

**MATERIALS DOCENTS DE L'ASSIGNATURA OCUPACIÓ PÚBLICA I RELACIONS
ESPECIALS DE TREBALL**

GRAU EN RELACIONS LABORALS I RECURSOS HUMANS

Professora Elena García Testal

TEMA 1: INTRODUCCIÓ	5
ESQUEMA TEMA 1.....	6
RESUM TEMA 1	12
1. QUI ÉS TREBALLADOR?.....	12
A. CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL EN POSITIU: PRESSUPÒSITS SUBSTANTIUS.....	13
B. CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL EN NEGATIU: RELACIONS EXCLOSIVES.....	16
C. TÈCNICA INCLUSIVA: LES RELACIONS LABORALS ESPECIALS.....	16
2. LES RELACIONS LABORALS ESPECIALS	16
3. OCUPACIÓ PÚBLICA.....	19
QÜESTIONARI PRÀCTIC TEMA 1	20
COMENTARI DE SENTÈNCIA	21
TEMA 2: LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL D'ALTA DIRECCIÓ I LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DELS TREBALLADORS DOMÈSTICS	23
TEMA 2-A LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ALTA DIRECCIÓ	24
ESQUEMA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ALTA DIRECCIÓ.....	25
RESUM RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL D'ALTA DIRECCIÓ	31
INTRODUCCIÓ.....	31
CONCEPTE D'ALT DIRECTIU	31
FONTS DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL	34
RÈGIM JURÍDIC	35
PRÀCTICA 1 ALTA DIRECCIÓ Qualificació contractual	41
PRÀCTICA 2 ALTA DIRECCIÓ Contingut del contracte i extinció.....	43
QÜESTIONARIS ALTA DIRECCIÓ.....	46
QÜESTIONARI 1 TEMA 2 ALTA DIRECCIÓ	46
QÜESTIONARI 2 TEMA 2 ALTA DIRECCIÓ	48
TEMA 2-B TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR	50
ESQUEMA TEMA 2-B TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR.....	51
RESUM TEMA 2-B TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR	56
INTRODUCCIÓ.....	56
ÀMBIT D'APLICACIÓ	57
FONTS DE LA RELACIÓ LABORAL	59
RÈGIM JURÍDIC	60
PRÀCTIQUES TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR.....	66

Inclusions i exclusions	66
Temps de treball i de descans	67
Extinció del contracte.....	67
Aplicació de les normes en el temps (DEROGACIÓ NORMATIVA I APLICACIÓ DE NORMES A RELACIONS JA VIGENTS).....	68
QÜESTIONARI TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR	70
TEMA 3: LA RELACIÓ LABORAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS I LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS	72
TEMA 3-A RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS.....	73
ESQUEMA TEMA 3-A RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS	74
RESUM TEMA 3-A RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS....	82
INTRODUCCIÓ.....	82
ÀMBIT D'APLICACIÓ	84
SISTEMA DE FONTS	86
RÈGIM JURÍDIC	87
PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS.....	100
QÜESTIONARI ARTISTES AMB RELACIÓ LABORAL ESPECIAL	103
TEMA 3-B RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS.....	105
ESQUEMA TEMA 3-B RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS	106
RESUM TEMA 3-B RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS.....	115
INTRODUCCIÓ.....	115
ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL.....	115
SISTEMA DE FONTS	119
RÈGIM JURÍDIC	120
PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS.....	128
TEMA 4: RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTS DE COMERÇ I AGENTS MERCANTILS	132
ESQUEMA TEMA 4 RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTS DE COMERÇ I AGENTS MERCANTILS.....	133
RESUM TEMA 4 RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTS DE COMERÇ I AGENTS MERCANTILS.....	137
INTRODUCCIÓ.....	137
CRITERIS DE DELIMITACIÓ	138
RÈGIM JURÍDIC DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL.....	140
PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE LES PERSONES QUE INTERVENEN EN OPERACIONS MERCANTILS.....	147

TEMA 5: ALTRES RELACIONS LABORALS ESPECIALS.....	151
LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS QUE PRESTEN SERVEIS EN DESPATXOS D'ADVOCATS	152
ESQUEMA LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS QUE PRESTEN SERVEIS EN DESPATXOS D'ADVOCATS	153
RESUM LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS QUE PRESTEN SERVEIS EN DESPATXOS D'ADVOCATS	157
INTRODUCCIÓ.....	157
ÀMBIT D'APLICACIÓ	160
RÈGIM JURÍDIC	161
PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS EN DESPATXOS D'ADVOCATS	167
TEMA 6 OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC.....	168
ESQUEMA TEMA 6 OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC	169
RESUM TEMA 6 OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC	175
INTRODUCCIÓ.....	175
TREBALLADOR INDEFINIT NO FIX DE PLANTILLA.....	177
PERÍODE DE PROVA A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.....	179
EXTINCIÓ DE CONTRACTES LABORALS A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.....	180
QÜESTIONARI TEMA 6 PERSONAL AL SERVEI DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA	181
PRÀCTICA TEMA 6 PERSONAL LABORAL AL SERVEI DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES	183

TEMA 1: INTRODUCCIÓ

ESQUEMA TEMA 1

Ocupació pública i relacions especials de treball

6

TEMA 1. INTRODUCCIÓ
ELENA GARCÍA TESTAL

SUMARI

1. CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL
2. RELACIONS LABORALS ESPECIALS
3. L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA I EL SECTOR PÚBLIC

QUI ÉS TREBALLADOR?

TREBALLADOR ASSALARIAT → ET

TREBALLADOR AUTÒNOM → ETA

TREBALLADOR AUTÒNOM ECONÒMICAMENT
DEPENDENT → ETA

FUNCIONARIS I PERSONAL AL SERVEI DE LES AAPP →
EBEP

QUI ÉS TREBALLADOR ASSALARIAT?

TRIPLE TÈCNICA JURÍDICA:

ARTICLE 1.1 ET: Determina el seu àmbit d'aplicació en **positiu:**
pressupòsits substantius relació laboral

ARTICLE 1.3 ET: Determina el seu àmbit d'aplicació en **negatiu:**
relacions excloses

ARTICLE 2.1 ET: Incorpora una sèrie de relacions especials

Significat de l'article 1.1??

Només pot ser treballador una persona física

No s'admet la substitució amb el mateix contracte de treball →
avaluació de les substitucions

El treball es realitza de forma voluntària i lliure

El treballador s'insereix en l'organització empresarial i se sotmet a
les seues ordres i instruccions i al seu poder disciplinari

El treballador no és el titular dels mitjans de producció, ni dels
resultats del seu treball, ni té relació amb el mercat (ni aporta
capital social, ni elements patrimonials... amb caràcter general)

DIFICULTATS QUALIFICACIÓ JURÍDICA D'UNA PRESTACIÓ DE SERVEIS

MOTIUS:

- falta de concreció elements definitoris (dependència i alienitat)
- existència de contractes afins → zones grises
- simulació contractual

❑ Criteris qualificadors usats pels tribunals:

- **irrellevància** qualificació jurídica i elements formals
- presumpció de laboralitat **art. 8.1 ET**
- sistema **d'indicis** (mètode insegur)

Art 1.3 ET i disposició adicional 1ª ET:

- Regla general: primer paràgraf 1.3.g ET

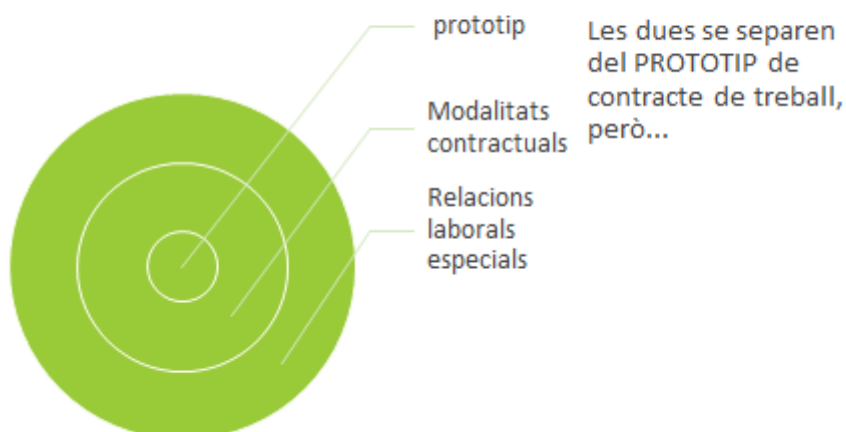
- **Llistat d'exclusions**

- Exclusions constitutives; LEGISLADOR CONSTITUEIX LA SEVA EXCLUSIÓ
- Exclusions declaratives: relacions que no tenen algun dels pressupòsits substantius del contracte, LEGISLADOR DECLARA LA SEUA EXCLUSIÓ

Tècnica inclusiva: RELACIONS LABORALS ESPECIALS
art. 2 ET

1. **Personal d'alta direcció**: RD 1382/1985, 1 agost
2. **Servei de la llar familiar**: RD 1620/2011, 14 novembre
3. **Penats en institucions penitenciàries (menors en centres d'internament)** RD 782/2001
4. **Esportistes professionals**: RD 1006/1985, 26 juny
5. **Artistes en espectacles públics**: RD 1435/1985, 1 agost
6. **Representants de comerç**: RD 1438/1985, 1 agost
7. **Treballadors amb discapacitat en centres especials de treball**: RD 368/1985, 17 juliol
8. **Estibadors portuaris (derogada)**
9. **MIR**: RD 1146/2006, 6 octubre
10. **Advocats en despatxos**: RD 1331/2006, 17 novembre

EL MODEL/PROTOTIP (?) I LA SEVA FRAGMENTACIÓ: LES MODALITATS CONTRACTUALS I LES RELACIONS ESPECIALS



10

I LA SEVA FRAGMENTACIÓ: LES MODALITATS CONTRACTUALS I LES RELACIONS ESPECIALS

Les **MODALITATS CONTRACTUALS** presenten només alteració en algun aspecte concret de la prestació del treball (durada contracte, durada jornada, causa formativa, lloc de prestació de serveis...).

La seva regulació apareix en el mateix ET.

Les **RELACIONS LABORALS ESPECIALS** tenen un règim jurídic específic, justificat (?) per les seves peculiaritats.

Són les previstes en l'art. 2 ET, que estableix un llistat obert (qualsevol llei n'inclou d'altres), i es regulen per DECRET.

RELACIONS LABORALS ESPECIALS

Tres qüestions:

- 1. Concorren en totes les notes de laboralitat?
- 2. Hi ha una justificació única de la seva existència?
- 3. Falla el principi d'igualtat per l'existència d'una regulació reglamentària? (Art. 35.2 CE: "*La llei regularà un estatut dels treballadors*")?

OCUPACIÓ PÚBLICA

Art 103.3 CE

- EBEP
- Relacions excloses de l'ET: art. 1.3.a ET
- Constitutives:
 - Funcionaris públics
 - Personal estatutari dels serveis de salut
- Contractació administrativa de serveis

Relacions incloses:

- Personal laboral al servei de les AAPP

RESUM TEMA 1

1. QUI ÉS TREBALLADOR?

En el sistema espanyol de relacions laboral, el règim jurídic aplicable a una prestació de serveis depèn de la determinació legal del concepte de treballador i de com es presten els serveis, ja que:

- Si estem davant d'un TREBALLADOR ASSALARIAT → s'aplica l'Estatut dels Treballadors;
- Si es tracta d'un TREBALLADOR AUTÒNOM → haurem d'aplicar l'Estatut del Treball Autònom;
- Però si té característiques especials, podrà tractar-se d'un TREBALLADOR AUTÒNOM ECONÒMICAMENT DEPENDENT → en aquest cas, aplicarem l'Estatut del Treball Autònom però amb un règim més protector;
- Si es presten serveis en l'àmbit de l'Administració Pública podrà tractar-se de FUNCIONARIS I PERSONAL AL SERVEI DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES → i haurem d'aplicar l'Estatut Bàsic dels Empleats Públics.

Per tant, la primera pregunta que cal fer és: **QUI ÉS TREBALLADOR ASSALARIAT?**

L'Estatut dels Treballadors no inclou un concepte de treballador; l'única cosa que fa és delimitar el seu àmbit d'aplicació —a través de la concreció de les prestacions de serveis que es desenvolupen en determinades circumstàncies—. D'aquesta manera la legislació vigent facilita la base jurídica per a elaborar un concepte de treballador assalariat a través d'una TRIPLE TÈCNICA JURÍDICA:

- A. ARTICLE 1.1 Estatut dels Treballadors: Determina el seu àmbit d'aplicació en positiu: estableix quins són els pressupòsits substantius de la relació laboral.
- B. ARTICLE 1.3 Estatut dels Treballadors: Determina el seu àmbit d'aplicació en negatiu: estableix quines prestacions de serveis queden excloses de l'Estatut dels Treballadors.
- C. ARTICLE 2.1 Estatut dels Treballadors: Incorpora una sèrie de relacions laborals, anomenades especials, a les quals es pot aplicar un règim jurídic diferenciat.

A continuació cal recordar el que implica cadascuna d'aquestes tècniques de delimitació (conceptes ja estudiats en l'assignatura Dret del Treball I).

A. CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL EN POSITIU: PRESSUPÒSITS SUBSTANTIUS

L'article 1.1 de l'Estatut dels Treballadors estableix el seu àmbit d'aplicació a través de la següent fórmula:

“1. Aquesta Llei és aplicable als treballadors que voluntàriament prestin serveis retribuïts per compte d'altri i dins l'àmbit d'organització i direcció d'una altra persona, física o jurídica, anomenada ocupador o empresari.”

Aquest precepte ens servirà per a establir que les notes que han de concórrer en una prestació de serveis perquè es considere inclosa dins de l'Estatut dels Treballadors, i que en conseqüència siga considerada laboral, són: es tracta d'un treball personal, voluntari, retribuït i, sobretot, es tracta d'un treball amb dependència d'un ocupador i per compte d'aquest ocupador (alienat).

No totes les notes gaudeixen de la mateixa rellevància, ja que algunes són comunes a altres prestacions de serveis no laborals. Així, i com han afirmat els tribunals, només quan concorren, a més de les notes genèriques de treball i retribució, les notes específiques d'alienat del treball i de dependència en el règim de la seua execució ens trobem davant un contracte de treball, sotmès a la legislació laboral [STS de 18-3-2009 (Rec. 1.709/2007)].

Però, quin és el significat de l'article 1.1 de l'ESTATUT DELS TREBALLADORS? En què es concreten les anteriors notes?

Les conseqüències que se'n deriven són:

- Només pot ser treballador una persona física.
- No s'admet la substitució del treballador amb el mateix contracte de treball; per tant, cal avaluar les substitucions, per poder qualificar el treball com a treball personal; precisament la jurisprudència del TS ha analitzat aquesta nota vinculant-la a les possibilitats de substitució del treballador: la regla de la qual ha de partir-se és que al treballador no li correspon designar qui va a substituir-lo, determinar quan han de substituir-lo o retribuir el qui el substitueix.
- El treball es realitza de forma voluntària i lliure, la qual cosa exclou els treballs que deriven d'una imposició legal.
- El treballador s'obliga a prestar serveis a canvi d'una retribució, el salari, que l'empresari s'obliga a abonar, la qual cosa, connecta amb el caràcter sinal·lagmàtic del contracte. La necessitat de retribució coincideix amb altres prestacions de serveis (arrendament de servei i d'obra, per exemple) i exclou el treball gratuït per raons d'amistat, benevolència o bon veïnatge a què es

refereix l'article 1.3.d) de l'ET. La peculiaritat de la retribució salarial, i que pot facilitar la distinció d'altres formes de retribució, deriva dels habituals caràcters de ser mesurada per temps, fixa en la seua quantia i periòdica en el seu abonament.

- El treballador s'insereix en l'organització empresarial i es sotmet a les seues ordres i instruccions i al seu poder disciplinari.
- El treballador no és el titular dels mitjans de producció, ni dels resultats del seu treball, ni té relació amb el mercat (ni aporta capital social, ni elements patrimonials... amb caràcter general, perquè podem trobar algunes situacions amb excepcions; exemple: participar mínimament en el capital social de l'empresa no exclou la nota d'alienitat).

No obstant aquesta delimitació que deriva de l'article 1 de l'ET, existeixen dificultats de qualificació jurídica de les prestacions de serveis, principalment per tres motius:

- La llei no dona contingut als elements definitoris (dependència i alienitat), que, a més, no concorren de la mateixa forma en totes les prestacions de serveis laborals: el seu contingut depèn de factors diferents com el tipus de treball que es realitza (manual o intel·lectual), el tipus d'empresa, el tipus d'activitat... És a dir, la dependència delimita el camp d'aplicació del Dret del Treball, però el treball dependent és una abstracció que comprèn tipus i situacions molt variats, i així un treball organitzat, determinat, utilitzat i aprofitat per l'empresari no és incompatible amb l'existència d'un espai en què concorre autonomia del treballador, una relativa autodeterminació (RODRIGUEZ PIÑERO, 1999).
- L'existència de contractes afins (-> les anomenades zones grises), ja que l'ordenament jurídic regula altres contractes de prestacions de serveis, que són pròxims al contracte de treball;
- La simulació contractual, amb voluntat fraudulenta i d'estalvi dels costos socials per part dels empresaris, que tracten de simular que es tracta d'un treball autònom, la qual cosa els implica una menor assumpció d'obligacions amb el treballador a més d'un estalvi econòmic.

És, per tant, freqüent que els tribunals laborals s'hagen d'enfrontar a la labor de qualificar o determinar quina és la naturalesa jurídica de les prestacions de serveis, especialment en els casos en què les parts no han pactat res (ni per escrit ni verbalment), o bé formalment han pactat una relació no laboral, però que posteriorment es desenvolupa amb la concurrència d'indícis que poden posar de manifest l'existència de notes de laboralitat.

Els criteris qualificadors usats pels tribunals laborals quan han de determinar la naturalesa jurídica de les prestacions de serveis són:

- La irrellevància de la qualificació jurídica atorgada per les parts del contracte, així com la de la resta d'elements formals. Segons aquest criteri la qualificació dels contractes no depèn de la denominació que les parts li assignen, sinó de la configuració efectiva dels drets i obligacions que se'n deriven, i així s'ha declarat a través d'una consolidada jurisprudència. Així doncs, quan s'ha de qualificar la naturalesa laboral o no d'una relació ha de prevaldre la que es deriva de la concurrència dels requisits que determinen la laboralitat i de les prestacions realment dutes a terme, i no l'atribuïda formalment per les parts.
- L'aplicació d'una presumpció de laboralitat, que descriu l'article 8.1 Estatut dels Treballadors (*"El contracte de treball es pot subscriure per escrit o de paraula. Es considera existent entre la persona que presta un servei per compte d'altri, i dins l'àmbit d'organització i direcció d'aquest, i la persona que el rep a canvi d'una retribució a aquell"*.) Aquesta norma s'emmarca dins del precepte relatiu a la forma del contracte —estableix la llibertat de forma, i en conseqüència la possible existència del contracte de treball amb independència del compliment de requisits formals, i concretat en la concurrència dels elements de laboralitat—. Les seues previsions permeten l'aplicació de les normes laborals a prestacions de serveis que reuneixen les notes característiques del treball assalariat, perquè de manera previsiblement fraudulenta han optat per la utilització indeguda de contractes civils o mercantils amb la intenció d'evitar l'aplicació de la normativa laboral. Permet declarar la laboralitat amb independència de la denominació que li hagen donat les parts; la qualificació no depèn de la voluntat expressada, sinó de la realitat de les circumstàncies de la prestació de serveis.
- L'aplicació d'un sistema d'indícis (mètode insegur, però que permet comprovar empíricament la concurrència d'elements fàctics que poden correspondre a les notes de laboralitat: treball personal, dependència, alienitat, principalment). Efectivament per a la identificació de les notes del contracte de treball en la resolució dels casos litigiosos s'utilitza, amb freqüència, un conjunt d'indícis o fets indiciaris de cadascuna de les notes de laboralitat. Aquests són en ocasions comunes a la generalitat de les activitats o treballs, i altres vegades específics de certes activitats laborals o professionals. Alguns exemples són: de dependència: assistència regular al lloc de treball, submissió a jornada i horari, existència d'ordres i instruccions, aplicació de sancions, donació de comptes de la feina feta, publicitat de l'empresa en vehicle o roba...; d'alienitat: realització del treball amb mitjans i materials de l'empresari, amb excepcions; no participació en el capital social, amb excepcions; no assumpció de risc; apropiació empresarial del producte fet pel treballador; salari similar al de treballadors del mateix sector i localitat; caràcter fix i periòdic de la remuneració rebuda.

B. CONCEPTE DE CONTRACTE DE TREBALL EN NEGATIU: RELACIONS EXCLOSES

L'Estatut dels Treballadors (art 1.3 i disp. adicional 1ª) exclou del seu àmbit d'aplicació algunes relacions, mitjançant dues tècniques:

- Una regla general, situada al primer paràgraf 1.3.g Estatut dels Treballadors:

“En general, els treballs que es fan en desenvolupament d’una relació diferent de la que defineix l’apartat 1.”

- Un llistat d'exclusions (article 1.3 Estatut dels Treballadors), de les quals, algunes són exclusions constitutives i altres exclusions declaratives:

- Exclusions constitutives: El legislador *constitueix* la seua exclusió, encara que es donen totes les notes de laboralitat.
- Exclusions declaratives: Són relacions que no tenen algun dels pressupòsits substantius del contracte o notes de laboralitat i, per tant, el legislador *declara* la seua exclusió.

16

C. TÈCNICA INCLUSIVA: LES RELACIONS LABORALS ESPECIALS

L'article 2 de l'Estatut dels Treballadors inclou un llistat de prestacions de serveis que es declaren relacions especials de treball, i que com a característica comuna troben que majoritàriament es regulen en un decret.

2. LES RELACIONS LABORALS ESPECIALS

Són les següents:

- Personal d'alta direcció: RD 1382/1985, d'1 d'agost;
- Treballadors al servei de la llar familiar: RD 1.620/2011, de 14 de novembre;
- Penats en institucions penitenciàries (i menors en centres d'internament) RD 782/2001;
- Esportistes professionals: RD 1.006/1985, de 26 de juny;
- Artistes en espectacles públics: RD 1.435/1985, d'1 d'agost;
- Representants de comerç: RD 1.438/1985, d'1 d'agost;
- Treballadors amb discapacitat en centres especials de treball: RD 368/1985, de 17 de juliol;
- Estibadors portuaris (en l'actualitat ha deixat de ser una relació laboral especial, per derogació de la lletra h de l'article 1.3 de l'Estatut dels Treballadors);

- MIR: RD 1.146/2006, de 6 d'octubre;
- Advocats en despatxos: RD 1.331/2006, de 17 de novembre;

Respecte a les denominades en la llei relacions laborals especials és possible plantejar una àmplia sèrie de qüestions:

Perquè existeixen **RELACIONS LABORALS ESPECIALS**? Quines característiques tenen aquestes prestacions de serveis? Hi ha un criteri que les fa especials? Són relacions laborals, és a dir, amb les notes de laboralitat? Respecten el principi d'igualtat?

Però prèviament cal contestar a un interrogant: existeix un prototip o model de relació laboral assalariada?

Començant per aquesta última, cal assenyalar que l'Estatut dels Treballadors contempla la fragmentació del model o prototip de relació laboral a través de dues vies: les modalitats contractuals i les relacions especials. Però també cal assenyalar que les dues se separen del PROTOTIP de contracte de treball...

Les MODALITATS CONTRACTUALS presenten només alteració en algun aspecte concret de la prestació del treball (durada contracte, durada jornada, causa formativa, lloc de prestació de serveis...). La seua regulació apareix continguda en el mateix Estatut dels Treballadors.

Les RELACIONS LABORALS ESPECIALS tenen un règim jurídic específic, que ha d'estar justificat en les seues peculiaritats. Encara que l'article 2 Estatut dels Treballadors n'inclou un llistat, es tracta d'un llistat obert, que pot ser ampliat per qualsevol llei (reserva de llei per a la creació com a relació especial) però que es regulen per DECRET.

L'existència de les RELACIONS LABORALS ESPECIALS planteja tres qüestions fonamentals:

1. Concorren en totes les relacions especials les notes de laboralitat? L'anàlisi de cadascuna de les relacions especials permet comprovar el seu caràcter d'inclusions declaratives, ja que els diferents decrets reguladors exigeixen la concurrència de les notes de laboralitat (encara que en molts casos se suavitza la seua presència). El dubte s'origina perquè, en la legislació anterior, l'article 3 de la Llei de Relacions Laborals determinava expressament la necessitat que reuniren les característiques esmentades; previsió que se suprimeix en l'Estatut dels Treballadors de l'any 1980. No obstant açò, els RD reguladors de les relacions especials repeteixen, en la seua majoria, en la definició de cada relació, la necessitat de concurrència de les notes diferenciadores de laboralitat: l'alienitat i la dependència, per la qual cosa no cal dubtar de la seua concurrència, almenys en les actuals relacions especials. En les relacions en les quals el RD regulador no és tan explícit (alts càrrecs i representants de comerç) és fàcil trobar

una explicació. En ells, malgrat que sí que existeix dependència, aquesta es configura amb trets específics, constituint-se en raó de la seua especialitat, per la qual cosa no s'arreplega de manera tan literal a com es fa en les restants relacions especials.

2. Hi ha una justificació única de l'existència de cadascuna de les relacions especials?

Les relacions laborals especials estan dotades de normes específiques i diferents a les de la relació laboral comuna; la justificació de la seua especialitat ve donada per les característiques d'aquestes relacions, que les separen de la relació comuna i que exigeix una normativa específica. Cadascuna de les relacions troba la justificació de la seua especialitat en una particularitat diferent. La jurisprudència ha fonamentat l'especialitat en tres criteris: la qualitat de les persones que la presten, la seu on es realitza el treball o les funcions que realitzen (STC 56/1988). Aquesta interpretació respon a la contemplació del panorama de les relacions laborals especials existents, però sens dubte, mitjançant aquests tres criteris l'elenc d'especialitats podria ampliar-se *ad infinitum* (OJEDA).

En definitiva, l'únic element que tenen en comú les relacions laborals especials és la necessitat d'un règim jurídic diferenciat, la necessitat de regulació específica dels elements de la relació de treball que se separen del model comú.

3. Falla el principi d'igualtat per l'existència d'una regulació reglamentària (per decret)?

S'ha de recordar que d'acord amb l'article 35.2 de la CE: "*La llei regularà un estatut dels treballadors*"? L'article 35.2 CE no fixa un model de treballador, vinculant per al legislador ordinari. Entendre que l'article 35.2 CE congelava la definició de treballador existent en 1978 constitueix un excés (DE LA VILLA). Ara bé una vegada que el legislador ha incorporat determinats criteris per a definir la prestació de treball que cau en l'àmbit regulat per l'ordenament laboral, atempta contra el principi d'igualtat constitucional l'exclusió de laboralitat, total o parcial, respecte dels qui compleixen aquells criteris, quan no concorre una explicació justificada i raonable valorada en relació amb la finalitat i els efectes de l'exclusió (STC 227/1998). El tracte desigual ha d'estar fonamentat, trobar una justificació objectiva i raonable perquè no s'entenga vulnerat el principi d'igualtat. Per açò les exposicions de motius de les diferents normes reglamentàries que aproven la regulació de les relacions especials s'esforcen a trobar aqueix element diferenciador que justifique la diferència de tracte.

Quines implicacions té la determinació d'una relació laboral com a relació laboral especial?

La principal conseqüència és que la seua regulació no ve en l'Estatut dels Treballadors sinó que es configura un règim jurídic diferenciat de la relació laboral comuna: cadascuna de les relacions especials obté la seua regulació en una norma reglamentària. L'ET, a més, no resulta en tots els casos aplicable amb caràcter supletori. És a dir suposa l'atribució d'un diferent règim jurídic, una separació de les normes que s'apliquen a la resta de les relacions laborals.

Perquè aquesta diferència de tractament jurídic no resulte contrària als articles 14 i 35 de la CE, és a dir, perquè no pugui considerar-se un tracte desigual i discriminatori, la diferència de tracte ha de respondre a una justificació objectiva i raonable: el legislador ha de tenir una raó objectiva que justifiqui la introducció d'un tracte diferent. Així cadascuna de les relacions laborals especials requereix un tractament jurídic diferenciat perquè, segons el parer del legislador, existeix una raó que justifica aqueix tractament diferenciat i la impossibilitat d'aplicar el règim laboral comú.

Per açò cada estudi sobre una relació laboral especial ha de començar-se per justificar aqueixa diferència de tractament jurídic.

3. OCUPACIÓ PÚBLICA

Aquest tema introductor ha d'acabar amb una aproximació al concepte d'ocupació pública. Hem de partir de la normativa vigent: l'article 103.3 CE, però també el seu desenvolupament a l'Estatut Bàsic dels Empleats Públics.

De les relacions excloses a l'Estatut dels Treballadors, concretament a l'article 1.3.a ET, cal assenyalar que:

- Són exclusions constitutives: la dels funcionaris públics, el personal estatutari dels serveis de salut
- La contractació administrativa de serveis exclou normativament la concurrència de dependència i alienitat, són exclusions declaratives.
- Resulten incloses: les relacions del personal laboral al servei de les Administracions Públiques.

Doncs, l'aplicació de l'ET a aquestes relacions (laborals) que es desenvolupen en l'àmbit de l'AP genera dificultats i conflictes jurídics, per la necessitat de respectar les regles i els principis d'accés a l'ocupació previstes a l'article 103.3 CE. El principi d'estabilitat en l'ocupació que deriva de l'aplicació de l'Estatut dels Treballadors genera problemes per la necessitat de respectar l'accés a l'administració pública respectant els principis d'igualtat, mèrit i capacitat; conflictes que han trobat resposta en la doctrina elaborada pels tribunals, posteriorment arreplegada en les disposicions normatives.

QÜESTIONARI PRÀCTIC TEMA 1

Aquest qüestionari és un repàs de continguts bàsics sobre la qüestió de la qualificació de les prestacions de serveis. Es pot realitzar de forma prèvia a l'explicació teòrica del tema 1.

1. Són relacions laborals?

a. Una empresa inicia amb una persona una relació de prestació de serveis en la qual s'acorda el pagament d'una quantitat. Els serveis es presten en les instal·lacions de l'empresa, durant un nombre d'hores determinat, seguint les ordres i instruccions del cap de secció i utilitzant les eines proporcionades per l'empresa.

b. Un treballador és propietari d'un camió de deu tones. Treballa sempre per al mateix empresari, sotmès a horari de treball i rebent ordres d'aquest, estant el vehicle adaptat al transport de butà, que és l'activitat de l'empresa.

c. Carmen presta serveis de transport amb un vehicle propietat de l'empresa, de més de 2 tones, en què figura el logotip de l'empresa. Carmen realitza el trasllat de les mercaderies pels centres de treball de l'empresa. Carmen va ser substituïda per la seua germana la setmana passada a conseqüència d'una grip. Carmen va comunicar aquesta circumstància a l'empresa, i va se l'empresa la qui li va preguntar si coneixia algú per substituir-la.

d. Un treballador presta serveis com a director d'una sucursal bancària. A més posseeix 100 accions de l'entitat bancària —la més important de la seua ciutat— per a la qual treballa.

e. Una associació de veïns de Benimaclet contracta una treballadora (veïna de Benimaclet) perquè realitze funcions administratives, en les dependències de l'associació i a canvi d'una retribució per aqueix treball.

f. Dues persones acorden que una d'elles realitzarà a l'altra un retrat. L'autor realitza l'obra en el seu estudi, amb els materials que ell mateix compra, i una vegada conclòs li demana la quantitat de 420 euros.

g. Una advocada ha subscrit voluntàriament un "contracte d'arrendament de serveis" amb un despatx d'advocats; es troba afiliada al RETA, i percep unes quantitats dineràries fixes cada mes.

h. Un treballador ha sigut contractat per un Ajuntament després d'haver superat un concurs de mèrits per ocupar una plaça de caràcter temporal.

i. Una Administració contracta amb un arquitecte la realització d'un projecte de renovació de la plaça principal de la ciutat. L'arquitecte treballa en el seu estudi, amb els seus mitjans de producció i el seu personal.

COMENTARI DE SENTÈNCIA

Busca i llig les sentències següents:

- STS (Sala Social, Secció 1ª), d'11 de febrer 2015 (RCUD 2.353/2013)
- STS (Sala Social, Secció 1ª), de 19 de febrer 2014 (RCUD 3.205/2012).
- (...)

A continuació tens un exemple de comentari de sentència (en concret de la STS d'11 de febrer de 2015). Ara heu de fer un comentari de la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Social, Secció 1ª) de 19 de febrer de 2014 que també heu llegit. En aquest cas el treball és individual i es lliurarà en la classe de XXXX.

Exemple de comentari de sentència

Sentència Tribunal Suprem (Sala Social, Secció 1a) d'11 de febrer de 2015

La Sentència resol i estima el recurs de cassació per a la unificació de doctrina interposat pel treballador contra la Sentència del TSJ de Madrid, de data 3 de juliol de 2013, i declara el caràcter laboral de la relació mantinguda per un psicòleg del Servei d'Atenció psicològica en el marc de la Xarxa Regional d'Oficines Judicials de la Comunitat de Madrid.

Per arribar a la conclusió del caràcter laboral d'aquesta prestació de serveis el tribunal, després d'analitzar els antecedents de fet en què es descriuen les circumstàncies en què prestava serveis, contextualitza aquesta prestació en el marc d'un Conveni de la Comunitat Autònoma de Madrid amb el Col·legi de Psicòlegs de Madrid (Fonament de Dret Segon).

Atès que es tracta d'un RCUD el Tribunal analitza la sentència de contrast (Fonament de Dret Segon), conclouent que es compleixen els requisits de l'article 219.1 LRJS.

És en el Fonament de Dret Tercer en el qual la STS d'11 de febrer de 2015 planteja la possible infracció dels articles 1.1 i 1.2 de l'Estatut dels Treballadors, en relació amb el 8 Estatut dels Treballadors i el 2a) de la LRJS.

Comença per a això considerant que "la denominació del contracte com d'arrendament de serveis" ha de ser considerada com una "simulació contractual, acompanyada a més amb la manera de pagar el salari —contra factura amb IVA— i l'exigència que el treballador es done d'alta en el RETA, que no són més que elements

tradicionalment característics del frau simulador i als quals la jurisprudència d'aquesta Sala —tan antiga i reiterada que ni cal citar— ha desproveït de tot valor definitori".

A continuació, analitza els indicis de laboralitat concurrents, assenyalant al respecte: "la prestació de serveis de l'actor es realitzava en un indiscutible marc de treball per compte d'altri. Ho fa el psicòleg emprant els mitjans materials de l'ocupadora (alienitat del treballador respecte als mitjans de producció o de prestació del servei), sota les directrius de la CAM i sota la dependència directa dels funcionaris de l'Oficina Judicial de la CAM a la qual pertanyen (alienitat respecte a l'organització del servei o dependència) i sense tenir cap relació jurídica amb els destinataris del servei", afegint que "si treballessin realment per compte propi, el que farien seria cobrar el servei als seus clients".

Finalitza analitzant una possible cessió il·legal de treballadors, aliena al supòsit de qualificació que ens ocupa.

Podem concloure doncs que la STS que s'analitza utilitza els tres criteris habituals quan un Tribunal resol un conflicte de qualificació: irrellevància de la denominació o aspectes formals, presumpció de l'article 8 de l'Estatut dels Treballadors i mètode d'indicis per comprovar la laboralitat de la prestació de serveis.

