

## **TEMA 5**

### **L'EMPRESARI**

És la part del contracte de treball que rep la prestació del treballador.

L'art. 1.2 de l'ET defineix l'empresari des d'un punt de vista ampli, ens ofereix un concepte que inclou tots els supòsits, considera com a empresaris les persones físiques i jurídiques (qualsevol que siga la forma) i les comunitats de béns. En l'última reforma, l'ET considera també dins del concepte d'empresari a qui rep la prestació de servei de les persones contractades per a ser cedides a empreses usuàries per empreses de treball temporal que estigueren legalment constituïdes.

L'empresari és qui rep la prestació de servei duta a terme pel treballador, d'una manera personal, voluntària i remunerada, dins de l'àmbit d'organització i direcció de l'empresa.

Per al dret de treball li és irrellevant que l'empresari laboral siga al mateix temps un empresari des de la perspectiva del dret mercantil. Encara que la majoria de les vegades coincideixen, pot donar-se el cas que un empresari mercantil no siga ocupador (petit empresari, autònom sense treballadors) o que l'ocupador no siga empresari en el sentit mercantil, per exemple, el treball al servei de la llar familiar.

Com hem dit, l'ocupador en l'art. 1.2 de l'ET pot ser persona física, jurídica, o inclús un ens sense personalitat jurídica unitària reconeguda pel dret, com són les comunitats de béns, en què s'inclouen les comunitats de propietaris, encara que es dóna molt aquesta figura jurídica entre professionals, per exemple, clíniques, modalitats de grups de societats...

També són empreses "les unions temporals d'empreses i les agrupacions d'interès econòmic".

- Les unions temporals d'empreses estan regulades per la Llei 18/1982 del 26 de maig i per la Llei 12/1991 del 29 d'abril. Són una mena de col·laboració d'empreses per a dur a terme conjuntament una determinada obra o servei. De la constitució d'aquestes unions no naix una nova personalitat jurídica diferenciada. Per tant, la responsabilitat que tinga enfront de tercers pels actes i operacions que facen en benefici comú és solidària i il·limitada per als seus membres.

- Les agrupacions d'interès econòmic estan regulades per la Llei 12/1991 del 29 d'abril. L'activitat que facen és en benefici de les empreses agrupades, tenen personalitat jurídica pròpia i els seus socis estan subjectes, pels deutes de l'agrupació, a una responsabilitat subsidiària enfront de tercers, encara que de caràcter solidari entre ells.

### **Empreses privades i empreses públiques**

La condició d'ocupador també pot ser assumida tant per una persona privada com per una persona jurídica pública. Poden formalitzar contractes de treball com a empresaris les diferents administracions públiques.

### **L'EMPRESA, EL CENTRE DE TREBALL I LA UNITAT PRODUCTIVA AUTÒNOMA**

Les normes laborals es refereixen amb molta freqüència a l'empresa i li atribueixen dos significats:

- Subjectiu: com a terme equivalent a la figura de l'empresari, persona titular de l'empresa, art. 2.2 de l'ET.
- Objectiu: la relació jurídica laboral entre empresari-treballador. És a dir, l'àmbit d'organització i direcció a què es refereix l'art. 1.1 de l'ET.

Segons la STS del 24 d'octubre de 1988 una cosa és l'empresari, com una de les dues parts del contracte de treball, i altra la que fa referència a una organització de mitjans personals i materials per a produir béns o serveis que es destinen al mercat i que la titularitat d'aquests béns o serveis correspon a l'empresari.

### **Noció de centre de treball**

L'ET defineix el centre de treball en l'art. 1.5 com la unitat productiva amb organització específica que siga donada d'alta, com a tal, davant de l'autoritat laboral. D'aquest article destaquem:

- L'article menciona que siga donada d'alta davant de l'autoritat laboral, però és un requisit merament formal. Només amb aquest no és prou per a configurar el centre de treball.
- La nota característica que defineix el centre de treball radica en la seua organització específica, que converteix el centre de treball en unitat tècnica de producció, i per tant el diferencia del simple lloc

de treball i del més ampli concepte d'empresa entesa com a unitat organitzativa.

- El centre de treball se sol identificar en un lloc de producció que està dotat d'organització específica dins de l'organització general o global de l'empresa.
- Per al cas específic del treball del mar, es considera que és centre de treball la nau, i es considera que està situada en la província on està el port base.

Per a la normativa de prevenció de riscos laborals s'utilitza un concepte més ampli, ja que identifica el centre de treball i el lloc de treball.

Noció d'unitat productiva autònoma

L'art. 44 de l'ET també utilitza el concepte d'unitat productiva autònoma. Aquest concepte pot presentar dificultats. Aquesta expressió s'ha equiparat amb centre de treball.

És la jurisprudència la que ha delimitat aquesta noció considerant que és:

- la secció de comercialització d'una determinada línia de productes. STS del 25 d'abril de 1985;
- l'activitat d'edició i impressió desenvolupada per a la publicació d'un diari. STS del 16 de maig de 1990;
- la prestació de determinats serveis a tercers.

### La dimensió de l'empresa

La delimitació de les nocions d'empresa, centre de treball i unitat productiva és important perquè són importants les conseqüències pràctiques que d'això es deriven:

1. Important quant als efectes de delimitació del concepte de trasllat.
2. Important quant als efectes de l'aplicació del règim jurídic previst en l'art. 44 de l'ET per a la transmissió d'empresa.
3. Important a l'efecte de determinar adequadament el marc de referència o d'aplicació de certes normes laborals, ja que a les nocions d'empresa o centre de treball s'apliquen les normes de manera diferent en funció d'aquestes consideracions (exemple: comitè d'empresa o delegats de personal).

## GRUPS EMPRESARIALS

### El fenomen dels grups empresarials

Aquests grups estan formats per societats o empreses que encara que són formalment independents actuen sotmeses a una direcció unitària que les dota d'una certa unitat econòmica i origina una separació entre realitat material i les formes jurídiques.

Per tant, què passa amb les responsabilitats derivades de la condició d'empresari? A qui caldrà imputar la responsabilitat? A la societat que formalment apareix com a part del contracte de treball? O, al contrari, han d'imputar-se també responsabilitats a la societat dominant o a altres societats del grup?

No hi ha quasi normes que ho resolguen. L'ET i la Llei 3/2012 de mesures urgents per a la reforma laboral utilitzen aquesta expressió de grups empresarials, però no defineixen el seu abast.

#### Irrellevància jurídica

La jurisprudència aplica el principi d'independència i no comunicació de responsabilitats entre les societats integrades en un grup empresarial perquè considera que els vincles accionaris no alteren la consideració com a entitats autònomes o separades, dotades cada una de la seua pròpia personalitat, en relació a les societats que s'hagen constituït com a tals, posició que ha sigut mantinguda pel Tribunal Suprem, la Sentència del 16 de juliol de 2015.

La Llei 2/1995 de societats de responsabilitat limitada va reforçar legislativament la doctrina mantinguda.

La independència i l'autonomia de les societats del grup també s'estenen a altres efectes:

- Quant a la documentació necessària per a procedir a justificar que existeixen causes econòmiques per a l'extinció col·lectiva de contractes de treball.
- També independència amb vista a la responsabilitat de FOGASA, quan s'ha declarat la insolvència de l'empresari, encara que forme part d'un grup.
- Independència pel que fa a determinar l'aplicació d'un conveni col·lectiu a una determinada empresa. Encara que les empreses

estiguen integrades en un grup, en tractar-se d'empreses independents no s'aplica el conveni col·lectiu del grup, sinó que s'aplica el conveni sectorial propi que corresponga a l'activitat empresarial.

PERÒ, no obstant el que hem dit, hi ha rellevància jurídica en determinats elements addicionals:

El criteri d'irrellevància jurídica de vincles societaris falla en determinats supòsits, en els quals junt amb els vincles societaris concorren altres elements que han dut la jurisprudència a l'aplicació de la doctrina de "l'alçament del vel" de la personalitat jurídica, i per tant declarant la comunicació de responsabilitats empresarials enfront de societats que pertanyen a un grup.

Aquests elements addicionals fonamentalment són:

1. El fet que els treballadors presten els seus serveis indistintament a dues o més empreses del grup. Per tant, hi ha confusió o unitat de plantilles d'aquestes empreses o societats.
2. Quan el grup duu a terme una activitat i aquesta activitat produeix comunicació entre patrimonis de totes les empreses, i ho fa en règim de "caixa única", que produeix una confusió de patrimonis entre totes. Cal no confondre-ho amb quan es fan contractes i subcontractes entre empreses del mateix grup. En aquest cas no hi ha motiu per a la confusió de patrimonis sempre que els negocis siguin reals i s'apliquen preus de mercat.

En aquests dos supòsits els efectes laborals serien que hi ha una sola empresa, segons la STS del 24 de febrer de 2015, per la qual cosa hi hauria comunicació solidària de responsabilitat. Aquesta circumstància s'aplicaria a qualsevol aspecte de la relació laboral, per exemple, mobilitat del personal, acomiadament col·lectiu, etc.

3. Si es produeix un abús de la utilització abusiva de la personalitat jurídica en perjudici dels treballadors. Per exemple, una falsa aparença, de cara a l'exterior com que hi ha un grup, però amb sols una empresa, una direcció unitària en perjudici de societats, en perjudici dels creditors, on es poden trobar els treballadors.

Per al dret de treball, el concepte de grup d'empresa no és diferent del d'altres branques de l'ordenament jurídic. El que pot ser diferent són els efectes jurídics laborals.

De la jurisprudència del TS es pot extraure la doctrina de "l'alçament del vel", que permet veure la realitat laboral de l'empresa més enllà de

les aparences, perquè troba que la realitat ha produït la creació d'entitats diferents amb la finalitat clarament dirigida a obtenir uns beneficis que no poden redundar en perjudi dels treballadors, existint en definitiva només una unitat empresarial.

La doctrina de "l'alçament del vel" és una tècnica que permet exigir una determinada responsabilitat a qui resulte ser el verdader responsable, sense que siga lícit utilitzar la forma societària com a instrument per a eludir les responsabilitats personals o com a mitjà o instrument de frau.

Les societats es caracteritzen per tenir una personalitat jurídica independent de les persones físiques que la componen, amb una separació de patrimonis i responsabilitats. Això significa que davant d'un deute de la societat sols respondrà el patrimoni social, no el dels socis. Així, moltes vegades assistiran a complicats entramats de societats i empreses interposades on resulta quasi impossible saber qui és el verdader propietari responsable de l'empresa. Es tracta de desconèixer la personalitat jurídica i imputar els efectes directament sobre les persones físiques concretes que utilitzen la societat com a pantalla.

En l'àmbit laboral, l'aplicació d'aquesta doctrina implica la possibilitat d'atribuir la condició d'empresari a totes aquelles entitats en què es donen uns elements que fan presumir que funcionen com una sola i, per tant, s'exigeix la responsabilitat solidària.

## **LA CONTRACTA I LA SUBCONTRACTA D'OBRES I SERVEIS**

L'art. 38 de la Constitució espanyola reconeix la llibertat d'empresa.

Les empreses poden realitzar per si mateixes l'objecte de la seua activitat empresarial, o bé poden encarregar a una altra auxiliar l'execució de determinades tasques. Al mateix temps, aquesta última pot fer l'encàrrec ella mateixa o pot contractar a una altra empresa (SUBCONTRACTA).

També l'empresa principal pot contractar l'execució de certes tasques.

Quan es contracta la pròpia activitat, L'EXTERNALITZACIÓ, les operacions o labors són inherents a la producció de béns o serveis

específics de l'empresa, encara que es pot pactar el compromís de limitar recórrer a l'externalització segons el TS.

El nostre ordenament jurídic permet que les empreses contracten o subcontracten amb altres parts de la seua activitat productiva.

El problema de les contractes i les subcontractes és la possibilitat que puguen perillar els drets econòmics dels treballadors, així com les obligacions amb la Seguretat Social. Per aquest motiu, la llei estableix garanties per a defensar els drets dels treballadors. La llei estableix una sèrie de cauteles a favor dels treballadors afectats per les contractes i les subcontractes, cauteles reconegudes a l'art. 42 de l'ET, i constitueixen fonamentalment un règim de corresponsabilitat entre tots els empresaris implicats.

#### 1. SUPÒSIT DE L'ART. 42 DE L'ET. CONTRACTES I SUBCONTRACTES D'OBRES I SERVEIS CORRESPONENTS A LA PRÒPIA ACTIVITAT

Segons l'art. 42, els empresaris que contracten o subcontracten la realització d'obres i serveis corresponents a la pròpia activitat dels empresaris comitents (empresari principal) han de reunir tres condicions:

1. Tractar-se efectivament d'una contracta d'obra i serveis. No passa quan hi ha una cessió il·legal de treballadors.

2. Tractar-se d'una contracta subscripta per a la realització d'obres i serveis que corresponguen a la pròpia activitat de l'empresa principal. L'objecte del contracte són les labors inherents a la producció de béns o serveis específics que l'empresari principal pretén col·locar al mercat, de tal manera que les prestacions laborals dels treballadors del contractista s'incorporen al producte o resultat final de l'empresa o entitat comitent.

El TS considera que hi ha una sèrie d'activitats que són pròpia activitat, per exemple, el transport sanitari per un servei autonòmic de salut, els serveis d'atenció a persones majors en un centre de dia prestats per l'ajuntament.

També hi ha jurisprudència del TS que considera que l'activitat que es contracta no és la pròpia activitat de l'empresa comitent, per exemple, les referides a tasques de vigilància de les instal·lacions pròpies. STS del 12 de desembre de 2007.

Segons el TS en relació als contractes complexos on dins del seu objecte hi ha activitats pròpies junt amb altres que no ho són, ambdues activitats es comuniquen i s'aplica l'art. 42. Segons el TS, hi ha vis atractiva.

3. El terme legal del contracte es refereix tant a les activitats privades com a les públiques, entre empreses privades i també en aquelles que intervinga una administració pública.

La LCSP (Llei de contractes del sector públic) prohibeix la contractació amb organismes del sector públic als condemnats mitjançant sentència ferma per delictes contra la Seguretat Social o contra els drets dels treballadors, així com a qui no estiga al dia en el compliment de les obligacions de la Seguretat Social.

## 2. GARANTIES DE CORRESPONSABILITAT DELS EMPRESARIS

Si es donen les condicions que hem mencionat, l'empresari principal o comitent està subjecte a una responsabilitat solidària, com diu l'art. 42, durant l'any següent a la terminació del seu encàrrec respecte de les obligacions de naturalesa salarial concretes pels contractistes i subcontractistes. Matisacions:

1. Empresari principal és el que encarrega a un empresari contractista la realització d'una obra o un servei corresponent a la pròpia activitat.

2. La responsabilitat solidària es projecta sobre les obligacions concretes pels contractistes i subcontractistes amb els seus treballadors durant l'any següent a la finalització de l'encàrrec. Aquestes obligacions s'han d'haver generat durant el període de la contracta. Són les obligacions establides en l'art. 26.1 de l'ET, amb exclusió dels salaris de tramitació i percepcions extrasalarials.

3. Responsabilitat solidària durant els tres anys següents a què finalitze l'encàrrec de treball pel que fa a les referides a la Seguretat Social concretes pels contractistes i subcontractistes mentre dure la vigència del contracte.

Aquesta responsabilitat comprèn tant els descoberts per quotes impagades com les prestacions de les quals haja sigut declarat responsable el contractista per falta d'aplicació, alta o cotització a la S.S.



4. La responsabilitat de l'empresari principal sorgeix exclusivament en relació a les obligacions concretes pel contractista i subcontractista durant el període de vigència del contracte. Per tant, aquesta responsabilitat no afecta les obligacions nascudes abans o després d'haver finalitzat la relació contractual.

5. Segons l'art. 168 de la LGSS, hi ha responsabilitat subsidiària de l'empresari principal en matèria de S.S.

No hi ha responsabilitat solidària ni subsidiària quan l'activitat contractada es referisca exclusivament a la construcció i/o reparació que pugui contractar el cap de família respecte del seu habitatge, així com quan el propietari de l'obra o indústria no contracte la seua realització per raó d'una activitat empresarial.

6. La responsabilitat solidària establida en l'art. 42.2 de l'ET no pot ampliar-se als ordres administratiu i penal, excepte el que està previst en l'art. 23 i 42.3 de LISOS, donar ocupació als que són beneficiaris de pensions de la SS i matèria de prevenció de riscos laborals.

7. La responsabilitat solidària afecta a tots els empresaris implicats en una eventual cadena de contractes i subcontractes respecte dels empresaris successius.

### 3 OBLIGACIÓ EMPRESARIAL DE COMPROVAR QUE EL CONTRACTISTA O SUBCONTRACTISTA ESTÀ AL CORRENT EN EL PAGAMENT DE LES QUOTES A LA SS

Segons l'art. 42.1 de l'ET, l'empresari principal ha de comprovar que els contractistes estan al corrent en el pagament de les quotes a la SS, ha de sol·licitar per escrit a l'entitat gestora perquè emeta certificació negativa i ha d'alliberar-la en el termini de 30 dies.

1. Encara que la llei no ho diu, s'ha de sol·licitar la certificació administrativa abans de la formalització del contracte.

