

Número

[11]

Análisis Práctico

- ▶ **Los contratos:
Analizando las cláusulas contractuales**



Cuadernos de Trabajo [11]

Análisis Práctico

- ĩ Los contratos:
Analizando las cláusulas contractuales

Por Jacobo Quintans García
Magistrado

PRÓLOGO

El Centro Europeo de Auditores Socio-Laborales, con la inestimable cooperación de Mutual CYCLOPS, me encargó la elaboración de un fascículo de fácil manejo en el que se analicen todos aquellos elementos que conforman un contrato de trabajo, ya sea por tiempo indefinido, ya se trate de contratos con alguna especificidad por razón de su duración limitada, bien para acceso al mundo laboral como los formativos, o por razón de la situación administrativa de los trabajadores contratados, como sucede con los extranjeros.

Se expondrán algunos ejemplos basados en situaciones reales o factibles que son objeto de las intervenciones en las conferencias sobre el tema de la contratación y sobre el desarrollo del contrato cuando surgen modificaciones en el “status” del trabajador, que es lo que se configura en las cláusulas que conforman el contrato de trabajo.

Los profesionales del Derecho a los que se dirigen estos fascículos adquieren una gran responsabilidad con respecto a sus clientes, no solo en su labor de orientar códigos de conducta profesional y normas éticas, orientación y aplicación de nuevos métodos de trabajo, y otras obligaciones deontológicas; sino también, y de enorme importancia práctica, su labor de “extensión” del legislador o de intérprete de la Ley buceando en toda la normativa aplicable cuando un supuesto no esté directamente regulado, para aconsejar, siempre con fundamentación en alguna de las fuentes del Derecho, cómo redactar los contratos, y qué cláusulas necesarias para la actividad del empresario pueden ser propuestas al trabajador por formar parte del “ius variandi” del empresario sin vulnerar derechos irrenunciables del trabajador. Si a ello contribuye en algo las notas que conforman este trabajo, me doy por satisfecho.

Jacobo Quintans García

ÍNDICE

Los contratos y sus cláusulas

1. El contrato de duración indefinida
Cláusulas básicas.
2. Contratos temporales del Art. 15 del E.T. y R.D. 2720/94
 - a) Contrato por obra o servicio determinado.
 - b) Contrato eventual por razones de la producción.
 - c) Contrato de sustitución por interinidad y por vacante.
3. Contratos formativos
4. El contrato a tiempo parcial
5. El contrato con extranjeros
6. Cláusulas económicas
7. Cláusulas organizativas
8. Cláusulas conductuales
9. Cláusulas extintivas
10. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

LOS CONTRATOS Y SUS CLÁUSULAS

1. El contrato de duración indefinida

El contrato por tiempo indefinido, regulado en el art. 15 del E.T. como contrato tipo, admite toda cuanta cláusula o condición las partes estimen convenientes sin más limitaciones que las generales de los contratos en el Código Civil y aquellas que supongan un derecho irrenunciable de los trabajadores por mor del carácter tuitivo del derecho laboral.

Así la jurisprudencia en sentencias, entre otras de 18 de Febrero de 1981, considera que el poder organizativo del empresario tiene un límite de respeto obligado en las normas jurídicas que regulan la relación contractual de trabajo, a las cuales tiene que someterse el ejercicio de ese poder, que no puede utilizarse como un medio unilateral de modificar las condiciones de trabajo **libremente pactadas**, imponiendo a los trabajadores una situación de trabajo más gravosa que las dichas normas previenen.

Resumiendo podemos aceptar la libre voluntad de las partes en la formalización de los contratos teniendo por válidas todas las cláusulas que en el mismo se redacten excepto:

Las que sean contrarias a las leyes, a la moral, o al orden público (art. 1255 del Código Civil).

Las contrarias a los mínimos garantizados por el E.T. o legislación social complementaria.

Las contrarias a las condiciones del Convenio Colectivo que se considerarán de mínimos.

Las cláusulas antes excepcionadas se declararán nulas; pero no afectarán al resto del contrato y serán sustituidas por “los preceptos jurídicos adecuados” (S.T.S. 19-10-87).

El principio que debe presidir en todo momento y circunstancia, tanto la fijación de las condiciones de trabajo desarrolladas con claridad y precisión en las cláusulas que en el mismo se relacionen, como en el cumplimiento de las mismas y su posible modificación por causas justificadas y con las formalidades legales o convencionales si existieren, es el **principio de buena fe** en el contrato de trabajo.

Por lo demás y en cuanto a la forma del contrato indefinido, este puede ser verbal o escrito.

A pesar de que el contrato puede realizarse de forma verbal se desaconseja esa forma por la incertidumbre que produce respecto de las condiciones de la contratación y su más que difícil prueba en caso de juicio.

El contrato de trabajo se formalizará siempre por escrito:

A) Cuando lo exija cualquiera de las partes, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Si uno de los contratantes requiere al otro para formalizar el contrato por escrito, y este se niega, podrá resolverlo unilateralmente, si este ya se hubiese celebrado, en base al art. 1124. Si el contrato está en negociación y no se ha concluido, si una de las partes se niega a formalizarlo por escrito o a incluir en el mismo condiciones que se hubieren pactado de palabra, la única posibilidad que le cabe al que pretende la formalización por escrito es la de negarse a concluir el contrato puesto que le será prácticamente imposible exigir, una vez concluido, cualquiera de las condiciones que no consten en el mismo.

B) Cuando así lo exija una disposición legal (los indefinidos con una I.T.T., los que se celebran con las Administraciones Públicas, los que se acogen a las medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, los celebrados para fomento de la contratación indefinida).

Cláusulas básicas

Entre las más habituales dentro de las básicas en los contratos indefinidos figuran:

- El lugar de trabajo (centro) o, si estos son móviles o itinerantes. Las condiciones en que podrá variarse el centro de trabajo, y las contraprestaciones que lleven aparejada esa modificación.

- La jornada de trabajo, y el horario durante el cual se realizará la prestación. Conviene tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 11/94 que es transposición de la directiva 93/104/C.E. del Consejo de 23-11-93, y la Ley 39/1999 de 5 de Noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral.

Se determinará libremente por las partes con sujeción a lo dispuesto en el art. 34.1 del E.T. y a las normas del Convenio colectivo regulador.

Así mismo se consignará con claridad el tiempo de trabajo efectivo cuando pudieran surgir discrepancias acerca de si abarca todo el horario relacionado (ejem. Tiempo a disposición de la empresa, tiempo de presencia, tiempo del “bocadillo”, etc.).

Horas extras y sus compensaciones.

Descansos semanal y por festivos y sus sustituciones, etc.

- Salario, igual o superior al del Convenio Colectivo, con descripción de los conceptos salariales y todas aquellas circunstancias que determinen su percepción (productividad, comisiones, etc.).

La reforma del 97 apostó decididamente por una mayor flexibilidad en el desarrollo de la relación laboral. Se pretende introducir mecanismos de adaptabilidad.

La “adaptabilidad” significa la posibilidad de variaciones en el contenido de la prestación, **en el modo, tiempo y condiciones** en que se presta, que debe definir el empresario, en virtud del poder de dirección y organización, y se explica como una mayor flexibilidad o amplitud de la prestación contratada, al inicio de la relación laboral, y una mayor ductilidad del concepto de grupos profesionales, “superando los rígidos esquemas” de la clasificación profesional, que favorezcan la movilidad funcional. La definición de “grupo profesional” del art. 39, pfo. 2 del E.T., debería haberse desarrollado en los Convenios Colectivos, con posibilidad de definición polivalente de categorías, lo que hubiera posibilitado la flexibilidad, tanto en el momento de la contratación (art. 16.4 E.T.), como en la movilidad funcional y, sin embargo, no se hizo.

En lo referente al “tiempo” de la prestación de servicios, se ha mantenido un principio de intervención normativa mínima, que se limita a establecer ciertos límites; así, la duración máxima de la jornada, los períodos mínimos de descanso diario y semanal e incluso dentro de la jornada continuada, el número máximo de horas extraordinarias; el control del trabajo nocturno y su definición, o el trabajo a turnos. Pero, salvo tales garantías mínimas, los límites a los poderes organizativos del empresario, vendrían dados por su consideración de “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” o de condiciones no esenciales, según los casos.

Al empresario corresponde fijar el calendario laboral, fijar en contrato la duración de la jornada, adoptar la iniciativa de implantar turnos o de realizar trabajos nocturnos, o establecer ritmos de trabajo. Se deja, sin embargo, una parcela a la negociación como límite en unos casos y como forma de modalización en otros, sea a través de los Convenios Colectivos, sea a través de los acuerdos de Empresa y, en fin, a la hora de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

Muchas de las condiciones de trabajo pueden ser fijadas en el ámbito de la empresa, por medio de acuerdos.

Por “acuerdo” se puede fijar el sistema de clasificación profesional, el de ascensos; momento de percepción de aquella paga extra obligatoria que no sea la de Navidad; la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; el número de horas máximas de la jornada diaria, y se podrán alterar las condiciones sustanciales de trabajo (María Teresa Conde-Pumpido). Hay que tener en cuenta que todas esas cláusulas que, salvando los límites impuestos por la Ley o el Convenio Colectivo, se pactan en el contrato, han de ser respetadas por las partes por la fuerza de ley que los pactos y cláusulas tienen para los contratantes. Esas cláusulas establecen el “status” del trabajador, que no puede ser violentado por decisión unilateral del empresario, salvo en los supuestos y con las formalidades que la Ley exige.

En lo referente a **la movilidad funcional** puede ser bilateral, es decir acordada por los sujetos contratantes, unilateral cuando lo decida uno de ellos o colectiva en los supuestos en que tuviere entrada la negociación colectiva.

- **Bilateral:** Supuesto expreso es el del art. 39.5, pero igualmente habrá que tener presente el art. 22.5 E.T., que dispone que por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato y la equiparación correspondiente (en las cláusulas del contrato).

Ya desde el principio de la relación laboral -inicial u originaria- se produce la integración en un sistema inicial de clasificación, que normalmente coincidirá con la cualificación que el trabajador ostenta antes de ingresar en la empresa, aunque no siempre, afectando entonces la vinculación a la reconocida en el acuerdo clasificatorio, remitiéndose a los grupos o las categorías profesionales o mediante un sistema mixto de descripción concreta de las funciones a realizar. Es en el momento mismo de la celebración del contrato en el que aquéllas establecen el “pacto individual de funciones” (art. 1255 C.c.) que marca los límites en los que operará la movilidad funcional, salvo que este pacto se haya novado con posterioridad (mediante nueva cláusula en anexo al contrato). Por esta vía podrá modalizarse el ejercicio de la movilidad cuando se atribuyan “al trabajador en el contrato individual de trabajo pormenorizadamente unas determinadas funciones de entre las muchas que pudieran corresponder a un grupo o categoría profesional”.

Otra de las posibilidades de determinación de la prestación laboral podrá igualmente fijar la polivalencia funcional e inclusive superar no sólo las limitaciones relativas al ejercicio de la movilidad funcional de primer y segundo grados en virtud de la regla habilitante del art. 39.5 E.T., sino también cabría “eliminar” o suprimir dicho ejercicio por el empresario. Como vemos, la disponibilidad de las partes es amplísima.

Además de la determinación del contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo el acuerdo se extiende a la equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo (sistema de valoración de puestos de trabajo que atiende a diversos criterios para fijar el salario base por niveles) previstos en el Convenio Colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa.

Mediante las operaciones vistas se delimita el contenido de la prestación y el ámbito mismo de actuación de la movilidad funcional por acuerdo entre los sujetos contratantes.

- **Unilateral:** Es el empleador el que en el ejercicio del poder de dirección, del *ius variandi* o el de verificar modificaciones sustanciales, fija el contenido del cambio funcional, con las condiciones y requisitos que en cada caso se determinan (Concepción R. Ureste).

En lo referente a las modificaciones por traslado o por desplazamiento hay que tener en cuenta que: los *cambios desde un centro de trabajo a otro, que no impliquen cambio de residencia, sean con carácter temporal o definitivo*, no se contemplan en el art. 40 E.T. -ni antes ni después de la Ley 11/94- sino que, a falta de otra norma más favorable que limite o autolimita (el Convenio) el poder empresarial, integran su “ius variandi” reconocido en los arts. 5º.c) y 20.1 del E.T., que compensarán al trabajador de los posibles perjuicios ocasionados por la movilidad; García Ninet (“*La movilidad de los trabajadores. Consideraciones en torno al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores*”, Alicante, 1982, pág. 15) enumera hasta seis tipos de perjuicios diferentes:

1. Posible prolongación de hecho de la jornada de trabajo a consecuencia de tener que recorrer una mayor distancia en la ida y vuelta al nuevo centro de trabajo.
2. Aumento de los costes de transporte.
3. Posible cambio de la modalidad de jornada -de partida a continuada- para reducir la movilidad diaria.
4. Cambio de compañeros de trabajo.
5. Cambio de ambiente y la dirección de trabajo.
6. Cambios en la dinámica sindical.

Los trabajadores tienen derecho a percibir el plus de distancia cuando se produzca un “cambio del centro de trabajo” a distinto término municipal que implique necesidad de utilización de medio de transporte e inversión de mayor tiempo, aún cuando no precise de cambio de residencia para los trabajadores... cuando tal cambio -el del centro de trabajo- implique para él (el trabajador) un mayor tiempo invertido con relación al que tenía anteriormente respecto del antiguo centro... (sentencia TSJ de Catalunya del 9 de Junio de 1995: Aranz. Soc. 2382).

