

CONSULTAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

6 de febrero de 2008

ASUNTO: Consulta s/ excedencia por cuidado del menor

Consulta de un trabajador con contrato indefinido en su empresa que pretende disfrutar una excedencia por cuidado de menor, que acaba de nacer hace dos meses en su familia, respecto dicha empresa, al tiempo que se encuentra disfrutando otra excedencia, de tipo voluntario en diferente empresa, pretendiendo solicitar a su finalización también, excedencia por cuidado de hijo, se cuestiona la compatibilidad de las mismas, plazo y forma de solicitud de aquellas, respecto a la que cabe informar:

De entre las prescripciones legales expuestas con anterioridad no se realizan precisiones para el supuesto de que un trabajador desarrollase su actividad laboral para empresas distintas, como sucede en la consulta considerada. Si bien a juicio de este Centro Directivo, no parece existir ninguna incompatibilidad a su disfrute simultáneo en diferentes empresas, siempre que disponga del resto de requisitos estipulados en los correspondientes apartados del art. 46 del ET, y no se incurra en causa de imposibilidad planteada en dichas disposiciones legales. Atendiendo al tenor literal de la Ley, si se produce el nacimiento de un hijo de un trabajador, como acontece en la consulta planteada, el trabajador tiene derecho a disfrutar de un período de excedencia para su cuidado, con el plazo límite máximo de tres años, a contar desde su nacimiento.

El hecho de que un trabajador se encuentre ocupado en dos empresas distintas no restringe la utilización del derecho para una de las dos, es más, en el presente supuesto, en el que el derecho del trabajador pretende la finalidad del cuidado del recién nacido, con la concesión del derecho para una sola de las empresas se mermaría el cuidado del recién nacido, limitando el mismo considerablemente. En sentido contrario, se apreciaría incompatibilidad entre el ejercicio del derecho a la excedencia para el cuidado del hijo y la realización de un trabajo, por cuenta ajena o por cuenta propia, presuponiendo la norma que aquel precisa una atención total incompatible con la actividad laboral, pues quedaría desnaturalizada dicha excedencia, al faltar el motivo que sirvió de base para su ejercicio, incompatibilidad que responde al propio fundamento y finalidad de esta modalidad de excedencia.

De otra parte, para el supuesto de encadenar a la excedencia voluntaria una excedencia por cuidado de hijo recién nacido, tampoco se observan disconformidades con las dicciones legales establecidas al efecto, puesto que se tratan de derecho con hecho causante distinto, de un lado, la libre voluntad del trabajador, y de otro, el niño recién nacido que requiere una especial tutela y cuidado en sus primeros años de vida.

3 de diciembre de 2007

ASUNTO: Consulta s/ reducción de jornada por cuidado de hijos y jornada partida

La concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada, de acuerdo con el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, cuya redacción efectivamente fue introducida por la ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, corresponde al trabajador, quien deberá fijarla *dentro de su jornada ordinaria*. Por tanto, el trabajador podrá elegir la reducción de jornada que se acomode a sus necesidades familiares, pero dentro de la jornada y del horario que habitualmente viniese realizando el propio trabajador.

Es decir, el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a reducir su jornada y a determinar cómo va a llevar a cabo dicha reducción, pero lo que no otorga al trabajador es un poder de dirección sobre el sistema organizativo del trabajo, de modo que pueda él, individualmente, organizar y cambiar el horario de trabajo.

Por consiguiente, si esta trabajadora, antes de la solicitud de la reducción de jornada, prestaba sus servicios en jornada partida, la reducción solicitada de 1/8 de la jornada, la tendrá que aplicar como ella lo desee, pero dentro de los límites horarios de la jornada partida fijados en su empresa.

En cualquier caso, el ejercicio del derecho que tiene el trabajador a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por guarda legal, deberá guiarse por la buena fe de las partes y la evitación de situaciones que pudieran constituir abuso del derecho resultando en extremo perjudicial para el empresario o para los otros trabajadores (art. 7 del Código Civil y art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores en cuyo inciso final, literalmente se dice que *"en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe"*).

Y, en aquellos casos en los que existan discrepancias entre el empresario y el trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute, el propio art. 37.6, en el párrafo segundo, remite a la jurisdicción competente, a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, para resolverlas. Serán, pues los propios tribunales quienes decidan, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y valorando la importancia que tiene la opción concreta de reducción planteada por el trabajador para hacer efectivo su derecho a la conciliación, así como, en su caso, las dificultades que dicha opción pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma.

Este es el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, que ha señalado que el art. 37 del ET (apartados 5 y 6) *"no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compartibles los diferentes intereses en juego"* (STC 3/2007).

En resumen, esta Dirección General de Trabajo entiende que, por una parte, el ejercicio del derecho que tiene el trabajador a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada por motivos familiares, no puede implicar un poder de decisión del trabajador sobre el sistema organizativo de la empresa; por lo que deberá hacerlo respetando el régimen de trabajo existente con anterioridad, como por ejemplo, la jornada partida, salvo que se regule o acuerde otra cosa por convenio colectivo o acuerdo con el empresario, como sucede en este caso para determinados tipos de reducción. En cualquier caso, toda opción deberá guiarse siempre por la buena fe de las partes y en caso de discrepancias deberán resolver los tribunales que ponderarán y valorarán las circunstancias concretas que concurren en cada supuesto.

12 de noviembre de 2007

ASUNTO: Consulta s/ permiso retribuido del art. 37.3, f) del ET

Consulta sobre si el permiso retribuido previsto en el artículo 37.3 f) del ET, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, para realizar los cursos de preparación al parto es un derecho que corresponde sólo a la trabajadora embarazada o a ambos miembros de la pareja, se manifiesta cuanto sigue:

1. El art. 37.3 del ET establece lo siguiente:

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

[...]

f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo."

2. De acuerdo con una interpretación literal de este artículo podría concluirse, como:

Esta Dirección General considera que el permiso para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto únicamente está previsto para el supuesto de las trabajadoras embarazadas.

17 de octubre 2007

ASUNTO: Derechos de información y consulta a los trabajadores de la empresa

El escrito en cuestión plantea cuestiones, que versan en todo caso sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes para con la empresa.

Primeramente se efectúa consulta sobre el tipo de información que tiene derecho a conocer el comité de empresa del centro de trabajo del consultante, información general prevista en el anexo I, del escrito planteado, aunque exceda del ámbito del comité del centro, cuyo objetivo sea la representación de sus propios trabajadores de centro. Se establecen los ejemplos de los datos necesarios para mejorar el plan de pensiones, o para conocer las vacantes que surgen en la empresa por toda la geografía nacional.

El derecho de información se reconoce a favor de los representantes, básicamente por el art. 64 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Este derecho se extiende a los delegados sindicales, que tienen derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa (art. 10.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical).

La jurisprudencia realiza una interpretación estricta de las competencias de información de los representantes, que serían sólo las atribuidas expresamente a los representantes por normas legales o convencionales, sin que se admita un reconocimiento implícito de derechos de información derivado de la atribución de otras competencias (STS 6-5-1998; STS 2-11-1999; STS 11-3-1999).

Como se ha precisado con anterioridad, las competencias de información, vigilancia, participación y consulta atribuidas al comité de empresa, se encuentran previstas en el art. 64 del ET, con carácter general. Del tenor literal del referido precepto legal (art. 64 ET), no se observa diferenciación en las atribuciones competenciales relativas a un comité de empresa de centro de trabajo, o del comité de empresa en el que coincida centro de trabajo y empresa, por lo que a juicio de este Centro Directivo, no debe suponer una merma de funciones el primer caso, siempre y cuando se respeten los derechos y facultades de los demás comités de centro, y en su caso las competencias que por convenio se atribuyesen al comité intercentros, que en este caso vendrían referidas al acuerdo de constitución del mismo, a tenor de aquel.

Los arts. 12.4.e) y 15.7 del ET establecen el deber empresarial de informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada y a tiempo parcial, en relación con puestos de trabajo vacantes a tiempo completo o de duración indefinida. No debe ser óbice para suministrar esta información el hecho de que exista correspondencia o no del centro de trabajo en que surja la vacante dentro de la empresa. De esta manera, haya o no correspondencia subsiste el deber de informar a los trabajadores, por lo que si a los mismos se realiza directamente, no resultaría necesario comunicárselo a sus representantes, si bien la finalidad última de dichas disposiciones es el conocimiento por la totalidad de la plantilla con contrataciones temporales o/y a tiempo parcial de la empresa de tales vacantes.

Respecto a la ausencia de Local Sindical debidamente equipado para el comité de empresa de los centros de menos de 50 trabajadores localizados en Madrid y su posibilidad de reclamarlo por un delegado sindical de una sección sindical que cuenta con representados en aquel, conviene señalar que los titulares del derecho a la utilización de un local son, además de los representantes unitarios (art. 81 ET), las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa (art. 8.2.c LOLS). Lógicamente, este derecho se atribuye en el caso del comité a éste como órgano colegiado, y no a cada uno de sus miembros, lo que significa que la solicitud del mismo debe proceder de una decisión adoptada por mayoría en los miembros de dicho órgano, sin que pueda actuar individualmente con este fin (STSJ Cataluña 10-3-2003). El derecho al local no es un derecho absoluto, sino un derecho condicionado a las características del centro de trabajo.

3 de octubre de 2007

ASUNTO: Consulta s/ acumulación del permiso de lactancia.