2. Si passen 30 dies i no li contesten, segons la llei queda exonerat de responsabilitat l'empresari sol·licitant. Però això planteja problemes d'interpretació:

La responsabilitat de la qual queda exonerat l'empresari principal seria exclusivament la solidària, la concreta pel contractista amb els seus treballadors mentre dure la contracta i en relació a la SS, però no

exonera de la responsabilitat de les obligacions salarials o de les derivades de la LISOS.

La STSJ de Catalunya del 30 d'octubre de 2007 en relació a la responsabilitat subsidiària de la LGSS, és incondicional i no està vinculada a una major o menor diligència de l'empresa principal en la comprovació de la situació de la subcontracta en matèria d'obligacions.

Si l'entitat gestora de la TGSS no emet certificació, pareix que hi ha exoneració, però si l'emet i hi ha descobert no hi ha exoneració.

L'exoneració de responsabilitat cobreix tot el període d'execució de la contracta.

3. La LCSP prohibeix la contractació amb organismes i entitats del sector públic als condemnats per mitjà de sentència ferma per delictes contra la SS o contra els drets dels treballadors, així com als que no estiguen al corrent en el compliment de les obligacions de Seguretat Social.

4. El TS admet com a substitució de la certificació de la TGSS els butlletins de cotització degudament segellats per l'oficina de l'entitat bancària col·laboradora autoritzada per a actuar com a oficina recaptadora, en què s'acredita que s'ha realitzat el pagament de les quotes degudes. Per tant, la presentació del justificant de pagament té valor legal alliberador.

5. Seria convenient una nova i més clara regulació legal, i podria servir de model la Llei general tributària.

6. No ha de confondre's la comprovació de l'art. 42 amb l'establida en l'art. 16.5 i 6 de la LGSS que obliga els empresaris que contracten o subcontracten amb altres la realització d'obres o serveis de la pròpia activitat, a comprovar abans de l'inici l'afiliació i alta en la SS de cadascun dels treballadors que aquests ocupen durant el període d'execució de la contracta.

#### 4. DRET D'INFORMACIÓ

S'estableix l'obligació empresarial de facilitar al comitè d'empresa trimestralment informació sobre previsions amb vista a supòsits de subcontractació, art. 64.2.c de l'ET.

L'art. 42 estableix a l'empresari principal l'obligació d'informar els representants legals dels treballadors sobre:

- Nom, raó social, domicili, número d'identificació fiscal de l'empresa contractista o subcontractista.
- Objecte, lloc d'execució de l'obra i duració.
- Nombre de treballadors que seran col·locats per la contracta o subcontracta en el centre de treball de l'empresa principal.

Mesures previstes per a la coordinació d'activitats laborals des del punt de vista de la prevenció de riscos laborals.

Quan l'empresa principal, el contractista o el subcontractista compartisquen de manera continuada un mateix centre de treball, l'empresa principal ha de disposar d'un llibre de registre, que estarà a disposició dels representants dels treballadors, on s'ha de reflectir tota la informació respecte de totes les empreses.

- L'empresa contractista o subcontractista ha d'informar els representants legals dels seus treballadors abans de l'inici de l'exercici de la contracta sobre l'objecte i duració de la contracta i sobre les mesures previstes per a la coordinació d'activitats des del punt de vista de prevenció de riscos laborals.
- Els treballadors del contractista o subcontractista han de ser informats sobre la identitat de l'empresa principal per a la qual prestaran els serveis en cada moment. Aquesta informació s'ha de facilitar abans de l'inici de la respectiva prestació de serveis. També s'ha d'informar de la identitat de l'empresa principal a la TGSS.

Els treballadors de les empreses contractistes i subcontractistes que no tinguen representació legal pròpia tindran dret a formular als representants legals dels treballadors de l'empresa principal qüestions relatives a les condicions d'execució de l'activitat laboral.

Els representants legals dels treballadors de les empreses contractistes i subcontractistes que compartisquen de manera continuada centre de treball podran fer ús dels locals posats a disposició dels delegats de personal o comitès d'empresa de l'empresa principal.

## **NORMATIVA ESPECÍFICA PER A LA SUBCONTRACTACIÓ EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓ**

La Llei 32/2006, de 18 d'octubre, desenvolupada pel RD 1109/2007 de 24 d'agost i modificada pel RD 327/2009 de 13 de març, que

estableix regles especials per a la subcontractació de determinats treballs en el sector de la construcció, exigeix:

1. Fixar els requisits exigibles a les empreses que intervinguen en el sector de la construcció com a contractistes o subcontractistes, en matèria de prevenció de riscos laborals. Els treballadors amb contracte indefinit no han de ser inferiors al 10% en els 18 mesos, no ser inferiors al 20% fins als 36 mesos, i no ser inferiors al 30% a partir dels 36 mesos.

2. Fixar limitacions a les cadenes de subcontractació. Regla general:

Després del primer contractista que rep l'encàrrec del promotor pot haver-hi com a màxim fins a una 1a, 2a i 3a subcontractació. Està prohibida la subcontractació dels treballadors autònoms a les empreses amb infraestructura reduïda. De manera excepcional hi ha nivells addicionals, però sempre cal comunicar-ho al coordinador de seguretat i salut. L'incompliment d'aquestes prohibicions constitueix infracció administrativa de caràcter greu o molt greu.

3. Llibre de subcontractació. Cada contractista ha de portar-lo. L'incompliment suposa per a qui no el porte al dia una infracció administrativa greu.

4. Obliga a informar els representants dels treballadors de les diferents empreses que intervenen en l'execució de l'obra de les contractes i subcontractes que es realitzen. La Llei 32/2006 s'aplica plenament a les obres de construcció incloses en l'àmbit de la LCSP.

La Llei 32/2006 s'aplica als següents treballs realitzats: excavació, moviment de terres, construcció, muntatge i desmuntatge d'elements prefabricats, condicionament, instal·lació, transformació, rehabilitació...

### **CESSIÓ IL·LEGAL DE TREBALLADORS**

L'art. 43.1 de l'ET prohibeix la contractació de treballadors per a cedir-los temporalment a una altra empresa, llevat que la cessió es faci per mitjà d'ETT autoritzades.

La contractació de treballadors per a cedir-los temporalment a una altra empresa només està autoritzada en el marc de l'article 43 de l'Estatut dels Treballadors de 2015 a través de les empreses de treball temporal degudament autoritzades en els termes que legalment s'establisquen. Amb això es pretén eliminar del mercat de treball als intermediaris o traficants de mà d'obra que busquen un lucre a través d'una cessió o préstec.

La cessió sol dissimular-se sota l'aparença de contracta o subcontracta, per la qual cosa el problema fonamental és saber quan estem davant d'una cessió, davant d'una contracta o d'una subcontracta.

La cessió il·legal de treballadors es pot detectar en dues situacions:

1. Quan l'empresa cedent no tinga una activitat o organització pròpia i estable, quan l'empresari no reuneix les característiques d'empresari laboral.
2. Per mitjà de l'aparença d'una contracta d'obra o serveis es pretén encobrir una mera contracta de mà d'obra.

La jurisprudència ha establert uns criteris per a delimitar quan ens trobem davant d'una contracta i quan davant d'una cessió il·legal de treballadors.

1. Que l'objecte del contracte de serveis entre les empreses es limite a una mera posada a disposició de treballadors de l'empresa cedent a la cessionària.
2. Que l'empresa cedent no tinga una activitat o una organització pròpia i estable, que l'empresa cedent no dispose de mitjans necessaris per al desenvolupament de la seua activitat.
3. L'organització, control i direcció de l'activitat laboral correspon al contractista, sense perjudi de la facultat de supervisor que pot exercir l'empresari principal.
4. Que l'objecte de la contracta ha de ser una activitat específica i delimitada, i diferenciada de l'activitat principal.

La jurisprudència entén que la presència d'una empresa aparent és condició suficient per a apreciar cessió il·legal de treballadors, però no és condició necessària. STS del 20-10-2014.

També pot efectuar-se la cessió il·legal utilitzant la cobertura de l'empresa multiservei.

5. La manera de qualificar jurídicament una cessió, legal o il·legal, no és normal que done lloc a un conflicte col·lectiu, encara que en alguns casos pot donar lloc a utilitzar aquesta via processal.

També pot donar-se una cessió il·legal de treballadors per part de les empreses de treball temporal quan la posada a disposició de treballadors no es faça en els termes legalment previstos.

### **Règim sancionador de la cessió il·legal de treballadors**

L'ordenament estableix per a la cessió il·legal de treballadors una sèrie de sancions de naturalesa contractual, administrativa i penal.

Contractualment. El cedent i cessionari responen solidàriament de les obligacions concretes amb els treballadors i amb la Seguretat Social, sense perjuí de les altres responsabilitats que procedisquen per aquests actes.

Els treballadors afectats tenen dret a triar entre adquirir la condició de fix en l'empresa cedent o en la cessionària, sempre que ambdues siguen reals, i aquesta opció és possible mentre dure la cessió, però això sempre s'ha d'al·legar en la demanda d'il·legalitat de la cessió per a obtenir una condemna solidària de cedent i cessionari amb vista a les conseqüències de l'acomiadament. En la nova empresa, els drets i obligacions són els que corresponguen a un treballador que preste serveis en un lloc de treball equivalent.

En relació a la data de l'efectivitat dels efectes, la jurisprudència abans diferenciava entre:

1. Si és entre dues empreses reals, les noves condicions s'aplicaran des de la sentència que declare l'existència de cessió il·legal. *EX NUNC*.
2. Quan en la cessió haja intervingut una empresa aparent les condicions pròpies de l'empresa cessionària s'aplicaran *EX TUNC*, des de l'inici de la cessió.

Però després de diverses vacil·lacions considera que els efectes han de ser *EX TUNC*, des de l'inici de la cessió. La norma s'aplica també quan la cessionària siga una Administració Pública.

Administrativament. Tant cedent com cessionari incorren en infracció molt greu. Sancionats amb multes establides en la LISOS.

Penalment. Tant cedent com cessionari poden incórrer en un delictes tipificat en el Codi penal, art. 312: “seran castigats amb penes de presó de 2 a 5 anys i multa de 6 a 12 mesos els que trafiquen de manera il·legal amb mà d’obra”.

### **La circulació de treballadors entre societats d’un mateix grup**

És freqüent que d’una societat que estiga integrada per un grup d’empreses, els treballadors presten serveis a diverses societats del mateix grup. Aquesta circulació es pot produir de diverses formes:

- La plantilla única. La prestació laboral es fa de manera simultània i alternativa a diverses societats, com *l’alçament de vel*.
- La prestació laboral es produeix de manera successiva a diverses societats, utilitzant el mecanisme de posada a disposició del treballador per part de la societat titular del contracte de treball a favor d’una altra societat que no assumeix la condició d’empresari. En aquests casos la jurisprudència podria fer alguna cosa més i es limita a declarar la responsabilitat solidària, i no imposa responsabilitat administrativa.
- El treballador passa d’una societat a una altra, assumeix la segona condició d’ocupador, i pot fer-ho subrogant-se en la posició de la primera, o bé extingint o suspentent els contractes i formalitzant contractes successius. No s’aplica l’art. 43 en aquest supòsit.

### TRANSMISSIÓ D’EMPRESA

Contingut: protecció dels treballadors quan es produeix traspàs d’empresa.

Art. 44 de l’ET. *El canvi de la titularitat d’una empresa, d’un centre de treball o d’una unitat productiva autònoma, no extingeix per si mateix la relació laboral; el nou empresari queda subrogat en els drets i obligacions laborals de l’anterior.*

Directiva CE 2001/23

L'antic empresari també respon solidàriament durant tres anys amb el cessionari respecte dels treballadors afectats per la successió d'empresa.

L'art. 44 es dedica a regular què passa amb els contractes de treball en els casos que l'empresa canvia de titular.

La regla general: el canvi de titularitat d'una empresa, centre de treball o d'una unitat productiva autònoma d'aquesta, no extingeix per si mateix els contractes de treball que l'anterior empresari haja formalitzat. Per tant, el nou empresari queda subrogat en els drets i obligacions laborals i de la Seguretat Social de l'anterior.

Aquesta regla que podem classificar de dret necessari, i per tant vinculant, és una garantia en l'estabilitat de l'ocupació, per la qual cosa la negociació col·lectiva no pot alterar el contingut del precepte.

Dos són els elements que configuren el supòsit de l'art. 44 de l'ET:

1. Que canvie la titularitat d'una empresa, d'un centre de treball o d'una unitat productiva autònoma d'aquesta.

2. Que en el moment de la transmissió hi haja contractes de treball en vigor. L'art. 44 de l'ET estableix una garantia de continuïtat dels contractes de treball amb el nou titular que el transmissor haja formalitzat amb els treballadors que presten serveis en la unitat econòmica transmesa, i que també inclou les relacions de treball que estiguen suspeses per baixa, maternitat, excedència o qualsevol altra circumstància.

Resulta imprescindible que els contractes de treball en el moment de la transmissió estiguen vigents i no s'hagen extingit.

Per això, l'art. 44 no resulta aplicable en aquells casos que amb anterioritat a la transmissió s'hagen extingit per qualsevol de les causes admeses per a extingir una relació laboral.

Però no hi ha extinció vàlida dels contractes de treball quan l'extinció s'ha dut a terme en frau de llei amb la finalitat de burlar l'efecte subrogatori de l'art. 44 de l'ET. Així doncs, en aquests casos i en virtut de l'art. 6.4 del Codi civil "els actes realitzats a l'empara d'una norma que perseguesquen un resultat prohibit per l'ordenament jurídic o contrari a aquest, es consideren executats en frau de llei i no impedeixen la deguda aplicació de la norma que s'haja tractat d'eludir".



Quan es produeix una transmissió d'una empresa, l'antic empresari no queda desvinculat respecte dels treballadors, respecte de les obligacions que tinga amb els treballadors, obligacions nascudes abans de la transmissió i que no hagen sigut satisfetes, i també és responsable de les obligacions que es produïsquen després de la transmissió. Quan la transmissió es declare delictive, hi respondran solidàriament.

## QUIN ÉS L'OBJECTE DE LA TRANSMISSIÓ?

1. La transmissió total de l'empresa, la condició que desencadena l'aplicació de l'art. 44, és el canvi de la titularitat d'una empresa.

Si es transmeten alguns dels elements que formen part de l'empresa, no es considera transmissió, perquè cal considerar l'empresa com a unitat organitzativa.

Segons l'art. 44.2, perquè es produïska transmissió s'ha de produir la transmissió del conjunt dels mitjans organitzats per a produir una activitat econòmica, essencial o accessòria.

El que es transmet ha de tenir autonomia per a funcionar independentment. Pot ser parcial, però sempre que tinga autonomia que possibiliti el funcionament independent. La jurisprudència admet les estratègies de filialització, però no quan es tracte d'una simple diferenciació formal amb fins defraudatoris.

En canvi, la transmissió de participacions o d'accions no constitueix un canvi en la titularitat de l'empresari, art. 44 de l'ET.

## **PROCEDIMENT DE TRANSMISSIÓ**

L'art. 44 de l'ET no es refereix en concret al procediment per al canvi de titularitat. Pot realitzar-se per:

actes *inter vivos*;

actes *mortis causa*;

jubilació de l'empresari.

## CANVIS *INTER VIVOS*

- a. Arrendament d'empresa.
- b. Contractes d'obra o de prestació de serveis.
- c. Venda judicial d'empreses.
- d. Transmissions no transparents.

a. **Arrendament d'empresa:** ha de tractar-se efectivament d'un arrendament d'una empresa. De l'arrendament només del local no sorgiria el compromís laboral per l'arrendador.

b. El problema es planteja **en els contractes d'obra o de prestació de serveis:**

La formalització d'un contracte per a l'execució d'obra o prestació de serveis implica que el comitent encarrega al contractista la realització d'una determinada tasca. Normalment, en aquests casos els empresaris contractistes o auxiliars són els que aporten l'organització empresarial per a desenvolupar l'activitat o servei del contracte. Si no fóra així, no estarien en presència d'una contractació empresarial d'execució d'obra, sinó de cessió il·legal de treballadors. Per tant, com que no existeix la transmissió del conjunt patrimonial organitzat, el TS considerava que no es produïa una transmissió d'empresa del principal al contractista, ni entre els successius contractistes, en el supòsit de canvi d'adjudicació de contracta.

Aquesta solució podria ser diferent si en el conveni col·lectiu aplicable s'haguera establert que al canvi de contractista s'aplica el règim jurídic de la transmissió d'empresa, tant entre empreses privades com en contractes amb l'administració pública. Per tant, en aquests supòsits la subrogació es produiria perquè estava establert en el conveni col·lectiu o en el plec de condicions de l'administració, i es realitzaria amb l'abast i termes previstos en el conveni col·lectiu o el plec de condicions administratives.

