindicatos más representativos, a nivel estatal o de Comunidad Autónomas según proceda y de los que ostenten el 10 por 100 o más de los delegados y de los miembros de los comités de empresa en el ámbito provincial, funcional o de empresa correspondiente. Si no existiera acuerdo unánime entre los sindicatos señalados anteriormente, la autoridad laboral competente establecerá la forma de designación, atendiendo a los principios de imparcialidad de los árbitros, posibilidad de ser recusados y participación de los sindicatos en su nombramiento.

La duración del mandato de los árbitros será de cinco años, siendo susceptible de renovación.

La Administración laboral facilitará la utilización de sus medios personales y materiales por los árbitros en la medida necesaria para que éstos desarrollen sus funciones.

4. Los árbitros deberán abstenerse y, en su defecto, ser recusados, en los casos siguientes:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate.
- b) Ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa con alguna de las partes.
- c) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el arbitraje, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- d) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto o haberle prestado en los últimos dos

años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

5. El procedimiento arbitral se iniciará mediante escrito dirigido a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral a quien promovió las elecciones y, en su caso, a quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de impugnación. Este escrito, en el que figurarán los hechos que se tratan de impugnar, deberá presentarse en un plazo de tres días hábiles, contados desde el siguiente a aquel en que se hubieran producido los hechos o resuelto la reclamación por la mesa; en el caso de impugnaciones promovidas por sindicatos que no hubieran presentado candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiera celebrado la elección, los tres días se computarán desde el día en que se conozca el hecho impugnado. Si se impugnasen actos del día de la votación o posteriores al mismo, el plazo será de diez días hábiles, contados a partir de la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral.

Hasta que no finalice el procedimiento arbitral y, en su caso, la posterior impugnación judicial, quedará paralizada la tramitación de un nuevo procedimiento arbitral. El planteamiento del arbitraje interrumpirá los plazos de prescripción.

6. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral dará traslado al árbitro del escrito en el día hábil posterior a su recepción, así como de una copia del expediente electoral administrativo. Si se hubieran presentado actas electorales para registro, se suspenderá su tramitación.

A las veinticuatro horas siguientes, el árbitro convocará a las partes interesadas de comparecencia ante él, lo que habrá de tener lugar en los tres días hábiles siguientes. Si las partes, antes de comparecer ante el árbitro designado de conformidad a lo establecido en el apartado 3 de este artículo, se pusieran de acuerdo y designaren uno distinto, lo notificarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para que dé traslado a este árbitro del expediente administrativo electoral, continuando con el mismo el resto del procedimiento.

El árbitro, dentro de los tres días hábiles siguientes a la comparecencia y previa práctica de las pruebas procedentes o conformes a derecho, que podrán incluir la personación en el centro de trabajo y la solicitud de la colaboración necesaria del empresario y las Administraciones públicas, dictará laudo. El laudo será escrito y razonado, resolviendo en derecho sobre la impugnación del proceso electoral y, en su caso, sobre el registro del acta, y se notificará a los interesados y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Si se hubiese

impugnado la votación, la oficina procederá al registro del acta o a su denegación, según el contenido del laudo.

El laudo arbitral podrá impugnarse ante el orden jurisdiccional social a través de la modalidad procesal correspondiente.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo.

CAPÍTULO II Del derecho de reunión

Artículo 77. Las asambleas de trabajadores

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley, los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo tienen derecho a reunirse en asamblea.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, que reconoce el derecho de reunión a todos los trabajadores; reconoce, pues, un derecho de titularidad individual. En este sentido, indica Limón Luque³²⁷, su imperatividad se fundamenta en «evitar la exclusión de cualquier trabajador de la titularidad del derecho de asamblea».

La asamblea podrá ser convocada por los delegados de personal, el comité de empresa o centro de trabajo, o por un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla.

Calificación jurídica

Se trata de una norma que contiene, de una parte, un mandato normativo de alcance imperativo absoluto en relación con la convocatoria de la asamblea por parte de los representantes unitarios³²⁸.

De otra parte, en relación con la convocatoria por parte de los trabajadores la norma tiene naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—. La autonomía colectiva podrá disponer de lo

³²⁷ LIMÓN LUQUE, M. A., *Derecho de reunión y relaciones laborales*, Madrid, CES, 1996, pág. 179.

³²⁸ En sentido contrario, LIMÓN LUQUE (1996, pág. 181), que asume que la posible disposición de mejora pactable implicaría el reconocimiento de que un solo representante pudiera convocar la asamblea, sin necesidad de acuerdo con el resto de miembros del órgano representativo.

dispuesto por el precepto en relación con los convocantes de la asamblea siempre y cuando mejore la previsión legal. En este sentido, como señala Limón Luque³²⁹, «la negociación colectiva tendría capacidad para rebajar el porcentaje de trabajadores exigido, puesto que, con esta medida, no estaría negando el acceso del trabajador individual al ejercicio del derecho sino que, más exactamente, se estaría facilitando el mismo».

La asamblea será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o por los delegados de personal mancomunadamente, que serán responsables del normal desarrollo de la misma, así como de la presencia en la asamblea de personas no pertenecientes a la empresa. Sólo podrá tratarse en ella de asuntos que figuren previamente incluidos en el orden del día. La presidencia comunicará al empresario la convocatoria y los nombres de las personas no pertenecientes a la empresa que vayan a asistir a la asamblea y acordará con éste las medidas oportunas para evitar perjuicios en la actividad normal de la empresa.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta indisponible para la autonomía colectiva³³⁰.

Ahora bien, lo cierto es que, a nuestro juicio, no puede desconocerse la acción complementaria del convenio colectivo o el pacto de empresa en relación con las medidas oportunas a establecer para paliar los perjuicios que el desarrollo de la asamblea pueda causar en el ámbito empresarial.

2. Cuando por trabajarse en turnos, por insuficiencia de los locales o por cualquier otra circunstancia, no pueda reunirse simultáneamente toda la plantilla sin perjuicio o alteración en el normal desarrollo de la producción, las diversas reuniones parciales que hayan de celebrarse se considerarán como una sola y fechadas en el día de la primera.

Calificación jurídica

En este apartado se establece un mandato imperativo absoluto en el sentido de imponer la realización de reuniones parciales consideradas como una si acontecen las circunstancias en él mencionadas.

³²⁹ LIMÓN LUQUE (1996, pág. 180).

³³⁰ En este sentido, LIMÓN LUQUE (1996, pág. 179) que justifica el carácter imperativo de la norma en la necesidad de respetar la opción del legislador, consistente en dejar en manos de los representantes unitarios la negociación con el empresario sobre determinados aspectos de la reunión, así como la completa dirección en el desarrollo de la misma.

Artículo 78. Lugar de reunión¹

1. El lugar de reunión será el centro de trabajo, si las condiciones del mismo lo permiten, y la misma tendrá lugar fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo con el empresario.

Calificación jurídica

*Se trata de una norma de carácter absolutamente dispositivo para la autonomía colectiva, ya que utiliza como fórmula de cierre la expresión salvo acuerdo con el empresario, acuerdo que, obviamente, deberá ser de carácter colectivo*³³¹.

2. El empresario deberá facilitar el centro de trabajo para la celebración de la asamblea, salvo en los siguientes casos:

- a) Si no se cumplen las disposiciones de esta Ley.
- b) Si hubiesen transcurrido menos de dos meses desde la última reunión celebrada.
- c) Si aún no se hubiese resarcido o afianzado el resarcimiento por los daños producidos en alteraciones ocurridas en alguna reunión anterior.
- d) Cierre legal de la empresa.

Las reuniones informativas sobre convenios colectivos que les sean de aplicación no estarán afectadas por el párrafo b).

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa. Podrá negociarse por convenio cualquier circunstancia que mejore la posición de los trabajadores en relación con la opción empresarial de no ceder el centro de trabajo para la celebración de la reunión.

Artículo 79. Convocatoria

La convocatoria, con expresión del orden del día propuesto por los convocantes, se comunicará al empresario con cuarenta y ocho horas de antelación, como mínimo, debiendo éste acusar recibo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, innegociable por convenio colectivo.

³³¹ CASAS BAAMONDE (1983, pág. 52).

Artículo 80. Votaciones

Cuando se someta a la asamblea por parte de los convocantes la adopción de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores, se requerirá para la validez de aquéllos el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa absoluta, indisponible para la negociación colectiva. La imperatividad de esta norma deriva, señala Limón Luque³³², del hecho de que sean requisito imprescindible para la validez y eficacia de los acuerdos celebrados.

Artículo 81. Locales y tablón de anuncios

En las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.

Calificación jurídica

Se trata de una norma de naturaleza imperativa relativa —mínimo de derecho necesario—, por tanto, mejorable por convenio colectivo.

³³² LIMÓN LUQUE (1996, pág. 179).

TÍTULO III

DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Artículo 82. Concepto y eficacia

1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

Calificación jurídica

El primero de los preceptos estatutarios dedicados a la negociación colectiva constituye un ejemplo de las siempre poco deseables fórmulas legales vacías de contenido que nada añaden a la institución sobre las que versan. En consecuencia, el análisis de su naturaleza jurídica aparece desprovisto de sentido, ya que en estos casos no es posible discutir acerca del carácter imperativo o inacabado del precepto.

Es decir, puesto que el artículo 82.1 del Estatuto no contiene mandato normativo alguno —ni siquiera un mandato incompleto o necesitado de complementación— se hace prácticamente imposible la tarea consistente en calificar su naturaleza jurídica.

Como mucho, cabría afirmar —aunque ello carezca de toda utilidad— que la negociación colectiva no puede modificar la definición legal de convenio recogida en dicho precepto porque ésta forma parte del «modo en que nuestro legislador garantiza el derecho a la negociación colectiva (...) cumpliendo el mandato constitucional»³³³.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

³³³ STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 1998, AS/4729.

Calificación jurídica

La enumeración genérica del posible contenido —normativo y obligacional— de los convenios colectivos estatutarios enunciada por el artículo 82.2 del Estatuto parece dar lugar, en principio, a una norma carente de contenido regulador que precisa ser complementada por la negociación colectiva a la que se legitima para desarrollar dichos contenidos normativos y obligacionales.

No obstante, si se considera la conexión existente entre las reglas legales sobre contenido negocial y el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva³³⁴, y se admite que la enumeración del artículo 82.2 del E.T. viene a consagrar —como la contenida en el artículo 85.1— el principio de libertad de contenido negocial, se podría añadir que el precepto resulta de necesario respeto en cuanto consagra un principio que, aunque limitado³³⁵, no puede ser vulnerado por la negociación colectiva.

3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Calificación jurídica

El artículo 82.3.1.º del E.T. reconoce a los convenios colectivos estatutarios una eficacia jurídica normativa y una eficacia personal general que resulta, en la actualidad, limitadamente dispositiva para la negociación colectiva.

El propio Estatuto configura tres supuestos —el descuelgue salarial regulado por el propio artículo 82.3, la modificación de condiciones estipuladas en acuerdos estatutarios del artículo 41.2.3.º y la nueva excepción a la prohibición de concurrencia del artículo 84.2 y 3— en los que se faculta a determinados sujetos para prescindir, bajo ciertas condiciones y en relación con determinadas materias, de lo pactado en el convenio colectivo estatutario durante la vigencia del mismo.