**TEMA 2: LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL D'ALTA DIRECCIÓ I
LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DELS TREBALLADORS DOMÈSTICS**

TEMA 2-A LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ALTA DIRECCIÓ

ALTA DIRECCIÓ

Justificació de la seva especialitat:

- Exposició de motius
- Art. 2 RD

Tipus de directius:

- Membres del consell d'administració
- Alts càrrecs amb relació laboral especial
- Directius amb règim comú
- Compatibilitats i incompatibilitats



Concepte: 3 elements bàsics (art. 1.2 RD)

Element funcional:

- **Exercici de poders inherents a la titularitat de l'empresa**

Element objectiu:

- **Que s'exerceixin respecte a l'activitat íntegra de l'empresa o aspectes transcendents (o estratègics)**

Element jeràrquic:

- **Que s'exerceixin amb autonomia i plena responsabilitat... limitada per criteris i instruccions...**

Fonts de la relació: art. 3 RD

1. RD 1382/1985, 1 agost

2. Autonomia individual (pacte)

3. Dret supletori: normes civils o mercantils

4. Legislació laboral només si remissió expressa pel RD o pel contracte

- Ex. art. 15.2 RD

Característiques del seu sistema de fonts:

- Intervenció normativa disminueix en benefici del pacte individual
- Supletorietat no laboral
- No menció conveni col·lectiu

Contingut de la relació (1)

Ampli espai a l'autonomia individual:

- forma del contracte (art. 4)
- durada del contracte (art. 6)
- període de prova (pacte però amb màxim de 9 mesos → límit autonomia individual) (art. 5)
- temps de treball (art. 7 RD)
- salari
 - art. 4.2 c RD
 - garanties del salari?
 - art. 15 RD
 - DA 5ª ET= treballador comú

27

Contingut de la relació (2)

Límits a la llibertat professional:

art. 8 RD: Tres possibilitats:

- Dedicació exclusiva, llevat d'excepcions
- Possible pacte de permanència
- Possible pacte de no concurrència postcontractual

Promoció interna: art. 9 RDAD

CARACTERÍSTIQUES

- Ha d'existir una relació prèvia que siga laboral i ordinària
- No és únicament un cas de mobilitat funcional interna sinó que és tracta de formalitzar una nova relació contractual
- L'article 9 RDAD exigeix PACTE ESCRIT



Promoció interna: art. 9 RD

EFFECTES sobre la relació prèvia:

- 2 possibilitats: suspensió i novació
- Suspensió:
 - permet reprendre la relació prèvia (excepció: acomiadament disciplinari procedent). En quin termini?
- Novació
 - Substitució de la relació prèvia per la RLEAD
 - Només produeix efecte als 2 anys des de l'acord novatori (reserva de lloc d'origen)
- **DEPEN DEL PACTE ENTRE EMPRESARI I TREBALLADOR**
 - I SI NO HI HA PACTE?

Extinció

Menor tutela de l'estabilitat en el treball

Extinció per voluntat del treballador

- Sense causa justificada: dimissió + terminis preavis i conseqüències incompliment art. 10.1 RD
- Amb causa justificada: causes? 10.3 RD + indemnització

Extinció per voluntat de l'empresari

- Desistiment: 11.1 RD → preavis + indemnització
- Acomiadament: 11.2 RD → forma ET; causes?, efectes?; indemnització ?
- Interpretació TS

Altres causes: (art. 12 RD) remissió a l'ET

Indemnitzacions

Indemnitzacions legals:

- Voluntat del treballador amb causa: 7 dies de salari en metàl·lic per any de servei, amb el límit de 6 mensualitats.
- Desistiment empresarial: 7 dies de salari en metàl·lic per any de servei amb límit de 6 mensualitats.
- Acomiadament disciplinari improcedent o nul: 20 dies de salari en metàl·lic per any de servei, amb un límit de 12 mensualitats.

Pactes de blindatge → concepte i justificació

Drets col·lectius

No dret a participar en òrgans de representació
(art. 16 RD)

Conveni col·lectiu?

Vaga?

RESUM RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL D'ALTA DIRECCIÓ

INTRODUCCIÓ

La regulació de la relació laboral especial d'alta direcció la trobem al RD 1.382/1985, d'1 d'agost.

Quan ens trobem davant d'una relació laboral especial, i atès que suposa una separació del règim jurídic comú (l'Estatut dels Treballadors) la primera cosa que hem de preguntar-nos és la justificació de la seua especialitat, és a dir, per què es configura amb un règim jurídic separat del model o prototip establert a l'ET. En el cas de la relació especial del personal d'alta direcció el legislador ens dona la informació de les raons per les quals considera que s'ha d'establir un règim especial de regulació en dos moments:

- En l'exposició de motius del RD 1.382/1985, d'1 d'agost.
- En l'article 2 RD.

Així l'exposició de motius assenyala:

“...la relació establida entre l'alt directiu i l'Empresa contractant es caracteritza per la recíproca confiança que ha d'existir entre ambdues parts, derivada de la singular posició que el directiu assumeix en l'àmbit de l'Empresa quant a facultats i poders.”

I en el mateix sentit l'article 2 del RD:

“Fonament. La relació laboral especial del personal d'alta direcció es basa en la recíproca confiança de les parts, les quals acomodaran l'exercici dels seus drets i obligacions a les exigències de la bona fe.”

Precisament per aquestes característiques de la relació que uneix el directiu amb l'Empresa s'opta per proporcionar un ampli marge al pacte entre les parts d'aquesta relació, com a element de configuració del seu contingut, mentre que correspon a la norma reglamentària únicament determinar l'esquema bàsic de la matèria a tractar en el contracte, aprofundint més en les qüestions en què s'ha considerat que havia d'existir un tractament normatiu més complet per ser menys susceptibles d'acords entre parts com, per exemple, les relatives a les causes i els efectes d'extinció de contracte (exposició de motius).

CONCEPTE D'ALT DIRECTIU

Prèviament a concretar l'àmbit d'aplicació de la relació laboral especial, hem d'establir els diferents tipus de directius, als quals s'apliquen diferents règims jurídics.

És que donat que l'empresari laboral pot ser una persona física o una persona jurídica (o CB), i si bé l'empresari persona física pot assumir la tasca de direcció o cedir-la a un tercer (apoderament), en el cas de l'empresari-persona jurídica, aquesta no pot actuar per si mateixa, per la qual cosa requereix per a fer-ho de les persones físiques que ocupen els òrgans de representació: representació orgànica; o cedint la representació a tercers: representació voluntària (a través d'apoderament) (DEL VAL).

En conseqüència la prestació de serveis directius pot dur-se a terme per una pluralitat de subjectes, des de posicions jurídiques diferenciades. DEL VAL distingeix tres grups de personal amb responsabilitats de direcció en l'empresa:

- El primer grup queda conformat pels **consellers** i administradors socials, l'activitat dels quals es limita a la realització de cometes inherents al seu càrrec (article 1.3.c) ET); exclosos del Dret del Treball queden els consellers i administradors socials l'activitat dels quals es concrete en la pròpia del lloc orgànic ocupat, és a dir, que es limiten simplement a l'acompliment del seu càrrec i sempre que la seua activitat solament comporte la realització de les cometes inherents al mateix. El legislador remarca que «solament» aqueixos consellers i administradors, així caracteritzats, són els expulsats de l'ordenament laboral. L'exclusió deriva de la falta de dependència, en formar part de l'òrgan d'administració, i exercir en l'empresa únicament aquestes funcions: les activitats de direcció, gestió, administració i representació de la societat són les activitats típiques i específiques dels òrgans d'administració de les companyies mercantils, ja es tracte de consell d'administració, d'administrador únic, o de qualsevol altra forma admesa per la Llei (STS de 22-12-1994 (Rec. 2.889/1993)). L'activitat dels consellers està exclosa de l'àmbit de la legislació laboral, per la naturalesa del vincle (STS de 13-5-1991 (Rec. 977/1990)).
- El segon grup es correspon amb el personal d'alta direcció **AMB RELACIÓ LABORAL ESPECIAL** (article 2.1.a) Estatut dels Treballadors i article 1.2 RD 1.382/1985); se situen per sota de l'empresari o dels qui determinen la voluntat de l'empresa amb forma jurídica de societat.
- El tercer són els directius amb règim comú: realitzen tasques directives, no amb un àmbit objectiu tan ample como l'Alt Directiu, no amb autonomia, i se situen en un nivell intermedi, ja que no reben directament instruccions del consell d'administració i/o de l'empresari (exemples director financer, director administratiu, director comercial...).

A més també cal determinar les possibles **compatibilitats** i **incompatibilitats** entre les diferents situacions jurídiques assenyalades. I és que la jurisprudència del TS ha establert la incompatibilitat entre les posicions de membre del consell d'administració o administrador i relació laboral especial d'alta direcció (SSTS de 18 de juny de 1991 i

de 27 de gener de 1992). L'existència d'una vinculació de caràcter mercantil i paral·lelament exercir funcions directives, no permet, com a regla general, compatibilitzar una altra relació contractual laboral de caràcter especial, sobre la base de les funcions de direcció. Solament en els casos de realització de treballs en règim comú, no d'alta direcció, cal admetre el desenvolupament simultani de càrrecs d'administració de la societat i d'una relació de caràcter laboral (STS de 18 de juny de 1991 i STS de 18 de març de 1991).

En canvi en cas d'acompliment simultani de funcions pròpies d'una relació comuna i una relació laboral especial no pot descartar-se la concurrència d'una relació laboral respecte a l'acompliment de les funcions pròpies de la relació comuna, però hauria de comprovar-se la possible existència d'alienitat, ja que aquesta no concorrerà si s'ostenta una alta participació en el capital social.

Respecte al concepte d'alt directiu amb relació laboral especial, és a dir, de l'**àmbit d'aplicació** de la relació laboral especial, el RD 1.382/1985 realitza la delimitació incorporant les notes prèviament apuntades per la jurisprudència; així, han de concórrer imperativament tres exigències:

- En primer lloc, és necessari que el treballador ha d'exercitar poders inherents a la titularitat jurídica de l'empresa, de manera que l'empresa li reconeix capacitat per a dur a terme actes jurídics en el seu nom, obligant a l'empresa.
- En segon terme, és necessari que els poders atorgats siguin relatius als objectius generals de l'empresa. Aquest element ha sigut objecte de reinterpretació jurisprudencial: en un principi es va sostenir que les facultats encomanades havien de regir la totalitat de les àrees del negoci, tant en l'aspecte funcional com en el territorial, per la qual cosa es negava el caràcter d'alt càrrec si els poders estaven atribuïts sobre una determinada parcel·la de l'activitat empresarial. El canvi d'interpretació va consistir a ampliar la categoria (que passaren a considerar-se alts directius amb relació especial) als qui, limitant les seues funcions a àmbits o zones concretes, impliquen i comprometen en la seua àrea d'influència els objectius generals de l'empresa. És freqüent la distribució de l'exercici de les funcions entre un grup reduït de persones perquè, coordinades i sense submissió a òrgans intermedis, orienten i dirigeixen la marxa de l'empresa, responsabilitzant-se cadascuna d'elles, no obstant açò, d'un sector, d'acord amb la seua especialització.
- I, finalment, s'exigeix que el directiu dispose d'autonomia i plena responsabilitat, solament limitades pels criteris i instruccions directes de qui o els qui posseeixen originàriament la titularitat de l'organització. En l'exercici de les seues funcions el directiu amb relació especial solament pot quedar limitat per les instruccions de qui és el titular, l'empresari. No són alts directius els qui

reben tals instruccions d'òrgans directius delegats d'aquell que ostenta la titularitat de l'empresa.

Si estem davant un treballador que ocupa un lloc de direcció i té facultat d'impartir ordres, però està absent algun dels requisits enumerats, aquest treballador no tindrà la condició de personal d'alta direcció, ni se li haurà d'aplicar el règim jurídic del RD 1.382/1985.

En resum, el **concepte** de relació laboral especial d'alta direcció es determina en funció de tres elements bàsics (article 1.2 RD):

- Un element funcional: exercici de poders inherents a la titularitat de l'empresa.
- Un element objectiu: que aquests poder s'exerceixin respecte a l'activitat íntegra de l'empresa o aspectes transcendents (o estratègics).
- Un element jeràrquic: que s'exerceixin amb autonomia i plena responsabilitat, encara que limitada per criteris i instruccions directament rebuts de l'empresari o consell de direcció.

Alguns exemples:

Director de Recursos Humans de RTV autonòmica (STSJ CLM, 20 de desembre de 2016 (JUR 2017 7.382); gerent de Consorci contra Incendis amb dependència directa del President del CA (STSJ CLM, 20 de desembre de 2016 (JUR 2017 6.628); director general de Fundació (STSJ Navarra, de 13 de desembre de 2016, JUR 2016 270.229); coordinador general de Fundació (STSJ Illes Balears, 29 de setembre de 2016 AS 2016 1.724).

FONTS DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL

Les **fonts** de la relació laboral especial d'alta direcció les estableix l'**article 3 RD**:

1. RD 1.382/1985, 1 d'agost.
2. Autonomia individual o pacte individual.
3. Dret supletori: normes civils o mercantils.
4. Legislació laboral només si remissió expressa pel RD o pel contracte (ex. article 15.2 RD per a les causes de suspensió del contracte).

Per tant, les característiques principals del seu sistema de fonts seran:

- Intervenció normativa disminueix en benefici del pacte individual.
- Supletorietat no laboral, sinó civil o mercantil.
- No menció conveni col·lectiu.

RÈGIM JURÍDIC

Respecte al **règim jurídic** de la relació laboral especial cal començar assenyalant l'existència d'un ampli espai a l'autonomia individual, com es pot observar en les disposicions relatives a:

- La **forma** del contracte, assenyalada l'article 4 que *"El contracte especial del treball del personal d'alta direcció es formalitzarà per escrit, en exemplar duplicat, un per a cada part contractant. En absència de pacte escrit, s'entendrà que l'empleat és personal d'alta direcció quan es donen els supòsits de l'article 8.1 de l'Estatut dels Treballadors i la prestació professional es correspongui amb la que defineix l'article 1.2 del present reial decret."* En conseqüència la falta de forma escrita no impedirà la qualificació de la prestació de serveis com a relació laboral especial.
- Afegeix aquest article 4 un contingut mínim: *"Aquest contracte haurà de contenir com a mínim: a) La identificació de les parts. b) L'objecte del contracte. c) La retribució convinguda, amb especificació de les seues diferents partides, en metàl·lic o espècie. d) La durada del contracte. i) Les altres clàusules que s'exigeixen en aquest reial decret"*.
- Un dels aspectes en què millor es valora l'autonomia de la voluntat de les parts és en matèria de **durada** del contracte, ja que l'article 6 assenyalada: *"El contracte especial de treball tindrà la durada que les parts acorden. A falta de pacte escrit es presumeix celebrat per temps indefinit"*. No existeixen limitacions respecte a la durada del contracte, la qual cosa és prou diferent respecte la relació laboral comuna, encara que queda justificada per tractar-se del personal de confiança de l'empresari o consell d'administració.
- El període de **prova** es regula a l'article 5 del RD, establint la possibilitat d'incloure un pacte de període de prova, amb la limitació màxima de 9 mesos quan es tracte de contractes de duració indefinida.
- Són escasses les previsions del RD en matèria de **temps** de treball. L'article 7 RD assenyalada que *"el temps de treball quant a jornada, horaris, festes i permisos, així com per a vacances, serà el fixat en les clàusules del contracte, quan no configuren prestacions a càrrec de l'empleat que excedeixen notòriament de les quals siguen usuals en l'àmbit professional corresponent."*. Aquest precepte contrasta prou amb les intervencions normatives en matèria de temps de treball pròpies de la relació laboral comuna.
- La mateixa escassa intervenció, i el mateix espai a l'autonomia individual, és a dir, al pacte entre alt directiu i empresa, la trobem en matèria **salarial**, que únicament apareix com a contingut mínim del contracte a l'article 4.2 c RD. Interessant és el tema de les garanties del salari, en un principi exclosa la protecció del FOGASA per l'article 15.1 RD (*"Les retribucions del personal d'alta*

direcció gaudiran de les garanties del salari establides en els articles 27.2, 29 i 32 de l'Estatut dels Treballadors"; posteriorment incorporades i iguals a les del treballador comú (DA 5ª Estatut dels Treballadors) donada la falta d'adequació de l'ordenament jurídic comunitari).

- L'article 8 del RD estableix alguns límits a la llibertat professional, a través de tres possibilitats:
 - Dedicació **exclusiva**, llevat d'excepcions: *"Un. El treballador d'alta direcció no podrà celebrar altres contractes de treball amb altres empreses, excepte autorització de l'empresari o pacte escrit en contrari. L'autorització de l'empresari es presumeix quan la vinculació a una altra entitat fora pública i no s'haguera fet exclusió d'ella en el contracte especial de treball"*.
 - Possible pacte de **permanència**: *"Dos. Quan l'alt directiu haja rebut una especialització professional amb càrrec a l'Empresa durant un període de durada determinada, podrà pactar-se que l'empresari tinga dret a una indemnització per danys i perjudicis si aquell abandona el treball abans del terme fixat."*
 - Possible pacte de **no concurrència** postcontractual: *"Tres. El pacte de no concurrència per a després d'extingit el contracte especial de treball, que no podrà tenir una durada superior a dos anys, només serà vàlid si concorren els requisits següents: a) Que l'empresari hi tinga un efectiu interès industrial o comercial. b) Que se satisfaga a l'alt directiu una compensació econòmica adequada."*

PROMOCIÓ INTERNA

Quan l'empresari necessita un alt directiu pot contractar una persona aliena a l'empresa però també pot promocionar un treballador de l'empresa que manté amb aquesta una relació laboral comuna. El legislador considera que ha de regular de forma específica aquesta forma de promoció dins de l'empresa, i així l'article 9 del RD regula la possible promoció d'un treballador directiu amb relació laboral comuna a relació laboral especial, i d'aquesta manera tracte de protegir el treballador. La regulació pretén protegir el treballador comú, que ja mantenia relació laboral, ja que suposa el canvi d'un règim jurídic a un altre, la qual cosa té efectes sobre la relació prèvia que mantenia.

- En primer lloc, diu aquest precepte que caldrà forma escrita en els supòsits en què un treballador vinculat a una empresa per una relació laboral comuna promociona a l'exercici d'activitats d'alta direcció en la mateixa empresa o en una altra que mantinguera amb ella relacions de grup o una altra forma associativa similar.

- Teòricament aquest pacte podria provocar dos efectes sobre la relació laboral ordinària prèvia: la seua suspensió o la seua novació.

Doncs l'article 9.2 del RD assenjala que *“en el contracte s'especificarà si la nova relació especial substitueix la comuna anterior, o si aquesta última se suspèn. Cas de no existir en el contracte especificació expressa sobre aquest tema s'entendrà que la relació laboral comuna queda suspesa. Si s'optés per la substitució de la relació laboral comuna per l'especial, tal novació només produirà efectes una vegada transcorreguts dos anys des del corresponent acord novatori”*.

De manera que l'elecció entre suspensió i substitució dependrà del PACTE ENTRE EMPRESARI I TREBALLADOR, és a dir, que són ells els que pacten si la relació prèvia se suspèn o es produeix la novació-substitució de la mateixa.

Ara bé, si l'opció es per la suspensió, el treballador podrà reprendre la relació prèvia (excepte en cas d'acomiadament disciplinari procedent), mentre que si s'opta per la novació, és a dir, per la substitució de la relació prèvia ordinària per la relació especial d'alta direcció, no es podrà reprendre l'ordinària prèvia. No obstant això, es tracta de protegir el treballador ordinari, i el possible pacte per la novació, de manera que l'article 9 RD estableix que en cas d'optar per la novació, aquesta només produeix efecte als 2 anys des de l'acord (i per tant, durant aquest termini es reserva el lloc d'origen).

Però què ocorre SI NO HI HA PACTE? En aqueix cas s'entén que s'ha optat per la suspensió, entenent que és més favorable per al treballador promocionat, ja que sempre conservarà el lloc de treball d'origen.

De forma resumida les característiques de la promoció interna són:

1. Ha d'existir una relació prèvia que siga laboral i ordinària;
2. No és únicament un cas de mobilitat funcional interna sinó que és tracta de formalitzar una nova relació contractual; no s'aplicarà a la promoció d'alt directiu a membre del consell d'administració.
3. L'article 9 RDAD exigeix pacte escrit, però pot existir promoció de forma tàcita.
4. Les parts poden decidir si substituir o suspendre la relació ordinària prèvia.

RÈGIM JURÍDIC DE L'EXTINCIÓ DEL CONTRACTE DE TREBALL

La característica principal és la menor tutela de l'estabilitat en el treball, com pot comprovar-se dels articles 10 i 11 de l'ET.

L'article 10 RD es dedica a l'extinció **per voluntat del treballador**, diferenciant:

- Sense causa justificada: la dimissió del treballador d'alta direcció ha d'anar acompanyada d'un preavis mínim de tres mesos; període que serà de fins a sis

mesos, si així s'estableix per escrit en els contractes celebrats per temps indefinit o de durada superior a cinc anys. En cas d'incompliment total o parcial del deure preavis, l'empresari tindrà dret a una indemnització equivalent als salaris corresponents a la durada del període incomplert.

- Amb causa justificada:
 - Les **causes** a què es refereix l'article 10.3 del RD són 4: *“a) Les modificacions substancials en les condicions de treball que redunden notòriament en perjudici de la seua formació professional, en menyscapse de la seua dignitat, o siguen decidides amb greu transgressió de la bona fe, per part de l'empresari. b) La falta de pagament o retard continuat en l'abonament de salari pactat. c) Qualsevol altre incompliment greu de les seues obligacions contractuals, per part de l'empresari, excepte els pressupòsits de força major, en els quals no procedirà l'abonament de les indemnitzacions a les quals es refereix aquest nombre. d) La successió d'empresa o canvi important en la titularitat de la mateixa, que tinga per efecte una renovació dels seus òrgans rectors o en el contingut i plantejament de la seua activitat principal, sempre que l'extinció es produisca dins dels tres mesos següents a la producció de tals canvis”*. Les tres primeres coincideixen amb les previstes a l'article 50 ET, però la quarta només correspon a una relació basada en la confiança com és la relació especial d'alta direcció.
 - En aquest cas, l'article 10.3 del RD atorga a l'alt directiu el dret a extingir el contracte amb dret a les indemnitzacions pactades o les previstes legalment per al desistiment empresarial.

L'article 11 RD es dedica a l'extinció **per voluntat de l'empresari**, en què cal diferenciar entre dos tipus d'extinció:

- **Desistiment**: En aquest cas el contracte de treball podrà extingir-se amb una comunicació escrita de l'empresari, respectant el preavis en els mateixos termes que en el cas de la dimissió del treballador determina l'article 10.1. L'alt directiu tindrà dret en aquests casos a les indemnitzacions pactades en el contracte; a falta de pacte la indemnització serà equivalent a set dies del salari en metàl·lic per any de servei amb el límit de sis mensualitats.
- **Acomiadament**: 11.2 RD es refereix a l'acomiadament basat en l'incompliment greu i culpable de l'alt directiu, que obliga l'empresari a respectar les exigències formals de l'article 55 de l'Estatut dels Treballadors. Els efectes també seran els dels ET, amb les diferències que assenyalava el precepte:

- La primera és la relativa a les indemnitzacions en el supòsit d'acomiadament declarat improcedent ja que s'estableix legalment que s'estarà a les quanties que s'hagueren pactat en el contracte, i en defecte de pacte serà de vint dies de salari en metàl·lic per any de servei i fins a un màxim de dotze mensualitats.
- Quan l'acomiadament és declarat improcedent o nul, l'empresari i l'alt directiu han d'acordar si es produeix la readmissió o l'abonament de les indemnitzacions econòmiques. A més en cas de desacord, s'entén que s'opta per l'abonament de les percepcions econòmiques.
- **Interpretació Tribunal Suprem:** És important consultar la STS de 18 de juny de 2012, que estableix que *“encara que el reial decret 1.382/1985 regula l'extinció del contracte de treball d'alta direcció per desistiment «ad nutum» de l'empresari, aquesta extinció «ad nutum» té el límit del respecte dels drets fonamentals. Els supòsits en els quals l'ordenament jurídic admet la lliure extinció de la relació laboral a instàncies de l'empresari tenen com a límit el respecte dels drets fonamentals, que gaudeixen de la màxima protecció”*. També la STS de 22 d'abril de 2014, respecte al caràcter disponible o no disponible de la indemnització, que ha interpretat l'article 11 del RD 1.382/85 respecte a si permet o no que les parts pacten l'extinció "ad nutum" per voluntat unilateral de l'empresari sense dret del treballador a cap indemnització. El TS entén que *“el precepte en qüestió es compon de tres elements normatius, que són els següents: a) El legislador confereix directament a l'alt directiu un dret no condicionat a rebre una indemnització quan el seu contracte s'extingisca per voluntat unilateral de l'empresari sense necessitat de justa causa (desistiment, diu el precepte amb tota propietat): “L'alt directiu tindrà dret en aquests casos a les indemnitzacions...” b) El legislador no estableix directament la quantia d'aquestes indemnitzacions sinó que es remet a la que pacten les parts: "... pactades en el contracte". c) El legislador estableix una norma subsidiària per al cas que les parts no hagen pactat aquesta quantia: "mancant pacte la indemnització serà equivalent a set dies de salari en metàl·lic per any de servei amb el límit de sis mensualitats". Donada aquesta estructura i aquest contingut del precepte, no sembla lògic interpretar que el legislador permeta un pacte —com el del cas d'actuacions— el contingut del qual no es limite a fixar una quantia diferent a aqueixa subsidiària sinó que consistisca, senzillament, a eliminar tota indemnització. Si fora així, el legislador incorreria en una palmària contradicció amb el que ell mateix estableix en primer lloc i de manera terminant: l'alt directiu "tindrà dret". Cabran, doncs, modulacions varies d'aqueix dret però no la seua completa ablació”*.
- Respecte a les altres causes d'extinció del contracte s'efectua una remissió a l'Estatut dels Treballadors (article 12).

INDEMNITZACIONS

Les indemnitzacions legals (sempre cal comprovar les previsions contractuals-pactes de blindatge) són:

- Voluntat del treballador amb causa: 7 dies de salari en metàl·lic per any de servei, amb el límit de 6 mensualitats.
- Desistiment empresarial: 7 dies de salari en metàl·lic per any de servei amb límit de 6 mensualitats.
- Acomiadament disciplinari improcedent o nul: 20 dies de salari en metàl·lic per any de servei, amb un límit de 12 mensualitats

DRETS COL·LECTIUS

- La principal diferència en matèria de drets col·lectius respecte a la relació laboral comuna és que no tenen dret a participar en òrgans de representació (article 16 RD).
- Conveni col·lectiu? No els resulta aplicable, com es comprova després de llegir el seu sistema de fonts.
- Vaga? És un dret fonamental, que Sí que els correspon.

PRÀCTICA 1 ALTA DIRECCIÓ Qualificació contractual

A) Marina manté relació laboral amb una empresa que es va iniciar amb un contracte temporal de data 26 de maig de 1997, prorrogat a indefinit i en què consta com a categoria professional la de comercial. A partir del dia 25 de febrer de 2000 l'empresa li va atorgar amplíssims poders generals davant un notari de València, i Marina va passar a exercir funcions de direcció i gestió absoluta de la mercantil, sense ostentar accions d'aquesta societat. Marina només responia davant l'Administració de l'empresa, i estava facultada per comparèixer i actuar en nom de la societat, en tots els assumptes i actes administratius, judicials, civils, mercantils i penals, davant l'Administració de l'Estat i Corporacions Públiques de tot ordre, així com davant qualsevol jurisdicció... i en qualsevol instància, exercitant tota classe d'accions...; dirigir i administrar els negocis socials, atenent a la gestió dels mateixos d'una manera constant; comprar i vendre mercaderies; signar factures, avalar, endossar, cobrar, pagar, concertar crèdits comercials amb garantia fins i tot hipotecària...; completa representació de la mercantil; administrar, comprar, vendre, béns mobles i immobles, drets reals i personals, llogar...; conferir poders amb les facultats que crega convenientes, fins i tot de substitució i revocar-los.... En ús d'aquestes facultats, és Marina la que signa els contractes de treball del personal laboral, així com tot tipus de contractes mercantils amb tercers, subscriu pòlisses de crèdit, actua en representació de la mercantil davant jutjats i tribunals i davant l'administració i entitats gestores de la Seguretat Social, contracta targetes de crèdit, signa xecs, contracta serveis de seguretat, manteniment, contractes de subministraments, etc., sent la que imparteix les ordres en l'empresa als empleats en última instància. Quina ha de ser la naturalesa jurídica del contracte de Marina? Quines conseqüències té la falta de forma escrita adequada?

B) El Sr. Manel és director de la planta de reciclatge de Tarragona d'una empresa de fabricació d'envasos. Des que ocupa aquest càrrec ha sigut convocat pel Director General a reunions de coordinació dels directors de les plantes de reciclatge que l'empresa en té. En aquestes reunions el Director General els comunica les línies i directrius generals de l'empresa, la planificació semestral..., i els directors de secció informen el Director General sobre les qüestions conflictives generals de la planta que dirigeixen: si necessiten incrementar plantilla, renovar maquinària... Quina ha de ser la naturalesa jurídica del contracte de Manel?

C) La Sra. Maria Emília va començar a prestar serveis a l'empresa amb relació laboral comuna, des d'1 de maig de 1982. A partir del 19 de febrer de 1987 la relació va passar a ser relació especial d'alta direcció, en qualitat de directora general. El 23 de juny de 2000 va ser designada administradora única de la societat, per a passar després a ser consellera de classe A i vocal del Consell d'Administració, i finalment, administradora única amb poders molt amplis, càrrec en el qual va cessar per dimissió. Quina ha de ser la naturalesa jurídica del contracte de Maria Emília en el moment de la seua dimissió? Quines opcions té Maria Emília?

D) L'Empresa AALBERTS INDUSTRIES ESPANYA, S.A., va formalitzar, a 5 d'abril de 2005, amb Jose Antonio, un contracte de treball "ordinari", com a "empleat", "perquè exerceixi el lloc de Director General de la divisió de tractaments tèrmics i superficials. L'Empleat assumeix totes les responsabilitats inherents a aquest lloc. L'Empleat desenvolupa la seua prestació de serveis laborals sota els criteris i instruccions i reportant al Consell d'AALBERTS INDUSTRIES ESPANYA, S.A.". La retribució és fixa de CENT VINT-I-CINC MIL EUROS (125.000 euros) bruts anuals (és a dir, abans de deduccions fiscals i de cotitzacions de l'Empleat a la Seguretat Social) en DOTZE (12) mensualitats que s'abonen al final de cada mes.

PRÀCTICA 2 ALTA DIRECCIÓ Contingut del contracte i extinció

- Redacteu una clàusula de promoció d'un treballador ordinari a especial d'alta direcció en què s'opte per mantenir la possibilitat de recuperar la relació ordinària en cas d'extinció de la relació especial.

- A) En el contracte signat per a la promoció d'un treballador comú a treballador d'alta direcció l'empresa vol incloure un pacte de permanència per evitar que el treballador siga contractat per una altra empresa. Redacteu una clàusula vàlida de permanència en l'empresa d'aquest treballador d'alta direcció.

43

Extinció

- A) Per carta de data 15 de juliol de 2017 l'empresa notifica a Marina el seu cessament en l'empresa en els següents termes:

"... Per la present es posa en el seu coneixement que la direcció de l'empresa ha decidit procedir al desistiment del contracte de treball d'alta direcció que té subscrit amb aquesta empresa, i açò en virtut de l'establert en l'article 11.1 del reial decret 1.382/1985, d'1 d'agost, mitjançant el qual es regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció. Donada la naturalesa del lloc que ocupa i la necessitat immediata de designar un nou apoderat, l'efectivitat del desistiment es produirà a partir de l'endemà de la recepció de la present comunicació, sense perjudici del seu dret a percebre la indemnització pactada per incompliment del termini de preavís. Així mateix se li lliura en aquest acte la indemnització legal de set dies per any i que ascendeix a setze mil dos-cents setanta euros amb seixanta-sis cèntims (16.270,66 €) mitjançant taló nominatiu bancari, pel desistiment..." .

Per què l'empresa decideix en el moment de l'extinció considerar la relació com a laboral especial d'alta direcció?

- B) El treballador Sr. Joan ha prestat serveis per a una empresa des de l'1 de maig de 1994 com a treballador comú, i des de 31 de desembre de 2006 a través d'un contracte d'alta direcció. En la conversió del contracte en AD es van introduir la següent clàusula: "Si qualsevol d'ambdues parts rescindeix la relació unilateralment en els primers cinc anys de vigència haurà d'indemnitzar l'altra, amb 300.000 € si ho fera l'empresa i una anualitat de salari si ho fera el treballador, havent de preavisar-se amb 3 mesos en qualsevol cas. Si s'incompleix el termini de preavís, a més, haurà d'abonar-se una indemnització equivalent al salari d'un dia per cada dia incomplert." Amb data 28 de setembre de 2015 Joan va lliurar carta de dimissió com a alt directiu, amb efectes del següent 15 d'octubre.

Valoreu el contingut d'aquest pacte. Compleix els requisits previstos en el RD 1.382/1985? Alguna de les parts ha d'indemnitzar l'altra? I per quina raó?

En cas que s'haguera inclòs un pacte de no concurrència postcontractual, s'hauria d'indemnitzar en cas d'incompliment del pacte per l'empresa?

C) Fausto, des del 6 de novembre de 2013, va prestar serveis per a l'empresa amb la categoria professional de director general, amb un contracte d'alta direcció a temps complet, disposant de diversos telèfons mòbils per a l'acompliment de la seua activitat. El salari mensual amb prorrataig de pagues extres ascendia a la quantitat de 4.802,83 euros. A més, al treballador se li havia facilitat un vehicle marca Audi arrendat per l'empresa en la modalitat de renting la renda mensual de la qual va ascendir a 1.187,89 Euros. El contracte estableix que en tot el no establert en el mateix s'estarà al que es disposa en la legislació especial sobre alts directius establida en el RD 1.382/1985. Amb data 27 de juliol de 2014, l'empresa comunica a Fausto l'extinció de la seua relació laboral per acomiadament disciplinari, amb la següent causa: "amb disminució continuada i voluntària en el rendiment normal del treball, així com la pèrdua de confiança", i oferint la indemnització de 20 dies de salari per any de servei.

De quin tipus d'extinció es tracta? S'havia de respectar un període de preavis? Correspon l'abonament dels salaris pel preavis incomplert?

Per què l'empresa ofereix una indemnització? Com afectaria el càlcul de la indemnització la renda mensual que correspon al vehicle facilitat per l'empresa?

D) Mario va començar a prestar serveis per al grup d'empreses CONTENEMAR, el 27/2/1989, mitjançant una relació laboral comuna, si bé des de setembre de 1995 la seua relació canvia a relació laboral especial d'alta direcció. El 30/7/2009 el Sindicat de Treballadors de la Marina Mercant CGT, convoca vaga i Mario hi participa. Amb efectes de 15/10/2009, se li va comunicar l'extinció del contracte de treball, posant a la seua disposició una indemnització legal de 12.521,08 euros a raó de 7 dies per any treballat, amb el màxim de sis mensualitats, de conformitat amb l'article 11.1 del RD 1.382/1985, d'1 d'agost, pel qual es regula la relació laboral del personal d'alta direcció. L'empresa pren la decisió d'extingir el contracte després de la seua participació en una vaga legal. Resulta ajustada a dret la decisió de l'empresa? És vàlida l'extinció del contracte? Amb quines conseqüències? (Veure la STS de 18 de juny de 2012, RCU 2.604/2011).

E) Manuela presta serveis per a l'empresa UNIVSANTIAGO com a gerent amb relació laboral especial d'alta direcció. La clàusula setena del seu contracte assenyalava: "Aquest contracte podrà extingir-se per decisió unilateral de la directiva contractada amb un preavis de tres mesos. Igualment podrà extingir-se per decisió unilateral de l'empresa amb el mateix preavis, sense dret a indemnització". Li

pareix adequada aquesta clàusula a la vista de les previsions de l'article 11 del RD 1.382/1985? (Veure la STS de 22 d'abril de 2014, RCU 1.197/2013).

QÜESTIONARIS ALTA DIRECCIÓ

QÜESTIONARI 1 TEMA 2 ALTA DIRECCIÓ

1. Assenyala la/les resposta/es completament vàlida/es

Triu-ne una:

- a. Els treballadors amb relació laboral especial d'alta direcció poden ser, al mateix temps, membres del consell d'administració.
- b. Els treballadors amb relació laboral especial d'alta direcció no poden mantenir al mateix temps una relació mercantil com a membres del consell d'administració.
- c. Els treballadors d'alta direcció amb relació laboral especial no poden tenir una participació en el capital social.
- d. Els treballadors d'alta direcció són habitualment els membres del consell d'administració amb control del capital social.