Però la doctrina del TJCE canvia aquest plantejament en la Sentència 1997/45 de l'11 de març, en l'assumpte C-13/1995, en què resol una qüestió prejudicial i declara que la Directiva 88/187 modificada per la Directiva 2003/23 CE s'aplica al canvi de contractistes a pesar de no produir-se una cessió entre ambdós empresaris d'elements significatius de l'actiu material o immaterial perquè es tracta d'activitats empresarials que pràcticament no requereixen infraestructura empresarial, ja que els elements significatius es basen fonamentalment en la mà d'obra. En aquests casos, els nous empresaris es faran càrrec d'un nombre important de treballadors del seu antecessor.

El TS en principi no comparteix aquest criteri de successió de plantilla perquè considera que està confonent la causa, però a pesar de no compartir-la l'acata, i l'acata en virtut del caràcter vinculant de la doctrina establida pel TJUE en resoldre qüestions prejudicials.

A la vista d'aquesta nova doctrina caldria concloure:

1. El principi d'assumpció de plantilla es refereix a aquelles activitats que pràcticament no requereixen infraestructura material i tractar-se d'una activitat que descansa en la mà d'obra. En aquest cas, es produeix una transmissió d'empresa:

La mateixa doctrina s'aplica quan l'empresa principal assumisca la realització de l'activitat que havia subcontractat, si l'activitat descansa fonamentalment en la mà d'obra i es fa càrrec d'una part essencial dels treballadors del contractista ixent.

2. Si l'activitat descansa en els elements materials i aquests no es transmeten, no es produeix transmissió d'empresa i no hi ha subrogació llevat que així ho establisca el conveni col·lectiu o el plec de condicions administratives. Quan l'activitat descansa en elements materials i aquests no es transmeten, no és d'aplicació l'art 44 de l'ET, per la qual cosa la subrogació queda condicionada al fet que el contractista ixent complisca els requisits que exigeix el conveni col·lectiu, STS del 2 març de 2016, però si es transmet la infraestructura s'aplica l'art. 44.

3. Contractes de serveis de vigilància i seguretat. La STS del 28 febrer de 2013 estableix que l'activitat sol descansar en la mà d'obra, per la qual cosa l'activitat econòmica manté la seua identitat quan es transmet la mà d'obra. Aquesta estaria dins de la línia de la STJE del 10 de desembre de 1998: "en determinats sectors econòmics com la neteja i vigilància, els elements actius es redueixen a una mínima expressió i l'actiu descansa fonamentalment en la mà d'obra".

4. Contractes de servei de neteja. La STS del 12 de juliol de 2010 considera que hi ha transmissió d'empresa en els supòsits de canvi de contractista de neteja, i per tant amb assumpció del personal per l'empresa entrant.

5. Quan hi ha en el conveni col·lectiu barrera subrogatòria, i en virtut de la mateixa un contractista entrant es fa càrrec de la totalitat o part essencial de la plantilla de l'empresari ixent, el TS no distingeix si és voluntària o obligatòria. Però la STJCE del 24 de gener de 2002 considera que el caràcter voluntari o obligatori no és rellevant per a l'abast de l'obligació de subrogació.

Segons la STS del 7 d'abril de 2016, el contractista entrant es fa càrrec de la plantilla de l'ixent no voluntàriament sinó en virtut de la barrera subrogatòria del conveni col·lectiu aplicable, no per l'art. 44 de l'ET. Som davant d'un supòsit assimilat per la via convencional de transmissió d'empresa.

4. La nova doctrina també s'hauria d'aplicar a les previsions subrogatòries que s'incloguen en els plecs de condicions dels contractes administratius. Si una part essencial de la plantilla accepta la subrogació es podria qualificar de transmissió d'empresa.

En conclusió, en tots aquells supòsits de mera successió d'activitat o successió de contractes en què no es produeix l'entrega d'un mínim suport patrimonial necessari per a la realització, la subrogació empresarial es produeix només si així es pacta expressament o si el contractista entrant es fa càrrec d'una part essencial (en termes de nombre de competències) del personal que l'empresa comitent estava utilitzant per a complir l'objectiu de la contracta. La conseqüència és la subrogació del nou empresari en els drets i obligacions laborals i de Seguretat Social de l'anterior.

### **c. Venda judicial d'empreses**

Amb anterioritat a la reforma laboral no hi havia transmissió de l'empresa en la venda judicial de l'immoble i només s'aplicava l'art. 44 de l'ET quan constituïa elements necessaris per si mateix per a continuar l'activitat. Després de la reforma de la llei concursal, l'art. 149 diu que "si després de l'alienació d'una entitat econòmica aquesta manté la seua identitat —conjunt de mitjans organitzats a efectes laborals i de Seguretat Social— es considerarà que hi ha successió d'empresa i per tant en aquest supòsit el jutge podria acordar que l'adquirent no se subrogara en els salaris indemnitzatoris pendents de pagament anteriors a l'alienació".

L'alienació del conjunt de l'activitat empresarial es duu a terme per mitjà de subhasta. Qualsevol de les resolucions que adopte el jutge ha de donar audiència prèvia als representants dels treballadors. Si les operacions de liquiditat de l'empresa suposen la modificació substancial de les condicions de caràcter col·lectiu, es tramitaran davant del jutge concursal.

### **d. Transmissions no transparents**

Són aquells supòsits de canvis de titularitat en què ens adonem a través d'indicis o dades que es manté el mateix negoci o activitat, es

manté el mateix domicili, la mateixa plantilla de treballadors. Per exemple, quan desapareix una empresa i n'apareix una altra, que si bé formalment és diferent, es dedica a la mateixa activitat, està instal·lada en els mateixos locals, utilitza la mateixa maquinària, col·loca a tots o quasi tots els treballadors de l'anterior empresa, té els mateixos proveïdors, i els mateixos clients i coincideix el personal directiu.

També es considera que hi ha transmissió quan una empresa social —societat laboral—, una empresa la majoria de la qual és propietat dels treballadors, continua amb els mateixos mitjans de l'activitat d'una empresa anterior, si el tancament es produeix per problemes econòmics, llevat que hi haja circumstàncies que demostrin que el canvi de titularitat d'una SA a una societat laboral és transparent i no té elements de frau de llei, segons la STS de 23 gener de 2008. Rec. 2799/2006.

#### CANVIS *MORTIS CAUSA*

La mort de l'empresari o l'extinció de la persona jurídica.

L'extinció del contracte de treball es produeix si després de la mort de l'empresari l'empresa no continua la seua activitat. No hi ha causa d'extinció dels contractes si els hereus decideixen continuar amb l'activitat.

La jubilació o la declaració d'incapacitat de l'empresari produeix l'extinció dels contractes de treball conforme a l'art. 49.1.g de l'ET. Els contractes de treball s'extingeixen amb una petita indemnització d'un mes de salari, llevat que siga aplicable el que estableix l'art. 44.

Una vegada produïda la jubilació o la incapacitat de l'empresari, aquest pot:

1. Posar fi a la seua activitat empresarial, extingint tots els contractes de treball.

2. Continuar-la. Continuarien els contractes de treball en vigor. No es produeix cap canvi en la titularitat de l'empresa. Es produeixen canvis en la gestió i direcció de l'empresa.

3. Transmetre-la a un tercer. S'aplicaria l'art. 44 de l'ET, mecanisme de subrogació del nom de l'empresari en les obligacions salarials i de Seguretat Social.

#### ABAST DE LA SUBROGACIÓ EMPRESARIAL. OBLIGACIONS LABORALS

En la transmissió d'empresa l'adquirent assumeix la posició contractual que tenia l'empresari cedent, segons la STS del 7 de desembre de 2009 (Rec. 262686/08). Constitueix acomiadament si el cessionari es nega a subrogar-se.

Per tant, en relació a les obligacions laborals:

1. És necessari perquè continuen les relacions laborals que aquestes no s'hagen extingit abans de la transmissió, i que no tinguin vicis. Per exemple, si per a dur a terme un determinat treball és necessària la titulació i no la té.
2. L'art. 44 de l'ET garanteix que la relació laboral no s'extingisca pel canvi de titularitat. No és una garantia absoluta de continuar les relacions laborals, per la qual cosa es poden aplicar les diferents causes d'extinció del contracte de treball.
3. Quan es produïska la transmissió parcial de l'empresa, la subrogació només afecta els treballadors que estiguen treballant en les tasques de la part de l'empresa transmesa.
4. La subrogació opera sobre qualsevol de les condicions de treball integrants de l'estatut del personal afectat, inclús en la garantia d'indemnització per acomiadament que el cedent i el treballador hagen pactat, i també en la relació laboral especial d'alta direcció.
5. En la transmissió de l'empresa per mitjà de liquidació concursal de l'art. 149.2 de la Llei concursal, el jutge pot acordar que l'adquirent no se subrogué en la garantia de salaris i indemnitzacions pendents de pagament anteriors a l'alienació i que siguén assumides pel FOGASA.
6. L'art. 44.8 sotmet a determinades obligacions d'informar i consultar els representants dels treballadors i segons l'art. 149.2, per a assegurar la viabilitat futura de l'activitat i el manteniment de l'ocupació, el cessionari i els representants dels treballadors poden subscriure acords per a modificar les condicions col·lectives de treball.
7. Si el cedent i el cessionari pretenen adoptar mesures laborals en relació als treballadors, han d'iniciar un període de consulta amb els representants dels treballadors en relació a les mesures previstes i les conseqüències d'aquestes. S'ha de negociar de bona fe. Si les mesures es refereixen a mobilitat geogràfica o modificació substancial de les condicions de treball, el procediment s'ha de fer seguint el que estableixen els art. 40.2 i 41.4 de l'ET.

## HOMOLOGACIÓ DE LES CONDICIONS DERIVADES DE CONVENI COL·LECTIU

Hi ha la possibilitat que l'adquirent de l'empresa ja fóra titular d'una altra organització empresarial, per tant en la nova empresa hi hauria dos convenis col·lectius: un, el que s'aplicava a l'empresa que s'ha transmès, i un altre, el que s'aplica a l'empresa que té l'adquirent. Per a aquests supòsits l'art. 44 de l'ET estableix:

- Excepte pacte contrari (acord establert entre empresa cessionària i representants dels treballadors una vegada consumada la successió), el conveni d'origen de l'empresa ha de continuar aplicant-se, tant si és més o menys favorable, fins al seu terme, fins a l'expiració o fins que entre en vigor un posterior, que segons la STS del 12 d'abril de 2010 seria estatutari. La STS del 27 de juny de 2011 ha declarat que no és contrari al principi d'igualtat l'aplicació de convenis diferents dels treballadors de l'empresa absorbida, *tècnica de l'espigueig*. La continuïtat de l'aplicació del conveni d'origen es pot evitar per mitjà de l'acord d'empresa cessionària, però aquests acords:

- No poden concretar-se abans de la transmissió.

- Encara que pareix que els legitimats per a negociar aquests acords siguen els treballadors de l'empresa transmetent, la lectura de l'art. 44.4 diu acord d'empresa una vegada s'ha consensuat la transmissió. Per tant, estaran representats tant els treballadors de l'empresa transmesa com els de l'empresa cessionària.

- De la directiva 2001/23 CE pareix interpretar-se en relació a aquest tema que l'acord d'abandonar el conveni de l'empresa cessionària només seria acceptable si l'últim fóra més beneficiós per als treballadors.

Obligacions amb la Seguretat Social. Respon l'adquirent, se subroga sempre que no hagen transcorregut 3 anys, art. 168.2 de la LGSS.

### TRANSMISSIÓ D'EMPRESA i continuïtat dels òrgans de representació dels representants dels treballadors

Quan es transmet l'empresa, els representants dels treballadors no s'alteren sempre que l'empresa o el centre de treball mantinguen la seua identitat. Així ho estableix l'art. 44.5 de l'ET, però poden sorgir problemes:

1. Quan es transmeta una part de l'empresa que no tinga representació dels treballadors pot donar-se el cas que es transmeta un centre de treball on el representant siga un comitè d'empresa conjunt. Per a constituir un comitè d'empresa és necessari un mínim de 50 treballadors i si en un centre de l'empresa no arriben, poden unir-se uns quants centres de treball pertanyents a la mateixa empresa dins del mateix municipi o limítrofs, sempre que en reunir-se tots arriben a 50 treballadors.

2. En els casos de fusió de societats:

2.1. Si el centre de treball manté la identitat pròpia, es mantindrien els representants dels treballadors en cadascun dels centres.

2.2. Si la fusió provoca en determinats centres reestructuració, llavors caldria promoure eleccions. Si fóra a l'alça, caldria ajustar la representació a l'increment de la plantilla. Si la variació fóra a la baixa, caldria acomodar-se al que establira el conveni col·lectiu o acord entre empresa i treballadors. Si després de la reestructuració, de la fusió, desapareix el centre, els representants d'aquest també perdrien la seua condició, ja que perdrien la base.

#### PACTES ENTRE EMPRESARIS. OPCIÓ DEL TREBALLADOR

La subrogació entre empresaris no es pot eludir per mitjà de pactes. Però per al treballador no és obligatòria, té la facultat de dimitir, facultat establida en l'art. 49.1 de l'ET. En supòsits excepcionals es preveu el dret del treballador a acollir-se a una extinció de la relació laboral amb indemnització, per exemple alts directius o periodistes, si en produir-se el canvi de titularitat hi ha un canvi substancial en l'orientació informativa o ideològica de l'empresa.

#### DEURE DE NOTIFICAR. RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA art. 44.6.7.8 de l'ET

Tant l'empresari cedent com el cessionari han d'informar els representants dels treballadors respectius afectats pel canvi de titularitat de:

- data prevista de la transmissió;



- motius de la transmissió;
- conseqüències jurídiques, econòmiques i socials per als treballadors;
- mesures previstes per als treballadors.

Si el canvi de titularitat es fa per mitjà d'un procediment de fusió, absorció o modificació de l'estatus jurídic de l'empresa, hi ha un règim especial:

- Ambdues empreses, cedent i cessionària, han d'entregar la informació, en el moment de publicar-se la convocatòria, a les juntes generals que han d'adoptar els acords.
- Si la transmissió afecta el volum d'ocupació, el comitè d'empresa ha d'emetre un informe, art. 6.4.5 de l'ET.

#### RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA CEDENT I CESSIONÀRIA per obligacions anteriors a la transmissió

Segons l'art. 44.3, als canvis de titularitat per actes *inter vivos* responen solidàriament cedent i cessionari durant tres anys per les obligacions laborals nascudes abans de la transmissió.

La responsabilitat també arriba als deutes que puga haver-hi pendents en les cotitzacions de la Seguretat Social i en les prestacions exigibles per falta d'afiliació, alta o cotització. El termini que estableix l'art. 44.3 de 3 anys és una excepció a la regla general establida en l'art. 59 de l'ET. El caràcter solidari significa que en principi la responsabilitat pot exigir-se a qualsevol dels obligats, però hi ha obligacions que només poden ser assumides per l'empresari actual, per exemple l'acomiadament nul. Si cal readmetre, només serà l'empresari actual, però si cal indemnitzar, seran tots dos.

#### RESPONSABILITAT per obligacions posteriors a la transmissió

Segons l'art. 44.3.2, quan la cessió fóra declarada delictiva.

L'empresari cedent queda desvinculat de les obligacions que nasquen després de la transmissió, llevat que la transmissió fóra declarada delictiva, i en aquest supòsit respondrien solidàriament ambdues empreses.

1. Està tipificat com a delictiva en el Codi penal, art. 311.3:

- Aquells que imposen als treballadors al seu servei per mitjà d'engany o abús de situació de necessitat condicions laborals o de

Seguretat Social que perjudiquen, suprimisquen o restringisquen els drets reconeguts en disposicions legals.

- Aquells que donen ocupació simultàniament a una pluralitat de treballadors sense comunicar l'alta al règim de la Seguretat Social.

Aquest delictes està penat amb presó de 6 mesos a 12 mesos.

2. Per a aplicar l'art. 44.3.2 de l'ET és requisit necessari el pronunciament dels tribunals de l'orde jurisdiccional penal.

3. Sota l'aparença de successió d'empresa s'amaga frau de llei, cal destruir la ficció.

## **TEMA 6. CONCEPTE I FUNCIONS DEL CONTRACTE DE TREBALL**

### **CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL**

No n'hi ha una definició en la normativa laboral. Deduïm el concepte de l'art. 1.1 de l'ET: “contracte de treball és l'acord entre dues persones, pel qual una d'aquestes —treballador— es compromet a prestar un treball depenent i l'altra —empresari— es compromet a pagar un salari garantit independentment dels riscos que puga tindre l'empresa”.

La presumpció de laboralitat, què suposa?

Que el contracte es presumeix que existeix entre tot aquell que presta serveis per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'altri, i el que els rep a canvi d'una retribució a aquell.

La càrrega de la prova ha de ser per compte de qui intente provar la inexistència del contracte.

### **FUNCIONS DEL CONTRACTE DE TREBALL**

- **FUNCIO CONSTITUTIVA**

Com que la naturalesa del contracte és necessàriament voluntària, i per tant la relació solament pot tenir origen contractual, només el contracte de treball té una funció constitutiva que existeix.

La relació laboral està regulada pel dret de treball. Incloses les relacions que naixen dels contractes de treball nuls, s'aplica l'ordenament jurídic laboral, art. 9.2 de l'ET. En cas que el contracte resultant siga nul, el treballador pot exigir pel treball que haja dut a terme la remuneració que corresponga a un contracte vàlid.