Aún cuando no parece regulada de manera expresa en el E.T. el abono del mayor tiempo invertido en los *desplazamientos*, tal obligación empresarial puede encontrar su apoyo en el art. 1256 del Código Civil, que impide dejar el cumplimiento de lo pactado al libre arbitrio de una de las partes (sentencia TSJ de Madrid el 13 de Diciembre de 1994: Aranz. Soc. 5033).

Cualquier compensación económica por los cambios temporales o definitivos desde un centro de trabajo a otro, que no impliquen cambio de residencia, parece que sólo podrá establecerse por la autonomía individual en el contrato o por la colectiva en los convenios.

Tampoco afectan a la regulación del art. 40 E.T. *los cambios de puestos dentro de los límites del centro de trabajo, los cambios de ubicación de todo un centro de trabajo que no conlleve tampoco el cambio de domicilio de los trabajadores*, aunque puedan suponer una modificación temporal o definitiva del elemento locativo o geográfico: tales cambios también integran indudablemente el “ius variandi” empresarial y, por ello, deben entenderse igualmente incluidos en el “ejercicio regular de las facultades directivas” (arts. 5.c) y 20.1 del E.T.), sin que parezca pudieran dar lugar a las compensaciones económicas antes aludidas porque no repercutirían en la jornada ni en el tiempo dedicado al transporte por el trabajador; un simple cambio de lugar de la misma prestación dentro del único centro de trabajo no afecta a la movilidad funcional ni geográfica del trabajador, reconoce la sentencia del 6.10.93 del TSJ de Aragón (Ref. Act. Lab. 158/94) (José Luis Gilolmo).

CARACTERES DEL DESPLAZAMIENTO

A) Cambio de residencia

Elemento clarificador de nueva introducción en el concepto de desplazamiento, es el de conceptuarse sólo como tal **aquél que implica cambio de residencia para el trabajador**.

En primer lugar debe establecerse un concepto de residencia, para lo cual puede acudir al Código Civil, cuyo art. 40 establece la identificación entre domicilio y residencia, al prescribir que, a efectos de cumplimiento de las obligaciones, se entenderá por domicilio la residencia habitual, esto es el lugar que la ley considera centro o sede de la persona para lo cual deberá examinarse en cada caso la existencia de los dos elementos que comprende la fórmula “residencia habitual”, esto es, un lugar físico donde efectivamente se reside, y un elemento intencional de habitualidad en la residencia. La cuestión, generalmente de fácil solución, en muchos otros casos puede generar una complicadísima problemática, que solo puede ser resuelta en el ámbito de la prudencia judicial y no mediante conceptos generales siempre insuficientes para comprender la rica casuística de la vida de las personas. En cualquier caso, lo determinante es la residencia habitual de hecho, y debe descartarse cualquier referencia a la residencia legal, convencional, formal o administrativa, puesto que de lo que se trata es de establecer la necesidad de cambio de residencia real, y no de otra cosa.

Conviene, por otra parte, llamar la atención sobre el hecho de que resulta indiferente el cambio de población del centro de trabajo, en los casos en que este se acerca al de residencia habitual del trabajador o mantiene una distancia semejante.

En segundo lugar, y ésta es una tarea más ardua, debe establecerse cuándo el desplazamiento temporal exige, y cuándo no, cambio de residencia. Éste no es, desde luego, un concepto jurídico indeterminado, puesto que la ley establece un parámetro fijo, perfectamente determinado, el problema es que el parámetro contiene un fortísimo componente subjetivo; en efecto, la exigencia, o no, de mudar de residencia, depende en gran medida de circunstancias del sujeto, y no puede examinarse sólo desde el prisma objetivo de la ubicación del lugar. Téngase en cuenta además que los condicionantes subjetivos comportan a veces problemas probatorios de difícil solución.

El criterio adecuado, no puede ser otro que el de la carga o penosidad que deba soportar el trabajador, esto es, determinar si materialmente es una carga imposible o muy gravosa para el trabajador mantener su residencia durante el desplazamiento, lo que deberá examinarse conforme a criterios objetivos, tales como la distancia, los medios de transporte público existentes, el horario de trabajo, la compensación por gastos ofrecida por la empresa, etc., y subjetivos (del trabajador), edad, salud, circunstancias económicas, personales, familiares, culturales, etc. Como casi siempre resulta muy difícil dar una regla general válida, debiendo analizarse caso por caso.

A través del examen de la prueba, deberá determinarse si al trabajador **le es** notoriamente (esto es reconocible por cualquier observador externo) **imposible o muy gravoso** mantener su residencia habitual durante el desplazamiento. En consecuencia, se trata de un elemento básicamente subjetivo, que diferirá de unos trabajadores a otros y no es susceptible de generalización, a no ser que normativamente, singularmente a través de la negociación colectiva, se establezcan acotaciones o limitaciones de distancia (Daniel Bertomeus.- El Poder de Dirección del Empresario.- IBIDEM ediciones.- grupo de autores coordinados por Ricardo Bodas).

A continuación se reproducen algunas de las cláusulas analizadas en las jornadas de Barcelona (CEAL) que podríamos calificar de **cláusulas básicas** de los contratos, por hacer referencia a temas o a requisitos que deben figurar necesariamente en todo contrato, como son: la clasificación profesional, la duración del contrato, la jornada u horario, centro de trabajo, período de prueba, etc. Tras esa referencia a las cláusulas básicas se hará una relación de los tipos de contratos y sus requisitos esenciales o referenciadores, en los siguientes epígrafes del 2 al 5 incluidos:

- *Se acuerda a través del presente contrato que le será de aplicación lo establecido en el R.D.L. 1/1995 de 24-3, lo que se regula en su art. 40 sobre movilidad geográfica, por ello y previa comunicación de la empresa, podrá modificarse el centro de trabajo:*

- a) Mediante contrato específico para centro móviles.*
- b) Los demás casos.*

Hay que estar a cada supuesto, pues es distinta la solución según el emplazamiento del centro de trabajo. Me remito a lo expuesto “supra” para el desplazamiento.

- *La situación de incapacidad temporal durante el período de prueba interrumpirá el cómputo del mismo.*

Es válida y lógica, pues el período de prueba es, para ambas partes, un período de conocimiento y valoración de las condiciones de trabajo, tiempo que debe recorrerse para que cada una de las partes pueda, antes de finalizar el período pactado, decidir libremente y sin ningún efecto colateral extinguir el contrato o continuarlo. Por lo tanto, el período de prueba debe en principio transcurrir íntegro en activo. Ello no obsta para que las partes, si así lo desean, pacten lo contrario: que la incapacidad temporal no interrumpe el cómputo del período de prueba.

- *La situación de incapacidad temporal durante el período de duración del contrato no interrumpirá el cómputo del mismo.*

Es válida, se ajusta y reproduce el carácter del contrato temporal con un máximo de duración fijado “de fecha a fecha”, suceda lo que suceda entre ellas.

- *El trabajador acepta cualquier variación de centro de trabajo, previa comunicación y por necesidades de la empresa.*

Tal y como está redactada no sería válida, pues hay que especificar ya que: o es un centro de trabajo que no comporta mayor gravosidad para el trabajador, en cuyo caso se trata de movilidad funcional del art. 39 del E.T., dentro del “ius variandi” del empresario, o es un centro de trabajo que implica movilidad geográfica, en cuyo caso hay que estar en las formalidades del art. 40.

- *La dirección de la empresa podrá determinar en cada momento el lugar en que se iniciará la jornada de trabajo. No procederá compensación económica alguna cuando el desplazamiento a realizar por el trabajador desde su domicilio pueda realizarse en condiciones normales, entendiéndose como tales las que se cumplan en cualquier trabajador de la zona para efectuar su diaria y normal asistencia al trabajo. En todo caso, se tendrán en cuenta circunstancias específicas del trabajo para las que el interesado ha sido contratado y la actividad de la empresa, así como el lugar donde las partes han concertado la presente.*

Es válida pues no supone modificación alguna prohibida por la ley.

- *Si el trabajador desea cesar voluntariamente en el servicio de la empresa vendrá obligado a ponerlo en conocimiento de ésta, cumpliendo los plazos y condiciones establecidos en la Ordenanza Laboral y/o Convenio aplicable. En su defecto las partes acuerdan que este período de preaviso será de **quince días** naturales. En el supuesto de que se incumpliera este preaviso, el trabajador será penalizado con la pérdida de los haberes correspondientes a los días que median entre la fecha de preaviso real y la que se fije en el total de la liquidación del contrato.*

Es una redacción válida por ser, prácticamente, una transposición de la norma.

- *El cambio de categoría o lugar de trabajo efectuado con la conformidad de las partes, no supondrá en ningún caso alteración en la duración temporal de este contrato, ni la pérdida de esta condición.*

No es válida, pues la naturaleza de temporal del contrato no es disponible por las partes, así que, si no hay **causa cierta** que lo legitime, si no se destina al trabajador al objeto propio del contrato, no pueden variarlo las partes, ni siquiera por mutuo acuerdo.

- *El empresario, previa comunicación por escrito, podrá desplazar al trabajador a realizar otras funciones distintas de las originalmente contratadas, ello cuando lo requiera la organización y buen funcionamiento del trabajo, sin otras limitaciones que las exigidas por las aptitudes profesionales del trabajador.*

Si, siempre que no excedan las funciones los límites del art. 39 del E.T.

- *El trabajador contratado queda enterado de la eventualidad de poder ser trasladado, temporalmente o definitivamente, a un centro distinto del que figura en el presente contrato, sin más limitaciones que las legalmente impuestas, así mismo, se compromete a realizar a petición de la empresa las horas extraordinarias que se le soliciten dentro de los topes legalmente establecidos en el E.T.*

Si, porque no es más que una plasmación de la norma contenida en el art. 35.4 del E.T.

- *Antigüedad. El trabajador no recibirá complemento salarial alguno por antigüedad.*

Solo si el Convenio Colectivo no establece el plus de antigüedad, si lo regula es de obligado cumplimiento respetar ese plus.

- *Lugar de trabajo. El trabajador queda informado de la existencia de otras sucursales y centros de trabajo de la empresa, y de la eventualidad de poder ser trasladado a los mismos por necesidades de la organización de los recursos humanos de la empresa, bien con carácter definitivo, bien con carácter temporal.*

No se aprecia inconveniente para su pacto.

- *Funciones del puesto de trabajo. El trabajador podrá prestar los servicios propios de su grupo profesional en cualquiera de los departamentos a los que le asigne la Dirección de la empresa, pudiendo ser destinado a un puesto de trabajo distinto al inicialmente ocupado sin más limitación que la marcada por su propia titulación y conocimientos profesionales.*

Es válida porque es una reproducción del art. 39, lo que la hace innecesaria, aunque ello no impide que se recalque si el empresario lo estima conveniente.

- *Se pacta la polivalencia funcional dentro del mismo grupo profesional en que está encuadrado el trabajador, dentro del ámbito de la normativa laboral vigente.*

Es legal.

- *El trabajador se compromete a realizar las labores correspondientes a su categoría, en cualquier centro de trabajo que la empresa tenga o pueda establecer en el ámbito de Barcelona, u otros municipios sin que ello dé derecho al trabajador a compensaciones por mayor tiempo empleado, gastos de transporte o cualquier otro concepto que pueda derivarse del citado traslado.*

Habría que especificar en que municipio.

Hay que distinguir: Cuando se suscribe el contrato, de inicio, para un centro, los problemas de acceso al mismo (tiempo y transporte) son del trabajador que ha aceptado ese contrato. Si ya existe un contrato para un centro determinado y se le traslada de centro procede cubrir, como mínimo, el mayor coste que supone el desplazamiento (transporte y mayor tiempo invertido), eso sino implica una modificación sustancial de la condición de trabajo.

2. Contratos temporales del Art. 15 del E.T. y R.D. 2720/94

A) Contrato por obra o servicio determinado.

El Art. 15 del E.T., regulador de los contratos de duración determinada, permite el contrato de obra o servicio determinados cuando se contrata al trabajador para la realización de una obra 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.

En el mismo sentido el R.D. 27/1998 dispone en su Art. 2 la misma definición añadiendo como **cláusulas esenciales**:

La especificación e identificación suficiente con precisión y claridad de la obra o servicio que constituya su objeto, y

Que se trate de la actividad propia de la empresa; pero que la obra o servicio para el que se contrata tenga autonomía y sustantividad propia.

La primera de las cláusulas es fundamental a pesar de que no se le da suficiente importancia en la práctica de los despachos y las gestorías, ocasionando, las más de las veces, una declaración judicial de fraude por alegar en dicha cláusula causal o de objeto del contrato conductas genéricas o simplemente la definición del contrato temporal (ejem. Este contrato se formaliza para la realización de una obra o servicio determinado). Resulta incomprensible la reincidencia permanente en este defecto fundamental a sabiendas de los perjuicios que la inespecificidad del objeto produce.

En este sentido es significativa la sentencia del T.S. de 2-3-90 cuando expone:

*“Este requisito es fundamental o esencial en estos casos, pues si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere no puede hablarse de obra o servicio **determinado**; mal puede existir una obra o servicio de esa clase... si los mismos no se han concretado y determinado previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esa concreción o determinación es forzoso deducir el carácter **indefinido** de la relación laboral correspondiente... y necesariamente se ha de tener en cuenta lo que dispone el Art. 15 del E.T. al afirmar que se produce por tiempo indefinido”.*

Es significativo que sólo “se presume” el carácter indefinido por lo que siempre cabe acreditar en juicio que la obra o servicio determinado para la que se contrató al trabajador existió y fue la causa de la contratación; pero es una temeridad esperar a que le demanden por despido para probar en juicio (con las dificultades que ello comporta) lo que pudo y debió evitarse **redactando bien la cláusula de objeto del contrato**.