2. El contracte del personal d'alta direcció amb relació laboral especial:

- a. S'haurà de formalitzar sempre per escrit. En cas de falta de forma escrita es considera nul.
- b. El RD 1.382/1985 exigeix forma escrita però la falta de forma escrita no impedeix l'existència de la relació especial.
- c. El RD 1.382/1985 exigeix forma escrita; en cas que no es complisca aquesta exigència el contracte es presumirà indefinit.

3. El contracte d'alta direcció:

Triu-ne una:

- a. Es formalitzarà amb la duració prevista a l'ET.
- b. Està subjecte a l'ET respecte a la duració del contracte, el salari i el temps de treball.
- c. No hi ha espai per al pacte entre empresari i alt directiu respecte a les limitacions relatives a temps de treball.
- d. Empresari i treballador tenen un ampli espai per determinar temps de treball, salari i la resta de condicions de treball.

4. Assenyale el temps que ha dedicat a la lectura dels articles corresponents del RD 1.382/1985 i a contestar aquest qüestionari

Trieu-ne una o més:

- a. Entre 5 i 10 minuts
- b. Entre 15 i 20 minuts
- c. Entre 10 i 15 minuts
- d. Més de 20 minuts

QÜESTIONARI 2 TEMA 2 ALTA DIRECCIÓ

1. En la relació laboral especial d'alta direcció:

Trieu-ne una:

- a. Empresari i treballador poden desistir de la relació en qualsevol moment i sense al·legar causa, amb l'única obligació de respectar un preavís.
- b. Empresari i treballador poden desistir de la relació en qualsevol moment, per escrit, respectant un preavís i, a més a més, si ho fa l'empresari ha d'abonar una indemnització.
- c. L'empresari té capacitat de decidir extingir la relació laboral però sempre ha d'al·legar una causa.
- d. Empresari i treballador poden decidir desistir de la relació en qualsevol moment, en les mateixes condicions i sense al·legar cap causa.

2. En la relació laboral especial d'alta direcció:

Trieu-ne una o més:

- a. L'extinció per voluntat de l'empresari sempre suposa l'obligació d'abonar una indemnització .
- b. La dimissió del treballador ha de preavisar-se a l'empresari o abonar una indemnització equivalent als salaris corresponents al període de preavís no respectat.
- c. En cas de successió d'empresa es garanteix el manteniment del contracte.
- d. El desistiment de l'empresari ha de preavisar-se o abonar una indemnització equivalent als salaris corresponents al període de preavís no respectat.

3. En l'acomiadament del personal d'alta direcció amb relació laboral especial

Trieu-ne una o més:

- a. En cas d'acomiadament procedent, el treballador pot recuperar una relació ordinària prèvia.
- b. En cas d'acomiadament improcedent, l'opció entre readmissió i indemnització s'ha d'acordar entre empresari i alt directiu.
- c. S'ha de respectar la forma escrita en els mateixos termes que assenyala l'article 55 ET.
- d. S'ha de tenir en compte l'article 54 et per decidir quines conductes són considerades incompliments greus i culpables.

4. Les indemnitzacions en cas d'extinció del contracte dels treballadors alts directius:

Trieu-ne una:

- a. Seran les pactades entre alt directiu i empresari, i subsidiàriament les previstes al RD 1.382/1985.
- b. Són les previstes a l'ET per als treballadors amb relació laboral ordinària.
- c. Són com a mínim les de l'ET, però habitualment es pacten quantitats superiors.
- d. Són sempre superiors a les previstes a l'ET per als treballadors amb relació laboral ordinària.

5. Assenyale el temps que ha dedicat a la lectura dels articles 10 i 11 del RD 1.382/1985 i a contestar aquest qüestionari

Trieu-ne una o més:

- a. Entre 5 i 10 minuts
- b. Entre 15 i 20 minuts
- c. Entre 10 i 15 minuts
- d. Més de 20 minuts

TEMA 2-B TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR

TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR

RD 1620/2011, de 14 novembre

Elena García Testal

RELACIÓ ESPECIAL EMPLEATS DE LA LLAR

Justificació especialitat

- Exposició de motius RD 1620/2011

Modificacions respecte al règim jurídic previ (RD 1424/1985)

Àmbit d'aplicació: en positiu
Art. 1 RD 1620/2011

Subjectes de la relació:

- Treballador → art.1.2 RD
- Notes de laboralitat
- Àmbit de realització de les funcions: llar familiar: concepte
- Ocupador → titular de la llar: definició art. 1.3 RD

Objecte de la relació: treball domèstic: art. 1.4 RD

- Qualsevol modalitat de treball domèstic: direcció i cura de la llar, cura i atenció a membres de la família...
- Altres com guarderia, jardineria, conducció de vehicles quan formen part del conjunt de tasques domèstiques

Fonts de la relació laboral

Article 3 RD 1620/2011:

- RD 1620/2011, de 14 novembre
- Supletòriament ET (excepte art. 33 ET)
- Convenis col·lectius
- Autonomia individual
- Usos i costums locals i professionals

Ingrés al treball: art. 4 i 5 RD 1620/2011

Contractació directa o a través de serveis públics d'ocupació o agències de col·locació públiques o privades

Garanties enfront de seleccions discriminatòries de treballadors

Llibertat de **forma** amb excepcions

- Disposició legal, duració determinada = o > 4 setmanes, voluntat de les parts
- Però... conseqüències en cas de falta de forma escrita?
- RD85: contracte temporal un any, amb pròrroga anual i denúncia 7 dies
- RD2011: regulació garantista com l'ET: presumpció iuris tantum de contracte indefinit i a jornada completa

Contracte: duració i període de prova (art. 6 RD 1620/2011)

- **Duració** contracte
 - Duració indefinida
 - Duració determinada d'acord amb les previsions de l'ET
- Període de **prova**:
 - RD85: Presumpció d'existència; durada 15 dies; còmput: només prestació de serveis efectiva
 - RD2011: Exigeix pacte; remissió a l'article 14 ET; duració màxima 2 mesos modificable per conveni; preavís en cas de resolució 7 dies naturals

Contingut del contracte

Salari: art. 8 RD 1620/2011

- Garantia SMI en metàl·lic
 - També en treball per hores
- Pagues extraordinàries (2) en quantia acordada (mínim SMI anual)
- No protecció FOGASA

Temps de treball: art. 9 RD 1620/2011

- Jornada màxima setmanal 40 h treball ordinari
- **Temps de presència:** per acord/ límits: màxim 20 h/setmana
- Descans intrajornada: 2h menjars principals; entre jornades: 12/10 h; descans setmanal: 36 hores
- Permisos i vacances
- Menors 18 anys

Conservació del contracte: art. 10 RD 1620/2011

Successió d'"empresa":

- No aplicació art. 44 ET
- Només conservació de contracte si acord o presumpció de la seva existència

Mobilitat geogràfica de la llar familiar:

- Temporal: suspensió
- Permanent:
 - Conservació si acord exprés o tàcit
 - Extinció amb dret a indemnització

Suspensió per incapacitat temporal: dret a romandre allotjat

Extinció: art. 11 RD 1620/2011

S'apliquen les causes de l'art. 49.1 ET amb les següents especialitats:

- No s'apliquen acomiadament col·lectiu, acomiadament per causes objectives o força major
- Acomiadament **disciplinari**
 - Notificació escrita + causes de l'ET
 - Si improcedent: indemnització més reduïda: 20 dies de salari-any, màxim 12 mesos
- **DESISTIMENT EMPRESARIAL**
 - Forma escrita: requisit d'existència de desistiment
 - Preavís: 20 o 7 dies (segons duració contracte) + llicència per buscar ocupació
 - Abonament indemnització: 12 dies salari-any, màxim 6 m.
 - Presumpció de l'article 11.4 RD

INTRODUCCIÓ

La protecció laboral del treballador domèstic en el dret espanyol es formalitza a través de la configuració d'una relació laboral especial. La inclusió d'aquests treballadors domèstics en l'àmbit laboral es va produir, com en el nucli central de les relacions especials, amb la Llei de Relacions Laborals de 1976, i es va mantenir amb aquest caràcter en l'Estatut dels Treballadors de 1980; es va desenvolupar reglamentàriament per primera vegada mitjançant el RD 1.424/1985, d'1 d'agost. Aquesta activitat normativa va suposar la seua laboralització —i la introducció de normes de dret necessari, garantia de condicions mínimes i atribució de competència a l'ordre jurisdiccional social— així com la seua legalització i dignificació —fins a aqueix moment considerada una activitat socialment degradant, d'escassa rellevància, i mantenint-se en l'àmbit del treball submergit— (QUESADA SEGURA, 2008).

La regulació actual del règim laboral la trobem en el RD 1.620/2011, de 14 de novembre, que va venir a substituir el RD de l'any 1985.

L'estudi de qualsevol dels règims jurídics diferenciats que constitueixen les relacions laborals especials exigeix que primerament s'avalue si la justificació que fonamenta la diferència de tracte —l'existència d'un règim jurídic diferenciat— respon a una causa objectiva, així com la consideració sobre el compliment de les notes de laboralitat. En aquest sentit, no pot negar-se la presència d'elements de laboralitat: no solament dependència o subordinació del treballador a l'ocupador, sinó també alienitat, en el sentit de cessió remunerada de la força del treball (QUESADA SEGURA, 1991), per la qual cosa reuneix les característiques pròpies de la relació laboral. Quedaria per resoldre la consideració relativa a les especificitats que expliquen la seua configuració com a relació laboral especial, qüestió que en el cas del treball domèstic s'ha vinculat amb la causa del contracte, en faltar l'absència d'obtenció d'un lucre empresarial en l'ocupador. Doncs bé, si acudim a l'exposició de motius dels esmentats RD de 1985 i de 2011 trobem que la raó que el legislador utilitza per a justificar la regulació específica i diferenciada sembla relacionar-se amb l'àmbit de la prestació de serveis, atès que l'entorn en què es desenvolupa —la llar familiar— és un àmbit de prestació de serveis vinculat a drets constitucionals com la intimitat personal i familiar, que requereix que entre les parts —ocupador i treballador— hi haja una relació de mútua confiança, basada en el fet que el treballador s'introdueix en l'esfera privada de l'ocupador (CORDERO GORDILLO, 2014). En definitiva, la raó que justificaria l'especialitat no es vincula a la "llar familiar" com a criteri locatiu, entès com a lloc especial de prestació de serveis, sinó que el definitori seria que es preste treball per a la satisfacció de les necessitats personals i domèstiques d'una organització familiar, per a una llar familiar (QUESADA SEGURA, 1991). L'exigència de mútua confiança i el vincle personal han de

trobar el seu equilibri respecte als drets bàsics dels treballadors i la flexibilitat que ocupador i treballador requereixen per a fixar les seues condicions de treball, la qual cosa trobarà manifestacions normatives en el règim jurídic que el separen de la resta de les prestacions de serveis laborals.

La norma de 2011 té com a objectiu incrementar el nivell de drets dels empleats domèstics: dignificant les seues condicions de treball, establint-se majors i millors drets (caràcter indefinit del contracte, millora salarial, millors condicions de temps de treball...), una major estabilitat en l'ocupació i una major transparència en les condicions d'accés a l'ocupació (es permet la contractació directa i/o a través de servei públic d'ocupació i les agències de col·locació).

Els canvis respecte de RD 1.424/1985 fan referència a la dignificació de les condicions de treball a través de:

- Millora de drets: salaris, temps de treball...
- Estabilitat en l'ocupació.
- Transparència: col·locació, informació.

Es tracta de renovar i modernitzar la relació laboral, ja que si l'especialitat permet establir diferències de tractament, no pot significar que aquesta diferència de tractament pugui derivar en una regulació a pitjor d'aquests treballadors. Hi havia notables diferències en retribució, jornada, contractació i extinció. El RD 1.620/2011 preveu tres possibilitats d'actuació: l'establiment de majors i millors drets dels treballadors, aplicant sempre que siga possible l'ET; la supressió de la contractació temporal generalitzada, aplicant l'ET; la millora de la transparència en la contractació (informació de condicions de treball...).

ÀMBIT D'APLICACIÓ

Per determinar l'àmbit d'aplicació d'aquesta relació especial el RD 1.620/2011 utilitza tècniques en positiu i tècniques en negatiu (exclusions).

La determinació de l'àmbit d'aplicació en **positiu** la realitza l'article 1 del RD 1620/2011, establint elements subjectius i objectius:

- **Respecte als subjectes** de la relació:
 - A) Treballador-empleat de llar: les notes de laboralitat les reitera l'article 1.2 RD: empleat que, de forma dependent i per compte de l'ocupador, presta serveis retribuïts en l'àmbit de la llar familiar. En conseqüència ens trobem davant un treballador amb les següents característiques;
 - Presta serveis.
 - Amb dependència.

- Per compte d'altri.
- A canvi de retribució.
- En l'àmbit de la llar familiar:
 - **Àmbit** de realització de les funcions: la **llar familiar**: quin concepte de llar familiar?
 - Pot ser permanent o temporal (vacances/estudis...).
 - No ho són els llocs on es realitzen activitats professionals o destinades a tercers: bufet, clínica...
 - No ho són encara que siguin llocs de residència: residències de tercera edat, hotels, col·legis majors, pensions.
 - Quin concepte de família recull el RD? Es tracta d'un concepte ampli, no família nuclear o tradicional, qualsevol model de família, fins i tot, no necessàriament família, unitat de convivència-grup de persones que comparteixen domicili.

B) Concepte de titular de la llar familiar:

- Concepte ampli: article 1.3 RD 1.620/2011: titular de la llar, simple titular del domicili o lloc de residència; S'entén per titular de la llar qui siga propietari, arrendatari o qui ocupe l'habitatge: serà ocupador qui exerceix el poder de direcció sobre l'empleat. El que rep la prestació de serveis.
- Es tracta d'un ocupador, no d'una persona jurídica. SEMPRE HA DE SER PERSONA FÍSICA.
- **Respecte a l'objecte** de la relació: ha de tractar-se de treball domèstic: article 1.4 RD: Tasques domèstiques:
 - Serveis o activitats prestats per a la llar familiar, qualsevol de les tasques domèstiques, direcció o cura de la llar en el seu conjunt o algunes de les seues parts, cura o atenció dels membres de la família o de les persones que formen part de l'àmbit domèstic o familiar.
 - I altres treballs que es desenvolupen formant part del conjunt de tasques domèstiques (guarderia, jardineria, conducció de vehicles i altres anàlegs). Ha de tractar-se de feines vinculades a la llar familiar per tractar-se de tasques domèstiques o bé perquè és desenvolupen en el seu àmbit d'actuació (jardineria o guarderia) quan s'insereixen en un

contingut de prestacions inespecífic, i no com a labors exclusives. Altres com guarderia, jardineria, conducció vehicles quan formen part del conjunt de tasques domèstiques.

- No inclou tasques especialitzades (per exemple sanitàries) encara que es realitzen en l'àmbit de la llar familiar.

Quant a l'àmbit d'aplicació en **negatiu** és l'article 2 del RD 1.620/2011 el que determina una sèrie d'exclusions, que completa l'àmbit d'aplicació. S'exclouen:

- Relacions concertades per persones jurídiques i relacions concertades a través d'ETT: la relació contractual és amb una persona jurídica no amb el cap de família. És una relació laboral comuna. Perquè pugui existir relació laboral especial és imprescindible que l'ocupador siga una persona física i que no tinga ànim de lucre.
- Cuidadors professionals i cuidadors no professionals de dependents (Llei 39/2006). No hi ha relació contractual entre el cuidador informal i el dependent, encara que els cuidadors informals queden integrats en el camp d'aplicació del RGSS a través d'un conveni especial, bé que no tinguen el caràcter de la professionalitat.
- Familiars en els termes de l'article 1.3.e ET.
- Treball a títol d'amistat, benevolència i bon veïnatge.
- Treball *au pair* (presumpció de no laboralitat, que falten notes de laboralitat), article 2.2 RD; s'exigeixen dues condicions: que es tracte de serveis amb caràcter marginal a canvi de menjar, allotjament o compensacions de despeses i que no hi haja relació laboral (es pot consultar l'Acord Europeu de 24 de novembre de 1969).
- Compatibilitzar amb serveis fora llar (article 2.3 RD) en activitats o empreses de l'ocupador: presumpció de no laboralitat que es destrueix si els serveis no domèstics tenen caràcter marginal o esporàdic. → En cas contrari una única relació comuna. En definitiva, no s'admet la possibilitat que puguin celebrar-se dos contractes amb el mateix treballador per part del mateix ocupador quan un dels contractes respon al servei domèstic. Si els serveis no domèstics són marginals es pot mantenir una relació especial. Si la relació fora de la llar familiar no és marginal, es mantindrà una única relació, de caràcter comú.

FONTS DE LA RELACIÓ LABORAL

Per a concretar el sistema de fonts d'aquesta relació laboral especial s'ha de consultar l'**article 3** del RD 1.620/2011:

- En primer lloc, resulta aplicable aquesta normativa especial, és a dir el RD 1.620/2011.
- Amb caràcter supletori, en el que no estiga previst en el Decret, s'aplicarà la normativa de l'Estatut dels Treballadors, excepte l'article 33 Estatut dels Treballadors —única exclusió—, ara bé l'aplicació de l'ET depèn d'una condició: “que siga compatible amb les peculiaritats derivades del caràcter especial de la relació”; per tant, en cas d'incompatibilitat entre la normativa comuna i la relació especial, les normes de l'ET no seran aplicables.
- Important és la referència als convenis col·lectius. Després de la reforma de la negociació col·lectiva en 2011 podran negociar-se convenis col·lectius sectorials per part de sindicats i organitzacions empresarials més representatius. És cert que no hi ha convenis col·lectius: el titular de la llar com a tal no sol estar associat a una associació empresarial, ni tampoc els treballadors estan afiliats ni pel nombre habitual de treballadors en una llar familiar constitueixen òrgans de representació; però els sindicats més representatius a nivell estatal o de CA estan legitimats per a negociar convenis sectorials (87 i 88 ET). Encara que no hi haja representació de treballadors i/o d'empresaris seran els sindicats més representatius els que tenen legitimació plena per a subscriure convenis. No obstant la previsió de la possible existència de convenis col·lectius, el RD 1.620/2011 no deixa molt marge per a la seua intervenció.
- També es deixa espai per a l'autonomia individual, i es fa menció dels usos i costums locals i professionals.

RÈGIM JURÍDIC

L'**Ingrés** al treball el trobem als articles 4 i 5 del RD 1.620/2011.

Una de les novetats de la regulació de 2011 és la possibilitat que s'atorga a l'ocupador de contractar els treballadors directament o per intermediació dels serveis públics d'ocupació o de les agències de col·locació degudament autoritzades. El Decret del 85 prohibia el recurs a les agències privades de col·locació, així que únicament era possible la contractació directa (la via més utilitzada) o la mediació pública.

La norma actual, al contrari, permet la contractació directa però també mitjançant agències de col·locació degudament autoritzades (fins i tot les ETT actuant com a agències de col·locació). En qualsevol cas ha de garantir el principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació (fins i tot en la publicitat d'ofertes d'ocupació).

Llibertat de **forma** (contracte escrit o verbal), amb algunes excepcions en què serà per escrit:

- Quan així ho exigeixi una disposició legal per a una modalitat determinada.
- En tots els contractes de durada determinada igual o superior a quatre setmanes.
- O quan qualsevol de les parts exigeix la forma escrita.

Però... quines són les conseqüències en cas de falta de forma escrita? L'article 5 del RD assenyala "2. *En defecte de pacte escrit, el contracte de treball es presumeix concertat per temps indefinit i a jornada completa quan la seua durada sigui superior a quatre setmanes, llevat de prova en contra que acrediti la seua naturalesa temporal o el caràcter a temps parcial dels serveis.*". La regulació millora les previsions del RD85, en què en cas d'incompliment de la forma escrita el contracte es presumia temporal d'un any, amb pròrroga anual i denúncia de 7 dies. En canvi, el RD de 2011 incorpora una regulació garantista com la de l'Estatut dels Treballadors: presumpció *iuris tantum* de contracte indefinit i a jornada completa.

A més i com a novetat s'imposa a l'ocupador l'obligació d'informació sobre els elements essencials del contracte i de les principals condicions d'execució de la prestació laboral quan la duració siga superior a 4 setmanes (obligació que deriva de la Directiva 91/533/CEE).

Contracte: duració i període de prova (article 6 RD 1620/2011)

Les millores que s'han introduït en aquesta matèria són considerables. En general s'estableix una regulació molt més pròxima a l'existent per a la relació laboral comuna.

Respecte a la **duració** contracte, l'article 6 estableix que "1. *El contracte es pot formalitzar per temps indefinit o per una durada determinada, en els termes que preveuen l'Estatut dels Treballadors i les seves normes de desplegament*".

Per tant,

- Duració indefinida o
- Duració determinada d'acord amb les previsions de l'Estatut dels Treballadors.

Període de prova

En el RD del 85 el període de prova es presumia existent entre les parts durant un període de 15 dies; i, a més, únicament es computaven els dies de prestació de serveis.

La regulació de 2011 és més semblant a la del règim comú de l'article 14 ET: s'exigeix pacte a l'inici de la relació laboral i per escrit, i la duració màxima és de 2 mesos, excepte que es modifique per conveni col·lectiu.

La principal diferència amb el règim comú de l'ET és que el desistiment durant el període de prova requereix un preavís de set dies, excepte que es pacte una altra cosa

al contracte: “si bé es pot produir la resolució de la relació laboral per qualsevol de les parts, amb el període de preavís ajustat al que es pacti, sense excedir, en cap cas, els set dies naturals”.

Contingut del contracte

El treballador té els drets i deures laborals que estableixen el Reial Decret i els articles 4 i 5 de l'Estatut dels Treballadors. L'ocupador està obligat a cuidar que el treball de l'empleat de la llar es realitzi en les degudes condicions de seguretat i salut, per a la qual cosa ha d'adoptar mesures eficaces, i ha de tenir degudament en compte les característiques específiques del treball domèstic. L'incompliment greu d'aquestes obligacions és causa justa de dimissió de l'empleat.

- **Salari:** article 8 RD 1.620/2011: Es manté la garantia del SMI, i es permet la seua millora (també en la regulació de 1985) per pacte individual o col·lectiu. Per al treball per hores existeix un SMI específic. Però ara es garanteix com a mínim a l'empleat la percepció del SMI en metàl·lic: es millora el règim de percepció de salari en metàl·lic, enfront del salari en espècie (abans es permetia fins a un 45% del salari en espècie, compensant-se amb allotjament i manutenció). Ara s'estableix que l'empleat de llar ha de percebre en metàl·lic almenys la quantia del SMI, i les percepcions en espècie només podran suposar el 30% del salari total. S'estableix el dret a dues pagues extraordinàries; havent de garantir-li la percepció del SMI anual (abans equivalent a quinze dies de salari), de manera que si el salari mensual ja garanteix el SMI anual la quantia de les pagues extraordinàries podria ser irrisòria. Aquest salari pot ser objecte de millora a través de pacte individual o col·lectiu.
- No protecció FOGASA (no s'aplica l'article 33 de l'ET).

Temps de treball: article 9 RD 1.620/2011: Abans (RD 1424/1985) existia un alt grau de flexibilitat: empresari distribuïa temps de treball (literalment: l'horari serà fixat lliurement pel titular de la llar familiar) unilateralment amb tres límits: jornada diària, descans setmanal i descans per als menjars. Ara, l'article 8 RD 1.620/2011 estableix que l'horari serà fixat per acord entre les parts. S'estableixen els següents límits:

- Treball efectiu: 40 hores (més temps de presència, que es regula en article 9.2 RD).
- Descans diari: mínim de 12 hores (treballador intern pot reduir a 10, compensant la diferència en períodes de fins a quatre setmanes).
- Descans intrajornada: dues hores per a menjars principals (no es computarà com a temps de treball).
- Descans setmanal: 36 hores: vesprada del dissabte o matí del dilluns i dia complet de diumenge).

- Festius i permisos: s'aplica l'ET.
- Vacances anuals: 30 dies naturals; es gaudiran en dues o més fraccions; 15 dies consecutius; període per acord; a falta de pacte: ocupador fixa 15 dies, d'acord amb les necessitats familiars i la resta tria empleat.
- Menors de 18 anys: límits de temps de treball: article 9.8 RD.

La major especialitat resideix en els denominats TEMPS DE PRESÈNCIA, períodes de temps que suposen una perllongació de la jornada a la disposició de l'ocupador, que no computen en el límit de les 40 hores, llevat que es materialitzen en temps de treball efectiu. Suposa una mera posada a disposició.

Reuneixen les següents característiques:

- a. Necessita pacte entre les parts: el pacte determinarà durada i retribució o compensació.
- b. Se sotmeten al límit de 20 hores setmanals de mitjana, llevat que s'acorde la seua compensació per descans (distribució irregular de la jornada).
- c. Si retribució: salari de quantia no inferior a l'hora ordinària.
- d. Si descans: període equivalent de descans retribuït.

L'anomenada **conservació** del contracte: article 10 RD 1.620/2011. L'article 10 del RD estableix tres supòsits de conservació del contracte de treball que suposen una alteració del règim jurídic previst en la relació laboral comuna.

Són els següents:

1. La subrogació per canvi de la persona de l'ocupador: a diferència de la garantia que estableix l'article 44 Estatut dels Treballadors (manteniment de la relació laboral i la resta de condicions laborals), en aquesta relació es requereix l'acord entre les parts perquè es produís la subrogació contractual, encara que l'acord es presumeix quan l'empleat continue prestant serveis, almenys, durant set dies en el mateix domicili, malgrat haver variat la titularitat de la llar familiar.
2. El mateix règim s'aplica en els supòsits de trasllat permanent del domicili a localitat diferent. En canvi en cas de trasllat temporal del domicili s'estableix com a causa de suspensió del contracte. S'aplica l'article 11.3 RD per als supòsits d'extinció per trasllat de domicili permanent: desistiment ocupador; abonant-se la indemnització tant si es produeix la resolució del contracte per voluntat de l'ocupador com de l'empleat.
3. Finalment, la suspensió del contracte per incapacitat temporal de l'empleat de llar interna, en què s'estableix el manteniment del dret a romandre allotjat en la llar familiar, un mínim de 30 dies.

L'extinció del contracte dels empleats domèstics: article 11 RD 1.620/2011

En matèria d'extinció del contracte s'apliquen les causes de l'article 49.1 Estatut dels Treballadors amb les següents especialitats:

- No s'apliquen acomiadament col·lectiu, acomiadament per causes objectives o força major.
- **DESISTIMENT EMPRESARIAL**: Suposa una extinció del contracte en la qual l'empresari no al·lega causa, ni incompliment per part del treballador (a diferència de l'acomiadament disciplinari, sanció imposada per l'ocupador en cas d'incompliment greu i culpable). Està subjecte a unes limitacions de caràcter formal, que en cas d'incompliment suposaran el seu tractament com a acomiadament (no caldrà entendre que s'està davant un desistiment si l'ocupador no compleix els requisits establerts en l'article 11.3 RD). Són els següents:
 - Requereix comunicació escrita, en la qual conste, de manera clara i inequívoca, la voluntat de l'ocupador de donar per finalitzada la relació laboral per desistiment empresarial (11.3 i 11.4).
 - Requereix abonament d'una indemnització: dotze dies naturals per any de servei, amb el límit de sis mensualitats.

Si s'incompleixen aquests requisits (forma escrita i abonament de la indemnització) es presumirà que es tracta d'un acomiadament. No es donarà aquest tractament en els supòsits d'error excusable en el càlcul de la indemnització.

- A més es requereix respectar una preavis: 20 dies si la prestació ha superat l'any; set dies en els altres casos; durant aquest període tindrà dret a un permís retribuït de sis hores setmanals amb la finalitat de cercar nova ocupació. El preavis es pot substituir per l'abonament d'una indemnització equivalent als salaris corresponent a aqueix període.
- Quant a l'**ACOMIADAMENT** disciplinari, s'exigeix notificació escrita al·legant alguna de les causes previstes en l'Estatut dels Treballadors (per tant encara que no ho faça de forma expressa està efectuant una remissió als articles 54 i 55 ET). En cas d'improcedència la indemnització (en metàl·lic) serà equivalent al salari corresponent a vint dies naturals multiplicats pel nombre d'anys de servei, amb el límit de dotze mensualitats. La indemnització s'abonarà íntegrament en metàl·lic i es calcularà sobre el salari en general, no solament sobre el salari en metàl·lic.
- En cas d'extinció de contractes temporals s'aplica l'article 49.1.c Estatut dels Treballadors amb la indemnització corresponent.

- Garantia de no extinció del contracte de l'empleat intern de les 17h a les 8h de l'endemà, excepte falta molt greu dels deures de lleialtat i confiança.

Finalment, és important tenir en compte el contingut de la disposició transitòria primera del RD 1.620/2011, relatiu a l'aplicació de la normativa als contractes ja existents quan entra en vigor el RD 1.620/2011 (*"Aquest Reial decret entra en vigor l'endemà de la publicació en el Butlletí Oficial de l'Estat"*). La regla general és que el que es disposa en el reial decret serà aplicable als contractes vigents a la data d'entrada en vigor del mateix. Però d'aquesta regla s'exceptua la quantia de la indemnització prevista a la finalització del contracte per desistiment conforme a l'article 11.3; s'aplicarà als contractes que es concerten a partir de la data d'entrada en vigor d'aquest reial decret.

Els ocupadors disposaven d'un any per a formalitzar per escrit els contractes de treball vigents que, com a conseqüència de la nova regulació, hagen de celebrar-se per escrit. Igual termini tindran per a adequar-se a l'obligació d'informar l'empleat de llar sobre els elements essencials del contracte de treball.

PRÀCTIQUES TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR FAMILIAR

Inclusions i exclusions

Assenyalau si els supòsits següents queden dins de l'àmbit d'aplicació del RD 1.620/2011 o en resulten exclosos. Justifiqueu la resposta, assenyalant, en cada cas, la raó de la seua inclusió o exclusió.

1. Pepe realitza funcions de jardineria en un xalet, que només és ocupat per la família propietària durant les temporades de vacances escolars.
2. El germà de Pepe ha estat contractat per la Comunitat de Propietaris de la mateixa urbanització, per a realitzar funcions de guarda i vigilància.
3. Joan presta serveis per a una empresa de neteja que ha subscrit una contracta amb la Universitat de València, per a la neteja de les seves aules.
4. Maria ha estat contractada per un grup de joves que comparteixen habitatge a Benimaclet, perquè els efectui la neteja de la casa cada divendres durant tres hores.
5. Mónica és contractada per Francisca, perquè efectui la neteja de casa els dilluns, dimecres i divendres, i la de la seua consulta mèdica, tots els dies abans de començar a passar visita.
6. Teresa ha concertat amb el seu nebot perquè es dediqui a l'atenció sanitària de la seua mare, d'edat avançada i malalta des de fa anys.
7. Amb l'ànim que els seus fills practiquen l'anglès, Mariam ha contractat una estudiant anglesa que, a canvi de l'allotjament i els menjars, els donarà classe i mantindrà amb ells converses en anglès.
8. Luis ha contractat Manolo com a xofer, quedant no únicament a la seua disposició sinó a la de tots els membres de la família. A més s'encarrega del manteniment dels vehicles, neteja de garatges i altres espais de l'interior de la casa, així com la jardineria del xalet en què habiten.
9. Carles ha estat contractat per una Congregació de religiosos perquè efectui tasques de neteja, cuina i manteniment general de la residència en què habiten.
10. Al centre de la ciutat hi ha diverses pensions, totes elles propietat de Maria M., que ha contractat els serveis de Paco per a la realització de la neteja de les habitacions.
11. Josep és dependent des que va patir un accident de moto fa cinc anys. Com que no pot valer-se per si mateix el seu germà l'ajuda en les tasques bàsiques i quotidianes. Josep rep un ajut previst a la llei de dependència, llei 39/2006.

12. Lucía va prestar serveis per a la Sra. Dolores i la seua filla Hortensia a través de l'empresa Atendo Calidade fins al 14 d'abril de 2008 en horari de 13 a 15 hores realitzant les tasques de neteja de l'habitatge situat a Vigo. Des de l'1 de febrer de 2008 Lucía va començar a pernoctar en el citat habitatge acordant les parts per açò una retribució de 80 euros diaris. I des del 15 d'abril de 2008 va començar a prestar serveis directament per a Dolores i Hortensia dues hores al dia, de 8 a 9 i de 18 a 19, percebent 20 euros diaris, al marge de la pernocta.

Temps de treball i de descans

1. Redacteu una clàusula vàlida de temps de treball d'un empleat domèstic a temps complet en una llar familiar.
2. Miguel ha pactat la següent clàusula en el seu contracte: Durant les vacances familiars, el treball de Miguel, empleat de la llar, passarà a realitzar-se a la residència d'estiu de la família per a la qual presta serveis, situada a la platja de Zarautz. El treballador no podrà fer les vacances durant aquests períodes, i a més s'intensificaran els treballs en període nocturn. Les vacances del treballador es realitzaran en períodes diferents que les vacances escolars, i mai de forma continuada els 30 dies. A més, ha pactat que el contracte se suspènirà per malaltia del treballador, havent d'absentar-se del domicili si no està en condicions de realitzar activitat laboral, en un termini màxim de 2 dies. En cas de malaltia de llarga durada (més de vint dies) el contracte s'extingirà. Valoreu la seua legalitat.

Extinció del contracte

1. Rafaela ha treballat com a cuinera en una ambaixada situada al carrer M de la ciutat de Barcelona. Rafaela prestava els seus serveis en els locals de l'ambaixada, a la casa residència de l'ambaixador. Els seus serveis s'estenien tant a les necessitats familiars com a l'atenció de menjars i actes oficials, realitzats en el seu domicili. Rafaela residia a les dependències de l'ambaixada, sense abonar renda. Les seves retribucions eren abonades pel canceller de l'ambaixada, amb càrrec a l'Estat estranger. Amb data 28 de juny de 2008 mitjançant carta se li comunica la decisió de prescindir dels seus serveis a partir del 30 d'agost, posant a la seua disposició la indemnització de 7 dies de salari per any de servei. Rafaela després del disgust inicial es planteja reclamar contra la decisió de l'ambaixador. Creu que Rafaela té possibilitats d'obtenir una resolució favorable del Jutjat Social?
2. Arturo i Regina han prestat serveis com a empleats a la llar familiar de la Sra. Fàtima, activitat per la qual percebien un salari de 1.300 euros mensuals per a tots dos. El passat dia 2 la Sra. Fàtima els va comunicar verbalment que prescindia dels seus

serveis, sense efectuar imputació concreta d'una conducta disciplinària o dels motius que la sustenten i sense abonar cap quantitat. Els treballadors es pregunten si es tracta d'un acomiadament o d'un desistiment.

3. Apol·línia presta serveis com a empleada de la llar en règim d'internat amb una antiguitat de data 21 d'agost de 2012 i un salari mensual total de 975,00 €, amb inclusió de prorrata de pagues extraordinàries. Des de la data de la contractació el seu marit va residir també en el domicili de l'ocupadora. Mitjançant carta de 15 de març de 2013 i amb efectes d'aquesta data l'ocupadora va comunicar a Apol·línia la seua voluntat de desistir del contracte de treball. Apol·línia estava embarassada de huit mesos en el moment del desistiment. El mateix dia 15 de març de 2013 va ser acomiadat el marit d'Apol·línia, senyor Camil, com a empleat de Holy Mary Catholic School S.L, societat titular del col·legi del mateix nom en què són partícips l'ocupadora d'Apol·línia i la seua germana, desenvolupant a més la Direcció del Col·legi. L'acomiadament es va produir per causes disciplinàries.

Aplicació de les normes en el temps (DEROGACIÓ NORMATIVA I APLICACIÓ DE NORMES A RELACIONS JA VIGENTS)

1. Compara el contingut de l'article 9 del RD 1.620/2011 amb el contingut de l'article 7 del RD 1.424/1985. Assenyalat les diferències de règim jurídic.