- **FUNCIÓ REGULADORA: LES CONDICIONS MÉS BENEFICIOSES D'ORIGEN CONTRACTUAL**

El contracte de treball està subordinat a la llei i al conveni col·lectiu i és una font de fixació de condicions de treball, art. 3.1c de l'ET. Quan la llei o el conveni col·lectiu tinguen condicions de normes mínimes existeix la possibilitat d'establir condicions contractuals més beneficioses per al treballador i que evidentment són obligatòries per a les parts segons l'art. 1278 del Codi civil, i així es configura el principi de respecte a les condicions més beneficioses d'origen contractual, segons aquest principi. Les condicions contractuals, tant si són expresses com tàcites, no poden ser atacades per l'empresari i fins i tot si es modifica la normativa estatal o convencional, que és el conveni col·lectiu sota el qual aquestes nasqueren, segons la Sentència del Tribunal Suprem del 9 d'octubre de 2003, recurs 3875/2002. Aquesta funció es fonamenta en l'art. 3.1c de l'ET, en què admet que la relació laboral es regule per la voluntat de les parts, art. 8 apartat 1 de l'ET, que estableix la llibertat de forma contractual.

**Origen contractual de les condicions:** hem dit que els pactes de les condicions poden ser expressos o tàcits. Ha de quedar acreditat el pacte del qual emanen les condicions més beneficioses o hi ha problema en els casos en els quals no quede constància escrita, però quan les condicions contractuals no s'hagen documentat o si s'han documentat de manera imprecisa, llavors la prova de la seua existència ha d'acreditar que hi ha voluntat de les parts, sobretot de l'empresari, d'assumir l'origen contractual.

**L'aplicació efectiva de les condicions com a indicatiu del caràcter contractual:** la jurisprudència ha assentat la doctrina que les condicions que s'apliquen a una relació laboral han de considerar-se com a condicions contractuals. Per tant, les condicions que s'apliquen, encara que no costen en el pacte formalitzat, responen a la lògica canviària del contracte de treball,

per la qual cosa tenen naturalesa contractual, Sentència del Tribunal Suprem del 27 maig de 1998, recurs 2676/1997. Així doncs, l'efectiva concessió, la continuïtat i la manera regular en gaudir de la millora, constitueix l'indici objectiu que existeix la condició més beneficiosa, si una conducta s'ha mantingut durant molts anys, i a pesar de no estar obligada l'empresa, ni per la llei ni pel conveni col·lectiu, és una individualització de la condició més beneficiosa en tant que hi ha continuïtat i regularitat.

### Quins factors poden desvirtuar la naturalesa contractual de les condicions més beneficioses?

La falta de repetició en el temps, o si l'origen de la condició és un pacte que es renova cada any, són factors que desvirtuen, com diu la jurisprudència, la naturalesa contractual de les condicions més beneficioses. No hi ha condicions més beneficioses, pel que fa a una determinada conducta que no responga a un compromís de les parts. De la interpretació jurisprudencial podem obtenir que en primer lloc no hi ha voluntat d'establir la condició més beneficiosa, ja que aquesta està unida a les característiques del treballador i no a una circumstància personal del treballador. En segon lloc, si es tolera, no naixen les condicions més beneficioses, Sentència del Tribunal Suprem del 5 de setembre de 2006, recurs 1643/2005. Però no és fàcil diferenciar la mera tolerància dels actes confluents que constitueixen declaracions tàcites de voluntat. Des de la perspectiva de la teoria general dels contractes, una pràctica regular i continuada hauria de ser valorada com a indicatiu probatori llevat que hi haja prova en contra. En tercer lloc, a pesar dels principis generals de la rellevància dels errors del dret establert en l'art. 6 apartat 1 del Codi civil, només es pot apreciar error en supòsit de clandestinitat, dol en error de comptes. La jurisprudència sí que admet l'error com a font per a establir la condició més beneficiosa. En quart lloc, la font de la condició més beneficiosa és un pacte que pot ser exprés o tàcit, però sempre al marge del conveni col·lectiu. Si en el conveni col·lectiu hi ha reconeixement constitutiu de les condicions més beneficioses, aquestes condicions ja no serien contractuals sinó normatives. És molt interessant la Sentència del Tribunal Suprem del 20 d'octubre de 2009. Finalment, en cinquè lloc, respecte a l'administració pública, les condicions contractuals més beneficioses només poden ser pactades vàlidament per l'administració pública que tinga competència per a fer-ho.

### **Límits al contingut de les condicions més beneficioses**

Les condicions més beneficioses:

- no poden ser contràries a les disposicions legals o convencionals, les condicions contractuals;
- no poden ser il·lícites ni contràries a l'establert en les condicions legals, reglamentaries o convencionals.

En principi, les disposicions legals o convencionals en general tenen caràcter mínim enfront del contracte, en què pot donar-se el cas que alguns preceptes siguem de dret necessari i per tant han de ser respectats pel pacte individual, per tant un límit genèric que deriva dels art. 4.2c i 17.1 de l'ET, que preveu el principi d'igualtat de tracte. Aquest principi reconegut en la Constitució espanyola en l'art. 14 i 35.1 no significa que hi haja una uniformitat entre les clàusules de diferents contractes individuals, sinó que aquestes diferències no han de ser discriminatòries, Sentència del Tribunal Constitucional 34/1984 del 9 de març. La Sentència del Tribunal Suprem del 7 juliol de 2005, recurs 101/2004, no és discriminatòria. Es reconeix una major retribució d'origen contractual que no s'aplica als treballadors que s'incorporen a l'empresa en una determinada data.

Si bé en principi l'articulació entre el conveni col·lectiu i el contracte de treball respon al criteri de més favorable, aquest esquema pareix fàcil i simple, però presenta problemes quant a l'acord entre l'empresari i els treballadors. S'utilitza com a tècnica per a la regulació materialment col·lectiva de les condicions de treball. Açò és el que es denomina contractació individual en massa, no pot utilitzar-se com a via per a desvirtuar o deixar sense efecte un conveni col·lectiu. Segons la Sentència del Tribunal Suprem del 12 d'abril de 2011, recurs 136/2010, no tota contractació individual conjunta desvirtua el conveni col·lectiu.

Hi ha preceptes legals que estableixen límits específics al contingut dels pactes. Per exemple, segons l'art. 26.4 de l'ET, totes les carreges fiscals i de Seguretat Social que siguem a càrrec del treballador seran satisfetes per ells, és nul qualsevol pacte en contrari.

El contingut del pacte és lliure sempre que no col·lidisca amb normes legals o convencionals mínimes o absolutament imperatives, però el mínim pactat cal no confondre'l amb aquelles clàusules contractuals que modifiquem el règim jurídic de les garanties del

treballador en virtut del poder que ostenta en la direcció de l'empresa l'empresari. Així, el Tribunal Suprem va declarar nul·les les clàusules contractuals que permeten a l'empresari modificar unilateralment la forma de treball i el salari pactat en funció de la necessitat del servei, Sentència del Tribunal Suprem del 8 de maig de 2008, recurs 37/2008.

En segon lloc, els límits quant als efectes de les clàusules contractuals no poden ser contraris a les disposicions legals o reglamentàries. Si el contracte estableix condicions inferiors a les legals o convencionals, o si les condicions són superiors però contràries a la llei o al conveni col·lectiu, aquestes clàusules serien nul·les i haurien de ser substituïdes pels preceptes jurídics adequats.

### **Règim jurídic de les condicions de contractuals**

#### Duració, modificació i supressió de les condicions més beneficioses

Les condicions més beneficioses d'origen contractual es regeixen pel règim que s'haja pactat i no poden ser suprimides per l'empresa ni per conveni col·lectiu. La jurisprudència sí que admet la modificació substancial de les condicions de treball mitjançant el procediment de l'article 41 de l'ET. Aquest article es refereix a la modificació substancial de les condicions de treball.

#### L'absorció i la compensació

Quant a l'absorció i la compensació de condicions també queden limitades les condicions més beneficioses de caràcter contractual per l'absorció i la compensació. Quan es produeixen millores per mitjà d'una norma legal reglamentària o convencional aquestes no se sumen a les condicions més beneficioses, que ja gaudien a títol individual pel contracte de treball, sinó que es queden com estan. Per tant, les condicions contractuals queden neutralitzades per les normes legals, ja no són condicions més beneficioses per contracte, sí per precepte legal o convencional.

Quan es modifica la normativa legal o convencional no significa que s'haja de modificar les condicions contractuals sempre que siguen iguals o superiors a les establides per llei. Matisem.

En primer lloc, la neutralització que es produeix per l'absorció i la compensació solament pot afectar les condicions homogènies, és a dir, aquelles que tenen una finalitat anàloga. No es pot absorbir i compensar entre conceptes salarials per unitat de temps i en funció de l'esforç laboral.

En segon lloc, l'art. 26 apartat 5 de l'ET, estableix explícitament l'absorció i la compensació per la qual operarà sense necessitat d'una clàusula expressa.

En tercer lloc, és possible pactar el caràcter no compensable o absorbible d'una determinada condició, la qual cosa determinarà una condició contractual més beneficiosa de necessari compliment per una norma posterior.

En quart lloc, a pesar que terminològicament és igual la compensació i compensació de deutes, la compensació que preveu l'ET és una tècnica diferent de la que està prevista en el Codi civil en els art. 1195 i 1196.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha anat definint els conceptes salarials que són compensables i absorbibles:

- Es pot absorbir un increment salarial establert per conveni, amb un que l'empresa concedisca de forma voluntària.
- Les comissions no són compensables ni absorbibles amb la retribució fixa, perquè és un complement per quantitat de treball.
- S'admet la compensació i l'absorció entre salari base i antiguitat.
- Les pagues extres es poden compensar amb el salari base i els seus complements quan la retribució anual siga superior a la que marque el conveni.
- No opera la compensació i l'absorció en les dietes i despeses de viatge.

El mecanisme de la compensació i l'absorció és utilitzat de manera molt habitual per les empreses, però per a aplicar-se ha de reunir les següents condicions:

- Cal comprovar que el conjunt de les retribucions anuals siga de major quantia que l'establida en el conveni.
- Que no estiga expressament prohibit en el conveni
- Que els conceptes salarials a compensar siguen homogènies

### Condicions col·lectives normalitzades individualment

Les millores establides amb condicions més beneficioses poden haver-se convingut amb un treballador, amb diversos o amb tots els treballadors de l'empresa.

Les condicions oferides per l'empresari a la totalitat dels treballadors, cosa que es pot fer mitjançant una circular, quan hi ha acceptació per part dels treballadors, s'incorporen als respectius contractes de treball i s'origina una condició més beneficiosa de caràcter col·lectiu. Així podem citar la Sentència del Tribunal Suprem del 30 desembre de 1998, recurs 1399/98. Aquestes condicions més beneficioses no poden ser suprimides unilateralment per l'empresa, STS del 28 d'octubre de 2010 i la Sentència del 14 novembre de 2011.

En segon lloc, en relació a les condicions derivades de convenis col·lectius que són extraestatutàries, en què l'eficàcia és contractual, per tant de naturalesa contractual, cal recordar l'eficàcia contractual i personal que tenen els convenis col·lectius de caràcter extraestatutari, o altres classes d'acords, informal, materialment, col·lectivament, però que s'hagen instrumentat o formalitzat mitjançant pactes individuals, que poden ser aquests pactes tant de manera expressa com de manera tàcita.

La jurisprudència entén que aquestes millores mantenen la naturalesa contractual individual, mantenen la seua continuïtat de les condicions individuals en les vicissituds canviants que poden haver-hi en els convenis col·lectius. Un conveni col·lectiu extraestatutari, durant la seua duració temporal, no és font del dret més beneficiós, així ho diu la STS del 14 de maig de 2013. De tota manera, hem de tenir en compte el que diu l'art. 41 de l'ET: la direcció de l'empresa pot acordar la modificació substancial de les condicions de treball. Aquest article, en el cas que es donen determinades circumstàncies, permet que es puguin modificar les condicions de treball que estan reconegudes al treballador en virtut d'un acord o pacte col·lectiu.

## **FUNCIÓ APLICATIVA DEL CONTRACTE DE TREBALL**

### - Indisponibilitat dels drets laborals

El principi d'indisponibilitat dels drets laborals és reconegut en l'art. 3 apartat 5 de l'ET. En l'ordenament, art. 6.2 del Codi civil es reconeix d'una manera general la prohibició de la renúncia als drets contraris a l'interès o l'ordre públic.



En la relació laboral els drets han de ser exercits per les parts. Hi ha mecanismes per a garantir l'exercici efectiu dels drets als treballadors i, per tant, hi ha límits a la llibertat de disposar dels drets.

#### - Prohibició genèrica de la indisponibilitat

La prohibició és genèrica tant per als negocis jurídics sense contraprestació com per als que tenen contraprestació, però si fóra així, ens plantejaríem l'eficàcia de les transaccions que es concerten en conciliació davant el servei administratiu corresponent o davant del jutge, o davant de l'àrbitre, transaccions que donen lloc a contractes en què les parts donen o prometen alguna cosa. Cadascú evita un plet o posa fi al que havia començat, art. 1809 del CC.

Segons la doctrina, la prohibició és a la renúncia pura i sense cap tipus de compensació i no prohibició al negoci transaccional. Sí que hi ha prohibició de la transacció dels drets que estan reconeguts al treballador per sentència, art. 246 de la Llei de la jurisdicció social.

També hi ha prohibició a la compensació econòmica de les vacances, art. 38.1 de l'ET, els períodes de vacances anuals retribuïts no seran substituïts per cap compensació econòmica. La Llei de la jurisdicció social admet la validesa de l'acordat en l'acte de conciliació. També pot produir-se la conciliació durant la celebració del judici, art. 84 de l'ET.

Cronològicament, la prohibició afecta tant el moment anterior com el posterior a l'adjudicació del dret. Els tribunals exclouen del seu àmbit els drets ja ingressats en el patrimoni del treballador.

Dins de l'àmbit material de la prohibició queden inclosos en la prohibició els drets reconeguts en les disposicions legals, de dret necessari, i els drets reconeguts com indisponibles per conveni col·lectiu.

La prohibició no afecta els drets nascuts del mateix contracte, que estaran a disposició en tot cas del treballador a efectes de modificació o supressió per acord individual llevat que hi haja vicis en la prestació del consentiment, STS del 9 de febrer de 2009.

#### **- PRESCRIPCIÓ I CADUCITAT DELS DRETS LABORALS**

Tots els drets i totes les accions derivades del contracte de treball perden valor amb el pas del temps, encara que es tracte de drets irrenunciables o indisponibles. Tant la prescripció com la caducitat tenen un fonament comú, i és el de donar seguretat a les relacions jurídiques, però hi ha algunes diferències entre ambdues.

1. La prescripció opera *ope exceptionis* en tant que ha de ser al·legada per l'obligat; la caducitat opera *ope legis*, però també pot ser declarada d'ofici, encara que no ho haguera al·legat la part.

2. Quan el termini està fixat en dies, en la prescripció no es descompten els inhàbils, i en la caducitat sí.

3. La caducitat no admet interrupcions ni suspensions. En canvi, la prescripció sí segons l'art. 1973 i següents del CC. Quant a la caducitat, hi ha excepcions on sí que se suspenen els terminis de caducitat.

La suspensió significa que el còmput del termini es reprèn on va quedar suspès i la interrupció suposa que el còmput comença de nou des del principi.

L'art. 59 de l'ET parla de la prescripció extintiva. La regla general estableix que les accions derivades del contracte de treball que no tinguen assenyalat termini especial prescriuen al cap d'un any de la seua terminació. Les accions que deriven del contracte seran també les accions relatives a actes preparatoris de la formalització del contracte.

### **Regles especials quant a la prescripció i la caducitat**

L'art. 59.2 de l'ET, per a les accions que s'exerceixen per a exigir les percepcions econòmiques o per al compliment d'obligacions de tracte únic que no poden tenir lloc després d'extingir-se el contracte, el termini de prescripció és en general d'un any, però els dies *a quo* seran el que l'acció poguera exercir-se a l'inici de la prescripció.

El termini de la prescripció de l'exigència de responsabilitat subsidiària comença a partir de la fermesa de l'acte que declara la insolvència de l'empresa obligada al pagament. Quant a l'exercici del poder disciplinari empresarial, poder que té atribuït l'empresari d'adoptar decisions sancionadores d'eficàcia immediata sense acudir a la via judicial. Enfront d'aquest poder hi ha el dret del treballador d'obtenir per la via judicial la revisió de la conformitat de la decisió empresarial. L'art. 60.2 de l'ET estableix terminis de prescripció

específics en funció de la gravetat per a sol·licitar la fixació individual o plural de la data del gaudi de les vacances. L'ET i la Llei de la jurisdicció social estableixen regles específiques, l'art. 38.2 i 40 de l'ET, i la Llei de la jurisdicció social als articles 125 i 126.

Quant al canvi de titularitat de l'empresa, l'art. 44 de l'ET estableix un termini de tres anys de prescripció.

### **Quan s'interromp la prescripció**

Segons l'article 1973 del CC, la prescripció de les accions s'interromp per l'exercici davant dels tribunals, per la reclamació extrajudicial del creditor i per qualsevol acte de reconeixement de deute pel deutor.