Por lo demás, debe recordarse que el convenio colectivo siempre puede disponer de su propia eficacia y renunciar, aun en el caso de cumplir con todos los requisitos exigidos en el Título III, a la eficacia jurídica y personal que el artículo 82.3 le otorga. Ello es así porque esta atribución de eficacia no puede interpretarse como una imposición que haga desaparecer la libertad de negociar al margen del Tí-

³³⁴ En relación con el tema puede verse, por todos, CORREA CARRASCO, M. (1997), *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, págs. 99 y ss.

³³⁵ Ver, *infra*, artículo 85.

tulo III, ya que «el trasfondo de libertad sobre el que reposa el artículo 37.1 CE es innegable y así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (...)»³³⁶».

Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

Si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. La determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la comisión paritaria del convenio.

Calificación jurídica

El primero de los párrafos que el Estatuto dedica a la regulación del descuelgue salarial efectúa una llamada o reenvío a la negociación colectiva para que sea ésta la que desarrolle los supuestos en que puede funcionar esta excepción a la eficacia jurídica y personal de los convenios del Título III.

No obstante, hay que tener en cuenta que esta llamada, pese a su amplitud, no convierte al artículo 82.3.2º en una norma absolutamente carente de contenido regulador, ya que el reenvío se condiciona a la concurrencia de una serie de requisitos que limitan la facultad otorgada a la negociación colectiva. Así, el Estatuto exige, en primer lugar, que los convenios que prevean las «condiciones y procedimientos» para proceder a la inaplicación de su régimen salarial sean necesariamente supraempresariales y, en segundo lugar, que dicha inaplicación se refiera, únicamente, a empresas cuya «estabilidad económica» pueda verse perjudicada.

El primer interrogante que se plantea es, por tanto, si el artículo 82.3.2.º sujeta a los convenios colectivos supraempresariales a algún tipo de límite a la hora de fijar las «condiciones y procedimientos» del descuelgue salarial. Aunque la amplitud de la redacción legal permite responder negativamente con carácter general, resulta necesario descartar la negociación de cláusulas que de un modo ex-

³³⁶ CASAS BAAMONDE, M. E. (1997), ¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?, *Relaciones Laborales*, 4, 5.

preso o de una forma tácita traten de impedir el descuelgue de las condiciones salariales del convenio ³³⁷.

Los motivos que harían de estas cláusulas convencionales disposiciones contra *legem* hay que buscarlos en la propia finalidad y literalidad de la norma, que trata de que, en todo caso, sea posible el descuelgue ³³⁸. Ciertamente, la imposibilidad de negociar cláusulas de descuelgue negativas puede derivarse sin dificultad de la claridad con que la norma impone la obligación de negociar el descuelgue en el propio artículo 82.3.2.º («los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán...»), así como de la inclusión del mismo como parte del contenido mínimo del convenio en el artículo 85.3.c) y del establecimiento de un régimen subsidiario en el tercer párrafo del propio artículo 82.3 para aquellos casos en que el convenio supraempresarial no regule la inaplicación de su régimen salarial.

Además, puesto que la finalidad de la norma es la de facilitar, en todo caso, la adaptabilidad salarial a nivel de empresa sería posible cuestionar la legalidad de aquellas disposiciones convencionales que, sin impedir que el descuelgue se lleve a cabo, acaban por limitarlo abusivamente ³³⁹. Éste podría ser el caso —muy frecuente en la práctica negocial ³⁴⁰— de la determinación de plazos, normalmente en el período inicial de vigencia del convenio, que, ignorando la posible concurrencia de circunstancias sobrevenidas, vienen a prohibir el descuelgue transcurrido ese período; o el de las cláusulas que tratan de restringir la posibilidad de inaplicar el régimen salarial del convenio a aquellas empresas que reúnan determinadas condiciones (de ubicación, dimensión, tipo de actividad, etc.) ³⁴¹.

³³⁷ A favor del establecimiento de «cláusulas de descuelgue negativas» se han manifestado, sin embargo, BAYLOS GRAU, J. A. (1994), «Cláusulas de descuelgue» en la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, 17-18, 330-331 y CASAS BAAMONDE, M. E. (1995), «Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I)», *Relaciones Laborales*, 4, 4.

³³⁸ En este sentido se han manifestado GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1994), «La reforma de la negociación colectiva», en: M. R. ALARCÓN, *et. al.*, *La reforma laboral de 1994*, Madrid, Marcial Pons, págs. 347-348; SALA FRANCO, T. (1994), *La reforma del mercado de trabajo*, 1.ª edición, Valencia, CISS, p. 240; GARRIDO PÉREZ, E. (1995), «Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria», *Relaciones Laborales*, 8, 20; SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEDRAJAS MORENO, A. (1996), *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 25-26 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1997), «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *Actualidad Laboral*, 10, 193.

³³⁹ SALA FRANCO, T.; ALFONSO MELLADO, C. L.; PEDRAJAS MORENO, A. (1996), *op. cit.*, págs. 25-26.

³⁴⁰ DEL REY GUANTER, S., *et. al.* (1998), *op. cit.*, pág. 196.

³⁴¹ Para GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1994), *op. cit.*, pág. 347, sin embargo, la negociación de este tipo de cláusulas quedaría amparada por la libertad otorgada al convenio supraempresarial para negociar el descuelgue.

*El segundo interrogante que plantea el precepto guarda relación con el modo en que la exigencia del daño a la estabilidad económica de la empresa condiciona la negociación del descuelgue en el convenio supraempresarial, ya que un sector de la doctrina ha entendido que este requisito debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que el convenio debe exigir siempre una situación de real dificultad económica*³⁴². No parece, sin embargo, que sea ésta la finalidad del carácter causal que el Estatuto ha atribuido al descuelgue.

*La exigencia de este requisito permite dejar a un lado, desde luego, la idea de que el legislador pretende incluir en la negociación de todo convenio supraempresarial una declaración incondicionada del carácter dispositivo de su regulación salarial*³⁴³. Ahora bien, lo que no parece permitir la vaguedad de la dicción legal es una restricción en la amplitud con que el mencionado requisito de inestabilidad económica se exige. Resulta más adecuado, en consecuencia, admitir también aquellas negociaciones que simplemente requieran que la aplicación del régimen salarial pueda poner en peligro la estabilidad económica de la empresa, aunque tal daño no llegue a producirse realmente³⁴⁴.

El tercer interrogante que cabe plantear guarda una estrecha relación con la calificación jurídica que se otorgue al segundo de los párrafos dedicados a la regulación del descuelgue salarial. Se trata de discernir, en este caso, si el convenio supraempresarial puede negociar también el nuevo régimen económico aplicable tras el descuelgue o si, por el contrario, la fijación del nuevo régimen salarial precisa, en todo caso, del acuerdo entre la empresa y los representantes de

³⁴² BAYLOS GRAU, J. A. (1994), *op. cit.*, pág. 327; GARRIDO PÉREZ, E. (1995), *op. cit.*, pág. 27.

³⁴³ Sin embargo, no cabe olvidar (ver, *supra*, art. 41) que cualquier convenio colectivo, en teoría, podría otorgar carácter dispositivo a todo o parte de su regulación salarial, admitiendo la procedencia del descuelgue sin causa económica. El límite estaría, como se dijo en relación con el artículo 41, en la imposibilidad de que una de las partes fije unilateralmente el objeto del contrato. Lo que, en todo caso, queda claro, es que nada tiene que ver esta dispositivización del convenio de su propia regulación con la ordenación estatutaria del descuelgue. En este sentido, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 28 de marzo de 1996 y de Navarra de 7 de marzo de 1997 (AS/484 y 970, respectivamente) han dispuesto que del artículo 82.3 no se deduce «la posibilidad de que las partes dentro de la libertad de negociación, puedan introducir una cláusula de descuelgue individual (...) cuando sólo está prevista la cláusula de descuelgue salarial, de eficacia muy limitada, y atribuida única y exclusivamente a los convenios de ámbito superior a la empresa».

³⁴⁴ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en su Sentencia de 25 de abril de 1997 (AS/3856), en virtud de la cual «la norma legal, límite de validez del convenio, no alude, pues, a situaciones de pérdidas en ejercicios anteriores, sino a un supuesto más genérico...».

los trabajadores por expresa indicación del artículo 83.2.3.^o³⁴⁵, que no resulta, en este punto, una norma dispositiva para el convenio supraempresarial.

Una vez más, la propia redacción de la norma parece indicar la respuesta adecuada. El tercer párrafo del artículo 82.3, aun formando parte de la ordenación estatutaria del descuelgue salarial, regula la situación opuesta a la prevista en el párrafo anterior; es decir, aquella situación en la que los convenios supraempresariales «no contienen la citada cláusula de inaplicación». En consecuencia, tanto el acuerdo de descuelgue como el de fijación de las nuevas condiciones salariales forman parte de un mismo procedimiento, que sólo será operativo si nada ha dispuesto la negociación colectiva de ámbito supraempresarial. No puede dudarse, por ello, ni del carácter dispositivo que este precepto en su conjunto tiene para los convenios supraempresariales, ni de la capacidad de los mismos para determinar otro procedimiento de determinación de las nuevas condiciones salariales o el propio régimen salarial aplicable tras el descuelgue³⁴⁶.

4. El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio.

Calificación jurídica

La vigente redacción de los artículos 82.4 y 86.4 del Estatuto deja constancia expresa de la aplicación a los convenios colectivos estatutarios del principio de modernidad, sucesión u orden normativo, que ya venía siendo unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia³⁴⁷.

³⁴⁵ BAYLOS GRAU, J. A. (1994), *op. cit.*, pág. 332; GARRIDO PÉREZ, E. (1995), *op. cit.*, pág. 25.

³⁴⁶ En este sentido se han manifestado CASAS BAAMONDE, M. E. (1995), *op. cit.*, págs. 5 y 6, para quien la admisión de la intervención de la comisión paritaria en el artículo 82.3.3.^o jugaría, también, en favor de esta interpretación y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1997), *op. cit.* págs. 199 y 204.

³⁴⁷ Al respecto puede verse BALLESTER PASTOR, M. (1994), «Artículo 86. Vigencia», en C. L. ALFONSO, *et. al.*, *El Estatuto de los Trabajadores y Leyes Complementarias*, Valencia, UGT, pp 150-151; CAMPS RUIZ, L. M. (1994), *La nueva regulación del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 36 y ss.; SALA FRANCO, T. (1994), *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 241; GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1995), «Contenido negocial y sucesión de convenios», en: M. R. ALARCÓN, *et. al.*, *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, págs. 112 y ss.; GOERLICH PESET, J. M. (2000), «Concepto y eficacia del convenio colectivo. (En torno al artículo 82)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1437-1440; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (2000), «La vigencia del convenio colectivo estatutario. (En torno al artículo 86)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1519-1523.