“Article 7è Temps de treball

Un. La jornada màxima setmanal de caràcter ordinari serà de 40 hores de treball efectiu, sense perjudici dels temps de presència, a la disposició de l'ocupador que pogueren acordar-se entre les parts. L'horari serà fixat lliurement pel titular de la llar familiar, sense que en cap cas les hores ordinàries de treball efectiu al dia puguin excedir de nou. Entre una jornada i l'altra hi haurà d'haver un mínim de deu hores, si l'empleat no ha de pernoctar en el domicili, i de vuit hores, en cas contrari. L'empleat intern disposarà d'almenys dues hores per als menjars principals, i aquest temps no es computarà com a de treball.

Una vegada conclusa la jornada de treball diària, i, si escau, el temps de presència pactat l'empleat no està obligat a romandre en la llar familiar.

Dos. El règim de les hores extraordinàries serà l'establert en l'Estatut dels Treballadors.

Tres. Els empleats de llar tenen dret a un descans setmanal de trenta-sis hores de les quals, almenys, vint-i-quatre hores seran consecutives i preferentment coincidint amb el dia del diumenge. Mitjançant acords entre les parts es determinarà el sistema de gaudiment de la resta d'hores de descans. Amb independència de l'anterior podran pactar-se modalitats de gaudiment del descans a què es refereix aquest paràgraf,

respectant en tot cas la quantia mínima del mateix, siga quin siga el període de còmput que a aquests efectes s'utilitze. Quan l'empleat de la llar no preste serveis en règim de jornada completa, amb la durada màxima establida en el número u d'aquest article, la retribució corresponent al període de descans es reduirà en proporció a les hores efectivament treballades.

Quatre. El gaudiment de les festes laborals previstes en l'article 37.2 de l'Estatut dels Treballadors s'ajustarà a les especialitats previstes en el número anterior per al descans setmanal.

Cinc. L'empleat de la llar tindrà dret al gaudiment dels permisos previstos en l'article 37.3 de l'Estatut dels Treballadors.

Sis. El període de vacances anuals serà de trenta dies naturals; d'ells, almenys quinze dies es gaudiren de forma continuada, sent la resta susceptible de fraccionament en la forma que s'acorde entre les parts."

2. Una relació de treball domèstic va començar l'any 2001.

- Quina norma s'aplicarà si s'extingeix la relació per desistiment de l'ocupador l'any 2008?

- I si s'extingeix l'any 2012? I quina seria la indemnització en aquest cas?

QÜESTIONARI TREBALLADORS AL SERVEI DE LA LLAR

La relació laboral d'empleats de la llar s'extingirà

Trieu-ne una:

- a. Per desistiment de l'empresari abonant una indemnització de 20 dies de salari per any de servei.
- b. Per trasllat definitiu de la llar familiar, abonant una indemnització de 12 dies de salari per any de prestació de serveis.
- c. Per acomiadament disciplinari, per les causes i amb els mateixos efectes previstos en l'Estatut dels Treballadors.
- d. Per expiració del temps convingut abonant una indemnització per fi de contracte prevista al RD 1.620/2011.

El contracte de treball domèstic

Trieu-ne una:

- a. Si no es pacta per escrit es presumirà concertat per durada determinada d'un any.
- b. Necessàriament s'ha de formalitzar per escrit determinant la durada pactada, però sense subjecció als supòsits de temporalitat de l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors.
- c. Podrà celebrar-se per temps determinat en els supòsits expressament previstos en el RD 1.620/2011.
- d. Si no es pacta per escrit es presumirà relació laboral de caràcter indefinida.

RESPECTE AL TEMPS DE TREBALL DELS TREBALLADORS DOMÈSTICS

Trieu-ne una o més:

- a. Es reconeix el dret a les vacances de trenta dies naturals i el seu gaudiment de forma continuada.
- b. La jornada serà fixada per les parts, sense quedar sotmesos a una jornada màxima setmanal.
- c. Serà la pactada entre les parts, i podrà incloure temps de presència a disposició de l'ocupador, que haurà de ser retribuït.

d. Es reconeix un descans de 36 hores setmanals consecutives.

La retribució dels empleats de la llar

Trieu-ne una:

a. Serà la pactada entre les parts, sense que pugui ser inferior al SMI, però en cas de ser per hores s'aplicarà el SMI fixat específic per al treball per hores per a treballadors eventuais i temporers

b. Podrà ser en espècie en la seua totalitat, incloent manutenció i allotjament.

c. Inclou el dret a dues gratificacions extraordinàries, però d'import mínim equivalent a quinze dies de salari en metàl·lic.

d. Si es treballa per hores, es retribuïran només les hores treballades sense subjecció al límit del SMI.

Si canvia la persona de l'ocupador-titular de la llar

Trieu-ne una:

a. S'entendrà que s'ha produït la subrogació tant si es pacta de forma expressa com si l'empleat de la llar continua prestant serveis almenys set dies des del canvi de titularitat.

b. Només es produirà la subrogació si hi ha pacte realitzat de forma expressa entre les parts, en cas contrari s'entendrà extingit el contracte.

c. S'haurà d'abonar una indemnització equivalent a la indemnització per desistiment.

d. S'aplicarà l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors i la relació romandrà vigent amb el nou ocupador.

TEMA 3: LA RELACIÓ LABORAL D'ARTISTES EN
ESPECTACLES PÚBLICS I LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL
D'ESPORTISTES PROFESSIONALS

TEMA 3-A RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS

Relació laboral dels artistes en espectacles públics

ELENA GARCÍA TESTAL

Relació laboral especial d'artistes

Factors que justifiquen el seu caràcter especial

- **Objecte** de la prestació: activitat artística
 - Actuació davant el públic o per al públic
 - Acompanyada d'assajos previs
- Circumstàncies del **treballador**: fonamental l'aportació personal, les aptituds i qualitats personals
- Context en què es realitza: un **espectacle** públic
- **Mode** en què es desenvolupa
 - Amb **autonomia** artística

Àmbit d'aplicació

Objecte de la relació:

- Execució d'una activitat artística
- No existeix definició legal
- La LPI remet al concepte d'obra artística
- No confondre amb locals o espais en què es realitza l'activitat
- Espectacle dirigit al públic (exhibició)
 - Amb immediatesa de públic o emès en directe
 - Gravació + posterior difusió

75

Àmbit d'aplicació

Subjectes

- Empresari:
 - Organitzador d'espectacles públics (objecte social)
 - Empresari amb un altre objecte social però que organitza un espectacle públic
- Ocupador (no empresari mercantil):
 - ex. comissions de festes
- Supòsits particulars:
 - Matador de bous i la seua quadrilla
 - Cantant solista i músics que acompanyen

Treballador: artista

No definició legal, però

- Activitat de tipus **artístic**
- En el marc d'un **espectacle públic**
- I amb notes de laboralitat:
 - treball voluntari
 - treball dependent (dins de l'àmbit d'organització i direcció) però
 - Independència artística (vid. 6.2 RD)
 - per compte d'altri (per compte d'un organitzador d'espectacles: sense assumpció de riscos, cedint a l'empresari els seus drets sobre l'activitat artística)
 - i rebent a canvi una retribució

76

Inclusions

Exclusions

Art. 1.3 RD

Execució d'activitats artístiques davant el públic

Les destinades a gravació per a la seua difusió davant el públic

Qualsevol espai: teatre, cine, ràdio, tv, places de bous, instal·lacions esportives, circs, sales de festes, discoteques...

Arts 1.4, 1.5 i 1.6 RD

Actuacions artístiques excloses

- Actuacions en l'àmbit privat
- Actuacions amb fins docents o terapèutics

Actuacions no artístiques en l'àmbit d'un espectacle

- Personal tècnic i auxiliar
- Personal administratiu de l'organització

Fonts de la seva regulació

- RD 1435/1985, 1 agost
- ET i la resta normativa laboral
- Convenis col·lectius
- Altres normes: Codi Civil i LPI

A més hi caben pactes individuals (empresari/
treballador)

Accés al contracte: capacitat: art. 2 RD

EDAT i NACIONALITAT:

- Contractació de **menors de 16 anys**
 - Autorització de l'autoritat competent
 - Sol·licitud per escrit
 - Valoració de perjudicis per a la salut o formació del menor
- Contractació d'**estrangers** (Art. 41 LOEx)

Contractació: art. 5 RD

Indefinit o **temporal** (→ regla general)

- Amplitud de modalitats temporals + pròrrogues il·limitades
 - Una o diverses actuacions (“bolos” / sessions / convocatòries)
 - Temps cert (període de temps / data a data)
 - Temporada
 - Temps que és en cartell o en antena (actuacions en directe o gravades per ser emeses si la seva continuïtat és incerta)

78

Fixos **discontinus**: treballs de temporada / cíclics (art. 16 ET)

- però amb homogeneïtat: repetició constant dels serveis

Contracte de **grup** (art 10.2 ET): Un sol vincle amb un conjunt d'artistes

- No prenen en consideració les seves integrants (podran variar durant la vigència del contracte)
- L'empresari es relaciona amb el cap de grup
- El salari es percep de manera global i col·lectiva
- La relació entre els membres no és laboral

Pactes

- **Pacte de període de prova** (art. 4 RD)
 - Règim idèntic al de l'ET però...
 - Durades màximes en funció durada contracte
 - Només si el contracte té una durada superior a 10 dies
 - Durada 5 dies si contracte no superior a dos mesos
 - Durada 10 dies contractes de 2 a 6 mesos
 - Durada 15 dies contractes > 6 mesos
- **Pacte de plena dedicació** (art. 6.4RD)
 - Pluriocupació/concurrencia deslleial: diferències
 - Prohibició de realitzar activitat per a un altre empresari
 - El treballador percep compensació econòmica
 - No cal rescissió unilateral per l'artista: indemnització danys i perjudicis

Drets i deures

Deure de diligència: art. 6.2 RD

- Què és i com es regula?
- Tres aspectes:
 - Criteri subjectiu: "d'acord amb les seves aptituds personals artístiques "
 - Amb puntualitat: "dates assenyalades"
 - I seguint instruccions empresa: en el que afecte l'organització

Ocupació efectiva: art. 6.3 RD

- Què és i com es regula?
- Abast limitat: no exclusió d'assajos i activitats preparatòries, llevat sanció

Temps de treball

Inclou: Tant prestació de serveis davant el públic, com assajos-activitats preparatòries o gravació actuacions (art. 8)

Durada, distribució, desplaçaments i gires: conveni col·lectiu o pacte individual

- Especialitats en descans setmanal i festius (art. 9.1): no coincidència amb activitat artística davant el públic
- Vacances anuals 30 dies naturals per any efectivament treballat

Retribució: art. 7 RD

- Pacte col·lectiu o individual determinarà estructura i quantia del salari
- A més percepcions extrasalarials: dietes, "despeses de butxaca", adquisició de maquillatge i útils d'artistes o d'indumentària o vestuari
- Prohibició assajos gratuïts

Extinció del contracte

Règim de l'ET (art. 10.5 RD) Amb les següents **especialitats**:

- Extinció contractes de durada determinada per **fi contracte**: arribada termini final, finalització temporada o total compliment
- **Preavis**, segons durada contracte (art. 10.3 RD).
Incompliment?
- Si el contracte superior a l'any: **indemnització**: pactada (col·lectiva o individual) o set dies de salari per any de servei

81

Extinció per incompliment del contracte: art. 10.4 RD

Inexecució total de la prestació artística:

- Concepte: "...ni tan sols haja començat a realitzar-se el treball que constitueix la prestació pactada"
- Conseqüències: aplicació codi civil
 - Art. 1124 CCI → El perjudicat pot escollir entre exigir el compliment o la resolució de l'obligació, amb el **rescabament de danys** i abonament d'interessos

RESUM TEMA 3-A RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS

INTRODUCCIÓ

L'article 2.1.i de l'Estatut dels Treballadors assenyala com a relació laboral especial la dels artistes en espectacles públics. Aquest article de l'Estatut dels Treballadors s'ha desenvolupat pel RD 1.435/1985, d'1 d'agost.

Les prestacions de serveis dels artistes, com la majoria de les prestacions de serveis, es poden efectuar:

- Per compte propi i de forma autònoma: els elements materials són aportats per l'artista, assumeix el risc (benefici o fracàs) de l'espectacle, ostenta la titularitat dels rendiments obtinguts pel seu treball, autoorganitza assajos, proves, etc. En ocasions l'artista constitueix una societat mercantil l'objecte social de la qual és precisament la pròpia realització d'activitats artístiques, sent la societat la que contracta amb les empreses. La intervenció de la societat es limita a la formalització dels contractes, obligant-se a la prestació de serveis de l'artista (es recorre a aquestes fórmules per a obtenir avantatges de tipus fiscal).
- Per compte d'un organitzador d'espectacles o empresari i de forma dependent, en la qual l'artista cedeix els seus drets sobre l'activitat artística desenvolupada i l'empresari assumeix la utilitat generada per l'activitat i abona una retribució que no depèn dels resultats de l'espectacle amb relació laboral.

Però aquesta relació laboral a diferència d'altres prestacions de serveis pot configurar-se:

- com a relació laboral especial o
- com a relació laboral comuna.

Quan correspon cadascuna?

La majoria de les prestacions laborals d'artistes s'han d'incloure en la relació especial, mentre que la relació laboral comuna tindrà caràcter residual.

Serà relació especial quan es tracte de la realització d'una prestació laboral artística en l'àmbit d'un espectacle públic. En canvi, es mantindrà una relació comuna en els supòsits en què falte un dels elements assenyalats: o bé es desenvolupen prestacions no artístiques en l'àmbit d'un espectacle públic (activitats tècniques o auxiliars en la producció d'espectacles), o bé es desenvolupen activitats artístiques però amb altres

finalitats (docents, terapèutics...), o bé no s'execute davant el públic o per al públic (actuacions en l'àmbit privat).

En definitiva, la prestació regulada pel Reial Decret 1.435/1985, d'1 d'agost, la relació laboral especial dels artistes en espectacles públics, és l'establida entre un organitzador d'espectacles públics o empresari i els que es dediquen voluntàriament a la prestació d'activitat artística per compte, i dins de l'àmbit d'organització d'aquells, a canvi d'una retribució.

Cada estudi sobre una relació laboral especial ha de començar-se per justificar la diferència de tractament jurídic de forma objectiva. En el cas dels artistes en espectacles públics són variades les raons que justifiquen la insuficiència de la regulació comuna per a configurar-se com a marc jurídic regulador d'aquesta activitat. Aquestes **raons** que justifiquen la seua especialitat estan vinculades a diversos factors:

- L'activitat que es realitza té un objecte doble, ja que no es tracta únicament de l'actuació realitzada davant el públic sinó que aquesta va acompanyada d'assajos previs, la qual cosa afecta al peculiar règim de temps de treball, de retribució, o d'ocupació efectiva.
- Circumstàncies del treballador: característiques, aptituds o habilitats d'ordre creatiu, que no estan a l'abast de qualsevol persona, que no solen concórrer en el treballador comú i que són les que justifiquen que siga contractat.
- La naturalesa de l'activitat —es contracta l'expressió artística d'un subjecte— i el context en què es desenvolupa: un espectacle públic.
- La manera o context en què es desenvolupa: davant el públic o per al públic, sotmès a modes o inclinacions del públic i per tant a la seua acceptació o rebuig; caracteritzades per la seua temporalitat (actes aïllats, *bolos*/concerts) o temporades.

Aquestes característiques afecten la normativa que ha d'aplicar-se'ls: regulació pròpia en matèria de temps de treball, retribució o sistemes retributius (per la incidència de la propietat intel·lectual i la cessió de drets que suposa), treball de menors, contractació temporal...

I a més amb altes dosis d'autonomia en el desenvolupament de la prestació artística.

De manera que es poden destacar dues peculiaritats del treball laboral dels artistes:

- 1.- Es tracta de treball subordinat però sempre es mantindrà un cert grau d'autonomia en l'execució de la seua activitat derivat de les peculiaritats dels serveis que es presten —el que limita les facultats d'intervenció de l'ocupador—. Es tindrà dependència en l'àmbit organitzatiu i independència en l'aspecte artístic. Es tracta d'un treball subordinat sotmès a altes dosis d'autonomia (GARRIDO PÉREZ) que deriva de les peculiaritats dels serveis a

prestar que no encaixen dins dels motles del típic treball subordinat. Òbviament tampoc tots els artistes gaudeixen del mateix grau d'autonomia.

La prestació d'aquesta activitat posseeix les notes pròpies de la relació laboral, és adir, voluntarietat, alienitat i dependència, si bé aquesta última es caracteritza per ser tan sols dependència tècnica, que no artística, ja que l'artista gaudeix d'un elevat grau d'independència.

2.- Resulta fonamental l'aportació personal, les aptituds i qualitats de qui realitza el servei.

I a més donada la varietat d'activitats artístiques el RD 1.435/1985 constitueix una regulació comuna que ha de completar-se, en cada sector, amb la negociació col·lectiva. En efecte el RD 1.435/1985 es configura com la norma reglamentària que regula el treball dels artistes en espectacles públics en tots els sectors d'activitat. En tractar-se d'una norma que afecta sectors d'activitat tan dispars —músics, actors, ballarins, toreros...— conté una regulació unitària de les diferents matèries que admeten un tractament comú i deixa en mans de la negociació col·lectiva i del contracte de treball el particularisme de cada activitat artística. De manera que la regulació continguda en el RD 1.435/1985 ha de completar-se amb la prevista en els convenis col·lectius de cada sector i/o de cada organitzador d'espectacles públics; aplicant-se amb caràcter supletori l'Estatut dels Treballadors —segons determina l'article 12 RD—; però també s'efectuen remissions a la legislació civil —article 10.4 RD— i resulta aplicable la Llei de Propietat Intel·lectual per a la cessió de drets de propietat intel·lectual a l'empresari.

ÀMBIT D'APLICACIÓ

Respecte a l'objecte de la relació cal assenyalar que la normativa utilitza un concepte ampli d'activitat artística, que inclou diversitat de situacions: des d'actuacions directament davant el públic fins a actuacions destinades al seu enregistrament per a posterior difusió. Queden exclosos en canvi els espectacles desenvolupats en l'àmbit privat, encara que siguin per compte d'altri (sense divulgació o difusió).

- Execució d'una activitat artística
 - No existeix definició legal.
 - La LPI remet al concepte d'obra artística.
 - No confondre amb locals o espais en què es realitza l'activitat.
 - Espectacle dirigit al públic (exhibició).
 - Amb immediatesa de públic o emès en directe.

- Gravació + posterior difusió.

Respecte als subjectes de la relació cal destacar que els dos subjectes que intervenen en la relació tenen peculiaritats:

- Empresari: Pot ser un organitzador d'espectacles públics —empresa que té per objecte social organitzar espectacles— o qualsevol persona física o jurídica que ocasionalment o habitualment contracta la prestació de serveis de naturalesa artística per a la seua difusió pública, fins i tot sense ànim de lucre. Per tant en alguns casos podem parlar d'ocupador (no empresari mercantil). Exemple: comissions de festes.
- Supòsits particulars:
 - Matador de bous i la seua quadrilla.
 - Cantant solista i músics que acompanyen.
- Treballador: **artista**: No definició legal; no es precisa una peculiar titulació o capacitació o dedicació professional, només es parla de treball artístic en el sentit de desenvolupar una activitat artística. No s'inclouen les activitats o prestacions de serveis de caràcter complementari o auxiliar (tècnic de llums i muntatge, conductors, encarregats de vestuari, maquilladors...).
- La dependència suposa que l'organitzador de l'espectacle és el subjecte que determina les condicions en què ha de desenvolupar-se aquest espectacle, el que tria l'artista i el que sotmet a determinats condicionants la prestació de la seua activitat.
 - Activitat de tipus artístic.
 - En el marc d'un espectacle públic.
 - I amb notes de laboralitat:
 - treball voluntari,
 - treball dependent (dins de l'àmbit d'organització i direcció) però
 - Independència artística (vid. 6.2 RD)
 - per compte d'altri (per compte d'un organitzador d'espectacles: sense assumpció de riscos, cedint a l'empresari els seus drets sobre l'activitat artística)
 - i rebent a canvi una retribució.
- Inclusions: article 1.3 RD
 - Execució d'activitats artístiques davant el públic.

- Les destinades a gravació/enregistrament per a la seua difusió davant el públic.
- Qualsevol espai: teatre, cine, ràdio, TV, places de bous, instal·lacions esportives, circs, sales de festes, discoteques...
- Exclusions: articles 1.4, 1.5 i 1.6 RD
- Actuacions artístiques excloses
 - Actuacions en l'àmbit privat.
 - Actuacions amb fins docents o terapèutics.
 - Actuacions no artístiques en l'àmbit d'un espectacle.
 - Personal tècnic i auxiliar.
 - Personal administratiu de l'organització.

SISTEMA DE FONTS

Respecte al sistema de **fonts** de la seua regulació, a la vista del contingut de l'article 12 del RD (*"En el que el present reial decret no regula serà aplicable l'Estatut dels Treballadors i les altres normes laborals de general aplicació, quan siguen compatibles amb la naturalesa especial de la relació laboral dels artistes en espectacles públics"*), cal assenyalar que la normativa laboral comuna —l'Estatut dels Treballadors i altres normes laborals—, configuren el règim jurídic supletori per a aquestes relacions jurídiques de prestació de serveis. Ha de tenir-se en compte, no obstant açò, que la possible aplicació d'aquestes normes laborals de caràcter general va a dependre de la compatibilitat amb les especialitats de la relació especial, la qual cosa en alguns casos impedirà clarament la seua aplicació supletòria. Aquesta supletorietat condicionada requerirà l'anàlisi individualitzada i específica de la compatibilitat. A més, pot recordar-se que el RD 1.435/1985 estableix una regulació específica en molts casos insuficient per la qual cosa, amb molta freqüència, és necessari acudir a pactes individuals i col·lectius per a concretar el contingut de la relació jurídica. Així doncs, el contingut del RD 1.435/1985 es configura com una norma essencial per a establir el règim jurídic de la relació especial d'artistes, però insuficient per incompleta, havent de perfeccionar el contingut de les relacions laborals d'aquests subjectes a través de la normativa comuna, els convenis col·lectius i sobretot els pactes individuals.

La prelación entre les diferents fonts seria:

- RD 1.435/1985, d'1 d'agost.
- Estatut dels Treballadors i la resta normativa laboral.
- Convenis col·lectius.
- Altres normes: Codi Civil i LPI.

- Finalment pactes individuals (empresari/ treballador).

RÈGIM JURÍDIC

Accés al contracte

En relació a l'accés al contracte cal referir-se a la capacitat per a contractar a què es dedica l'article 2 RD, i és que la capacitat de l'artista per a contractar la seua prestació de serveis està condicionada pels requisits d'edat i de nacionalitat.

En primer lloc, respecte a l'**edat**, com se sap la capacitat d'obrar i en conseqüència per a contractar s'aconsegueix segons el Codi Civil per l'obtenció de la majoria d'edat als 18 anys o per l'emancipació. Així que els major d'edat i els emancipats, òbviament, contracten sense necessitar cap autorització.

En segon lloc, l'Estatut dels Treballadors estableix l'existència de subjectes amb capacitat limitada per a treballar: els menors de 18 anys i majors de 16. En no tenir capacitat d'obrar necessiten autorització de pares o tutors per a formalitzar vàlidament el contracte de treball.

En tercer lloc, cal tenir en compte que amb caràcter general existeix una prohibició absoluta per a treballar als menors de 16 anys, i que és nul el contracte realitzat amb ells —article 6.1 ET—. No obstant això, l'Estatut dels Treballadors inclou una excepció a aquesta prohibició de treball dels menors de 16 anys, permetent l'accés al treball artístic d'aquests subjectes, amb caràcter EXCEPCIONAL. Perquè aquest treball quede vàlidament configurat haurà de sol·licitar-se per pares o tutors una **AUTORITZACIÓ A L'AUTORITAT LABORAL**, que podrà concedir-la o no, depenent de l'espectacle o actuació per a la qual se sol·licita. L'activitat artística en la qual participa el menor no podrà suposar un risc per a la seua salut —això exclourà activitats com el toireig o algunes circenses que comporten grau de perillositat— o per a la seua formació —element de valoració complexa.

La sol·licitud d'autorització serà presentada per pares o tutors, però pot requerir el consentiment del menor si té maduresa suficient —sempre a partir dels 12 anys, valorable entre els 7 i els 12—, havent d'especificar-se l'espectacle o actuació concreta per al qual se sol·licita a fi de permetre la valoració de l'activitat per part de l'autoritat laboral.

Així les característiques d'aquesta autorització serien:

- Es podrà concedir o no.
- Solament es farà en casos excepcionals, depenent de l'espectacle.
- Es concedirà sempre que no supose risc per a la seua salut o per a la seua formació (aquesta última de valoració complexa).
- La sol·liciten els pares o tutors encara que amb consentiment del menor si tenen maduresa suficient (sempre a partir dels 12 anys, de 7 a 12 depèn).

- En la sol·licitud s'ha d'especificar l'espectacle o actuació per a la qual se sol·licita.

Quant a la **nacionalitat** hem de distingir els artistes estrangers comunitaris dels no comunitaris.

Per als artistes comunitaris s'aplica la lliure circulació de treballadors, per la qual cosa se situaran en igualtat de condicions en l'accés a l'ocupació que els nacionals de cada estat membre.

Quant als artistes estrangers no comunitaris i atès que l'article 2.2 RD estableix que s'estarà al que es disposa en la legislació vigent per als treballadors estrangers a Espanya, per a treballar habitualment com a artista es requereix autorització de residència i de treball per compte d'altri de durada determinada. Aquesta és la regla general.

No obstant açò, els artistes que vinguen a Espanya a realitzar actuacions concretes que no suposen una activitat continuada estan exceptuats per l'article 41.1.g) del RD 4/2000, de l'obligació de comptar amb aquestes autoritzacions.

Estan incloses en aquest cas les persones que, de forma individual o col·lectiva, venen a Espanya per a realitzar una activitat artística, directament davant el públic o destinada a l'enregistrament de qualsevol tipus per a la seua difusió, en qualsevol mitjà o local destinat habitualment o accidentalment a espectacles públics o actuacions de tipus artístic. I s'estableix un topall temporal a aquestes actuacions: així, les activitats no podran superar els 5 dies continuats d'actuació o 20 dies discontinus en un període inferior a 6 mesos.

En definitiva, quedaran exceptuats de l'obligatorietat d'obtenció de permisos de treball aquells artistes que desenvolupen a Espanya una activitat artística la durada de la qual siga inferior o igual a cinc dies continuats d'actuació o a 20 dies discontinus en sis mesos. Si l'activitat supera aquests límits, sí que s'exigirà l'obtenció del permís de treball i residència temporal.

Respecte a la **contractació** hem de consultar l'article 5 del RD. S'ha de tenir en compte que la regulació de la durada del contracte de treball dels artistes en espectacles públics constitueix —juntament amb el règim extintiu— una de les principals singularitats del règim jurídic d'aquesta relació especial.

La peculiaritat no deriva de la primera afirmació de l'article 5.1 del RD 1.435/1985, segons el qual la contractació laboral dels artistes musicals pot fer-se amb una durada prèviament determinada per les parts en el contracte de treball o, per contra, sense fixar una data de finalització de la prestació de serveis, ja que aquesta previsió resulta equivalent a la continguda en l'article 15 de l'ET, que també admet ambdues formes de contractació. La diferència fonamental de l'article 5 del RD 1.435/1985 amb l'article

15 de l'Estatut dels Treballadors es conté en la delimitació de les causes de contractació temporal, així com en el seu règim jurídic, d'on pot derivar-se clarament l'adequació de la normativa dels artistes en espectacles públics a la previsible naturalesa temporal de la seua activitat —encara que aquesta pugades desenvolupar-se tant en un únic acte com prolongar-se en el temps—. I així és en la segona part de l'article 5 del RD 1.435/1985 en la qual, a diferència de l'article 15 de l'ET, s'estableix una preferència per a la contractació temporal. Si l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors conté una enumeració taxada i específica dels supòsits de contractació temporal, per la qual cosa es conclou que només si concorren les condicions establides és possible fixar un terme final al contracte, i en cas contrari procedeix la contractació indefinida, en l'article 5 del RD 1.435/1985 es trenca aquesta preferència pel contracte indefinit existent en el règim comú (ROQUETA BUJ, 1995). A més no sembla que s'haja d'entendre que el principi d'estabilitat en l'ocupació opera per aplicació supletòria del l'ET, o de qualsevol altra norma laboral, ja que existeix una regulació específica no compatible amb el mateix.

La llibertat per establir la durada del contracte es justifica per la pròpia naturalesa temporal de l'activitat dels artistes. En aquest sentit, els tribunals interpreten que les parts que pacten el contracte de treball d'un artista són totalment lliures per a triar, entre les quatre variants o modalitats de temporalitat que assenyala l'article 5.1 del RD 1.435/1985, la que els sembla més convenient, sense que les condicions i característiques del contracte imposen cap límit ni restricció a aquesta llibertat: en la majoria dels supòsits l'objecte del contracte determina la necessària temporalitat de la prestació de serveis: bé perquè s'executa en un sol acte o *bolo*, bé perquè es tracta d'una activitat de duració imprevisible, i que en estar destinada al seu consum pel públic depèn de la seua acceptació (RUIZ DE LA CUESTA, 2007). Com assenyala la STS de 16 de juliol de 2010 (RECUd núm. 3.391/1999) açò respon «a la particular naturalesa de l'activitat artística, que exigeix no solament la necessària aptitud del treballador per a desenvolupar-la a cada moment, sinó l'acceptació del públic davant el qual es realitza, que òbviament pot variar». Per açò, en la indústria de l'espectacle, «en el qual s'integren els professionals de la música, és necessari substituir i canviar ara i adés els qui desenvolupen una activitat d'aquesta classe per a impedir que desaparega l'interès del públic» (VALDÉS DAL-RE, 1998).

La contractació temporal és la regla general, la qual cosa es demostra per l'amplitud de les modalitats temporals més l'existència de pròrrogues il·limitades.

Les modalitats de contractació temporal previstes són:

- Una o diverses actuacions (bolos/sessions/convocatòries): En aquest cas l'objecte del contracte es delimita en funció del nombre d'intervencions artístiques que es duren a terme i pel temps limitat a la seua execució; el contracte podrà prorrogar-se abans de la seua finalització o en el moment

mateix de la seua finalització, amb l'obligació de l'empresari i de l'artista de celebrar noves dates d'actuació.

- Temps cert (període de temps/data a data): En aquest cas les parts fixen de manera específica la durada del contracte, determinant el temps durant el qual es desenvolupa l'activitat artística. Aquest contracte, com l'anterior, pot prorrogar-se per acord mutu abans de l'arribada del termini o en el moment mateix de la finalització, assenyalant-se un nou termini per a la seua finalització; en cas que no s'assenyale un nou termini, s'entendrà que serà per un període igual que l'anterior al que es prorroga. Atès que no es limita el nombre de pròrrogues, podran produir-se'n tantes com les parts estimen convenient, sense que la successió de les mateixes supose la conversió del contracte en un de naturalesa indefinida. De similar manera, si arribat el moment inicialment pactat no existeix denúncia i es manté l'activitat, caldrà entendre que la relació contractual de l'artista s'ha prorrogat, açò sí, de forma temporal, en no existir regles sobre durada màxima dels contractes (pròrroga tàcita).
- Temporada: Aquest contracte es caracteritza per tenir fixada la durada en funció de la temporada artística pròpia de cada activitat. També, com els anteriors, admet la seua pròrroga.
- Temps que resta en cartell o en antena (actuacions en directe o gravades per ser emeses si la seua continuïtat és desconeguda en el moment de la contractació). Evidentment aquest tipus de contractes és típic dels espectacles en directe, però la seua virtualitat s'estén igualment a aquelles activitats artístiques la durada de les quals se supedita al temps durant el qual l'activitat siga oferida al públic, com poguera ser un programa de televisió (per tant no solament actuacions en directe sinó també actuacions gravades per a ser emeses). Aquest contracte és similar al contracte temporal per obra o servei determinat que regula l'article 15.1.a ET, en el qual l'activitat temporal objecte de prestació se sap que té un límit en el temps, però es desconeix quan esdevindrà, per la qual cosa la fixació d'una data com a terme final no té més que una finalitat orientadora.
- Fixos discontinus: treballs de temporada/cíclics però amb homogeneïtat: repeticó constant dels serveis. L'article 5.2 del RD 1435/1985 determina que «els contractes dels treballadors fixos de caràcter discontinu i les modalitats del contracte de treball es regiran pel que es disposa en l'Estatut dels Treballadors». Resulten aplicables per tant a aquesta relació laboral especial la normativa vigent a cada moment en relació amb els contractes fixos discontinus, el contracte a temps parcial, els contractes per a la formació i en pràctiques, el contracte de treball en comú, en grup i el contracte de l'auxiliar associat. La primera remissió de l'article 5.2 del RD 1.435/1985 a l'Estatut dels

Treballadors és doncs en relació amb els contractes dels treballadors fixos de caràcter discontinu, la qual cosa condueix a aplicar a aquesta relació laboral especial el règim jurídic contingut a l'article 16 de l'Estatut dels Treballadors.

- Contracte de grup: La remissió de l'article 5.2 del RD 1.435/1985 a l'Estatut dels Treballadors permet aplicar el règim jurídic del contracte de treball en grup. L'article 10.2 de l'Estatut dels Treballadors estableix que, «si l'empresari haguera celebrat un contracte amb un grup de treballadors considerat íntegrament, no tindrà enfront de cadascun dels seus membres els drets i deures que com a tal li competeixen. El cap del grup ostentarà la representació dels qui l'integren, responent de les obligacions inherents a aquesta representació». El contracte de treball en grup es caracteritza així per l'existència d'un únic contracte en el qual el subjecte treballador no és un individu sinó una col·lectivitat i en el qual, per tant, només existeix un únic vincle jurídic. No per açò els membres perden la seua identitat a efectes juridicolaborals i tots els membres del grup seran identificats en el contracte. A diferència del que succeeix en la relació laboral ordinària, en l'activitat artística aquest tipus de contracte de treball és molt freqüent. Les característiques d'aquest contracte són:

- Un sol vincle amb un conjunt d'artistes.
- No pren en consideració els seus integrants (podran variar durant la vigència del contracte), encara que açò dependrà del que s'haja pactat, com s'explica després respecte de la composició del grup.
- L'empresari es relaciona amb el cap de grup.
- El salari es percep de manera global i col·lectiva.
- La relació entre els membres no és laboral.

Quant a la composició del grup cal distingir. Si no s'ha efectuat individualització dels membres del grup —no és condició obligada per a la validesa del contracte, ja que el contracte s'estableix amb el grup en si, amb independència dels seus membres—, la composició del grup pot variar durant la vigència del contracte sempre que es garantisca el compliment de la prestació contractada.

És possible, en canvi, que l'empresari contracte un grup tenint en compte la individualitat dels seus membres i les seues particulars aptituds artístiques. En aquests casos, el grup perd autonomia a l'hora de decidir el canvi o la substitució dels seus components, havent de ser prèviament consentida per l'empresari i, en cas contrari, originant la facultat de resolució del contracte. El mateix contracte podrà contenir clàusules que determinen aqueixes possibles substitucions, i en cas contrari haurà d'obtenir-se el consentiment de l'ocupador.