La prescripció s'interromp per la presentació de la demanda i per la reclamació extrajudicial. Si s'exercita una acció declarativa de drets i després una altra diferent, la primera no interromp el transcurs del termini de prescripció de la segona. Reconeixement del dret de la primera i la segona seria, per exemple, la reclamació de percepcions d'antiguitat i la reclamació de percepcions econòmiques.

L'acció pel procediment de conflictes col·lectius interromp la prescripció respecte de les accions individuals i es reiniciarà el còmput a partir de la fermesa de la sentència que ho resolga.

Tant la reclamació al comitè de l'empresa com la denúncia a la inspecció de treball es considera reclamació extrajudicial, per tant interromp la prescripció.

L'intent de conciliació previ o de mediació i la reclamació administrativa prèvia interromp el termini de prescripció, art. 65 i 73 de la Llei de la jurisdicció social.

L'art. 65 de la Llei de la jurisdicció social estableix que també se suspenen els terminis de caducitat, s'interrompen els de prescripció per la subscripció d'un compromís arbitral celebrat en virtut dels acords interprofessionals i dels convenis col·lectius a què es refereix l'art. 83 de l'ET.

El recurs contenciós administratiu contra la resolució administrativa que autoritza un expedient de regulació d'ocupació interromp la prescripció i l'exercici de la reclamació de la quantitat corresponent de l'extinció de la relació laboral, Sentència del Tribunal Suprem del 31 de març de 2004.

La declaració de concurs de creditors interromp fins a la seua conclusió les prescripcions de les accions contra el deutor pels crèdits anteriors a la declaració.

### **Caducitat de les accions**

Art. 59.3 de l'ET. L'exercici de l'acció contra l'acomiadament o la resolució de contractes temporals caduca vint dies després d'haver-se produït. Aquest termini de caducitat s'aplica a l'extinció del contracte de treball per causes objectives de l'art. 52 i 53.3 de l'ET. Contra la decisió extintiva dels contractes per causes objectives es pot recórrer com si es tractara d'acomiadament.

També s'aplica el termini de caducitat de vint dies a les resolucions empresarials en matèria de mobilitat geogràfica i modificació substancial de les condicions de treball. Els dies són hàbils i no computen dissabtes ni diumenges ni festius.

El termini de caducitat se suspèn per la presentació de la sol·licitud de conciliació davant l'òrgan públic de mediació, arbitratge i conciliació competent, art. 65 de la Llei de la jurisdicció social. El còmput es reprèn l'endemà de l'intent de conciliació, mediació o passats quinze dies hàbils sense que s'haja celebrat l'acte de conciliació, art. 65.1 de la Llei de la jurisdicció social. L'actual art. 73 de la Llei de la jurisdicció social estableix que la reclamació administrativa prèvia suspèn els terminis de caducitat, però a partir del 2 d'octubre del 2016 que entra en vigor la Llei 39/2015 del 2 d'octubre del procediment administratiu, se suprimeix la reclamació administrativa prèvia a la via judicial laboral. En l'actualitat cal interposar-se obligatòriament per a l'inici d'un procediment judicial laboral. Quan es presenten per a demandar a una administració pública, l'estat, entitats locals i entitats de dret públiques, se suprimeix aquesta reclamació, la qual cosa suposa un avantatge per als administrats. També suspèn la caducitat el fet de subscriure un compromís arbitral, art. 65.3 de la Llei de la jurisdicció social i també suspèn la sol·licitud de designació d'advocat per al torn d'ofici, art. 21.4 de la Llei de la jurisdicció social.

Pel que fa a la prescripció de les accions empresarials, art. 61 de l'ET, l'art. 59 es refereix a les accions que pretenen una satisfacció individual en matèria de responsabilitat administrativa de l'empresari, que és de tres anys, i l'article 60.1 remet a la Llei d'infraccions i sancions d'ordre social; en matèria de Seguretat Social són quatre anys i en prevenció de riscos laborals són d'1 a 9 anys segons la gravetat.

## **TEMA 7. L'INGRÉS DEL TREBALLADOR EN L'EMPRESA**

### **Capacitat per a contractar com a treballador. Capacitat per a treballar: edat i nacionalitat**

L'ingrés del treballador en l'empresa es produeix mitjançant la formalització prèvia d'un contracte de treball vàlid.

La validesa depèn de l'existència dels elements del contracte: consentiment, objecte i causa.

#### Capacitat per a contractar com a treballador

Per a la vàlida concertació d'un contracte de treball cal diferenciar entre la capacitat genèrica necessària per a la seua celebració i la capacitat específica per a treballar si és el cas concret.

En relació a l'edat, la capacitat per a concertar un contracte de treball pot ser plena o limitada:

1. Capacitat plena: es refereix als que tinguen plena capacitat d'obrar d'acord amb les disposicions, normativa, del Codi civil.

Als majors d'edat, en complir 18 anys, o als 16 anys per decisió judicial.

Als menors de 18 anys per concessió de l'emancipació per aquells que ostenten la pàtria potestat, o per matrimoni.

Als menors de 18 però majors de 16 anys que visquen de manera independent amb el consentiment dels seus pares.

2. Capacitat limitada: es troben els majors de 16 anys i menors de 18, no casats ni emancipats de fet. Els que es troben en aquesta situació necessiten una autorització que ha de ser atorgada pel seu representant legal que pot ser el pare, la mare, tutor, o persona o institució que els tinguen a càrrec seu.

L'autorització podrà ser expressa o tàcita. L'autoritzant té plena llibertat per a atorgar l'autorització, i si autoritza, ha de ser total no limitada.

Sempre han de respectar-se els preceptes constitucionals sobre protecció del menor.

Quan s'autoritza per a contractar també s'autoritza per a exercir els drets i complir les obligacions que es deriven del contracte de treball, art. 7.b de l'ET.

### Limitacions a la capacitat per a treballar

1. Limitació a la capacitat per a treballar per raó de l'edat.
2. Limitació als estrangers no comunitaris.

## **EDAT**

- Està prohibit treballar per raó de l'edat en els següents supòsits:

1.1. Hi ha una prohibició general per a treballar en qualsevol tipus d'activitat als menors de 16 anys, art. 6.1. de l'ET. Aquesta és una regla general que té una excepció quan afecte el treball de menors de 16 anys en els espectacles públics. Aquest supòsit solament pot ser autoritzat per l'autoritat competent laboral i sempre que no supose un perill per a la salut ni per a la formació professional i humana del menor. El permís ha de constar per escrit i per als actes determinats.

1.2. Segons la Disposició addicional 10 són nul·les les clàusules que en els convenis col·lectius establisquen la jubilació forçosa. Aquesta disposició va ser modificada per la Llei 3/2012. Abans sí que es permetia però estava subjecta a complir uns requisits. La mesura havia d'estar justificada bé amb una finalitat de política d'ocupació, contracte de treball.

1.3. Hi ha prohibicions específiques per als menors de 18 anys, relatives a determinats treballs:

- Prohibició de realitzar treballs nocturns, hores extraordinàries, art. 6.2.3 de l'ET.

- Prohibició de realitzar les activitats declarades pel govern insalubres, penoses, nocives o perilloses, tant per a la salut com para la seua formació professional i humana.

L'art. 27 de la LPRL obliga l'empresari, abans de la incorporació de menors al lloc de treball o de la modificació important de les seues condicions de treball, a avaluar el lloc de treball a exercir pel menor, i a informar els joves i els seus pares o tutors que hagen intervingut en la contractació dels possibles riscos i de les mesures adoptades per a la seua protecció.

### CONSEQÜÈNCIES SI S'INFRINGEIXEN LES PROHIBICIONS LEGALS

Els efectes de la infracció de les prohibicions legals per raó de l'edat són de dues classes:

1. Sancionadors: l'art. 8.4 de la LISOS considera com a infracció molt greu la transgressió de les normes sobre treball de menors contemplades en l'ET.

2. Contractuals: el contracte és vàlid, tret que es tracte d'un menor de 16 anys, i s'originarà solament una modificació quant a l'horari (per exemple per a evitar el treball nocturn) o modificar el treball (en cas que es tracte d'activitats prohibides) d'acord amb l'art. 9.2.

### **TREBALL DELS ESTRANGERS NO COMUNITARIS**

Segons l'art. 7.c de l'ET, els estrangers podran contractar la prestació del seu treball d'acord amb les disposicions legals específiques sobre la matèria, i que seran exigibles amb independència del que preveu la llei nacional de l'estranger a la qual es remet l'art. 9.1 Codi civil.

La legislació específica a què es refereix l'art. 7 de l'ET és la Llei orgànica 4/2000 de l'11 de gener sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seua integració social.

Segons l'art. 10 de la LOE, els estrangers residents que reunisquen els requisits que preveu aquesta llei, així com les disposicions que la desenvolupen, tenen dret a exercir una activitat remunerada per compte propi o per compte d'altri, així com a accedir al sistema de la Seguretat Social de conformitat amb la legislació vigent.

La Llei orgànica 4/2000 ens diu que els estrangers majors de 16 anys, per a poder exercir qualsevol activitat lucrativa, laboral o

professional, necessiten la corresponent autorització administrativa, tant per a residir com per a treballar.

- Es concedeix de manera conjunta la contractació amb la residència.

- L'autorització de residència i de treball inicial estan condicionades a l'alta del treballador en la Seguretat Social.

- Per a la contractació d'un estranger, l'empresari en tot cas ha d'acompanyar la sol·licitud d'autorització amb un contracte de treball que garantisca una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització, art. 36 de la LOE.

#### AUTORITZACIÓ O PERMÍS DE TREBALL

La CE reconeix el dret al treball només als espanyols, i els estrangers podran treballar si obtenen la corresponent autorització. Aquesta autorització inicial de treball és competència de la CCAA segons les competències assumides en l'Estatut d'Autonomia assumit.

En principi, l'autorització inicial de residència i treball per compte d'altri es concedeix per a una determinada ocupació i territori. El reglament de la LOE estableix la durada d'un any i tot sense perjudi dels casos previstos en les lleis i els convenis internacionals signats per Espanya.

Per a la concessió de l'autorització inicial de treball cal tenir en compte la situació nacional d'ocupació i la reciprocitat.

Quant a la situació nacional d'ocupació serà la que determine el servei públic d'ocupació espanyola, segons la informació que li transmeten les CCAA.

L'art. 40 de la LLOI estableix supòsits en què no cal atendre la situació d'ocupació, unes excepcions que atenen raons personals com pot ser tenir la condició de refugiat o repatriat, reunir una sèrie de requisits familiars, els menors tutelats, les víctimes de violència de gènere, el tràfic d'éssers humans.

Altres excepcions de caràcter laboral com poden ser els treballadors que fan falta per al muntatge per renovació o d'equips productius.

Excepcions de caràcter laboral o professional:



- Els càrrecs de confiança i directius d'empresa.
- Professionals altament qualificats, tècnics i científics contractats per entitats públiques, universitats o centres de recerca, desenvolupament i innovació.
- Treballadors en la plantilla d'una empresa en un altre país que desenvolupen la seua activitat laboral per a la mateixa empresa ací a Espanya.
- Artistes de reconegut prestigi.

L'autorització de residència i de treball es renovarà quan arribe a la seua fi. No hi ha limitació geogràfica ni d'ocupació en els següents supòsits:

- Quan continue en vigor o es renove el contracte de treball causant de l'autorització inicial.
- Quan l'autoritat competent haja atorgat una prestació contributiva per desocupació.
- Quan siga beneficiari d'una prestació econòmica assistencial de caràcter públic destinada a aconseguir la seua reinserció social o laboral.
- Altres circumstàncies previstes reglamentàriament, per exemple, extinció del contracte de treball per ser víctima de violència de gènere.

Hi ha una sèrie de **permisos especials** de treball per a:

- estudis, recerca o formació, serveis de voluntariat, art. 42 i 43 de la LLOI;
- professionals altament qualificats;
- activitats de campanya o temporada;
- circumstàncies excepcionals: arrelament, raons humanitàries
- treballadors transfronterers.

PERMÍS DE TREBALL, EXCEPCIONS

La LOE 4/2000 de l'11 de gener indica una sèrie de supòsits en què no s'exigeix el permís de treball:

1. Personal diplomàtic, art. 40.
2. Art. 41 de la LOE desenvolupat pel Reglament LOE, dos orígens.
  - 2.1. Pel tipus d'activitat que realitzen els estrangers (tècnics, professors, funcionaris civils o militars, corresponsals de comunicació, etc.).
  - 2.2. En atenció a circumstàncies personals que concórreguen en el treballador (per exemple, els espanyols d'origen que hagen perdut la nacionalitat espanyola i els estrangers en situació de residència permanent).

Tenen dret a residència de llarga durada els que hagen tingut residència temporal durant anys de manera continuada, art. 32.1 de la LOE i si es reuneixen les condicions establides en el reglament.

L'art. 32.5 de la LOE enumera els casos en què es perd la residència de llarga durada i a continuació, en l'apartat següent, estableix la manera de recuperar-la.

## INFRACCIONS ADMINISTRATIVES EN MATÈRIA D'ESTRANGERS

### **Infraccions dels treballadors estrangers**

La LOE tipifica les infraccions dels treballadors estrangers i les sancions administratives, que poden ser lleus, greus i molt greus.

Infracció lleu: pot ser la d'estar treballant en una ocupació o en un àmbit geogràfic que no estiga contemplat per l'autorització de la residència o de treball.

Infracció greu: estar treballant a Espanya sense haver sol·licitat el permís de treball per compte d'altri o per compte propi, o no tenir autorització de residència vàlida.

Infracció molt greu: participar en activitats contràries a la seguretat nacional.

### **Sancions:**

A infraccions lleus correspon multa de 500 €.

A infraccions greus correspon multa de 501 a 10.000 €.

A infraccions molt greus correspon multa de 10.001 € a 100.000 €.

En la majoria dels casos, l'inici del procediment sancionador es fa amb l'acta de l'Inspector de Treball i Seguretat Social.

En el supòsit de participació en activitats contràries a la seguretat nacional, el procediment sancionador està regulat en el reglament i el secretari d'Estat de Seguretat és el competent per a sancionar.

En el supòsit d'infracció greu i molt greu es pot substituir la sanció administrativa per l'expulsió del territori d'Espanya, però no es pot expulsar als estrangers que són beneficiaris d'una prestació d'incapacitat permanent per a treballar com a conseqüència d'un accident de treball o malaltia professional, accident o malaltia ocasionat a Espanya, així com els que perceben una prestació contributiva per desocupació o siguen beneficiaris d'una prestació econòmica assistencial de caràcter públic dedicada a la reinserció social.

### **Infraccions dels empresaris**

Infraccions lleus: contractes amb treballadors en què l'autorització no és per a treballar en aquesta ocupació o en aquest àmbit geogràfic.

Infraccions greus: no donar d'alta en el règim de la Seguretat Social que corresponga al treballador estranger que haja sol·licitat l'autorització de residència i treball per compte d'altri; no registrar el contracte de treball en les condicions que s'establisquen en la sol·licitud.

Infraccions molt greus: la contractació de treballadors estrangers sense haver obtingut amb caràcter previ l'autorització de residència i treball, i per tant incórrer en tantes infraccions com treballadors estrangers tinga col·locats, sempre que no es tipifique com a delictes.

**Sancions:**

A infraccions lleus correspon multa de 500 €.

A infraccions greus correspon multa de 501 a 10.000 €.

A infraccions molt greus correspon multa de 10.001 € a 100.000 €.

Està tipificat com a delictes el tràfic il·legal de mà d'obra i el reclutament de persones per a condicions de treball enganyoses o falses; i els qui ocupen a súbdits estrangers sense permís de treball. Seran castigats amb pena de presó de 2 a 5 anys i multa de 6 a 12 mesos, art. 312 del Codi penal.

Segons l'art. 311 bis del CP, seran castigats amb pena de presó de 3 a 18 mesos i multa de 12 a 30 mesos els que de forma reiterada donen ocupació a estrangers que no tinguen permís de treball.

CONSEQÜÈNCIES de la falta de permís de treball en l'ordre contractual

Segons l'art. 36.5 de la LOE, la falta d'autorització de residència i treball suposa una sèrie de responsabilitats per a l'empresari, entre elles respon enfront de la Seguretat Social, però el contracte de treball és vàlid respecte dels drets del treballador estranger, i per tant té dret a obtenir les prestacions que es deriven dels convenis internacionals de protecció dels treballadors.

La jurisprudència també se situa en aquesta línia i reconeix el dret dels treballadors estrangers, que no tenen els permisos, a les prestacions derivades d'un accident de treball.

No pot optar a obtenir prestacions per desocupació el treballador estranger que no tinga permís de residència i de treball, art. 36.5 de la LOE.

El reconeixement d'una prestació no modifica la situació administrativa de l'estranger.

## CONDICIONS DE TREBALL DEL TREBALLADOR ESTRANGER A ESPANYA

Les condicions de treball d'un treballador estranger que ha obtingut l'autorització necessària són les mateixes de què gaudeix un treballador nacional.