Sobre condiciones de acumulación y disfrute del permiso por lactancia, solicitando borrador de contestación a la interesada, en relación con la cual se informa lo siguiente:

El permiso de lactancia se encuentra regulado con carácter general en el artículo 37 apartado 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo), apartado que ha sido modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, siendo su texto literalmente el siguiente:

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.”

De la redacción del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores se deduce, en primer lugar, que para que la trabajadora pueda acumular el permiso de lactancia es necesario que esta posibilidad esté contemplada en el convenio colectivo o bien que llegue a un acuerdo para ello con el empresario, acuerdo que deberá respetar, en su caso, lo que establezca el convenio, si éste contiene previsiones sobre esta materia. Y será también en el convenio colectivo, o en el acuerdo de la trabajadora con el empresario, donde se determine la duración que tendrá este permiso, teniendo en cuenta que lo que se acumula es el derecho a una hora de ausencia del trabajo, por lo que, en nuestra opinión, el convenio colectivo o el acuerdo podrán fijar una duración mayor que la que correspondiera matemáticamente a la suma de las horas, pero no inferior.

La redacción del párrafo segundo del artículo 37.4 no deja a nuestro juicio lugar a dudas: *“La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho... o acumularlo en jornadas completas...”* Y *“este derecho”* no puede ser otro que el establecido en el párrafo primero de este mismo artículo 37.4, esto es, *“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo...”*.

Por último, se tendrá como base para el cálculo del período acumulado, la suma de horas diarias que correspondan a las jornadas laborables desde la reincorporación de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo que devenga el derecho al permiso cumpliera los nueve meses. Asimismo la reducción horaria deviene respecto a jornadas laborables, los días de permiso acumulado deberían igualmente corresponder a los laborables, a juicio de este Centro Directivo, pues la hora de ausencia al trabajo que prevé el permiso carece de lógica utilización respecto a las jornadas en que no se preste actividad laboral.

En conclusión, la posibilidad de acumular las horas de lactancia en jornadas completas de descanso, así como la duración de este permiso de lactancia acumulada, se regulará según lo establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo entre la trabajadora y el empresario. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, la concreción horaria del permiso de lactancia corresponde a la trabajadora quien deberá decidir, conforme al artículo 37.4, las horas o medias horas concretas de ausencia, o si prefiere reducir media hora su jornada o si quiere, en los términos vistos, acumular las horas de lactancia.

15 de octubre de 2007

ASUNTO: Contratos en prácticas

El supuesto concreto planteado es el de un trabajador contratado en la modalidad de contrato en prácticas a tiempo parcial por determinado colegio, con una duración inicial desde el 1 de septiembre de 2007 al 31 de agosto de 2008. El 15 de septiembre de 2007 celebra otro contrato de trabajo de la misma modalidad con colegio diferente, estableciéndose una duración inicial de este segundo contrato hasta el 14 de septiembre de 2008.

El problema se plantea en relación con las eventuales futuras prórrogas de los contratos, toda vez que el Convenio colectivo aplicable al sector establece una duración mínima para estos contratos de un año, al igual que en su caso la de la prórroga, por lo que al final de los contratos más las prórrogas habrán superado los dos años de duración que establece el artículo 11.c) ET.

Puesta en relación la norma convencional sobre la duración mínima del contrato en prácticas y la de su prórroga con el artículo 11.1.c) ET, la primera empresa podría prorrogar el contrato al vencimiento de su duración inicial, completando los dos años de duración máxima. Por su parte, el segundo colegio no podría prorrogar el contrato más allá de la duración inicialmente pactada de un año, toda vez que si se produjera la prórroga, igualmente de un año de duración, al finalizar la misma se habrían superado los dos años de contratación en prácticas del trabajador, tomando en consideración el contrato celebrado con el primero de los colegios.

15 de octubre de 2007

ASUNTO: Consulta sobre baja voluntaria

Criterio acerca de cuándo tramitar la baja voluntaria de una trabajadora que presenta su carta de dimisión y en la que comunica a la empresa su voluntad de causar baja un domingo, una vez transcurrido su descanso semanal, entendiendo la empresa que la baja procedería el viernes anterior que es su último día de prestación de servicios pues, a su juicio, una relación laboral no se puede romper un día en el que no se prestan servicios a la empresa.

En opinión de esta Dirección General debe respetarse la fecha de baja pretendida por la trabajadora.

La decisión de cesar voluntariamente en un trabajo -baja voluntaria- es equiparable a lo que el artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores denomina dimisión del trabajador, como causa de extinción del contrato de trabajo, que no se encuentra sometida a aceptación del empresario, esto es, se produce por voluntad exclusiva del trabajador y en el momento que lo estima oportuno. No necesita tampoco el trabajador alegar causa alguna que lo justifique.

Sí requiere la baja voluntaria el consentimiento claro e inequívoco del trabajador, esto es, una voluntad consciente, deliberada, clara y terminante de no reincorporarse al trabajo (STS 27-6-01, RJ 2001/6840).

La dimisión conlleva, eso sí, la obligación de preavisar al empresario con el plazo establecido en convenio.

19 de septiembre de 2007

ASUNTO: Consulta planteada s/ la utilización del contrato de interinidad en supuestos derivados del embarazo

Sobre la utilización del contrato de interinidad en relación con la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia, seguida o precedida de la suspensión por maternidad, se informa lo siguiente:

En síntesis, lo que plantea la empresa consultante es la posibilidad de concertar un único contrato de interinidad con el mismo trabajador para sustituir a la misma trabajadora cuyo contrato se suspende inicialmente por riesgo durante el embarazo y luego por maternidad y, en su caso, por riesgo durante la lactancia natural y si, de esa manera, podría también la empresa beneficiarse

de las bonificaciones previstas para estos supuestos, siempre que el trabajador contratado se encontrara con anterioridad a la celebración del contrato de interinidad en situación de desempleo e inscrito en la Oficina de Empleo.

A nuestro juicio, dichos trámites podrían simplificarse, salvo criterio distinto de ese Servicio Público de Empleo y de la Tesorería General de la Seguridad Social, si pudiera verse afectada, en el sentido que a continuación se indica, atendiendo a los criterios de interpretación y aplicación de las normas recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, por tanto, atendiendo a su espíritu y finalidad. Así, podría buscarse una fórmula más flexible para que en lugar de tramitar la baja y el alta del trabajador interino y de formalizar y registrar un nuevo contrato de interinidad, fuera suficiente con que la empresa, previa comunicación y acuerdo con el trabajador interino y con conocimiento, en su caso, de los representantes de los trabajadores, practicara una comunicación al Servicio Público de Empleo correspondiente poniendo de manifiesto el acuerdo de las partes en renovar el contrato con motivo de la nueva causa de suspensión del contrato de la trabajadora titular del puesto, además de comunicar esta variación a la Tesorería de la Seguridad Social si ésta lo considera preciso. Sería conveniente en este sentido que ese Servicio Público de Empleo Estatal contase al respecto con el criterio de la citada Tesorería General.

En cuanto a las bonificaciones, ciertamente tanto el artículo 1 del Real Decreto-ley 11/1998 como la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001 exigen, para que la empresa pueda acogerse a las bonificaciones reguladas en ambas normas, que los contratos de interinidad se celebren con un trabajador desempleado.

Sin embargo, a nuestro juicio y de acuerdo con los ya mencionados criterios de interpretación y aplicación de las normas de Código Civil, no se advierte mayor problema para que quien ya era sustituto de la trabajadora con contrato suspendido inicialmente por riesgo durante el embarazo (o por maternidad) pueda ser contratado sin solución de continuidad para la sustitución de la misma trabajadora durante la suspensión de su contrato por maternidad o, en su caso, por riesgo durante la lactancia, siempre que dicho trabajador sustituto estuviera desempleado al tiempo de formalizarse el contrato inicial, siempre que no exista solución de continuidad entre una causa y otra y siempre que se produzca la comunicación al Servicio Público de Empleo y, en su caso a la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos antes indicados.

En efecto, puede considerarse una mera formalidad en este caso la necesidad de una nueva inscripción como desempleado del trabajador sustituto, a quien se le habría extinguido el inicial contrato de interinidad por riesgo durante el embarazo al producirse el parto y originarse para la trabajadora sustituida una nueva causa suspensiva, esto es, la suspensión del contrato por maternidad biológica -como dice el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores- finalizando la anterior y distinta causa de suspensión del contrato, es decir, la debida a riesgo durante el embarazo. Otro tanto cabría decir si se tratara de la sucesión inmediata de las suspensiones por maternidad y por riesgo durante el embarazo.

4 de septiembre de 2007

ASUNTO: Trabajo familiar

Se consulta sobre la relación laboral de los menores de edad no emancipados que prestan servicios en entidades mercantiles de las que son propietarios sus familiares directos en primer grado de consanguinidad, y sobre el régimen de afiliación a la Seguridad Social, se comunica lo siguiente.

En relación con el primer aspecto, el trabajo familiar se encuentra excluido del ámbito de aplicación del ET, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes lo realizan (artículo 1.3 e) ET), considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

En coherencia con lo anterior, el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre extensión del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, establece en su número 2 que, a efectos de la disposición, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes

del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por y estén a su cargo.

Esta disposición viene a incorporar al ámbito de la Seguridad Social el contenido del artículo 1.3 e) ET, anteriormente mencionado, fijando como regla general la no consideración como trabajo por cuenta ajena de la actividad desarrollada por el cónyuge y los parientes del empresario, que, sin embargo, podrá serlo si los mismos tienen la condición de asalariados, en los términos a los que se refiere el artículo 1.1 ET.

