

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ  
MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

# Derecho del Trabajo

Undécima edición



COLECCIÓN CEURA

EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS  
RAMÓN ARECES, S. A.

## CAPÍTULO XIV

### EL CONTRATO DE TRABAJO

SUMARIO: I. El fundamento contractual de la relación de trabajo.—II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo.—III. Figuras afines y simulación negocial. Bibliografía.

---

#### I. El fundamento contractual de la relación de trabajo

**250. Configuración dogmática del contrato de trabajo.**—El contrato de trabajo es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo. La categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de constituir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario.

La racionalidad jurídica aplicada al inicial sistema de producción capitalista necesitado masivamente de trabajo asalariado, quedó en el siglo XIX estructurada en torno a la idea de contrato que, con el paso del tiempo, configuró una forma típica de relación contractual capaz de cumplir la función de servir de fundamento y ser fuente de las obligaciones en el juego de prestaciones de dar trabajo y recibir una retribución. Esta estructura jurídica se funda en la libertad de las

sus efectos se observa claramente no sólo la importancia del hecho mismo de la integración en la empresa, sino la influencia que en el contrato tiene la prestación del trabajo como compromiso de la propia persona del trabajador.

Lo anterior nada tiene que ver con posiciones históricas ya ideológicamente desarmadas que, reposando en teorías institucionalistas, conferían una relevancia absoluta al hecho de la incorporación del trabajador a la empresa y, de ahí, a sobreprimarse el interés y las razones organizativas de la propia empresa. En efecto, en la configuración autónoma del contrato de trabajo se pasó por la búsqueda de otros elementos, además de los puramente patrimonialistas de la dogmática civil, lo que supuso un viraje doctrinal hacia 1920, fundado en el «anticcontractualismo político» y en la configuración de la categoría de relación de trabajo como contrapuesta a la de contrato. Se puso de relieve como eje de aquella vieja construcción jurídica el hecho de la inserción del trabajador en la empresa, que es el comienzo del trabajo. Como consecuencia de entrar en una empresa, la relación se expande y desarrolla en el interior de esa organización económica. Se transforma la empresa de una unidad económica que sirve de soporte al conjunto de relaciones individuales que une al empresario con cada trabajador, en una relación asociativa en el marco de un sistema económico determinado. El haz de relaciones jurídicas se produce porque el trabajador se introduce en una comunidad organizada y de ahí se concluyó que la relación de trabajo tendría, de este modo, su fuente no en el contrato sino en el hecho jurídico de la entrada efectiva en la empresa<sup>1</sup>.

De esta histórica y ya superada polémica salió reforzado el contrato de trabajo porque no hay mejor instrumento que el contrato para proteger los intereses patrimoniales y para responsabilizar a las partes de sus propios comi-

<sup>1</sup> Así, de anticcontractualismo político y de la sustitución del contrato de trabajo por la inserción y la ocupación en la empresa habla F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «EL origen contractual de la relación jurídica de trabajo» en CPS, 1960, núm. 48, pp. 69 y ss.

Se trata de críticas hechas a la concepción del trabajo prestado como una relación de deuda cuando su núcleo es de carácter jurídico personal, de tal suerte que al potenciarse el carácter humano-personal de la relación, ésta «fue contemplada más como una comunidad laboral que como una relación de intereses contrapuestos, lo que hizo resaltar fuertemente la existencia característica en tales relaciones de un deber mutuo, recíproco, de fidelidad que obligaba a cada una de las partes del contrato». G. BARBEIROS en Análisis crítico a la traducción de la obra clásica de O. GIERKE, Las raíces del contrato de servicios, Civitas, Madrid, 1982, pp. 75-76. Notable también fue la influencia del libro de A. MENGER, El derecho civil y los pobres, traducción de A. POSADA, ed. L.V. Suárez, Madrid, 1898. La utilización de las tesis de la relación de trabajo por regímenes fascistas, nazis y nacionalsindicalistas no debe hacer olvidar la importancia que tuvo destacar el sujeto económico empresa y el haz de relaciones jurídicas que allí se establecieron sobre el trabajo asalariado.

promisos. Sin embargo, este debate sirvió al Derecho del Trabajo para estudiar el interior del contrato de trabajo, el despliegue de las relaciones jurídicas dentro de la empresa: la subordinación, los poderes del empresario, la situación del trabajador<sup>2</sup>.

La visión dogmática que hoy predomina en el estudio de la relación jurídica individual de trabajo es la del contrato. El ordenamiento jurídico disciplina y organiza la situación de intercambio de trabajo por salario entre dos personas a través del cauce que se ha entendido más idóneo históricamente y que hoy está recogida en el artículo 1º LET, como lo estuvo tanto en los proyectos y trabajos del primer tercio del siglo<sup>3</sup> como en las dos Leyes de Contrato de Trabajo, la de 1931 y la de 1944<sup>4</sup>.

**251. Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad.**—El contrato de trabajo da nacimiento a una relación jurídica, la de trabajo, y es fuente de obligaciones para las dos partes. El conjunto de obligaciones puede ser acordado por los sujetos del contrato, pero siempre que no sea contrario «a las leyes, la moral ni el orden público» (arts. 1.255 Código civil y 3.1 LET, cuando dispone el «objeto lícito» de los pactos). Sobre el contrato, por tanto, incidirán, por un lado, las normas imperativas (indisponibles para la voluntad de las partes) y, por otro, las que supletoriamente sirvan para rellenar lo no acordado por las partes. Cada contrato de trabajo al nacer lo hace dentro de un ordenamiento jurídico, regulador de múltiples aspectos de la relación laboral y de enorme importancia por su

<sup>2</sup> M. RODRÍGUEZ PINERO, «Contrato de trabajo y relación de trabajo», en Anales de la Universidad Hispalense. Derecho, V, XXVII, 1967, pp. 90-92.

<sup>3</sup> Conviene recordar los antecedentes legislativos para la regulación del contrato de trabajo (proyectos de ley de 1906, 1908, 1910, 1914, 1916 y 1919) y los trabajos en el seno del Instituto de Reformas Sociales; véase, por todos, el proyecto elaborado en las sesiones del Consejo de Dirección del Instituto de Reformas Sociales del 19 de septiembre al 16 de octubre de 1921 y en las del Pleno del mismo organismo, celebradas con varias interrupciones, desde diciembre de 1921 hasta febrero de 1924, en Instituto de Reformas Sociales, El contrato de trabajo, su discusión en el Instituto de Reformas Sociales. Actuación de la representación patronal, S. Rivadeneyra, Madrid, 1924. Destaca la importancia de estos antecedentes, A. GALLART FOLCH, Derecho español del Trabajo, ed. Labor, Barcelona, 1936, pp. 49-50.

<sup>4</sup> El artículo 1º de LCT de 21 de noviembre de 1931, decía que «se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera sea su denominación, aquél por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos, o una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de estos, por una remuneración, sea cual fuera la clase o forma de ella», y añade su artículo 2º, «el objeto del contrato al que se refiere la presente ley es el trabajo u obra que se realiza por cuenta y bajo la dirección de otro». Estos ingredientes del contrato de trabajo se mantendrán vigentes, al ser reproducidos por la LCT 26 enero 1944, hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

incidencia y por su extensión. Ese sistema jurídico está constituido por normas del Estado y por normas convenidas (convenios colectivos). De ahí, el evidente acortamiento del margen de los pactos en el contrato de trabajo. El contenido del contrato se encuentra, en gran medida, predeterminado en normas autónomas o heterónomas que se superponen a la voluntad de las partes: «el principio de autonomía de la voluntad aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, del principio de igualdad y que por ello es constitucionalmente justificable sacrificios de la esfera de lo individual en función de intereses colectivos tutelados por la representación del personal» (STC 142/1993).

El estrecho espacio para la autonomía privada en el contrato de trabajo no sólo es peculiar de éste, sino común con muchas otras figuras contractuales (arrendamientos urbanos o rústicos, seguros, transportes colectivos, etc.). Sin embargo, es comprobable en la hora actual una evidente tendencia a individualizar las relaciones de trabajo y el más eficaz instrumento es el contrato de trabajo, pero, en cualquier caso, con salvaguarda de la estructura que el artículo 3.1 LET da a las fuentes de las obligaciones que nacen del contrato. En efecto, los pactos individuales habrán de respetar lo dispuesto en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos sin que puedan establecer, en perjuicio del trabajador, «condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados». La voluntad de las partes tiene, pues, unos límites que derivan de la licitud del objeto, de la irrenunciabilidad (ineficacia de la renuncia) de derechos que el trabajador tenga reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario (art.3.5 LET) y de la necesidad de causa lícita (crf 294).