En relació als drets col·lectius, el treballador estranger té dret a sindicar-se o afiliar-se lliurement a una organització en les mateixes condicions que un nacional.

També té dret a obtenir prestacions i serveis de la Seguretat Social.

## **EL TREBALL DELS ESTRANGERS COMUNITARIS O ASSIMILATS**

Els membres de la Unió Europea i els integrants de l'Espai Econòmic Europeu (Islàndia, Liechtenstein i Noruega) i Suïssa en virtut de l'acord del 21 de juny de 1999.

Els ciutadans d'Estats membres de la Unió Europea i assimilats no poden ser discriminats per raó de la nacionalitat respecte dels treballadors espanyols en relació a l'ocupació, retribució i altres condicions de treball.

Hi ha llibertat de circulació, i aquesta llibertat comprèn el dret de l'estranger comunitari a acceptar ofertes de treball i el dret a residir a Espanya amb la finalitat d'exercir l'ocupació.

Quant als funcionaris, en l'EBEP regeix el principi d'igualtat de tracte que als espanyols amb alguna excepció.

## MÉS LIMITACIONS

La capacitat per a treballar pot estar limitada per les exigències d'una determinada titulació acadèmica o professional per a desenvolupar determinats treballs, per exemple estar col·legiat. Per tant, si s'incompleix, pot originar la nul·litat del contracte.

Pot haver-hi limitacions per raó de salut, si per a ocupar determinats llocs de treball amb riscos de malalties professionals és necessària la declaració d'aptitud mitjançant un reconeixement mèdic abans de l'inici de l'activitat i revisions posteriors.

## **CAPACITAT PER A CONTRACTAR COM A EMPRESARI**

En l'ordenament laboral no hi ha previsions especials sobre la capacitat jurídica i d'obrar de l'empresari. Per tant, cal veure el que diuen les normes generals establides en el Codi civil i el Codi de comerç.

L'ET contempla com a causa d'extinció del contracte de treball la incapacitat de l'empresari.

Per a l'exercici de determinades activitats industrials es necessita el document de qualificació empresarial. És un requisit per a l'habilitació, però no afecta la capacitat per a contractar.

Si l'empresari és a més treballador autònom i no té la nacionalitat d'un Estat de la UE o de l'EEE, necessita una autorització administrativa per a treballar, i aquesta autorització està condicionada a la titulació que fóra necessària, la seua homologació, col·legiació, i ha d'acreditar que compleix els mateixos requisits que s'exigeixen als nacionals per a l'obertura i funcionament de l'activitat.

El règim jurídic és similar a l'autorització del treball per compte d'altri.

## **FORMA DEL CONTRACTE DE TREBALL**

1. En principi hi ha llibertat de forma en la formalització dels contractes de treball. Segons l'art. 8.1 de l'ET: "el contracte de treball pot formalitzar-se per escrit o de paraula, es presumirà l'existència del contracte de treball entre tot el que presta els seus serveis per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'altri, i qui els rep a canvi d'una retribució a aquell".

Si el contracte es formalitza per escrit, el mateix document és prova de la seua existència. En un altre cas, es pot obtenir la prova per qualsevol mitjà en dret que permeta l'aplicació de la presumpció.

L'ET vigent estableix l'exigència del contracte escrit:

- en els contractes formatius; a temps parcial, fix-discontinuu i de relleu; treball a distància; auxiliar associat; temporal per obra o servei determinat quan la durada siga superior a 4 setmanes; els contractes interins i els formalitzats per treballadors contractats a Espanya al servei d'empreses espanyoles a l'estranger;
- quan una disposició legal preveja la forma escrita, per exemple, determinats contractes que estan inclosos en programes de foment de l'ocupació, o contractes concertats amb Empreses de Treball Temporal (ETT);
- quan ho exigisca qualsevol de les parts;
- quan s'establisca en el conveni col·lectiu.

Segons l'art. 8.2 de l'ET, l'incompliment de l'obligació de forma escrita del contracte no afectarà la seua validesa. El contracte es presumeix formalitzat per temps indefinit i a jornada completa, tret que es demostre el contrari, que s'acredite la naturalesa temporal i el temps parcial.

En la LISOS està tipificat com a infracció administrativa greu no formalitzar per escrit el contracte de treball quan és requisit exigint o ho sol·licita el treballador, art. 7.1.

Hi ha llibertat en relació als requisits que ha de complir el contracte escrit, però l'art. 64.4.b de l'ET estableix que el comitè d'empresa ha de conèixer els models de contractes de treball escrits que utilitza l'empresa.

La llei exigeix la forma escrita perquè determinades clàusules contractuals tinguen validesa, com pot ser la submissió de la relació laboral en un període de prova.

El contracte de treball formalitzat per escrit ha de contenir una sèrie d'apartats:

Dades de l'empresa i del treballador, data en què s'inicia la relació laboral, durada, tipus de contracte, funcions que desenvoluparà el treballador en l'empresa, condicions de treball, període de prova, vacances, remuneració, conveni col·lectiu aplicable.

L'empresa té l'obligació de lliurar als representants dels treballadors una còpia bàsica de tots els contractes que han de formalitzar-se per escrit, a excepció dels especials d'alta direcció. La còpia bàsica no reflecteix el DNI, ni el domicili, ni l'estat civil, art. 8.3 de l'ET.

La còpia ha de lliurar-se en un termini no superior a 10 dies des de la formalització del contracte.

L'empresari està obligat a comunicar al SEPE (servei públic d'ocupació estatal) en el termini dels 10 dies següents a la contractació.

Quan el treballador ha de prestar el seu treball a l'estranger per una durada superior a 4 setmanes, l'empresari té l'obligació d'informar sobre la durada, moneda de pagament del salari, retribucions en diners o en espècie, condicions de repatriació. Art. 8.5 de l'ET i RD 1659/1998 del 24 de juliol.

## **INEFICÀCIA DEL CONTRACTE DE TREBALL**

Hi ha ineficàcia quan no es produeixen conseqüències o almenys aquelles conseqüències que normalment s'havien d'haver produït o les que raonablement s'esperaven en virtut de la formalització del contracte.

Les causes de la ineficàcia del contracte de treball són iguals que en el dret comú dels contractes, amb la inexistència o la presència viciada d'algun dels elements essencials del contracte de treball i la infracció de les normes imperatives, art. 6.3, 1261, 1265 a 1270 del Codi civil.

En l'ordre laboral, l'art. 9.1 de l'ET permet la nul·litat parcial del contracte de treball, substituint les clàusules nul·les amb preceptes jurídics adequats conforme a l'establert en l'art. 3.1 de l'ET.

En el cas que es declare nul el contracte de treball, el treballador pot exigir pel treball que haja prestat la remuneració que corresponga a un contracte vàlid, art. 9.2.

## **PROCEDIMENT DE COL·LOCACIÓ**



Quan l'empresari necessite triar un treballador per a contractar-lo té diverses opcions: acudir a un servei públic d'ocupació o a un privat perquè li proporcione un treballador.

L'art. 31 del RDL 3/2015 del 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'ocupació, defineix la intermediació laboral com "el conjunt d'accions que té per objecte posar en contacte les ofertes de treball amb els demandants d'ocupació per a la seua col·locació. La intermediació laboral té com a finalitat proporcionar als treballadors una ocupació adequada a les seues característiques i facilitar als ocupadors els més apropiats als seus requeriments i necessitats".

L'empresa té llibertat per a contractar o no al treballador que li envia l'oficina o agència de col·locació.

El sistema espanyol no és de monopoli públic, sinó que és pluralista i competitiu. Després de la publicació de la Llei 35/2010 de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball es defineixen els intermediaris de col·locació en un sentit ampli que comprèn tant entitats públiques com privades.

Després del RDL 3/2012 i la Llei 3/2012 de mesures urgents de reforma del mercat de treball s'afegeix una nova alternativa al sistema de col·locació, les ETT.

#### LA COL·LOCACIÓ a través dels serveis públics d'ocupació

Els serveis públics d'ocupació han de realitzar funcions de col·locació segons conveni de l'OIT núm. 88 de 1948.

Els treballadors que demanen ocupació, desitgen canviar de treball o perceben prestacions de desocupació tenen l'obligació d'inscriure's en les oficines d'ocupació, art. 27 de la Llei d'ocupació.

Els empresaris han de sol·licitar els treballadors a les oficines públiques d'ocupació si hi ha subvencions i bonificacions quan així ho exigisca la norma.

#### LES AGÈNCIES PRIVADES: lucratives i no lucratives

Llei 3/2015 del 23 d'octubre, Llei d'ocupació.

RD 1796/2010 del 30 de desembre, agències de col·locació.

Llei 35/2010 del 17 de setembre, mesures urgents per a la reforma del mercat de treball.

Amb anterioritat a la reforma de 2010 només es contemplaven les agències de col·locació no lucratives, que es configuraven com a entitats col·laboradores en la mediació al mercat de treball.

L'OIT en el conveni núm. 181, ratificat per Espanya, utilitza un concepte ampli d'agència privada d'ocupació, en què s'inclouen les agències privades amb finalitats lucratives o sense, sempre que tinguen una regulació específica i estiguen subjectes a un règim de llicències i autoritzacions.

La intermediació que realitzen les agències de col·locació ha de garantir la gratuïtat als treballadors per la prestació de serveis, art. 34 de la Llei d'ocupació, tampoc per part de les ETT quan actuen com a agències de col·locació.

Aquestes agències han de garantir el principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació, no podent establir cap discriminació.

Les agències de col·locació han de respectar la intimitat i la dignitat dels treballadors, complir la normativa en matèria de protecció de dades i garantir la gratuïtat per la prestació dels seus serveis als treballadors.

La regulació de l'activitat, matèria model, de col·locació és competència de l'Estat. Les CCAA només poden actuar en matèria d'organització i gestió.

L'autorització d'agències lucratives no suposa una privatització dels serveis públics, ja que amb independència de l'agent que la duga a terme, la intermediació laboral té la consideració d'un servei de caràcter públic.

Obligacions de les agències privades de col·locació:

- Subministrar als serveis públics d'ocupació informació.
- Elaborar plans específics per a la col·locació.
- Disposar de sistemes electrònics.
- Presentar anualment memòria d'activitats.
- Complir la normativa en matèria laboral i de Seguretat Social.

- Gratuïtat dels serveis.

El lucre de les agències de col·locació s'obté bé del cobrament als empresaris, bé a l'Estat quan es programe per objectius.

- Vetlar per la correcta relació entre les característiques dels llocs de treball oferits i el perfil acadèmic o professional requerit.

- Estar sotmeses als controls d'inspecció que duen a terme els serveis públics d'ocupació.

El règim d'infraccions i sancions està contemplat en la LISOS. Les empreses de recol·locació tenen en el nostre sistema una important absència d'aquestes empreses en el marc dels ERO i del seu Pla social. L'art. 31 de la Llei d'ocupació inclou en la intermediació laboral la recol·locació dels treballadors que resulten excedents en processos de reestructuració empresarial.

## **PROCEDIMENTS DE SELECCIÓ**

### Proves d'aptitud i cursets de capacitat

El personal laboral al servei de les Administracions Públiques pot ser de tres classes:

Temporal: contracte de duració determinada segons la legislació laboral.

Fix: quan s'ha seleccionat al treballador per mitjà de les proves específiques per a cobrir llocs de treball laborals.

Indefinit no fix.

El personal laboral, siga quina siga la seua classe, està subjecte a la legislació laboral (normativa legal, reglamentària o convencional que siga aplicable), excepte en aquells aspectes que l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic declara aplicables al personal laboral al servei de les Administracions Públiques.

Les qüestions més importants, incorporades en aquest Estatut, que resulten d'aplicació a aquest personal laboral, són les següents:

Les normes sobre accés a l'ocupació i sistemes de selecció del personal, art. 55 a 61 de l'EBEP, regulen els principis rectors d'accés a l'ocupació pública garantint que tots els ciutadans tenen dret d'accés a

l'ocupació pública d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat.

Igualment resulten d'aplicació els requisits generals que han de reunir els ciutadans per a poder participar en els procediments de selecció, la reserva de places a les persones amb discapacitat; els criteris de composició dels òrgans de selecció del personal i les normes generals sobre els diversos sistemes de selecció de personal i els seus processos.

L'empresari pot veure limitada la llibertat d'elecció de treballador quan s'exigeix per a contractar la superació de determinades proves d'aptitud o la realització de determinats cursos de capacitació. La llibertat de l'empresari es pot veure limitada quan així es pacte en la negociació col·lectiva.

Els empresaris tenen llibertat per a utilitzar els procediments de selecció de personal (test psicotècnics, entrevistes...). Aquests procediments han d'estar dirigits a conèixer les dades necessàries per a esbrinar la capacitat professional o aptitud del treballador, però no per a investigar les dades de l'espai íntim i personal, per la qual cosa han de respectar-se els drets fonamentals dels treballadors, especialment el principi d'igualtat i no discriminació i el dret a la intimitat i a la llibertat religiosa, art. 16 i 18 de la Constitució espanyola; 17 de l'ET i 34 de la Llei d'ocupació.

La Llei orgànica d'igualtat (LOI), de 2007, estableix que es consideraran discriminatòries les ofertes referides a un dels sexes, tret que es tracte d'un requisit professional essencial i determinant de l'activitat a desenvolupar.

Es prohibeix que l'empresari pugui fer indagacions sobre la ideologia, vida sexual, estat civil i, en general, sobre tots aquells aspectes que pertanguen a la vida privada del treballador i que no tinguin rellevància professional.

### Efectes de la infracció de les normes legals o convencionals

La no contractació del treballador que ha superat les proves no pot qualificar-se d'acomiadament, sinó que és un supòsit d'incompliment de la promesa de contractar amb dret d'indemnització de danys i perjudicis.

### Les borses de treball i les llistes d'espera per a la contractació

De vegades, les característiques de l'ocupador i les normes pactades a aquest efecte poden fer que, si l'empresari necessita contractar, pugui veure's obligat a acudir a les llistes i borses de treball i contractar el treballador corresponent, sense que tinga la llibertat de triar lliurement al treballador.

L'autolimitació de l'ocupador deriva de les normes establides per la mateixa Administració o de l'acceptació pactada amb els representants dels treballadors en el conveni col·lectiu sobre les llistes i borses de treball per a contractar.

## **INCENTIUS A LA CONTRACTACIÓ DE DETERMINATS COL·LECTIUS DE TREBALLADORS**

### **Mesures de foment de l'ocupació**

La CE encarrega als poders públics l'obligació de realitzar una política orientada a la plena ocupació. Per tant, els poders públics poden intervenir mitjançant una política d'incentius i de suport a la contractació de treballadors.

1. Segons l'art. 17.3 de l'ET, el Govern pot regular mesures de reserva, durada o preferència en l'ocupació que tinguen per objecte facilitar la col·locació de treballadors demandants d'ocupació.

2. Així mateix, el Govern pot atorgar subvencions, desgravaments i altres mesures per a fomentar l'ocupació de grups específics de treballadors que troben dificultats especials per a accedir a l'ocupació. La regulació d'aquestes es fa prèvia consulta a les organitzacions sindicals i associacions empresarials més representatives.

Les mesures a les quals es refereixen els paràgrafs anteriors s'orientaran prioritàriament a fomentar l'ocupació estable dels treballadors aturats i la conversió de contractes temporals en contractes per temps indefinit.

La Llei orgànica d'igualtat ha modificat l'art. 17 de l'ET, apartat 4t, que estableix la possibilitat sense perjudici del que es disposa en els apartats

anteriors, que la negociació col·lectiva pot establir mesures d'acció positiva per a afavorir l'accés de les dones a totes les professions. A aquest efecte pot establir reserves i preferències en les condicions de contractació de manera que, en igualtat de condicions d'idoneïtat, tinguen preferència per a ser contractades les persones del sexe menys representat en el grup professional que es tracte.

Així mateix, la negociació col·lectiva pot establir aquest tipus de mesures en les condicions de classificació professional, promoció i formació, de manera que, en igualtat de condicions d'idoneïtat, tinguen preferència les persones del sexe menys representat per afavorir el seu accés al grup professional o lloc de treball que es tracte.

Segons l'art. 17.5 de l'ET, l'establiment de plans d'igualtat en les empreses s'ha d'ajustar al que es disposa en aquesta llei i en la Llei orgànica 3/2007 del 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

El Govern, en les matèries que siguen de la competència de l'Estat, ha d'aprovar periòdicament un Pla Estratègic d'Igualtat d'Oportunitats, que ha d'incloure mesures per a aconseguir l'objectiu d'igualtat entre dones i homes i eliminar la discriminació per raó de sexe, art. 17 de la LOI.

### **Programes de foment de l'ocupació**

Les mesures de foment de l'ocupació incentiven fomentar la contractació i, per tant, poden condicionar les empreses perquè es decanten per utilitzar uns programes amb preferència a uns altres i així es dirigeix la contractació.

Aquestes mesures també poden ser necessàries per a compensar la desigualtat d'alguns col·lectius amb especials dificultats per a accedir al mercat de treball i per aquest motiu es condiciona l'elecció del treballador a contractar.