En base a lo que precede, con carácter general el trabajo familiar, en los términos a los que se refiere el mencionado artículo 1.3 e) ET, no tiene la consideración de trabajo por cuenta ajena.

No obstante lo anterior, la presunción sobre el carácter no laboral del trabajo que se desarrolla en el ámbito familiar admite la prueba en contrario de la condición de asalariado del trabajador, que concurrirá si se dan los elementos que definen el vínculo jurídico-laboral: voluntariedad, ajeneidad, retribución y dependencia o sometimiento al ámbito de organización y dirección empresarial, que como requisitos necesarios se exigen en el artículo 1.1 ET para la atribución de tal carácter.

Del conjunto de elementos citados como configuradores de la relación laboral destaca, en relación con el supuesto planteado, el de la ajeneidad, que se encuentra en la base de la exclusión que se viene mencionando, toda vez que debido a la convivencia estos trabajadores se encuentran subsumidos en el complejo de relaciones familiares que confluyen en la comunidad patrimonial, denominada familia alimenticia o económica.

De acuerdo con los criterios jurisprudenciales, para la destrucción de la presunción legal, y por tanto para poder calificar la relación como laboral, no resulta suficiente la mera concurrencia de determinadas circunstancias formales, como la materialización de la relación jurídica entre las partes a través de un contrato de trabajo, ni la atribución de una categoría profesional o la cotización a la Seguridad Social, debiendo demostrarse la independencia económica del trabajador, o lo que es lo mismo, que el trabajador se encuentra sometido a un círculo extraño del que pueda extraerse la existencia de las notas de ajeneidad y dependencia propias de la relación laboral y por tanto que su actividad no redunde en beneficio de un patrimonio común. Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1983, de 17 y 23 de abril de 1984, y de 14 de junio de 1994 (RJ 6203, 2104, 2102 y 5435, respectivamente).

La STS de 13 de marzo de 2001 (RJ 3838) incide en la falta de la nota de ajeneidad en los trabajos familiares, caracterizada por la transmisión a un tercero de los frutos o resultado del trabajo ejecutado, que no cabe ser apreciada cuando tales frutos se destinan a un fondo social o familiar común, patrimonio de la familia de la que forma parte el miembro de la misma.

En consecuencia, sobre la base de la presunción del carácter no laboral del trabajo familiar, únicamente sería factible la celebración de un contrato de trabajo entre el titular de la empresa y su hijo si concurren los requisitos del contrato de trabajo, y en concreto, el de ajeneidad, que exige la existencia de la autonomía económica del trabajador encaminada a cubrir sus necesidades propias y específicas, no figurando a cargo de los parientes con los que convive, lo que, dado los términos de la jurisprudencia producida en la materia, se entiende que ofrece numerosas dificultades.

En relación con el segundo aspecto de la cuestión planteada, sobre la condición de menor del trabajador, cabe decir que a partir de los dieciséis años es posible la admisión al trabajo, de acuerdo con el artículo 6.1 ET, precisando el menor de 18 años autorización de su representante legal para contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con los artículos 6 y 7 ET en relación con el artículo 315 y correlativos del Código Civil.

En el supuesto objeto de análisis, el empresario tiene una doble consideración, como tal empresario y como representante legal del menor que autoriza al trabajador la celebración del contrato, completando su capacidad limitada, circunstancia que supone una dificultad añadida a la presunción de no laboralidad del trabajo entre familiares que se viene mencionando, en los términos expuestos, toda vez que si bien no se trata propiamente de una representación legal, respecto de la que el artículo 162 del Código Civil prohíbe la ejercida por los padres respecto de sus hijos menores no emancipados en relación con los actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo, no es menos cierto que el representante legal tiene que autorizar la celebración de un contrato de trabajo en el que el mismo aparece a su vez como empresario.

Consecuentemente, la menor edad del trabajador distorsiona en mayor medida la presunta relación laboral e incide negativamente en la nota de ajeneidad constitutiva del contrato de trabajo, toda vez que el contrato de trabajo es un contrato cambiario y no asociativo, en el que las partes persiguen intereses contrapuestos -trabajo y retribución- y no un fin o interés común como ocurre en el contrato de sociedad.

Como conclusión de lo que precede, si bien la presunción de ausencia de vínculo jurídico-laboral del trabajo familiar no tiene carácter absoluto, admitiendo prueba en contrario de la existencia de relación laboral si concurren las notas caracterizadoras de la misma a las que se refiere el artículo 1.1 ET, ofrece gran dificultad la presencia de la nota de ajeneidad, que exige la independencia económica del trabajador, a la que no contribuye precisamente la menor edad del trabajador, que haría necesaria la autorización del representante legal, que tendría a su vez la condición de empresario, introduciendo un elemento distorsionador en el mencionado elemento de ajeneidad.

En su caso, si de acuerdo con lo expuesto existiera efectivamente una relación laboral procedería la inclusión del trabajador en el Régimen General o en el que corresponda en función del sector de actividad, ámbito éste sobre el que la competencia corresponde a la Seguridad Social, según ha quedado dicho.

23 de agosto de 2007

ASUNTO: Consulta s/ la nueva ley por guarda legal por cuidado de un menor

Consulta sobre la posibilidad de que una trabajadora que ha disfrutado de una reducción de jornada por guarda de un menor hasta que éste cumplió los seis años, pueda, después de publicarse la Ley Orgánica 3/2007, volver a disfrutar de dicha reducción hasta que cumpla el menor ocho años, se manifiesta lo siguiente:

A esta pregunta hay que responder afirmativamente, ya que la disposición final octava de la Ley Orgánica 3/2007 establece que la entrada en vigor de la misma será el día siguiente al de su publicación. Ello implica que a partir de ese día (24.3.07) cualquier trabajador que tenga a su cuidado a un menor de ocho años, puede solicitar la reducción de jornada y de salario regulada en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, la nueva redacción dada al artículo 37.5 también es aplicable en los supuestos en los que un trabajador o trabajadora haya disfrutado de ella hasta que el menor cumplió los seis años (o se encuentre actualmente disfrutando de la reducción de jornada por guarda de un menor), pudiendo a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, solicitar de nuevo la reducción de jornada y salario (o continuar disfrutándola) hasta que el menor cumpla los ocho años.

En ambos casos, los porcentajes máximos y mínimos aplicables a la reducción de jornada y salario serán, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, los establecidos en el nuevo artículo 37.5, es decir, *"entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella"*. De modo que, si los porcentajes de la reducción que se estuvieran o hubieran disfrutado fueran distintos ahora pueden modificarse y ajustarse a la nueva regulación.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que lo afirmado anteriormente no significa que la Ley Orgánica 3/2007 haya generado un nuevo derecho laboral, sino que se amplían los términos en que puede ejercitarse ese derecho en cuestiones tales como el porcentaje mínimo de reducción o la edad del menor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que existen algunas situaciones o regulaciones a las que la Ley sí aplica un régimen transitorio; este es el caso, por ejemplo, de la ampliación del periodo considerado como cotizado y del incremento hasta el 100 por 100 de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de reducción de jornada.

18 de julio de 2007

ASUNTO: Consulta sobre acumulación del permiso de lactancia

La Ley Orgánica 3/2007 ha establecido con carácter general la posibilidad de acumulación al dar nueva redacción al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, del modo siguiente:

“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”.

De esta redacción se deduce, en primer lugar, que para que la trabajadora pueda acumular el permiso de lactancia es necesario que esta posibilidad esté contemplada en el convenio colectivo o bien que llegue a un acuerdo para ello con el empresario, acuerdo que deberá respetar, en su caso, lo que establezca el convenio, si éste contiene previsiones sobre esta materia. Y será también en el convenio colectivo, o en el acuerdo de la trabajadora con el empresario, donde se determine la duración que tendrá este permiso, teniendo en cuenta que lo que se acumula es el derecho a una hora de ausencia del trabajo, por lo que, en nuestra opinión, el convenio colectivo o el acuerdo podrán fijar una duración mayor que la que correspondiera matemáticamente a la suma de las horas, pero no inferior. Esto es así, a juicio de esta Dirección General, en atención a los criterios de aplicación e interpretación de las normas establecidos en el Código Civil, artículo 3.1, conforme al cual *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.*

Pues bien, la redacción del párrafo segundo del artículo 37.4 no deja a nuestro juicio lugar a dudas: *“La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho... o acumularlo en jornadas completas...”* Y *“este derecho”* no puede ser otro que el establecido en el párrafo primero de este mismo artículo 37.4, esto es, *“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo...”*

En conclusión, la posibilidad de acumular las horas de lactancia en jornadas completas de descanso, así como la duración de este permiso de lactancia acumulada, se regulará según lo establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo entre la trabajadora y el empresario.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, la concreción horaria del permiso de lactancia corresponde a la trabajadora quien deberá decidir, conforme al artículo 37.4, las horas o medias horas concretas de ausencia, o si prefiere reducir media hora su jornada o si quiere acumular las horas de lactancia.

20 de junio de 2007

ASUNTO: Consulta sobre jubilación parcial

Criterio en relación con la validez de una cláusula convencional que posibilita la concesión al trabajador que se jubila parcialmente de una licencia retribuida extraordinaria coincidente con el tiempo que le falta para alcanzar la edad ordinaria de jubilación, informando al respecto lo siguiente.