## II. Concepto y caracteres del contrato de trabajo

**252. Concepto de contrato de trabajo.**—El artículo 1.1. LET no define el contrato de trabajo, pero da las pautas necesarias para hacerlo. Contrato de trabajo será aquel acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario). No cabe duda de que el contrato de trabajo compromete al trabajador, mediante remuneración, a poner durante un tiempo cierto sus servicios a la disposición y bajo la dirección de otra, el empresario. Se configura un contrato que se perfecciona por el consentimiento y donde la libertad de obligarse es radicalmente sustancial. Es también un contrato de cambio, de carácter bilateral perfecto y con fundamento oneroso al constituir necesariamente obligaciones a cargo de las dos partes (sinalagma), tanto desde la per-

pectiva de que las obligaciones de trabajar y pagar salario surgen válidamente para el trabajador y el empresario desde el nacimiento mismo del contrato (sinalagma genético) como desde la observación de la necesaria interdependencia que se mantiene a lo largo de la vida del contrato entre aquellas prestaciones básicas (sinalagma funcional). Se trata, por consiguiente, de un contrato típico, con una extensa y profunda regulación heterónoma, de carácter consensual, sinalagnático y oneroso.

La relación jurídico individual de intercambio (*facio ut des*) de trabajo por remuneración está disciplinada y organizada unitariamente por el contrato de trabajo. La relación de trabajo es el resultado y el contenido del contrato de trabajo. El artículo 3 LET utiliza, con virtual sinonimia, las expresiones relación laboral y contrato de trabajo. El precepto citado dispone cómo se regulan «los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral» y, al enumerar las fuentes, establece como una de ellas (las otras tres son normas jurídicas) la voluntad de las partes, «manifestada en el contrato de trabajo». Por tanto, la concepción dogmática del Estatuto de los Trabajadores es netamente contractualista al admitir que la relación laboral sólo nace del contrato. Como el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, puede distinguirse entre el acto de celebración y actos sucesivos de ejecución. Se puede llamar contrato al acto de celebración y relación de trabajo a los demás, pero sin desconocer que ambos son «el contrato de trabajo», único título jurídico para que el empresario pueda hacer suyos inicialmente los frutos del trabajo.

Desde la misma definición, debe quedar expresa constancia de que el contrato de trabajo no incluye a todas las posibles relaciones de producción fundadas en el trabajo. El intercambio de trabajo por remuneración es, sin duda, más amplio que el acotado por el contrato de trabajo. Unas veces será la propia ley (art. 1.3 LET) la que produzca las exclusiones fundadas en decisiones de política del Derecho y en el respeto a formas de prestar el trabajo configuradas incluso con fundamento constitucional (funcionarios públicos, art. 103.3 CE). Otras veces, la exclusión vendrá de la falta de alguna de las notas esenciales del tipo de contrato de trabajo previamente definido.

**253. Caracteres del contrato.**—De la definición es fácil desprender los cuatro rasgos que identifican al trabajo objeto de este contrato y, por extensión, al contrato mismo: el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración (STS 13-3-1997, A. 2461). La retribución como contraprestación del empresario tendrá su estudio autónomo al analizar la estructura de la obligación retributiva. El carácter libre y personalísimo del contrato se diluye en el estudio de la propia dependencia y

en el del sujeto del consentimiento (quién puede prestarlo, la noción legal de trabajador). Queda por analizar ahora las dos notas características de la ajenidad y la subordinación. La ajenidad (trabajar por cuenta ajena) es un dato concluyente en el sentido de que se da o no se da; la dependencia o subordinación, por su parte, es un rasgo evolutivo, adaptable. Ambas, sin embargo, sirven al específico y doble fin de identificar y delimitar el ámbito del contrato de trabajo y, ciertamente, son los rasgos que lo singularizan y definen como vínculo contractual típico.

Resulta evidente que el artículo 1.1 LET, cuando establece que «la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario», recoge, como características del trabajo objeto de la relación jurídica laboral, las dos notas peculiares de la prestación, trabajar por cuenta ajena y hacerlo dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

El concepto de ajenidad es el más pacífico de los que caracterizan al contrato de trabajo. Es radical y, por tanto, poco dado a matices y apoyado en los dos pilares estructurales del capitalismo: propiedad de los medios de producción y venta en el mercado del producto obtenido (STSJ Cantabria 7-2-1995, A. 685). Las vicisitudes y mutaciones experimentadas por la prestación de trabajo en el proceso productivo no se recogen en el concepto de ajenidad. Con tal concepto no puede observarse la mayor o menor presencia de los poderes empresariales en la dirección del trabajo, o la fragmentación del mercado de trabajo y la aparición de otras formas más difusas de trabajar para una organización.

El trabajador presta sus servicios para otro a quien pertenecen los frutos del trabajo (lo contrario produce la exclusión del contrato de trabajo: «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente», disposición final primera LET). La atribución de los resultados es inicial, desde el momento mismo en que nace el trabajo. La ajenidad la ha entendido la jurisprudencia en el sentido de transmisión a un tercero de los frutos o del resultado del trabajo (ajenidad en los frutos, STS 29-10-1990, A. 7721); o más claramente aún, la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca porque es el empresario quien incorpora los frutos del trabajo al mercado (ajenidad en el mercado) percibiendo directamente los beneficios (STS 29-1-1991, A. 190 y 16-3-1992, A. 1807). Si el empresario es el titular de los frutos del trabajo es evidente que será quien corra con los riesgos, favorables o desfavorables, del resultado de ponerlos en el mercado; el trabajador es ajeno al resultado de la explotación del negocio (ajenidad en los riesgos).

El trabajador no es sujeto receptor del valor de su trabajo; los frutos (bienes o servicios) son del empresario, quien los coloca en el mercado, con sus riesgos y ventajas. El trabajador es ajeno al resultado de su trabajo. Entrega trabajo a cambio de salario y esa realidad primaria lo sitúa tanto al margen de un resultado positivo o negativo como de las vicisitudes de la colocación del trabajo en el mercado. Desde una perspectiva negativa, igualmente queda clara la ausencia de la ajenidad cuando quien realiza la prestación conserva la titularidad del resultado de sus trabajos (STS 12-2-1991, A. 839); en suma, no trabajará por cuenta ajena quien lo hace por su cuenta y corre los riesgos de poner en el mercado el resultado de su propio trabajo. La ajenidad no se comprende aisladamente, sino en relación causal con la forma de prestar el trabajo. Trabajar por cuenta ajena es trabajar bajo dependencia (un ejemplo de ajenidad disminuida o, exactamente, de ausencia de dependencia, es el supuesto del becario que, a cambio de la beca, ha de entregar el fruto de su investigación, STSJ Cataluña, 28-1-1994, A. 180; un supuesto excepcional de becario-trabajador en STSJ Castilla-León, 6-11-1996, A. 3809). El asalariado es un trabajador subordinado a los poderes de organización del empresario.

El que trabaja bajo dependencia no organiza su trabajo, lo presta bajo las órdenes de otro, el empresario. La dependencia en la actualidad continúa sirviendo para describir una realidad poliédrica que no puede ser reconducida a una sola consideración. Es innegable que la caracterización del contrato de trabajo reside en la posición de subordinación del trabajador y correlativa preeminencia del empresario. De tal manera, que el empresario tiene el poder de especificar el contenido y las cualidades del trabajo y orientar hacia un resultado la actividad; sobre el resultado obtenido el trabajador no posee ningún control. La dependencia es una noción históricamente evolucionada que si bien nace unida al obrero industrial, se flexibiliza, buscando su caracterización de acuerdo con el tipo de trabajo real que subyace en el proceso económico. Caso contrario, si se quedara el concepto anquilosado en su primera versión, puede hacerse buena la clásica observación de que el principio de subordinación ejerce una cierta tiranía sobre el Derecho del Trabajo, retrasando su progreso científico, mermándolo, reduciendo su ámbito, proletariándolo y colocándolo detrás de la realidad<sup>7</sup>.

Una forma de ordenar el concepto jurídico de la subordinación, como sometimiento al poder de dirección del empresario, en los diversos y cambiantes tipos de trabajo, ha sido el método jurisprudencial de «los indicios».

<sup>7</sup> G. BAYON CHACÓN, «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en Revista de Derecho Privado, junio 1961, p. 451.

Se trata de señales que evidencian una situación de subordinación. Cuando se dan se infiere que se presta trabajo en esa condición jurídica. Son de diversa naturaleza y aparecen por separado o agrupadamente; recibir órdenes sobre el lugar de trabajo; estar sometido a horario; trabajar con modalidades previamente marcadas de itinerarios o servicios a atender; fijar repetidamente la cantidad de trabajo, su calidad y el plazo de su ejecución; percibir remuneración por tiempo de trabajo; exclusividad a un empleador; continuidad y repetición de las actividades, etc.

El método de los indicios es empírico y escasamente fiable, aunque su repetición, al final, permitió extraer y construir jurisprudencialmente un concepto jurídico indeterminado hoy incluido en el artículo 1.1 LET, la incorporación al círculo organizativo rector y disciplinario del empleador (STS 9-2-1990, A. 886). No se trata de una dependencia pasiva sino de entronque y participación en el conjunto organizado que es la empresa.