La política de foment de l'ocupació és complicada per l'observació de dos factors:

1. En relació a les competències, perquè és una matèria que pot donar lloc a competències compartides entre CCAA i l'Estat. Ambdues administracions podran posar en marxa programes de foment, però els programes de bonificació en la Seguretat Social són competència exclusiva de l'Estat. La gestió es pot delegar a les CCAA.

2. L'activitat de fomentar pot realitzar-se de moltes i variades maneres: subvencions, desgravaments... Per tant, la política d'ocupació pot trobar-se en normes específiques laborals, normes de Seguretat Social, però també podem trobar-la en normes fiscals.

Com s'ha produït un augment de programes i col·lectius protegits, podria tindre un efecte de neutralitzar l'eficàcia i perdre la nota de selecció que caracteritza el foment de l'ocupació de col·lectius amb unes determinades dificultats com són les capes més febles al mercat de treball.

Si bé al principi les bonificacions pretenien millorar uns col·lectius amb unes dificultats especials, en la pràctica tots els col·lectius poden ser susceptibles de bonificacions.

Hi ha riscos que produeixen els següents efectes:

- Efecte ganga o pes mort: és l'evidència que una part dels aturats que obtenen una ocupació després de participar en algun programa haurien obtingut l'ocupació sense el programa.
- Efecte substitució: alguns dels participants en els programes o les polítiques d'ocupació obtenen una ocupació que haurien obtingut altres subjectes que no han participat en el programa.
- Efecte rotació: els beneficiaris sí que obtenen una ocupació però de curta durada i, per tant, tornen a la desocupació.

Els beneficis i les bonificacions poden consultar-se en el portal del Servei Públic d'Ocupació i també en el portal de la Seguretat Social.

### **Col·lectius protegits**

- Els joves entre 16 i 30 anys, els contractes formatius i de pràctiques per a la primera ocupació i la seua transformació en indefinits.
- Contractació de majors de 45 anys.
- Aturats de llarga durada.
- Persones amb discapacitat.
- Persones que es troben en situació d'exclusió social.
- Víctimes de violència de gènere o violència terrorista.

- Una important mesura creada per la reforma laboral de 2012 és el contracte de treball per temps indefinit de suport als emprenedors.

- Es crea una nova modalitat de contracte de treball per temps indefinit per a aquelles empreses que tinguen menys de 50 treballadors i que, malgrat la situació de crisi, aposten per crear ocupació.

En relació a aquesta nova modalitat contractual la reforma laboral de la Llei 3/2012 i el RDL 16/2013 ha matisat:

- Té per objecte facilitar l'ocupació estable i potenciar la iniciativa empresarial.

- Solament poden formalitzar aquests contractes els autònoms i les empreses que tinguen menys de 50 treballadors. Aquestes empreses suposen el 99,23% de les empreses espanyoles.

- El contracte es formalitza per temps indefinit, a jornada completa o a temps parcial, per escrit.

- El règim jurídic del contracte i dels drets i obligacions que es deriven es regiran amb caràcter general pel que estableix l'ET i la negociació col·lectiva per als contractes indefinits, amb l'excepció del període de prova que serà d'un any en tot cas i no l'establert en l'art. 14 de l'ET.

Aquesta durada respon a la finalitat de fomentar l'ocupació, però aquesta durada de prova d'un any pot estar encobrint un acomiadament o un fals contracte temporal i la resolució no dona dret a una indemnització.

És discutible la legalitat d'aquest període de prova en relació amb l'art. 35 de la CE i el conveni número 158 de l'OIT, però el Tribunal Constitucional, Sentència 8/2015 del 22 de gener, considera que no vulnera l'art. 35 de la CE. En termes proporcionals i raonables es pretén afavorir l'accés dels aturats a un lloc de treball estable, en el marc d'una excepcional conjuntura d'emergència, caracteritzada per l'elevadíssim nivell d'atur.

La Llei 3/2012 ens diu que no pot establir-se període de prova quan el treballador ja haja exercit les mateixes funcions amb anterioritat en l'empresa sota qualsevol modalitat de contracte.

- Tampoc poden fer ús d'aquesta modalitat contractual, indefinida de suport als emprenedors, les empreses que en els 6 mesos anteriors a la formalització del contracte hagen extingit contractes de treball per



causes objectives declarades improcedents per sentència judicial o hagen procedit a un acomiadament col·lectiu.

- Poden realitzar-se aquests contractes fins que la taxa d'atur se situe per sota del 15%. Actualment la taxa d'atur està en 14,4 la d'homes i la de dones és del 17,9%. La mitjana és de 16,5%.
- L'empresa té dret a una sèrie de bonificacions en la cotització a la Seguretat Social, sempre que es referisca a certs col·lectius.
- L'empresa té dret a aplicar una sèrie d'incentius fiscals.
- El treballador que estiguera percebent prestacions per desocupació en la data de la formalització del contracte a temps complet, pot voluntàriament compatibilitzar cada mes el 25% de la quantia de la prestació juntament amb el salari.
- Licitud de la clàusula resolutòria contractual. Com que per a sol·licitar les ajudes és necessari formalitzar el contracte prèviament, la jurisprudència admet en cas que no es concedisquen les subvencions o bonificacions sol·licitades, la validesa de la clàusula resolutòria en cas que siguen denegades o suprimides després. La doctrina admet la promesa de contracte condicionada a la concessió de la subvenció.

## **PERÍODE DE PROVA**

El règim jurídic legal és l'establert en l'art. 14 de l'ET i la negociació col·lectiva.

La resolució d'un contracte de treball pot produir-se amb caràcter definitiu o provisional.

La provisionalitat deriva de l'estipulació d'un període de prova que possibilita a totes dues parts, empresari i treballador, conèixer-se mútuament i té la facultat de resoldre el contracte sense necessitat d'al·legar causa justa, sense previ avís i sense indemnització.

El període de prova és una opció per a les parts i com diu l'art. 14 de l'ET "pot concertar-se". Aquesta és una facultat de les parts.

Ha de subscriure's el període de prova en el moment de començar a prestar els serveis el treballador, ha de pactar-se de manera expressa, per escrit i mitjançant el contracte de treball individualitzat.

**La forma escrita** té naturalesa constitutiva o *ad solemnitatem*.

La jurisprudència ha confirmat la forma escrita. Si no consta per escrit el contracte, es considera que no hi ha període de prova i el contracte de treball passa a ser indefinit.

Per als tècnics titulats, el període de prova no pot ser superior a 6 mesos, i de 2 mesos per a la resta de treballadors. En empreses amb menys de 25 treballadors, el període de prova no pot ser superior a 3 mesos per als treballadors que no siguin tècnics titulats.

En els contractes de treball que tinguen una durada no superior a 6 mesos, el període de prova no pot ser superior a 1 mes excepte que el conveni col·lectiu dispose una altra cosa.

Els terminis previstos en l'ET es poden ampliar, segons la jurisprudència, sempre que no es produïska abús de dret.

En el contracte de treball per temps indefinit de suport als emprenedors, la durada del període de prova serà d'un any.

Les situacions suspensives del contracte, com pot ser la incapacitat temporal, risc durant l'embaràs, maternitat, adopció, guarda amb finalitats d'adopció, acolliment, risc durant la lactància i paternitat, que afecten el treballador durant el període de prova, interrompen el còmput d'aquest sempre que es produïska acord entre ambdues parts, art. 14.3 de l'ET.

### **Contingut de la prova**

Mentre dure el període de prova, els drets i obligacions tant laborals com de seguretat social del treballador són els que corresponguen al seu grup o categoria professional o al lloc de treball que desenvolupe, de la mateixa manera que si fóra definitiu.

Cal donar-lo d'alta i cotitzar a la Seguretat Social obligatòriament mentre dure el període de prova.

Una vegada superat el període de prova aquest computa a efectes d'antiguitat.

Es pot establir un període de prova per als ascensos.

### **Desistiment i límits**

El desistiment és la facultat que tenen ambdues parts, empresari i treballador, sense necessitat d'al·legar cap causa i sense dret a

indemnització, tret que s'haja pactat així o que fóra causat per una raó discriminatòria.

L'extinció del contracte de treball durant el període de prova no és un acomiadament sinó una extinció del contracte de treball per causa vàlidament consignada en aquest.

Durant el període de prova, el treballador té els drets i obligacions corresponents al lloc de treball que exercisca com si fóra de plantilla, excepte els derivats de la resolució de la relació laboral, que poden produir-se a instàncies de qualsevol de les parts durant el seu transcurs. Art. 14.2. de l'ET.

El contracte de treball s'extingirà per les causes consignades vàlidament en el contracte excepte que aquestes constituïsquen abús de dret manifest per part de l'empresari. Art. 49.1.b de l'ET.

El desistiment ha d'exercir-se mentre està en vigor el període de prova i no cal esperar que acabe.

No hi ha cap requisit de forma. Pot fer-se verbalment, sense al·legar causa justa ni carta d'acomiadament.

#### **Limitacions derivades del:**

- deure d'experimentació de l'empresari o del dret del treballador a poder demostrar les seues aptituds.

L'art. 14.1 de l'ET estableix que "l'empresari i el treballador estan, respectivament, obligats a realitzar les experiències que constituïsquen l'objecte de la prova". La doctrina judicial entén i dóna prioritat al lliure desistiment enfront de la resolució causal. Fins i tot accepta la doctrina judicial que l'empresa valore no solament el treball sinó també les circumstàncies o les dades personals del treballador.

La ineptitud existent amb anterioritat al compliment d'un període de prova no pot al·legar-se amb posterioritat a aquest compliment, art. 52.a de l'ET.

#### **Limitacions derivades de:**

- discriminació o vulneració de drets fonamentals: tant la jurisprudència del TS com del TC han manifestat que la motivació de la resolució del contracte de treball en període de prova no té transcendència sempre que no tinga efectes inconstitucionals. No es pot atemptar contra un dret fonamental com per exemple la no discriminació o la garantia d'indemnitat (represàlia).

No cal estendre la normativa d'acomiadament nul als supòsits d'embaràs.

És vàlida l'extinció del contracte de treball mentre aquest estiga en període de prova, no es considera discriminatori.

- per frau de llei: l'empresa té llibertat de desistiment, però aquest no pot basar-se en causes que no tinguin origen en el període de prova.

Si el motiu de l'extinció és totalment aliè a l'experimentació, seria il·legítim per fraudulent.

Si es prova que hi ha una altra causa, diferent de l'experimentació o el treball, podria considerar-se un acomiadament improcedent i, per tant, caldria entrar a jutjar el desistiment.

En el conveni col·lectiu es pot regular la facultat que té l'empresa de resoldre el contracte en període de prova i establir proves específiques i concretes.

### **Supòsits il·legals de períodes de prova**

- Quan la durada és superior a l'establida per llei o per conveni col·lectiu.

El pacte individual sobre ampliació del període de prova incorre en la prohibició que estableix l'art. 3.1.c de l'ET. Els drets i les obligacions concernents a la relació laboral són regulats:

c) Per la voluntat de les parts, manifestada en el contracte de treball, sent el seu objecte lícit i sense que en cap cas puguin establir-se en perjudici del treballador condicions menys favorables o contràries a les disposicions legals i convenis col·lectius, i comportaria els efectes de l'art. 9.1. Si resulta nul·la solament una part del contracte de treball, aquest romandrà vàlid en el restant i s'entendrà completat amb els preceptes jurídics adequats conforme al que es disposa en l'article 3.1.

- Quan ja existeix prou coneixement entre les parts per haver formalitzat altres contractes de treball prèviament per a l'exercici d'ídèntiques funcions, excepte que el període de prova del contracte anterior s'haguera extingit per desistiment del treballador.

Com assenyala el TS, si el període de prova té la finalitat d'acreditar l'aptitud del treballador per al lloc de treball que exercirà, és normal que es prive de pactar un nou període de prova quan ja s'acredita la idoneïtat durant la vigència d'un contracte anterior. STS del 23 d'octubre de 2008 (Recurs 2423/07).

Tampoc es pot sotmetre el treballador a un període de prova quan es produeix una subrogació empresarial, no solament perquè el treballador té acreditada experiència, sinó perquè la novació empresarial no pot alterar les condicions en perjudici del treballador, STSJ de Catalunya del 9 de febrer de 2006 (Recurs 7416/05).

### **Efectes de la il·legalitat del pacte de prova:**

1. Nul·litat total del període de prova, però aquesta nul·litat no afecta en res la validesa del contracte de treball que continua sent vàlid, i serà definitiu.

El cessament d'un treballador que es base en la no superació d'un període de prova establert en una clàusula contractual que s'ha declarat nul·la o inexistent es considera acomiadament improcedent o nul, STS del 20 de febrer de 2006 (Recurs 1192/05).

2. Nul·litat parcial del pacte de prova.

El pacte individual ampliant el període de prova es considera que infringeix la prohibició establida en l'art. 3. 1.c aplicant l'art. 9.1 de l'ET. La conseqüència jurídica és la nul·litat parcial.

## **PERÍODE DE PROVA EN CONTRACTES TEMPORALS I EN ETT**

Des del punt de vista legal no hi ha problema respecte a la possibilitat d'establir un període de prova en els contractes de treball per temps determinat.

L'art. 11.1.c de l'ET regula el contracte en pràctiques.

Segons el RDL 16/2013, en els contractes de durada no superior a 6 mesos, el període de prova no pot ser superior a 1 mes. El conveni col·lectiu pot alterar-ho.

## **TEMA 8. LA CONTRACTACIÓ LABORAL**

## **1. LA PLANTILLA DE L'EMPRESA**

L'art. 38 de la CE reconeix el principi de llibertat d'empresa. Per tant, l'empresa té llibertat per a la fixació de la plantilla.

La fixació de la plantilla depèn lliurement de les necessitats de l'empresa, però de manera excepcional i basant-se en la tutela d'altres drets constitucionals es poden establir limitacions a la llibertat de la fixació de la plantilla:

1. Mesures de quota o reserva, accions positives i discriminacions favorables justificades amb l'objectiu de pal·liar la situació de determinats grups socials, com ara dones o discapacitats, que estan en situació de desavantatge en el mercat laboral, i aquest fet no vulnera el principi d'igualtat.

2. L'art. 42.1 de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seua inclusió social estableix l'obligació de reservar un percentatge de llocs de treballs per a minusvàlids, tant en empreses públiques com privades.

3. L'art. 2.3 de la Llei de les empreses de treball temporal estableix que aquestes han de tenir un mínim de 12 treballadors amb contracte indefinit o estable per cada 1000 treballadors.

4. La Llei 32/2006 de la subcontractació de la construcció considera un factor negatiu per a la prevenció de riscos laborals en el sector de la construcció l'excessiu nombre de treballadors temporals, i per tant considera una mesura preventiva la iniciativa de fixar un percentatge de treballadors indefinits.

5. La negociació col·lectiva, art. 85.1 de l'ET, reconeix la llibertat a les parts per a establir clàusules d'ocupació que poden consistir en l'obligació empresarial de contractar o mantenir un determinat nombre de treballadors.

### Modificació

Es planteja si l'empresa pot suprimir les vacants que es vagen produint per diverses causes, o si ha de cobrir-les amb noves contractacions.

La CE estableix la llibertat d'empresa, però hi ha límits indirectes legals o convencionals que estableixen limitacions.

S'estableixen limitacions indirectes derivades de la utilització de l'empresa de les mesures de foment de l'ocupació. En els programes de foment per a la desocupació s'estableix la condició que aquelles

empreses que desitgen beneficiar-se d'aquests programes no han de reduir la plantilla amb anterioritat.

## **2. LA CONTRACTACIÓ INDEFINIDA**

El contracte de treball per temps indefinit és aquell que es concerta sense establir límits de temps en la prestació de serveis, quant a la durada del contracte. El contracte de treball indefinit pot ser verbal o escrit, i pot formalitzar-se a jornada completa, parcial o per a la prestació de serveis discontinus.

Estava regulat en la Llei 12/2001 del 9 de juliol, desapareguda en entrar en vigor el RDL 3/2012 i la Llei 3/2012.

Mesures per a fomentar la contractació indefinida.

1. Bonificació en la cotització a la Seguretat Social.
2. Elevació de les indemnitzacions per la finalització de contractes temporals.

## **3. CONTRACTACIÓ TEMPORAL DIRECTA**

El contracte de treball pot concertar-se per temps indefinit o per una durada determinada.

Poden formalitzar-se contractes de durada determinada en els següents casos:

- 3.1. Contractació per a la realització d'obra o servei determinat.
- 3.2. Contractació de treballadors eventuais per circumstàncies de la producció.
- 3.3. Contractació de treballadors interins.
- 3.4. Contracte de foment d'ocupació per a treballadors amb discapacitat.
- 3.5. Contractació temporal per les administracions públiques.

**3.1. Contracte per a obra o servei determinat:** l'objecte és la realització d'una obra o un servei determinat amb autonomia i substantivitat pròpia dins de l'activitat de l'empresa, i en què l'execució

és en principi de durada incerta encara que limitada en el temps. Art. 15.1a de l'ET i art. 2.1 del RDCT 2720/1998.

El govern pot utilitzar mesures de foment d'ocupació. Entre elles es pot incloure la contractació laboral.