En definitiva, como este Centro Directivo señalaba en su informe de 29 de enero de 2001 (Nº. Ref.: TS254) respecto de una consulta similar *“la situación que se describe no se corresponde con la finalidad querida con la regulación del contrato de relevo y la jubilación parcial”,* si bien *“lo que aquí se plantea podría plantearse respecto a cualquier modalidad de contrato de trabajo y no sólo respecto a los contratos de relevo y de jubilación parcial. Efectivamente, lo que, según las circunstancias del caso, puede llegar a producirse es en realidad una ficción o simulación contractual al faltar un elemento del contrato como es la prestación de servicios”.*

En cuanto a los efectos de la cláusula analizada, dependerán de la aplicación que se haya dado a la misma y de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuyo enjuiciamiento no procede realizar aquí. En todo caso, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990 (RJ 1990\3475), según la cual:

“El negocio simulado se definió ya en la Sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal de 29 de octubre de 1956, como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad porque no existe en absoluto (simulación absoluta) o porque es distinto de aquel que se muestra al exterior (simulación relativa). De ahí que los efectos de la simulación sean distintos en atención a la modalidad simulatoria concurrente: mientras que la nulidad es completa en la simulación absoluta, en la relativa se limita al negocio aparente, pudiendo mantenerse la eficacia del negocio verdadero si éste reúne los requisitos necesarios.”

Por lo demás, los efectos respecto de la validez del negocio jurídico simulado a que se refiere la sentencia anterior no obstan a las sanciones y demás responsabilidades que procedan en orden a las prestaciones generadas, si así se aprecian en cada caso concreto por los sujetos competentes para la determinación de esas responsabilidades.

En conclusión, el criterio de este Centro Directivo es que el artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores no ampara situaciones de hecho en las que un pensionista de jubilación parcial no presta servicio efectivo en la empresa, aunque formalmente permanezca vinculado a la misma con una apariencia de legalidad.

28 de junio de 2007

ASUNTO: Consulta sobre reducción de jornada por el padre y la madre simultáneamente

Se pregunta sobre la posibilidad de ejercer simultáneamente el padre y la madre el derecho de reducción de jornada para poder cuidar a una hija de 5 meses, reconocido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, se comunica cuanto sigue.

En efecto, la modificación del artículo 37.5 ET, que afecta únicamente a su párrafo primero, se refiere por un lado a la ampliación de la edad del menor que puede dar derecho a la reducción de jornada (8 años ahora frente a los 6 anteriores a la LO 3/2007) y, de otro, al porcentaje de reducción de jornada y proporcionalmente de salario (antes debía estar entre la mitad y un tercio de la jornada y ahora entre un octavo y la mitad). Sin embargo, respecto al disfrute simultáneo por el padre y la madre del derecho de reducción de jornada en virtud del mismo sujeto causante, nada nuevo aporta la Ley Orgánica 3/2007, manteniéndose la redacción anterior del último párrafo del artículo 37.5 ET, conforme al cual:

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

Cabe el derecho a reducción de jornada previsto en ese apartado en los siguientes supuestos:

- cuando por razones de guarda legal se tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o a alguna persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida,
 - cuando se esté al cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.
2. De la regulación legal a que se ha hecho referencia -artículo 37.5 ET- cabe concluir que la reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, cuyo disfrute resulta indisponible para el empresario, quien únicamente puede limitarlo en caso de que ambos progenitores trabajen en la misma empresa y pretendan disfrutarlo en virtud del mismo sujeto causante, limitación que aún así sólo procedería cuando se aleguen razones justificativas de organización y funcionamiento de la empresa.

Una interpretación a sensu contrario de esta regla conduce indubitadamente a entender que no trabajando ambos progenitores en la misma empresa podrán disfrutar simultáneamente del derecho de reducción de jornada, aun en virtud del mismo sujeto causante.

- Este criterio mantenido por esta Dirección General es el que vienen aplicando también los tribunales laborales, en el entendido que la ausencia de prohibición expresa del disfrute simultáneo por ambos progenitores del derecho de reducción de jornada ha de ser entendida precisamente como el reconocimiento del ejercicio simultáneo de ese derecho, interpretación en sintonía con los principios y derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores.

Así, por ejemplo el TSJ de La Rioja, en sentencia de 2 de junio de 2005 (AS 2005/1702) en un supuesto relativo a reducción de jornada por cuidado directo de familiares que no pueden valerse por sí mismos, regulado también en el apartado 5 del artículo 37 ET, señala que “si generan ese derecho dos o más trabajadores de diferentes empresas, porque cada uno de ellos acredita el cumplimiento de los requisitos incluida la necesidad de encargarse del cuidado directo, ninguna objeción legal existe a que todos ellos puedan disfrutar de la reducción de jornada”.

Por todo ello cabe concluir que, la ausencia de prohibición expresa del disfrute simultáneo unido a una interpretación acorde con los principios de conciliación familiar y laboral y el reparto de tareas domésticas que inspiran dichos derechos debe llevarnos a la conclusión final de reconocer a ambos progenitores la posibilidad de ejercer simultáneamente el derecho de reducción de jornada organizándose de la forma que mejor convenga a la satisfacción de las necesidades personales. Y únicamente, si los dos trabajan en la misma empresa y el derecho se genera por el mismo sujeto causante (el mismo hijo), el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

14 de junio de 2007

ASUNTO: Consulta sobre aplicación normativa laboral a trabajadores islámicos

Situación a la que se enfrenta la empresa al componerse su plantilla por un elevado porcentaje de trabajadores de religión islámica, los cuales durante el mes de Ramadán cumplen con sus obligaciones de ayuno y rezo, suspendiendo, alterando o interrumpiendo, para ello, su actividad laboral, sin que exista comunicación expresa por parte de ellos a la empresa ni consentimiento posterior de la misma.

Cuestión diferente es la suspensión, alteración o interrupción de la actividad laboral, para cumplir con sus obligaciones de rezo, sin realizar comunicación expresa por parte de ellos a la empresa y sin consentimiento posterior de la misma.

La única previsión del Estatuto de los Trabajadores en materia de descanso durante la jornada diaria se encuentra en el artículo 34.4: *“siempre que la duración de la jornada diaria exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media”*.

La finalidad de estas interrupciones en la actividad a lo largo de la jornada de trabajo, lejos de intenciones religiosas, es la del descanso. Los trabajadores tienen derecho a utilizar este tiempo de descanso de la manera que mejor estimen, pudiendo, evidentemente, dedicar el mismo al rezo. Sin embargo, nada obliga al empresario a que conceda un descanso adicional para cumplir las obligaciones de rezo. Tampoco contiene ninguna previsión la Ley 26/1992 en este sentido.

Por ello hay que concluir que no se puede imponer al empresario tal decisión, sino que, solamente por vía del acuerdo previo entre las partes y, en todo caso entendiéndose, nuevamente salvo acuerdo en sentido contrario, que el tiempo dejado de trabajar deberá ser recuperado sin compensación alguna.

Esta interpretación encuentra respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo especialmente relevante en la materia la Sentencia 19/1985 del Tribunal Constitucional, que aunque en referencia al descanso semanal argumenta: *“el problema se centra así entre una alegada incompatibilidad entre la práctica religiosa y el cumplimiento de las obligaciones laborales, ... de*

lo que se trata es que la empresa no la ha dispensado del régimen laboral que, respecto a la jornada de trabajo, tiene establecido, de modo que, bien entendido, no la ha posibilitado el cumplimiento de sus deberes religiosos, que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa. Podrá existir -no hay inconveniente en reconocerlo- una incompatibilidad entre los deberes religiosos, en cuanto impongan la inactividad laboral y la ejecución del trabajo o el cumplimiento de obligaciones laborales, pero no una coercibilidad contraria al principio de neutralidad que debe presidir, en la materia, la conducta del empresario... Partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para la empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad, que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario".

1 de septiembre de 2006

ASUNTO: Reducción de jornada por cuidado de familiar

Se plantea consulta sobre la reducción de jornada a que se refiere el artículo 37.5 del Estatuto de los trabajadores, informando al respecto lo siguiente.

La pregunta formulada se refiere a la documentación requerida para el ejercicio del derecho y el organismo que debe emitirla.

El artículo 37.5 ET establece lo siguiente:

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

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

El segundo párrafo de la disposición establece el derecho de los trabajadores a reducir la jornada de trabajo entre un tercio y la mitad de su duración cuando tenga a su cuidado un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que no pueda valerse por sí mismo, por razones de edad, accidente o enfermedad, siempre que no desempeñe una actividad remunerada.

Como recoge la sentencia del TSJ de La Rioja de 2 de junio de 2005 (AS 1702):

"...Para poder acceder a ese derecho, el precepto exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que el trabajador necesite encargarse del cuidado directo de un familiar; b) que el grado de parentesco entre ambos sea el primero o segundo de consanguinidad o de afinidad; c) que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo, bien sea por razones de edad (avanzada), o de accidente, o de enfermedad, y d) que el mismo familiar no desempeñe actividad retribuida."

Los términos legales son claros, por lo que el ejercicio del derecho exige que concurra el supuesto de hecho, en concreto la necesidad de atender al cuidado del familiar, en el grado que se establece, que por motivos de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe una actividad remunerada.

La justificación del supuesto ante el empresario para fundamentar el ejercicio del derecho a la reducción de jornada, se hará por los medios de prueba admitidos en derecho, tanto en relación con el parentesco como por lo que se refiere a la situación de dependencia, que incluye el no desempeño de actividad remunerada del familiar, que vendrá determinada en cada caso por la circunstancia concreta que motiva el mencionado ejercicio, sin perjuicio de las previsiones que el convenio colectivo aplicable pueda establecer en esta materia.