La importante ventaja que encierra la actual consideración legal de la dependencia es la de romper el análisis y detección de la subordinación sólo en el marco de un contrato de trabajo aislado, individualizado, abstracto. Así, los indicios han de servir para reforzar o probar la relación del trabajador con una organización (STS 29-12-1999, A. 1427). La dependencia aparece como consecuencia de la realización de una actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empresario (por todas, SSTS 16-2-1990, A. 1099 y 6-5-1992, A. 3677). Los indicios pueden aparecer debilitados, pero observarse la nota de dependencia en razón a la incorporación al círculo organizativo del empresario (STS 20-7-1999, A. 6839), donde éste despliega las facultades legales para ordenar el trabajo. Indicios relevantes suelen ser la jornada habitual, la frecuencia de la actividad, el despliegue en exclusiva del trabajo para un empresario que fija las instrucciones o la forma salarial de ser remunerado (indicios de esta naturaleza priman sobre el alta en el Régimen de Autónomos, la colegiación o la posibilidad de declinar la realización del servicio, STS 10-4-1995, A. 3040).

En suma, el trabajo prestado bajo la regulación de un contrato de trabajo supone, cuando menos, insertarse en un círculo organizativo de tal fuerza que genera tanto un poder de especificar continuamente el objeto como el correlativo deber de prestar ese trabajo. Esta dependencia precisa, por la razón equilibradora del Derecho del Trabajo, de delimitaciones que proceden de diversas fuentes referidas a la jornada, al salario o a la categoría profesional. Pero sean cuales fueran las limitaciones de la dependencia, la esencia de ésta es la de dejar inmerso al trabajador en un sistema organizativo que ordena y delimita el propio trabajo (STS 14-5-1990, A. 4314). No se es libre, por con-

siguiente, ni para prestar cualquier trabajo ni para prestarlo durante el tiempo que se quiera. La cantidad, calidad y tiempo de la prestación son dependientes del vínculo adoptado; los fija el propio contrato y, por extensión, los poderes del empleador.

**254. Contrato de trabajo común y contratos especiales.**—Con las notas estudiadas de ajenidad y dependencia y las características de ser libre, personal y remunerado, se configura el trabajo que, de forma esencial, mínima y unitaria, regula sus obligaciones a través de un género de contrato, el de trabajo. Serán esas notas las comunes al género que luego se individualizará en las incontables posibilidades de prestar aquel tipo de trabajo. Cuando los mencionados rasgos característicos aparecen, esto es, cuando se reúnen los requisitos que hacen posible la constitución legal del contrato de trabajo (art. 1.1 LET), se aplican de inmediato las fuentes de la relación laboral y, aún a falta de pactos expresos, serán las leyes y los convenios colectivos quienes rellenen de contenido al propio contrato (art. 3 LET). La regulación común del contrato de trabajo está contenida, en síntesis, en el Estatuto de los Trabajadores. El trabajo subordinado queda así regulado de una forma unitaria, pero no uniforme.

La primera circunstancia que se manifiesta en cuanto se observa la realidad del trabajo por cuenta ajena es no sólo su diversidad (múltiples formas de prestar trabajo), sino las diferentes conformaciones (categoría, salario, jornada etc.) que surgen específicamente ya del sector donde se preste (química, siderurgia, hostelería, banca, etc.) ya de las modalidades contractuales que la ley permite (en especial, por razón de la duración, indefinido o a tiempo determinado). En cualquier caso, la diversidad tiene un elemento, común y mínimo, aglutinante, la aplicación del Estatuto de los Trabajadores. Esta regulación unitaria recibe el nombre de relación laboral común.

Sin embargo, hay unas relaciones laborales especiales que no son otra cosa que consecuencia de la progresiva e históricamente complicada ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Sin duda, quién sea trabajador por cuenta ajena en cada momento es la esencia misma del campo de aplicación de la normativa reguladora del contrato de trabajo. Ahora bien, esa ampliación sólo ha podido hacerse adaptando, a veces hasta extremos inverosímiles, la regulación común del trabajo por cuenta ajena (o sea, hoy el Estatuto de los Trabajadores) a las necesidades derivadas de las peculiaridades de la propia actividad y referidas ya a la formación del contrato, ya a las condiciones de trabajo, ya a la regulación de la extinción.

La adaptación realizada se ha hecho, en la regulación vigente, a partir de una técnica que sustancialmente consiste en dos operaciones: una, la declara-

ción por Ley de la categoría de relación especial, según criterios cuya lógica no se alcanza a comprender fácilmente y, otra, la remisión normativa al Gobierno para que complete la casi siempre escueta y meramente nominativa regulación de la Ley. La lista cerrada (sólo puede abrirse por Ley) de las relaciones laborales especiales viene en el artículo 2.1 LET; se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c) LET; b) la del servicio del hogar familiar; c) la de los penados en instituciones penitenciarias; d) la de los deportistas profesionales, e) la de los artistas en espectáculos públicos; f) la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquélla; g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; h) la de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas y i) cualquier otro trabajo que sea declarado como relación laboral especial por una Ley.

Desde el momento en que una Ley atribuye a una relación laboral el carácter de especial tiene el efecto o consecuencia inmediata de que el Gobierno por Decreto y, dentro de un plazo, regule la normativa concreta de esta relación especial. A veces, no siempre, ha tenido otra consecuencia aún más definitiva, la de incluir, por primera vez, la relación especial en el Derecho del Trabajo. Pero ni la operación legal (Ley y remisión normativa al Gobierno) en sí misma ni la estructura final resultante de cada relación puede ser ahora objeto de estudio porque afecta, en su especialidad, a elementos comunes (jornada, retribución, extinción, etc.) que es preciso conocer primero (cfr 454 a 469).

### III. Figuras afines y simulación negocial

**255. Contrato de trabajo y otras relaciones de producción.**—La prestación de una actividad personal, gratuita o remunerada, puede tener encaje en otras figuras contractuales distintas a las de trabajo y aún cuando, en esencia, sean tipos de contratos afines que cumplen cada uno de ellos con su específica finalidad económico-social, no por eso dejan de parecerse y plantear problema en sus zonas fronterizas. Los contratos de transporte, de ejecución de obra o de arrendamiento de servicios son perfectamente identificables, pero en la medida en que se difuminen sus notas esenciales y se acerquen a la prestación del trabajo remunerado por cuenta ajena y dependiente, los problemas de identificación surgirán. La intención de diferenciar al contrato de trabajo de sus tipos más próximos no sólo lleva el objetivo de aclarar los ele-

mentos fronterizos entre ellos, sino la de mejorar la comprensión del concepto y estructura del propio contrato de trabajo, en especial moviéndose el análisis allí donde la jurisprudencia ha ido precisando los límites tipológicos y el contenido normativo de cada figura contractual. En cualquier caso, la afinidad del contrato de trabajo con otras figuras contractuales vendrá exclusivamente del hecho de que son (o pueden ser) auténticas relaciones personales de trabajo (prestación de actividad) que se encuentran encuadradas en figuras civiles o mercantiles (un ejemplo de exclusión, el denominado contrato de depósito y control de mercancías en la STS 7-3-1994, A. 2210).

La regla de diferenciación más segura es la de considerar que un contrato de trabajo (como cualquier otro) se define por su propio contenido, al margen del concepto o nombre atribuido por las partes, y los elementos diferenciales deben siempre buscarse en las circunstancias que especifiquen el desarrollo y contenido de las prestaciones. Sin duda, compete a los jueces y Tribunales calificar o no a una relación jurídica como contrato de trabajo, lo que harán como conclusión a la que llegan analizando los hechos y valorando, interpretando y aplicando normas jurídicas (STS 16-6-1990, A. 5073). Esta labor ha de ser, sin duda, activa dinámica y necesaria para adaptarse a la realidad social de nuevos trabajos que, incluso, pudieron estar primero extramuros del contrato de trabajo y luego ser incluidos (por ejemplo, encuestadores de empresas de investigación de mercado, STS 27-5-1992, A. 3678 y 26-1-1994, A. 380; peritos tasadores de seguros, STSJ Madrid, 29-10-1991, A. 5962).

**256. Arrendamiento de servicios, ejecución de obra, mandato, agencia, transporte y sociedad.**—Son estas las figuras donde los problemas de fronteras aparecen más nítidamente y merecen ser analizados desde la doble perspectiva de exponer los rasgos principales que las hacen reconocibles para cumplir su propia función económica y social, y analizar dónde aparecen los puntos de contacto con el contrato de trabajo, de tal suerte que en ocasiones es dudoso el encuadramiento del supuesto en una u otra figura.