Según indica el apartado cuarto del artículo 82, dicho principio se traduce en la posibilidad de que el convenio colectivo posterior disponga de los derechos reconocidos en el convenio anterior. De ahí que el análisis de la naturaleza jurídica de la norma deba efectuarse desde una doble perspectiva:

Desde el punto de vista del convenio anterior, el precepto puede calificarse de derecho necesario absoluto, puesto que no resultan viables las negociaciones tendentes a imposibilitar la disponibilidad futura de la regulación contenida en el convenio. La admisión de tales cláusulas negociales obstruiría la libre negociación colectiva posterior, constitucionalmente protegida por el artículo 37 de la CE³⁴⁸ y, además, equivaldría a reconocer como aplicable el principio de irreversibilidad que, tras la Constitución, ha dejado de informar el ordenamiento laboral por no ser compatible con el valor normativo de los convenios estatutarios y la consiguiente aplicación del principio de modernidad. Por lo tanto, es necesario admitir que el convenio colectivo anterior debe limitar su vigencia al ámbito temporal pactado «sin que, vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula, comparada con la precedente, pudiera ser considerada menos favorable (...)»³⁴⁹.

Desde el punto de vista del convenio posterior la norma efectúa, sin embargo, una remisión a la negociación colectiva, a la que faculta para disponer de los derechos reconocidos en el convenio anterior. Se trata, por tanto, de un supuesto de deslegalización de materias³⁵⁰.

El problema es si esa facultad alcanza también a los derechos causados bajo la vigencia del convenio colectivo anterior cuyo disfrute se mantiene en el tiempo más allá de la finalización de dicha vigencia —como ocurre, por ejemplo, con las mejoras de pensiones— o si, por el contrario, la supresión o modificación de tales derechos vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales del artículo 9.3 de la CE.

³⁴⁸ En este sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 6 de noviembre de 1998 (Ar/9822) en relación con una cláusula convencional que pretendía la aplicación de un convenio de empresa con exclusión de cualquier otro que se negociase en el futuro en su rama de actividad. Según el Tribunal, o se interpreta que la cláusula es totalmente inocua, ya que su naturaleza obligacional impide que su eficacia perdure denunciado el convenio, o sería necesario declarar su nulidad por ser contraria a la ley, al imposibilitar «la libre negociación colectiva posterior, que ampara y protege constitucionalmente (...) el artículo 37 de la Norma Fundamental».

³⁴⁹ STS (UD) de 11 de mayo de 1992. (Ar/3542).

³⁵⁰ SALA FRANCO, T. (1994), *op. cit.*, pág. 252.

*La doctrina unificada del Tribunal Supremo*³⁵¹ ha mantenido al respecto que, si bien como regla general los derechos de disfrute continuado deben regirse por el convenio que los reconoció, resulta posible que la norma convencional posterior se aplique a las situaciones nacidas bajo la vigencia del convenio anterior, siempre que esa extensión de las nuevas disposiciones se ordene expresamente por el convenio. Ahora bien, como esa orden expresa del convenio posterior debe respetar los límites del artículo 9.3 de la CE, la cuestión que falta por determinar es cuándo la mencionada extensión de las nuevas disposiciones sobre los derechos de disfrute continuado incurre en la retroactividad constitucionalmente prohibida.

*En relación con el tema se ha sostenido que, aunque el artículo 82.4 no ampara la disposición de los derechos ya causados y disfrutados —como ocurriría, por ejemplo, de ordenar el convenio el reintegro de la mejora en el caso de las mejoras de pensiones—, pues ello quebrantaría los límites del artículo 9.3 de la CE, sí permite las afectaciones de tales derechos pro futuro, en cuanto estas afectaciones ya no suponen una aplicación retroactiva de la norma, sino una consecuencia de su eficacia inmediata*³⁵².

Artículo 83. Unidades de negociación

1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

Calificación jurídica

Se trata de un precepto que deslegaliza la materia relativa a la fijación de las unidades de negociación, con el único límite de los «acuerdos marco» del artículo 83.2 del Estatuto. Según establece el precepto mencionado, dichos acuerdos pueden «establecer la estructura de la negociación colectiva». Esto significa que los convenios marco están capacitados para proceder a la definición de la estructura negociada de los niveles inferiores de negociación y, por tanto, para

³⁵¹ Sentencias del TS (UD) de 26 de junio de 1998 y de 28 de octubre de 1998 (Ar/5790 y 9048). Ambas se refieren a la posible modificación de la regulación convencional de la excedencia voluntaria por el convenio posterior. Un comentario a la segunda puede encontrarse en ARROYO GONZÁLEZ, M. (1999), «Modificación de condición más beneficiosa convencional por el convenio posterior», *La Ley*, I, 720-724.

³⁵² GOERLICH PESET, J. M. (2000), *op. cit.*, págs. 1439-1440. Para el autor, la virtualidad principal del artículo 82.4 E.T. es, en consecuencia, la de «remover los límites a la modificación, suspensión o extinción de mejoras derivadas del artículo 192.II LSS en cuya virtud la fuente originaria es la única que puede determinar tales fenómenos».

condicionar la libertad de que gozan, en principio, los sujetos negociadores de dichos niveles³⁵³.

2. Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.

Calificación jurídica

El artículo 83.2 del Estatuto efectúa una llamada a los «acuerdos interprofesionales» o «convenios colectivos» para que se encarguen de ordenar, siempre que reúnan una serie de requisitos, la estructura de la negociación colectiva.

A pesar de la literalidad de la norma, es necesario aclarar, como punto de partida, que el reenvío se refiere, en todo caso, a un solo tipo de acuerdo —que la jurisprudencia laboral ha dado en llamar «marco»³⁵⁴— cuya finalidad esencial no es, a diferencia de los convenios del artículo 82.1, la de regular las condiciones de trabajo, sino la de regular las condiciones de la negociación colectiva³⁵⁵. De ahí que sean estos acuerdos marco, y no los convenios ordinarios del artículo 82.1, los únicos capacitados para estructurar la negociación de los niveles inferiores, condicionando con ello la contratación colectiva en dichos ámbitos³⁵⁶.

Ahora bien, aunque el contenido típico de estos acuerdos se refiera a la ordenación de la estructura negocial, nada obsta para que aluda, también, a la regulación de las condiciones de trabajo. Cuan-

³⁵³ Ver, *infra*, artículo 83.2.

³⁵⁴ Puede verse, por todas, la sentencia del TS de 16 de noviembre de 1989 (Ar. 8068).

³⁵⁵ ALONSO OLEA, M. (1980), *Texto y Comentario Breve al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas pág. 259; SALA FRANCO, T. (1981), «Artículo ochenta y tres. Unidades de negociación», En: I. ALBIOL, *et. al.*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDESA, págs. 564-565.

³⁵⁶ No obstante, esta capacidad para condicionar la negociación de los niveles inferiores se encuentra, a su vez, restringida, tras la reforma de 1994, por las facultades que el artículo 84.2 otorga a determinados sujetos, que podrían abrir unidades de negociación en principio cerradas para el acuerdo marco (ver, *infra*, artículo 84).

do esto suceda, en lugar de tratarse de convenios marco «propios» se estará ante un convenio marco «impropio»³⁵⁷.

La norma plantea, además, dos interrogantes relacionados con los requisitos que los ámbitos funcional y territorial de aplicación de los acuerdos marco deben reunir para poder considerarse incluidos en el artículo 82.3 del Estatuto.

Así, el ámbito funcional del convenio marco debe ser necesariamente sectorial o intersectorial. A pesar de la existencia de opiniones en contra³⁵⁸, la inclusión del nivel sectorial como posible ámbito del convenio marco puede fundamentarse en la literalidad de la norma —que, como se ha dicho, distingue entre «acuerdos interprofesionales» y «convenios colectivos»—, así como en las poco deseables consecuencias que derivarían de la admisión exclusiva del nivel intersectorial —fundamentalmente, rigidez en la estructura negocial, así como dificultad de materialización práctica de estos acuerdos—³⁵⁹.

El ámbito territorial de estos convenios debe ser, por su parte, necesariamente estatal o de Comunidad Autónoma³⁶⁰. Esta conclusión parece clara a la vista de la interpretación auténtica del precepto, ya que en el debate parlamentario del mismo la búsqueda de la adecuación de la estructura territorial de la negociación colectiva a la del Estado, determinó que los ámbitos que los acuerdos marco debían tener fueran el estatal y el autonómico³⁶¹.

3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.

³⁵⁷ SALA FRANCO, T. (1981), *op. cit.*, p. 565. Esta tipología viene a explicar, además, el porqué de la letra de la ley.

³⁵⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1989), *Derecho Sindical español*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, pág. 290.

³⁵⁹ En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F. (1983), «Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva», *Revista de Política Social*, 137, 435; MARTÍN VALVERDE, A. (1985), *op. cit.*, pág. 65; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1986), «La problemática estructura de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 3, 7; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1989), «Los pactos sociales y los acuerdos y convenios marco», en: F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL; T. SALA FRANCO; J. M. GOERLICH PESET, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, págs. 33-34; MERCADER UGUINA, J. R. (1994), *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, pág. 371.

³⁶⁰ Así lo han entendido SALA FRANCO, T. (1981), *op. cit.*, pág. 565, y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1989), *op. cit.*, págs. 31-32.

³⁶¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (1989), *op. cit.*, págs. 31-32.

Calificación jurídica

El artículo 83.3 realiza una nueva llamada o reenvío a las organizaciones de trabajadores y empresarios más representativas a nivel estatal o de Comunidad Autónoma con la finalidad de otorgarles la capacidad de elaborar «acuerdos sobre materias concretas» aunque, en realidad, esta posibilidad nada añade a la capacidad que todo convenio colectivo ordinario tiene, en virtud de la libertad de contenido negocial del artículo 85, para regular una materia en particular³⁶².

Además, la norma ordena que tanto los acuerdos sobre materias concretas como los convenios marco tengan el mismo tratamiento que los convenios estatutarios del Título III. Puesto que los primeros no son sino convenios ordinarios que tratan una materia concreta, la aplicación de las normas del Título III resulta, además de evidente, absolutamente innegociable.

Este mismo carácter de derecho necesario absoluto cabe otorgar a la norma en relación con los convenios marco, ya que no sería admisible ningún acuerdo que tratase de negar la sujeción de los mismos al régimen jurídico que el Título III prevé para los convenios estatutarios³⁶³.

Artículo 84. Concurrencia

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 apartado 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

En el supuesto previsto en el párrafo anterior se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modali-

³⁶² ALONSO OLEA, M. (1980), *op. cit.*, pág. 260; SALA FRANCO, T.; ALBIOL MONTESINOS, I. (1998), *Derecho Sindical*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 328.