La documentación a aportar estará en relación con el supuesto concreto, como ha quedado dicho, debiendo acreditar el estado de necesidad del familiar vinculado a la imposibilidad de valerse por sí mismo, junto al resto de los requisitos legales, pudiendo referirse a elementos probatorios como el DNI, partida de nacimiento, libro de familia, certificado médico, certificación negativa de la Tesorería General de la Seguridad Social, declaración del trabajador y/o del

familiar, etc., no siendo posible su concreción a priori, sino en función del supuesto concreto motivador.

Como conclusión de lo que precede, cabe decir que la documentación a aportar al empresario debe ser la adecuada para justificar cada uno de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por cuidado de familiares, regulado en el artículo 37.5 ET, dependiendo de cada supuesto concreto, en función de la situación que requiere la asistencia del familiar por parte del trabajador, debiendo estar presidida tanto la acreditación como la respuesta del empresario por el principio de buena fe.

19 de febrero de 2007

ASUNTO: Consulta sobre lactancia acumulada en caso de parto múltiple

Consulta en el que se plantea la cuestión sobre si en caso de parto múltiple, el período de lactancia acumulada debe multiplicarse igualmente. En respuesta a dicho escrito se comunica lo siguiente:

“La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.”

Ahora bien, de esta redacción se deduce, en primer lugar, que la trabajadora pueda acumular el permiso de lactancia es necesario que esta posibilidad esté contemplada en el convenio colectivo o llegue a un acuerdo para ello con el empresario que deberá respetar, en su caso, lo que establezca el convenio. Y será también en el convenio colectivo, o en el acuerdo con el empresario, donde se determine la duración que tendrá este permiso, ya que el nuevo artículo 37.4 no establece que las jornadas completas por las que se sustituye el permiso de lactancia deban coincidir con las horas de lactancia a las que se tiene derecho, sino que se remite a lo previsto en la negociación colectiva.

Por este mismo razonamiento, tampoco se puede deducir que en caso de parto múltiple deba ampliarse automáticamente el permiso acumulado de la lactancia. Efectivamente, aunque el permiso de lactancia, en caso de parto múltiple, sí se amplía automáticamente, esto es porque la finalidad de este permiso es permitir la lactancia, de modo que en caso de varios recién nacidos es evidente que se necesita, proporcionalmente, más tiempo para ello. Ahora bien, en el supuesto de acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, la finalidad del permiso ya es distinta. No se trata de la lactancia del recién nacido propiamente dicha, sino de la atención y cuidado del menor. Por eso, en este caso, no necesariamente se tiene que producir esa proporción de “más recién nacidos, más número de horas y más jornadas completas de permiso”. Sin embargo, esto no significa que el convenio colectivo o el empresario y la trabajadora acuerden que sí se aumente, proporcionalmente o no, el permiso acumulado de la lactancia en caso de parto múltiple.

30 de agosto de 2006

ASUNTO: Cambio de centro de trabajo

En primer lugar, procede señalar que el cambio de residencia, característica propia de la movilidad geográfica, no se halla vinculado a ningún ámbito territorial concreto, esto es, el traslado de un departamento de la empresa dentro de los límites de la Comunidad de Madrid no presupone que los trabajadores mantengan la residencia, ya que la circunstancia determinante del cambio de residencia son las características del desplazamiento que diariamente deba hacer el trabajador en el caso concreto (distancia, duración, medios de transporte, infraestructuras, facilidades dadas por la empresa, etc.) y la carga o dificultad que suponga cubrirlo, y no el mantenimiento del centro de trabajo dentro de un ámbito geográfico determinado, provincial o autonómico.

Por esta razón, no debe excluirse, como parece desprenderse de la consulta recibida, que el cambio de centro de trabajo no vaya a implicar un cambio de residencia de los trabajadores. Serán, pues, las circunstancias de la nueva ubicación del centro y la forma de llegar a él todos los días las que determinen si los trabajadores tienen que cambiar su residencia o no.

Común a cualesquiera de las posibilidades de traslado de instalaciones de la empresa es la preceptiva emisión de informe previo a la ejecución del mismo por parte de la representación unitaria de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 64.1.4º.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Si el cambio de centro de trabajo para ciertos departamentos de la empresa supusiera un cambio de residencia, la situación se encontraría regulada por el artículo 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la movilidad geográfica. Debe significarse que este precepto exige que el traslado tenga su origen en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Este precepto diferencia la movilidad geográfica individual de la colectiva, producida esta última en caso de traslado de todo un centro de trabajo que ocupe a más de cinco trabajadores o que afecte a los siguientes colectivos: diez trabajadores en empresas de menos de cien, el diez por ciento en empresas de cien a trescientos trabajadores y treinta trabajadores en empresas de trescientos o más trabajadores. En los párrafos siguientes se destacan de forma resumida las principales características de una y otra.

La movilidad geográfica individual (artículo 40.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) exige al empresario la comunicación del traslado al trabajador y a sus representantes con una antelación de treinta días y la posibilidad del trabajador de optar por el traslado, obteniendo una compensación por los gastos del cambio de domicilio propios y de los familiares, o por extinguir el contrato, obteniendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose los períodos inferiores al año, con un tope de doce mensualidades. Queda, por su parte a salvo la facultad del trabajador de impugnar ante la jurisdicción la decisión empresarial por no estar justificada, en orden a que se revoque la orden de traslado y sea repuesto a la situación inicial.

La movilidad geográfica colectiva (apartado 2 del artículo 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) requiere la celebración de un período de consultas con la representación unitaria de los trabajadores con el objeto de intentar llegar a un acuerdo al respecto, terminado el cual el empresario notificará su decisión a los trabajadores.

Asimismo, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados, regula la tramitación de un procedimiento ante la autoridad laboral en el que, notificada la decisión empresarial sobre el traslado, las partes interesadas podrán solicitar de dicha autoridad la paralización del traslado durante seis meses.

Por su parte, la impugnación de la decisión empresarial de traslado podrá hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales a través de un proceso de conflicto colectivo.

Si el cambio de centro de trabajo no exige cambio de residencia del trabajador, debe tenerse en cuenta que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, derogó las Órdenes de 10 de febrero y 4 de junio de 1958, reguladoras del plus de distancia, entendiéndose desde entonces dichos complementos materia objeto de negociación colectiva. Tras dicha reforma legislativa, no existe en las normas legales o reglamentarias de aplicación ningún precepto que obligue a la empresa a abonar cantidad alguna en concepto de desplazamiento ordinario al centro de trabajo.

En el sentido expresado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2004, citada por la empresa en la consulta, manifiesta que "Está legalmente prevista la indemnización por gastos de traslado de trabajador y familia, cuando el del centro de trabajo implica la necesidad de cambio de residencia, mas, cuando el traslado no exija cambio de residencia, no establece otras compensaciones que las pactadas entre las partes o impuestas en convenio colectivo, o, en su caso, la posibilidad de extinguir el contrato con la indemnización legalmente establecida. No queda precepto alguno que imponga al empresario la obligación de satisfacer el mayor tiempo invertido en el desplazamiento como hora de trabajo". Este pronunciamiento judicial ha sido seguido por las Sentencias del Tribunales Superiores de Justicia de La Rioja de 15 de noviembre de 2005, Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2005 y Asturias de 22 de abril de 2005.

Como conclusión a lo expuesto, debe resaltarse que el hecho de que la empresa no vaya a trasladar el centro de trabajo de algún departamento fuera de la Comunidad de Madrid no supone a priori la existencia o no de un cambio de residencia de los trabajadores, que vendrá determinado por las condiciones del nuevo itinerario que deban hacer diariamente. Las consecuencias de que exista o no cambio de residencia son las apuntadas en párrafos anteriores, sin perjuicio de que, en situaciones como la expresada, resulta enormemente recomendable negociar las condiciones con los afectados, en orden a llegar a un acuerdo que evite futuros conflictos.

25 de agosto de 2006

ASUNTO: Consulta sobre cesión de trabajadores a España de una empresa austriaca

Los requisitos exigibles a la actividad desarrollada en España por empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo se regulan en el artículo 22 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal. De conformidad con dicho artículo, las empresas de trabajo temporal (ETT) establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea pueden desplazar temporalmente a sus trabajadores para su puesta a disposición de empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España. En tal caso, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) La empresa de trabajo temporal debe, de conformidad con la legislación de su Estado de establecimiento, estar válidamente constituida y reunir los requisitos para poner temporalmente a disposición de empresas usuarias trabajadores por ella contratados. En consecuencia, una empresa de trabajo temporal austriaca debe estar legalmente constituida y operar válidamente en Austria, sin que sea necesario obtener una autorización distinta para desplazar temporalmente trabajadores a España.
- b) El contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador debe formalizarse por escrito y ajustarse a lo previsto en los artículos 6 a 8 de la Ley 14/1994, que regula los supuestos de utilización, la duración de los contratos y las prohibiciones o exclusiones en la utilización de los servicios de una ETT.

La ETT debe cumplir la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, norma española de transposición de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. En consecuencia, la ETT debe garantizar las condiciones mínimas a que se refiere el artículo 3 de la citada Ley 45/1999. Además, "los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones, siendo responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador. A tal efecto, la empresa usuaria deberá consignar dicho salario en el contrato de puesta a disposición del trabajador" (artículo 11.1 de la Ley 14/1994).

Asimismo, la ETT debe cumplir el artículo 5 de la Ley 45/1999, que establece la obligación de comunicar a la autoridad laboral el desplazamiento de los trabajadores con carácter previo a su inicio.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que lo que se ha indicado se refiere al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, derivada de la libre prestación de servicios prevista en el artículo 49 del Tratado CE.