A) *Arrendamiento de servicios*: el artículo 1.544 del Código civil denomina así a aquel contrato en el que una de las partes se obliga «a prestar a la otra un servicio por precio cierto». En este contrato que es normalmente de duración, la actividad se presta sin subordinación o dependencia y fijando libremente el precio de los servicios (por ejemplo, percibiendo la remuneración en función de cada hora de servicio prestado, STSJ Madrid, 25-6-1993, A. 3182). Es la clásica figura contractual que acoge el trabajo de las profesiones llamadas liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc., STS 4-12-1984, A. 6332), si bien estas profesiones («trabajadores intelectuales»),

cada vez más intensamente, pueden ser ejercitadas a través del contrato de trabajo (dependencia, cesión inicial de los frutos y régimen retributivo salarial, un excepcional supuesto de profesional del derecho que presta servicios a una misma persona jurídica sometido a arrendamiento de servicio y a contrato de trabajo en STS 21-9-1990, A. 7926). El arrendamiento de servicios es un tipo contractual en el que tiende a incluirse una parte nada intrascendente del trabajo para otro, saliendo del ámbito de aplicación de las normas laborales. La implantación de este tipo contractual (y, por tanto, los problemas fronterizos) se impone por necesidades del sistema productivo y la ampliación del trabajo por cuenta propia. Será la nota de la propiedad inicial de los frutos (o sea, la ausencia de ajenidad, STSJ Madrid 28-12-1994, A. 5067) la que caracterice al trabajo prestado en arrendamiento de servicios tanto o más aún que la graduación en la fijación o determinación del propio trabajo (dependencia). El arrendamiento de servicios, en suma, comporta en sí mismo la propiedad inicial de los frutos y una libertad de actuación profesional que lo aleja del poder directivo del empresario, característico del contrato de trabajo (STS 22-4-1996, A. 3334). En el arrendamiento de servicios cabe incluso la posibilidad de no prestarlos personalmente (STS 27-1-2001, A. 784).

*B) Arrendamiento de obra:* el artículo 1.588 del Código civil previene que «puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecuta ponga solamente su trabajo o industria o que también suministre el material», completa y desarrolla al artículo 1.544 del propio Código civil cuando define que en el arrendamiento de obras una de las partes se obliga a ejecutar una obra a otra por precio cierto. Se pacta en este tipo contractual no una actividad sino un resultado (una obra) que se ejecuta sin sometimiento a la dirección de quien la encarga aunque éste tenga el evidente derecho a especificar lo que quiera. Es la deuda de un resultado (un hacer, *locutio operis faciendi*) lo que caracteriza a este tipo contractual que lo aleja de la nota de ajenidad y hace muy difusa la de dependencia (STS 25-1-1990, A. 212, no hay ejecución de obra sino contrato de trabajo cuando sólo hay aportación de trabajo, en las instalaciones de la empresa y por un «precio hora»).

*C) Contrato de mandato:* el punto de conexión con el de trabajo es, sin duda, que se trata de una relación de actividad. El artículo 1.709 del Código civil dispone que por el mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra, y que incida en la esfera jurídica de ésta; se presume unilateral (art. 1.711 Código civil) esto es, sin remuneración, en cuyo caso la gratuidad lo aleja, sin más, del contrato de trabajo. La actividad que desarrolla el mandatario puede tener repercusión en su propio patrimonio (art. 1.717 Código civil niega la nota de ajenidad). Se cali-

fica de mandato y no de contrato de trabajo la actividad de quien incluso de forma retribuida gestiona intereses de otro, con plena autonomía, rindiendo mensualmente cuentas y valiéndose, a su costa, de la ayuda de terceras personas (STS 16-10-1990, A. 7690).

*D) Contrato de agencia:* la actividad independiente de intermediario, la prestación libre de servicios como mediador que promueve o concluye para otros actos u operaciones de comercio, está hoy regulada por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia que incorpora al derecho español el contenido normativo de la Directiva 86/653 de la CEE, de 18 diciembre 1986, referente a la necesaria coordinación de los Estados miembros sobre los agentes comerciales independientes. Es una figura contractual, estructurada sobre normas imperativas, cuya cercanía legal con las notas características del contrato de trabajo es innegable; en cualquier caso, los parecidos sólo pueden buscarse, por definición, cuando el agente es una persona natural (art. 1). Se trata de un trabajo por cuenta ajena (arts. 1 y 9) tanto desde la perspectiva de la cesión inicial del trabajo como desde la no participación en los riesgos (cabe, sin embargo, el pacto expreso y escrito para la asunción del riesgo y ventura del buen fin de todos o parte de los actos u operaciones promovidos o conducidos por el agente, arts. 1 y 19). La nota diferenciadora es exclusivamente la ausencia de dependencia; la independencia del agente es el requisito esencial, de tal suerte que sea capaz de organizar su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios (art. 2). Al descansar la diversidad sólo en la nota de dependencia hará, sin duda, difícil y casuística la diferenciación con el contrato de trabajo común y, desde luego, con el especial de los representantes de comercio (sobre la no dependencia en el contrato de agencia, STS 2-7-1996, A. 5631).

*E) Contrato de transporte:* en sí mismo, este contrato tiene propia y rotunda entidad y cumple una función económica y social tan específica que se aleja de cualquier confusión con el contrato de trabajo. Transportar de un lugar a otro personas o bienes es una actividad regulada escasamente en el Código civil (arts. 1601 a 1603) y con más intensidad en el Código de comercio (arts. 349 a 379, transporte terrestre y fluvial que se reputará mercantil cuando se trasladen mercaderías y efectos de comercio o el porteador se dedique habitualmente a verificar transportes para el público, incluido viajeros, art. 352). En la actualidad, por su innegable importancia es objeto de una complicada y extensa red normativa que se refiere minuciosamente tanto al transporte terrestre (carreteras o ferrocarriles) como al marítimo o aéreo.

Las zonas fronterizas con el contrato de trabajo se presentan no cuando una persona física ejercite la mera actividad de conducir o dirigir un medio de

transporte sino, además, cuando éste es propiedad del porteador. La línea divisoria, en especial a partir de la STS 26-2-1986 A. 834, actividad de mensajeros con vehículo propio, radica en que el transporte realizado con vehículo propio va más allá de la prestación de una actividad y supone la obtención de un rendimiento económico de la inversión, lo que debe resultar más sobresaliente, en la relación concreta, que los aspectos personales de prestación de trabajo y contraprestación de retribución (STS 22-6-1988, A. 5448; o sea, será contrato de trabajo cuando el transportista realice actividad propia de la empresa y no de él mismo, STS 3-12-1991, A. 9034). Esta línea jurisprudencial trabajosamente constituida ha de verse alterada en una sustancial medida por el importante cambio legislativo introducido por la Ley 11/1994, cuya disposición final séptima introdujo una nueva letra g) en el artículo 1.3 LET que excluye del ámbito laboral «la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de las autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador». Será contrato de transporte y no de trabajo la actuación en el mercado como titular de una tarjeta de transporte con vehículo de su propiedad (u otra figura, leasing, por ejemplo) mediante precio y aunque sea para un mismo cargador (cfr. 266; por el contrario, será contrato de trabajo el que vincula a un conductor de vehículo, propietario o no del mismo, que transporte para una empresa en la actividad denominada transportes privados complementarios del art. 102 Ley 16/1987, STS 22-12-1997, A. 9528).

F) *Contrato de sociedad*: sólo dos específicos tipos de contrato de sociedad admiten ser fronterizos con el de trabajo. Ha de ser una sociedad civil (art. 1.665 del Código civil: «dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias») de carácter particular (art. 1.678 del Código civil, que en contraposición a la universal, es aquella que «tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte» (típica, la de un colectivo de abogados, STS 23-1-1990, A. 197 y STSJ Madrid 31-1-1995, A. 426) donde la aportación de uno o varios de los socios, sea de industria o actividad (arts. 1.665 y 1.683 del Código civil).

La aportación de actividad será el origen de lo fronterizo entre los contratos de trabajo y sociedad y predomina uno u otro según sean relevantes las notas de ajenidad y dependencia o el interés societario (STSJ Aragón 15-2-1995, A. 479). La mayor parte de los problemas giran en torno a la figura del denomina-

do socio industrial que también puede aparecer (segundo de los tipos contractuales societarios que pudieran ser conexos con el de trabajo) en las sociedades mercantiles colectivas o comanditarias simples (arts. 138, 141 y 148 del Código de comercio; sin duda, no cabe en las sociedades anónimas, art. 47 Ley de Sociedades Anónimas). La diferencia entre ese socio industrial y el trabajador debe de resultar evidente en la medida en que el primero no trabaja por cuenta ajena sino para la sociedad de la que forma parte (*affectio societatis*); igualmente no recibe un salario sino que se retribuye con el reparto de beneficios. Sin embargo, hay un supuesto de convivencia, en una misma persona, del contrato de sociedad y el de trabajo. El artículo 1º de la Ley 4/1997, de 24 de marzo (BOE del 25) define a las denominadas «Sociedades Laborales» como aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que al menos el cincuenta y uno por ciento del capital social pertenece a los trabajadores que presen en ellas sus servicios retribuidos de forma directa, personal, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido (corresponde al MTAS o, en su caso, a las Comunidades Autónomas, el otorgamiento de la calificación de sociedad laboral y su inscripción en un registro administrativo de sociedades laborales, art. 2 de la Ley 4/1997 y RD 2114/1998, de 2 de octubre, BOE del 14).