³⁶³ Este es el sentido que los Tribunales y la práctica totalidad de la doctrina han dado al precepto. Al respecto puede verse VILLAVICENCIO RÍOS, A. (1998), *Los acuerdos marco sobre estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Granada, Comares, págs. 182-188.

dades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

Calificación jurídica

El principio de no concurrencia entre convenios regulado por el artículo 84.1 constituye un ejemplo de norma que se «autocalifica» como dispositiva³⁶⁴, ya que al enunciar la prohibición de concurrencia indica expresamente que ésta sólo operará «salvo pacto en contrario». Su dispositividad está reducida, no obstante, a determinadas manifestaciones de la negociación colectiva. Así, como indica el propio precepto, la imposibilidad de afectar lo pactado en un convenio durante su vigencia resultará disponible tanto para los convenios marco del artículo 83.2 como para los convenios supraempresariales que reúnan los requisitos indicados en el artículo 84.2.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 84 contienen, por su parte, una nueva excepción al principio general de no concurrencia entre convenios que puede operar «a pesar» de lo establecido en un convenio marco. Esta excepción, por lo tanto, goza de prioridad no sólo respecto de la prohibición de afectación del artículo 84.1 sino, también, respecto de las reglas establecidas por la autonomía colectiva ex artículo 83.2 del Estatuto³⁶⁵. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo que ha declarado, en su sentencia de 22 de septiembre de 1998³⁶⁶, que «los mandatos que recogía y recoge el referido artículo 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del artículo 84.2, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones».

Como consecuencia de todo ello, resulta necesario reconocer que la regla contenida en los párrafos segundo y tercero del artículo 84 constituye un precepto de derecho necesario absoluto que ni tan siquiera puede alterar la autonomía colectiva manifestada mediante un convenio marco. Así ha venido a entenderlo el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 22 de septiembre de 1998, si bien únicamente ha declarado el carácter imperativo absoluto de la regla contenida en el artículo 84.2: «el precepto que contiene el párrafo segundo del artículo 84 es de derecho necesario, lo que significa que no puede

³⁶⁴ SALA FRANCO, T. (1997), *op. cit.*, pág. 124.

³⁶⁵ Los argumentos a favor de esta interpretación pueden verse en LÓPEZ TERRADA, E. (2000), *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 273-288.

³⁶⁶ Ar/7576.

reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan».

No parece, sin embargo, que ello signifique que quepa atribuir una naturaleza distinta a lo dispuesto en el párrafo tercero, ya que resulta imprescindible tomar en consideración los argumentos siguientes:

Por una parte, hay que recordar que el artículo 84.3 incluye una norma especial de delimitación competencial que se integra en la nueva excepción a la concurrencia. Aunque la excepción se compone aparentemente de dos reglas independientes —la especial de concurrencia del párrafo segundo y la regla especial de delimitación competencial del párrafo tercero— ambas reglas son, en realidad, inscindibles y constituyen una sola regla especial única³⁶⁷. En consecuencia, difícilmente puede predicarse la diferente naturaleza de una y otra.

Por otro lado, resulta necesario aclarar el significado del mandato contenido en el art. 84.3. Si dicho precepto tratara de impedir que los convenios colectivos de ámbito superior remitiesen su regulación, en todo o en parte, a los niveles inferiores de negociación, el precepto tendría que calificarse como dispositivo, ya que ésta es una posibilidad con la cuentan dichos convenios, aun tratándose de las materias del artículo 84.3. Sin embargo, esta calificación debe rechazarse porque el mandato del artículo 84, párrafo tercero, en ningún caso se refiere a la capacidad que todo convenio ordinario tiene para admitir en su propio ámbito negociaciones procedentes de otras unidades de negociación³⁶⁸.

Lo que dicho precepto contiene es una enumeración de las únicas materias que un hipotético convenio marco estatal de sector podría regular de forma centralizada sin posibles afectaciones por parte de los niveles inferiores de negociación. Esto significa que el precepto viene a condenar aquellas regulaciones de los convenio marco —muy frecuentes en la práctica³⁶⁹— que, tratando de evitar el desarrollo de las capacidades descentralizadoras reconocidas a los sujetos del artículo 84.2, imponen a todos los ámbitos inferiores de negociación, sin distinción alguna, la prohibición de negociar un mayor número de materias que las especificadas por él.

Por todo lo expuesto, parece que lo más razonable es sostener que el carácter de derecho necesario absoluto debe predicarse de la ente-

³⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (1995), «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo», en E. BORRAJO, et al., *El Estatuto de los Trabajadores*, 2.ª ed., vol. XII, Madrid, EDERSA pág. 79.

³⁶⁸ Ver, *supra*, artículo 41.

³⁶⁹ LÓPEZ TERRADA, E. (2000), *op. cit.*, pág. 295 y ss.

ra regulación integrante de la nueva excepción legal a la concurrencia de convenios.

Artículo 85. Contenido

1. Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta de previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de controversias derivadas de la aplicación de los convenios.
2. A través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente.
3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:
 - a) Determinación de las partes que los conciertan.
 - b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
 - c) Condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.3.
 - d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia.
 - e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión.

Calificación jurídica

El artículo 85 del Estatuto efectúa, en sus apartados primero y segundo, una llamada o reenvío a la negociación colectiva, pero no con la finalidad de que ésta regule una materia o un conjunto de materias en concreto, sino con el propósito de elaborar un listado ejemplificativo de las materias que cualquier convenio colectivo puede abor-

dar³⁷⁰. La remisión a la negociación colectiva realizada por los dos primeros apartados del artículo 85 del E.T. constituye, por tanto, un supuesto de deslegalización, que consagra el principio de libertad de contenido negocial³⁷¹.

Este principio, no obstante, cuenta con una serie de límites³⁷² que recoge también el propio precepto y que constituyen normas de necesario respeto —esto es, de derecho necesario absoluto— para la negociación colectiva:

El primero de ellos, el «respeto a las leyes», en cuanto reflejo del principio de jerarquía normativa, subraya el sometimiento de los convenios colectivos al imperio de la ley, si bien este acatamiento «no se extiende a toda clase de disposiciones legales, sino que tan sólo se refiere a aquellos preceptos legales que sean de derecho necesario»³⁷³.

El segundo de los límites a la libertad de contratación se plasma en el apartado tercero del artículo 85, en virtud del cual «los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente...».

En principio, el carácter de derecho necesario absoluto de la norma puede resultar cuestionable, ya que en ella se lleva a cabo un llamamiento a los «convenios colectivos» que apunta más bien a la calificación del precepto como una norma necesitada de complementación. Sin embargo, no puede perderse de vista que lo peculiar en este caso es que esa necesidad de complementación no resulta voluntaria, sino obligatoria. Es decir, la norma no concede la posibilidad de regular una serie de materias, sino que impone la obligación de regularlas.

Puesto que la negociación colectiva no puede prescindir de esta obligación mediante el pacto de cláusulas que acuerden la no inclusión en el convenio de alguno o todos los contenidos enumerados en el artículo 85.3, lo más adecuado es calificar el precepto, también en este caso, como derecho necesario absoluto³⁷⁴.

³⁷⁰ Al elaborar este listado, el precepto hace referencia a la naturaleza y régimen jurídico de los laudos arbitrales dictados para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consultas de los artículos 40, 41, 47 y 51, aspectos que son, en todo caso, normas de necesario respeto para la negociación colectiva y la contratación individual.

³⁷¹ Ver, *supra*, artículo 82.2.

³⁷² El concreto perfil que la jurisprudencia ordinaria y constitucional ha ido dando a los límites a la libertad de contenido negocial puede verse en GARCÍA BLASCO, J. (2000), «El contenido del convenio colectivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1479-1483.

³⁷³ STS de 4 de mayo de 1994 (Ar/7725).

³⁷⁴ En relación con el descuelgue salarial cabría recordar (ver, *supra*, artículo 82.3) que, aunque el Estatuto prevea un régimen subsidiario para el supuesto en que el convenio supraempresarial no lo regule, en ningún caso resultan admisibles las negociaciones que tratan de imposibilitarlo.

Artículo 86. Vigencia

1. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

Calificación jurídica

El Estatuto de los Trabajadores deslegaliza la materia concerniente a la duración de los convenios colectivos, ya que su artículo 86.1 remite a la libre voluntad de las partes negociadoras su establecimiento, así como la posibilidad de pactar diferentes períodos de vigencia «para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio».

2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.

Calificación jurídica

La prórroga anual de los convenios a falta de denuncia expresa de las partes se califica por la propia ley como una regla de naturaleza dispositiva, ya que se admite que el convenio colectivo incluya, como parte de la regulación relativa a su vigencia, un «pacto en contrario»³⁷⁵. Esto significa que los convenios colectivos pueden pactar que, a falta de denuncia, su vigencia se prorrogue por un tiempo superior o inferior al año o por tiempo indefinido e, incluso, que se entienda automáticamente denunciado el convenio al llegar a su término final³⁷⁶.

La duda se ha planteado, no obstante, en relación con la posibilidad de disponer de la propia facultad de denuncia, ya que se ha afirmado³⁷⁷ que la literalidad del precepto incluye la capacidad de las partes de excluir la necesidad de denuncia para dar por finalizada la vigencia del convenio. El principal argumento que se esgrime para sostener tal afirmación guarda relación con el carácter de lex specia-

³⁷⁵ Para SALA FRANCO, T. (1997), *op. cit.*, pág. 124, se trata de un «ejemplo paradigmático» de norma dispositiva, si bien su dispositividad se reduce, por razón de la materia, a la negociación colectiva.

³⁷⁶ SALA FRANCO, T.; ALBIOL MONTESINOS, I. (1998), *Derecho Sindical*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 346.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ-SANUDO, F. (1985), «Vigencia de los convenios colectivos de trabajo», en E. BORRAJO DACRUZ, *et. al.*, *El Estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, vol. 2.º, Madrid, EDESA, pág. 121; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (2000), «La vigencia del convenio colectivo estatutario (En torno al artículo 86)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1507.

lis del artículo 86.2 del Estatuto que —frente a un artículo como el 85, encargado de regular el completo contenido configurador del convenio— se limita a desarrollar uno de los aspectos relacionados con los convenios estatutarios como es el relativo a su ámbito temporal. Este carácter permitiría excepcionar la imperatividad del artículo 85.3.d) del E.T. al exigir la necesaria inclusión en el convenio de la forma, condiciones y plazo de preaviso de la denuncia. Además, según esta postura, la regulación del descuelgue salarial vendría a confirmar la posibilidad de excepcionar la imperatividad del mencionado precepto³⁷⁸.

Este razonamiento puede ser objeto, sin embargo, de diferentes objeciones. La primera de ellas es que relaciona la posibilidad de pacto en contrario con la facultad de denuncia de las partes, en lugar de relacionar dicha posibilidad con el mandato contenido en la norma. Como dicho mandato regula la consecuencia de la falta de denuncia expresa del convenio —su prórroga anual—, lo que podrá discutirse es si su carácter dispositivo permite únicamente acordar como consecuencia en esos casos otro tipo de prórroga o si permite convenir también como consecuencia de la falta de denuncia expresa la finalización de la vigencia del convenio y no su prórroga. En consecuencia, la cuestión a analizar no es si la naturaleza dispositiva del precepto alcanza sólo a las modalidades de prórroga o alcanza también a la facultad de denuncia, sino si alcanza sólo a las modalidades de prórroga o alcanza también a la posibilidad de pactar otra consecuencia distinta de la prórroga automática si no media denuncia expresa.