- Existen muchas empresas cuyo objeto único, o al menos el principal, es llevar a cabo obras o servicios de carácter temporal (construcción, servicios de limpieza, vigilancia y otras de arrendamientos de servicios).

Este objeto social pueden realizarlo con trabajadores contratados de forma indefinida o con contrato temporal por obra o servicio determinado. También con plantilla mixta: fijos para las labores de mantenimiento de la empresa y otros temporales contratados para atender a cada una de las contrataciones que se vaya adjudicando la empresa.

Precisamente, porque se trata de obras que se acometen para ser llevadas a cabo y concluirse o agotarse, parece lo más lógico acudir a las contrataciones de duración determinada por obra o servicio. Así lo entendió el T.S.J. de Madrid en sentencia de 3-11-89 cuando dice: *“...la calificación jurídica de los contratos -que no depende de la que erróneamente hagan las partes, sino de su naturaleza intrínseca- se adecua perfectamente a la de obra y servicio determinado, por tratarse de un motivo específico que se agota en su propia realización sin idea de repetición anual”.*

- Los contratos de arrendamiento de servicios en los que se condiciona o sujeta su duración a la continuidad de la contrata con el cliente son perfectamente válidos.

Los Tribunales Superiores de Justicia se han dividido al estudiar esta cuestión considerando algunos que si la actividad de arrendamiento de servicios es la propia de la empresa, esta no puede acudir al contrato por obra o servicio, puesto que hay una confusión entre su objeto único (la prestación de servicios) y lo que no puede ser una actividad autónoma con sustantividad propia (cada servicio prestado).

El T.S. ha resuelto esta cuestión y en sentencias de 8-6-99 y 20-11-00, entre otras, se decanta definitivamente por la consideración de que hacer depender la duración de la relación laboral, de la duración del contrato entre la arrendadora del servicio (empleadora) y su cliente, **se ajusta perfectamente** a lo establecido en el Art. 15.1 a) del E.T. Estas empresas de servicios efectúan, pues, un servicio temporal con autonomía y singularidad propia y con término final incierto, por lo que pueden acudir a la contratación temporal por obra o servicio.

En los casos de duda se aconseja:

- La subrogación del personal que realiza el servicio, por la nueva contratista, para lo cual es preciso que venga regulado en el Convenio Colectivo del sector, como sucede en limpieza, vigilancia, colectividades, en el sector de hostelería (catering), etc.

- Si no lo prevé el convenio, y se tratara de la prestación de unos servicios en supuestos distintos de los contemplados por la jurisprudencia antes citada, habría que acudir a la extinción del contrato por causas objetivas, o de fuerza mayor. En este caso llevaría aparejada como mal menor una indemnización de veinte días por año de servicio.

El segundo de los requisitos que se derivan de su regulación legal, el de que se trate de un trabajo con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa (albañilería, revocado, alicatado, etc., de una obra determinada; vigilancia de un local de un cliente etc., limpieza de quirófanos de un hospital, etc.), requiere, fundamentalmente, que se especifique con toda claridad la obra o el servicio.

La sentencia del T.S. de 26-9-92 expone con claridad que *“la expresa mención en el contrato de trabajo en el lugar de la prestación de servicios no dota, por si solo, a estos de autonomía y sustantividad propias exigidas por el Art. 2.1 del R.D. 2104/84 (hoy R.D. 2720/98)”.*

Formalización:

- El contrato deberá formalizarse siempre por escrito y deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente la obra o el servicio que constituya su objeto, la duración del contrato, así

como el trabajo a desarrollar. De ahí su exigencia de forma escrita, única en la que queda constancia de esa identificación.

- En el modelo que se expide por el INEM para la formalización de este tipo de contratos, el espacio que se destina a la especificación del objeto es realmente reducido, lo que sirve de mala excusa a los empresarios para exponer el objeto de la contratación de forma reducida y no válida. En ese caso se aconseja exponerla con amplitud y claridad en una **cláusula adicional** al efecto.

- El contrato se comunicará al INEM o al Servicio Público de Empleo de las CC.AA. en los diez días siguientes a su concertación.

- Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

- Su duración será la del tiempo que dure la obra o servicio para el que se contrata al trabajador. Si el contrato fijara una duración o fecha de extinción, estos deberán considerarse de carácter orientativo.

- Los Convenios Colectivos podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

- El contrato se extinguirá previa denuncia, verbal o escrita, de cualquiera de las partes, cuando finalice la obra o servicio objeto del contrato, y si esta es superior a un año la terminación del contrato deberá notificarse con una antelación mínima de quince días. La ausencia de este requisito no afecta a la naturaleza del contrato ni lo convierte en indefinido, pero obliga al incumplidor al abono salarial de los días que falten en el preaviso.

- En cuanto al período de prueba, al no existir norma específica deberá estarse a la regulación general del Art. 14 del E.T.

Cuestiones que se suscitan:

- ¿Puede extinguirse el contrato por obra o servicio determinado antes de acabar la obra consignada en el contrato? **Si**, el T.S., en sentencia de 12-4-86, dice “*Los contratos para la prestación de un servicio determinado que se realicen mediante un haz de contratos de la misma naturaleza (por ejemplo una obra de la construcción y para cuya realización se contratan albañiles, peones, electricistas, fontaneros, etc.) no requieren el cese simultáneo de todos los trabajadores... sino que en base al Art. 49.3 del E.T. se van extinguendo al terminar la prestación de dicho servicio paulatinamente, debiendo seguirse en el cese el orden inverso al de antigüedad*” (de más reciente a más antiguo).

El contrato fijo de obra del sector de la construcción.

Cuestión aparte, y de gran importancia por el volumen de contratación que genera, es la del contrato fijo de obra regulado en el Art. 28 del vigente Convenio colectivo general de la construcción 2002-2006, y que reproducen, prácticamente todos los Convenios Colectivos de ámbito provincial.

Artículo 28. Contrato fijo de obra.

1.- *Según lo previsto en el Art. 15.1 a) del E.T. este contrato tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados, y se formalizará siempre por escrito.*

2.- *Con carácter general, el contrato es para una sola obra, con independencia de su duración y terminará cuando finalicen los trabajos de oficio y categoría del trabajador en dicha obra.*

3.- *No obstante lo anterior, el personal fijo de obra podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de 3 años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. A tal efecto suscribirán el correspondiente documento según el modelo que figura en el anexo IV.*

4.- *El cese de los trabajadores deberá producirse cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo deducirse éste de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada.*

Este cese deberá comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de 15 días naturales. No obstante, el empresario podrá sustituir este preaviso por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días de preaviso omitidos, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable. Todo ello, sin perjuicio de la notificación escrita del cese. La citada indemnización deberá incluirse en el recibo de salarios con la liquidación correspondiente al cese.

5.- *Si se produjera la paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad, tras darse cuenta por la empresa a la representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, a la comisión paritaria provincial, operarán la terminación de obra y cese previstos en el apartado 1, a excepción del preaviso. La representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, la comisión paritaria provincial, dispondrán, en su caso, de un plazo máximo improrrogable de una semana para su constatación, a contar desde la notificación. El empresario contrae también la obligación de ofrecer de nuevo un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido. Dicha obligación se entenderá extinguida cuando la*

paralización se convierta en definitiva. Previo acuerdo entre las partes, el personal afectado por esta terminación de obra, podrá incluirse en lo regulado en el apartado 2.

Este supuesto no será de aplicación en casos de paralización por conflicto laboral.

6.- En todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en el Art. 49.1 c) del E.T., se establece una indemnización por cese del 4,5 %, calculado sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato.

Se plantea la validez y legalidad de este precepto por entender que se opone al Art. 15.1 a) del E.T. Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por sentencia dictada por el pleno de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 11-6-2002 (con un voto particular). Según ella ha de recordarse en primer término como, efectivamente, el Art. 15 del E.T. al regular la duración de los contratos de trabajo incorpora, como posibilidad legalmente establecida, la de acudir a la contratación temporal de trabajadores en los concretos casos que determina, y uno de estos es, precisamente, el de la contratación para la realización de una obra o servicio determinado; modalidad esta que es, además, utilizada muy frecuentemente en la industria de la construcción como consecuencia de las características propias de la misma. Desde esta perspectiva no puede extrañar en modo alguno que el Convenio colectivo de trabajo para las industrias de la construcción se refiera a esta modalidad de contratación.

El TSJ de Cataluña considera que no existen dificultades a la hora de aceptar la validez legal de la fórmula de contratación indicada y en los términos en que está prevista en el Convenio Colectivo antes relacionado. No puede formularse una objeción a la posibilidad de que las partes de un contrato pacten una material novación del objeto del mismo mediante la asignación del trabajador a una nueva obra que reúna, en todo caso, las condiciones de identificación y especificación suficiente exigidas por R.D. 2720/98.

No son solo las propias previsiones del R.D. citado sobre la materia, no prohibiendo en momento alguno tal tipo de novación y autorizando estos contratos, sino que son elementales principios de lógica jurídica los que nos llevan a adoptar tal conclusión.

El respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los Convenios sancionados en el Art. 37 de la Constitución, debe permitir, primero, aceptar el resultado de una negociación que concluye sin que se produzca lesión alguna a cualesquiera de los derechos básicos de los trabajadores, sancionado en el Art. 4 del E.T. Es perfectamente posible la adscripción del trabajador a una obra distinta de la inicialmente descrita e identificada en el contrato de trabajo, porque ello no representa sino el más simple y natural ejercicio de la libertad contractual sancionada en el Art. 1255 del Código Civil.

Reconocida en particular, y de forma expresa, la capacidad y facultad del trabajador para oponerse a la novación en cuestión y permanecer así adscrito a la realización de la obra para la que fue contratado, no existen motivos válidos para oponerse a la regulación colectiva, primero, y al pacto contractual concreto examinado.

A mayor abundamiento, la sentencia del TSJ de Cataluña de 21-10-99 ya decía: "Cuando cada una de estas obras individualmente consideradas fuese idónea para permitir un contrato de obra o servicio determinado, no hay razón legal alguna para impedir que la negociación colectiva pueda articular este tipo de mecanismos, porque si hubiesen sido válidos cada uno de los contratos que pudiera haberse formalizado en relación con cada una de estas obras, también ha de serlo el traslado aceptado por el trabajador a cada una de ellas. No está configurando el Convenio Colectivo un nuevo contrato temporal distinto al previsto en el Art. 15 del E.T. y R.D. 2720/98, sino **tan sólo ajustando a un concreto sector productivo este mismo tipo de contrato.**

La mejor prueba de la perfecta legalidad de la previsión del Convenio la encontramos precisamente en las concretas circunstancias concurrentes en el caso de autos, en el que no se discute que el trabajador efectivamente prestó servicios en la obra reseñada en el contrato de trabajo y al término de la misma pasó a trabajar en otra obra de la empresa y, a su finalización, a una tercera obra, tras la cual se produce el cese; con lo que de igual forma que hubiera sido ajustado a Derecho la formalización de tres contratos para obra o servicio determinado, diferentes y referenciados a cada una de tales obras, ha de serlo el traslado consentido por el trabajador a cada una de ellas, por finalización de la anterior, que se ajusta perfectamente a las exigencias del Convenio Colectivo.

Por último, el que quedasen ciertos trabajos pendientes de finalizar en la última de las obras en que prestó servicios no significa que la obra en cuestión no hubiere terminado en la especialidad para la que fue contratado.

B) Contrato eventual por razones de producción

El Art. 15 del E.T. y el Art. 3 del R.D. 2720/98 autorizan la contratación temporal para atender exigencias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.

Normativa

Art. 15 del E.T.

R.D. 2720/98 de 18 de Diciembre.

Artículo 3º de la Ley 122001 de 9 de Julio.

Formalización

- Se formalizará por escrito de forma obligatoria cuando su duración exceda de cuatro semanas, y en todos aquellos casos en que se concierte a tiempo parcial.
- El contrato y, en su caso, la prórroga (solo cabe una sola prórroga) se comunicarán al servicio público de empleo dentro de los diez días siguientes a su contratación.
- El contrato se extinguirá previa denuncia de cualquiera de las partes, por la expiración del tiempo concertado que nunca debe exceder del máximo legal que será de seis meses en un período de doce meses, si el Convenio no dispusiera otra cosa.
- Los contratos que tengan establecida, legal o convencionalmente, una duración máxima y que se hubiesen concertado por una duración inferior a la misma, se entenderán prorrogados tácitamente, hasta la correspondiente duración máxima legal o convencional, cuando no hubiese mediado denuncia o prórroga expresa antes de su vencimiento y el trabajador continúe prestando servicios. Finalizada también esa prórroga tácita, llegado el cumplimiento máximo del tiempo posible, el contrato se convertirá en indefinido si el trabajador siguiera prestando servicios.