Diferente sería el caso de una empresa de trabajo temporal comunitaria que decidiera establecerse en España, en el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 del Tratado CE. En tal caso, la ETT estaría sujeta en su totalidad a la Ley 14/1994, de 1 de junio, y a su normativa de desarrollo, que exige la obtención de una autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de cesión de trabajadores.

16 de agosto de 2006

ASUNTO: Consulta sobre permisos y ausencias del trabajo

El artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) establece una serie de casos y períodos de tiempo en los que "El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración [...]". Es preciso poner de relieve que el artículo 37.3 actúa como mínimo de Derecho necesario, pudiendo ser mejoradas sus condiciones por la negociación colectiva y, por ello, recomendándose la consulta del Convenio Colectivo de aplicación al caso concreto.

De la lectura del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se desprenden una serie de requisitos para considerar que el permiso o la licencia se ha disfrutado de acuerdo con la Ley, cuales son:

El motivo de la ausencia debe estar tasado, esto es, debe ser uno de los previstos en el artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o en el Convenio Colectivo de aplicación y con la duración que al respecto se prevea. El establecimiento de causas y duración de los permisos obedece a un sistema de "numerus clausus", tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 7 de septiembre de 1992.

La ausencia debe preavisarse, sin que la Ley del Estatuto de los Trabajadores establezca un plazo concreto. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de julio de 2001 exige que "la ausencia se produzca «previo aviso y justificación» del trabajador a su empresario; lo que significa que con una antelación razonable (en función de cada caso; en muchas ocasiones será mínima o incluso imposible) se haga saber a la contraparte contractual que se producirá la ausencia (cualquier medio de comunicación será válido y no hay sino sumisión a las reglas de la buena fe a que alude art. 20.1 «in fine» ET)".

La ausencia debe también justificarse, esto es, probar que el disfrute de dicho permiso es adecuado a la causa legal que lo habilita, entendiéndose que la forma en que se realice la justificación deberá acreditar efectivamente la concurrencia de dicha causa habilitante. No obstante, la misma Sentencia de 26 de julio de 2001 dispone que "La justificación (a la que el empresario pueda renunciar por la notoriedad de la causa o la confianza en la palabra de su trabajador) ha de aportarse en el momento en que sea posible (anterior o posterior al disfrute del permiso)".

La consecuencia jurídica que el artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores prevé para el cumplimiento de los requisitos señalados es la ausencia del trabajo con derecho a percibir remuneración. Por este motivo, si el trabajador se ausenta preavisando y justificando dicha situación, no cabe el descuento en nómina de las horas de ausencia ni la recuperación de las mismas.

Lo expresado en los apartados anteriores se refiere a las ausencias del trabajo para casos tasados en las normas de aplicación, preavisados y justificados. En el caso de que las faltas al trabajo no se realizaran en las condiciones señaladas, no asistirá el derecho a ausentarse en los términos del artículo 37.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En su caso, la empresa podrá recurrir al cuadro de infracciones y sanciones que contemple el Convenio Colectivo de referencia y, en último término, a lo establecido en los artículos 52.d) (despido por causas objetivas por faltas de asistencia, debiendo tenerse en cuenta que, a los efectos, no se computan las licencias disfrutadas) y 54.1.a) (despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo). Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de noviembre de 1997 confirma la procedencia de un despido al no justificarse la ausencia del trabajo durante varios días. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de julio de 1998, en un procedimiento sobre vacaciones, niega el carácter de permiso de una ausencia al trabajo al considerar que el trabajador ni avisó ni la justificó.

9 de agosto de 2006

ASUNTO: Consulta sobre contratación a través de ETT

La primera pregunta es si es posible contratar a trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal para una empresa usuaria que no tiene trabajadores propios en plantilla. La respuesta a esta primera pregunta ha de ser afirmativa.

Las empresas de trabajo temporal aparecen configuradas legalmente como aquellas empresas cuya actividad consiste en la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas usuarias.

El artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal así lo establece. En efecto, una empresa de trabajo temporal es aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.

Estos trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias (trabajadores en misión) no son trabajadores de esas empresas usuarias sino que son trabajadores de la empresa de trabajo temporal, si bien prestan efectivamente sus servicios para la empresa usuaria. Como trabajadores de la ETT que son, su relación laboral se rige, además de por las disposiciones legales y reglamentarias establecidas con carácter general, por el convenio colectivo de la ETT y no por el de la empresa usuaria.

Corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores en misión, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria -o, en su caso, solidaria- que la empresa usuaria tiene respecto de esas obligaciones contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

Ahora bien, como el trabajador en misión presta servicios para la empresa usuaria, las facultades de dirección y control de esa actividad laboral son ejercidas por dicha empresa, quien responde también de la protección del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Sin embargo, para efectuar dicha contratación y consiguiente puesta a disposición, resulta irrelevante que la empresa usuaria que va a recibir la prestación de servicios de esos trabajadores cuente con trabajadores propios en su plantilla.

Y es que no existe en la normativa reguladora de las empresas de trabajo temporal ninguna precisión acerca de que la empresa usuaria deba contar previamente con algún trabajador en plantilla. En consecuencia, debe responderse a esta primera pregunta en sentido afirmativo y, por tanto, una empresa usuaria que no tiene ningún trabajador propio en plantilla puede recibir la prestación de servicios de trabajadores contratados a través de una empresa de trabajo temporal.

Ahora bien, como el trabajador en misión presta servicios para la empresa usuaria, las facultades de dirección y control de esa actividad laboral son ejercidas por dicha empresa, quien responde también de la protección del trabajador en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

Sin embargo, para efectuar dicha contratación y consiguiente puesta a disposición, resulta irrelevante que la empresa usuaria que va a recibir la prestación de servicios de esos trabajadores cuente con trabajadores propios en su plantilla.

Y es que no existe en la normativa reguladora de las empresas de trabajo temporal ninguna precisión acerca de que la empresa usuaria deba contar previamente con algún trabajador en plantilla. En consecuencia, debe responderse a esta primera pregunta en sentido afirmativo y, por tanto, una empresa usuaria que no tiene ningún trabajador propio en plantilla puede recibir la prestación de servicios de trabajadores contratados a través de una empresa de trabajo temporal.

La segunda pregunta pretende conocer si sería posible contratar a este trabajador a través de la ETT para trabajar en otra provincia donde la empresa usuaria no tiene abierto ningún centro de trabajo.

Se plantea el supuesto de una empresa usuaria que tiene su domicilio social y fiscal en Madrid preguntándose si es posible contratar a un trabajador a través de una ETT para trabajar en otra provincia distinta sin que esa empresa usuaria tenga en esa provincia ningún centro de trabajo.

La respuesta a esta cuestión ha de ser de nuevo afirmativa.

Lo primero que ha de apuntarse es que para que Arenaria ETT pueda celebrar un contrato de puesta a disposición con una empresa usuaria domiciliada en Madrid debe contar con una autorización administrativa que le permita actuar en Madrid.

Y es que el ámbito territorial de actuación de una empresa de trabajo temporal se encuentra limitado al especificado en la autorización que dicte la Administración competente. Esto supone que una ETT sólo puede celebrar contratos de puesta a disposición con empresas usuarias domiciliadas dentro del ámbito territorial coincidente con el de la autorización concedida a la ETT, que determina su lugar de actuación; por ello sólo en ese ámbito territorial de actuación autorizado podrá ejercer su actividad o tener centros de trabajo y medios materiales y personales o realizar publicidad de su actividad.

Una vez que la ETT pueda actuar en el territorio donde esté domiciliada la empresa usuaria, nada obsta a que esta usuaria desplace posteriormente al trabajador para realizar una obra o prestar un servicio en un territorio distinto, o a que, directamente, lo haya contratado para ocuparlo en esa obra o servicio que se va a desarrollar en un territorio ajeno al ámbito autorizado, incluso aun no disponiendo en ese territorio de un centro de trabajo. Y es que una cosa es el lugar de actuación de la empresa de trabajo temporal y otra el lugar de prestación de servicios del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria.

De modo que mientras la empresa de trabajo temporal no puede alterar su ámbito geográfico de actuación autorizado, la usuaria en cambio sí puede actuar fuera de su domicilio.

Ahora bien, esta situación requiere una actuación por parte de la empresa de trabajo temporal.

La posibilidad de ejecución de los servicios en un lugar ajeno al ámbito geográfico de actuación de la ETT, si bien se entendió posible desde la regulación originaria de las empresas de trabajo temporal, vino a ganar certeza jurídica con la Ley 29/1999, de 16 de julio, que incorporó al artículo 5 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, un apartado 3 en el que se establecen los requisitos de información necesarios para que la situación quede formalizada y resulte transparente.

En efecto, el artículo 5.3 de la Ley 14/94 hace referencia a una situación que ya se entendía posible conforme a la legislación anterior, cual es que el contrato de trabajo del trabajador puesto a disposición se ejecute total o parcialmente en un lugar externo al ámbito geográfico de actuación de la empresa de trabajo temporal, bien porque la empresa usuaria desplace al trabajador puesto a su disposición a un lugar diferente de aquél en el que se habían venido prestando hasta entonces los servicios, bien porque la usuaria contrata al trabajador para la realización íntegra de la obra o servicio desde el principio en un lugar diferente.

Y cuando esto sucede y el lugar de ejecución del contrato de trabajo se encuentra en un territorio no incluido en el ámbito de actuación de la empresa de trabajo temporal, el artículo 5.3 de la Ley 14/94 obliga a la ETT a comunicar a la autoridad laboral de ese territorio la prestación de los servicios con carácter previo a su inicio, acompañando una copia del contrato de trabajo y de la autorización administrativa de la ETT, para cuya cumplimentación habrá de estarse a lo regulado en el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero por el que se desarrolla la Ley 14/94.