Aquest contracte s'utilitza:

- per a treballs extraordinaris que no són propis de l'activitat de l'empresa;
- per a la realització de treballs propis de l'activitat de l'empresa:
- quan siguin específics i estiguen delimitats de la resta de l'activitat, amb autonomia i substantivitat pròpia;
- quan es tracte d'activitats excepcionals, esporàdiques o extraordinàries.

El treballador solament ha de realitzar les tasques pròpies de l'obra per a la qual ha estat contractat.

Mitjançant negociació col·lectiva es poden identificar els treballs amb substantivitat pròpia que poden cobrir-se amb contractes temporals.

El contracte ha de formalitzar-se per escrit, identificant l'obra o servei determinat.

Es pot contractar a temps complet o parcial.

La durada màxima del contracte d'obra serà de 3 anys i es pot ampliar 12 mesos per conveni col·lectiu.

L'extinció: si no s'acredita que ha finalitzat l'obra, l'extinció es correspon amb un acomiadament.

S'admet l'extinció gradual, la que es realitza per trams d'obra i per especialitats professionals.

La indemnització per als contractes signats a partir de l'1 de gener de 2015 és de 12 dies per any treballat. Art. 49.1.c i Disposició addicional 8a de l'ET.



### **3.2. Contractació de treballadors eventuais per circumstàncies de la producció**

Quan ho exigisquen les circumstàncies del mercat, l'acumulació de tasques o l'excés de comandes, encara que es tracte de l'activitat normal de l'empresa.

Els contractes poden tindre una durada màxima de sis mesos, dins d'un període de dotze mesos, a comptar a partir del moment en què es produïsquen aquestes causes.

Per conveni col·lectiu d'àmbit sectorial estatal o, en defecte d'això, per conveni col·lectiu sectorial d'àmbit inferior, pot modificar-se la durada màxima d'aquests contractes i el període dins del qual es puguen realitzar en atenció al caràcter estacional de l'activitat en què aquestes circumstàncies es puguen produir. En tal cas, el període màxim dins del qual es podran realitzar és de divuit mesos; no es pot superar la durada del contracte les tres quartes parts del període de referència establert ni, com a màxim, dotze mesos.

En cas que el contracte s'haja concertat per una durada inferior a la màxima legal o convencionalment establida, pot prorrogar-se mitjançant acord de les parts, una única vegada, sense que la durada total del contracte pugui excedir aquesta durada màxima.

Per conveni col·lectiu es poden determinar les activitats en les quals puguen contractar-se treballadors eventuais, així com fixar criteris generals relatius a l'adequada relació entre el volum d'aquesta modalitat contractual i la plantilla total de l'empresa. Art. 15.1.b de l'ET i art. 3 del RDCT.

Indemnització: la mateixa que per al contracte d'obra.

Extinció: en finalitzar el termini i per causes, art. 49.1.c de l'ET.

#### **Contracte eventual amb finalitat de proporcionar experiència**

Segons el RDL 4/2013 i la Llei 11/2013 es crea un nou model contractual temporal per a fomentar l'ocupació i proporcionar experiència laboral per als joves menors de 30 anys.

La durada mínima és de 3 mesos i la màxima de 6 mesos; per conveni col·lectiu es pot pactar fins a 12 mesos.

### **3.3. Contractació de treballadors interins**

Objecte del contracte:

- Substituir un treballador de l'empresa amb dret de reserva del lloc de treball en virtut d'una norma estatal, conveni col·lectiu o acord individual. Interinitat per substitució.
- Cobrir temporalment un lloc de treball mentre dure un procés de selecció o de promoció per a cobrir el lloc definitivament. Interinitat per vacant.

Un treballador pot substituir a diversos treballadors.

Durada en el contracte d'interinitat per substitució: el temps que dure l'absència del treballador substituït amb reserva del lloc de treball; en interinitat per vacant el temps que dure el procés de selecció no podrà ser superior a 3 mesos.

### **3.4. Contractació temporal de foment d'ocupació**

Llei 43/2006

Mesura per a fomentar l'ocupació.

Per a certs col·lectius que tenen dificultat per a accedir al mercat laboral.

Reformes laborals dels anys 90.

Objecte: satisfer les necessitats de les empreses. Limitacions:

- Solament es pot contractar treballadors discapacitats, entesos en un sentit ampli.
- No poden contractar les empreses que hagen extingit contractes indefinits per acomiadaments declarats improcedents o per acomiadaments col·lectius en els 12 mesos anteriors.
- Ha de tractar-se de treballadors aturats que estan inscrits en l'oficina d'ocupació.

La forma sempre serà escrita.

Durada:

Ni inferior a 12 mesos ni superior a 3 anys. Si es contracta per un termini inferior a 3 anys, es pot prorrogar.

Quan s'acaba el contracte el treballador té dret a una compensació econòmica de 12 dies per any de servei.

### **Normes comunes als contractes temporals**

L'extinció dels contractes temporals, regulada en l'art. 49.1.c de l'ET i el RDCT, està subjecta a les mateixes regles que els contractes fixos.

Si l'acomiadament és improcedent, es condemna l'empresa a l'abonament dels salaris de tramitació i a la readmissió fins que el contracte arribe al seu terme. Si no és possible, s'abonaran 33 dies de salari per any o la part proporcional que corresponga.

#### Principi d'igualtat de tracte amb els treballadors fixos

Es consideren discriminatòries les barreres dels convenis que excloguen els treballadors temporals o establisquen diferències en les condicions de treball o en la retribució. La jurisprudència entén que el treballador contractat temporalment té la possibilitat de percebre el plus d'antiguitat.

#### **Frau de llei i contractació temporal**

L'art. 15.3 de l'ET estableix que es presumiran per temps indefinit els contractes temporals formalitzats en frau de llei.

La contractació il·legal es produeix quan no es donen els requisits de causalitat, forma, alta en la Seguretat Social. Presumpció *iuris tantum*, admet prova en contra.

Hi ha frau de llei quan aparentment és correcta la contractació temporal, però la finalitat és aconseguir un resultat contrari a la llei perjudicant el treballador. Es presumirà *iuris et de iure* per temps indefinit, no admet prova en contrari.

L'art. 15.5 de l'ET introdueix límits a la utilització de successius contractes temporals, adquirint la condició de fixos els treballadors.

En cas de contractació en cadena per a un mateix lloc de treball amb diferents treballadors, la negociació col·lectiva establirà requisits per a prevenir la utilització abusiva dels contractes temporals.

La Directiva 99/70 CE posa límits a l'encadenament de contractes temporals vàlids, i per aquest motiu el RDL 10/2011 va suspendre l'aplicació de l'art. 15.5 durant dos anys, però la Llei 3/2012 i el RDL 3/2012 fixen la suspensió fins al 31 de desembre de 2012.

L'art. 15.5 de l'ET es dirigeix als contractes d'obra o servei determinat i als contractes eventuais per circumstàncies de la producció.

La conseqüència de la norma de l'art. 15.5 és la conversió automàtica dels contractes temporals encadenats en relacions laborals indefinides. Així, la mera superació del temps indicat es transforma automàticament en ser treballador indefinit.

### **3.5. Contractació temporal per les administracions públiques**

Art. 15 i 12 de l'ET

Disposició addicional 15a de l'ET

#### Art. 11 de l'EBEP

La contractació temporal en l'Administració Pública i empreses públiques presenta una sèrie d'especialitats que la diferencien de la contractació en una empresa privada.

Les irregularitats en la contractació temporal no poden tenir la conseqüència de considerar fix el treballador temporal contractat irregularment, perquè si es fera així, es defraudaria l'aplicació de les normes que exigeixen procediments públics per a la contractació del personal.

#### Excepcions a la durada màxima de contracte d'obra o servei i d'encadenament de contractes:

- Excepcions al termini màxim de 3 anys. DA 15a.2 de l'ET.
- Excepcions en matèria de contractes encadenats, els contractes de recerca. DA 15a.3 de l'ET.

La jurisprudència diferencia entre irregularitats lleus o greus en la durada o en les formalitats. L'elecció equivocada en la modalitat contractual no converteix en indefinit el contracte.

Irregularitats greus o qualificades són l'omissió total de la formalització o no anomenar la causa objectiva de contractació o la presència d'un element intencional que pretén eludir l'aplicació de les normes legals.

Conseqüències de les irregularitats greus: la jurisprudència entén que la situació del treballador no és convertir-lo en fix de plantilla sinó en indefinit fins que la plaça s'ocupe pel procediment legalment previst. S'està utilitzant malament el terme indefinit. Té els mateixos drets que el treballador fix menys el de l'estabilitat en l'empresa. La figura de l'indefinit ve recollida en l'art. 11 de l'EBEP.

La jurisprudència reconeix que en el cas de cessament del treballador indefinit no fix per amortització de plaça, aquest té dret a la indemnització per finalització del contracte temporal per obra, servei o eventualitat.

#### **4. CONTRACTACIÓ TEMPORAL INDIRECTA. EMPRESSES DE TREBALL TEMPORAL**

Les empreses que tenen necessitat de mà d'obra temporal, en lloc de contractar treballadors propis o d'acudir a la subcontractació, poden sol·licitar la mà d'obra a les empreses de treball temporal i així el contracte es formalitza entre el treballador i l'empresa de treball temporal.

És una activitat d'interposició en la contractació permesa per la llei.

Regulada en el RD 4/1995 del 13 de gener, desenvolupa la Llei 14/1994 de l'1 juny i s'ha adaptat a la Directiva CE 2008/104 del 19 novembre per la Llei 35/2010 del 17 setembre de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball.

L'activitat de l'ETT és posar a la disposició d'una altra empresa (empresa usuària) amb caràcter temporal, treballadors contractats per ella respecte als quals ostenta la condició d'empresari, art. 1.2 de l'ET, mitjançant un contracte mercantil de posada a disposició per un temps determinat i per un preu.

Existeix una doble contractació, mercantil i laboral, i la conseqüència és una relació triangular entre ETT, treballador i empresa usuària (EU):

- Entre l'ETT i el treballador temporal.
- Entre l'ETT i l'EU.
- Entre l'EU i el treballador temporal.

Les ETT poden actuar com a agències de col·locació, desenvolupar activitats de formació, d'assessorament i de consultoria de recursos humans.

No són contractistes que presten serveis en l'EU mitjançant un contracte d'obra, perquè les ETT no dirigeixen l'activitat laboral.

De vegades, les ETT estan encobertes en empreses de serveis i sota l'aparença de contractes incorren en tràfic o cessió il·legal, perquè solament es limiten a proporcionar mà d'obra.

#### Requisits que ha de complir una ETT:

1. Estructura organitzada adequada. Per a poder iniciar l'activitat l'empresa ha de tenir un mínim de 3 treballadors amb contracte indefinit.
2. Dedicar-se de manera exclusiva al desenvolupament de les activitats pròpies de l'ETT.
3. No tenir obligacions pendents de caràcter fiscal o de seguretat social, i garantir les obligacions salarials i de Seguretat Social.
4. La seua denominació ha d'incloure ETT.
5. Que se li concedisca autorització administrativa, i que l'autoritat administrativa la inscriba en el registre que existeix d'ETT.
6. Constituir una garantia per a respondre a possibles indemnitzacions, salaris i deutes de Seguretat Social.
7. Informar l'autoritat administrativa i al SEPE dels contractes que realitze.

8. L'incompliment de les seues obligacions es considera infracció greu. Actuar sense autorització es considera cessió il·legal de treballadors. També és cessió il·legal la contractació en frau de llei.

9. Aquests requisits no s'apliquen a les ETT establides en altres estats membres de la UE. Han d'estar vàlidament constituïdes segons la normativa del seu país.

El contracte de posada a disposició és, art. 6 de l'ETT, el formalitzat entre l'empresa de treball temporal i l'empresa usuària tenint per objecte la cessió del treballador per a prestar serveis en l'empresa usuària, al poder i direcció de la qual quedarà sotmès aquell.

Podran formalitzar-se contractes de posada a disposició entre una empresa de treball temporal i una empresa usuària en els mateixos supòsits i sota les mateixes condicions i requisits en què l'empresa usuària podria formalitzar un contracte de durada determinada conforme al que es disposa en l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors.

També poden formalitzar-se contractes de posada a disposició entre una empresa de treball temporal i una empresa usuària en els mateixos supòsits i sota les mateixes condicions i requisits en què l'empresa usuària podria formalitzar un contracte de treball en pràctiques o un contracte per a la formació i l'aprenentatge conforme al que es disposa en l'article 11 de l'Estatut dels Treballadors.

El contracte de posada a disposició es formalitza per escrit en els termes que reglamentàriament s'establisquen.

## SUPÒSITS EXCLOSOS

Segons l'art. 8 de la Llei ETT, no es pot acudir als serveis d'una ETT, en els següents casos:

- Per a substituir treballadors en vaga.
- Per a la realització de treballs i ocupacions especialment perillosos per a la seguretat i salut en el treball. D'acord amb la DA 2, es consideren perillosos: treballs que impliquen l'exposició a radiacions ionitzants en zones controlades, treballs que impliquen l'exposició a agents cancerígens, tòxics per a la reproducció i treballs que impliquen l'exposició a determinats agents biològics.
- Per als llocs de treball en què no s'hagen avaluat els riscos laborals, art. 15 i 16 de la LPRL.
- Per a la cessió de treballadors a una altra ETT.

Segons la nova regulació DA 4 de la Llei ETT, se suprimeixen les limitacions o prohibicions que hi haja vigents per a la formalització de contractes de posada disposició per les empreses de treball temporal amb l'excepció de la DA 2.

Segons la DA 4, últim apartat, les ETT no poden realitzar amb l'administració pública contractes de posada a disposició de treballadors per a la realització de treballs que per una norma amb rang de llei estiguen reservats a funcionaris públics.

Si s'incompleixen aquests límits, les conseqüències afecten l'ETT i/o a l'empresa usuària i generen responsabilitats tant contractuals com administratives.

Responsabilitat contractual: la contractació en els supòsits no permesos es pot descriure com a cessió il·legal segons criteri de la jurisprudència del TS.

Responsabilitat administrativa: sanció tipificada en la LISOS.

L'ETT ha d'aportar a l'empresa usuària:

- Còpia del contracte de treball.
- Document que acredite que s'han complit les obligacions salarials i de Seguretat Social concretes pels treballadors.

Relacions entre el treballador i l'ETT:

- El contracte de treball entre l'ETT i el treballador pot formalitzar-se per temps indefinit i per durada determinada. Si és de durada determinada, s'aplica el règim segons el contracte siga eventual, interí o per obra o servei determinat.
- Els contractes temporals poden convertir-se en fixos si passa més temps de contracte de posada a disposició i el treballador segueix treballant en l'empresa usuària, més enllà del temps de la durada màxima del contracte temporal. O perquè l'empresa usuària decidisca incorporar-lo a la seua plantilla.

Existeix la possibilitat d'un contracte de treball per a cobrir diversos contractes de posada disposició successius en empreses usuàries diferents.

No existeix la figura del fix discontinu.

L'ETT ha d'informar el treballador de les condicions de treball. Si el contracte de treball és de durada determinada, ha de contenir les següents dades:

- Identificació de l'empresa usuària.
- Contingut de la prestació laboral.
- Riscos del lloc de treball.
- Durada estimada del contracte.
- Lloc de treball, horari i remuneració.

Si el treballador ha estat contractat per temps indefinit, cada vegada que preste servei en una EU se li ha de lliurar una ordre de servei que indicarà la identificació de l'EU, la causa del contracte, el contingut, els riscos professionals del lloc, i lloc i horari de treball.

A les indemnitzacions per extinció s'aplica el principi d'igualtat.

L'antiguitat a efectes de la indemnització per acomiadament per utilització fraudulenta d'aquests contractes s'adquireix a partir dels diversos contractes realitzats per l'empresa usuària encara que siguin diferents les ETT per a les mateixes funcions amb el mateix treballador. Les ETT han de proporcionar al treballador formació adequada.

### Relacions entre el treballador i l'empresa usuària

Les facultats de direcció i control del treballador que és legalment cedit seran exercides per l'EU. Això significa que la fixació de les condicions de treball correspon a l'EU. L'empresa usuària ha de complir les següents obligacions:

- La vigilància i el control de l'activitat laboral.
- L'EU té responsabilitat subsidiària quant als deures salarials i de seguretat social contrets per l'ETT amb el treballador durant la vigència del contracte.
- Els treballadors adquireixen una sèrie de drets derivats de la prestació dels seus serveis per a l'empresa usuària, com per exemple utilitzar els mitjans de transport i altres serveis de l'empresa usuària.

### Matèria de prevenció de riscos laborals:



L'ETT és la deutora de seguretat i la que té l'obligació d'informar, formar i vigilar la salut del treballador cedit. L'EU ha d'informar l'ETT dels riscos, així com de les mesures de protecció i prevenció.

L'EU ha d'haver avaluat els riscos del lloc de treball, ha d'assegurar-se que el treballador enviat és apte per al treball, i que ha rebut la informació i formació adequada.

L'empresa usuària pot ser responsable de la protecció en matèria de responsabilitat i higiene, així com el recàrrec de prestacions en cas d'accident de treball o malaltia professional que tinga lloc en el seu centre de treball, si ha infringit les normes de prevenció de riscos laborals.