Cláusulas principales

- La duración del contrato que no puede superar el máximo de seis meses en un período de doce meses, salvo en los casos en los que el Convenio Colectivo disponga otra cosa. En todo caso los Convenios Colectivos no podrán establecer un período de referencia que exceda de dieciocho meses, ni una duración máxima del contrato que exceda de las tres cuartas partes, no siendo superior a doce meses.
 - Podrá concertarse a tiempo completo o a tiempo parcial.
 - Es fundamental establecer con claridad y precisión la circunstancia o cláusula por la que se realiza el contrato (se insiste en este punto por ser el más infringido en la práctica).
- Esta cláusula fundamental, establecida en el Art. 3.2 a) del R.D. 2720/98 (“el contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique”), implica que su incumplimiento produce la presunción de fraude de ley, y la conversión del contrato en indefinido.

Situaciones que pueden darse

- Si el empleador fuera una Administración pública, el efecto de la falta de concreción de la causa supone que el trabajador se convierte en indefinido, no en fijo de plantilla, y su situación es, a todos los efectos, la de un interino por vacante, viniendo la Administración empleadora obligada a convocar la plaza ocupada por el laboral indefinido o a amortizarla. Una vez cubierta reglamentariamente, o amortizada, el trabajador cesa sin más, como un interino común.
 - ¿Convierte en indefinido un contrato temporal la existencia de algún error u omisión de algún requisito administrativo (ejem. Formalizar el contrato en impreso no oficial o falta de formalidad no esencial)? No, si la causa es real y está claramente descrita y especificada en la cláusula correspondiente (objeto del contrato).
 - El error en el impreso, utilizando el de obra o servicio por el eventual por razones de la producción ¿convierte la relación en indefinida? No, si existe causa para contratar por razones de la producción y contiene cláusulas imprescindibles que lo diferencian del utilizado erróneamente: duración y objeto.
 - Si a la terminación del contrato temporal se suscribe otro indefinido o si no han transcurrido veinte días hábiles entre uno y otro, la antigüedad abarcará todo el tiempo de servicio sumados los contratos.
 - Cuando se precisa el trámite del preaviso, la falta de este requisito no desnaturaliza el contrato convirtiéndolo en indefinido, sino que nace la obligación de abonar el salario por los días de preaviso no cumplidos.
 - Son en fraude de Ley los contratos eventuales por razón de la producción:
 - a) Cuando, a pesar de estar bien configurado el contrato, se destina al contratado para labores permanentes.
 - b) Cuando se sustituye la exposición clara y precisa de la causa por otra genérica, como por ejemplo: por razones de la producción, por circunstancias del mercado, por acumulación de tareas, por exceso de pedidos, o similares.
 - Cuando se realizan para trabajos intermitentes con el mismo trabajador: para épocas de rebajas, campañas de verano o vacaciones en las agencias de viajes, etc. El contrato que procede en este caso es el de a tiempo parcial si se le llama regularmente en la misma fecha o el fijo discontinuo si no tiene fecha exacta de reincorporación.
 - Cuando se sobrepasa el tiempo máximo permitido por el Convenio o por el E.T., en defecto de aquel.
- Algunas sentencias del T.S. han definido, con claridad y precisión, las causas que autorizan a acudir a este tipo de contratación temporal. Así la sentencia de 4-2-99 cuando dice *“Ha de justificarse en atención a una causa vinculada objetivamente a la presencia de circunstancias provisionales que crean una necesidad extraordinaria de trabajo en la empresa que no puede ser atendida por la plantilla normal de la misma... El Art. 15.1 b) del E.T. debe, por tanto, interpretarse en el sentido de que el contrato temporal requiere necesariamente un término y que este rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo.*

La fijación de un plazo o término de seis meses o el máximo permitido por el Convenio Colectivo puede dar lugar a que el contrato de trabajo se extinga aunque permanezca subsistente la causa.

Si lo que desaparece es la causa que justificó el contrato temporal, este podrá continuar hasta la finalización del plazo pactado (para evitar riesgos de precariedad sobre la situación personal del trabajador). Hay que tener especial precaución para no fijar plazos de contratación superiores a lo que se prevé va a durar la causa para evitar posibles situaciones de fraude”.

- Una consecuencia importante del establecimiento legal de un término cierto, es que en los contratos eventuales concertados con empresas de trabajo temporal, ha de seguirse el régimen legal del Art. 1 b) del E.T. aunque el contrato de puestas a disposición se resuelva antes del plazo pactado en el contrato de trabajo, por finalización de la causa que determinó la contratación con la empresa usuaria. Así el T.S. estima que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.

- Las sentencias de 15-2-95 y 17-11-97 establecen que lo que caracteriza la acumulación de tareas es precisamente la desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma tal que el volumen de aquel excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de este; y ello se produce tanto cuando se trata de aumento ocasional de las labores y tareas que se tienen que efectuar, aún estando al completo la plantilla correspondiente, como cuando, por el contrario, se mantiene dentro de los límites de la normalidad el referido trabajo pero, por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo. En estos casos en que el desequilibrio o desproporción se debe a la existencia de vacantes o puestos fijos sin cubrir, y la empleadora no puede llevar a cabo la normal cobertura de las mismas con la rapidez adecuada, nos encontramos ante un supuesto de acumulación de tareas, por lo que es lícito acudir al contrato eventual en lugar del contrato de sustitución por vacantes, vacaciones, etc.

C) Contrato de sustitución por interinidad y por vacante

El Art. 15 del E.T. y el Art. 4 del R.D. 2720/98 autorizan este tipo de contratos temporales cuando se precisa sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, Convenio Colectivo, o acuerdo individual, en cuyo caso nos encontramos ante la modalidad del contrato de interinidad por sustitución, o bien para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso se trata del contrato de interinidad por vacante.

Formalización

El contrato de interinidad, en sus dos especies de por sustitución y por vacante, se celebrará siempre por escrito, registrándose en el INEM u Oficina Pública de Empleo en los diez días siguientes a su contratación.

- Se identificará con claridad y suficiencia al trabajador sustituido.
- Se expondrá la causa de la sustitución y (algo que siempre se olvida) si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél.
- Si se trata de interinidad durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en el contrato se identificará el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

- Los contratos temporales de interinidad se transforman en indefinidos:
 - Cuando no se identifica con claridad el trabajador sustituido, o la plaza vacante que se pretende cubrir.
 - Si, finalizada la causa de sustitución, el trabajador con reserva de puesto de trabajo no se reincorpora y el interino continúa ocupando esa plaza (S.T.S. de 30-10-00). Se exceptúan los supuestos de sustitución de la Administración, en cuyo caso pasa a situación de interino por vacante, y puede seguir así hasta la cobertura de la plaza por trámite reglamentario, o hasta su amortización (S.T.S. de 24-1-96).
 - Pueden concatenarse varios contratos de interinidad, siempre que, contemplados individualmente, reúnan cada uno de ellos las condiciones generales de validez.
 - En los contratos de interinidad por vacante para cubrir un puesto de trabajo, mientras dura el proceso de selección, varía según la empleadora sea una entidad pública o privada. Para las Administraciones públicas no fija la norma un plazo concreto para la promoción o cobertura de la vacante, remitiéndose a lo establecido en la legislación correspondiente. En cambio, si se trata de un empleador privado, el tiempo máximo para el proceso de selección es el de tres meses, a cuya finalización deberá extinguirse el contrato de interinidad, y si el trabajador continuase prestando servicios se transformará en indefinido.

Un caso realmente llamativo es el que se está produciendo con los contratados laborales del extinto Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, y que, por razón de su falta de causalidad, habían devenido en trabajadores indefinidos. Una vez el Organismo citado se ha convertido en sociedad anónima (7/2001), Correos, al ser una empleadora privada, se somete automáticamente a la limitación establecida para la cobertura de sus plazas vacantes. De ahí que tres meses después de su conversión a empresa mercantil todos sus trabajadores indefinidos (en su condición asimilada a la de interinos por vacante) deben ser considerados como trabajadores fijos de plantilla. En ese sentido la sentencia de la Audiencia Nacional que resuelve el conflicto colectivo planteado por las organizaciones sindicales, que está próxima a su publicación.

3. Contratos formativos

CONTRATO EN PRÁCTICAS

Esta modalidad de contratación tiene por finalidad facilitar la incorporación al mercado de trabajo de las personas que poseen una titulación académica habilitante; pero carecen de una experiencia profesional suficiente para que su actividad sea plenamente productiva, lo que dificulta sus posibilidades de colocación.

Normativa

- Art. 11 del E.T.
- R.D. 488/98, de 27 de Marzo, el que se desarrolla el Art. 11 del E.T.

Requisitos

Este contrato se concertará únicamente con las personas que estuvieren en posesión de un título universitario, o de formación profesional de grado medio, o superior, o equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional. Así:

a) Títulos profesionales válidos para este contrato.

Diplomado universitario.

Ingeniero técnico.

Arquitecto técnico.

Licenciado universitario, ingeniero o arquitecto.

Técnico o técnico superior de la formación profesional específica.

Títulos equivalentes otorgados por los organismos competentes.

La sentencia del T.S. de 26-3-99 expone: *“Solo justifican el contrato en prácticas aquellos títulos que realmente exijan la realización de unos estudios de características teóricas que habiliten para una profesión socialmente vinculada a una capacitación previa”*.

b) Titulación reciente. Que no hayan transcurrido más de **cuatro años** desde la terminación de los estudios (recuérdese el dicho de que los títulos, al igual que los yogures, caducan).

c) Formalización por escrito, siendo **cláusulas básicas** las siguientes:

- Titulación del trabajador.

- Duración del contrato, no inferior a seis meses ni superior a dos años (salvo que el Convenio Colectivo permita otra duración distinta y superior).

- Puesto de trabajo a desempeñar durante las prácticas (que será el elemento básico a hacer constar en el certificado que, al finalizar el contrato, debe expedirle el empresario).

- El período de prueba, que será el que autorice el Convenio Colectivo y, si nada dice, será de un máximo de un mes para los títulos de grado medio y de dos meses para los de grado superior.

- La retribución, que será la que estimen las partes, teniendo como límite inferior la del Convenio Colectivo si viniere establecida para estos contratos, y, si no, la del 60 % para el primer año de duración del contrato, y del 75 % para el segundo año (si el Convenio autorizara un tercer año se abonaría también el 75 %) del que corresponda a un trabajador que realice las mismas funciones que el contratado en prácticas, y nunca inferior al salario mínimo interprofesional. Si el contrato de trabajo lo fuese a tiempo parcial, la remuneración será la proporcional a la jornada contratada.

Además de estas cláusulas básicas pueden establecerse todas las que convengan particularmente, como si se tratase de un contrato indefinido ordinario.

d) El contrato en prácticas, debe comunicarse al INEM o al Servicio Público de Empleo de las CC.AA., en su caso, dentro de los 10 días siguientes a su formalización y de las sucesivas prórrogas, que, en ningún caso, serán más de dos.

e) Al término del contrato puede formularse con el mismo trabajador otro contrato, también en prácticas, si se hace en virtud de distinta titulación y funciones diferentes.

f) Al finalizar el contrato el empresario deberá expedir al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo ocupados, y las principales tareas realizadas en cada uno de ellos. Su falta no desnaturaliza el contrato, pero es causa de sanción administrativa.

Incentivos

Las transformaciones en contratos indefinidos, ya sea a tiempo completo, o a tiempo parcial, se podrán realizar con los beneficios establecidos en la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de Julio, y las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social previstas en el Art. 44 de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre, referente al programa de Fomento a la ocupación indefinida.

Cuestiones que pueden suscitarse

- ¿Puede pactarse en cláusula adicional que el trabajador percibirá los complementos salariales de puesto de trabajo en la proporción del 60 % o el 75 %?

No, pues esa proporción afecta al salario base y pluses de Convenio; pero si el puesto que desarrolla tiene algún plus por penosidad, nocturnidad, etc. o el trabajador obtiene una productividad específica (bonus, objetivos, etc.), estos pluses deberán abonarse como a cualquier trabajador que soporte los primeros, o alcance los segundos. Solo puede establecerse esa reducción salarial en aquellos conceptos que afecten a la condición de inexperto del trabajador en prácticas y redunde, por ello, en su capacidad productiva.

- Advertencia: - El contrato en prácticas del personal investigador, científico o técnico, viene regulado en la Ley 13/1986, de 14 de Abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (en su redacción dada por la disposición adicional séptima de la Ley 12/2001), cuya principal diferencia con el contrato en prácticas, llamémosle común o general, es la paridad del salario con el del personal investigador que realice idénticas o análogas actividades.

CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

El contrato para la formación, antes llamado de aprendizaje que es un término más expresivo por lo que no debió cambiarse, tiene por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación.

Normativa

- Art. 11 del E.T. y R.D. 488/98 de 27 de Marzo.
- Orden de 14/7/1998.
- Resolución de 26/10/98.

Formalización

- Se concertará siempre por escrito, comunicándolo al servicio público de empleo dentro de los diez días siguientes a su concertación, al igual que las prórrogas del mismo (máximo dos prórrogas con una duración mínima para cada prórroga de seis meses).

- Su duración no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, excepto en el caso que el convenio colectivo de ámbito sectorial fije una duración mayor que, en ningún caso, puede superar los tres años.

- Sólo se puede concertar a tiempo completo (jornada que se compone del tiempo de trabajo efectivo y el dedicado a formación teórica).

- Finalizada la duración máxima, el trabajador no puede ser contratado, bajo esta misma modalidad, ni por la misma ni por otra empresa.

• La acción protectora de la Seguridad Social comprende: Las contingencias derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional. La asistencia sanitaria siempre. La de maternidad, el subsidio de I.T. y las pensiones (con las particularidades que se contienen en el Art. 15 del R.D. 488/98 de 27 de Marzo).