En todo caso, al margen de la incorrección de su planteamiento, la posibilidad discutida —que las partes pacten que van a prescindir de hacer uso de la denuncia y que, pese a ello, el convenio no va a prorrogarse— no parece plantear ningún problema en cuanto a la consecución del resultado pretendido, ya que equivaldría a un «pacto en contrario» consistente en dar por extinguida la vigencia del convenio aunque no medie denuncia expresa de las partes perfectamente admisible. En realidad, si se piensa bien, no existe ninguna diferencia entre dicha posibilidad y el pacto de una denuncia automática del convenio con la llegada de su término final.

Tampoco resulta claro, en segundo lugar, que la licitud de la posibilidad descrita derive del carácter de *lex specialis* que reviste la regulación relativa a la necesidad de denuncia del artículo 86.2 frente a la más general e imperativa del artículo 85. Y ello porque no puede ignorarse que el artículo 86.2 viene a poner de relieve que la denun-

³⁷⁸ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (2000), *op. cit.*, pág. 1507.

*cia del convenio colectivo es condición sine qua non para entender extinguida su vigencia, de modo que la exigencia imperativa del artículo 85.3.d) no está sino en consonancia con su tenor literal. Desde esta perspectiva es posible afirmar, en consecuencia, que de la interpretación sistemática de ambos preceptos se deduce, necesariamente, el carácter indisponible de la denuncia*³⁷⁹.

Otra cuestión es que se otorgue un amplio espacio a la autonomía colectiva en la materia, de forma que sean las partes negociadoras las que deban establecer la forma, condiciones y plazo de preaviso de la denuncia, y las que puedan acordar, además de si denuncian el convenio o si dejan que se prorrogue, cualquier otro régimen de prórroga distinto al explicitado por el artículo 86.2 o la extinción de su vigencia aun a falta de denuncia expresa.

Esto supone que tanto en uno como en otro caso se deja en manos de la autonomía colectiva la capacidad para determinar de qué modo y cuándo se va a denunciar el convenio para que su vigencia quede extinguida. Desde este punto de vista, el pacto de denuncia automática del convenio o, lo que es lo mismo, de exclusión de la necesidad de denuncia expresa para entender finalizada su vigencia, encuentra acomodo tanto en la capacidad que otorga a las partes el artículo 85.3 d) para decidir cualquier régimen relativo a la denuncia del convenio como, si se prefiere, en su facultad de aparejar una consecuencia distinta a la legalmente dispuesta en el artículo 86.2 para el caso de falta de denuncia expresa del convenio.

*Por lo demás, debe recordarse que el hecho de que el descuelgue salarial forme parte del contenido mínimo del convenio permite argumentar la imposibilidad de pactar la renuncia a la facultad de descuelgue en el ámbito de aplicación del convenio supraempresarial*³⁸⁰. *De ahí que no resulte oportuno traer a colación el régimen del descuelgue si se quiere justificar, precisamente, la posibilidad de acordar la exclusión de cualquier tipo de denuncia del convenio.*

3. Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales.

La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio.

³⁷⁹ SALA FRANCO, T. (1981), «Artículo ochenta y seis. Vigencia», en I. ALBIOL MONTESINOS, et. al., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDERSA, pág. 578.

³⁸⁰ Ver, *supra*, artículo 82.3.

Calificación jurídica

El primer párrafo del artículo 86.3 puede calificarse, pese a que ello no se deduzca claramente de su tenor literal, como un precepto de naturaleza dispositiva.

Ciertamente, el artículo 86.3.1.º contiene la regla más lógica por lo que a la vigencia de las cláusulas obligacionales más frecuentes —las cláusulas de paz— se refiere ya que, como son cláusulas tendentes a garantizar la eficacia del convenio mediante la imposición de «obligaciones y compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí»³⁸¹, su ultraactividad no parece tener mucho sentido. Además, una vez que se ha denunciado el convenio y queda abierto un nuevo proceso negociador, lo normal es que las partes cuenten con todos los medios de presión colectiva posibles.

Ahora bien, que esto sea lo normal no significa que las partes negociadoras —que son las que van a quedar vinculadas por estas cláusulas— no cuenten con la posibilidad de prolongar su vigencia tras la denuncia del convenio, pues ello forma parte, sin duda alguna, de su libertad de contratación consagrada en el artículo 85.1 del E.T.³⁸².

El segundo párrafo del artículo 86.3 constituye, con toda claridad, un precepto de naturaleza dispositiva para la negociación colectiva, ya que, concluida la duración del convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso la vigencia del contenido normativo se producirá «en los términos que se hubieran pactado en el propio convenio». Ello supone que será posible pactar si se opta o no por la vigencia prorrogada del convenio y a qué materias afectará en caso de producirse³⁸³.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la facultad de disponer de la vigencia del contenido normativo del convenio obliga a las partes a concretar la regulación alternativa que resultará aplicable en su lugar, puesto que, de lo contrario, la prórroga forzosa del contenido normativo actuaría subsidiariamente a modo de cláusula de garantía³⁸⁴.

³⁸¹ STS de 21 de diciembre de 1994 (Ar/10346).

³⁸² STS de 12 de abril de 1995 (Ar/3048). En este sentido se han pronunciado GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1995), «Contenido negocial y sucesión de convenios», en M. R. ALARCÓN, *et. al.*, *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, pág. 107 —que apunta que esta posibilidad podría servir, por ejemplo, «para afrontar de una determinada manera, o excluyendo determinado tipo de acciones, el proceso de negociación de un nuevo convenio»— y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (1999), «El alcance material de la ultraactividad de los convenios denunciados», *La Ley*, II, 106.

³⁸³ VALDÉS DAL-RÉ, F. (1994), «Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, 17-18, 289.

³⁸⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F. (1994), *op. cit.*, pág. 289; GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1995), *op. cit.*, pág. 110.

4. El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.

Calificación jurídica

Como ocurre con el último de los apartados del artículo 82, no resulta posible analizar la naturaleza jurídica del artículo 86.4 del Estatuto sino desde la doble perspectiva del convenio anterior —que resulta derogado por el que le sucede— y del convenio posterior —que deroga al primero, salvo los aspectos que expresamente mantenga—.

Desde el punto de vista del primero, el precepto constituye una norma de derecho necesario absoluto, ya que no es posible que se pacte convencionalmente la inaplicación futura del principio de modernidad plasmado en el artículo 86.4³⁸⁵.

Sin embargo, para el convenio colectivo posterior, el acatamiento de la norma es absolutamente voluntario, ya que la posibilidad de derogar el convenio anterior existe, a menos que se pacte lo contrario, y se decida mantener alguno o todos los aspectos reconocidos por la norma convencional precedente. En consecuencia, para el nuevo convenio, la norma tiene carácter dispositivo.

Artículo 87. Legitimación

Estarán legitimados para negociar:

1. En los convenios de empresa o ámbito inferior: el comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere.

En los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. En los demás convenios será necesario que los trabajadores incluidos en su ámbito hubiesen adoptado un acuerdo expreso, con los requisitos del artículo 80 de esta Ley, de designación, a efectos de negociación, de las representaciones sindicales con implantación en tal ámbito.

En todos los casos será necesario que ambas partes se reconozcan como interlocutores.

2. En los convenios de ámbito superior a los anteriores:

a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos los entes afiliados, federados o confederados a los mismos.

³⁸⁵ Ver *supra*, artículo 82.4.

- b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos.
- c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por 100 de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional a que se refiera el convenio.
3. En los convenios a que se hace referencia en el número anterior, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 de esta Ley, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados.
4. Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal: los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta de esta Ley.
5. Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora.

Calificación jurídica

El artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores debe calificarse como una norma de derecho imperativo absoluto puesto que contiene una serie de reglas relativas a la legitimación negocial que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, constituyen «un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente»³⁸⁶.

Además, de tratarse de organizaciones sindicales debe tenerse en cuenta que inciden en la negociación colectiva derechos de carácter sindical que, si fueran desconocidos por las partes negociadoras, darían lugar a disposiciones que no sólo serían nulas e inoponibles ante terceros, sino que, además, resultarían lesivas de su derecho a la negociación colectiva y, de una forma mediata, de su derecho de libertad sindical³⁸⁷.

³⁸⁶ STC 73/1984, de 27 de junio (BOE de 11 de julio de 1984).

³⁸⁷ STC 184/1991, de 30 de septiembre (BOE de 5 de noviembre de 1991). El TS se ha pronunciado en idéntico sentido en multitud de sentencias, entre las que podría

Artículo 88. Comisión negociadora

1. En los convenios de ámbito empresarial, o inferior, la comisión negociadora se constituirá por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1.

En los de ámbito superior a la empresa, la comisión negociadora quedará válidamente constituida, sin perjuicio del derecho de todos los sujetos legitimados a participar en ella en proporción a su representatividad, cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

Calificación jurídica

El apartado primero del artículo 88 contiene, en su párrafo primero, las reglas para negociar convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior del lado empresarial; mientras que en su párrafo segundo recoge los requisitos de legitimación negociadora o complementaria que se exige, junto a la legitimación básica o interviniente regulada en el artículo 87, para negociar convenios colectivos supraempresariales.

Se trata, por tanto, en ambos casos, de normas reguladoras de la legitimación para negociar convenios que, en cuanto presupuesto de la negociación colectiva, únicamente pueden calificarse como derecho imperativo absoluto inmodificable por las partes negociadoras ³⁸⁸.

2. La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intevendrán con voz, pero sin voto.

3. En los convenios de ámbito empresarial, ninguna de las partes superará el número de doce miembros; en los de ámbito superior, el número de representantes de cada parte no excederá de quince.

destacarse la de 4 de junio de 1999 (Ar/5068) que, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, reconoce expresamente el rango de «derecho necesario absoluto» de la norma estudiada.

³⁸⁸ Ver, *supra*, artículo 87.

4. La comisión negociadora podrá tener un presidente con voz, pero sin voto, designado libremente por aquélla. En el supuesto de que se optara por la no elección, las partes deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la comisión los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y signar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario.

Calificación jurídica

El análisis de la naturaleza jurídica de las normas reguladoras de la composición de la comisión negociadora difiere sensiblemente según sea el convenio colectivo que trate de incidir sobre dicha regulación.

En el caso de los convenios colectivos ordinarios, puede compartirse —sin necesidad de efectuar matización alguna— la afirmación contenida en la sentencia del TS de 29 de octubre de 1993³⁸⁹, en virtud de la cual «la composición de las comisiones de negociación reguladas en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores son normas de ius cogens que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes».

Si esta calificación como derecho imperativo absoluto puede compartirse es porque resulta claro que carece de sentido que el convenio colectivo contenga acuerdos encaminados a regular la composición de la comisión que lo negoció, cuando ésta no es sino un órgano claramente destinado a disolverse una vez concluida la negociación del propio convenio³⁹⁰.

A la imposibilidad de que el convenio regule aspectos relativos a su propia comisión negociadora se une, sin mucha dificultad, la imposibilidad —también evidente— de que el convenio disponga sobre la composición de futuras comisiones negociadoras. Esta cláusula sería absolutamente inadmisibles porque no resultan viables las negociaciones tendentes a imposibilitar la disponibilidad futura de la regulación contenida en el convenio, por obstruir la libre negociación colectiva posterior constitucionalmente protegida en el artículo 37.1 de la CE³⁹¹. Además, cualquier pacto sobre futuras comisiones negociadoras no haría más que ignorar, en definitiva, las facultades de nombramiento de los componentes de la comisión, necesarios o accidentales³⁹², que la ley otorga siempre que se reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88.