La existencia de una relación laboral no queda desvirtuada por el hecho de que el trabajador sea a su vez socio de la empresa (STS 15-11-1990, A. 8576; es conceptuado trabajador, el socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado, STS 9-5-1987, A. 3734; no es, en cambio, trabajador quien presta actividades para empresa de la que es socio mayoritario, STSJ Cataluña, 30-9-1991, A. 5599).

**257. Simulación relativa y fraude de ley.**—Es clásica la distinción entre negocio simulado absolutamente como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad porque no existe y negocio simulado relativamente que se muestra al exterior de forma distinta al que de verdad es (STS 29 octubre 1956, A. 3421). La simulación absoluta tiene lugar cuando con acuerdo simulatorio de las partes, se aparenta un contrato inexistente, cuando se finje un contrato de trabajo, que será nulo (simulación de contrato «con la finalidad de obtener el pretendido trabajador las prestaciones por desempleo», SSTSJ Extremadura, 14-10-1991, A. 5412 y Cataluña 5-2-1992, A. 774). La simulación relativa que interesa ahora examinar es en la que se utiliza una norma de cobertura (normalmente la regulación de alguno de los contratos que se han reputado afines al de trabajo) para encubrir el contrato de trabajo y evitar así la aplicación de la normativa jurídica laboral. La nulidad será del negocio aparente (art. 6.4 Código civil) y se mantiene, en cambio, la validez del negocio disimulado (STS 18-4-1990, A. 3475) operando así la presunción de laboralidad del artículo 8.1 LET.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., Conceptos fundamentales: empresa y trabajador en Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Tomo I, EDESA, Madrid, 1990.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», REDT, 1986, núm. 28.
- ALBIOL MONTESINOS, I., «En torno a la polémica ajenidad-dependencia», CCDT, 1971, núm. 1.
- ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», ADC, 1967, núm. 1, pp. 117 a 151.
- De la servidumbre al contrato de trabajo, Tecnos, Madrid, 1987, 2ª edic.
- Introducción al Derecho del Trabajo, 5ª ed. Civitas, Madrid 1994.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Costas de abogado y contrato de trabajo», AL, 1992, núm. 6.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Concepción doctrinal de la organización comunitaria de la empresa», RPS, 1974, núm. 102.
- BAYON CHACÓN, G., «El ámbito de aplicación de las normas del Derecho del Trabajo», RPS, 1966, núm. 71.
- La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español, Tecnos, Madrid, 1955.
- CABRERA BAZÁN, J., Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico, AKAL, Madrid, 1981.
- «Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo», en AA.VV., Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980.
- CAMARA BOTIA, A., «Contrato de trabajo y agencia mercantil: modificación de las fronteras del contrato de trabajo» en REDT núm 77, 1996
- CAMPS RUIZ, L. M. y SALA FRANCO, T.: «La flexibilidad en la contratación laboral», Revista de Treball, 1987, núm 4.
- CASAS, M<sup>o</sup> E. BAYLOS, A. y ESCUDERO, R., «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español», RL, 1987, núm.23.
- GALIANA MORENO, J., El contrato de trabajo en el derecho inglés, Barcelona (Bosch), 1987.
- «El contrato de trabajo», en AA.VV., La obra científica de Manuel Alonso Olea, Murcia. (Universidad), 1983, pp. 49 a 66.
- GARCÍA PIQUERAS, M., «La simulación en el contrato de trabajo» AL, 1990, núm.21.
- GIERKE, O., Las raíces del contrato de servicios, Cívitas, Madrid, 1982.

- LÓPEZ GANDÍA, J., Contrato de trabajo y figuras afines ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- LUIÁN ALCARAZ, J., La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo), MTSS, Madrid, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El discreto retorno del arrendamiento de servicios» en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Homenaje al Profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
- Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001) en RMTAS, 2002, núm. 38.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo» en REDT, 1999, núm. 96.
- PEDRAJAS MORENO y VALDES DAL-RE, F., «Contrato de trabajo y contrato de transporte: Un giro en la jurisprudencia», DL, 1986, núm. 19.
- PÉREZ BOTIA, E. y VILLA GIL, L. E. de la, «La dependencia ¿es esencial para la existencia del contrato de trabajo?», RGLJ, 1964, núm. 5.
- REY GUANTER, S. DEL, «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo», RL, 1989, núm. 10.
- RIVERO LAMAS, J., El Derecho común del trabajo en España, Zaragoza. (Universidad), 1970.
- «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo» en REDT núm. 80, 1996
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Contrato de trabajo y relación de trabajo. Balance provincial de una polémica», Anales Universidad Hispalense, 1967, vol. XXVII.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. (homenaje al Profesor M. Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., Nacional sindicalismo y relación de trabajo, AKAL, Madrid, 1982.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», CPS, núm. 48.
- VILL GIL, L. E. de la, «La crisis de la dependencia en la delimitación de las relaciones jurícolaborales», RDP, 1963, núm. 56.
- «Relaciones laborales de hecho», RDT, 1961, núm. 47.

## CAPÍTULO XV

### SUJETOS DEL CONTRATO (1). EL TRABAJADOR

SUMARIO: I. Noción jurídica de trabajador.—II. Exclusiones legales.—III. Tipología de trabajadores.—IV. El grupo de trabajadores y las relaciones de trabajo mediatas.

---

#### I. Noción jurídica de trabajador

**258. Los sujetos del contrato de trabajo.**—Si no existieran poderosas razones jurídicas, económicas y sociológicas que hacen aconsejable detenerse pormenorizadamente en los sujetos del contrato de trabajo, bastaría, al abordar su estructura, estudiar el requisito esencial del consentimiento (capacidad para consentir y prestación del consentimiento). Como resulta obvio, no se estudian, porque carecen jurídica, económica y sociológicamente de importancia, las figuras subjetivas de comprador y vendedor o de arrendador y arrendatario, sino que se analizan las posiciones que libremente han adoptado en un determinado contrato y sus consecuencias jurídico-patrimoniales. Sin embargo, en el Derecho del Trabajo son categorías jurídicas de amplia incidencia, incluso más allá del propio contrato de trabajo, la de trabajador asalariado y la de empresario o empleador. Analizar el concepto de trabajador

es, sin más, poner de manifiesto el ámbito subjetivo o campo de aplicación del Derecho del Trabajo.

El concepto de trabajador se refiere, desde luego, a la categoría de sujeto del contrato, pero bien entendido que las consecuencias de ser trabajador por cuenta ajena lo incluyen, también en calidad de sujeto, dentro de las relaciones sindicales o como beneficiario de la Seguridad Social. Desde un punto de vista económico (con posibles y evidentes repercusiones jurídicas) podría ser estudiado como demandante de empleo (desempleado) o como población activa; incluso desde un plano político o sociológico podría ser incluido, en la medida en que ese concepto sea manejable, dentro de la clase obrera. Con estas observaciones se destaca, sobradamente, la importancia, radicalmente central, que para el ordenamiento jurídico laboral tiene la figura del trabajador. La figura del empresario surge, justamente, por referencia a la del trabajador. Es empresario quien tiene a su servicio trabajadores, quienes reciben la prestación de servicios de las personas definidas como trabajadores (art. 1.2 LET).

Las relaciones jurídico laborales no se acaban en las contraprestaciones de trabajo por salario; no pueden ser sólo observadas como la simple consecuencia de un negocio bilateral, sino que al comprometerse personalmente el trabajador en la prestación de servicios hace que esas relaciones estén presididas por el respeto a la dignidad del trabajador y al principio de no discriminación. Las notas que caracterizan al trabajo objeto del contrato (ajenidad y dependencia) suponen que el trabajador ejerce su trabajo en un marco de la buena fe contractual y con obediencia a las legítimas instrucciones que recibe del empresario. Existe, sin duda, un deber del empresario de proteger la vida e integridad del trabajador (seguridad e higiene en el trabajo) y la necesidad de que el trabajador actúe conforme al sentido de la productividad y el respeto a los intereses económicos del empresario. Este es un panorama que obliga a delimitar las figuras de trabajador y empresario, que irradia su importancia en las posiciones jurídicas básicas que tales sujetos adoptan en el desarrollo del propio contrato de trabajo. Al estudiar las categorías de trabajador y de empresario desde la vertiente de sujetos del contrato de trabajo, se pone de manifiesto la función esencial que éste cumple como título jurídico que hace posible tanto la forma de prestar el trabajo como la apropiación inicial de su resultado.

**259. El concepto de trabajador.**—Con la observación de las definiciones o conceptos que, en este siglo, leyes ya no vigentes han dado de trabajador puede concluirse que la fuerza expansiva de la categoría ha sido enorme y de construir una legislación sobre la realidad del trabajador «manual» en fábricas, minas o en el campo se pasa a incluir a trabajadores «intelectuales»

y a ocuparse de formas de trabajar, producto de las nuevas tecnologías, donde las enérgicas notas iniciales de proletarización y subordinación se debilitan.