- Estarán cubiertos por el FOGASA.

Cláusulas principales

- El oficio o nivel ocupacional objeto de aprendizaje, el tiempo dedicado a la formación y su distribución horaria, la duración del contrato y el nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor.

- La retribución, que será fijada en Convenio Colectivo o, en su defecto, la que se pacte, que no podrá ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional, en proporción al tiempo trabajado (ejem. Si se fija un 80 % de jornada completa dedicada al aprendizaje práctico, el salario no podrá ser inferior al 80 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento).

- Período de prueba, que no podrá ser superior a dos meses.

- Determinar el número de contratados para la formación ya suscritos y vigentes en la empresa (siempre dentro de la escala del Art. 7.2 del R.D. 488/98).

- Las funciones o la categoría profesional si vinieran establecidas en Convenio, (lo que permite situar la naturaleza de los trabajos y su adecuación al contrato para la formación).

- Son nulas las cláusulas que restrinjan, para los aprendices, los derechos y beneficios establecidos en el Convenio Colectivo para los demás trabajadores.

• Queda prohibida la formalización de estos contratos con aquellos trabajadores que se encuentren en posesión de una titulación que habilite para la suscripción de un contrato en prácticas para esa misma función o puesto para la que se ha contratado como aprendiz.

• No se puede contratar como aprendiz para funciones que precisen de titulación habilitante. Lo que sería precedente es un contrato en prácticas.

• No se puede contratar como aprendiz para realizar funciones que no comporten "adquirir oficio", ni requieran de preparación alguna, por ejemplo: mozo de carga y descarga, mozo de limpieza en general, reponedor de estanterías en comercios o superficies, etc.

- Debe huirse, por fraudulentos, de los contratos que tratan de sustituir mano de obra adulta, que realiza funciones que no precisan de enseñanza, por contratos para la formación en busca de una menor retribución por idéntica función.

- Cuando se han pactado unas horas para la formación teórica, y durante el contrato finaliza el curso de formación al aprendiz **¿puede añadirse el tiempo que se dedicaba a la formación teórica al pactado para la formación práctica (trabajo)?** En principio nada dice la norma; pero teniendo en cuenta que este contrato no cabe en la modalidad de tiempo parcial, puede absorberse la totalidad de la jornada para la formación práctica. Lógicamente ello comportará el aumento salarial en la proporción de tiempo de trabajo adicionada.

4. El contrato a tiempo parcial

El Art. 12 del E.T. denomina contrato a tiempo parcial al que se celebra para prestar 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”.

Así, para determinar cuando en una empresa un contrato se celebra bajo esa modalidad, habrá que comparar la jornada (en cómputo anual) con la de otro trabajador de la plantilla equiparable (trabajo similar).

Si en la empresa no hubiere ningún trabajador a tiempo completo, o este no fuera comparable por realizar funciones totalmente distintas, será contrato a tiempo parcial el que no alcance la jornada máxima según Convenio Colectivo aplicable y, si no hubiese Convenio, la legal.

Características

- Se formalizará siempre por escrito y en el modelo oficial.
- Podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada excepto en el contrato para la formación (aprendizaje).
- Si se concierta para realizar trabajos fijos y periódicos (rebajas, campañas anuales de verano o estacionales en empresas de viajes, etc., montaje de espectáculos o estructuras en fiestas anuales, etc.), siempre que constituyan la actividad de la empresa, deberán formalizarse por tiempo indefinido bajo la modalidad de **fijos discontinuos** (que no deja de ser una subespecie de los contratos a tiempo parcial).

Cláusulas principales

- El número de horas ordinarias de trabajo al día o a la semana, o al mes, o al año que se contratan, y su distribución. La penalización que lleva aparejada el incumplimiento de esta cláusula es la de tener el contrato por realizado a jornada completa, salvo que, en juicio en el que se cuestione, se pruebe su naturaleza de contrato a tiempo parcial.

- Si la jornada del centro es partida, y el contrato a tiempo parcial supone una jornada diaria inferior a la del resto de plantilla (hay que tener en cuenta que incluso podría ser superior pues su cómputo es anual), el trabajador a tiempo parcial solo podrá hacer la jornada de forma continua (si su duración diaria fuera inferior a seis horas), o, a lo máximo, con una interrupción (al igual que el resto de sus compañeros). Solo cabe pactar más de una interrupción diaria cuando el Convenio Colectivo así lo autorice.

- Está totalmente prohibido pactar o realizar horas extraordinarias (excepto las de fuerza mayor).
- Puede pactarse la realización de **horas complementarias** que, a pesar del parecido aparente con las horas extraordinarias, tienen un régimen totalmente distinto. Así:

- a. Pueden pactarse en el contrato con sujeción a lo dispuesto en el Art. 12.5 del E.T., o en el Convenio Colectivo, si viniesen reguladas.

- b. Son siempre voluntarias para el trabajador. Debe aclararse que lo voluntario es el pactarlas, pero no su cumplimiento si se ha pactado, pues, en ese caso, es obligatorio para ambas partes. No obstante, el trabajador podrá renunciar a realizar las horas complementarias pactadas siempre que lo preavise con quince días de antelación, y además se base su renuncia en las siguientes causas: cuidado del menor de seis años o familiar que necesite ayuda en los términos del Art. 37.5 del E.T. Por incompatibilidad con otro trabajo a tiempo parcial. Por incompatibilidad con necesidades formativas, si coinciden en el mismo horario.

- Se pueden pactar las horas complementarias al formalizar el contrato, o con posterioridad (mediante un anexo al contrato inicial estableciendo la cláusula específica o utilizando el modelo oficial).

- No caben horas complementarias en los contratos a tiempo parcial de duración temporal, si no solo en los de duración indefinida.

- Las horas complementarias pactadas no pueden exceder del 15 % de las horas ordinarias del contrato a tiempo parcial, y la suma de ambas, ha de ser inferior al límite de la jornada completa de un trabajador comparable.

- Puede pactarse su distribución; pero el trabajador deberá conocer la fecha de su realización con siete días de antelación, salvo que el Convenio Colectivo disponga otra cosa.

- Lógicamente, la suma de las horas ordinarias y las complementarias en un mismo día han de respetar los límites de jornada así como la obligación de descansos establecidas en el E.T. o en la legislación especial (jornadas especiales).

- Se remunerarán como extraordinarias a los efectos de cotización a la Seguridad Social.

• Los trabajadores a tiempo parcial tienen todos, y los mismos derechos que los trabajadores a jornada completa, con la particularidad de que, los que sean susceptibles de ello, se disfrutarán en proporción a la jornada contratada.

Situaciones que pueden darse

- Pactada en Convenio la posibilidad de que el trabajador pidiese la contratación a tiempo completo no puede serle negada la misma como represalia. La discrecionalidad empresarial para la transformación de un contrato de tiempo parcial en tiempo completo, a solicitud del trabajador, no justifica conductas contrarias a los derechos fundamentales (sentencia del T.C. 90/1997 de 6 de Mayo).

- Son ilegales los contratos denominados “a llamada”, en los que el empresario no se compromete a utilizar al trabajador más que cuando sea necesario (sentencia del T.S. de 17/12/2001).

- La existencia de un pacto colectivo sobre la conversión de los trabajadores a tiempo parcial en trabajadores a tiempo completo vincula al empresario, pero no produce automáticamente dicha conversión. Para que esta se produzca, es preciso que acepte voluntariamente el propio trabajador afectado (sentencia del T.S. de 21 de Julio del 92).

- Si un contrato a tiempo parcial se formaliza bajo la modalidad de contrato temporal, y no se especifica con claridad la causa de la temporalidad, el contrato se convierte en contrato por tiempo indefinido; pero ello no afecta a la duración de la jornada que seguirá siendo la pactada como a tiempo parcial (sentencia del T.S. de 21 de Diciembre del 95).

- La proporcionalidad en el disfrute de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial solo debe aplicarse cuando la condición de trabajo lo permita (sentencia del T.S. de 11 de Mayo del 98).

- Si un trabajador a tiempo parcial decide jubilarse anticipadamente, a los 64 años, su sustituto deberá también ser un trabajador a tiempo parcial (sentencia del T.S. de 18 de Marzo del 2002).

5. El contrato con extranjeros

Legislación aplicable

- Estatuto de los Trabajadores Arts. 7 y 9.2.

- L.O. 4/2000 de 11 de Enero.

- L.O. 8/2000 de 22 de Diciembre por la que se modifica la L.O. 4/2000.

- L.O. 14/2003 de 20 de Noviembre de reforma de la L.O. 4/2000 de 11 de Enero (en su redacción de la L.O. 8/2000).

- R.D. 864/2001 de 20 de Julio.

- Art. 48 de la Ley 61/2003 “de acompañamiento”.

• Al tratar las cuestiones que se suscitan en la contratación laboral con extranjeros, hay que diferenciar según sea la situación administrativa del extranjero.

Si se halla en posesión de los reglamentos-permisos de residencia (hoy profundamente modificado), y el de trabajo o “autorización administrativa”, su situación, en cuanto a derechos y deberes, no difiere en absoluto de la de los trabajadores españoles o de los comunitarios.

Los extranjeros gozan en España de igualdad de trato en el ejercicio del derecho al trabajo, y así viene reconocido en instrumentos internacionales que, suscritos por el Estado español obligan con la fuerza de la legislación propia. Por ejemplo en la Carta Social Europea, que impide dar a los **extranjeros legalizados** un trato menos favorable que a los nacionales propios. Tal precepto ha sido recogido en el Reglamento de extranjería y en las medidas antidiscriminatorias de los arts. 23 y 24 de la L.O. 8/2000.

Son actos de discriminación cometidos por los empresarios:

- Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles para obtener bienes o servicios.

- Los que impongan **ilegítimamente** condiciones más gravosas que a los españoles, o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales.

- Los que perjudiquen **injustificadamente** a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia, etc., siempre que afecten a requisitos no esenciales para el desarrollo de una actividad laboral.

- Cualquier acción del empresario o sus representantes que produzca efecto perjudicial, discriminando, aún indirectamente, a los trabajadores por su condición de extranjeros.

• Para acceder a un empleo los trabajadores extranjeros legalizados pueden inscribirse en las oficinas de empleo del INEM o a través de las agencias de colocación.

• Para su inscripción como demandantes de empleo se utiliza el número de identidad de extranjero (N.I.E.), que debe figurar en todos los documentos que se expidan o tramiten. Este número es personal, único y exclusivo.

• Se permite la inscripción y permanencia en las oficinas de empleo a los titulares de los siguientes documentos, siempre y cuando estén vigentes:

a) Los titulares del permiso de trabajo tipo A con una duración superior a 90 días que implique la concesión de un permiso de residencia tipos B, b, C, D, d, E, permanente, extraordinario y documento de identidad de los refugiados y de los familiares a quienes se les haya reconocido la extensión familiar para residir en España.

b) Quienes acrediten la solicitud de renovación de un permiso de residencia y sean titulares de los permisos b, B y C ya caducados y un permiso de trabajo.

c) Los titulares de los permisos C y E durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración.

d) Los titulares de permisos permanentes o extraordinarios aunque hubiesen caducado las tarjetas que documentan dichas autorizaciones.

e) Quienes aporten una certificación expedida por las Delegaciones del gobierno o Dirección General de Ordenación de las Migraciones que acredite que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el R.D. 155/96 (haber sido español, ser hijo o nieto de español de origen, etc.).

• Los extranjeros mayores de 16 años que ejerzan o traten de ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán de cumplir, como norma general, los siguientes requisitos:

a) Encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- Situación de estancia legal, cuando la permanencia no es superior a 90 días. Transcurrido ese tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia.

- Posesión del permiso de residencia temporal, si su duración es mayor de 90 días e inferior a 5 años. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero cuando acredite disponer de medios de vida suficientes para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizara actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes, tenga una oferta de contrato de trabajo a través de procedimiento reglamentariamente reconocido o sea beneficiario del derecho al reagrupamiento familiar.

- Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que en su momento hubiera obtenido tal permiso y no lo hubiera podido renovar, así como aquellos que acrediten una estancia ininterrumpida de 5 años en territorio español y cuenten con medios económicos para atender a su subsistencia.

- Se requiere, también, que el extranjero carezca de antecedentes penales en España, o en sus países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en territorio Schengen, ni en aquellos con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

- Residencia permanente, situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Tendrán derecho a la residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante 5 años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque, por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente, hayan abandonado el territorio temporalmente. Con carácter reglamentario, y excepcionalmente, se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

b) Estar en posesión del permiso de trabajo, en caso de trabajadores por cuenta ajena, o de autorización administrativa, en caso de trabajadores por cuenta propia.

Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deben solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La carencia de la autorización correspondiente para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

• Los empleadores están obligados al pago de la **tasa** correspondiente a la autorización expedida al extranjero para trabajar por cuenta ajena en España, y el propio trabajador cuando lo sea por cuenta propia. Será nulo todo pacto por el cual el trabajador por cuenta ajena asuma pagar total o parcialmente la tasa establecida.

• Si el empleador incumpliere la obligación de solicitar el permiso, podrá el trabajador extranjero solicitar directamente la concesión de dicho permiso. En cualquier caso, para la concesión inicial del permiso de trabajo, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

• La duración del permiso de trabajo será inferior a 5 años, pudiendo ser limitada a un determinado territorio, sector o actividad.