Possibles pactes contractuals

- **Pacte** de període de prova (article 4 RD): el període de prova permet sotmetre el contracte a un període durant el qual qualsevol de les parts pot resoldre el contracte de treball sense necessitat d'al·legar justa causa. En la relació laboral especial d'artistes el règim jurídic serà el previst a l'article 14 ET, però amb les especialitats contingudes a l'article 4 RD, relatives a l'establiment d'uns períodes de prova màxims en relació amb la durada del contracte. Efectivament les especialitats se centren en les durades del període de prova:
 - Només serà possible si el contracte té una durada superior a deu dies.
 - S'estableixen unes durades màximes:
 - Durada 5 dies si contracte no supera els dos mesos.
 - Durada 10 dies en contractes amb duracions de 2 a 6 mesos.
 - Durada 15 dies si contractes de duració superior als 6 mesos.
- **Pacte** de plena dedicació (article 6.4 del RD): Amb caràcter general la pluriocupació —prestar serveis per a més d'un ocupador, per exemple ser membre d'una orquestra o banda i fer classes de llenguatge musical o instrument en una escola de música— està admesa sempre que no supose competència deslleial. La competència deslleial, pel contrari, sempre està prohibida per ser contrària al principi de bona fe contractual, però la plena dedicació és diferent de la concurrència deslleial, prohibida per l'article 21 ET. La prestació artística contractada amb un ocupador no podria reiterar-se totalment o parcialment amb un altre ocupador o organitzador d'espectacles públics, mentre dure la vigència de la relació laboral, llevat que l'ocupador pose de manifest el seu consentiment: seria concurrència deslleial (article 21 ET). Perquè la pluriocupació constituís concurrència deslleial han de donar-se les següents característiques (RUIZ DE LA CUESTA, 2007):
 - Ha de tractar-se d'una activitat que cause un perjudici real a l'empresari; activitat de similar o igual naturalesa.
 - Ha de realitzar-se sense el consentiment de l'empresari.
 - Ha de realitzar-se de forma conscient, és a dir, amb coneixement que es tracta d'una conducta competitiva.
- A més la pluriocupació pot limitar-se quan es pacte la plena dedicació o exclusivitat. En efecte, la plena dedicació o exclusivitat pot ser objecte

de pacte entre l'artista i l'organitzador d'espectacle públic, de manera que es realitzi activitat artística en exclusiva per a un únic ocupador:

- El pacte podrà formalitzar-se a l'inici de la relació o durant la seua vigència.
- El pacte de plena dedicació o exclusivitat suposa la prohibició de realitzar activitat artística per a un altre empresari.
- El pacte pot incloure activitats per compte propi i/o aliena, de naturalesa artística, en l'àmbit privat o públic.
- La durada pot incloure tota la vigència del contracte i determinar un àmbit geogràfic determinat.
- Haurà d'anar acompanyat d'una compensació econòmica.
- Quant al seu règim jurídic, no és possible la rescissió unilateral per l'artista, ja que es considera que sempre suposarà una greu lesió dels drets de l'empresari, motiu pel qual no és suficient retornar o deixar de percebre una quantitat compensatòria, sinó que en cas d'incompliment procedeix la indemnització de danys i perjudicis. La quantia d'aquesta indemnització la fixaran els tribunals, valorant el temps de durada del pacte, la quantia de la compensació inicialment pactada..., encara que també podrà ser objecte de pacte entre les parts (pacte de rescissió *ante tempus*).
- I si l'incompliment el realitza l'empresari? és a dir, I si l'empresari deixa d'abonar la compensació econòmica pactada? Doncs aquesta opció de rescissió unilateral per l'empresari tampoc és vàlida. En aquest cas, l'artista podrà reclamar la quantia inicialment pactada, i fins i tot pot sol·licitar la rescissió indemnitzada del contracte amb fonament en l'article 50.1.c de l'Estatut dels Treballadors per falta de pagament del salari.

Drets i deures

Deure de diligència: Senyala l'article 6.2 RD: "*L'artista està obligat a realitzar l'activitat artística per a la qual se'l va contractar, en les dates assenyalades, aplicant la diligència específica que corresponga a les seues aptituds artístiques personals, i seguint les instruccions de l'empresa en el que afecte a l'organització de l'espectacle.*"

- Què és i com es regula el deure de diligència? En la regulació del RD el deure diligència fa referència al comportament professional de l'artista, de manera que l'ocupador pot exigir que l'artista pose en l'execució de

la prestació tota la cura necessària d'acord amb la preparació i les competències professionals.

- S'han de valorar tres aspectes:
 - Es fa referència a un criteri subjectiu: "d'acord amb les seves aptituds personals artístiques “.
 - Es posa l'accent en la necessitat de compliment dels criteris temporals, a què es realitzi el treball amb puntualitat: "en les dates assenyalades”.
 - I finalment, a la necessitat de complir les instruccions de l'empresa: en el que afecte l'organització de l'espectacle, per tant, únicament en aspectes organitzatius.

Dret a l'ocupació efectiva: Senyala l'article 6.3 RD: *“Els artistes contractats per a la participació en espectacles públics tenen dret a l'ocupació efectiva, no podent, excepte en cas de sanció, ser exclosos dels assajos ni altres activitats preparatòries per a l'exercici de la seua respectiva activitat artística”.*

- Què és i com es regula? Es tracta d'un dret vinculat a la promoció professional de l'artista que també pot dependre de la projecció pública de la imatge del seu treball. No obstant açò té un abast limitat, ja que solament es garanteix la seua no exclusió d'assajos i activitats preparatòries. La inactivitat de l'artista, és a dir, la seua falta d'ocupació, comporta perjudicis d'especial transcendència per a futures actuacions.
- Quin és l'abast d'aquest dret? Sembla que només inclou la prohibició d'exclusió dels assajos, però... i respecte a l'actuació? ¿És possible excloure l'artista contractat de l'actuació pública per a la qual va ser contractat? Doncs la resposta dependrà de l'activitat de què es tracte. La formulació normativa similar a la dels esportistes professionals genera problemes d'aplicació, ja que, a diferència de les competicions esportives, en el cas dels artistes en la majoria dels casos hauria de garantir-se també l'actuació davant el públic.

Temps de treball

El temps de treball es configura com una de les peculiaritats del treball dels artistes, pel context i les circumstàncies en què es desenvolupa aquest treball: davant el públic o per al públic, sobretot resulta especial en les actuacions que es desenvolupen en espectacles públics en directe (article 8).

El RD inclou una previsió respecte al temps de treball que inclou el temps dedicat als assajos; és a dir, que haurà de ser retribuït.

A més s'acompanya d'una remissió al conveni col·lectiu, i al pacte individual, donada la varietat de possibilitats d'activitats artístiques.

En tot cas s'hauran de respectar els límits de jornada establerts quant a la durada de la jornada màxima: 40 hores setmanals de mitjana en còmput anual, encara que s'estableix una distribució amb flexibilitat.

Els descansos com és obvi no podran coincidir amb les actuacions davant el públic (article 9.1), així que,

- El descans setmanal (36 hores) podrà no realitzar-se en dissabte/diumenge, sinó en un altre moment de la setmana, fins i tot realitzar-se de forma fraccionada (24/12).
- Els festius es gaudiran en un altre dia de la setmana.
- Les vacances es fraccionaran.

Retribució: diu l'article 7 RD: *“Un. La retribució dels artistes en espectacles públics serà, en les seues modalitats i quantia, la pactada en conveni col·lectiu o contracte individual de treball, amb respecte, en tot cas, de la normativa sobre salaris mínims. Dos. Tindran la consideració de salari totes les percepcions que l'artista tinga reconegudes enfront de l'empresa per la prestació de la seua activitat artística, sense més exclusions que les que deriven de la legislació vigent. Tres. Mitjançant la negociació col·lectiva es regularà, si escau, el tractament retributiu d'aquells temps en els quals, sense estar compresos en la noció de jornada de treball de l'article següent, el treballador es trobe en situació de disponibilitat respecte de l'empresari”.*

D'acord amb aquest precepte:

- El pacte col·lectiu o individual determinarà l'estructura i la quantia del salari.
- A més existiran percepcions extrasalarials; són habituals les dietes, les anomenades "despeses de butxaca", adquisició de maquillatge i útils d'artistes, o d'indumentària o vestuari.
- És important recordar la prohibició d'assajos de caràcter gratuït.
- En matèria salarial i respecte a les percepcions extrasalarials (destinades al rescabament de despeses realitzades en ocasió de l'activitat laboral) és necessari estar als convenis col·lectius de cada sector d'activitat artística o al contracte o pacte individual.

Extinció del contracte

En matèria d'extinció del contracte cal aplicar el règim de l'Estatut dels Treballadors (com assenyala l'article 10.5 RD) amb les següents **especialitats**:

- Extinció de contractes de durada determinada per fi de contracte: segons l'article 10.1 del RD 1.435/1985 «l'extinció del contracte de durada determinada es produirà pel total compliment del mateix, o per l'expiració del temps convingut, o, si escau, de la pròrroga o pròrrogues acordades». Amb açò la norma està adaptant el règim d'extinció dels contractes temporals a les diferents modalitats que l'article 5.1 del RD 1.435/1985 dissenya prèviament, ja que, en fer referència al fet que finalitzaran quan es produís el total compliment del contracte, s'ha de vincular amb l'extinció dels contractes celebrats per a una o diverses actuacions; i quan es refereix al fet que s'extingeixen per l'expiració del temps convingut, o per la de les pròrrogues acordades, hem de relacionar-ho tant amb els contractes celebrats per temps cert, com amb els celebrats per una temporada o pel temps que una obra roman en cartell.
- L'extinció dels contractes pot anar acompanyada d'un preavis i d'una indemnització, possibilitat que es converteix en imperativa en funció de la durada del contracte. Així, l'article 10.3 RD 1.435/1985 assenyala que «l'extinció del contracte haurà de ser preanunciada a l'artista amb deu dies d'antelació, si la seua durada ha sigut superior a tres mesos; amb quinze dies si ha sigut superior a sis mesos, i amb un mes si ha sigut superior a un any. La falta de preavis donarà lloc a l'abonament dels salaris corresponents al nombre de dies amb els quals hauria d'haver sigut preanunciada l'extinció del contracte».
 - Per tant, per a contractes de curta durada inferior a tres mesos no existeix **preavis**, i per a la resta, el preavis s'incrementa en relació amb la durada dels contractes: si el contracte ha tingut una durada superior a 3 mesos el preavis haurà de ser d'un mínim de deu dies; quinze dies si ha sigut superior a sis mesos i un mes de preavis si el contracte ha tingut una durada superior a l'any. El preavis, és a dir, la necessitat de comunicar l'extinció del contracte amb antelació al fet que aquesta es produís, podrà ser verbal o escrit, encara que cabria la seua exigència escrita per conveni col·lectiu o pacte individual; en qualsevol cas haurà de realitzar-se de forma expressa. La falta de compliment de l'obligació de preavisar, totalment o parcialment, obliga a indemnitzar al treballador amb els dies de salari corresponents

al temps incomplit. L'incompliment del preavís no afecta doncs la validesa de l'extinció, que produeix plens efectes.

- A més, també es preveu en l'article 10.2 del RD 1.435/1985 que, *«quan la durada del contracte, incloses si escau les pròrrogues, siga superior a un any, l'artista tindrà dret a una indemnització la quantia de la qual haurà de fixar-se en conveni col·lectiu o pacte individual. En absència de tal acord la indemnització serà de set dies de salari per any de servei, prorratejant-se per mesos els períodes de temps inferiors»*. Encara que poguera estimar-se que l'extinció de contractes temporals du aparellada una indemnització de finalització de contracte, la quantia de la qual la determinarà el pacte, individual o col·lectiu, o serà de la quantia determinada legalment de forma supletòria, no ens trobem davant una manera de compensar la precarietat laboral d'aquests treballadors, ja que normalment desenvoluparan la seua prestació subjectes a contractes d'escassa durada (ALZAGA, 2001).
- Extinció per incompliment del contracte:
- Cal diferenciar, en primer lloc, la **inexecució total de la prestació artística**: l'article 10.4 del RD 1.435/1985 determina que «l'incompliment del contracte per l'empresari o per l'artista, que comporte la inexecució total de la prestació artística, es regirà per l'establert sobre aquest tema en el Codi Civil». De manera que el tractament que el RD atorga a l'incompliment per inexecució total no suposa l'aplicació de normes pròpies de l'ordenament laboral, sinó de la normativa civil sobre l'incompliment de les obligacions, especialment l'article 1.124 CC. Ha de partir-se en primer lloc que la referència de l'article 10.4 del RD 1.435/1985 és aplicable únicament a la inexecució total, de manera que si la inexecució és parcial sí que haurà d'aplicar-se la normativa de l'ET. Es tracta d'un supòsit excepcional en l'àmbit laboral, en el qual els incompliments —greus i culpables— es resolen mitjançant l'extinció del contracte —a través de l'acomiadament disciplinari o de l'extinció per voluntat del treballador de l'article 50 de l'Estatut dels Treballadors davant incompliments empresarials—, i a més en cas que resulte l'abonament d'una indemnització, aquesta té caràcter taxat en relació a dos elements: el salari i el temps de prestació de serveis. L'excepcionalitat de l'aplicació d'aquest règim civil a un contracte laboral suposa una notòria deslaboralització de les causes i efectes de l'incompliment contractual (GARRIDO PÉREZ, 1999).

- Respecte al concepte d'inexecució total és necessari tenir en compte que el RD parla d'un requisit fonamental, quan es refereix que "... ni tan sols haja començat a realitzar-se el treball que constitueix la prestació pactada". El concepte d'inexecució es refereix a un incompliment del contracte per acció o omissió, que es presumeix que s'ha produït per la concurrència d'algun tipus de culpa en l'incomplidor, encara que caldrà provar que s'ha actuat amb diligència (ROQUETA BUJ, 1995). La inexecució total de l'article 10.4 del RD 1.435/1985 sembla referir-se estrictament als supòsits en què no s'ha realitzat cap activitat relacionada amb la prestació artística objecte del contracte, la qual cosa genera problemes conceptuals: és més fàcil d'identificar en activitats que es contracten per a la realització d'un únic o diversos concerts, bolos o gales, en derivar una obligació de tracte únic, ja que existeix incompliment total quan la gala o actuació no s'haja celebrat en les dates acordades. Però es dificulta en un altre tipus d'actuacions musicals d'execució continuada, per l'existència d'activitats diferenciades de l'actuació davant el públic o enregistrament. Una altra qüestió és la relativa a la realització d'activitats de promoció de l'espectacle prèvies a l'activitat artística.
- **Conseqüències:** En principi està prevista l'aplicació del Codi Civil, però d'altra banda, no ha de descartar-se la possibilitat que les parts pacten en el contracte de treball les conseqüències de la seua inexecució, encara que l'article 10.4 del RD 1.435/1985 remet exclusivament a la normativa civil.
- En aquest sentit l'article 1.124 Codi Civil determina que el perjudicat pot optar entre exigir el compliment o la resolució de l'obligació, amb el **rescabament de danys** i l'abonament d'interessos. Per a la possible aplicació del precepte a la relació laboral d'artistes en espectacles públics i malgrat la literalitat de l'article 1.124 Codi Civil cal distingir quan l'incompliment es produeix per part de l'artista o per part de l'empresari. En efecte, el caràcter personalíssim de la prestació laboral impedeix de *facto* el compliment forçós de l'obligació, convertint-se en una opció merament teòrica.
- La indemnització de danys i perjudicis inclou tant el dany emergent (pèrdua patida) com el lucre cessant (guany deixat d'obtenir). Ambdues qüestions han de ser objecte de prova. Si no s'acredita el lucre cessant gens ha d'abonar-se per aquest concepte. Quant al dany emergent —la pèrdua patida— ha de provar-se si es cobreix amb els salaris deixats de percebre, o ha d'afegir-se en funció d'altres expectatives: la publicitat, divulgació, ingressos de la Societat general d'Autors... que segurament

no pot integrar-se amb el *caché* màxim però és insuficient amb el salari pactat, havent d'incrementar-se (STSJ Madrid 2 de març de 2012).

- Com a contrapartida hi haurà inexecució **parcial** quan s'ha realitzat part de la prestació contractada, tant la principal —per exemple, en la STSJ Castella-Lleó, Burgos, de 20 de gener de 2005, tres de les quaranta gales contractades— com les activitats preparatòries (assajos, proves de so...). En aquests supòsits, com que ja no es pot parlar d'inexecució total i, per tant, no pot acudir-se al Codi Civil, s'han d'aplicar les normes laborals diferenciant per tant qui és el subjecte causant de la inexecució parcial.
- Finalment, l'article 10.5 del RD 1.435/1985 remet a l'Estatut dels Treballadors respecte a les modalitats d'extinció del contracte no regulades en l'article 10.

PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ARTISTES EN ESPECTACLES PÚBLICS

Són artistes?

a) L'activitat dels **actors de doblatge** que no aporten cap infraestructura; és l'empresa que els contracta la que subministra tots els mitjans tècnics i humans necessaris per al desenvolupament de la completa prestació de serveis. La prestació de serveis de l'artista es realitza sota la seua submissió a un director de doblatge. La funció de l'actor en el doblatge consisteix a interpretar i sincronitzar l'actuació de l'actor original amb la major fidelitat a la interpretació i seguint les indicacions del director de doblatge. Els actors de doblatge poden decidir si accepten o no participar en un doblatge determinat i fixen els dies de treball d'acord mutu amb l'empresa. Els artistes perceben els seus emoluments en atenció a la unitat d'obra (el *take*) i del cànon de convocatòria general (quantia fixa en cada crida).

b) **César** va subscriure un contracte amb ZeppTV com a participant en un concurs de TV, tipus reality, compost de diversos programes setmanals, diaris, debat i senyal 24 hores. En el contracte signat consta que, des que s'incorpora al programa fins que finalitza la seua estada, el participant rebrà 1.500 euros mensuals, quantitat que s'incrementarà en concepte d'indemnització per permanència de 42 euros per cada dia que el participant es mantingui en la casa des de la primera setmana de gravació fins a la quarta, incrementant-se a 90 euros des de la cinquena en endavant. Aquesta quantitat no es percep si el participant abandona la casa per la seua voluntat o per decisió de l'empresa si no acata les instruccions dels responsables del programa. La finalitat era l'obtenció d'un premi consistent en un habitatge construït en una parcel·la en un municipi a determinar per ZeppTV el valor aproximat serà de 700.000 euros.

c) **Presentació** ha prestat serveis per a una TV autonòmica des de l'any 2000. Ha estat signant una llarga sèrie de contractes temporals per a la realització d'una obra o servei determinat, en què constava que es contractava Presentació com a artista per realitzar la tasca de presentadora-entrevistadora en un programa televisiu. La tasca que realitzava consistia en la presentació i locució dels informatius d'un centre territorial, però també la realització d'entrevistes i la participació en l'elaboració de continguts de les notícies i informacions que s'emeten, ja que formava part de l'equip de redacció. Presentació posseeix el títol de llicenciada en ciències de la informació.

En el cas relatat en 1.b) la prestació va començar l'11 de febrer, però als 15 dies l'empresa va decidir no continuar amb el programa i va comunicar als participants la finalització de l'activitat. César va presentar demanda per acomiadament. Creu que es tracta d'un acomiadament o d'una extinció vàlida del contracte?

Un empresari del circ es troba amb l'eventualitat que una de les joves que participa en un número amb ponis cau malalta un dia abans de començar l'espectacle. Per aquesta raó, es planteja contractar els serveis de la germana, que, encara que només compta amb catorze anys d'edat, coneix l'espectacle de varietats i no necessita assajos. Desconeix si ha de realitzar algun tràmit, però donada la urgència formalitza el contracte, amb el consentiment dels pares. Seria vàlida la celebració del contracte?

Maria ha sigut contractada com a artista per una productora de televisió per a participar en un programa d'entreteniment. El contracte, escrit, inclou una clàusula relativa a la seua durada, segons la qual la relació que es formalitza és de naturalesa temporal, vinculada al fet que el programa continue emetent-se en funció de l'èxit, encara que es tracta d'un programa gravat. Us sembla adequada aquesta clàusula? Què passarà amb el contracte de Maria si finalitza l'emissió del programa per falta de audiència? **REDACTE** una clàusula de duració del contracte de Maria així com una relativa a un pacte de plena dedicació.

Juli ha vingut prestant serveis com a artista integrant del duo Majestic durant més de 7 anys, mitjançant successius contractes de treball per a obra o servei determinat, l'objecte del qual consistia en actuacions musicals en hotels i locals propietat d'un empresari per a l'entreteniment de la clientela, tot i que només prestava els seus serveis durant la temporada turística d'estiu. A l'inici de la temporada 2008 no va ser cridat per l'empresa per formalitzar la relació. Juli es considera acomiadat; l'empresa considera que es va produir la finalització del contracte a principis de setembre de 2007, per la qual cosa no hi ha res a reclamar. Quins arguments poden donar suport a cadascuna de les posicions, la de l'empresari i la del treballador?

José Ángel ha vingut formant part de l'orquestra "Són Orquestra TV" realitzant tasques de cantant i presentador. L'orquestra estava integrada per onze artistes (cantants i músics), cadascun dels quals aportava el seu instrument musical i el seu micròfon i equip individual d'àudio. L'orquestra realitza assajos almenys dos dies a la setmana, i realitza les seves actuacions entre l'1 de novembre i principi d'octubre de l'any següent. Descansen un mes. "Són Orquestra" és contractada per diferents organitzadors de festes i espectacles públics. José Ángel en l'última temporada ha

rebut un total de 16.240€. Dos dels membres de l'orquestra eren els que subscriuien els contractes i rebien l'import de l'actuació que posteriorment repartien entre els restants membres. A l'inici de l'última temporada, i atès el malestar creat entre els membres de l'orquestra per José Ángel, aquest no és cridat a formar part de la mateixa, que comença els assajos, i fins i tot les seves actuacions, amb un altre cantant. José Ángel considera que és objecte d'acomiadament i demanda tots els membres de l'orquestra. Creu que la seua actuació és ajustada a dret?

Quatre components del grup musical "XXX" han formalitzat un contracte per a la prestació de serveis com a músics en el centre de treball de l'empresa en Ctra. Fuencarral-Alcobendas, Km. 12.450, 28049 Madrid i/o espais de gravació, a canvi d'una retribució de 360€ bruts/programa treballat [...], pactant-se la seua duració "des del 7/01/2011 fins a la finalització dels treballs objecte de contractació, en relació amb la producció del programa titulat provisionalment "EL CLUB DE LA COMEDIA". L'empresa havia negociat amb la Cadena de Televisió "La Sexta", el programa "El Club de la Comedia", que es gravaria en el teatre Haagen Dazs Calderón. Els músics van gravar un vídeo durant el mes de desembre de 2010, amb la finalitat de fer la promoció de l'emissió televisiva del programa "El Club de la Comedia", que s'havia previst per al dia 1 de gener de 2011, així com una sessió fotogràfica amb el mateix objecte. Els músics van ser convocats per gravar el primer programa de "El Club de la Comedia", el 7 de gener de 2011, en el Teatre Haagen Dazs Calderón, a Atocha 10, i se'ls va remetre el "Pla de treball", en què s'estableix com a data d'emissió el diumenge 16 de gener, a las 21:30 hores, en La Sexta. Personats el dia senyalat, a les 7 del matí, la directora de Producció de GLOBO MEDIA, els va informar que per raons que desconeixia la cadena havia decidit que no hi haguera una banda sobre l'escenari en el programa i es prescindia de les seues actuacions, comunicant-los que no es realitzarien les gravacions previstes. Quina causa d'extinció ha utilitzat l'empresa? Ha complert els requisits formals? Tindran dret els músics a alguna indemnització?

QÜESTIONARI ARTISTES AMB RELACIÓ LABORAL ESPECIAL

LA REGULACIÓ DEL TEMPS DE TREBALL DELS ARTISTES AMB RLE

Trieu-ne una o més:

- a. Ha d'incloure el període de prestació artística però també el corresponent a assajos, gravacions, desplaçament i gires.
- b. El descans setmanal està garantit però no el seu gaudiment en cap de setmana.
- c. Les vacances anuals retribuïdes estan garantides per una duració mínima de 30 dies.
- d. Si els dies festius coincideixen amb l'activitat artística davant el públic es traslladarà el dia de descans.

EL PERÍODE DE PROVA

Trieu-ne una o més:

- a. Podrà tenir una duració màxima de 10 dies si el contracte té una duració entre dos i sis mesos.
- b. És un pacte que es pot incloure únicament en els contractes dels artistes amb relació laboral de duració superior a deu dies.
- c. Podrà tenir una duració màxima de 5 dies si el contracte és de duració inferior a 2 mesos.
- d. És un pacte que es pot incloure en tots els contractes dels artistes amb relació laboral especial.

LA RETRIBUCIÓ DELS ARTISTES AMB RLE

Trieu-ne una o més:

- a. Només retribuirà el temps en què es participa en l'espectacle públic.
- b. Haurà de compensar tant el temps corresponent a assajos com a gravacions i/o la participació en l'espectacle.
- c. Es podrà pactar en el contracte de treball, respectant el salari mínim i les previsions del conveni col·lectiu.
- d. En cas de desplaçament o gira no s'abonaran els períodes de temps en què el treballador es trobe en situació de disponibilitat respecte de l'empresari.

ELS ARTISTES AMB RELACIÓ LABORAL ESPECIAL

Trieu-ne una o més:

- a. Si treballen per a un organitzador d'espectacles públics no poden realitzar altres prestacions de serveis.
- b. Poden pactar la plena dedicació, que haurà de ser compensada econòmicament per l'empresari.

- c. Han de prestar els serveis artístics amb diligència de manera que han d'obtenir un rendiment mesurable de forma objectiva.
- d. Tenen dret a l'ocupació efectiva, per la qual cosa no poden ser exclosos dels assajos però sí de la participació en l'espectacle.

TEMA 3-B RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS

Relació laboral especial esportistes professionals

Elena Garcia Testal

Esportistes professionals

Per què és especial aquesta relació laboral?

- Peculiaritats de la prestació:
 - competicions davant del públic + activitats preparatòries
 - temporalitat dels serveis
- Peculiaritats del treballador
 - Condicions físiques
 - Incidència del club en aspectes de la vida no laboral
- Peculiaritats de l'ocupador: club o organitzador d'espectacles esportius

Qui és esportista professional amb relació laboral especial?

Notes: art. 1.2

Pràctica d'esport

Regularitat

Voluntarietat

Alienitat

Dependència (dins de l'àmbit d'organització i direcció d'un club o entitat esportiva)

Retribució

107

Inclusions

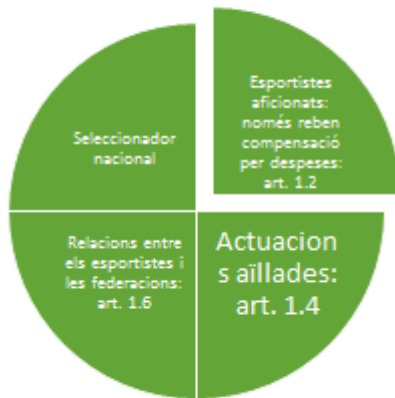
Per raó de l'ocupador: art. 1.3

- Contractació d'esportistes per empreses o firmes comercials
- Realització d'esport professional per a un organitzador d'espectacles esportius

Per raó del treballador:

- Tècnics i entrenadors → interpretació judicial

Exclusions



En general

- Quan falta algun **requisit** de l'art 1.2 RD
- Ex: treballadors de club que no es dediquen a la pràctica esportiva o actuacions esportives per compte propi

Exclusions

Esportistes aficionats: només perceben compensació per despeses (1.2 RD)

Actuacions aïllades (1.4 RD)

Relacions entre els esportistes i les federacions (1.6 RD)

Seleccionadors nacionals

En general

- Quan falta algun requisit de l'art 1.2 RD
- Exemples:
 - treballadors de club que no es dediquen a la pràctica esportiva
 - actuacions esportives per compte propi

Fonts de la relació especial: art. 21

RD 1006/1985, 26 juny

Supletòriament ET i resta de normes que no siguin incompatibles amb la naturalesa especial

Convenis col·lectius

Pactes individuals

109

Règim jurídic

1. Accés al contracte
 1. Forma i conseqüències incompliment
 2. Període de prova: art. 5
 1. Voluntat de les parts
 2. Màxim 3 mesos
 3. Durada temporal: art. 6
 1. Per temps cert
 2. Per nombre d'activitats esportives que són en conjunt una unitat
 4. Possibilitat de pròrrogues (temporal)
 5. Contracte per a la formació i TP

2. Drets i deures de l'esportista

1. Deure de diligència: art. 7.1 RD → dificultat de determinació
2. Llibertat d'expressió: art. 7.2 RD → Límits?
3. Participació en explotació comercial imatge: art. 7.3 RD. Annexa al contracte encara que aliena a la pràctica de l'esport
4. Ocupació efectiva: art. 7.4 RD
Contingut?
 1. Participació en entrenaments i activitats instrumentals o preparatòries. Excepcions
 2. Però no dret a participar en la competició, sempre que l'exclusió es fonamenta en raons esportives

Retribucions: art. 8

- Pactada
- Presumpció de salari
- Especialitats:
 1. Prima fitxatge (salarial)
 2. Prima permanència categoria (salarial)
 3. Compensació dret d'imatge (salarial o extrasalarial?)
 4. Prima traspàs: extrasalarial

Temps de treball: art. 9 i 10

1. Prestació de serveis davant públic + entrenament o preparació
2. No computen temps de concentració ni desplaçaments
3. Durada: conveni o contracte amb límits de l'article 34 ET; especialitats: descans setmanal (no coincident amb prestació davant el públic); festes: possibilitat de trasllat
4. Vacances anuals: coincident amb paralització activitat esportiva

Cessió: art .11

- Què és? Prestació **temporal** de serveis a un altre club
Què s'exigeix?
 - Consentiment de l'esportista i de tots dos clubs
 - Pacte exprés amb indicació de durada
- Pot ser **obligatori** per al club/dret l'esportista? 11.2 RD
- Quins **efectes** produeix?
 - Subrogació drets i obligacions cedent
 - Responsabilitat solidària

Tipus cessió temporal

1. Sense contraprestació econòmica entre els clubs
2. Amb contraprestació econòmica: dret de l'esportista a percebre una quantitat no inferior al 15%
3. Amb cessió recíproca d'esportistes: dret a percebre una quantitat econòmica del club de procedència (art. 11.4 RD)
4. Mixta: cessió recíproca i compensació econòmica entre clubs: acumulació beneficis

Extinció: art. 13 RD

Per mutu acord de les parts i traspàs

Per expiració del temps convingut o pel total compliment del contracte. → compensació per preparació o formació si acord (art. 14 RD)

Per mort o lesió (IP): indemnització 6 mensualitats

Per dissolució o liquidació del club

Per crisi econòmica del club o entitat esportiva

Per les causes vàlidament consignades en el contracte

Per acomiadament de l'esportista

Per voluntat de l'esportista professional

Especialitats:

1. Extinció per voluntat del club

1. Crisi **econòmica** o dissolució club (51 ET) i acomiadament disciplinari
2. Si acomiadament **disciplinari**:
 - Causes i forma? → Incompliment contractual greu, quins? ET, i art. 17 faltes i sancions
 - Si procedent → possible rescabament danys a favor del club
 - Si improcedent:
 - No previsió readmissió ni salaris de tramitació
 - Indemnització: pactada / judicial, mínima: 2 mesos de salari per any; ponderació judicial

2. Extinció per voluntat de l'esportista professional

Sense causa:

- No s'exigeix preavís
- Si escau, possible indemnització danys al club → possibilitat de pacte: clàusules de rescissió;
- Responsabilitat subsidiària d'un altre club, condicions

Amb causa: remissió art. 50 ET

Faltes i sancions

Art 17 RD

Faltes: inclouen

- Incompliments contractuals
- Conductes extraesportives que repercuteixin greu i negativament o menyscaben imatge del club

Sancions:

- Previstes **conveni**
- Inclou sancions **pecuniàries**
- No inclou sancions de reducció del dret al descans

INTRODUCCIÓ

En l'actualitat, la relació laboral especial dels esportistes professionals es troba regulada pel RD 1.006/1985, de 26 de juny. Es tracta d'una prestació de serveis que tradicionalment va ser exclosa de la legislació laboral. Va ser la STCT 24 de juny de 1971 la que va canviar aquesta tendència, ja que va reconèixer la naturalesa laboral de la relació que mantenen els esportistes i els seus clubs. La LRL de 1976 la va incloure com a relació laboral especial, però no es va desenvolupar reglamentàriament durant la seua vigència. L'Estatut dels Treballadors també la va declarar relació especial, i es va desenvolupar mitjançant el Decret 318/1981, posteriorment substituït pel Decret 1.006/1985, de 26 de juny.

La primera pregunta que cal realitzar és *per què és una relació laboral especial? O el que és el mateix: quines són les raons que justifiquen la seua especialitat?*

En aquesta relació especial les raons que s'han al·legat per a justificar el seu caràcter especial fan referència a:

- Peculiaritats de la prestació: l'objecte de la prestació està compost no únicament de competicions davant públic, sinó també d'entrenaments i activitats preparatòries; es tracta, a més a més, d'una prestació de serveis caracteritzada per la seua temporalitat.
- Peculiaritats del treballador: físiques, de preparació permanent i incidència de decisions del club en aspectes no laborals.
- Peculiaritats de l'ocupador: club o organitzador d'espectacles públics.

ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL

Qui és esportista professional amb relació laboral especial? Per contestar aquesta pregunta cal veure l'article 1.2 del RD, que estableix les notes que han de concórrer per a considerar l'existència de la relació laboral especial d'esportistes professionals:

“2. Són esportistes professionals els qui, en virtut d'una relació establida amb caràcter regular, es dediquen voluntàriament a la pràctica de l'esport per compte i dins de l'àmbit d'organització i adreça d'un club o entitat esportiva a canvi d'una retribució.”

Així doncs són necessaris els següents elements:

- Pràctica de l'esport: queden exclosos per tant de la relació especial els treballadors al servei del club o entitat esportiva que no realitzen activitats esportives: personal de neteja, massatgistes, metges, administratius, etc. Pel contrari, i en aplicació de la STS de 14 de maig de 1985 cal entendre inclosos en l'àmbit d'aplicació de la relació especial la prestació de serveis dels entrenadors. La raó que ho justifica és que l'expressió pràctica de l'esport no inclou únicament la participació directa en la competició, sinó també la preparació tècnica i física especialitzada, de manera que els entrenadors queden inclosos per la seua connexió directa amb el resultat; l'àmbit de la relació especial no s'ha d'aplicar solament a la participació directa en la competició sinó també a la preparació tècnica i física. Els entrenadors participen activament en la dinàmica entrenaments/competició.
- Amb regularitat: raó per la qual queden excloses les activitats aïllades per a un club.
- Ha de realitzar-se voluntàriament (similar a l'exigència de la relació laboral comuna).
- Per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció d'un club o entitat esportiva. Les prestacions per compte propi queden fora de la relació especial.
- A canvi d'una retribució (i, en conseqüència, no s'hi inclouen les prestacions de serveis en què els esportistes reben solament la compensació de les despeses derivades de la seua pràctica esportiva: el que es coneix com a esportistes aficionats). Però cal considerar que quan hi haja una vertadera retribució s'haurà de valorar com a relació laboral especial. És també important entendre que la qualificació com a aficionat o professional que efectua la federació és només orientativa, es tracta d'un criteri formal, sense valor per qualificar la prestació de serveis.
- No serà decisiva la qualificació de les parts, ni la qualificació que faça la federació, per tractar-se de criteris amb valor formal, i el que resulta important és valorar el compliment de les notes de laboralitat d'aquesta relació especial.

Així ho ha assenyalat GARCIA MÚRCIA, que fa referència a la necessitat de concurrència de dos tipus de pressupòsits:

1. El primer d'ells és la concurrència de les notes que de manera general actuen com a característiques del treball assalariat (segons la definició bàsica de l'art.1.1 de l'ET): voluntarietat, alienitat, subordinació i retribució.

- Voluntarietat, l'activitat esportiva haurà de realitzar-se previ consentiment del mateix esportista.

- Alienitat, ja que s'està parlant de persones que no realitzen la seua activitat per encàrrec directe del públic (dels «usuaris» o «consumidors» de l'esport, en definitiva), sinó que arriben a aqueix mercat de manera mediata, a través d'un altre. Per dir-ho de manera diferent: presten serveis per compte d'un altre i dins d'una organització empresarial que els és aliena, que pot ser simplement recreativa o, en canvi, actuar com a negoci i amb ànim de lucre, i que és la que apareix com a titular o promotora de la corresponent activitat davant el públic espectador.
- La subordinació o dependència ofereix una mica més de complexitat, encara que en definitiva suposa que l'esportista se sotmet a un ordre establert per l'organització per a la qual treballa (horaris, entrenaments, desplaçaments, etc.), la qual cosa pot (i ha de) ser compatible amb certa autonomia personal en la manera de realitzar la seua prestació.
- La retribució, en fi, al·ludeix a l'existència d'ànim lucratiu per part de l'esportista, en el sentit de realitzar el seu treball amb la finalitat d'obtenir un benefici en forma de contraprestació econòmica, més enllà de la simple cobertura de les despeses que l'activitat li poguera ocasionar; despeses que en el cas de l'esportista professional, i a diferència del professional lliure o de qui realitza l'esport pel seu propi compte, seran normalment imputables a l'organització per a la qual es treballa, precisament per aquella nota d'alienitat.