Sin desconocer que aparece en el Código Civil (art. 1.586) la expresión trabajador asalariado y que la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900 (art. 10) determina quién es trabajador, el primer concepto legal de trabajador es el del Código del Trabajo de 23 de agosto de 1926, configurado en torno al obrero, sujeto del contrato, «que se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a un patrono por precio cierto» (arts. 1 y 142). La importancia del concepto viene más de ser la primera vez, que de la técnica jurídica empleada. No aparece la nota de dependencia y, en cambio, se configura como actividad propia del trabajador la ejecución de obra. Incluso, en otro lugar del Código, aparece el grueso error, que se mantuvo en sucesivas normas y a la larga fue intranscendente, de considerar trabajador a la persona jurídica («la persona natural o jurídica que presta habitualmente un trabajo manual por cuenta ajena», art. 427 del Código; el primer eslabón de esta cadena de errores fue una prescripción parecida en la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908).

En la Segunda República, la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, perfecciona el concepto y, así, «trabajador es la persona física o jurídica que presta un servicio o ejecuta una obra por cuenta y bajo dependencia ajena y a cambio de un salario» (arts. 1 y 2). Ya están puestos los ingredientes para completar el concepto que más ha durado en el derecho español, el de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 enero de 1944. Es trabajador, según esta Ley, la persona física o jurídica que voluntariamente ejecute una obra o preste servicios intelectuales o manuales para otra persona denominada empresario, al que se halla subordinado y del que recibe una remuneración salarial (arts. 1, 2 y 4 LCT). El concepto es quizás más técnico, pero desde luego no necesariamente más amplio que el de la Ley de 1931.

El último hito histórico, antes del vigente Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, definió al trabajador como aquella persona física que presta sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia, recibiendo como contraprestación una remuneración. Desaparece, así, el error histórico de considerar trabajador a la persona jurídica, estableciendo claramente el sustancial elemento del carácter personalísimo de la prestación de trabajo amparada en el contrato de trabajo.

El concepto amplio de trabajador se complementó con unas determinadas y específicas medidas que fueron tomando las leyes citadas al incluir en su campo de aplicación a auténticas zonas grises del concepto de trabajador. De

una u otra forma, se fue alargando el concepto y, por tanto, expandiéndose el ámbito del Derecho del Trabajo. Así, no sólo se pasó de los obreros manuales a incluir a los trabajadores intelectuales, sino que, desde la LCT de 1931 (art. 6), se incluyó a los aprendices, a los obreros a domicilio y a los encargados de empresa (no a los denominados propiamente altos cargos; en terminología más actual serían los mandos intermedios). La LCT de 1944 (art. 6) no amplió el ámbito subjetivo y sólo en la LRL de 1976 (art. 3) van a encauzarse, a través de las denominadas «relaciones de trabajo de carácter especial», viejas discusiones sobre inclusión o no de determinadas clases de actividades profesionales (altos cargos, servicio doméstico, deportistas y artistas profesionales).

Con formulación inequívoca, el artículo 1.1 LET configura al trabajador como sujeto del contrato de trabajo y lo será quien «voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». No es difícil extraer las notas que caracterizan al trabajador asalariado: prestación personal y libre, por cuenta ajena, dependiente y remunerado. Las notas son, sin duda, de necesario examen, pero también hay que destacar que la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al igual que sus precedentes, excluye a un conjunto de relaciones de trabajo (art. 1.3 LET) e incluye a otras peculiares denominadas relaciones laborales de carácter especial (art. 2 LET).

En la prestación del trabajo asalariado, como consecuencia del contrato, se destaca con evidencia innegable el carácter de relación de poder entre empresario y trabajador. El trabajador ha de prestar su trabajo con sometimiento real y expreso al empresario que indica la conducta laboral a desplegar. Esta dependencia, situación medular que se deriva del contrato, explica la tipicidad de esta figura contractual y aclara igualmente sus presupuestos. No cabe hablar de dependencia si la vinculación al trabajo no fuera libre; se suscribe el contrato de trabajo como expresión libre del consentimiento y, en consecuencia, el trabajo ha de prestarse de forma voluntaria. Igualmente la dependencia requiere que la sujeción a las legítimas órdenes del empresario sea la de una persona física (no cabe la prestación de trabajo asalariado por una persona jurídica), pero, además, esa persona ha de estar perfectamente identificada (se contrata con un trabajador concreto, no con alguien indeterminado). Este es el carácter personalísimo del trabajo (razón por la que se dice que el contrato de trabajo es «intuitu personae»), donde no cabe (constante el mismo contrato) la intercambiabilidad de un sujeto por otro (inexistencia de contrato de trabajo cuando la actividad la prestan familiares y no la propia demandante, STSJ País Vasco 30-11-1993, A. 5125). En el contrato de

duración que es el de trabajo, se compromete no un resultado sino una actividad, lo que se plasma en la puesta a disposición del empresario de la propia y personal capacidad de trabajo.

La vinculación personal del trabajador es, de este modo, una directa consecuencia de la dependencia, entendida como la incorporación al círculo rector organizativo del empresario (art. 1.1 LET), lo que supone una especificación del trabajo a realizar y, al tiempo, significa un concepto de necesaria y dinámica revisión para adaptarse a las distintas formas de trabajo que nacen de las innovaciones tecnológicas. El concepto de dependencia se elaboró como un instrumento jurídico necesario para dar unidad al Derecho del Trabajo como disciplina autónoma de un conjunto de diversas relaciones de producción. Un tipo concreto de trabajo (industrial, en fábricas, con trabajo medido en tiempo y movimientos), por más que en su interior existan diferentes clases de trabajadores, tiene en común, está unificado, por la categoría jurídica de dependencia. Evoluciona el concepto en la medida misma en que se diversifican los trabajos y aquel tipo de trabajador deja de ser la regla y las excepciones se hacen tan numerosas que elevan la diferencia a normalidad. La dependencia vale como concepto unitario que sirve para reconocer a toda relación de producción que pueda ser definida como contrato de trabajo y, así, dotarla de una determinada protección normativa. El concepto precisa ser flexible y nada lo debe ser más que el concepto jurídico indeterminado que ha adoptado el artículo 1 LET.

El trabajador presta, además, un trabajo por cuenta ajena («el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral», DF 1ª LET), no aporta los medios de producción y en virtud del contrato se produce la apropiación inicial de los frutos del trabajo y su colocación en el mercado por el empresario. El trabajador, por último, ha de ser remunerado; se trabaja para ganar un salario, una contraprestación económica.

## II. Exclusiones legales

**260. Supuestos excluidos.**—No puede entenderse la figura del trabajador sólo a partir de los presupuestos sustantivos que la contienen (libre y personal, dependiente, por cuenta ajena y retribuido); es preciso examinar las expresas exclusiones de la ley (art. 1.3 LET, que además contiene el repetitivo y asistemático mandato de excluir «en general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1», art. 1.3.g, LET). El objetivo de estas exclusiones es doble; por un lado, se da seguridad

al tráfico explicitando claramente que unas relaciones de trabajo en las que faltan notas constitutivas no son contrato de trabajo y, por otro, se toma la decisión de política legislativa de alejar del ordenamiento jurídico laboral a relaciones de producción en las que no es difícil ver las notas que caracterizan al trabajo asalariado.

Así, y respecto al primer bloque, se excluyen de la calidad de trabajador asalariado a las siguientes actividades personales: las prestaciones obligatorias; las que se limitan al cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de la empresa; a las realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad; a los trabajos familiares; a las actividades de mediación siempre que queden personalmente obligados con el buen fin de la operación y, por último, al transportista con vehículos comerciales de servicio público (art. 1.3, b, c, d, e, f y g, LET). En el segundo bloque (exclusiones de relaciones que son de trabajo por cuenta ajena, pero la Ley las excluye), la relación de servicio de los funcionarios públicos. A continuación se exponen los rasgos básicos de las relaciones de trabajo enumeradas, excluidas de ser objeto del contrato de trabajo.

**261. Prestaciones personales obligatorias.**—El artículo 31.3 CE determina que sólo podrán establecerse prestaciones personales de carácter público con arreglo a la ley y, tales prestaciones, al faltarle el elemento esencial de la voluntariedad, están excluidas del contrato de trabajo (art. 1.3, b, LET). Son, en todo caso, deberes de los ciudadanos que, necesariamente, han de ser cumplidos y que abarcan una amplia gama de supuestos, desde el servicio militar o el social sustitutorio (art. 30.2 CE; RD 266/1995, de 24 de febrero, art. 50.5; el más rígidamente, soldado que presta su servicio militar en RENFE, STSJ Madrid, 10 enero 1990, A. 311) a tipos de servicios civiles para el cumplimiento de fines de interés general (art. 30.3 CE). Ejemplos de estas prestaciones personales aparecen con gran amplitud en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil (art. 4.1 y 2, «todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, estarán sujetos a la obligación de colaborar, personal y materialmente, en la protección civil») y con mayor especificación en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (arts. 9 y 12 que imponen «servicios extraordinarios» o la movilización del personal de las empresas relacionadas con servicios esenciales para la comunidad y con el abastecimiento de productos de primera necesidad) o en la Ley de Haciendas Locales, L. 39/1988, de 28 de diciembre (art. 118). Pertenece a este género, los trabajos de colaboración social que el INEM puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo, lo que no implicará «la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos» (art. 213. 3 LGSS y STS 24-4-2000, A. 5147).