• Puede ser renovado si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuenta con una nueva, en los términos que se establezcan reglamentariamente. También cuando la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, hubiere otorgado una prestación contributiva de desempleo por el tiempo de duración de dicha prestación.

• Igualmente, cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, durante el plazo de duración de la misma.

• A partir de la primera concesión, los permisos se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

Por tanto, y comparando el articulado de la nueva L.O. 8/2000 con la anterior, se desprende que ha desaparecido el permiso de trabajo de carácter permanente al llegar a los 5 años, a diferencia de la regulación anterior que señalaba

que transcurridos 5 años desde la concesión del primer permiso de trabajo, y las prórrogas correspondientes, el permiso será permanente.

• Al igual que la anterior normativa, la L.O. 8/2000 no establece efecto alguno respecto a la ausencia del permiso de trabajo. Se debe acudir, por lo tanto, a la jurisprudencia. Así el T.S. ha llegado a la conclusión de que es nulo el contrato de trabajo celebrado con extranjero sin permiso de trabajo, pudiendo producirse los distintos supuestos que han reseñado los profesores Ballester Pastos y Blasco Pellicer:

- El contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo es nulo de pleno derecho.
- El contrato celebrado con extranjero que tiene un permiso o autorización distinta al trabajo que se pretende realizar, se considera viciado de nulidad.
- La jurisprudencia no aprecia nulidad cuando el trabajo se ha realizado sin permiso, que ha sido solicitado, si se concede posteriormente, una vez iniciada la prestación laboral.
- Aunque el Tribunal Constitucional ha considerado que los contratos de trabajo, o relación laboral en los que participa un extranjero sin permiso de trabajo, son nulos de pleno derecho, pues, en este caso el extranjero carece de capacidad legal para trabajar (S.T.C. 197/84 de 23 de Noviembre), el T.S. ha matizado que, si bien la norma condiciona el ejercicio de una actividad laboral por los extranjeros a la concesión de los permisos, ello no entraña que los contratos suscritos sin ellos sean nulos, sino que tendrán validez hasta tal concesión, pues solo en el supuesto de denegación es cuando puede estimarse dicha nulidad (S.T.S. 15-3-89).

Sin embargo aunque sea nulo el contrato de trabajo celebrado con el trabajador desprovisto de los preceptivos permisos de trabajo y residencia, y en consecuencia este carezca de legitimación para accionar un despido inexistente, mantendría su derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado.

Esta última afirmación ha quedado obsoleta y modificada profundamente por el Art. 36.3 de la Ley orgánica 8/2000 que ha tenido ya su reflejo en sentencias de los Tribunales Superiores, como la del T.S.J. de Cataluña de 14-5-02 a la que me referiré más ampliamente en epígrafes posteriores.

- La validez del contrato no desaparece por la expiración del permiso ya poseído pues el empresario, si le corresponde solicitar su renovación y no lo hace, no puede actuar de forma que transforme en nulo un contrato inicialmente válido (T.S.J. de Cataluña de 18-10-91). La misma sentencia aprecia la posibilidad de fraude de Ley en la contratación de extranjeros (Ángela M^a Martín Pascual.- El extranjero ante el mercado de trabajo.- Ministerio de Justicia 2002).

• El Art. 36.3 de la L.O. 8/2000 establece que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero”. La expresión, poco afortunada, suscita dos posibles interpretaciones según las consideraciones que realiza el Magistrado del T.S. Aurelio Desdentado Bonete:

1^a Que el contrato de trabajo del extranjero sin permiso ya no sería nulo.

2^a Que el contrato de trabajo es nulo, pero que la nulidad no afecta a los derechos ya devengados a favor del trabajador por la prestación de trabajo. ¿Qué derechos son estos? Obviamente el salario por el trabajo realizado y la indemnización por despido. Precisamente en este aspecto el T.S.J. de Cataluña en sentencia del 14-5-02, legitima al trabajador extranjero carente de todo tipo de permisos que ha sido contratado, o mejor, que ha prestado servicios para un empleador, para que pueda formular demanda por despido, y, declarado éste improcedente, condenó al empresario al pago de los salarios de tramitación y al abono de la indemnización legal sin permitirle el derecho de opción del Art. 56 del E.T. por razones obvias: no puede el empresario optar por la readmisión de un trabajador sin capacidad para contratar (Art. 7 del E.T.), perpetuando su situación de ilegalidad.

• En materia de Seguridad Social la sentencia del T.S., Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de Diciembre de 1998 estableció la obligación de cotizar por el extranjero irregular, lo que, aunque se considere como una medida que trata de evitar un beneficio extra al empresario infractor, no deja de ser uno de tantos desajustes (no me atrevo a decir barbaridades) a que da lugar la legislación de extranjería en materia laboral y de Seguridad Social. El propio Desdentado Bonete explica estas y otras incongruencias diciendo que se trata de otro caso de despiste provocado por la motorización legislativa “la respuesta quizá la encontremos en la próxima Ley de acompañamiento o en la próxima Ley de extranjería. Así está el mundo del Derecho”.

• Aún cuando no tenga una relación directa con el tema de este texto, relativo a las cláusulas contractuales, reproduzco un artículo publicado en el diario MUNDO sobre el accidente de trabajo de extranjeros sin permiso, y sus efectos a la luz de la última sentencia del Tribunal Supremo; por cuanto el alto tribunal deriva responsabilidades para el empleador infractor:

La sentencia del T.S. de 9-6-03 contempla el siguiente supuesto: Un trabajador extranjero, de país no comunitario, que carece de permiso de residencia y de trabajo, sufrió un accidente laboral en Mayo del 2000, mientras trabajaba para un empresario conocedor de su situación de ilegalidad y que, lógicamente, no le había dado de alta en la Seguridad Social.

El trabajador accidentado solicitó ante la jurisdicción social tanto la asistencia sanitaria como el subsidio de I.T. por consecuencia de las lesiones sufridas, y que le habían sido denegadas por la Entidad Gestora.

Ante la ausencia de disposiciones legales que regulen específicamente este supuesto, el T.S. bucea en la legislación vigente de protección frente al accidente de trabajo sufrido por un trabajador, aunque no haya sido dado de

alta en la Seguridad Social, y los derechos y libertades de los extranjeros en España. Así recoge los siguientes preceptos que une, a modo de mimbres, para justificar el derecho a la protección social solicitada:

a) El Art. 125.3 del TRLGSS, cuando establece que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo... aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones” (de alta y/o cotización).

Ante la posibilidad de que se considere ese precepto solo aplicable a los trabajadores que reúnan las condiciones legales para ser parte en el contrato de trabajo el T.S., continúa:

b) La actual Ley de extranjería dispone, en el Art. 36.3 de la Ley orgánica 8/2000, que “la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”; lo que, de entrada, le otorga la protección de su estatus de trabajador.

¿Alcanza esa protección a las prestaciones de la Seguridad Social? El Art. 57 de la Ley de extranjería establece que la sanción de expulsión no puede ser impuesta... “d) a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo” lo que, indudablemente, conduce a la posibilidad de que un trabajador extranjero en situación de ilegalidad pueda recibir la protección que dispensa la Seguridad Social (ser beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente por accidente de trabajo).

Ante la fundamentación de la sentencia comentada cabe concluir que el extranjero que, a pesar de carecer de los permisos de residencia y trabajo, esté trabajando en España, también se halla protegido, no solo para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo sino, para todas las prestaciones que el Art. 125 del TRLGSS reconoce como de alta de pleno derecho, como son: las de asistencia sanitaria, desempleo y las derivadas de riesgo profesional. La responsabilidad sería, como en el Art. 126, para el empresario incumplidor, sin perjuicio del adelanto de la Mutua que tenga suscrito documento asociativo con la empresa infractora, además de la responsabilidad subsidiaria que le correspondería al INSS. Todo ello sin perjuicio de que, como recoge el Art. 48 de la Ley de acompañamiento 61/2003, cuando se sancione a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización, la multa que se le imponga se incrementará con la cantidad que hubiera tenido que ingresar por las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que conste dicha prestación de servicios.

Correlación entre situaciones y derechos socio laborales

Los que se hallan en situación de regularidad (permiso de residencia más permiso de trabajo) administrativa, gozan de los siguientes derechos.

- Asistencia Sanitaria.
- Derecho de sindicación.
- Prestaciones no contributivas.
- Acceso al trabajo con oferta de empleo.
- Prestaciones contributivas.
- Derechos laborales.

Los que se hallan en situación de irregularidad laboral por tener permiso de residencia, pero no permiso de trabajo, si a pesar de ello trabajan, tienen derecho a:

- Asistencia sanitaria.
- Prestaciones no contributivas.
- Acceso a permiso de trabajo con oferta de empleo.
- Cobertura de accidentes laborales.

Los que se encuentran en situación de irregularidad laboral absoluta por no poseer ningún tipo de permiso, pero trabajando ilegalmente, tienen derecho a:

- Asistencia sanitaria y prestaciones sociales básicas.
- Cobertura de accidentes laborales (M^a Dolores Baldueza Blanco).

• No existe lo que se ha dado en llamar precontrato con extranjeros que se hallan en situación de ilegalidad. Lo que puede haber es una oferta de colocación, que obliga al empresario, una vez legalizado el extranjero, a contratarle. Mientras tanto no puede trabajar.

• Cabe un contrato temporal sujeto a que se le **renueve** el permiso y que finaliza si el trabajador no lo obtiene (debe pedirlo el empresario).

• Toda la regulación sobre derechos de los extranjeros será objeto de nueva Ley Orgánica, que se publicará, casi con toda seguridad, en esta legislatura.

6. Cláusulas económicas

Se exponen a continuación algunas de las cláusulas que fueron objeto de la jornada de Barcelona sobre el mismo tema:

- *El empresario podrá efectuar el pago del salario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago a través de entidades de crédito, sin que en este caso el tiempo empleado en su cobro pueda computarse como jornada efectiva.*

Perfectamente válida respaldada por la legislación vigente, incluso en lo relativo al tiempo empleado en su cobro. El Tribunal Central de Trabajo, ya estableció en sentencia de 12-4-85 que el abono de los salarios mediante cheque o talón bancario no comporta la obligación de conceder a los trabajadores ningún período de tiempo especial dentro de la jornada laboral **para hacerlo efectivo**.

- *Igualmente e independientemente del salario referido, el Sr... podrá ser gratificado en función de los objetivos que se le marquen y que serán liquidados, en su caso a año vencido.*

Lo expuesto anteriormente compensa económicamente la plena dedicación a la empresa, por lo que las partes pactan expresamente que cualquier exceso sobre la jornada de trabajo queda retribuida con el salario asignado, no siendo por tanto susceptible de compensación diferente o complementaria de este. El Sr... realizará sus funciones y responsabilidad con dedicación exclusiva, no prestando sus servicios para ninguna otra persona física o jurídica.

No creo que pueda ser válida en tanto en cuanto si exige plena dedicación mediante una compensación económica no puede quedar ésta subsumida en la gratificación por objetivos que no deja de ser un plus de productividad.

Tampoco puede exigirse, sin justificación y/o compensación económica, la plena dedicación fuera de la jornada de trabajo. Si el trabajador, por su alto cargo, estuviera excluido del Convenio puede no estar sujeto a jornada estricta, pero si su clasificación profesional lo incluye en el Convenio quedando sujeto a él, deberá abonársele el exceso de jornada en la forma en que se determine en dicho Convenio, o en su defecto, como hora ordinaria, o compensándolo con tiempo de libranza.

- *La empresa y el trabajador acuerdan que este percibirá mensualmente en el recibo de salario las pagas o gratificaciones extraordinarias de verano y Navidad prorrateadas en mensualidades, no siendo consideradas estas cantidades como salario del mes devengado, sino como cantidades de vencimiento superior al mes.*

Válida si el Convenio no exige el pago de las pagas extraordinarias en fechas determinadas. Para no ser consideradas como salario mensual debe especificarse en la nómina que son parte proporcional de las pagas extra.

- *En el caso de que el trabajador pudiera percibir pluses o conceptos relativos al puesto de trabajo, éste acepta que estos complementos no tienen el carácter de consolidables debido a su naturaleza.*

Es válida, pero innecesaria puesto que se trata de una reproducción de la norma general. En cambio sí que habría que pactar expresamente si un plus de naturaleza no consolidable se transformara, por voluntad de las partes, en consolidable, pues mejora los derechos mínimos del trabajador.

- *El importe de las gratificaciones extraordinarias de Junio y Navidad será prorrateado y abonado por meses según el art. 19 del Convenio Colectivo.*

Válido, porque se ajusta a lo que dispone el Convenio Colectivo.

- *Ambas partes acuerdan que la liquidación mensual de los salarios se realizará del 1 al 10 de cada mes.*

En principio no hay inconveniente alguno aunque la costumbre sea la de abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes. Lo único que impone el E.T. es que el abono de las retribuciones regulares y periódicas no exceda de un mes.

- *Las partes tienen a bien establecer un complemento retribuido al sueldo base pactado en el contrato de trabajo. El complemento se establece como plus de productividad, y su importe vendrá determinado por la cantidad de metros cuadrados de techo fabricado, en base al precio que según escala pacten empresa y trabajador.*

Esta cláusula comporta un riesgo: Cuando en el contrato se fija, como aquí parece, un plus de cantidad o de productividad, **y no se relaciona con toda claridad** las condiciones de ese plus, pueden suceder dos situaciones:

a) Que el trabajador inste a la empresa a la fijación de las condiciones, y esta haga caso omiso. En este caso el trabajador podrá reclamar el máximo reconocido a otros trabajadores de la empresa, por cuanto era obligación ineludible de la empresa haber fijado las condiciones, ya que, estamos hablando de salario.

b) Que el trabajador no haya requerido a la empresa, ni esta haya hecho gesto alguno para fijar las condiciones de esa cláusula. En ese caso el trabajador no podrá reclamar, al final del ejercicio, compensación alguna.