2. El RD 1.006/1985 utilitza un segon pressupòsit perquè puga parlar-se de relació laboral (especial) en la pràctica esportiva. Es tracta de la nota de «regularitat», que és habitual en el treball assalariat però que apareix a la definició general de l'article 1.1 de l'ET. En hipòtesi, el treball assalariat pot ser regular o merament ocasional, però el treball assalariat esportiu només pot ser «regular», la qual cosa constitueix sens dubte una de les seues peculiaritats en l'àmbit de les relacions laborals. D'aquesta manera, i com expressament diu l'article 1.4 d'aquesta norma, s'estan exclouent de l'àmbit d'aplicació del RD 1.006/1985 les «actuacions aïllades» dels esportistes professionals, encara que es realitzen per compte i sota la direcció d'un empresari o organitzador d'espectacles esportius; tal tipus d'actuacions donaran lloc, per tant, a relacions de caràcter civil (emmarcades, en conseqüència, dins del motle de l'arrendament d'obra o serveis) o, eventualment, a una relació laboral comuna (per a la qual no s'exigeix estrictament regularitat).

Els subjectes de la relació especial són l'esportista professional i el club o entitat esportiva. D'acord amb la Llei de l'Esport els clubs són associacions privades, integrades per persones físiques o jurídiques que tenen per objecte la promoció d'una o diverses modalitats esportives, la pràctica d'aquestes pels seus associats, així com la participació en activitats i competicions esportives.

Però a més dels clubs esportius es produeixen dues inclosions específiques en l'article 1.3 RD 1.006/1985 relacionades amb l'ocupador o empresari:

- *“Queden incloses en l'àmbit d'aplicació del present reial decret les relacions amb caràcter regular establides entre esportistes professionals i empreses l'objecte social de les quals consistisca en l'organització d'espectacles esportius”.*
- I afegeix *“així com la contractació d'esportistes professionals per empreses o firmes comercials, per al desenvolupament, en un i un altre cas, de les activitats esportives en els termes previstos en el nombre anterior”.*

Així doncs, a més de la **inclusió** ja assenyalada, relativa als tècnics i entrenadors que queden inclosos per interpretació judicial, en funció de l'ocupador es consideren incloses en la relació especial la contractació d'esportistes per empreses o firmes comercials i la realització d'esport professional per a un organitzador d'espectacles esportius.

L'àmbit d'aplicació es completa amb el règim d'**exclusions**:

- L'article 1.6 del RD diu: *“Les presents normes no seran aplicables a les relacions entre els esportistes professionals i les Federacions Nacionals quan aquells s'integren en equips, representacions o seccions organitzades per les mateixes”.* En aquest cas no estem davant una prestació voluntària de serveis, sinó que es configura com una obligació legal, que naix i es desenvolupa al marge de la relació laboral (ROQUETA), a més de tenir caràcter esporàdic.

En canvi, entre el seleccionador i la federació s'estableix una relació laboral especial d'alta direcció, amb caràcter permanent i voluntari.

- A més s'exclouen perquè no es donen les notes exigides:
 - Les actuacions aïllades: *“4. Les actuacions aïllades per a un empresari o organitzador d'espectacles públics, d'esportistes professionals al fet que es refereix aquest reial decret, estaran excloses de la present regulació, sense perjudici del caràcter laboral comú o especial que puga correspondre a la contractació i de la competència de la jurisdicció laboral per a conèixer dels conflictes que sorgisquen en relació amb la mateixa”.*
 - Les actuacions gratuïtes (és a dir que no es realitzen a canvi d'una retribució): *“Queden excloses de l'àmbit d'aquesta norma aquelles persones que es dediquen a la pràctica de l'esport dins de l'àmbit d'un club i en perceben solament la compensació de les despeses derivades de la seua pràctica esportiva”.* La qualificació per part de la Federació com a esportista aficionat o professional és només orientativa i no

vinculant. En efecte, com assenyala GARCIA MÚRCIA queden fora les activitats que es realitzen per entreteniment. També s'exclouen les que no obtenen benefici, encara que l'esportista perceba compensació econòmica per les despeses ocasionades per la seua activitat esportiva (com expressament diu l'art. 1.2 RD 1.006/1985), excepció aquesta que probablement estiga pensant en qui gaudeix de beca per a sufragar la seua activitat esportiva (per part d'una federació esportiva, per exemple), però que, segons demostra l'experiència pot amagar situacions de simulació, frau o abús i ha donat lloc en més d'una ocasió a reclamacions i litigis.

- També s'exclouen les activitats esportives realitzades per iniciativa del mateix esportista (per compte i risc de l'esportista, caldria precisar), de manera individual o en equip més o menys formalitzat, per inexistència de la nota d'alienat. I caldria excloure, finalment, les actuacions o prestacions esportives realitzades amb autonomia, és a dir, sense subjecció a la disciplina d'un club esportiu o d'una empresa organitzadora d'espectacles esportius, cosa que normalment succeeix quan l'esportista realitza la seua activitat pel seu propi compte i risc, (encara que també podria donar-se, en hipòtesi almenys, en activitats contractades per compte d'una empresa; per exemple, en una aparició estel·lar d'un esportista famós dins d'un espectacle esportiu organitzat per una empresa del sector).

SISTEMA DE FONTS

Les **FONTS** de la relació especial deriven de l'article 21 del RD, segons el qual en els aspectes no regulats pel Decret 1.006/1985 s'estarà a l'establert en l'ET i altres normes supletòries, sempre que hi haja compatibilitat amb la naturalesa especial de la relació. A més d'aquesta norma, és precís tenir en compte que existeixen convenis col·lectius (exemple futbol professional, ACB, handbol o ciclisme), que desenvolupen més els drets i deures de les parts, ja que el RD estableix un conjunt de normes aplicables a situacions referides a la pràctica d'esports molt diferents.

En esquema, el sistema de fonts seria:

- RD 1.006/1985, de 26 de juny.
- Supletòriament l'Estatut dels Treballadors i la resta de normes que no siguen incompatibles amb la naturalesa especial.
- Convenis col·lectius.
- Pactes individuals.

Accés al contracte

1. **Forma** i conseqüències de l'incompliment: S'exigeix (article 3 RD) forma escrita, però no s'especifica res respecte a les conseqüències del seu incompliment; hauríem d'aplicar l'article 8 ET quant a la presumpció de caràcter indefinit del contracte (l'article 21 RD assenyala l'Estatut dels Treballadors com a dret supletori). El problema és que aquesta solució és incompatible amb la naturalesa de la relació especial, que només admet la contractació temporal, per la qual cosa la combinació d'ambdues regles podria dur a entendre que si es formalitza verbalment, la relació existirà, però es presumirà de durada anual (durada d'una temporada oficial).
2. Període de **prova**: segons l'article 5 RD *“podrà concertar-se per escrit un període de prova, la durada del qual no podrà excedir de tres mesos i que es regirà pel que es disposa en l'Estatut dels Treballadors”*, és a dir, per l'article 14 ET. De manera que el pacte de període de prova és potestatiu per a les parts, però si s'inclou haurà de fer-se per escrit, i amb una durada màxima de tres mesos (limitació temporal d'acord amb la durada necessàriament temporal del contracte).
3. Durada **temporal del contracte**: Es tracta d'una de les especialitats d'aquesta relació especial, justificada per la pròpia naturalesa de l'activitat esportiva. En efecte, l'article 6 del RD estableix: *“La relació laboral especial dels esportistes professionals serà sempre de durada determinada, podent produir-se la contractació per temps cert o per a la realització d'un nombre d'actuacions esportives que constitueixen en conjunt una unitat clarament determinable o identificable en l'àmbit de la corresponent pràctica esportiva. Podran produir-se pròrrogues del contracte, igualment per una durada determinada, mitjançant successius acords al venciment del terme originalment pactat. Solament si un conveni col·lectiu així ho establís podrà acordar-se en els contractes individuals un sistema de pròrrogues diferent de l'anterior, que en tot s'ajustarà a les condicions establides en el conveni”*.

La durada del contracte és doncs una de les especialitats d'aquesta relació especial. La temporalitat del vincle es troba justificada per la naturalesa de l'activitat esportiva que pot desenvolupar-se només durant un temps determinat per les exigències de forma física, habilitats, etc. No s'estableix la possibilitat de contractació indefinida, però tampoc unes durades mínimes o màximes.

Només es concreten dues modalitats de contractació:

1. Per temps cert: caldrà concretar una data de terminació o una durada concretada en dies, mesos, o fins i tot anys o temporades.
2. Per a la realització d'un nombre d'actuacions esportives que constitueixen una unitat (nombre de competicions oficials que formen una temporada esportiva).

És possible formalitzar posteriorment pròrrogues. Les pròrrogues es produeixen al final del termini inicialment fixat, la qual cosa té per objecte impedir l'establiment de pròrrogues anticipades que priven el treballador de llibertat contractual en el moment d'arribar a aquest terme.

A més es fa menció de dues modalitats de contractació, el contracte per a la formació i el contracte de treball a temps parcial (article 4 RD), però en tots dos casos es fa per a remetre's a la regulació de l'ET. Encara que hi haja previsió al respecte de la utilització d'aquests contractes, resulta difícil concebre la seua utilització: en el cas del contracte per a la formació, per la dificultat de determinar la formació teòrica vinculada al contracte; i en el cas del contracte a temps parcial, perquè el caràcter professional de l'esportista professional normalment requereix una dedicació a temps complet, encara que caldria contractar per a un nombre d'hores al dia, o de dies a la setmana o al mes, la qual cosa succeirà en aquells casos en què per les retribucions percebudes l'esport no puga constituir el mitjà fonamental de vida del treballador, que haurà de compatibilitzar amb altres prestacions de serveis que li reporten una retribució.

Drets i deures de l'esportista

- Deure de **diligència**: article 7.1 RD: *“L'esportista professional està obligat a realitzar l'activitat esportiva per a la qual se'l va contractar en les dates assenyalades, aplicant la diligència específica que corresponga a les seues personals condicions físiques i tècniques, i d'acord amb les regles del joc aplicables i les instruccions dels representants del club o entitat esportiva”*. Resulta difícil mesurar la diligència que ha d'exigir-se a un esportista (no pot vincular-se als resultats esportius, ja que en aquests influeixen no solament criteris subjectius del treballador sinó també criteris externs). A diferència de la relació ordinària que es fonamenta en criteris objectius (núm. de peces o resultats obtinguts) en la relació laboral d'esportistes professionals el deure de diligència es mesura per aspectes subjectius —les personals condicions físiques

i tècniques de l'esportista, les regles del joc o les instruccions del club— i per factors externs —l'adversari, les decisions arbitrals, l'actuació dels companys—. Per açò no és una obligació de RESULTAT.

- **Llibertat d'expressió:** article 7.2 RD: *“Els esportistes professionals tindran dret a manifestar lliurement les seues opinions sobre els temes relacionats amb la seua professió, amb respecte de la Llei i de les exigències de la seua situació contractual, i sense perjudici de les limitacions que puguen establir-se en conveni col·lectiu, sempre que estiguen degudament justificades per raons esportives”*. Es reconeix encara que s'admet l'establiment de límits en conveni, justificats per raons esportives. En tot cas seran nul·les les disposicions per les quals els clubs imposen límits que no respecten les previsions constitucionals.
- Participació en **explotació comercial d'imatge:** article 7.3 RD. Quant a la participació en els beneficis que es deriven de l'explotació comercial de la imatge dels esportistes s'estarà al que si escau poguera determinar-se per conveni col·lectiu o pacte individual, excepte en el supòsit de contractació per empreses o firmes comercials previst en el número 3 de l'article 1 del real decret. Encara que l'objecte del contracte siga la pràctica esportiva en ocasions s'acompanya de l'explotació de la imatge de l'esportista per part del club. L'explotació de la imatge no forma part del contracte de treball però sí que hi està vinculada; és doncs una qüestió annexa al contracte encara que aliena a la pràctica de l'esport. El decret estableix que l'esportista té dret a participar en els beneficis derivats de l'explotació de la seua imatge. Es discuteix si aquestes percepcions econòmiques tenen naturalesa salarial —no retribueixen el treball sinó l'explotació de la imatge— però sí que queden normalment vinculades al contracte (per exemple en matèria de durada) encara que pot pactar-se un règim independent de vigència. Si es tracta d'un esportista contractat per empreses o firmes comercials per al desenvolupament d'espectacles esportius es presumeix que el dret a la pròpia imatge ha sigut cedit a la firma comercial.
- **Ocupació efectiva:** article 7.4 RD: *“Els esportistes professionals tenen dret a l'ocupació efectiva, i no poden, excepte en cas de sanció o lesió, ser exclosos dels entrenaments i altres activitats instrumentals o preparatòries per a l'exercici de l'activitat esportiva”*. El dret a l'ocupació efectiva no inclou el dret de l'esportista a ser alineat o a participar com a titular en totes les competicions. Només inclou el dret a participar en entrenaments o activitats preparatòries. Donada la singularitat de l'activitat que realitzen, necessiten una adequada preparació física que s'adquireix i conserva amb l'exercici de la professió.

Quan els serveis de l'esportista no són utilitzats en competició oficial davant el públic l'esportista pot exigir la cessió a un altre club (art. 11.2 RD) o l'extinció del contracte fonamentada en l'incompliment de l'empresari (art. 16.2 RD en

relació amb l'article 50 ET). És el cas de David Albelda, en relació amb la seua absència en entrenaments, preparatius i partits oficials.

Així doncs el seu contingut es concreta en participació en entrenaments i activitats instrumentals o preparatòries, però no en dret a partits, sempre que l'exclusió estiga fonamentada en raons esportives.

- **Retribucions:** article 8 RD: La retribució serà la pactada entre les parts, i tenen la consideració de salari les percepcions que rep l'esportista del club per la prestació dels seus serveis. Hauran de quedar excloses d'acord amb l'article 26 de l'ET les quantitats rebudes per les despeses que es realitzen (indemnitzacions), les prestacions de la Seguretat Social, les indemnitzacions corresponents a trasllats, suspensions i acomiadaments, i, en general, totes les percepcions econòmiques que encara que les rep en ocasió de la seua prestació de serveis no tenen causa en aquesta.

Situacions especials de retribucions en aquestes prestacions de serveis:

- Primes de fitxatge: no tenen naturalesa compensatòria o indemnitzadora; constitueix una contraprestació de treball; són salari (STS 17-11-2004).
 - Permanència categoria (pagament per romandre en una categoria; similar a incentius o retribucions salarials vinculades al rendiment). Retribueix la prestació de serveis al llarg de la temporada esportiva en funció del resultat obtingut a la seua finalització. S'abona en finalitzar la temporada: abonament en període superior al mes.
 - Compensació dret imatge: es retribueixen directament (salarial) o a través d'empreses interposades (extrasalarial). Es reporta com a conseqüència de l'explotació de la imatge del treballador pel club, i de forma continuada en el temps. El conveni col·lectiu de futbol professional assenyala que són salarials si escau i l'article 32 del mateix conveni afegeix que si el futbolista explota la imatge en el seu nom té la consideració de salari, i si l'explotació l'ha cedit a tercers, no (sentència cas Albelda).
 - Prima de traspàs: té naturalesa indemnitzadora.
- **Temps de treball:** La regulació del temps de treball es troba en els articles 9 i 10 del RD. La jornada de l'esportista professional comprèn tant la prestació efectiva dels seus serveis davant el públic com el temps que dedica a entrenament o preparació física i tècnica. En canvi no computen ni els temps de concentració previs a la celebració de competicions o actuacions esportives ni els desplaçaments fins al lloc de celebració de les competicions.

En matèria de durada haurà d'estar-se als límits generals de l'ET amb les següents especialitats:

- Descans setmanal: no coincidirà amb les competicions davant el públic; és possible no gaudir del dia i mitjà de forma ininterrompuda.
- Descans anual: vacances: dret a trenta dies naturals; el seu gaudiment coincidirà amb la paralització de l'activitat esportiva.
- Festes: podran traslladar-se a un altre dia de la setmana per exigències esportives.

- **Cessió** d'esportistes professionals entre clubs: l'article 11 RD regula aquestes cessions temporals, configurant-se una excepció a la regulació de l'article 43 ET. Assenyala aquest article: *"Els clubs o entitats esportives podran cedir temporalment a uns altres clubs els serveis d'un esportista professional, amb el consentiment exprés d'aquest"*.

El règim jurídic, per tant, és el següent:

1. La cessió exigeix el consentiment manifestat de forma expressa de l'esportista i dels clubs afectats.
2. Pot ser obligatòria per al club quan l'esportista no ha participat en competicions al llarg d'una temporada.
3. Ha de ser sempre temporal (si fora definitiva rebria el tractament de traspàs, i seria causa d'extinció del contracte de treball per mutu acord: cessió definitiva).
4. La durada de la cessió no podrà superar el temps que reste de vigència del contracte amb el club de procedència.
5. Efectes: El cessionari quedarà subrogat en els drets i obligacions del cedent, i responen tots dos clubs solidàriament del compliment de les obligacions laborals i de seguretat social; però l'esportista continua vinculat al club de procedència, al qual necessàriament tornarà.
6. Tipus de cessió temporal:
 - Sense contraprestació econòmica entre els clubs.
 - Amb contraprestació econòmica: dret de l'esportista a rebre una quantitat no inferior al 15%.
 - Amb cessió recíproca d'esportistes: dret de l'esportista a rebre una quantitat econòmica del club de procedència (article 11.4 RD).
 - Mixta: cessió recíproca i compensació econòmica entre clubs: acumulació de beneficis.

EXTINCIÓ: El règim d'extinció de la relació laboral es troba a l'article 13 RD, que estableix que les causes d'extinció són les següents:

1. Per acord mutu de les parts i traspàs.
2. Per expiració del temps convingut o pel total compliment del contracte.
3. Per mort o lesió (amb incapacitat permanent).
4. Per dissolució o liquidació del club.
5. Per crisi econòmica del club o entitat esportiva.
6. Per les causes vàlidament consignades en el contracte.
7. Per acomiadament de l'esportista.
8. Per voluntat de l'esportista professional.

Del règim jurídic d'aquestes causes d'extinció cal destacar les següents especialitats respecte del règim previst a l'ET:

- 1. Acord mutu + traspàs: El contracte de l'esportista pot extingir-se per acord d'ambdues parts en qualsevol moment. Aquesta extinció no genera dret a indemnització llevat que s'hagués pactat. Dins d'aquest supòsit cal referir-se al traspàs o cessió definitiva, un supòsit particular d'extinció per acord mutu. En aquest cas, assenyalava l'article 13 RD que "s'estarà al que les parts pacten sobre condicions econòmiques de conclusió del contracte; en absència de pacte la indemnització per a l'esportista no podrà ser inferior al 15 per 100 brut de la quantitat estipulada".
- 2. Expiració del temps convingut o total compliment del contracte: es refereix amb aquesta fórmula a l'extinció relativa a la finalització de contractes temporals en relació a les dues modalitats de contractació temporal a què es refereix el real decret. En aquest cas l'especialitat és que aquestes causes d'extinció s'acompanyen de la regulació de la denominada "compensació per preparació o formació" (article 14 RD): si després de l'extinció del contracte per aquesta causa l'esportista estipula un nou contracte amb un altre club o entitat esportiva es podrà pactar per conveni col·lectiu l'existència d'una compensació per preparació o formació, que correspon al nou club abonar al de procedència.
- 3. Extinció del contracte per les causes vàlidament consignades en el contracte (article 13.g RD) suposa la possibilitat de les parts d'extingir el contracte per acord entre les parts manifestada en el contracte de treball vinculada a una condició resolutòria, amb uns límits: que no constituís abús de dret per part del club, que siga vàlida i que no es tracte de condicions impossibles o contràries a la llei.

- 4. Extinció per lesió, que produís incapacitat permanent total o absoluta o gran invalidesa o mort (article 13.d RD), donarà dret a una indemnització mínima de sis mensualitats si es produeixen com a conseqüència de l'exercici de l'esport, al marge de les corresponents prestacions de seguretat social.
- 5. Extinció per voluntat del club:
 - L'extinció per crisi econòmica que impedeix el normal desenvolupament de l'activitat del club o entitat esportiva, i que justifica una reestructuració de la plantilla d'esportistes; es determina a l'article 13.f RD. Es tracta d'acomiadaments col·lectius fundats en causes econòmiques, i podrà afectar tota la plantilla o una part; s'ha d'aplicar l'article 51 ET.
 - L'extinció per dissolució o liquidació del club per acord de l'Assemblea General de socis és causa d'extinció de la relació laboral dels esportistes (article 13 i RD), i suposa l'extinció dels contractes dels esportistes professionals quan no hi haguera successió en la titularitat del club.
 - L'acomiadament de l'esportista es fonamentarà en un incompliment contractual greu de l'esportista, sense especificar el decret quins són els incompliments greus que justifiquen vàlidament l'acomiadament, per la qual cosa haurà d'acudir-se a l'article 54 ET, així com a l'article 17 del decret que estableix el règim de faltes i sancions; també per a la forma de l'acomiadament s'ha d'acudir a l'ET, en concret a l'article 55 ET. Respecte als efectes de l'acomiadament caldrà estar a les possibilitats de qualificació previstes amb caràcter general (procedent, improcedent i nul) però amb les especialitats assenyalades a l'article 15 RD:
 - Si es declara improcedent i no hi ha readmissió: s'haurà d'abonar la indemnització pactada o fixada judicialment, amb un mínim en tot cas de dues mensualitats de les retribucions periòdiques, més la part proporcional dels complements de qualitat i quantitat de treball rebuts durant l'últim any, per cada any de servei.
 - En cas d'acomiadament procedent serà possible la fixació d'indemnitzacions a favor del club, en funció dels perjudicis econòmics ocasionats a aquest.
- 6. Extinció per voluntat de l'esportista professional:
 - El contracte podrà extingir-se per voluntat de l'esportista sense al·legar cap causa ni exigència de termini de preavís. No obstant açò, podrà existir una indemnització pels danys i perjudicis causats al club. Aquesta indemnització podrà ser fixada per

acord entre les parts en el contracte de treball. En absència de pacte entre les parts podrà determinar-se judicialment en funció de les circumstàncies concurrents. A més pot haver-hi responsabilitat d'un altre club, si en el termini d'un any des del moment de l'extinció del contracte, l'esportista contracta amb un altre club o entitat esportiva. El nou club serà responsable subsidiari del pagament d'aquestes obligacions pecuniàries.

- També podrà extingir-se per alguna de les causes previstes en l'article 50 ET, amb els mateixos efectes que l'acomiadament improcedent sense readmissió. Haurà de sol·licitar-se judicialment.

Faltes i sancions: El règim d'infraccions i sancions dels esportistes professionals es troba a l'article 17 RD. Les notes destacables d'aquesta regulació són:

- Es poden sancionar no solament les conductes laborals sinó també les no esportives: el poder directiu de l'empresari traspasa a la vida privada del treballador. Les conductes no esportives per a ser sancionades han de repercutir de manera greu i negativa en el rendiment o menyscar de forma notòria la imatge del club.
- La graduació d'infraccions ha d'estar prevista en el conveni col·lectiu; això no priva als clubs de preveure el quadre de faltes i sancions en el reglament de règim interior;
- Són possibles les sancions pecuniàries, a diferència del que passa en la relació laboral ordinària.

PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ESPORTISTES PROFESSIONALS

1. Són esportistes professionals amb Relació Laboral Especial? Justifiqueu la resposta.

- a. L'activitat dels que es dediquen de manera ocasional a la pràctica de l'esport dins de l'àmbit de direcció d'un club.
- b. La prestació de serveis d'un jugador de futbol per a la seua selecció nacional, cada vegada que és convocat.
- c. La prestació de Mario, jugador de futbol de la plantilla del club esportiu VV, en la categoria de tercera divisió, segons contracte escrit entre el club i l'esportista. Al contracte figura que presta serveis com a jugador aficionat, així com que per compensació de despeses rep 1.800 euros/mes i un habitatge, el lloguer del qual el paga el club. Aquest també es fa càrrec de tot el material necessari per a la pràctica esportiva i totes les despeses de desplaçament originades per la pràctica del futbol. Mario acudeix a tots els entrenaments i als partits a què és convocat, i segueix sempre les ordres i directrius del club. El futbolista està, a més, inscrit a la Federació de Futbol, però amb llicència d'aficionat.
- d. La prestació de serveis de Fermín per al Reial Madrid Club de Futbol amb la categoria de "Tècnic Observador". El seu treball consisteix en acudir a partits de diferents categories i equips i analitzar i informar sobre la potencialitat de jugadors per a l'entitat esportiva. No està subjecte a horaris, sinó que acudeix a visionar determinats partits depenent de la zona que li era adjudicada. Fermín formalitza contractes anuals.
- e. L'activitat d'un motociclista que ha signat un contracte amb una firma comercial, pel qual es compromet a fer publicitat, mitjançant la inclusió en la vestimenta de competició i d'entrenament del nom comercial, a canvi d'una compensació econòmica que utilitza per a sufragar les despeses de carrera, personals, imatge i altres.
- f. L'activitat esportiva realitzada pels integrants de l'equip d'alevins de futbol del Club Esportiu WW per la qual paguen al club cadascun una quantitat mensual a canvi de la pràctica esportiva.
- g. La prestació realitzada per l'entrenador auxiliar del CLUB DE FUTBOL DAMM-FUNDACION DAMM, amb submissió als horaris d'entrenament determinats pel

club, una hora i mitja els dilluns de cada setmana més el temps dedicat a la participació en activitat de competició en horaris determinats per la Federació corresponent, a canvi de 300€ al mes, més la compensació de les despeses dels desplaçaments. La relació es va formalitzar verbalment.

- h. L'activitat realitzada pels fisioterapeutes d'un club de tennis.
- i. L'activitat de Primitivo, que presta serveis professionals com a ciclista professional per a l'empresa GM BIKES SA ja que forma part de l'equip ciclista Saunier Duval.

2. En la Fundació Unió D'esport Vilanova presten serveis: 3 administratius; 87 entrenadors i/o entrenadors de porters; 17 monitors; 2 coordinadors tècnics. Tots, entrenadors i monitors, administratius, coordinadors, reben retribucions a càrrec de la Fundació. Els coordinadors tècnics s'encarreguen de determinar el temps de treball del personal. Els monitors/entrenadors utilitzen l'uniforme de la Fundació. Quan els entrenaments finalitzen, els entrenadors contacten amb el coordinador per a explicar el desenvolupament de la jornada.

Busca alguna Sentència que resolga un cas semblant al descrit i determina en cada cas si es tracta de relacions laborals ordinàries o especials d'esportistes professionals.

3. El club d'handbol SA va contractar un entrenador per a les temporades 2007/2008 i 2008/2009. En la clàusula vuitena del contracte es va disposar: "les parts acorden que el club podrà resoldre el contracte sense reportar pagament d'indemnització en data 30 de juny de 2008, en el cas que el club no aconseguira l'objectiu de competir en la Champions League per a la temporada 2008/2009". L'equip va quedar fora de les places directes que donaven accés a aquesta competició, per la qual cosa el tècnic va rebre una carta en data 16 de maig de 2008 en la qual es procedia a resoldre el seu contracte amb efectes de 30 de juny. No obstant açò, l'equip va rebre una invitació de la Federació Europea d'Handbol per a participar en la Lliga de Campions, tenint en compte l'historial europeu de l'equip. A la vista d'açò l'entrenador va considerar que no procedia l'aplicació de la clàusula vuitena i va demandar l'entitat esportiva per acomiadament improcedent.

Busque alguna sentència que resolga un cas semblant al descrit i conteste:

- a. Resulta aplicable el Decret 1.006/1985?

- b. A quina causa d'extinció del contracte es refereix la clàusula vuitena del contracte de l'entrenador?
- c. Resulta adequadament aplicada?

4. Elías, jugador de bàsquet professional va ser contractat pel Club Càceres 2016-Ciutat de bàsquet des del 19 de desembre de 2007, amb un salari de 15.000 dòlars nets mensuals. El 30 de setembre de 2008 va ser condemnat per la comissió d'un delictes de conducció sota la influència de begudes alcohòliques a la pena de multa de 5 mesos i 10 dies i a la privació del permís de conducció de vehicles de motor durant 12 mesos. Els mitjans de comunicació social es van fer ressò de la notícia. El 12 de setembre de 2008 el club havia inclòs en el reglament de règim interior com a falta molt greu la condemna per delictes dolós. Després de la condemna penal el club va decidir incoar expedient disciplinari que va concloure amb la rescissió de la relació laboral per acomiadament.

Busque alguna sentència que resolga un cas semblant al descrit i conteste:

- a. Es tracta d'una conducta no laboral, podrà ser sancionada?
- b. Quins requisits han de concórrer per a poder ser sancionat per una determinada conducta?
- c. Concorre causa justa per a un acomiadament disciplinari en una conducta no laboral?

5. David ha prestat serveis com a jugador professional de futbol de la plantilla del V.C.F des de 1995 i amb un salari anual de 2.775.000 euros anuals. David és titular de l'equip, i participa en la majoria dels partits en el campionat nacional de lliga i en competicions europees. Comparteix el càrrec de capità de l'equip amb dos jugadors més. En data 2 de novembre de 2007 es produeix un canvi d'entrenador. Aquest decideix deixar fora dels partits David, juntament amb 2 altres jugadors de l'equip, la qual cosa li va comunicar el 18 de desembre d'aqueix any, manifestant-li que no ho convocaria mai més mentre fóra entrenador. Després d'aqueix dia, David entrena alguns dies de la setmana amb tots els membres de la plantilla, i altres dies de forma separada, juntament amb els companys no convocats o lesionats, de manera que es considera exclòs d'alguns entrenaments-concentracions anticipades als partits per a

entrenar en el mateix camp de la competició. A més ha cessat com a capità de l'equip. El treballador sol·licita l'extinció del seu contracte en data 2 de gener de 2008. Des del dia 17 de desembre fins al 2 de gener s'havien disputat dos partits als quals no havia sigut convocat, i els jugadors havien gaudit del període de vacances de nadal. La demanda del futbolista es fonamenta en incompliments empresarials, per la qual cosa sol·licita una indemnització de seixanta milions d'euros.

- a. Considera ajustada a dret la seua demanda? Argumente jurídicament la seua resposta valorant el tipus d'incompliment que David pot considerar que concorre, així com el dret a ser alineat/convocat a les competicions i el dret a l'ocupació efectiva.
- b. David percebia una quantitat propera als 500.000 € en concepte d'explotació del dret d'imatge a través de la mercantil DV SL, 2.722.000 € com a prima de contracte, 52.800 € de sou anual. A més en la temporada prèvia havia obtingut diferents primes com a conseqüència de la consecució de determinats resultats esportius per l'equip, que com a retribució variable aconseguixen els 300.000 €. En cas que es declare el dret a rebre una indemnització en favor de David, haurien de prendre's en consideració aquestes quantitats per al càlcul d'aquesta indemnització?

TEMA 4: RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTS DE COMERÇ I AGENTS MERCANTILS

Representants de comerç i mediadors mercantils

RD 1438/1985, 1 AGOST

ELENA GARCIA TESTAL

Activitat d'intermediació pot configurar-se
com

- Relació laboral
 - Comú → ET
 - Especial → art. 2.1.f ET i RD 1438/1985
- Relació mercantil (exclosa): art. 1.3.f ET
 - Agent comercial (Llei 12/1992)

Criteris de delimitació

Arts 2.1.f ET i 1.3.f ET

- Alienitat/assumpció de riscos

RD 1438/1985 i Llei 12/92:

Dependència:

- "no puga organitzar la seua activitat professional ni el temps dedicat a la mateixa conforme als seus propis criteris"
- "actuen conforme a les instruccions del seu empresari pel que fa a matèries com a horaris de treball, itineraris, criteris de distribució, preus o forma de realitzar les comandes i contractes"

Autoorganització

Relació laboral especial

Notes laborabilitat

- Persona física
- Alienitat: inexistència assumpció risc operacions
- Dependència: submissió ordres i instruccions, poder direcció i disciplinari: no organització feina ni temps

Exclusions

- Titulars organització empresarial autònoma: (contracte d'agència)
- Els que ho fan en locals i amb horari: laboral comuna
- Els que responen del bon fi
- Agents d'assegurances

Elements comuns RLE i relació exclosa (si persona física)

Objecte del contracte: promoure operacions mercantils

No assumptió riscos

No subjecció horari o jornada

No inserció en locals empresa

No exclusivitat (pacte)

Retribucions: quantitat fixa o comissions

Indemnització per clientela

135

Règim jurídic de la RL especial

Contracte: durada (art. 3 RD):

- Llibertat parts / no causal (no art. 15 ET)
- Determinada: fins a 3 anys
- Preavis fi contracte: un mes, ¿pròrroga automàtica?

Contracte: forma i contingut:

- Objecte del contracte: promoure i / o concertar operacions mercantils
- Exclusivitat / prohibició competència deslleial: 2.2 i 9 f) i g) RD

... Contingut

- **Clientela:** art. 2.2 RD en relació amb art. 5 RD
- Mostrari i instruments de treball: art. 6 RD
- **Retribució:** art. 8 RD
 - Comissions (directes i indirectes)
 - Mixta
 - Quantitat fixa
 - Extrasalarials: compensació despeses

Especialitats en el **temps** de treball: art. 4 RD

Especialitats en matèria d'extinció

S'aplica ET

Preavís dimissió (10.2 RD)

Càlcul indemnitzacions (10.3 RD)

IMPORTANT → Pacte de no competència postcontractual (10.4 RD) i indemnització per clientela (11 RD)

RESUM TEMA 4 RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE REPRESENTANTS DE COMERÇ I AGENTS MERCANTILS

INTRODUCCIÓ

La prestació de serveis com a intermediari mercantil pot quedar sotmesa a diferents règims jurídics segons quina siga la manera en què aquesta prestació de serveis es desenvolupa.

Tradicionalment, han existit tres tipus d'agents comercials o venedors, que han desenvolupat aquesta activitat, uns assumeixen el risc i ventura de l'operació i els altres dos no (ALEMANY, 1999): el que assumia el risc i ventura, tenia el caràcter de comissionista mercantil, i la seua relació se regulava pel Codi de Comerç i, en conseqüència, estava exclòs de l'àmbit d'aplicació del Dret del Treball. En la pràctica no eren pocs els supòsits en els quals, amb l'aparença d'un contracte mercantil, arribava a encobrir-se una vertadera relació laboral. Als comissionistes mercantils s'unien els representants de comerç amb una relació laboral ordinària i d'altres subjectes a una relació laboral denominada especial, que està regulada pel RD 1435/1985, d'1 d'agost. Amb l'entrada en vigor de la Llei 12/1992, de 27 de maig, reguladora del contracte d'agència, s'ha incorporat al nostre ordenament —per la transposició de la Directiva 86/653 CEE— una altra figura que realitza les tasques de promoure i concertar operacions en nom d'un altre, denominada «agent de comerç», exclòs de l'àmbit laboral però amb moltes notes comunes amb el representant de comerç, la qual cosa ha vingut a modificar els criteris existents en la nostra jurisprudència.

Així doncs l' activitat d'intermediació pot configurar-se com:

- Relació laboral
 - Comuna → es regularà per Estatut dels Treballadors.
 - Especial → es regularà per article 2.1.f Estatut dels Treballadors i RD 1435/1985, d'1 d'agost.
- Relació mercantil (exclosa): prevista a l'article 1.3.f Estatut dels Treballadors.
 - Agent comercial (es regularà per la Llei 12/1992).

CRITERIS DE DELIMITACIÓ

Els articles 2.1.f Estatut dels Treballadors i 1.3.f Estatut dels Treballadors centren la delimitació entre la relació exclosa de l'àmbit laboral i la relació considerada laboral especial en la nota d'alienitat, és a dir, se centra en la concurrència d'assumpció de riscos en la labor d'intermediació. Però aquest criteri cal que siga objecte de revisió a la vista de la Llei 12/1992, que regula el contracte d'agència mercantil en relació amb el RD 1.438/1985, d'1 d'agost.