En todas estas prestaciones desaparecen los caracteres de libre y voluntario (no hay consentimiento) y de remunerado, por lo que su exclusión del ámbito del contrato de trabajo es manifiesto. No es lo dicho obstáculo para que los ciudadanos que presten estos servicios estén protegidos contra los riesgos de accidente (RRDD 2765/1976; 1234/1990 y 848/1993; un ejemplo concreto referido a la cobertura de accidentes acaecidos por consecuencia de las prestaciones personales en jornada electoral como presidente o vocal de una Mesa, en RD 421/1991).

Al exponer las prestaciones personales obligatorias hay que hacer necesariamente mención al trabajo de los presos en los establecimientos penitenciarios. Tienen sus prestaciones una doble consideración: por un lado, los presos han de prestar trabajo obligatorio (cumplir y colaborar en las medidas higiénica-sanitarias y realizar prestaciones para mantener el buen orden, la limpieza y la higiene de los establecimientos penitenciarios, art. 78 del Reglamento General Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero) y, por otro, pueden ejercer trabajos voluntarios que son objeto de una relación laboral de carácter especial (arts. 25.2 CE; 2.1 c LET; 29 y ss. Ley orgánica 1/1989, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y 132 y ss. de su Reglamento, aprobado por el RD 190/1996, de 9 de febrero y RD 782/2001, **cf** 459). Ha de tenerse en cuenta igualmente el artículo 49 CP que regula la pena denominada «trabajos en beneficio de la comunidad» que no podrán imponerse sin consentimiento del penado y que, en su caso, le obligan a prestar su actividad no retributiva «en determinadas actividades de utilidad pública».

**262. Administradores o consejeros de sociedades mercantiles.**—No entra en el ámbito del contrato de trabajo «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo» (art. 1.3, c, LET y STS 22-12-1994, A. 10221). La administración y representación de las sociedades mercantiles se confía a los administradores (arts. 125 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas) y cuando se confía conjuntamente a más de dos personas, éstas serán consejeros del órgano societario denominado Consejo de Administración (art. 136 Ley de Sociedades Anónimas); los administradores (consejeros o administrador único, STS 21-3-1990, A. 2199) han de ejercitar su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario» (art. 127 Ley de Sociedades Anónimas). No hay ni ajenidad sobre la titularidad de la empresa ni sobre sus riesgos ni se actúa con indicación y fijación previa de la actividad a desarrollar, sino que son órganos societarios y responden ante la sociedad, ante los accionistas, y deben cumplir los acuerdos de la Junta general. Sin duda, es posible (incluso frecuente) que un consejero, ade-

más, realice en la empresa una actividad de trabajo, por cuenta ajena, normalmente cubierta bajo la forma jurídica de la relación especial de los altos cargos; tal compatibilidad dependerá siempre de la menor intensidad de la ocupación mercantil y de la mayor presencia de la ajenidad (art. 2.1, a, LET; distinción entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, cfr 456).

**263. Trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad.**—Están excluidos de la relación laboral «los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad» (art. 1.3, d, LET; sobre su constitucionalidad, STC 63/1994). El acento de la exclusión está puesto en la causa de la obligación, en la gratuidad; la razón por la que se presta el trabajo esporádico es la amistad, la confianza o el agradecimiento (STSJ Andalucía 31-12-1993, A. 5172). El título por el que se presta el trabajo no lleva aparejada contraprestación, no es oneroso. Son prestaciones ocasionales, no remuneradas y que tienen su soporte en la amistad, la benevolencia o la buena vecindad (lo que incluye el altruismo, aunque «perciba una exígua cantidad por desplazamientos quien, por caridad, cuida enfermos», STSJ Madrid, 16-5-1990, A. 1828; o las prestaciones de religiosas en un Hospital que se hace en cumplimiento de los fines benéficos de la Orden religiosa a que pertenecen, STSJ Madrid, 11-4-1991, A. 2615); el móvil de la prestación desinteresada puede también girar en torno a empresas ideológicas, partidos, sindicatos, agrupaciones artísticas, organizaciones no gubernamentales, etc. (STSJ Extremadura 30-3-1994, A. 1033) aunque, obviamente, para ellas pueden realizarse también trabajos asalariados, con las notas habituales de libertad, ajenidad, dependencia y remuneración (STSJ Navarra, 26-3-1991, A. 2132). Dentro de esta categoría de trabajos excluidos queda comprendido la actividad de voluntariado entendida como participación solidaria de ciudadanos en el seno de organizaciones, públicas o privadas, sin ánimo de lucro (Ley 6/1996, 15 de enero, del Voluntariado).

**264. Los trabajos familiares.**—El artículo 1.3, e, LET excluye del ámbito jurídico laboral «a los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción» (la condición de cónyuge o familiar impregna aún en el supuesto de serlo del socio mayoritario de una empresa familiar, STSJ Andalucía 18-9-1995, A. 3368; en cualquier caso, el cómputo del parentesco en arts. 915 y ss, del Código civil). El fundamento último de esta exclusión está en la consideración por el legislador

de la ausencia de ajenidad (STS 29-11-1990, A.7721), en la medida de que quien trabaja lo hace para algo suyo, la comunidad familiar (de ahí que se excluya la prestación de la esposa de uno de los socios, que colabora voluntariamente en las tareas de limpieza de la empresa, STSJ Andalucía 7-10-1991, A. 5518). En cualquier caso, son dos las exigencias del ET para la exclusión; una, el carácter, la condición, de familiar (STS 24-2-2000, A. 2236) y, otra, el carácter de no asalariado; este último requisito se presume, salvo prueba en contrario (presunción iuris tantum) que se referirá al carácter dependiente y retribuido del trabajo prestado (STS 14-6-1994, A. 5435).

**265. Intermediación mercantil con asunción de riesgo.**—La delimitación de esta figura, que engloba un amplio abanico de actividades (comisionistas, agentes, representantes, mandatarios) es clara, lo que permite concluir que sólo a partir de las actividades no incluidas en la relación laboral especial de mediadores mercantiles (art. 2, f, LET y RD 1438/1985, cfr 465) puede comenzar la consideración de actividades excluidas del contrato de trabajo para caer, normalmente, en el contrato de agencia regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo (más específicamente, la Ley 9/1992, de 30 de abril que regula la actividad mercantil de mediación en seguros privados, STS 13-11-2001, A. 836 del 2002); en el contrato de agencia no existe la nota de dependencia (STS 21-10-1996, A. 8177 y STSJ Cataluña 16-1-1995, A. 263; cfr 256).

**266. Transportistas con vehículos comerciales de servicio público.**—Esta actividad, de límites poco claros, entró en el campo de aplicación del contrato de trabajo a partir de la STS 26-2-1986 sobre el servicio de mensajería, línea jurisprudencial que había ya concluido con cierta claridad en las SSTS 25-5,4 y 5-11-1993, A. 4121, 8543 y 8547: hay contrato de trabajo cuando lo que se revela predominante sea el trabajo y el vehículo, aún propiedad del trabajador, sea sólo una herramienta más para realizar una actividad propia de la empresa que contrata el transporte. Sobre esta doctrina legal, para cambiarla, sin duda o, al menos, para obligar a estrechar los márgenes de inclusión de transportistas discrecionales en el ámbito del contrato de trabajo, ha incidido fuertemente el apartado g) del artículo 1.3 LET: «se entenderán excluidas del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizadas, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador» (este apartado se introduce en el art. 1.3 LET en virtud de la D. final séptima de la Ley 11/1994; declarado constitucional por la STC 227/1998). Esta calificación normativa se

aplica tanto a las relaciones preexistentes como a las posteriores a la entrada en vigor de la norma (STS 6-2-1997, A. 997).

La exclusión es constitutiva, esto es, la actividad no se incluye en el contrato de trabajo cuando se dan las siguientes concretas circunstancias: a) que se trate de personas físicas con el título habilitante para ejercer el transporte público discrecional de mercancías o personas (autorizaciones administrativas reguladas en los arts. 95, siguientes y concordantes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, y 41 y concordantes de su Reglamento, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre y STSJ de Cataluña 2-7-1996, A. 2898); b) que el vehículo sea propiedad o en «poder directo de disposición» del titular de la autorización (el art. 54.2 Ley 16/1987, permite la propiedad, el arriendo, el leasing, «o cualquier otro derecho jurídicamente válido que permita su utilización»); c) que exista precio y d) que el precio se pacte para varios cargadores o de forma continuada para un mismo cargador o comercializador (empresario autónomo del transporte lo llama la STC 28/2000).