17 de julio de 2006

ASUNTO: Consulta sobre el libro registro contemplado en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores

La cuestión se centra en la interpretación que deba darse a la expresión “de forma continuada” que figura en el último párrafo del artículo 42.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, según el cual: “Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.”

Puede comenzarse por recordar que el artículo 3.1 del Código Civil dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

En esta línea, la primera consideración que cabe realizar se refiere al sentido literal de la expresión cuestionada. Así, se entiende que continuado es lo duradero, lo que tiene permanencia en el tiempo. Ciertamente, ni “continuado” ni “duradero” son adjetivos referidos a un espacio temporal determinado, pero tampoco puede señalarse que sean términos ambiguos; cuando menos, permiten distinguir entre las contrataciones o subcontratas continuadas o duraderas y las que son ocasionales o esporádicas. A nuestro juicio, si el legislador no ha ido más allá en la precisión del término, ello es porque no ha deseado distinguir otra cosa que lo que es duradero y lo que es puntual u ocasional. Por tanto (y siempre en nuestra opinión) es ésta la delimitación que debe hacerse y el criterio que debe tomarse a la hora de determinar quién debe figurar en el libro registro al que alude el artículo 42.4 del ET.

En definitiva, el ordenamiento jurídico maneja como criterio que, a mayor intensidad del vínculo entre las empresas, mayor implicación del contratante a la hora de garantizar los derechos laborales de los trabajadores del contratista.

Por ello, desde la perspectiva de una interpretación lógica, la referencia a la prestación de servicios continuada de las contrataciones y subcontratas sólo permite dejar fuera de este concepto a los contratistas o subcontratistas que no acuden regularmente al centro de trabajo ajeno, sino de forma puntual u ocasional, pues en estos casos una interpretación diferente abocaría a situaciones absurdas y, desde luego, alejadas de la finalidad de los preceptos analizados.

27 de junio de 2006

ASUNTO: Consulta sobre jubilación parcial

La consulta que se plantea se refiere a si la jornada de trabajo que tiene que realizar un trabajador que accede a la jubilación parcial se puede realizar de una manera continuada o si se tiene que repartir a lo largo del tiempo que dure el contrato a tiempo parcial formalizado con el jubilado parcial.

El Trabajador que acuerda con su empresa una reducción de su jornada de trabajo y de su salario por acceder a la situación de jubilación parcial ha de concertar con la misma un contrato de trabajo a tiempo parcial, que se extinguirá al producirse la jubilación total (art. 12.6 ET). Es decir, tiene que celebrar con su empresa un contrato de trabajo a tiempo parcial que, como tal, queda sometido a la regulación vigente de los contratos a tiempo parcial, resultando aplicable igualmente lo previsto en el Real Decreto 1131/2002, al tratarse de un contrato a tiempo parcial por jubilación parcial.

En este sentido, el artículo 12.4.a) del Estatuto de los Trabajadores exige plasmar en el contrato a tiempo parcial el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. Por su parte, el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8 apartado 5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, en su artículo 2.2.f) considera como uno de esos elementos esenciales o condiciones de ejecución de la prestación laboral “la duración y la distribución de la jornada ordinaria de trabajo”.

Por tanto, conforme al artículo 12.4 a) ET debe concretarse en el contrato a tiempo parcial las horas de trabajo pactadas y su distribución.

Ahora bien, esas horas de trabajo en el trabajo a tiempo parcial han de distribuirse y computarse diaria, semanal, mensual o anualmente, siendo este cómputo anual el límite máximo de distribución de las horas de trabajo pactadas. En efecto, las partes del contrato tienen libertad para distribuir como estimen oportuno las horas de trabajo pactadas, si bien el cómputo ha de hacerse, como máximo, anualmente.

La conclusión de todo ello respecto a la cuestión planteada es que al estar fijado el límite en el cómputo anual no resulta posible, a nuestro juicio, acumular todas las horas de trabajo pactadas de un contrato a tiempo parcial de 5 años de duración para ejecutarlas de manera continuada; sí cabrá acumular año a año las horas de trabajo anuales pactadas.

21 de marzo de 2005

ASUNTO: Consulta s/ contrato a tiempo parcial

Se plantea duda acerca de la segunda frase de dicho apartado, en la redacción vigente dada por el RDL 5/2001, conforme a la cual *"En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución."*

Por tanto, con la nueva redacción del artículo 12.4 a) del Estatuto de los Trabajadores introducida por el RDL 5/2001, posteriormente convalidado por la Ley 12/2001, se flexibilizaron notablemente los requisitos de determinación del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial, sustituyendo la anterior obligación de concretar *"la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios"* por la mera indicación relativa a la *"distribución"* del número de horas contratadas, expresión que en ningún caso cabe considerar equivalente a la anterior.

15 de marzo de 2006

ASUNTO: Consulta sobre contratación de empleadas de hogar

Se pregunta por el número de prórrogas que pueden hacerse al contrato de empleados de hogar, así como el tiempo máximo que puede estar contratado el trabajador con un contrato de duración determinada.

En este sentido, el contrato de trabajo doméstico admite, en principio, todas las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores (salvo aquellas que resulten incompatibles por naturaleza, como el contrato de trabajo a domicilio). Así, el artículo 4.2 del RD se refiere a un *"pacto escrito en el que se optase por alguna de las modalidades... previstas en el ET"*.

2.1. Pero centrándonos en la duración del contrato de trabajo, cuestión por la que se pregunta, cabe decir que en principio ésta puede ser indefinida o temporal.

Conforme a la regulación prevista en el propio Real Decreto, de no mediar pacto escrito en el que se optase por alguna de las duraciones previstas en el ET, el contrato se presume concertado por tiempo determinado de un año, prorrogable tácitamente por períodos anuales, salvo denuncia de una de las partes anterior a su vencimiento, con un preaviso mínimo de siete días (artículos. 4.2 y 9.4 del RD).

Dicha presunción legal se entiende hecha *"iuris tantum"*, admitiendo prueba en contrario de una mayor o menor duración. También la presunción de temporalidad anual afecta tanto al contrato inicial como a las prórrogas anuales sucesivas.

No dice ninguna otra cosa el real decreto acerca de la duración y prórroga del contrato de trabajo doméstico, por ello existen dudas en orden a considerar aplicable a estos contratos el régimen limitativo de la contratación temporal, esto es, si rige o no para estos contratos una absoluta libertad de las partes para fijar la duración de los mismos.

La doctrina jurídico-laboral no es unánime al respecto; así, hay quien entiende (SALA) que dado que el artículo 4.2 habla de *"pacto escrito en el que se optase por alguna de las...duraciones previstas en el ET"* se puede concluir en la necesidad de encajar los supuestos de contratación temporal en alguno de los tipificados en el artículo 15.1 ET; otros (RAMÍREZ MARTÍNEZ) consideran que *"el artículo 4.1 admite cualquier duración sin que tenga que encajarse en alguno de los supuestos del artículo 15.1 ET"* pudiendo, en este caso, pactarse cualquier duración superior o inferior al año sin atenerse a los condicionantes formales de la normativa común.

Lo que no es discutido es que de no fijarse una duración en el contrato, éste se entiende celebrado por un año.

En cuanto al número posible de prórrogas, ciertamente, no hay tope en el real decreto regulador. En todo caso, entendemos que el límite de prórrogas temporales tácitas previsto en el artículo 4.2 vendrá fijado por la aplicación supletoria del artículo 15.3 ET según el cual *"se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley"*. De esta manera, una contratación temporal anual en cadena no justificada podría constituir un fraude de ley. No hay que olvidar, en este sentido, que la presunción legal de temporalidad no es más que una presunción *iuris tantum*, que admite por tanto prueba en contrario.

21 de abril de 2005

ASUNTO: Salario Mínimo Interprofesional e IPREM

Criterio de esta Dirección General de Trabajo acerca de si procede aplicar el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) o el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) a los efectos del embargo de salarios, sueldos, pensiones o retribuciones.

En este sentido para la sustitución del SMI en su función de instrumento de referencia, se ha creado simultáneamente el IPREM, o indicador público de renta de efectos múltiples que, conforme al artículo 2.1 del RDL 3/2004 se utilizará como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos.

Teniendo todo ello en cuenta, a nuestro juicio en el caso planteado debe resultar aplicable el SMI y ello en base a las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, el SMI como ha quedado dicho queda vinculado exclusivamente a los efectos directos o laborales, dejándolo al margen de su utilización como indicador del nivel de renta o como parámetro de referencia para la cuantificación de determinadas prestaciones sociales. Pero el artículo 92.2 del Reglamento de Recaudación no prevé la determinación de ninguna prestación, beneficio o servicio público que deba calcularse con referencia al IPREM ni los requisitos de acceso a este tipo de ayudas, más bien todo lo contrario, pues se está refiriendo a las limitaciones al embargo de salarios, pensiones u otras prestaciones reconocidas a un deudor por la Seguridad Social u otras entidades públicas, lo que nada tiene que ver con la fijación de prestaciones.
- En segundo lugar, precisamente para establecer esos límites se remite de manera explícita a los artículos 27.2 ET y 607 LEC. En este sentido, el artículo 27.2 ET declara que “el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable” y el 607 LEC también declara inembargable “el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”.
- Y, en tercer lugar pese a que el supuesto concreto del embargo de salarios, pensiones u otras prestaciones no está previsto de manera expresa en el apartado 2 del artículo 1 del RDL 3/2004 como uno de los supuestos en los que se mantiene la vinculación con respecto al SMI, coincidimos con el criterio de ese Servicio Público al entenderlo incluido en la letra c) de ese apartado 2 según el cual se mantiene la vinculación con el SMI para determinar “las garantías, privilegios y preferencias del salario establecidas en el artículo 32 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como en la legislación procesal civil y en la legislación concursal”.