Segons l'article 1.3.f) de l'ET queda exclosa «l'activitat de les persones que intervenen en operacions mercantils per compte d'un o més empresaris, sempre que queden personalment obligats a respondre de la bona fi de l'operació assumint el risc i ventura de la mateixa».

L'article 1.3.f) ET exclou de l'àmbit de l'ET els mediadors que queden obligats a assumir el risc i ventura de les operacions en què intervenen, perquè en ells no es dóna la nota d'alienitat. L'assumpció del risc es manifesta quan el mediador es responsabilitza dels fallits que es pugen ocasionar en les operacions en què ha intervingut, assumint-los totalment o parcialment, la qual cosa no ha de confondre's amb la pèrdua de la comissió, que sí serà compatible amb l'existència d'una relació laboral especial de representant de comerç.

Per la seua banda, la Llei 12/1992, de 27 de maig, reguladora del contracte d'agència, permet que es configure una relació d'agent mercantil, encara que aquest no haja acordat l'assumpció dels riscos de les operacions en què intervé, però s'exigeix que la prestació de serveis sempre es desenvolupe de manera independent, és a dir, que l'agent ha de poder organitzar la seua activitat professional i el temps que li dedica conforme als seus propis criteris.

D'aquesta manera, serà la dependència o independència del mediador, el criteri que permetrà distingir l'agent mercantil que no assumeix el risc de les operacions del representant de comerç. En aquest mateix sentit, l'article 1.2 del RD 1438/1985 exclou de l'àmbit d'aplicació de la relació laboral especial els que es dediquen a promoure o concertar operacions mercantils com a titulars d'una organització empresarial autònoma, és a dir, amb instal·lacions i personal propi. La dependència, per la seua banda, es presumirà existent quan les operacions mercantils es promouen conforme a les instruccions de l'empresari pel que fa a matèries com a horaris de treball, itineraris, criteris de distribució, preus o forma de realitzar les comandes i contractes.

Per la seua banda, els agents d'assegurances amb relació mercantil quedaran sotmesos a la Llei 26/2006, de 17 de juliol, de mediació d'assegurances i reassegurances privades. Es tracta de treballadors autònoms, que en cas de complir els requisits establerts a l'article 11 de la Llei 20/2007, d'11 de juliol, de l'Estatut del Treball Autònom, seran considerats treballadors autònoms econòmicament dependents, amb les especialitats previstes en el capítol II del Decret 197/2009, de 23 de febrer.

Com s'ha assenyalat (Fernández López, 1999) l'atenció del legislador laboral és prèvia a la del legislador mercantil, situació que es perllonga fins a la Llei 12/1992. Fins a aquest moment el panorama general va ser de laboralització massiva dels representants de comerç. La norma comunitària tracta d'homogeneïtzar al màxim el règim de figures, així com de tutelar els mediadors mercantils. La incorporació de la directiva a l'ordenament espanyol, a través de la Llei 12/1992, se superposa al RD 1438/1985. La dificultat de distinció ve determinada pel fet que no poques clàusules o pactes poden estar presents indistintament en tots dos contractes.

El RD 1438/1985 delimita la figura de la relació laboral especial a través de dos tipus de mecanismes:

- Definició en positiu dels representants de comerç, art. 1.1 RD.
- Enunciació en negatiu dels supòsits exclosos (art. 1.2.b RD) → titulars d'una organització empresarial autònoma; a través d'una doble presumpció referida, d'una banda, als mitjans materials inherents a l'organització productiva (presumpció positiva), i, d'altra banda, en la llibertat d'autoorganització del servei pel subjecte afectat, deduïda de l'absència d'instruccions de l'empresari pel que fa a matèries com horaris de treball, itinerari, criteris de distribució, preus o forma de realitzar les comandes i contractes (presumpció negativa).

Així a l'hora de distingir judicialment:

- En primer lloc, es tracta d'apreciar si existia o no participació del treballador en el risc de les operacions: és a dir, si responia personalment dels impagats.
- En segon lloc, cal valorar la dependència, que sempre es troba molt atenuada, i és, en conseqüència, extremadament difícil de valorar. Hi ha resolucions judicials que tracten de trobar la dependència en concretes condicions de treball vinculades al fet que el

representant ha pogut o no organitzar la seua activitat i el temps dedicat a la mateixa, amb relació als conceptes autoorganització-heteroorganització.

L'existència de relació laboral especial depèn de la concurrència de les següents notes: ha de tractar-se d'una persona física, que presta serveis amb alienitat (inexistència assumpció risc operacions); i amb dependència (submissió ordres i instruccions, poder direcció i disciplinari: no organització de la feina ni del temps).

Les exclusions per la seua banda fan referència als següents subjectes:

- Els titulars d'una organització empresarial autònoma: autònoms amb contracte mercantil d'agència.
- Els que fan el seu treball als locals de l'empresa i sotmesos a l'horari determinat per l'empresa: laboral comuna.
- Els que responen del bon fi de les operacions en què intervenen.
- Els agents d'assegurances.

S'ha de tenir en compte que existeixen abundants elements comuns a la relació laboral especial i a la relació exclosa (quan es tracte d'una persona física):

- Objecte del contracte: promoure operacions mercantils.
- No assumpció riscos.
- No subjecció horari o jornada.
- No inserció en locals empresa.
- No exclusivitat (pacte).
- Retribucions: quantitat fixa o comissions.
- Indemnització per clientela.

RÈGIM JURÍDIC DE LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL

- **Contracte:** la **durada** del contracte especial de la relació especial dels representants de comerç està regulada a l'article 3 RD en els següents termes: *“Un. La durada del contracte serà la que s'hi preveu. Si no es fixés una durada determinada, s'entendrà que el contracte es pacta per temps indefinit”*. La primera regla és per tant la llibertat de les parts per determinar la durada de la relació laboral especial, sense necessitat

d'al·legar una causa de temporalitat, ja que no s'aplica l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors. En cas que no es determine s'entendrà que es tracta d'una contractació de duració indefinida. Respecte als contractes de duració determinada, l'apartat 2 de l'article 3 del RD determina que *“els contractes per temps determinat no podran tenir una durada superior a tres anys”*, i s'afegeix que *“quan es concerten per un termini inferior al màxim establert podran prorrogar-se abans del seu termini per acord entre les parts, una o més vegades, per períodes no inferiors a sis mesos, sense que en cap cas el temps acumulat, inclòs el de les pròrrogues, pugui excedir del referit termini màxim”*. Per tant, s'ha de tenir en compte la possibilitat d'aplicar la pròrroga tàcita dels contractes fins a esgotar la duració màxima temporal. Segons aquesta regla, aplicable quan el contracte s'ha pactat per un termini inferior al màxim establert legalment, suposa que quan arriba el moment de finalització inicialment pactat, si no es denuncia la finalització per cap de les parts amb una antelació mínima d'un mes al final de la seua vigència, ni existeix acord exprés de pròrroga, i es continua realitzant la prestació laboral, els contractes es prorroguen automàticament fins a esgotar la duració màxima.

Respecte al període de prova l'apartat 3 de l'article 3 remet a l'Estatut dels Treballadors: *“El període de prova es regularà pel que es disposa en l'Estatut dels Treballadors”*.

Contracte: **forma** i contingut: L'article 2 del RD estableix el requisits de forma i contingut del contracte en el següents termes:

- Els empresaris i els treballadors hauran de formalitzar per escrit el seu contracte de treball.
- Hi ha un contingut mínim: Identificació de les parts i del tipus d'operacions mercantils que haurà de promoure o concertar el treballador amb expressió dels productes o serveis; concreció de les facultats atribuïdes al treballador, especialment si pot concertar o no operacions en nom de l'empresari; determinació de si el treballador s'obliga o no a treballar en exclusiva per a l'empresari; concreció de la delimitació de la zona, demarcació o categoria de clients en relació amb els quals haja de prestar els seus serveis el treballador, assenyalant si escau si l'empresari li atorga o no l'exclusiva per a aquest àmbit d'actuació; i també el tipus de retribució acordada i la durada del contracte.
- En annexos al contracte es ressenyaran, si escau, l'inventari i valor que s'atribueix al mostrari o relació de productes i als restants instruments de treball que es faciliten per l'empresari i la relació de mitjans que el treballador aporta per al desenvolupament de la seua labor.

Possibles **pactes**:

Exclusivitat i prohibició **competència** deslleial: el contingut normatiu el trobem als articles 2.2 i 9 b), f) i g) RD. L'article 2.2 RD assenyala com a contingut mínim del contracte la circumstància de treballar o no en exclusiva per a l'empresari. El apartats b, f i g de l'article 9, entre les obligacions del treballador inclouen:

- *b) Desenvolupar la seua activitat de promoció de manera correcta, evitant qualsevol actuació que pugui suposar competència deslleial amb altres empreses o que pugui perjudicar el prestigi o els interessos de l'empresari, circumstàncies aquestes la prova de les quals correspon a l'empresari.*
- *f) No prestar serveis a empreses competidores.*
- *g) Donar a conèixer a l'empresari les altres empreses a les quals preste els seus serveis, i obtenir l'autorització d'aquell per a assumir nous compromisos amb altres empreses, si així s'hagués pactat.*

De la combinació d'aquests preceptes resulta: que es pot treballar amb exclusivitat per a un empresari o treballar per a més d'un empresari. Si es treballa per a més d'una empresa, s'ha de donar a conèixer a la resta, i fins i tot obtenir l'autorització si aquesta obligació s'ha pactat. Finalment, no s'admet la prestació de serveis per a empreses competidores, perquè aquesta actuació seria considerada competència deslleial.

- **Clientela:** article 2.2 RD en relació amb article 5 RD:
 - A més de tractar-se d'un contingut mínim del contracte, l'article 5 RD regula de forma extensa la qüestió de la clientela. Comença amb un reconeixement general: *"Els treballadors compresos en l'àmbit d'aplicació del present reial decret tindran dret al fet que es reconega per la seua empresa la clientela que hagen aconseguit com a conseqüència del seu treball, i la que aquella assignara a l'inici de la seua gestió"*; per continuar, estableix la possibilitat d'incorporar un llistat amb un annex al contracte, que s'actualitzarà anualment i al final de la relació laboral, mitjançant la inclusió dels captats pel treballador en el curs de la seua activitat, i fent constar, si escau, la variació en el volum de les operacions realitzades durant l'any. En la relació corresponent al final de la relació laboral només s'inclouran els clients que hagen fet operacions en els últims dos anys. A l'efecte d'inclusió en la relació de clients al fet que es refereix el número anterior, només es consideraran els que hagen dut a terme amb l'empresa alguna operació mercantil en els dos anys anteriors a la data de contractar el treballador.

- Important és la previsió de l'apartat 4, segons el qual *“cap de les parts podrà variar unilateralment la zona o demarcació territorial ni la relació de clients assignats en el contracte, aplicant-se, de produir-se alguns d'aquests fets, el que es disposa en el número 5 d'aquest article”*, així com la de l'apartat 5: *“L'assignació per part de l'empresari, d'una zona ja atribuïda a un treballador, a un altre o altres treballadors en perjudici del primer, portarà aparellada l'adequada compensació econòmica, que serà fixada, si no hi ha acord entre les parts, per la jurisdicció competent. En tot cas, el treballador podrà sol·licitar l'extinció del contracte de treball amb la indemnització assenyalada en l'article 41.3 de l'Estatut dels Treballadors, que podrà ser incrementada en el percentatge i condicions que es determinen en l'article 11 del present reial decret”*, que posa de manifest la importància de l'assignació de la clientela, i les seues possibles modificacions poden ser considerades modificació substancial de condicions de treball.
- Respecte al mostrari i instruments de treball, elements imprescindibles per a poder desenvolupar correctament el seu treball, l'article 6 del RD determina el seu règim jurídic, d'acord amb el qual:
 - En els casos en què per al desenvolupament de la seua activitat l'empresa proporciona al treballador mostrari d'articles, relació de productes o instruments de treball, haurà de fer-se un inventari del seu contingut en annex al contracte, si ho requereix el seu valor o ho exigeix alguna de les parts.
 - Els treballadors seran responsables de les pèrdues o danys que, en tot o en part, puguen patir el mostrari o els instruments de treball per la seua culpa o negligència, i d'aquelles altres que no haja posat en coneixement de l'empresa en els deu dies següents al seu esdeveniment.
 - A la finalització del contracte de treball haurà de retornar-se a l'empresa el material que haguera rebut com a mostrari o instrument de treball, i si no és possible el seu valor actualitzat i segons l'estat en què es trobe (a no ser que es pacte el contrari).

- Els empresaris no poden retenir més de quinze dies els mostraris o instruments de treball, quan siguen requerits els treballadors per a la seua actualització o modificació.
- L'empresa vindrà obligada a facilitar els mostraris o instruments de treball amb l'antelació que permet desenvolupar amb normalitat la seua activitat al treballador. L'incompliment d'aquesta obligació per l'empresari donarà dret al treballador a aquesta indemnització pels danys i perjudicis que pot causar aquesta demora.
- L'empresari facilitarà en temps oportú les tarifes i restants condicions per a la contractació amb els tercers, així com el moment en què les noves tarifes i condicions s'apliquen a les operacions ja obtingudes pel treballador, i que han sigut cursades a l'empresari o són a punt de ser-ho.

Retribució: Entre les obligacions de l'empresari que estableix l'article 7 del RD hi ha la de pagar la retribució pactada, fent les corresponents liquidacions en els terminis establerts, i la de compensar-li les despeses de desplaçament. A més l'article 8 del RD determina el règim jurídic de les retribucions de la següent forma:

- Les retribucions estaran constituïdes per comissions sobre les operacions en què ha intervingut i han sigut acceptades per l'empresari, sempre que en el contracte s'haja establert la necessitat d'aprovació, o d'una part fixa i una altra per comissions sobre aquestes operacions, més els incentius i compensacions que hagueren pactat en el contracte. Finalment, la retribució també podrà consistir exclusivament en una quantitat fixa.
- Si s'ha pactat retribució per comissions, corresponen al treballador comissions per totes les operacions que es realitzen en la seua zona, o amb la clientela a ell assignada, i que es perfeccionen per la seua mediació; però també tindrà dret a comissions per les operacions realitzades directament per les empreses, si així s'haguera estipulat. Les empreses vindran obligades a donar a conèixer als treballadors l'import de les mercaderies o els serveis que s'hagen proporcionat directament als clients.
- El dret a la comissió naixerà en el moment del pagament pel client en execució del contracte celebrat amb l'empresa, encara que es pot pactar una altra cosa. Correspon a l'empresa liquidar i pagar al treballador les comissions, en el termini d'un mes, que podrà ampliar-se fins a tres mesos mitjançant pacte entre empresari i treballador.

- En cas que el negoci no arribés a bon fi per culpa provada de l'empresari, el treballador tindrà dret a la comissió com si el client haguera realitzat el pagament corresponent.
- L'empresa haurà de lliurar als treballadors rebut de pagament segellat i signat, en el qual han d'aparèixer detallades les operacions i, correlativament, les quanties de les comissions.
- Pot pactar-se que les indemnitzacions per despeses realitzades com a conseqüència de l'activitat laboral del treballador siguin assumides pel treballador, però s'ha de tenir en compte aquesta circumstància en la determinació de la retribució.
- Quan el treballador preste serveis en exclusiva per a un sol empresari tindrà dret a percebre amb caràcter immediat la compensació de les despeses de desplaçament, tant per quilometratge com a dietes, en la quantia fixada en els contractes individuals o convenis col·lectius.

Especialitats en el **temps** de treball: l'article 4 del RD estableix algunes regles en matèria de jornada de treball en aquesta relació especial. La principal especialitat radica en què el treballador no tindrà subjecció a jornada o horari de treball concret, sense perjudici de les previsions contingudes en els pactes col·lectius o individuals. També afegeix l'article el reconeixement del dret a vacances anuals retribuïdes segons determinen els pactes col·lectius o el contracte, o les normes laborals de caràcter general; així com el dret als permisos pagats previstos en l'article 37, apartat 3, de l'Estatut dels Treballadors.

Finalment, els articles 10 i 11 del RD determinen quines són les especialitats en matèria de suspensió i **extinció** del contracte, començant amb la regla general segons la qual les normes contingudes en l'Estatut dels Treballadors en matèria de suspensió i extinció de la relació laboral són d'aplicació a la relació especial, sempre que no siguin contradictòries amb el que estableix el reial decret.

La primera especialitat fa referència al període de preavis en cas de dimissió del treballador, que s'estableix en un mínim de tres mesos.

Respecte al càlcul d'indemnitzacions, l'article 10.3 estableix que seran fixades d'acord amb el que preveu l'Estatut dels Treballadors, però afegint una regla per al càlcul del salari que s'ha d'utilitzar, atès que es tracta de treballadors amb salaris no regulars: el salari mensual es calcula amb la mitjana d'ingressos obtinguts els dos anys anteriors a l'acomiadament o resolució del contracte o període inferior, si escau.

I finalment, l'article 10 del RD regula el pacte de no competència postcontractual, que hem de posar en connexió amb la indemnització per clientela que regula l'article 11 del RD. Aplicant aquests articles resulta que es considera vàlid el pacte en virtut del qual el treballador s'obliga a no competir amb l'empresari, ni a prestar els seus serveis a un altre empresari competidor, per a després d'extingida la relació laboral. Per a que el pacte siga vàlid s'han de respectar els següents requisits:

- Que l'extinció del contracte no siga deguda a l'incompliment per l'empresari de les obligacions que li corresponen.
- Que l'empresari tinga un interès industrial o comercial en això.
- Que s'abone al treballador una compensació econòmica adequada. S'entén que s'ha satisfet aquesta compensació quan s'hagués indemnitzat el treballador per la clientela aconseguida.
- Que el pacte no tinga una durada superior a dos anys.

Respecte a la indemnització per la clientela, l'article 11 del RD assenyala que es tracta d'una indemnització especial, diferent de la que pogués correspondre-li per acomiadament improcedent, en consideració a l'increment de clientela aconseguït, i es vincula a la concurrència de les següents circumstàncies:

- a) Que l'extinció del contracte no tingués com a causa l'incompliment pel treballador de les obligacions que li corresponen.
- b) Que una vegada extingit el contracte, el treballador estigui obligat a no competir amb l'empresari o a no prestar els seus serveis per a un altre empresari competidor del mateix.

Per calcular la indemnització per la **clientela** es compararan les llistes de clients establertes d'acord amb el que disposa l'article 5, en iniciar i extingir-se la relació laboral, prenent, si és el cas, en consideració, l'increment del volum de les operacions. A falta d'acord entre les parts, la indemnització per la clientela es fixarà judicialment, sense que pugui excedir de l'import total de les comissions corresponents a un any, calculat a partir de l'import mitjà del total de les comissions percebudes durant els últims tres anys, o període inferior que hagués durat la relació laboral, si s'escau.

PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL DE LES PERSONES QUE INTERVENEN EN OPERACIONS MERCANTILS

1. Per a poder determinar l'àmbit de la relació laboral especial hem de començar per llegir l'article 1.3.f del Estatut dels Treballadors i l'article 2.1.f de l'Estatut dels Treballadors

- a. A la vista de tots dos preceptes: Quin és el criteri de delimitació entre l'exclusió (article 1.3.f Estatut dels Treballadors) i la relació laboral especial (article 2.1.f Estatut dels Treballadors)?

A continuació hem de llegir l'article 1.1 i 1.2 del RD 1438/1985 —norma que desenvolupa l'article 2.1.f Estatut dels Treballadors—; però també els articles 1 i 2 de la Llei 12/1992, que regula el contracte d'agència.

Després de la lectura de tots els preceptes:

- b. Canviaries o ampliaries la teua resposta a la pregunta a., en definitiva... on radica la diferència entre el representant de comerç, sotmès a la relació laboral especial, i qui assumeix el paper d'agent mercantil, a l'empara de la Llei 12/1992?

2. A continuació podries fer una valoració de les següents afirmacions (V o F).

- a. Serà determinant la denominació que les parts donen al contracte per a poder assenyalar la naturalesa de la prestació de serveis.
- b. Caldrà valorar el contingut real de les prestacions concertades.
- c. Poden existir relacions jurídiques no laborals en les quals es donen certes notes o elements típics de la relació laboral especial de les persones que intervenen en operacions mercantils.
- d. Els que assumeixen el risc i ventura de les operacions queden en tot cas exclosos de l'àmbit laboral.
- e. Els que no assumeixen el risc i ventura de les operacions queden en tot cas inclosos de l'àmbit laboral.

f. L'element determinant és la dependència o independència de qui fa la labor d'intermediació.

g. Es presumirà existent la dependència en qui no puga organitzar la seua activitat professional ni el temps dedicat a la mateixa conforme als seus propis criteris.

3. Ara ja pot determinar la naturalesa jurídica de les següents prestacions de serveis

a. **Cintia** presta serveis per a l'empresa RN, realitzant funcions comercials i administratives (gestions per a la compra de material, contractació de línia telefònica...). No disposa d'horari de treball fix, sinó que acudeix a les oficines de l'empresa en funció de les necessitats comercials o administratives. En l'empresa disposa de taula, ordinador i correu electrònic propis, tenint una targeta d'empleat per a accedir a l'edifici. Està donada d'alta en el RETA. Percep tots els mesos una retribució fixa, a més de les corresponents comissions i coordina les seues vacances amb les de la resta del personal de l'empresa.

b. **Vicente** subscriu un contracte pel qual es compromet a desenvolupar i realitzar actuacions i gestions necessàries per a la venda de productes de la línia de construcció i/o manteniment de la mercantil AE SL. L'empresa lliura a Vicente la tarifa de preus, mostraris, telèfon mòbil, vehicle... Els impagaments que es produeixen en les vendes realitzades pel treballador són a càrrec de l'empresa, excepte negligència greu. El treballador cobra les comissions que es reflecteixen en el contracte i té dret a gaudir de 30 dies de vacances. Vicente efectua les seues funcions sense subjecció a jornada ni horari concret. Visita els clients que l'assenyala l'empresa d'acord amb la planificació mensual que aquesta efectua.

c. **José Antonio** presta serveis per a l'empresa ONC com a agent venedor del cupó, sense assumir el risc i ventura de les operacions que realitzava. La seua activitat es desenvolupa en un àrea determinada per l'empresa, havent de liquidar al final de la jornada o l'endemà els cupons venuts i arreplegar els de l'endemà. Una vegada finalitza la venda dels cupons i després de la realització de la liquidació José Antonio acaba el seu treball sense prefixar-se hora determinada a tal fi. El contracte formalitzat s'acull al decret 1.438/1985.

d. **Ángel** va formalitzar un contracte en el qual constaven les següents clàusules: la mercantil Keros C concedeix a Ángel la representació dels seus productes perquè, com a intermediari independent, concerte operacions de compravenda en la zona de

Catalunya i Andorra. Àngel podrà simultanejar aquesta representació amb la d'altres productes sempre que no siguin competència directa. Es concedeix la representació en exclusiva, sense que pugui, en la zona assignada, ostentar-la una altra persona diferent. Quedarà eximit de tota responsabilitat per defectes de qualitat de la mercaderia lliurada o retards en el lliurament. Percebrà en concepte de comissions determinades quantitats calculades en funció de les operacions en les quals intervinga. Comunicarà a l'empresa les comandes, i aquesta les podrà rebutjar o acceptar. L'agent no tindrà dret a cobrar comissió si són rebutjades les comandes. L'agent perdrà el dret a la comissió si el client no pagara l'operació acordada. L'empresa posa a la seua disposició mostraris, catàlegs, tarifes i altres documents necessaris per a realitzar la seua activitat. No podrà contractar subagents sense el consentiment de l'empresa. Àngel organitzarà la seua prestació de serveis sense subjecció a jornada ni horari, i sense rebre ordres ni instruccions respecte a itineraris o clients. A tal efecte cada setmana Àngel es planifica una subzona on treballar, es fa el llistat de clients antics i els possibles nous clients, i organitza les visites.

e. **Vidal** va subscriure el dia 2 de gener de 1997 un contracte mercantil amb Editorial Planeta SA. En data 1 de juliol de 2010 va subscriure un contracte de representant de comerç amb aquesta empresa. Des de l'inici de la seua prestació de serveis (1997), les condicions de treball són les següents: Vidal es dedica a la venda d'obres de l'editorial, per a la qual cosa va rebre formació, està integrat en un grup de venedors dirigit per un cap d'equip i ha d'acudir a les oficines de l'empresa entre les 9:30 i les 10 hores. En eixe moment el cap d'equip li marca la zona geogràfica on ha de realitzar les seues funcions i s'hi desplaça; entre les 20 i 22 hores ha d'acudir al punt de reunió del grup que havia assignat el cap d'equip, al qual se li han d'indicar les incidències de la jornada. Vidal només ha de visitar els clients que consten en les fitxes que li han estat lliurades. Si Vidal falta al treball ha d'aportar un document a l'empresa de justificació. Vidal només pot gaudir de les vacances a l'agost.

4. Les següents prestacions de serveis són relacions laborals especial de representants de comerç. Aplicant el RD 1.438/1985 conteste les següents qüestions del seu règim jurídic.

a. Óscar presta serveis per compte de l'empresa Xifre SL, amb categoria professional de representant de comerç amb relació laboral especial. En el contracte celebrat entre les parts es va pactar expressament que la retribució del treballador estaria composta per comissions i una quantitat fixa mensual que ascendeix a 1.000€ bruts per dotze mensualitats. Té dret Óscar a pagues extraordinàries?

b. Agustín va entrar a formar part de la plantilla de Duato SA l'1 de febrer de 2009, en virtut d'un contracte de treball com a representant de comerç de naturalesa temporal, amb una durada prevista de 2 anys prorrogable per períodes d'un any, si no hi ha denúncia expressa mínima de sis mesos. En data 11 d'octubre de 2010 l'empresa li va notificar el següent: "Finalitzant el pròxim dia 31 de gener de 2011 el contracte de treball de representant de comerç que té subscrit amb aquesta empresa, mitjançant la present carta se li notifica la denúncia del mateix, quedant extingida la relació laboral i la seua vinculació amb l'empresa a l'acabament de la jornada de l'indicat dia". Agustín va demandar per acomiadament. Creu que l'empresa ha actuat correctament o realitza algun incompliment? Amb quines conseqüències? L'extinció produïda serà vàlida o haurà de prorrogar-se automàticament el contracte?

c. Joan presta serveis per a una empresa que es dedica a l'activitat de venda i comercialització de productes contra el dolor. La seua tasca consisteix en la venda d'una màquina als clients que l'empresa li proporciona. L'empresa li organitza les visites, els dies i els horaris. No consta que haja assumit el risc i ventura de les operacions. Percep quantitats variables per comissions, no una retribució fixa. L'empresa vol introduir al seu contracte una clàusula que limite el seu treball amb empreses de la competència, que entre en vigor quan finalitze el contracte.

Redacte una clàusula vàlida d'acord amb les previsions normatives.

d. Eva va iniciar la seua prestació de serveis per a l'empresa Raúl SL dedicada a la promoció immobiliària el 6 de maig de 2008, per a efectuar gestions de mediació i venda d'immobles. El 22 de novembre de 2010 Eva va ser acomiadada disciplinàriament davant un incompliment greu i culpable de les seues obligacions. Eva no va reclamar contra l'acomiadament, però sí que reclama la indemnització per clientela que estableix l'article 11 del RD 1438/1985. Creu que li correspon? Quins requisits haurien de donar-se per a rebre indemnització per clientela?

TEMA 5: ALTRES RELACIONS LABORALS ESPECIALS

**LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS QUE PRESTEN SERVEIS EN
DESPATXOS D'ADVOCATS**

Relació especial dels advocats que presten serveis en despatxos d'advocats, individuals o col·lectius

RD 1331/2006, 17 NOVEMBRE

Elena García Testal

Prestacions de serveis d'advocats

Professional lliure o autònom:

- Com a titular d'un despatx individual
- Mitjançant agrupació amb altres advocats (despatx col·lectiu o multiprofessional)

Per compte d'altri

- En l'àmbit d'una empresa → relació laboral comuna
- En l'àmbit d'un despatx d'advocats, individual o col·lectiu → relació laboral especial
- En una AP → funcionaris

Relació laboral especial

No previsió en ET

Creació mitjançant Llei 22/2005 i desenvolupament mitjançant RD 1331/2006

Fonaments de la seva regulació com a relació especial

- Exercici de les seves funcions respectant llibertat i independència professional (autonomia tècnica)
- Respecte a les normes estatutàries i deontològiques, i a la disciplina del Col·legi Professional
- Relació triangular: advocat, empresari (titular del despatx) i client

154

Subjectes del contracte

Advocats



serveis retribuïts, amb dependència i per compte d'un

Despatx d'advocats



- individual, col·lectiu o multiprofessional

Objecte del contracte

Prestació de **l'activitat professional d'advocat** en despatxos d'advocats

(art. 3 RD)

Tenir en compte el que diu l'EGAE en el seu article 9:

1. Són advocats els qui, incorporats a un Col·legi espanyol d'Advocats en qualitat d'exercents i complerts els requisits necessaris per a això, es dediquen de manera professional a l'assessorament, concòrdia i defensa dels interessos jurídics aliens, públics o privats.

En definitiva, defensa judicial, assessorament i consell jurídic

Exclusions de l'àmbit d'aplicació

Exercici per compte propi com a titulars individuals d'un despatx

Exercici en despatxos col·lectius (socis o altres)

Relacions entre advocats que comparteixen elements materials però amb independència

Relacions de col·laboració entre despatxos

Despatxos de familiars propers

Règim jurídic del contracte

Forma escrita

Accés al contracte

- Modalitats de contractació: totes les de l'ET
- Contracte en pràctiques: art. 9RD: especialitats
- Període de prova

Pacte de permanència, exclusivitat, no competència

Drets i deures

Temps de treball: nul·litat parcial del precepte

Retribució

Poders empresarials

Suspensió i extinció

RESUM LA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS QUE PRESTEN SERVEIS EN DESPATXOS D'ADVOCATS

INTRODUCCIÓ

La relació especial dels advocats que presten serveis en despatxos d'advocats, individuals o col·lectius està regulada al RD 1.331/2006, de 17 de novembre.

Per als supòsits d'assessorament o assistència d'advocats caben dues opcions:

- a. Si les tasques es desenvolupen amb autonomia i independència, les parts quedaran vinculades per un arrendament de serveis (article 1.588 i següents del Codi Civil).
- b. Si, per contra, existeix dependència o subordinació a un empresari o client, les parts quedaran vinculades per un contracte de treball.
- c. A més és perfectament possible que existisca exercici lliure i autònom de la professió amb uns clients i simultàniament, per les circumstàncies en què es desenvolupa l'activitat, es tinga amb determinada persona física o jurídica una relació que haja de qualificar-se com a laboral.

Si l'activitat consisteix en la realització d'una obra (realització d'un informe, per exemple) procedirà la qualificació com un contracte civil d'execució d'obra.

Finalment els supòsits d'exercici en grup de professions liberals permetran la constitució d'una societat professional.

La vinculació civil o laboral de les prestacions de serveis dels professionals liberals dependrà de la lliure decisió dels subjectes contractants, però també cal assenyalar que l'opció entre l'una i l'altra té una gran transcendència:

- a. Si es tria la fórmula del contracte de treball, açò implica l'aplicació en bloc del Dret del Treball, la legislació laboral i els convenis col·lectius que corresponen, a més de l'obligació que el professional siga donat d'alta en el RGSS (MONTROYA).
- b. Si, per contra, es tria la fórmula del contracte d'arrendament de serveis o d'obres, seran aplicables els preceptes civils, la LETA i a més el professional haurà de donar-se d'alta en el REPTA o en la mutualitat de previsió social que pugua haver constituït el col·legi professional corresponent (MONTROYA).

L'opció entre el contracte de treball o la contractació civil correspon a les parts. Ara bé, la naturalesa jurídica del contracte és indisponible per a les parts, de manera que professional i client, treballador i empresari, encara que són lliures per a decidir la modalitat contractual, han de respectar la necessitat d'adequació entre el contingut del contracte i la modalitat triada, és a dir, ha d'haver-hi una adequació entre la realitat objectiva de la relació i la denominació que se li ha donat, ja que en cas contrari s'estarà utilitzant erròniament o de manera fraudulenta el tipus contractual.

El problema de l'adequada qualificació del contracte és una qüestió comuna a totes les prestacions de serveis, no és un problema específic de les prestacions de serveis dels professionals liberals, ni dels advocats. Però si en la majoria dels conflictes de determinació de la naturalesa jurídica d'una relació de serveis els tribunals laborals primer valoren els diferents indicis i després apliquen una presumpció de laboralitat que assenyalen que es troba en l'article 8.1 ET, i d'aquesta forma han sigut tradicionalment proclius a la declaració de laboralitat del vincle, en el cas dels advocats l'actuació ha sigut inversa, no sent pacífica ni unànimement admesa pels tribunals la naturalesa laboral de la seua prestació de serveis.

No obstant això, les prestacions de serveis d'advocats es poden realitzar com a:

- Professional lliure o autònom:
 - Com a titular d'un despatx individual.
 - Mitjançant agrupació amb altres advocats (despatx col·lectiu o multiprofessional).
- Per compte d'altri:
 - En l'àmbit d'una empresa amb relació laboral comuna.
 - En l'àmbit d'un despatx d'advocats, individual o col·lectiu amb relació laboral especial.
 - En una Administració Pública com a funcionaris.

La relació laboral especial es va crear mitjançant la Llei 22/2005 i el seu desenvolupament reglamentari es troba al RD 1.331/2006, de 17 de novembre. En efecte, va ser la Llei 22/2005, de 18 de novembre, la llei que introdueix en el nostre sistema de relacions laborals aquesta relació de caràcter especial dels advocats que

presten serveis retribuïts, per compte d'altri i dins de l'àmbit d'organització i direcció del titular d'un despatx d'advocats, individual o col·lectiu. Es produeix un moviment invers al tradicional. Si abans mitjançant les relacions laborals especials s'atreien relacions a l'àmbit de la laboralitat, ara el que ocorre és el contrari: relacions que abans de la norma hagueren sigut relacions laborals comunes ara, necessàriament, seran especials.

En el cas de la relació laboral que s'estableix entre els advocats i els despatxos d'advocats es poden identificar com a peculiaritats o especialitats que justifiquen una regulació específica, diferent a la prevista per a la relació laboral comuna, les següents:

- a) L'àmbit en què es desenvolupa la relació laboral, els despatxos d'advocats, en el qual apareix una relació triangular, titular del despatx, client i advocat que condiciona el desenvolupament de la relació laboral entre els advocats i els despatxos.
- b) Les condicions en què els advocats han de desenvolupar la seua activitat laboral en els despatxos, en la mesura que, a més de les normes laborals que resulten d'aplicació, als advocats se'ls aplicaran les normes que regeixen la professió, incloses les estatutàries i les ètiques i deontològiques.
- c) La submissió dels advocats a la normativa que regeix la professió condiciona el desenvolupament de la relació laboral amb els despatxos en la mesura en què l'aplicació d'aquesta normativa implica:
 - El reconeixement als advocats d'un major grau d'autonomia, independència tècnica i flexibilitat en l'organització i direcció del seu treball.
 - La limitació de les facultats de direcció i control del treball dels titulars dels despatxos en la seua condició d'ocupadors dels advocats.
 - Majors exigències als advocats en l'execució de la seua activitat laboral quant al compliment dels deures específics de diligència i confidencialitat i dels terminis que s'estableixen en les normes processals.
 - Un estricte respecte dels principis de bona fe i recíproca confiança entre els titulars dels despatxos i els advocats.
 - La imposició als advocats d'un règim d'incompatibilitats i de prohibicions en l'exercici de la seua activitat professional que impedeix als advocats actuar en cas d'existir un conflicte d'interessos i defensar interessos en conflicte.

- La submissió estricta dels advocats, qualsevol que siga la forma d'exercir la professió, a les normes i usos de la deontologia professional de l'advocacia, a les normes col·legials, i al consegüent règim disciplinari col·legial.

ÀMBIT D'APLICACIÓ

Subjectes: Podran ser subjectes de la relació laboral de caràcter especial, en concepte de treballador, els que estan habilitats per a exercir la professió d'advocat; i en concepte d'ocupadors, els que siguen titulars de despatxos d'advocats, individuals o col·lectius. Així són subjectes de la relació laboral:

- Els advocats que presten serveis retribuïts i amb dependència.
- Els despatxos d'advocats, de titularitat individual o col·lectiva, o multiprofessionals.