• *En la nómina mensual se reflejará como único concepto “retribución mensual”, en el cual se engloban los conceptos fijados por el Convenio Colectivo del sector (salario base, plus convenio, plus disposición y transporte, plus PR y plus HER, más un complemento de trabajo.*

No es válida y puede dar lugar a múltiples problemas siempre en perjuicio de la empresa. Es clarificador el art. 29.1 del E.T. cuando dice: “La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de T. y S.S... u otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador...”.

7. Cláusulas organizativas

También, como en las cláusulas anteriores, los ejemplos que se exponen fueron presentados en las ya citadas jornadas de Barcelona.

• *El trabajador se compromete a realizar cualquiera de los horarios que la empresa tenga establecidos, o pueda establecer, y acepta el intercambio entre estos cuando lo requieran las necesidades del trabajo a juicio de la Dirección de la empresa, sin que esto pueda considerarse modificación de condiciones de trabajo ni de derecho a reclamación alguna, en cuyo caso se le comunicará con una semana de antelación, sin que la empresa esté obligada a acreditar los motivos que justifiquen tal cambio.*

No es legal. En el contrato hay que fijar los horarios posibles sin superar la jornada máxima diaria (9 horas/día, o 40 h. semanales de promedio anual, y que medien 12 horas entre jornada y jornada, con la excepción prevista en el R.D. 1561/95 de jornadas especiales).

Una cosa es la posibilidad que tiene la empresa en virtud de su “ius variandi” de modificar el horario de forma provisional en los supuestos de necesidad perentoria y otra cosa modificar el horario o jornada de forma tal que constituya una modificación sustancial de condición de trabajo, que debe sujetarse a las formas del art. 41 del E.T.

• *Se informa al trabajador de que sus datos personales recogidos en este contrato de trabajo, serán incorporados a un fichero, cuyo responsable es la empresa, con la finalidad de cumplir los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral.*

El trabajador autoriza expresamente a la empresa para comunicar sus datos personales a terceros cuando esa comunicación sea necesaria para el desarrollo, cumplimiento y control de la relación laboral y se limite a tal finalidad. El trabajador tiene derecho a acceder, rectificar y cancelar sus datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre).

Sí, pues cumple los requisitos de la Ley citada.

• *Si por razón de su actividad en la empresa el trabajador interviniese en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal o tuviese conocimiento de los mismos, quedará sujeto al secreto profesional y al deber de guardarlos, incluso después de finalizada su relación laboral, no pudiendo hacer de ellos uso ajeno a las funciones propias de su actividad en la empresa.*

Es válida aún cuando innecesaria pues su vulneración, aún cuando no se hubiese establecido expresamente, sería causa de despido disciplinario del art. 54.1 d) del E.T. No obstante puede recalarse esta obligación si las características del objeto de la empresa así lo aconseja.

• *Vacaciones. La situación de incapacidad temporal derivada de cualquier contingencia y acaecida una vez iniciado el período anual de vacaciones no interrumpirá las mismas.*

Si, esa es la norma general. Resumiendo:

- Si las vacaciones estuvieran fijadas y, con posterioridad el trabajador inicia I.T. **antes de las fechas de disfrute**, el trabajador no se ve afectado y podrá disfrutar de la totalidad del período de vacaciones cuando finalice la I.T. “siempre que esté dentro del año de disfrute”. Si inicia I.T. cuando está disfrutando de las vacaciones, el trabajador sufre las consecuencias del incidente y no puede reclamar compensación.

- Si no estuvieran señaladas no podrán establecerse para el trabajador que esté en I.T. hasta que éste haya sido dado de alta. Es significativa la S.T.S. de 27-5-03.

• *El trabajador está obligado en caso de baja médica derivada de cualquier contingencia a presentar a la empresa la documentación médica acreditativa de la baja, fuera cual fuera la duración del período de incapacidad laboral.*

Es válida en tanto en cuanto reproduce lo dispuesto en el art. 2.2 de la O.M. de 19-6-97.

• *Dada la naturaleza de los trabajos a realizar, puede ser necesario llevarlos a cabo en días no laborales de la Empresa. El trabajador acepta esta condición y se compromete, por tanto, a prestar sus servicios en día no laborable*

de empresa y/o jornadas especiales cuando le fuesen requeridas, descansando estos mismos días durante las semanas siguientes.

Es válida siempre que, si trabajase en los días de descanso semanal (sábado o domingo) la recuperación de ese día y medio debiera hacerse dentro de los 14 días siguientes por analogía con la disposición que impide pasar más de dos semanas seguidas sin disfrute de los 3 días de descanso semanal (por acumulación).

- *El trabajador acepta cualquier variación de horario, por la mañana o por la tarde, previa comunicación y por necesidades de la empresa.*

No es posible si la variación es sustancial, habrá que acudir al procedimiento del art. 41.

- *Jornada de trabajo. La dirección de la empresa podrá determinar en cada momento el lugar en que se iniciará la jornada de trabajo. El tiempo de trabajo se computará de forma que al inicio y fin de la jornada el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.*

Es aceptable y así parece desprenderse de la S.T.S. de 26-6-98 y, más aún de la de 12-12-94 (Art. 10089).

- *El trabajador tiene la obligación de terminar los trabajos que estuvieran en ejecución al finalizar la jornada de trabajo. En el supuesto de que los trabajos realizados pongan en marcha o cierren la tarea de otros trabajadores dependientes de aquellos trabajos, el trabajador deberá prolongar su jornada hasta que su labor quede concluida, no pudiéndose entorpecer la labor de aquellos trabajadores que dependan de ella. Así mismo, deberá prolongar su jornada cuando realice trabajos a turnos hasta el momento en que sea sustituido por el trabajador que venga a ocupar su puesto de trabajo, no pudiendo quedar el puesto sin cubrir durante el cambio de turnos. Las prolongaciones de jornada descritas en el párrafo anterior no tendrán la consideración de horas extraordinarias a efectos de su cómputo anual; no obstante serán compensadas en igual modo que aquellas cuando excedan la jornada ordinaria de trabajo, compensándose a elección de la empresa con retribución en metálico o descanso equivalente en los cuatro meses siguientes a su realización.*

No infringe ninguna disposición conocida, sería por lo tanto válida.

- *La jornada de trabajo será la establecida en el presente contrato, pudiendo la empresa distribuir dicha jornada según las necesidades del servicio, sin exceder los límites legales y convencionales en atención a las necesidades de cada período estacional o de campaña, ajustando el horario y descanso semanales por departamentos en función de las necesidades de servicio de cada uno.*

La misma respuesta que el caso anterior.

- *Las prolongaciones de la jornada semanal efectuadas en domingos o festivos por apertura. El día y medio de descanso semanal podrá acumularse para ser disfrutado por períodos continuados, sin sobrepasar el cómputo mensual.*

No, la acumulación de descanso semanal no puede sobrepasar los 14 días, que serían un máximo de 11 días de trabajo continuo y 3 de descanso.

- *El trabajador tendrá un horario flexible e irá rotando los horarios, descansos semanales y turnos de trabajo, según los establecidos en cada departamento, notificados con antelación, no considerándose modificación de las condiciones de trabajo los cambios operados en dicho sentido.*

Si, aceptable, pues hay turnicidad rotatoria.

- *Los trabajadores que efectúen jornada continuada superior a seis horas dispondrán de un descanso máximo de quince minutos no computable como tiempo de trabajo efectivo.*

Si, es lo habitual, lo excepcional es su cómputo como trabajo efectivo y, si así se conviniere, deberá constar de forma clara.

- *El trabajador deberá estar puntualmente en su puesto de trabajo al inicio de la jornada, debiendo avisar con antelación la no asistencia al trabajo o el retraso de llegada. No podrá ausentarse del puesto de trabajo durante la jornada, sin la previa autorización de sus superiores.*

Es válida y lógica.

- *Horas extraordinarias. El trabajador está dispuesto a realizar horas extraordinarias cuando la empresa, con motivo de ausencias imprevistas de trabajadores, cambios de turno, o períodos punta de producción, precise prolongar sus servicios más allá de la jornada ordinaria. Las horas así realizadas que excedan la jornada ordinaria podrán ser compensadas con el mismo número de horas libres en los cuatro meses siguientes, salvo que con mutuo acuerdo se convenga lo contrario. Las horas no compensadas en dicho período serán abonadas al mismo precio que las horas ordinarias correspondientes a la categoría y salario del trabajador.*

Si salvo que el Convenio Colectivo regule el supuesto, en cuyo caso hay que cumplir lo allí establecido.

- *Las horas extras compensadas con descanso en los cuatro meses siguientes a su realización y aquellas realizadas para prevenir o reparar siniestros y/o daños extraordinarios y urgentes no formarán parte del cómputo anual de horas extraordinarias legalmente establecidas. No se comprenden en dicha regulación las horas realizadas por necesidad de reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes, así como riesgo de pérdidas de mercancías y equipos.*

No se ve inconveniente.

- *El trabajador se compromete a realizar cualquiera de los horarios que la empresa tenga establecidos o pueda establecer y acepta el intercambio entre estos, cuando lo requieran las necesidades del trabajo a juicio de la dirección de la empresa, sin que esto pueda considerarse modificación de condiciones de trabajo ni de derecho a reclamación alguna, en cuyo caso se le comunicará con una semana de antelación, sin que la empresa esté obligada a acreditar los motivos que justifiquen tal cambio.*

No, es similar a otras ya resueltas y no puede sobrepasarse ni ignorarse la regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

8. Cláusulas conductuales

Entre estas cláusulas situaremos las de responsabilidad y competencia, prevención y seguridad, uso de nuevas tecnologías como internet, email, etc. o no tan nuevas como teléfono y ordenador, normas de conducta, entre las que se incluyen los códigos de comportamiento que algunas empresas pueden adoptar con ese título o como reglamento interno, cláusulas de confidencialidad, etc.

- *Se conviene que la cantidad percibida de xxxx,- euros mensuales, reflejada en la hora salarial, se hace efectiva en concepto de **plus de plena dedicación** (P.P.D.), de acuerdo con lo establecido en el art. 21.1 y 3 de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores. Dicha compensación económica comporta, por parte del empleado, el compromiso de trabajar en exclusiva para la empresa, estar a disposición de la misma para efectuar viajes y desplazamientos que se consideren necesarios fuera de la jornada establecida, cuando por circunstancias extraordinarias así se requiera en función de su trabajo, así como la necesidad de preavisar a la empresa con una antelación mínima de 2 meses, en el supuesto de que el empleado quisiera causar baja voluntaria, por cualquier motivo, en la misma, a fin de que la empresa tenga tiempo suficiente para buscar a otra persona de sus características y conocimientos. El incumplimiento de dicho plazo facultará a la empresa a deducir de la liquidación final el equivalente económico de los días que faltasen para completar el período convenido.*

Es válida en todos sus términos, pues no contraviene derecho irrenunciable alguno y está compensada económicamente.

- *Se establece, al amparo de lo establecido en el art. 21.2 de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores, el **pacto de no competencia** (P.N.C.) para después de extinguido su contrato por cualquier motivo o circunstancias, y por un período de un año, a partir de la fecha del cese. Dicho compromiso se refiere, única y exclusivamente, al ámbito español, y comprenderá la prohibición de prestar servicios en España, tanto de forma directa como indirecta, a cualquier otra empresa que se dedique a actividades de **iguales** o similares características a la nuestra, alcanzando dicha prohibición no solo a la prestación de sus servicios personales, **sino también a su participación de carácter de socio o accionista en cualquier empresa de las mencionadas características.***

Es válida excepto la parte señalada en negrita, si solo fuera socio de capital sin decisión.

Lo que prohíbe es:

- Ser autónomo ejerciente de la misma actividad.
- Constituir una sociedad con el mismo objeto.

En ambos casos se trata de actividades que bajo el control del ex trabajador suponen el inicio de una competencia frente a la empresa anterior. Sentencia T.S. de 22-10-90 (Ar. 7707).

- *Como contraprestación a lo anteriormente convenido, se establece una compensación económica que, de mutuo acuerdo, se establece que se vaya percibiendo de forma anticipada, a razón de xxxx,- Euros mensuales, reflejados en la hora salarial, que se irán actualizando cada año según el incremento salarial.*

Es lo correcto.

- *En el supuesto de que, por parte del trabajador, al cesar en la empresa, por cualquier causa o motivo, incumpliese el pacto de no competencia (PNC), en los términos establecidos en esta cláusula, deberá indemnizar a la empresa, en concepto de daños y perjuicios en la cantidad que se fija de mutuo acuerdo, en el equivalente a la retribución que haya percibido por este concepto en los últimos 24 meses trabajados.*

Es válida, y se contempló una situación semejante en S.T.S. de 5-2-90 (Ar. 821).

• *El trabajador declara haber recibido toda la formación, orientación e información que hacen referencia a los arts. 19 y 28 de la Ley de Riesgos Laborales.*

Si, pero si, negado en juicio por el trabajador, no se acreditase que fue esa la información y suficiente, no produce el efecto pretendido de eximir de responsabilidad al empresario.