³⁸⁹ Ar/8083.

³⁹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (2000), La tramitación del convenio colectivo (En torno al artículo 89), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1574.

³⁹¹ Ver, *supra*, artículo 82.4.

³⁹² La denominación «necesarios» y «accidentales» se utiliza por PÉREZ PÉREZ, M. (2000), La comisión negociadora del convenio colectivo (En torno al artículo 88), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 1556.

*Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los convenios ordinarios, esta calificación como derecho imperativo absoluto podría matizarse en el caso de un convenio marco que se reservara la regulación de determinados aspectos relativos al procedimiento negociador de los convenios de niveles inferiores incluidos en su ámbito*³⁹³.

En este supuesto, las normas relativas a los miembros de la comisión negociadora accidentales parece que sí podrían quedar completadas por estos convenios marco, que estarían capacitados para referirse, por ejemplo, a las funciones del presidente o de los asesores o al pago de sus funciones facilitando, con ello, el futuro proceso negociador de los convenios de ámbitos inferiores. Y si la negociación de estos aspectos resulta factible es porque, en relación con estos extremos, el artículo 88 debe calificarse como una norma carente de contenido regulador.

Sin embargo, no cabe olvidar que el límite a este tipo de pactos viene dado por la necesidad de respetar el carácter imperativo de los aspectos que sí se encuentran regulados por la norma y que la negociación colectiva no puede alterar por constituir una atribución de facultades a todo sujeto legitimado para negociar sujetas, muchas veces, a una serie de requisitos que no pueden obviarse. Así, por ejemplo, se exige que tanto el presidente como los asesores tengan voz, pero no voto; que se indiquen los procedimientos que se van a emplear para moderar las sesiones de no nombrar presidente o que se designe a un secretario que firme las actas correspondientes a las sesiones.

Esta imposibilidad de que la negociación colectiva condicione un derecho que la ley está atribuyendo a las partes negociadoras, se manifiesta, por lo demás, de manera especialmente clara en el caso del nombramiento de los miembros necesarios de la comisión, ya que en este supuesto la ley tasa, incluso, el número máximo de miembros que dichos sujetos pueden nombrar.

Artículo 89. Tramitación

1. La representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación. De esta co-

³⁹³ Esta reserva resultaría del todo aconsejable por cuanto «los criterios generales del procedimiento negociador» se integran entre las materias que, según el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (IV.8.º), debería desarrollar el convenio marco estatal encargado de disciplinar la negociación del sector.

municación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio.

La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente.

Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.

En los supuestos de que se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas.

2. En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación.

3. Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

4. En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas.

Calificación jurídica

Con carácter general cabe afirmar que las normas de tramitación contenidas en el artículo 89 son preceptos de derecho necesario absoluto que, como tales, deben ser respetados por la negociación colectiva, ya que, como ha manifestado el Tribunal Supremo, la eficacia erga omnes de la que están dotados los convenios estatutarios se traduce en que la ley que garantiza su fuerza vinculante haya de establecer «reglas estrictas» en materia de legitimación inicial y plena, pero también «en lo concerniente al procedimiento negocial» y a «la exigencia de un quorum»³⁹⁴.

En consecuencia, y aunque los Tribunales hayan flexibilizado alguno de ellos³⁹⁵, el convenio colectivo no está capacitado para dispo-

³⁹⁴ STS de 5 de octubre de 1995 (Ar/8667). Además, el TS ha declarado que las reglas que «disciplinan» la negociación colectiva estatutaria son «indisponibles» (STS de 30 de abril de 1996 (Ar/3626).

³⁹⁵ La afirmación más significativa al respecto se recoge en la STS de 30 de junio de 1998 (Ar/5793), en virtud de la cual «el sistema español de negociación colectiva es for-

ner de los requisitos que el precepto impone. Es decir, la negociación colectiva no puede eliminar la existencia del escrito de iniciación de las negociaciones, prescindir del deber de negociar de buena fe, suprimir la posibilidad de nombrar mediadores o cambiar el quorum establecido por el artículo 89.3. El carácter de derecho necesario absoluto de este apartado del precepto se ha revelado, por lo demás, de forma especialmente clara para la jurisprudencia y para un sector de la doctrina que ha interpretado la mayoría exigida para adoptar acuerdos en el seno de la comisión negociadora como un requisito más de legitimación³⁹⁶.

Las escasas reglas de procedimiento legalmente dispuestas resultan, de esta forma, de necesario cumplimiento para la negociación colectiva. Sin embargo, la parquedad de esta regulación es tal que en muchos de sus extremos conduce a una desregulación del procedimiento negociador. Se trata, por tanto, de una normativa imperativa absoluta pero que, sin embargo —y de forma similar a los apartados segundo tercero y cuarto del artículo 88— podría ser completada en todos aquellos aspectos que no quedan regulados por un convenio marco que abordara la materia.

Esta falta de contenido regulador, y la consiguiente necesidad de intervención de la negociación colectiva, se manifiesta en dos ocasiones de forma especialmente clara.

La primera de ellas se contiene en el párrafo segundo del artículo 89.1, que efectúa una llamada expresa a la negociación colectiva cuando afirma que una de las causas excluyentes del deber de negociar es aquella que haya sido «convencionalmente establecida»³⁹⁷.

mal en el sentido de que el procedimiento de negociación está regulado por la Ley. Pero no es un procedimiento formalista, porque esa regulación legal es flexible: sólo exige la iniciativa de una parte legitimada para negociar y la aceptación de la otra parte para que pueda constituirse la comisión negociadora...». Un estudio de esta corriente flexibilizadora puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (2000), *op. cit.*, págs. 1595 y ss.

³⁹⁶ De hecho, el propio Estatuto, en su artículo 91, se refiere a «la legitimación» que permite acordar un convenio colectivo «conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley». Se trata de la legitimación «decisoria» cuyo carácter imperativo se ha subrayado, entre otras muchas, en las sentencias del TS de 24 de marzo de 1995 (Ar/2183), de 30 de junio de 1998 (Ar/5793), de 22 de febrero de 1999 (Ar/2017) o de 7 de junio de 1999 (Ar/5585). En relación con esta consideración del apartado tercero del artículo 89 en la doctrina puede consultarse VALDÉS DAL-RÉ, F. (1994), Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, 17-18, 281 y ss, que se sitúa, sin embargo, en contra de esta corriente.

³⁹⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (1994), «El deber de negociar», en: F. DURÁN LÓPEZ, *et. al.*, *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 52, entiende que el deber de negociar debe calificarse como una norma dispositiva para las partes, ya que resulta admisible tanto la ampliación del deber de negociar —introduciendo deberes de negociar que completen la regulación— como la amplia-

La segunda ocasión en que se manifiesta de forma especialmente clara la necesidad de que por vía convencional se complete la deficiente regulación del artículo 89 está relacionada con el tratamiento —casi inexistente— que otorga la norma a la obligación de negociar de buena fe (artículo 89.1.3º). La importancia de concretar convencionalmente el significado del deber de negociar de buena fe se puso de relieve en el texto del Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva que, teniendo en cuenta las aportaciones realizadas por la doctrina, procedió a efectuar dicha concreción en el número 8 de su apartado IV, enumerando los compromisos que deben enmarcarse en el ejercicio del principio de buena fe.

Artículo 90. Validez

1. Los convenios colectivos a que se refiere esta Ley han de efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Calificación jurídica

Puesto que la forma escrita del convenio colectivo constituye un requisito de validez del mismo, el apartado primero del artículo 90 sólo puede considerarse como una norma de derecho imperativo absoluto de necesario respeto para la negociación colectiva.

2. Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, será remitido al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito.

3. En el plazo máximo de diez días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el Boletín Oficial del Estado o, en función del ámbito territorial del mismo, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial de la provincia correspondiente.

Calificación jurídica

La normativa relativa a la intervención administrativa que tiene lugar con posterioridad a la aprobación del convenio a través de los trámites de depósito, registro y publicación constituye una regulación

ción de las exclusiones al deber de negociar a que alude el artículo 89.1.2.º Sin embargo, estos argumentos no vienen sino a ratificar, a nuestro juicio, la calificación del precepto como norma necesitada de complementación en muchos de sus extremos.

*de derecho imperativo absoluto para la negociación colectiva que, en ningún caso, puede disponer colectivamente de la ordenación de aquellas materias que impliquen al propio Estado*³⁹⁸.

4. El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes.

Calificación jurídica

La determinación del momento de entrada en vigor de los convenios colectivos constituye un supuesto de desregulación o deslegalización, ya que el apartado cuarto del artículo 90 se limita a remitir la fijación de la fecha en que ésta tendrá lugar al acuerdo colectivo de las partes.

5. Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes.

Calificación jurídica

*La calificación de la norma como absolutamente imperativa para la negociación colectiva puede fundamentarse desde un doble punto de vista. Por un lado, su naturaleza jurídica deriva de la consideración de la norma como un precepto regulador de competencias administrativas; por otro, su calificación puede hacerse derivar también de su consideración como norma de procedimiento*³⁹⁹.

³⁹⁸ CAMPS RUIZ, L. M. (1981), «Artículo tercero. Fuentes de la relación laboral», en I. ALBIOL MONTESINOS, *et. al.*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, EDESA, pág. 46; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1987), *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 266; FUENTES RODRÍGUEZ, M. F. (1995), *El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 46. En relación con el carácter de derecho necesario absoluto de las normas ordenadoras de la intervención administrativa pueden verse la sentencia del TSJ de La Rioja de 18 de enero de 1995 —si bien se refiere al tema *obiter dicta*— (Ar/2) y la del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (ILJ/1525), —si bien ésta alude específicamente a la regulación de los expedientes de regulación de empleo.

³⁹⁹ Ver, *supra*, artículo 90.2 y 3. En relación con el carácter indisponible de las normas de procedimiento, puede destacarse que el TC ha reconocido expresamente esta condición en las sentencias 201/1992, de 19 de noviembre (BOE de 23 de diciembre de 1992), y 135/1996, de 23 de julio (BOE de 12 de agosto de 1996).

Artículo 91. Aplicación e interpretación

Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente.

Calificación jurídica

La atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales del orden social efectuada en el primer párrafo del artículo 91 constituye, realmente, una norma de procedimiento. En consecuencia, la única calificación posible del precepto es la de derecho imperativo absoluto puesto que, como ya se dijo ⁴⁰⁰, los convenios colectivos no pueden disponer de la regulación de las materias que impliquen al Estado como ocurre, claramente, en el caso de las normas reguladoras del proceso laboral.

No obstante lo anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.

El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta Ley.

Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

Calificación jurídica

El artículo 91 del Estatuto lleva a cabo una llamada a determinadas manifestaciones de la negociación colectiva —acuerdos marco y acuerdos sobre materias concretas— para que establezcan procedi-

⁴⁰⁰ Ver *supra*, artículo 90. 2, 3 y 4.

mientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos jurídicos relativos a la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.