Objecte: article 3 RD: L'objecte de la relació ha de ser la prestació de l'activitat professional d'advocat en despatxos d'advocats.

L'EGAE (Estatut General de l'Advocacia Espanyola) al seu article 9 estableix que:

“1. Són advocats els que, incorporats a un Col·legi espanyol d'Advocats en qualitat d'exercent i complits els requisits necessaris per a açò, es dediquen de forma professional a l'assessorament, la concòrdia i la defensa dels interessos jurídics aliens, públics o privats.”

En definitiva, són advocats els que realitzen la defensa judicial, assessorament i consell jurídic.

Exclusions de la relació especial:

- Exercici per compte propi com a titulars individuals d'un despatx.
- Exercici en despatxos col·lectius (socis o altres).
- Relacions entre advocats que comparteixen elements materials però amb independència.
- Relacions de col·laboració entre despatxos.
- Despatxos de familiars pròxims.

RÈGIM JURÍDIC

Contracte

- Forma escrita (article 7 del RD): es determina l'obligació de formalització per escrit.
- També es determina que es poden subscriure sota qualsevol de les modalitats previstes legalment, sempre que es compleixin els requisits i les condicions que per a la modalitat elegida estableixen la normativa comuna o la present norma
- Les especialitats estan previstes per al contracte en **pràctiques**, ja que assenyalava l'article 9 del RD les següents diferències amb el contracte en pràctiques de la relació laboral ordinària:
 - **Peculiaritats del contracte en pràctiques:**
 - a) El termini de quatre anys començarà en la data en què s'haguera obtingut el títol que habilite per a l'exercici de la professió d'advocat.
 - b) L'activitat laboral que el treballador desenvolupa en el despatx haurà de permetre adquirir l'aprenentatge pràctic de la professió d'advocat.
 - c) Al treballador se li assignarà com a tutor de les pràctiques que realitzi un advocat del despatx, que haurà de tenir més de 5 anys d'antiguitat en l'exercici de la professió.
 - d) El treballador tindrà dret a adaptar la seua jornada i horari de treball per a assistir a activitats formatives externes, en els termes previstos en el conveni col·lectiu o en el contracte de treball.
 - e) Si el treballador continua prestant serveis després d'esgotar la durada màxima del contracte, aquest es transformarà en indefinit.

Contingut del contracte

- **Pactes**
 - Període de **prova**: És possible un període de prova, sempre per escrit; i amb una duració prevista en conveni col·lectiu, i en cas de falta de regulació en conveni, no podrà excedir de sis mesos en el cas de contractes de caràcter indefinit i de dos mesos en el cas de contractes de durada determinada, si la seua durada és superior a aquest període de temps.

- Pacte de **permanència**: article 11 RD: Es tracta de pactar l'obligació dels advocats de romandre en els despatxos durant un cert temps, sempre que hagueren rebut, amb càrrec als despatxos, una formació o especialització professional durant un cert temps i que li supose un cost. El pacte de permanència no podrà tenir una durada superior a dos anys; es formalitzarà sempre per escrit i només serà vàlid quan concorren els requisits que s'estableixen en el conveni col·lectiu o si escau, en el contracte de treball. Si l'advocat abandona el despatx abans d'acabar el termini pactat de permanència, el despatx tindrà dret a la indemnització de danys i perjudicis que s'haguera pactat en el conveni col·lectiu o en el contracte de treball, que en cap cas podrà ser superior a les despeses que haguera suportat el despatx com a conseqüència de la formació o especialització.
- El pacte de **no competència postcontractual**: article 12 RD: Implica establir restriccions o limitacions respecte a futures actuacions dels advocats en relació amb els clients del despatx, o amb assumptes en què hagueren intervingut durant la seua relació contractual; s'exceptuaran d'aquestes limitacions els clients que l'advocat haguera aportat al despatx a l'inici de la relació laboral, excepte pacte exprés en contrari. En cap cas, la no competència postcontractual pot actuar com a limitació general de l'exercici de la professió d'advocat ni com a limitació per a actuar en els camps o especialitats del dret al fet que es dedique el despatx. No podrà excedir d'un període màxim de dos anys des de la finalització del contracte i només serà vàlid si es pacta una indemnització adequada per a compensar econòmicament les restriccions o limitacions que se li imposaran als advocats en l'exercici de la seua professió, incloses les que es puguen establir en relació amb els clients aportats al despatx a l'inici de la relació laboral.
- **Règim d'exclusivitat**: El règim general és el de dedicació exclusiva, llevat que estiguem contractats a temps parcial o es pacte la no exclusivitat.
 - L'exclusivitat implica que els advocats: a) no poden exercir la professió d'advocat per compte propi ni celebrar altres contractes de treball amb altres despatxos o amb altres entitats, públiques o privades, per a exercir la professió d'advocat i, si així s'haguera pactat, per a exercir qualsevol

altra activitat professional; b) tenen dret a rebre una compensació econòmica adequada per l'exclusivitat, que es determinarà en el conveni col·lectiu o, si escau, en el contracte de treball.

- El règim d'exclusivitat és compatible amb:
 - El torn d'ofici o la prestació de serveis per a familiars, o altres obligacions que per imperatiu legal hagueren de realitzar els advocats.
 - La realització d'activitats docents, representatives o altres de similar naturalesa (d'acord amb els pactes en convenis col·lectius o contracte de treball).
 - A més poden assessorar o defensar als seus propis clients i cobrar els honoraris directament dels mateixos quan així s'haguera pactat expressament en el contracte de treball.
 - En tot cas, la compatibilitat de les indicades activitats no pot donar lloc a conflictes d'interessos o interferir el compliment de les obligacions assumides amb el despatx.
- La **clientela**: article 13 RD: Els advocats tenen dret al fet que se'ls reconega, per part dels despatxos, la clientela que hagen aportat a l'inici de la relació laboral i que se'ls compense econòmicament per la mateixa segons pacte en conveni col·lectiu o en el contracte de treball.
- **Temps de treball**: La durada de la jornada de treball dels advocats serà la que es pacte en conveni col·lectiu o en contracte de treball, sense superar en cap cas els límits de durada de la jornada que s'estableixen en l'Estatut dels Treballadors, calculats en còmput anual. Es considera temps de treball no únicament el temps que els advocats estan en el despatx realitzant activitats pròpies de la seua professió, sinó també el que dediquen fora del despatx a l'assistència i defensa dels clients. Tenen dret als descansos, vacances, festes i permisos com la resta dels treballadors, si bé podran establir-se dates o moments diferents del seu gaudiment en atenció al caràcter peremptori o

improrrogable dels terminis o de les actuacions professionals que hagen de realitzar i dels assumptes que tenen encomanats.

- **Retribució:** article 18 RD: Les retribucions s'acorden en el contracte de treball, que haurà de respectar les quanties mínimes i les garanties establides legalment, o les acordades en convenis col·lectius. Els titulars dels despatxos hauran d'abonar les retribucions acordades als advocats encara que els clients no haguessin efectuat cap pagament per les activitats realitzades per ells. Tenen la consideració de salari totes les percepcions que els advocats reben dels despatxos com a contraprestació dels seus serveis professionals, incloses les que puguen estar vinculades als ingressos obtinguts pels mateixos. Els advocats sotmesos a la relació laboral especial no poden facturar als clients del despatx honoraris.
- **Dret i deures:** Als titulars dels despatxos d'advocats, en l'exercici del seu poder de direcció els correspon:
 - L'organització, planificació i direcció del treball dels advocats que treballen per al despatx.
 - Distribuir els clients i els assumptes del despatx entre tots els advocats així com donar les ordres o instruccions oportunes sobre la forma en què s'hagen de prestar els serveis professionals dels mateixos.
 - Verificar el compliment per part dels advocats que treballen en els despatxos de les obligacions laborals que hagueren assumit en el contracte, així com controlar l'activitat professional que desenvolupen.

És important recordar el que diu l'apartat 2 de l'article 6 del RD que es refereix que els titulars dels despatxos hauran d'exercir el poder de direcció que se'ls reconeix respectant, en tot cas, els principis i els valors que són inherents a l'exercici professional de l'advocacia i preservant en tot moment el compliment de les obligacions i les responsabilitats que imposen als advocats les normes que regeixen l'exercici de la professió d'advocat. En particular, els titulars dels despatxos hauran de respectar la llibertat i la independència professional dels advocats en l'exercici de la professió.

Així mateix, els titulars dels despatxos, en l'exercici del seu poder de direcció, no podran donar ordres o instruccions ni encomanar assumptes als advocats que treballen en els despatxos que impliquen la realització d'activitats que siguen legalment incompatibles, o que vulneren les obligacions que legalment tenen els advocats de no actuar en defensa d'interessos en conflicte o de guardar el secret professional.

Suspensió del contracte: A més dels supòsits previstos a l'article 45 de l'Estatut dels Treballadors, aquesta relació laboral especial preveu la seua suspensió, durant dos

anys, quan l'advocat passa a tenir la condició de soci del despatx i, en conseqüència, passa a estar vinculat amb una relació de caràcter no laboral. Si l'advocat manté aquesta relació —no laboral, com a soci— més de dos anys, el contracte de treball especial s'extingirà sense dret a obtenir cap indemnització.

Extinció: L'extinció de la relació laboral especial serà possible per les causes i amb els efectes previstos en els articles 49 a 56 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors, amb les següents adaptacions :

- En atenció a l'especial confiança que caracteritza aquesta relació laboral especial, la readmissió de l'advocat serà obligatòria en cas d'acomiadament d'un representant legal o sindical dels advocats o quan l'acomiadament s'haguera declarat nul per ser discriminatori o haver-se vulnerat drets fonamentals.
- Respecte a l'extinció del contracte per voluntat de l'advocat, l'article 22 del RD estableix que serà aplicable l'article 50 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors. I que, així mateix, l'advocat podrà extingir el contracte de treball preavisant amb una antelació suficient perquè el titular del despatx pugui adoptar les mesures que resulten necessàries per a evitar perjudicis als interessos dels clients i als del despatx. La durada d'aquest preavis es podrà acordar en conveni col·lectiu o, si escau, en el contracte de treball, però estarà entre els 45 dies i els tres mesos. A més l'advocat haurà d'informar el titular del despatx sobre la situació en què es troben els assumptes que tinguera encomanats i posar a la seua disposició la documentació corresponent amb la finalitat que pugui canalitzar els assumptes i donar continuïtat a l'assessorament i la defensa dels clients per part del despatx. En cas d'incompliment d'aquestes obligacions se li pot reclamar el rescabament de danys i perjudicis si es deriven perjudicis per al despatx.
- Quant a l'extinció del contracte per voluntat del titular del despatx, l'article 23 RD assenyala que el titular del despatx podrà extingir el contracte de treball especial que es regula en aquest reial decret per les causes i amb els efectes previstos en l'article 49 i següents de la Llei de l'Estatut dels Treballadors; però a més podrà extingir el contracte de treball, en les condicions previstes en l'article 53 en dos casos:
 - a) Quan existeix una manifesta i greu falta de la confiança entre l'advocat i el titular del despatx amb origen en l'actuació professional de l'advocat o en la seua relació amb els clients, si així s'acredita pel titular del despatx.

- b) Quan s'acredita pel titular del despatx que l'advocat no manté un nivell professional adequat i, en conseqüència, no pot exercir la professió amb plenes garanties per als interessos dels clients.

En aquests casos la validesa de l'extinció depèn que en la comunicació a l'advocat consten amb suficient detall les actuacions professionals o les relacions amb els clients en què es base la pèrdua de la confiança o l'inadequat nivell professional i que el preavis que tinga una durada d'almenys 45 dies. L'advocat, produït el preavis, i amb independència que impugne la decisió extintiva, haurà d'informar el titular del despatx de la situació dels assumptes que tinguera encomanats i posar a la seua disposició la documentació corresponent.

PRÀCTICA RELACIÓ LABORAL ESPECIAL D'ADVOCATS EN DESPATXOS D'ADVOCATS

1. Maria va formalitzar una relació laboral especial com a advocada el passat dia 24 d'abril. Prèviament s'havia graduat en dret i s'havia incorporat al Col·legi Professional de la seua província. En el seu contracte no hi ha cap clàusula sobre la possibilitat o impossibilitat d'impartir classes a la universitat i el passat mes de setembre Maria va començar a explicar dret del Treball en el Grau en Relacions Laborals i Recursos Humans. A més Maria vol incorporar-se al torn d'ofici, i tampoc sap si té cap limitació en aquest sentit.
2. Pere presta serveis en el mateix despatx des de fa 10 anys. A l'última reunió de socis es va decidir proposar-li passar a ser soci de l'empresa.
3. A Miguel, graduat social col·legiat, li havien formalitzat un contracte laboral eventual, a l'empara de l'article 15 de l'Estatut dels Treballadors, però l'empresa es planteja convertir-lo a relació laboral especial ja que les funcions que realitza Miguel són les mateixes que Maria, encara que únicament es dedica a la jurisdicció laboral.
4. Per últim, Juanjo és el que pitjor està, ja que li han comunicat per escrit el seu acomiadament per pèrdua de confiança, però no li han posat a la seua disposició cap indemnització.

167

Preguntes: Respon raonadament:

1. Ha comès Maria algun incompliment? Pot realitzar altres activitats o existeix cap limitació?
2. Quina és la situació de Pere si accepta passar a ser soci? Extingirà la seua relació laboral?
3. Serà possible formalitzar una relació laboral especial amb Miguel?
4. Té dret Juanjo a una indemnització? Davant la comunicació d'acomiadament, quines obligacions té Juanjo amb l'empresa? Com creus que serà declarat l'acomiadament de Juanjo?
5. Redacta una clàusula de no competència postcontractual en la relació especial d'advocats en despatxos d'advocats.

TEMA 6 OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC

Tema 6

OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC
ELENA GARCIA TESTAL

Concepte d'empleat públic

Origen

- → ocupació pública = model únic: funcionaris públics

Evolució cap a model mixt: s'incorpora personal laboral

CE: art. 103 CE

EBEP: Concepte omnicomprensiu

- Art. 8

Classificació

Actualitat 3 tipus d'empleats públics

- **Funcionaris de carrera:** procediment selectiu que respecta els principis de mèrit i capacitat; vincle administratiu amb una AP a través d'un nomenament legal; serveis retribuïts i permanents
- **Funcionaris interins:** nomenament legal i durada **temporal causal** (art. 9.1 EBEP): 4 supòsits: vacants en plantilla; substitucions; execució de programes temporals; excés o acumulació de tasques
- Personal **laboral** (fix, indefinit o temporal)
- Personal **eventual**
- + Personal **directiu** professional

Altres formes de prestacions de serveis en l'Administració Pública: personal estatutari dels serveis sanitaris o contractes administratius de serveis...

Personal laboral: art. 11 EBEP

Característiques

- Vincle contractual però accés d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat
- Forma escrita
- Retribució

Règim jurídic: legislació laboral + EBEP (art. 7 EBEP)

Modalitats

- Personal laboral fix
- Personal laboral per temps indefinit
- Personal laboral temporal

Personal laboral al servei de les AAPP

S'apliquen les normes laborals però...

Diferències règim laboral comú

1. Perfils propis per a contractes temporals
2. Ús flexible de les modalitats de contractació temporal
3. Efectes contractació temporal irregular
4. Límits de durada del contracte d'obra i servei determinat i a l'encadenament de contractes
5. Especialitats en matèria de subcontractació i cessió de treballadors
6. Especialitats en matèria d'extinció (DA 20ET)

1. Perfils propis per a contractes temporals

Exemple: durada contracte interinitat per vacant:
art. 4.2.b RD 2720/1998

- Extinció: transcurs del termini màxim o realització del procés de selecció

Altres modalitats: personal docent i investigador

- Figures contractació temporal

2. Ús flexible de les modalitats de contractació temporal

Exemples admesos per la jurisprudència:

- Ús indistint de les modalitats de contractació temporal, havent-hi causa de temporalitat
- Utilització contractació temporal per a la cobertura de necessitats subjectes a programes depenents de pressupost
- Atenció: reiteració → fixos discontinus

172

3. Efectes contractació temporal irregular

Quin és l'efecte de la contractació irregular?

- Necessitat de combinar ET amb el respecte als principis d'igualtat, mèrit i capacitat
- Aplicació matisada pels tribunals de l'efecte previst en l'ordenament laboral:
 - No converteix al treballador en fix
 - Si incompliment lleu: no transforma indefinit
 - Si incompliment greu: **indefinit no fix** → no termini de finalització però tampoc estabilitat

4. Aplicació de l'ET especial en les AAPP: DA 15 ET

Diferent aplicació dels límits de durada del contracte d'obra i servei determinat (art. 15.1.a ET) i de l'encadenament de contractes (art. 15.5 ET)

5. Subcontractació i cessió de treballadors

Subcontractació: gestió de serveis públics

- Aplicació art. 42 ET?

Cessió de treballadors

- Aplicació art. 43 ET?
- Cessió a través de ETT?

6. Aplicació de l'acomiadament econòmic

DA 16 ET

- Causes
 - econòmiques → insuficiència pressupostària
sobrevinguda i persistent
 - tècniques o organitzatives
- Prioritat de permanència: personal fix

RESUM TEMA 6 OCUPACIÓ EN EL SECTOR PÚBLIC

INTRODUCCIÓ

Per comprendre les particularitats de les relacions laborals a l'Administració Pública cal partir del mandat constitucional contingut a l'article 103 que estableix que l'Administració ha de servir amb objectivitat els interessos generals. L'ocupador públic no és una empresa privada, no gaudeix de llibertat d'empresa i no es regeix per la lògica del mercat. L'Administració Pública no busca el lucre econòmic sinó la producció de serveis essencials per a la comunitat, la redistribució de la renda i facilitar el creixement econòmic i la prosperitat de tots (GARCIA TORRES, 2017).

Això comporta l'aplicació dels criteris d'igualtat, objectivitat i imparcialitat en el servei i l'eficàcia en la planificació, l'avaluació i la responsabilitat en la gestió i la jerarquia en l'atribució i exercici de les funcions (1.3 Estatut Bàsic dels Empleats Públics).

Cal distingir entre Administració Pública i sector públic. Quan parlem d'Administració Pública ens referim a persones o organismes amb finançament públic que compleixen funcions públiques o presten serveis públics essencials per a la societat. Es refereix tant a l'administració territorial com a l'administració institucional.

El sector públic inclou també subjectes que no són administració, perquè no són finançats amb fons públics o perquè no exerceixen funcions públiques (per exemple, les empreses públiques o societats mercantils de propietat pública que són subjectes privats que exerceixen una activitat productiva ordinària i ofereixen béns o serveis en el mercat a canvi d'un preu però que són propietat de l'Administració Pública).

Hem de partir de les previsions de l'article 103 de la CE:

“L'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals i actua d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la llei i al Dret.

Els òrgans de l'Administració de l'Estat són creats, regits i coordinats d'acord amb la llei.

La llei regularà l'estatut dels funcionaris públics, l'accés a la funció pública d'acord amb els principis de mèrit i capacitat, les peculiaritats de l'exercici del seu dret a sindicació, el sistema d'incompatibilitats i les garanties per a la imparcialitat en l'exercici de les seves funcions.”

A Espanya el model d'ocupació pública des de 1963 és un model mixt: coexisteixen funcionaris i altres subjectes vinculats amb relació no subjecta al dret administratiu. Aquest model es justifica des d'un punt de vista constitucional, ja que el Tribunal Constitucional (STC d'11 de juny de 1987) va assenyalar que la CE és neutra: no mostra

exclusivitat del règim funcionarial o estatutari: la norma general és l'exercici de l'ocupació pública per funcionaris, però la llei (atès que s'estableix una reserva de llei) pot *exceptuar*, de manera que admet que per llei determinats llocs de treball a l'Administració Pública puguin estar ocupats per treballadors subjectes al Dret del Treball. En definitiva, no és possible que tot el treball pugui realitzar-se amb contractes de treball, però res no impedeix que tot pugui ser realitzat per funcionaris.

La llei que va complir el mandat de l'article 103.3 de la CE va ser la llei 7/2007, de 12 d'abril, i en l'actualitat, ho és el Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la llei de l'Estatut Bàsic l'Empleat Públic. L'Estatut Bàsic dels Empleats Públics continua el model dual o mixt existent, reconeixent la presència cada vegada més acusada de contractes laborals així com l'imperatiu constitucional segons el qual no pot passar-se a un model exclusivament laboral. Tendeix a realitzar un procés d'aproximació entre els dos col·lectius, establint regles aplicables al personal funcionari i al laboral.

Els funcionaris de carrera (article 9 Estatut Bàsic dels Empleats Públics) o interins (article 10 Estatut Bàsic dels Empleats Públics) estan subjectes al dret administratiu i accedeixen al lloc per nomenament. Hauran d'ocupar tots els llocs que impliquen exercici de potestats públiques o salvaguarda d'interessos generals. També està subjecte a aquest règim el personal eventual (article 12 Estatut Bàsic dels Empleats Públics), personal no permanent que realitza funcions de confiança o assessorament especial).

Per la seua banda, el personal laboral (article 11 Estatut Bàsic dels Empleats Públics) al qual se li aplica el Dret del Treball pot ser indefinit, temporal o fix. Personal laboral fix és el que és contractat de forma regular d'acord amb un procés de selecció en què es respecten els principis d'igualtat, mèrit i capacitat.

Les especialitats del contracte de treball a l'Administració Pública afecten tant la selecció i col·locació, com la celebració del contracte i el paper d'aquest com a font, així com aspectes de promoció, mobilitat i extinció o retribució.

Contractació del personal al seu servei: no hi cap arbitrietat, s'ha de fer d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, així com publicitat (55.1 Estatut Bàsic dels Empleats Públics), i per això haurà de seleccionar el seu personal d'acord amb la RLT (relació de llocs de treball), recollides en una oferta d'ocupació pública, mitjançant convocatòria pública i a través del sistema de concurs, oposició o concurs-oposició lliure. Així doncs de forma prèvia a la celebració del contracte cal dotació pressupostària, inclusió del lloc en la RLT i en l'oferta d'ocupació pública.

Respecte al contracte de treball, l'article 11.1 Estatut Bàsic dels Empleats Públics exigeix forma escrita (no *ad solemnitatem*, DE LA VILA, 2007) i remet a les modalitats de contractació previstes en la legislació laboral.

La regulació del contracte es regeix per l'Estatut dels Treballadors encara que amb especialitats en matèries com el període de prova (article 14 Estatut dels Treballadors), la contractació temporal irregular (article 15 Estatut dels Treballadors) i l'extinció del contracte (article 96 Estatut Bàsic dels Empleats Públics).

Respecte a la contractació temporal cal assenyalar que els ocupadors públics utilitzen un ampli ventall de modalitats contractuals. La regulació de l'ocupació pública permet contractar temporalment a les seves plantilles encara que els llocs a ocupar no tenen caràcter temporal. Tot i que el model de relació de serveis que s'associa amb l'ocupació pública és un de naturalesa permanent, funcional o laboral per temps indefinit, les dades demostren que això ja no és així, tot i que les causes que expliquen la temporalitat en aquest sector són diferents de les del sector privat (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO). També són diferents les notes que caracteritzen l'ocupació pública temporal, com el seu caràcter de llarga durada o la ineficàcia dels mecanismes de sanció de l'abús en aquesta contractació previstos per al Dret del Treball en el sector privat: la conversió en indefinit dels contractes temporals, dificultats a les quals s'ha intentat donar resposta a través de la figura del treballador indefinit no fix.

TREBALLADOR INDEFINIT NO FIX DE PLANTILLA

L'Estatut Bàsic dels Empleats Públics faculta l'Administració Pública per fer ús de qualsevol modalitat de contracte, indefinida o temporal, prevista en l'Estatut dels Treballadors (article 11 Estatut Bàsic dels Empleats Públics), assenyalant expressament que pot ser fix, indefinit o temporal.

Previsions de l'Estatut dels Treballadors que esdevenen rellevants:

L'article 15.3 Estatut dels Treballadors: presumpció *iuris et de iure* del caràcter indefinit dels contractes celebrats en frau de llei. El principi no es pot aplicar sense matisacions a l'Administració Pública ja que suposaria que s'infringeix el procediment previ per a contractar requerit a l'Administració Pública i s'estarien inaplicant els principis de mèrit i capacitat. En conseqüència no es pot declarar la fixesa del treballador en el lloc, raó per la qual el TS va "inventar" la figura de personal indefinit no fix de plantilla mitjançant la qual s'atorgava als treballadors contractats irregularment la condició d'indefinit però no fixos i la seua extinció només podia produir-se per la cobertura o amortització de la plaça (STS 20 gener 1998, entre altres). Aquesta interpretació judicial s'inclou en l'article 11 Estatut Bàsic dels Empleats Públics que distingeix entre indefinit, fix i temporal, però no estableix una regulació específica per a aquest personal, raó per la qual sorgeixen encara dubtes sobre les conseqüències jurídiques de l'amortització d'aquests llocs, especialment respecte a la manera jurídica d'articular l'extinció. Judicialment podem trobar:

- Primera fase: condició resolutòria (no cal acudir al procediment de l'article 51/52 Estatut dels Treballadors, sinó que s'aplica el 49.1b Estatut dels Treballadors i l'amortització s'aplica de forma directa) (STS de 22 juliol 2012).
- Reforma 2012 introdueix la possibilitat d'aplicar l'acomiadament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció al sector públic (actual DA 16 Estatut dels Treballadors). Canvi en la posició del TS (STS 24 de juny de 2014, REC 217/2013) segons la qual els contractes indefinits no fixos són de durada determinada, de manera que produïda la cobertura de la vacant es determina la seua extinció; per tant, no es tracta d'un contracte subjecte a condició sinó subjecte a termini. L'amortització del lloc, per la seua banda, s'hauria d'ajustar a les previsions de l'acomiadament objectiu.
- STS de 28 de març de 2017 (REC 1.664/2015): no pot assimilar-se a contractes temporals, mentre que STS de 30 març de 2017 (REC 961/2015) torna a assimilar-los a contractes temporals.

Necessàriament cal referir-se a la Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016, cas De Diego Porras (assumpte C-596/14).

(La relació contractual laboral entre la treballadora i el Ministeri de Defensa s'inicia el febrer de 2003. Va formalitzar un contracte d'interinitat fins al 17 d'agost de 2005, data en la qual va formalitzar el que mantindria la seua vigència fins al 30 de setembre de 2012, per substitució d'una treballadora fixa de plantilla que es trobava en situació d'excedència, amb reserva de lloc de treball, per ocupació de càrrec de representant sindical. L'extinció de la reserva de lloc de treball, que va comportar el cessament de la treballadora interina, es va produir d'acord amb el que disposa el Reial decret llei 20/2012 de 13 de juliol, de mesures per garantir l'estabilitat pressupostària i de foment de la competitivitat).

La Sentència del TJUE de 14 de setembre de 2016 considera contrari a la Directiva 1999/70/CE, del Consell de 28 de juny, l'establiment de desigualtats entre les indemnitzacions per extinció de contractes fixos i temporals. Com se sap, l'article 15.6 Estatut dels Treballadors fixa el principi d'igualtat de drets entre treballadors amb contractes temporals i indefinits, tot i que «sense perjudici de les particularitats específiques de cadascuna de les modalitats contractuals en matèria d'extinció del contracte i de les que preveu expressament la llei en relació amb els contractes formatius». Com s'ha assenyalat (ROJO TORRECILLA, 2017) les «particularitats específiques» es concentraven a la indemnització a la finalització del contracte, reconeguda a partir del 2001 als contractes per obra o servei i als eventuals per necessitats de la producció (arts. 15.1 a i b Estatut dels Treballadors), però no «en els casos del contracte d'interinitat i dels contractes formatius» (en l'actualitat la indemnització és de dotze dies per any de servei). Pel que fa als contractes d'interinitat

no hi havia conflicte entre el marc normatiu intern i el comunitari, o no s'havia plantejat en seu judicial fins que es va presentar pel Tribunal Superior de Justícia de Madrid la qüestió prejudicial que donaria lloc a la sentència del cas De Diego Porras. D'acord amb aquesta i posteriors SSTJUE, la normativa espanyola sobre extinció dels contractes o nomenaments de personal interí, no és conforme amb l'esmentada Directiva, ja que no pot tractar de diferent condició a aquests treballadors en el moment d'extinció del seu contracte que els treballadors indefinits amb els quals es poden comparar.

La tesi del TJUE és que les situacions comparables no es poden tractar de forma diferent, llevat que hi haja una causa o raó objectiva que ho motive, és a dir, que aquesta diferència de tracte «estigui objectivament justificada»: ¿el marc normatiu espanyol estableix una diferència de tracte entre treballadors interins i treballadors indefinits en el moment de l'extinció dels seus contractes? La resposta és afirmativa: els primers no perceben cap indemnització, i tal com recorda el TJUE, «amb independència de la durada dels serveis prestats» (i recordem que en el cas enjudiciat la interinitat es va perllongar durant nou anys i mig, i que les tasques de la treballadora interina, a la llum de la informació disponible, eren substancialment idèntiques o comparables a les d'altres companys i companyes que prestessin la mateixa activitat però amb relació contractual estable), mentre que els indefinits sí que la perceben quan hi ha una causa d'extinció de les previstes en l'article 52 de l'Estatut dels Treballadors, i això amb independència de la major o menor durada del seu contracte (ROJO TORRECILLA, 2017).

La STS de 28 de març de 2017 reconeix el dret a una indemnització com la de l'acomiadament objectiu procedent en cas d'extinció del contracte indefinit no fix per cobertura reglamentària de la vacant.

PERÍODE DE PROVA A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

L'Estatut Bàsic dels Empleats Públics no recull cap especialitat respecte al període de prova a l'Administració Pública. La seua inclusió en els contractes de treball no vulnera el dret fonamental d'accés a funcions i càrrecs públics en condicions d'igualtat (23.2 CE), tot i que alguna resolució judicial descarta la possibilitat per deixar-ho a l'arbitri de l'Administració Pública, i això seria contrari a l'exigència de valoració objectiva. Al sector privat durant el període de prova regeix el lliure desistiment, per la qual cosa el judici d'idoneïtat que realitza l'empresa es basa en raons de confiança, és personalíssim i en conseqüència incontrolable. No obstant això, en l'àmbit públic l'extinció *causaltzada* obligaria l'empresari a realitzar un judici d'aptitud, en què la finalitat del període de prova seria conèixer les dades relatives a les competències i habilitats professionals del treballador i/o trets professionals indispensables per verificar la seua adaptació al lloc.

L'existència de període de prova depèn formalment que haja sigut prevista de manera expressa en la convocatòria. A més ha de ser una decisió motivada per respectar els principis d'accés a l'ocupació pública.

EXTINCIÓ DE CONTRACTES LABORALS A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

L'extinció del contracte de treball en l'àmbit de l'Administració Pública segueix les regles de l'Estatut dels Treballadors. L'Estatut Bàsic dels Empleats Públics no conté cap referència, llevat de la relativa a l'acomiadament disciplinari declarat improcedent (article 96.2 Estatut Bàsic dels Empleats Públics).

Les causes d'extinció de l'Estatut Bàsic dels Empleats Públics seran aplicables encara que estan pensades per a empreses privades amb la finalitat de l'obtenció de beneficis.

No obstant això, cal assenyalar les següents peculiaritats:

La Llei 3/2012 va introduir expressament la possibilitat de dur a terme acomiadaments econòmics a l'Administració Pública, mitjançant el procediment desenvolupat en el RD 1.483/2012, de 29 d'octubre.

Quant a l'acomiadament disciplinari del personal laboral fix, és aplicable l'Estatut dels Treballadors, però l'Estatut Bàsic dels Empleats Públics estableix conseqüències diferents quan l'acomiadament és declarat improcedent, ja que procedirà la seua readmissió (96.2 Estatut Bàsic dels Empleats Públics) perdent l'opció per la indemnització, i és que l'actuació de l'Administració Pública ha d'estar orientada a la consecució de l'interès general, amb submissió plena a la llei i al dret. La previsió només afecta els acomiadaments disciplinaris improcedents de personal fix, i no és — d'acord amb la seua literalitat— aplicable a acomiadaments objectius improcedents (encara que cal advocar per una interpretació extensiva del 96.2 Estatut Bàsic dels Empleats Públics) ni al personal laboral temporal (cosa que planteja dubtes de constitucionalitat).

QÜESTIONARI TEMA 6 PERSONAL AL SERVEI DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

1. El personal al servei de l'Administració Pública:
 - a. Pot tenir naturalesa jurídica administrativa o laboral, en funció que la llei haja determinat la naturalesa del lloc que ocupen.
 - b. Només poden ser de naturalesa administrativa, és a dir, funcionaris públics.
 - c. Si és personal laboral no tenen la condició d'empleats públics.
 - d. Només els funcionaris tenen la condició d'empleats públics.
2. Són empleats públics:
 - a. Només els funcionaris de carrera i els funcionaris interins.
 - b. Només els funcionaris de carrera i el personal laboral fix.
 - c. Funcionaris, personal laboral i personal eventual.
 - d. Funcionaris de carrera i personal eventual.
3. El personal laboral de l'Administració Pública:
 - a. Té la condició d'empleat públic però es regeix només per l'Estatut dels Treballadors.
 - b. No té la condició d'empleat públic ja que es regeix per l'Estatut dels Treballadors.
 - c. Té la condició d'empleats públic i se li aplica tant l'Estatut dels Treballadors com l'Estatut Bàsic dels Empleats Públics.
 1. No té la condició d'empleat públic ni se li aplica l'Estatut dels Treballadors.
4. L'Administració Pública:
 - a. Pot realitzar contractes laborals temporals sense causa de temporalitat i per ocupar llocs de treball permanent.
 - b. Podeu utilitzar les modalitats de contractació temporal de l'Estatut dels Treballadors per afrontar tasques de caràcter no permanent.
 - c. Pot realitzar contractes d'obra o servei determinat atenent en tot cas a la seua durada màxima de 3 anys.
 - d. Pot acudir a la modalitat de contracte d'interinitat per vacant amb una durada màxima de tres mesos.
5. L'encadenament de contractes temporals en l'Administració Pública:
 - a. En tot cas suposarà la incorporació com a treballadors fixos si se superen els 24 mesos en un període de 30.

- b. Només tindrà en compte els contractes celebrats en l'àmbit de cadascuna de les administracions públiques.
- c. Si es produeix en l'àmbit d'una administració pública el treballador s'incorporarà amb caràcter de treballador fix, considerant-se que s'ha procedit a la cobertura reglamentària del lloc.
- d. Si es produeix en l'àmbit d'una administració pública, aquesta no quedarà obligada a procedir a la cobertura del lloc de treball a través del procediment ordinari.

PRÀCTICA TEMA 6 PERSONAL LABORAL AL SERVEI DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

Gerardo ha prestat els seus serveis en benefici d'un Ajuntament. Gerardo ha formalitzat successius contractes per obra o servei determinat amb un empresari, justificats en diversos programes de suport social a col·lectius desafavorits, subscrits entre l'empresari i l'Ajuntament. L'empresa que figura com a ocupadora es va limitar, a través de successius contractes de treball, a enviar Gerardo per a prestar serveis en la seu de l'Ajuntament. Gerardo estava inserit en l'àmbit d'organització i direcció de la regidoria corresponent, exercint aquesta la direcció de l'activitat laboral i el seu control, incorporant la utilitat patrimonial del seu treball. Gerardo està immers en l'organització i la infraestructura de la regidoria, encara que al seu contracte figura un empresari com a contractant. Quina creus que és la situació jurídica de Gerardo?

183

Imagina que Gerardo haguera prestat serveis directament contractat per l'Ajuntament, formalitzant un contracte d'obra i servei que ha tingut una durada total de 3 anys i mig. Quina creus que és ara la situació jurídica de Gerardo? I si es tractés d'un contracte d'obra vinculat a un projecte d'investigació en una universitat pública?

Imagina que Gerardo ha formalitzat successius contractes laborals temporals amb diferents administracions públiques durant un període de 25 mesos en un període de referència de 30. Quina creus que és, en aquest cas, la situació jurídica de Gerardo?