11 de marzo de 2005

ASUNTO: Consulta sobre artículo 37.3 d) ET

Se concreta la consulta en conocer el criterio de esta Subdirección General acerca de si “**la asistencia a un juzgado previa citación y aportando justificante de tal asistencia**” puede ser considerado como un deber inexcusable de carácter público y personal a los que se refiere el artículo 37.3 d) ET y por tanto en dicha circunstancia se tiene derecho a permiso remunerado.

En definitiva, a la vista de la normativa reguladora y de acuerdo con esta interpretación judicial se debe admitir la existencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, con el consiguiente derecho a permiso retribuido, en los citados como testigos y peritos en el proceso penal y en los primeros en los procesos civil y laboral, y excepcionalmente en los supuestos concretos en que la ley determine la presencia inexcusable del perito en los procesos laboral y civil, siendo necesario, en todos los casos, que proceda el acuerdo judicial de la comparecencia personal del trabajador que ha de acudir al proceso.

Debe tenerse en cuenta por último que cuando efectivamente se trate de un deber inexcusable de carácter público y personal habrá que aplicar las propias limitaciones que el artículo 37.3 d) ET prevé en el sentido, por una parte, de que si las ausencias superan el veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses la empresa puede pasar al trabajador

a la situación de excedencia y, por otra, que si por el cumplimiento del deber o desempeño del cargo se percibe una indemnización se descontará el importe de ésta del salario al que tiene derecho en la empresa.

25 de febrero de 2005

ASUNTO: Consulta s/ descansos de recuperación

La cuestión concreta planteada por la consultante es “si en estos tiempos de descanso de recuperación es posible la realización de otras tareas fuera de las cámaras frigoríficas, o única y exclusivamente pueden dedicarse a descanso efectivo y no pueden hacer nada más.”

En relación con ello, y siendo notorio que el establecimiento de un tiempo máximo de permanencia en el interior de cámaras frigoríficas, de una limitación de la jornada, tiene la finalidad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, el INSHT señala en su informe, refiriéndose precisamente a la función que cumplen los descansos de recuperación, que “dichos períodos de descansos tienen la consideración de “descansos de recuperación” del balance térmico (recuperación del calor) de los trabajadores expuestos. La duración de dichos descansos es función de la temperatura de la cámara frigorífica como lo es también el tiempo máximo total de permanencia en el interior de las cámaras (durante la jornada de trabajo).” Por ello, el INSHT entiende que “dichos descansos no pretenden una recuperación del trabajador como consecuencia de su carga de trabajo y durante éstos podrían realizar (los trabajadores) otras tareas fuera de las cámaras, siempre y cuando se dé la condición de que estos descansos sirven para restablecer el balance térmico del trabajador.”

11 de enero de 2005

ASUNTO: Consulta sobre normativa aplicable sobre permiso de maternidad en caso de adopción

En el caso de la adopción y el acogimiento, la suspensión o permiso de dieciséis semanas es un derecho que tienen ambos padres y no solo la madre, como sucede en el caso de la maternidad biológica en el que es ésta la titular del derecho, pudiendo distribuir el periodo de descanso antes o después del parto e, incluso, cederle al padre parte del mismo, respetando siempre las seis semanas posteriores al parto.

Sin embargo, en el caso de adopción el permiso de dieciséis semanas puede ser disfrutado indistintamente tanto por el padre como por la madre. El Estatuto de los Trabajadores únicamente advierte de que, en el caso de que los dos trabajen, el periodo de suspensión deberá distribuirse a su elección, pudiéndolo disfrutar simultánea o sucesivamente y sin que en ningún caso se supere entre los dos las dieciséis semanas. *A sensu contrario*, si sólo trabaja uno de los padres, ya sea el padre o la madre, no existe ningún obstáculo legal que impida que aquél disfrute de la totalidad del permiso. Es decir, el padre puede disfrutar del permiso de dieciséis semanas aunque la madre no realice ningún trabajo remunerado.

30 de septiembre de 2004

ASUNTO: Comunicación del recibo de salarios

El criterio interpretativo de la Dirección General de Trabajo sobre las obligaciones empresariales en materia de entrega del recibo de salarios, se informa lo siguiente:

La consulta ha sido planteada en los siguientes términos: “esta empresa solicita la opinión de la Dirección General de Trabajo sobre si sus obligaciones en materia de comunicación del recibo de salarios están cubiertas con la emisión electrónica personal y confidencial del citado recibo, o si por el contrario debe, además, expedir copia en papel, en las mismas condiciones de confidencialidad a todo trabajador que lo solicite”.

Con carácter previo, es preciso destacar que la presente contestación se ceñirá exclusivamente a la pregunta concreta que se ha formulado. Por ello, no se entrará a valorar el procedimiento

utilizado por la empresa para efectuar este cambio, en relación con los derechos que asisten a los representantes de los trabajadores, referido en el primer apartado del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aportado.

El recibo de salarios deberá comprender con suficiente claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente sean aplicadas. El artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores exige que el pago del salario se haga documentalmente, señalándose en el apartado tercero de este artículo que “la documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo”.

En cuanto al modelo del recibo individual de salarios el Estatuto de los Trabajadores admite una gran libertad en la materia, permitiendo su establecimiento por convenio colectivo, o, en defecto de previsión en éste, por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Sólo en defecto de los anteriores entrará en juego el modelo oficial que fue aprobado por Orden de 27 de diciembre de 1994.

El carácter justificativo que debe tener el recibo de salarios exige implícitamente la necesidad de que el mismo esté firmado por el trabajador. A este respecto el artículo 2 de la Orden de 27.12.94 prevé que el recibo de salario será firmado por el trabajador al hacerle entrega del duplicado del mismo y abonarle las cantidades resultantes de la liquidación en moneda de curso legal o mediante la entrega de talón bancario o cheque.

Este aspecto sí podría verse afectado por la remisión del recibo vía correo electrónico. No obstante, y sin perjuicio de las posibilidades de uso de firma electrónica, consideramos que esta cuestión está resuelta, puesto que se prevé en el citado artículo 2, que cuando el abono se haga mediante transferencia bancaria, el empresario entregará al trabajador el duplicado del recibo sin recabar su firma, que se entenderá sustituida, a los efectos justificativos, por el comprobante de abono expedido por la entidad bancaria.

En conclusión, y sin perjuicio de comunicar a los representantes de los trabajadores el nuevo sistema, que no requerirá su conformidad si se produce sin alterar los conceptos incluidos en el recibo habitual (artículo 1 párrafo 2º de la Orden de 27.12.94), entendemos que el uso tanto del correo electrónico para la entrega del recibo de salarios, como el archivo de los mismos en soporte informático, será ajustado a la legalidad siempre que resulte garantizada la finalidad de ambos y, en todo caso, la intimidad de los trabajadores. Tal conclusión es coincidente con la expresada por este mismo Centro Directivo en el informe de 1.03.01.

Relación cronológica de normas de modificación del Estatuto de los Trabajadores

- 1) Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días (BOE 30-6; corrección de errores, 29-7).
- 2) Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se modifican determinados artículos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 4-8).
- 3) Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, sobre Medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y sociales (BOE 26-3).
- 4) Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE 15-4).
- 5) Ley 38/1989, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 (BOE 29-12).
- 6) Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE 8-3).
- 7) Ley 8/1992, de 30 de abril, de modificación del régimen de permisos concedidos por las Leyes 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, a los adoptantes de un menor de cinco años (BOE 1-5).
- 8) Ley 36/1992, de 28 de diciembre, sobre modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de indemnización en los supuestos de extinción contractual por jubilación del empresario (BOE 29-12).
- 9) Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, sobre Medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE 7-12).
- 10) Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE 23-5).
- 11) Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23-5, correcciones de errores 15-6).
- 12) Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31-12).
- 13) Ley 4/1995, de 23 de marzo, por la que se regula el permiso parental y por maternidad (BOE 24-3).
- 14) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 29-3).
- 15) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10-11).
- 16) Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE 17-5, corrección de errores, 24-5).
- 17) Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los Trabajadores en materia de cobertura del Fondo de Garantía Salarial (BOE 20-12).
- 18) Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE 30-12).
- 19) Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el contrato a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE 28-11).
- 20) Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31-12).
- 21) Ley 24/1999, de 6 de julio, por la que se modifica el artículo 92.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, referido a la extensión de los convenios colectivos (BOE 7-7).

- 22) Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6-11).
- 23) Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (30-12).
- 24) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE 8-8).
- 25) Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 30-12).
- 26) Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas urgentes para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 3-3; corrección de errores 10-3).
- 27) Ley 12/2002, de 9 de julio, de Medidas urgentes para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10-7).
- 28) Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 6-7).
- 29) Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad (BOE 25-5).
- 30) Ley 35/2002, de 12 de julio, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 13-7).
- 31) Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de Medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad (BOE 13-12).
- 32) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (10-7).
- 33) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3-12).
- 34) Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y financieras (BOE 31-12).
- 35) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE 29-12).
- 36) Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.(BOE 2-7)
- 37) Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE 30-12).
- 38) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23-3).
- 39) Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE 17-11).