*Se trata de una regulación que depende, por tanto, de que la posibilidad otorgada a los convenios colectivos y a los acuerdos de los artículos 83.2 y 3 mediante la remisión legal se materialice o no. De ahí que deba calificarse como un supuesto de deslegalización de materias*⁴⁰¹.

*Ahora bien, si se pactan dichos procedimientos, los párrafos tercero y cuarto regulan el régimen jurídico que resultaría de aplicación al acuerdo derivado de la mediación o al laudo arbitral suscrito por sujetos que reuniesen, en el ámbito del conflicto, los requisitos de legitimación de los artículos 87, 88 y 89. Concretamente, el precepto se refiere, en el párrafo tercero, a que su eficacia y tramitación serán las de los convenios colectivos estatutarios. Parece, por ello, que deben reproducirse aquí las consideraciones realizadas en torno a la posibilidad de que las partes legitimadas para negociar un convenio dispongan de las normas relativas a su eficacia o a su tramitación*⁴⁰².

Por su parte, la necesidad de que los acuerdos y laudos se impugnen por las vías reconocidas en el párrafo cuarto sería, en todo caso, una cuestión de necesario respeto para estos sujetos, por constituir una norma reguladora del proceso laboral.

Estos procedimientos serán, asimismo, utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

Calificación jurídica

*El último párrafo del artículo 91 reconoce que, de negociarse los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere su párrafo segundo, tales procedimientos podrían utilizarse en las controversias de carácter individual siempre que las partes «expresamente se sometan a ellos». Esta última exigencia da a entender que la norma reconoce que la sumisión a estos procedimientos tiene un carácter absolutamente voluntario para las partes*⁴⁰³. Por ello, parece que habría

⁴⁰¹ Esta es la calificación que otorga al precepto SALA FRANCO, T. (1994), *La reforma del mercado de trabajo*, 1.ª ed., Valencia, CISS, pág. 253.

⁴⁰² Ver, supra, artículos 82.3 y artículo 89.

⁴⁰³ Según GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1995), Contenido negocial y sucesión de convenios. En: M. R. ALARCÓN, et. al., *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, Marcial Pons, pág. 103, este tema «ha sido resuelto por el artículo 91 de forma muy timorata. Esto es, permitiendo que los sistemas autónomos solventen también los conflictos jurídicos individuales pero partiendo siempre de la voluntariedad de la sumisión de estas controversias a tales sistemas».

que calificar la posibilidad reconocida en el precepto como absolutamente imperativa para la contratación colectiva.

Artículo 92. Adhesión y extensión

1. En las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro.

Calificación jurídica

La regulación de la adhesión a convenios colectivos constituye un supuesto de materia deslegalizada, puesto que el Estatuto se limita a efectuar en el apartado primero del artículo 92 un reenvío o llamada a las partes legitimadas para negociar, a las que faculta para que utilicen esta posibilidad.

En realidad, la adhesión no es sino una modalidad o forma peculiar de negociación estatutaria, en la que las partes suscriben un texto preexistente o convenio por adhesión⁴⁰⁴. Por ello, resulta lógico que se exija a las partes que hagan uso de tal posibilidad el cumplimiento de los requisitos estatutarios no sólo de concurrencia y registro —expresamente mencionados en el precepto—, sino también de forma escrita, depósito y publicación.

Además, para que la utilización de esta facultad pueda encuadrarse en el supuesto regulado en el artículo 92.1, el Estatuto exige que las partes negociadoras refieran la adhesión a la totalidad de un convenio colectivo en vigor.

2. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley, las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debido a la ausencia de partes legitimadas para ello.

⁴⁰⁴ La caracterización de la adhesión como una forma de convenio colectivo venía siendo sostenida por la doctrina —CAMPS RUIZ, L. M. (1993), «Adhesión y extensión de convenios colectivos», (I) *Actualidad Laboral*, 9, 145— y ha sido expresamente asumida por el TS. Al respecto, puede verse la sentencia de 23 de septiembre de 1997 (Ar/6584).

La decisión de extensión se adoptará siempre a instancia de parte y mediante la tramitación del procedimiento que reglamentariamente se determine, cuya duración no podrá exceder de tres meses, teniendo la ausencia de resolución expresa en el plazo establecido efectos desestimatorios de la solicitud.

Tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 87.2 y 3 de esta Ley.

Calificación jurídica

*El apartado segundo del artículo 92 otorga a la Administración, estatal o autonómica, la capacidad para proceder a la extensión de las disposiciones de un convenio colectivo. La norma es, en consecuencia, un precepto regulador de una competencia administrativa y, como tal, sólo puede calificarse como derecho absolutamente imperativo*⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Ver, *supra*, artículo 90.2 y 3.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Fomento de la contratación indefinida de los contratos en prácticas y de aprendizaje

Derogada.

Segunda. Contratos formativos celebrados con trabajadores minusválidos

1. Las empresas que celebren contratos en prácticas a tiempo completo con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una reducción, durante la duración del contrato, del 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes.
2. Los trabajadores minusválidos contratados para la formación no se computarán para determinar el número máximo de estos contratos que las empresas pueden realizar en función de su plantilla.
3. Las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación.
4. Continuarán siendo de aplicación a los contratos para la formación que se celebren con trabajadores minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el artículo 7 del 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.

Calificación jurídica

Todos los preceptos poseen naturaleza imperativa absoluta y, por ello, resultan innegociables por convenio colectivo y por contrato individual.

Tercera. Programas de fomento del empleo

Derogada.

Cuarta. Conceptos retributivos

Las modificaciones introducidas por la presente Ley en la regulación legal del salario no afectarán a los conceptos retributivos que tuvieran

reconocidos los trabajadores hasta el 12 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que se mantendrán en los mismos términos que rigieren en ese momento hasta que por convenio colectivo se establezca un régimen salarial que conlleve la desaparición o modificación de dichos conceptos.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Quinta. Personal de alta dirección

Las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

Sexta. Representación institucional de los empresarios

A efectos de ostentar representación institucional en defensa de intereses generales de los empresarios ante las Administraciones Públicas y otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal.

Asimismo, podrán también estar representadas las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores. No estarán comprendidas en este supuesto las asociaciones empresariales que estén integradas en federaciones o confederaciones de ámbito estatal.

Las organizaciones empresariales que tengan la condición de más representativas con arreglo a esta disposición adicional gozarán de capacidad para obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos en los términos que se establezcan legalmente.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Séptima. Regulación de condiciones por rama de actividad

La regulación de condiciones de trabajo por rama de actividad para los sectores económicos de la producción y demarcaciones territoria-

les en que no exista convenio colectivo podrá realizarse por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 92 de esta Ley, que será siempre procedimiento prioritario.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Octava. Código de Trabajo

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recogerá en un texto único denominado Código de Trabajo, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con la presente, regulan las materias laborales, ordenándolas en Títulos separados, uno por Ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal. Asimismo, se incorporarán sucesiva y periódicamente a dicho Código de Trabajo todas las disposiciones generales laborales mediante el procedimiento que se fije por el Gobierno en cuanto a la técnica de incorporación, según el rango de las normas incorporadas.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, por dirigirse al Gobierno y no a las partes en relación, innegociable colectiva o individualmente.

Novena. Anticipos reintegrables

Los anticipos reintegrables sobre sentencias recurridas, establecidos en la Ley de 10 de noviembre de 1942, podrán alcanzar hasta el 50 por 100 del importe de la cantidad reconocida en la sentencia en favor del trabajador.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Décima. Límite máximo de la edad para trabajar

Derogada

Undécima. Acreditación de la capacidad representativa

A los efectos de expedición de las certificaciones acreditativas de la capacidad representativa en el ámbito estatal prevista en el artícu-

lo 75.7 de esta Ley, las Comunidades Autónomas a las que haya sido transferida la ejecución de funciones en materia de depósito de actas relativas a las elecciones de órganos representativos de los trabajadores deberán remitir mensualmente copia de las actas electorales registradas a la oficina pública estatal.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto por referirse a las Comunidades Autónomas y no a las partes en relación, innegociable colectiva o individualmente.

Duodécima. Preavisos

El Gobierno podrá reducir el plazo mínimo de preaviso de un mes previsto en el párrafo segundo del artículo 67.1 de esta Ley, en los sectores de actividad con alta movilidad del personal, previa consulta con las organizaciones sindicales que en ese ámbito funcional ostenten, al menos, el 10 por 100 de los representantes de los trabajadores, y con las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios y de los trabajadores afectados por el mismo ámbito funcional.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, referido al Gobierno y no a las partes en relación, innegociable colectiva o individualmente.

Decimotercera. Solución no judicial de conflictos

En el supuesto de que, aun no habiéndose pactado en el convenio colectivo aplicable un procedimiento para resolver las discrepancias en los períodos de consultas, se hubieran establecido conforme al artículo 83 de esta Ley, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos períodos de consulta podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

Decimocuarta. Sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares

Los contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en la situación de excedencia a que se refiere el artículo 46.3

de esta Ley, tendrán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en las cuantías que se especifican a continuación, cuando dichos contratos se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores:

- a) 95 por 100 durante el primer año de excedencia del trabajador que se sustituye.
- b) 60 por 100 durante el segundo año de excedencia del trabajador que se sustituye.
- c) 50 por 100 durante el tercer año de excedencia del trabajador que se sustituye.

Los citados beneficios no serán de aplicación a las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las que se produzcan con estos últimos. Las contrataciones realizadas al amparo de lo establecido en esta disposición se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1.c) de esta Ley y sus normas de desarrollo.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto innegociable colectiva o individualmente.

Decimoquinta

1. A los efectos previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, la situación de exclusión social que habilita para la concertación del contrato de formación, sin limitación máxima de edad, se acreditará por los correspondientes servicios sociales competentes y queda determinada por la pertenencia a alguno de los siguientes colectivos:

- a) Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.
- b) Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas:

Falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora.

Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.

- c) Jóvenes menores de treinta años, procedentes de instituciones de protección de menores.
 - d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
 - e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.
2. El Gobierno podrá modificar la consideración de la situación de exclusión social que habilita para la concertación del contrato de formación, sin limitación máxima de edad, en atención a la situación y política de empleo en cada momento.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto innegociable colectiva o individualmente.

Decimosexta

1. Los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo a los que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores son los que actualmente se regulan en la Orden ministerial de 19 de diciembre de 1997, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con órganos de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas, Universidades e instituciones sin ánimo de lucro, que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social, y en la Orden ministerial de 26 de octubre de 1998, por la que se establecen las bases para la concesión de subvenciones por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito de la colaboración con las corporaciones locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social.
2. El Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales podrá modificar el contenido de los programas previstos en el apartado anterior, establecer nuevos programas públicos de mejora de ocupabilidad o excepcionarlos, a efectos de lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto innegociable colectiva o individualmente.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Contratos de aprendizaje

No obstante lo dispuesto en el artículo 11.2, párrafo d), los trabajadores que hubieran estado vinculados a la empresa por un contrato para la formación que no hubiera agotado el plazo máximo de tres años sólo podrán ser contratados nuevamente por la misma empresa con un contrato de aprendizaje por el tiempo que reste hasta los tres años, computándose la duración del contrato de formación a efectos de determinar la retribución que corresponde al aprendiz.