• *El trabajador declara conocer las normas de comportamiento interno de la empresa, aceptándolas y comprometiéndose a su cumplimiento. La infracción de las mismas podrá dar lugar a infracción disciplinaria. Se adjunta copia de la citada normativa al presente contrato.*

Si, válida.

• *Se informa al trabajador de que sus datos personales recogidos en este contrato de trabajo serán incorporados a un fichero, cuyo responsable es la empresa, con la finalidad de cumplir los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral.*

El trabajador autoriza expresamente a la empresa para comunicar sus datos personales a terceros cuando esa comunicación sea necesaria para el desarrollo, cumplimiento y control de la relación laboral y se limite a tal finalidad. El trabajador tiene derecho a acceder, rectificar y cancelar sus datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre).

Sí, válida.

• *Si por razón de su actividad en la empresa el trabajador interviniese en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal o tuviese conocimiento de los mismos, quedará sujeto al secreto profesional y al deber de guardarlos, incluso después de finalizada su relación laboral, no pudiendo hacer de ellos uso ajeno a las funciones propias de su actividad en la empresa.*

Sí, válida.

• *Cualquier desarrollo o programa realizado por el trabajador durante la vigencia del contrato pertenecen al empresario. Se incluyen los programas o desarrollos realizados con conocimientos adquiridos dentro de la empresa, o con utilización de los medios de esta. El trabajador implicado en un proyecto, ya sea en nuestra empresa o en un cliente, se compromete a la más estricta confidencialidad sobre la información a la que pudiera tener acceso durante el desarrollo del mismo.*

Sí, válida.

• *El trabajador queda obligado a no hacer concurrencia en la actividad de la empresa y a no colaborar con quienes se la hagan, por lo que no podrá realizar servicios profesionales tanto sea por cuenta ajena como propia, incurriendo de lo contrario en concurrencia desleal, salvo que medie autorización expresa de la empresa.*

Si, válida, pero si la empresa lo conoce y lo tolera no puede, después, sancionarlo.

• *El trabajador queda obligado a prestar los servicios por los que ha sido contratado, contribuyendo eficazmente a la mejora de la productividad, realizando su trabajo de acuerdo con las reglas de la buena fe y diligencia.*

Es válida, pero innecesaria por su obviedad.

• *Sus datos personales, así como los derivados de la relación laboral con esta empresa, sueldos y demás retribuciones, retenciones fiscales, situación familiar, personas a su cargo, cuenta bancaria de domiciliación de nóminas, antigüedad en la empresa y todos los demás derivados de la gestión de las nóminas y relaciones laborales con esta empresa están incorporados en un fichero de Datos de Carácter Personal, del que es responsable el Titular de la Empresa.*

Responde de su custodia, no para utilizarlos a voluntad.

• *La finalidad de la creación de este fichero es el tratamiento de los datos con los exclusivos fines de gestionar las operaciones derivadas de las relaciones laborales.*

De conformidad de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ud. tiene reconocido y podrá ejercitar gratuitamente los derechos de acceso, cancelación y rectificación contratando con la dirección de la empresa.

Sí, válida.

• *Por el presente escrito el interesado **expresa su entera conformidad y autoriza** a la empresa, para que trate los datos personales de acuerdo con la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, y la Directiva 46/95 de C.E.E. limitando la referida autorización al cumplimiento de los fines propios de las relaciones laborales en el ámbito de la institución, sus departamentos, entes colaboradores e instituciones anejas, así como la cesión de los mismos a los estamentos*

oficiales públicos y privados oportunos, necesarios o convenientes para el eficaz desempeño de sus atribuciones y el cumplimiento de su objeto.

Sí, válida.

- *El trabajador ha sido informado por la empresa de los riesgos laborales inherentes a su puesto de trabajo así como de las medidas de prevención que se deben adoptar en todo momento para evitarlos, quedando obligados a la correcta utilización de dichas medidas.*

Así mismo se le hace entrega de los EPIS, y la correspondiente formación sobre su uso y mantenimiento.

Es válido y necesario, pero no suficiente por si solo para exonerar de responsabilidad al empresario en caso de accidente de trabajo, si en éste concurriera falta de medidas de seguridad.

- *La empresa hará entrega de la uniformidad que deberá llevar el trabajador en toda su jornada de trabajo, consistente en:*

- *Pantalón, camiseta, polo o jersey y una gorra (tipo béisbol). Para aquellos trabajadores que realizan las tareas en la cocina del restaurante, también se les proporcionará guantes y una mascarilla, que será de uso obligatorio.*

- *Aseo y pulcritud y deberá usar la correspondiente placa de identificación y evitar el uso de complementos, maquillaje y adornos llamativos ajenos al uniforme.*

- *El trabajador entregará a la finalización de su relación laboral con la empresa la uniformidad que la empresa le proporcionó para el desempeño de su trabajo.*

- *El incumplimiento de lo anterior podrá ser sancionado con la deducción del importe de dicho uniforme en la liquidación del contrato.*

Es conforme, pero no suficiente para eximir de responsabilidad al empresario si no se ajusta al reglamento de prevención de riesgos del sector.

- *En caso de que la empresa proporcione al trabajador una formación profesional para especializarle en determinados trabajos y/o proyectos, éste se compromete a permanecer en la empresa durante dos años a contar desde la finalización del programa formacional. Si el trabajador abandona la empresa antes de que transcurra el tiempo pactado abonará a la empresa una indemnización por daños y perjuicios cuantificable por esta razón del tiempo y medios invertidos en su formación.*

Si, es válida.

- *El trabajador se compromete a no concurrir deslealmente con la empresa durante la duración de su relación laboral, por lo que no podrá prestar sus servicios por cuenta de empresas dedicadas a actividades iguales o similares que entrañen competencia comercial, ni dedicarse por cuenta propia al mismo género de actividad comercial.*

Sí, es válida porque se refiere al período “durante la relación laboral”. Si fuese para después de finalizada la relación, se debería compensar económicamente esa obligación extra.

NORMAS DE COMPORTAMIENTO

Como empleado de.....; darás siempre nota de buena educación a los clientes y compañeros de trabajo, siendo amable y respetuoso con los clientes, demás miembros de la compañía, proveedores de la misma y cualquier otra persona física o jurídica relacionada con la empresa.

Tu actitud ha de ser siempre positiva, optimista y alegre, mostrando tu mejor sonrisa al cliente.

Mostrarás siempre la máxima colaboración con compañeros para ofrecer un mejor servicio a los clientes.

Evitarás masticar chicles o similares en presencia del cliente.

Está prohibido el consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes durante la jornada laboral.

Evitarás visitas innecesarias o demasiado prolongadas durante la jornada laboral.

No realizarás llamadas telefónicas privadas durante la jornada laboral y desde los teléfonos de la compañía, salvo en caso de suma necesidad y con permiso del responsable del departamento. Queda terminantemente prohibido el empleo de teléfonos móviles particulares dentro del horario de trabajo, salvo los de la empresa y con autorización de la misma.

Debes evitar aglomeraciones, charlas y discusiones privadas delante de los clientes, dando la máxima prioridad a la atención al público, aún en caso de estar realizando otras tareas.

Tiene validez en cuanto acredita que se ha notificado al trabajador, y éste conoce esa norma interna. Es más dudoso que su incumplimiento pueda ser objeto de sanción si no se halla respaldado o puede incluirse en algunas de las faltas que se recogen en el Convenio Colectivo.

9. Cláusulas extintivas

Se exponen a continuación algunas de las cláusulas que fueron objeto de la jornada de Barcelona sobre el mismo tema:

• *En la fecha que la empresa comunique el preaviso del fin del contrato, dicha fecha servirá como comunicación de inicio del período vacacional que tuviera pendiente de realizar, y como máximo hasta la fecha de fin de contrato.*

Si, puede establecerse esta cláusula con la particularidad que, si las vacaciones a cuyo disfrute tiene derecho excedieran del plazo del preaviso, el empresario, a tenor de lo dispuesto en la Ley 45/02, deberá abonar al trabajador los días de vacaciones no consumidos a la llegada del vencimiento del contrato, cotizando por los mismos y con el efecto para el trabajador de que mientras no finalice los días de vacaciones no disfrutados y abonados no podrá iniciar la prestación de desempleo.

• *Será causa válida para la extinción del contrato de trabajo, aún cuando no se hubiera finalizado la obra en la que el trabajador prestara servicios, ni tampoco los trabajos correspondientes a su categoría profesional, la rescisión anticipada, por voluntad de la empresa promotora del contrato mercantil suscrito con esta empleadora, siendo asimilado a la extinción por finalización de obra, percibiendo el trabajador la indemnización que para dicho supuesto de contrato temporal se encuentra regulado en la normativa laboral y sectorial vigente.*

• *Otra.- En caso de rescindirse por cualquier motivo el contrato de servicios suscrito entre (cliente) y (empresa empleadora) especificado se dará por finalizado el servicio determinado objeto del presente contrato.*

Se trata de dos modalidades correspondientes a distintos sectores. La primera parece hacer referencia al contrato de fijo de obra en la construcción, y el segundo a una empresa de arrendamiento de servicios como limpieza, seguridad, etc. En ambos casos la cláusula es válida tanto por lo que respecta a la interpretación jurisdiccional de las causas de extinción de los contratos temporales, como por aplicación analógica de la causa de la extinción de los contratos regulada en el art. 49.1 b) del E.T.

• *Queda supeditada la vigencia de este contrato a la concesión de permiso de trabajo o su renovación anual que, al no ser otorgada lo anula; en todo caso, a la autorización que conceda el Estado Español para residir o trabajar en España al extranjero contratado.*

Esta cláusula no sería válida en ningún caso si con ella se pretende el inicio de una relación, con prestación efectiva, concertada con un extranjero carente de las autorizaciones administrativas precisas para residir o trabajar en España. Sería el mal llamado precontrato con extranjero. Lo único que cabe es el compromiso entre el empleador y el extranjero indocumentado para que, caso de obtener las autorizaciones precisas, formalizar un contrato de trabajo. Este contrato cabe, acogiéndose al art. 49.1 b), para celebrarlo con un trabajador legalizado que se hallase en trámite de renovación en cuyo caso se fija como causa extintiva la no obtención, por resolución administrativa firme, de la renovación en trámite.

• *Ambas partes pactan por la presente cláusula, y de mutuo acuerdo fijan, el rendimiento normal del trabajador, en su categoría profesional, en la cifra de ventas de 28.001 duros mensuales, para el año 2003. Será considerado por la empresa como justa causa de la rescisión del contrato de trabajo del art. 54.2 e) del E.T., el incumplimiento por parte del trabajador en la consecución de la cifra de ventas mensuales pactada.*

Tal y como está redactada no parece aceptable puesto que si lo que se pretende es fijar el rendimiento mínimo por debajo del cual podría extinguirse el contrato por despido disciplinario, habría que tener en cuenta que esa falta de rendimiento pactado se debiera a una conducta grave y culpable del trabajador.

No obstante lo dicho la cláusula podría reconducirse estableciendo que si el trabajador no superase el mínimo pactado, al no ser éste abusivo, supondría la causa de extinción del art. 49.1 b) del E.T., de tal manera que el contrato indefinido tendría naturaleza de condicional, y sus efectos estarían dentro de la legalidad sin recurrir a forzar el contenido del art. 54 del E.T.

10. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

De la lectura del art. 41 del E.T., que regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se desprende:

- La modificación de las condiciones de trabajo (las que se recogen en las cláusulas del contrato, o las que venían aplicándose de hecho al trabajador con anterioridad a la modificación) ha de ser **sustancial**.

- Según la ley son sustanciales las que afectan a: jornada, horario, turnos, sistemas de remuneración o trabajo y funciones; pero no es una lista cerrada, pues también deben añadirse todas aquellas modificaciones que produzcan para el trabajador una penosidad o coste tan importante que le haga replantearse su continuidad. No siempre toda modificación que afecta a las condiciones enumeradas en el art. 41 del E.T. es siempre sustancial (ni son todas las que están ni están todas las que son). Son interesantes a estos efectos la sentencia del extinguido T.C.T. de 20-6-86 (Ar. 5338), y la del T.S.J. de la Rioja de 20-10-92 (Ar. 4729).

- El T.S. en sentencia de 3-12-87 (Ar. 8822) considera modificación sustancial “aquella que no es baladí y que implique para los trabajadores una mayor honerosidad de sus prestaciones con un perjuicio comprobable.

A pesar de la dificultad de establecer una relación de qué modificaciones de condiciones de trabajo son o no sustanciales, se exponen algunos casos avalados por la jurisprudencia así:

- No lo es un cambio de horario de escasa trascendencia (S.T.S. de 29-6-87).
- No lo son las variaciones retributivas derivadas de movilidad funcional o que afecten a complementos vinculados al rendimiento cuando éste se ha reducido (S.T.S. de 9-7-90).
- No lo son las modificaciones económicas que no afectan a la cuantía sino al procedimiento para su realización (S.T.S. de 11-12-97).
- Tampoco la variación de los criterios empresariales para establecer los aumentos salariales, no regulados en el convenio (S.T.S. de 22-6-98).
- No lo es la revocación de un puesto de confianza (S.T.S. 12-2-90).
- Tampoco lo es el cambio de centro de trabajo que no implique cambio de residencia.
- No lo son las modificaciones derivadas de la pérdida de vigencia de la norma que lo establecía.