Segunda. Contratos celebrados antes del 8 de diciembre de 1993

Los contratos en prácticas, para la formación, a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos, celebrados con anterioridad al día 8 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron.

Será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley a los contratos celebrados al amparo del Real Decreto-ley 18/1993, de 3 diciembre, excepto lo dispuesto en el segundo párrafo d) del apartado 2 del artículo 11.

Tercera. Contratos celebrados antes del 24 de mayo de 1994

Los contratos temporales de fomento del empleo celebrados al amparo del Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, concertados con anterioridad al 24 de mayo de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación, continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron.

Los contratos temporales cuya duración máxima de tres años hubiese expirado entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 y que hayan sido objeto de una prórroga inferior a dieciocho meses, podrán ser objeto de una segunda prórroga hasta completar dicho plazo.

Cuarta. Vigencia de disposiciones reglamentarias

En todo lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley, el contrato de relevo y la jubilación parcial continuará rigiéndose por lo

dispuesto en los artículos 7 a 9 y 11 a 14 del Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

Quinta. Vigencia de normas sobre jornada y descansos

Quedan vigentes hasta el 12 de junio de 1995 las normas sobre jornada y descansos contenidas en el Real Decreto 2001/1983, sin perjuicio de su adecuación por el Gobierno, previa consulta a las organizaciones empresariales y sindicales afectadas, a las previsiones contenidas en los artículos 34 al 38.

Sexta. Ordenanzas de trabajo

Las Ordenanzas de Trabajo actualmente en vigor, salvo que por un acuerdo de los previstos en el artículo 83.2 y 3 de esta Ley se establezca otra cosa en cuanto a su vigencia, continuarán siendo de aplicación como derecho dispositivo, en tanto no se sustituyan por convenio colectivo, hasta el 31 de diciembre de 1994.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior se autoriza al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para derogar total o parcialmente, de forma anticipada, las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, o para prorrogar hasta el 31 de diciembre de 1995 la vigencia de las Ordenanzas correspondientes a sectores que presenten problemas de cobertura, con arreglo al procedimiento previsto en el párrafo siguiente.

La derogación se llevará a cabo por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo informe de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos relativo a la cobertura del contenido de la Ordenanza por la negociación colectiva. A tales efectos se valorará si en el ámbito de la correspondiente Ordenanza existe negociación colectiva que proporcione una regulación suficiente sobre las materias en las que la presente Ley se remite a la negociación colectiva.

Si la comisión informase negativamente sobre la cobertura, y existiesen partes legitimadas para la negociación colectiva en el ámbito de la Ordenanza, la comisión podrá convocarlas para negociar un convenio colectivo o acuerdo sobre materias concretas que elimine los defectos de cobertura. En caso de falta de acuerdo en dicha negociación, la comisión podrá acordar someter la solución de la controversia a un arbitraje.

La concurrencia de los convenios o acuerdos de sustitución de las Ordenanzas con los convenios colectivos que estuvieran vigentes en los correspondientes ámbitos, se regirá por lo dispuesto en el artículo 84 de esta Ley.

Séptima. Extinciones anteriores a 12 de junio de 1994

Toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad al 12 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se regirá en sus aspectos sustantivo y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar.

A los procedimientos iniciados con anterioridad al 12 de junio de 1994 al amparo de lo dispuesto en los artículos 40, 41 y 51 de esta Ley según la anterior redacción, les será de aplicación la normativa vigente en la fecha de su iniciación.

Octava. Elecciones a representantes de los trabajadores

1. Las elecciones para renovar la representación de los trabajadores, elegida en el último período de cómputo anterior a la entrada en vigor de esta Ley, podrán celebrarse durante quince meses contados a partir del 15 de septiembre de 1994, prorrogándose los correspondientes mandatos hasta la celebración de las nuevas elecciones a todos los efectos, sin que sea aplicable durante este período lo establecido en el artículo 12 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

2. Por acuerdo mayoritario de los sindicatos más representativos podrá establecerse un calendario de celebración de elecciones a lo largo del período indicado en el párrafo anterior en los correspondientes ámbitos funcionales y territoriales.

Estos calendarios serán comunicados a la oficina pública con una antelación mínima de dos meses a la iniciación de los respectivos procesos electorales. La oficina pública dará publicidad a los calendarios, sin perjuicio de la tramitación conforme al artículo 67.1 de la presente Ley de los escritos de promoción de elecciones correspondientes a aquéllos. La comunicación de estos calendarios no estará sujeta a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 67.1 de esta Ley.

Las elecciones se celebrarán en los distintos centros de trabajo conforme a las previsiones del calendario y sus correspondientes preavisos, salvo en aquellos centros en los que los trabajadores hubiesen optado, mediante acuerdo mayoritario, por promover las elecciones en fecha distinta, siempre que el correspondiente escrito de promoción se hubiese remitido a la oficina pública en los quince días siguientes al depósito del calendario.

Las elecciones promovidas con anterioridad al depósito del calendario prevalecerán sobre el mismo en el caso de que hubieran sido promovidas con posterioridad al 12 de junio de 1994 siempre que hubieran sido formuladas por los trabajadores del correspondiente centro de

trabajo o por acuerdo de los sindicatos que ostenten la mayoría de los representantes en el centro de trabajo o, en su caso, en la empresa. Esta misma regla se aplicará a las elecciones promovidas con anterioridad al día indicado, en el caso de que en dicha fecha no hubiera concluido el proceso electoral.

3. La prórroga de las funciones de los delegados de personal y miembros de comités de empresa, así como los efectos de la misma, se aplicará plenamente cuando haya transcurrido en su totalidad el plazo señalado en el número 1 de esta disposición transitoria.

Novena. Participación institucional

El plazo de tres años para solicitar la presencia de un sindicato o de una organización empresarial en un órgano de participación institucional, al que se refiere la disposición adicional primera de la Ley orgánica de Libertad Sindical, empezará a contarse a partir del día 1 de enero de 1995.

Décima. Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional

A quienes en 1 de enero de 1995 se hallaren en las situaciones de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional, cualquiera que fuera la contingencia de la que derivaran, les será de aplicación la legislación precedente hasta que se produzca la extinción de aquéllas.

Undécima. Excedencias por cuidado de hijos anteriores al día 13 de abril de 1995

Las situaciones de excedencia por cuidado de hijos, vigentes el 13 de abril de 1995, fecha de entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se regirán por lo dispuesto en esta Ley, siempre que en la citada fecha de entrada en vigor el trabajador excedente se encuentre dentro del primer año del período de excedencia o de aquel período superior al año al que se hubiera extendido, por pacto colectivo, o individual, el derecho a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad.

En caso contrario, la excedencia se regirá por las normas vigentes en el momento del comienzo de su disfrute, hasta su terminación.

Calificación jurídica

Todas las Disposiciones Transitorias constituyen preceptos de derecho necesario absoluto innegociables colectiva o individualmente.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley, y expresamente:

- a) Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
- b) Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas, y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días.
- c) Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
- d) De la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, los artículos 6, 7 y 8.
- e) De la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por lo que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, el artículo primero.
- f) De la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, la disposición adicional segunda.
- g) Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre Derechos de Información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.
- h) De la Ley 8/1992, de 30 de abril, de modificación del régimen de permisos concedidos por las leyes 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, a los adoptantes de un menor de cinco años, el artículo 1.
- i) Ley 36/1992, de 28 de diciembre, sobre modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de indemnización en los supuestos de extinción contractual por jubilación del empresario.
- j) Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas urgentes de fomento de la ocupación, excepto las disposiciones adicionales cuarta, quinta, sexta y séptima.
- k) De la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el capítulo I, los artículos vigésimo y vigésimo primero del capítulo III, las disposiciones

adicionales primera, segunda y tercera, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, y las disposiciones finales, tercera, cuarta y séptima.

l) De la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, los artículos 36, 40, 41, 42 y 43 y la disposición adicional decimosexta.

m) De la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, los artículos 1 y 3, la disposición adicional única y el párrafo primero y el inciso primero del párrafo segundo de la disposición transitoria única.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable por convenio colectivo o por contrato individual.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Trabajo por cuenta propia

El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Segunda. Comisión Consultiva de Convenios Colectivos

Se crea una comisión consultiva nacional, que tendrá por función el asesoramiento y consulta a las partes de las negociaciones colectivas de trabajo en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictará las disposiciones oportunas para su constitución y funcionamiento, autónomo o conectado con alguna otra Institución ya existente de análogas funciones. Dicha comisión funcionará siempre a nivel tripartito y procederá a elaborar y mantener al día un catálogo de actividades que pueda servir de indicador para las determinaciones de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva. El funcionamiento y las decisiones de esta comisión se entenderán siempre sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la jurisdicción y la autoridad laboral en los términos establecidos por las leyes.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, innegociable colectiva o individualmente.

Tercera. Normas de aplicación del Título II

El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del Título II de la presente Ley en

aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del Título II citado.

En todo caso, dichas normas respetarán el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa.

Con arreglo a las directrices que fije el órgano estatal de mediación, arbitraje y conciliación, al que corresponderá también su custodia, el Instituto Nacional de Estadística elaborará, mantendrá al día y hará público el censo de empresas y de población activa ocupada.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, dirigido al Gobierno y no a las partes en relación, innegociable por convenio colectivo o contrato individual.

Cuarta. Tipo de cotización del Fondo de Garantía Salarial

El tipo de cotización para la financiación del Fondo de Garantía Salarial podrá revisarse por el Gobierno en función de las necesidades del Fondo.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, dirigido al Gobierno y no a las partes en relación, innegociable por convenio colectivo o contrato individual.

Quinta. Disposiciones de desarrollo

El Gobierno dictará las disposiciones que sean precisas para el desarrollo de esta Ley.

Calificación jurídica

Precepto de derecho necesario absoluto, dirigido al Gobierno y no a las partes en relación, innegociable por convenio colectivo o contrato individual.

LOS LÍMITES LEGALES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El alcance imperativo o dispositivo de las
normas del Estatuto de los Trabajadores

La presente obra, que se publica a iniciativa de esta Comisión y con el apoyo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tiene su origen en el trabajo que desinteresadamente ha sido realizado por un Equipo de investigación de la Universidad de Valencia, bajo la dirección del Profesor D. Tomás Sala Franco, y cuyo contenido se estima de interés para todos los estudiosos de la Negociación Colectiva y, en particular, de las partes negociadoras de los convenios, puesto que el principal objetivo de esta obra ha sido la identificación del carácter jurídico de las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, mediante la determinación del alcance imperativo o dispositivo de las mismas, de tal forma que, por la sistemática empleada, puede servir de referencia para el conocimiento de los límites legales de la negociación colectiva y las posibilidades de regulación material que la Ley autoriza para la vía negocial.

Con la publicación de esta obra, la Comisión Consultiva pretende contribuir, coincidiendo con el interés de los autores de la misma, al fortalecimiento de la negociación colectiva y a la seguridad jurídica que debe acompañar siempre a la

ISBN 84-8417-064-0



9 788484 1170648