No cabe duda de que esta figura está en la zona fronteriza del contrato de trabajo (actividad prestada para otra persona bajo su dependencia y por un salario). La pretensión de exclusión se fundamenta en dos datos: la titularidad de una autorización y la de su vehículo. Tenderá a su inclusión, porque pueden funcionar figuras de simulación negocial, la dependencia y el salario (no el precio; así en casos en que lo percibido nada tenga que ver con los precios de mercado o se le remunere con sueldo y complementos, etc.). El apartado g ha acotado una parcela de exclusión, pero no puede realizar una operación quirúrgica de separación porque hay una realidad por encima de ella: será contrato de trabajo toda actividad que se desarrolle conforme al 1.1 LET (eso es justamente lo que de forma tautológica dice el primer párrafo del apartado g, art. 1.3 LET). Desde el plano constitucional, no es posible entender esta exclusión como la decisión legal de dejar fuera de la regulación normativa del trabajador común a un grupo de ellos. Por tanto, es interpretación razonable la apuntada: ante unos requisitos en los que concurra autorización administrativa de transportista y titularidad del vehículo de trabajo, aún transportando para uno solo, se presume el trabajo por cuenta propia. Habrá que probar (como siempre, por otra parte) que se dan las notas de ajenidad, dependencia y retribución salarial para concluir que el contrato es de trabajo y no de transporte (en suma, es preciso dotar a la interpretación del apartado g) del art. 1.3 LET de algún carácter flexibilizador, al menos desde la doctrina del abuso de derecho o del fraude de ley, STSJ Aragón, 8-3-1995, A. 897). Si la relación contractual tiene los requisitos del art. 1.3.g, LET, dejó de ser laboral a la entrada en vigor de dicha norma, tanto si la relación se hubiera concertado como laboral, como si así se

hubiera declarado por sentencia (SSTS 23-12-1996 y 6-2-1997, A. 9843 y 997 y STSJ Cataluña 7-3-1995, A. 1107 y 11-7-1996, A. 2926)

**267. Funcionarios públicos.** Se excluye del contrato de trabajo a «la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades públicas autónomas, cuando al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias» (art. 1.3, a. LET).

En el interior de las Administraciones Públicas [y se entiende por Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las entidades de derecho público con personalidad jurídica, vinculadas a cualquiera de las anteriores Administraciones, en la medida en que ejerzan potestades administrativas, (arts. 2 LRIAP y 1 LOIAGE)] hay una opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1 CE) en favor de un régimen estatutario, o sea, de funcionarios públicos; las excepciones a esta opción deben de ser dispuestas por el legislador (STC 99/1987). Estos funcionarios públicos son todos aquellos incluidos en el ámbito de la específica regulación estatutaria y, por tanto, no tienen que ser sólo los de carrera, sino que abarca los interinos y cualesquiera otras prestaciones personales que la Ley incluya en el ámbito administrativo (la prestación personal ha de tener la cobertura legal de ser un puesto de trabajo de funcionario o de trabajador; no puede, sin embargo, ocultarse en fraude de ley una mera prestación personal, de limpieza por ejemplo, en una apariencia de adjudicación de un servicio público, STSJ Galicia 10-6-1993, A. 2925). Respecto a las personificaciones jurídico públicas (Entidades Gestoras) con las que se presta la gestión de la Seguridad Social ha de señalarse que casi todo su personal está homologado a los demás funcionarios civiles del Estado (Ley 30/1984, en especial tras la redacción de su disposición adicional 22ª, por la Ley 37/1987).

Como consecuencia de la inclusión de España en la Unión Europea, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 55/1999, determinó los sectores de la función pública a los que pueden acceder los nacionales de los demás Estados miembros: investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y demás sectores a los que resulte aplicable la libre circulación de trabajadores. En su desarrollo, el RD 543/2001, de 18 de mayo, ha venido a establecer las vías de acceso a los puestos de personal funcionario y laboral de los comunitarios, así como la reserva de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas úni-

camente a funcionarios de nacionalidad española, de conformidad con lo establecido en el artículo 48.4º del Tratado de Roma (cfr 141).

En cualquier caso, la regulación de la función pública y la del trabajo por cuenta ajena se diferencian tanto en la constitución como en el propio contenido, si bien es verdad que se produce un natural acercamiento de ambos regímenes jurídicos, laboral y funcional, en especial cuando aparecen regulaciones comunes como son la de la libertad sindical (LOLS), la de las incompatibilidades (Ley 53/1984), la de la Ley 3/1989 que regula, separadamente pero en la misma norma, el respeto a la intimidad y a la dignidad y situaciones relativas a la suspensión de la prestación por razón de maternidad o adopción de hijos, y, finalmente, la regulación de la seguridad y salud laboral (LPRL). Ayuda a aproximar ambos regímenes, la existencia de la negociación colectiva en la función pública. Además, la ósmosis entre ellos se acentúa con los fenómenos legales de laboralización de funcionarios; esto es, la laboralización voluntaria construida sobre un derecho de libre opción de los funcionarios entre continuar como tales funcionarios o integrarse como trabajadores, cambiando entonces su situación administrativa que pasa de funcionarios en activo a funcionarios en excedencia voluntaria en el cuerpo o escala de origen<sup>1</sup> (cfr 280).

<sup>1</sup> Este fenómeno de laboralización no es extraño en nuestro ordenamiento jurídico y como precedentes pueden citarse los siguientes: Canal de Isabel II, RD 1091/1977, de 1 de abril, que lo transformó de órgano autónomo en Sociedad Estatal; Instituto Nacional de Hidrocarburos (Ley 45/1981, de 28 de diciembre) cuyo personal ha de regirse por el Derecho del Trabajo; Instituto para la Diversificación y el Ahorro de Energía (Ley 46/1985 de PGE para 1985, disp. adic. 21ª, y RD 802/1986, de 1 de abril, que lo transforma en Sociedad Estatal con personal sometido al Derecho Laboral); Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (L. 33/1987, artículo 127, que transforma el Organismo Autónomo en Sociedad Estatal con trabajadores por cuenta ajena); Instituto de Crédito Oficial (ICO), transformado por Ley 33/1987, artículo 128, de Órgano Autónomo en Sociedad Estatal, sobre la base, común a todos los anteriores supuestos, del derecho de opción en favor del personal funcionario «a integrarse en la plantilla del personal laboral de la nueva entidad»; la laboralización del personal del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales al integrarse en el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), acometida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio) y por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio (BOE del 18 de junio); los casos de laboralización (funcionarios de Juntas de Puertos, fareros, prácticos, etc.) que produce la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El último proceso laboralizador es, por ahora, el de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; su art. 154 transforma el Organismo Autónomo Comercial «Escuela de Organización Industrial» (EOI), dependiente del Ministerio de Industria y Energía, en Fundación bajo el protectorado del mismo Ministerio. Se le ofrece a los funcionarios la opción entre incorporarse como personal laboral a la nueva fundación o permanecer en la situación administrativa de servicio activo continuándose al Departamento al que figura adscrito su cuerpo o escala.

Aún más, se da también algún ejemplo de incorporación de trabajadores a un régimen estatutario, fundada igualmente en el ejercicio libre de una opción (integración del personal de hospitales clínicos en el INSALUD, L. 11/1983 y OM 19-6-1986; la opción será claramente una novación extintiva del contrato de trabajo, STS 1-3-1993, A. 1695).

### III. Tipología de trabajadores

**268. Criterios de clasificación.**—La condición de trabajador asalariado no produce una realidad social estática y uniforme sino dinámica y variada. Es cierto que históricamente el legislador actuó sobre un tipo concreto de trabajador, el más numeroso, el industrial, concentrado en un lugar de trabajo y con un exacto comienzo y fin de la jornada. Incluso dentro de este tipo genérico de trabajador no hay unidad sino, al contrario, una variada tipología que aumenta en la medida de la complejidad de la fábrica o sector y en el que las normas fueron reconociendo la existencia y caracterización de diversos puestos de trabajo y categorías profesionales. Con la aparición de nuevas formas de trabajo, al servicio de las modernas tecnologías, aún se complica más cualquier intento de agrupar tipos de trabajadores.

Sin embargo, es conveniente hacer una clasificación de trabajadores que obedezca a dos fines. Por una parte, demostrar que la categoría jurídica contrato de trabajo sirve, cuanto menos, para proporcionar una cobertura mínima a múltiples formas de trabajo que tienen en común las notas definitorias del tipo contractual. Por otra, poner de manifiesto que muchos de los supuestos que encierra la clasificación que se acomete no son otra cosa que producto de una atormentada historia para reconocer la igualdad de trato con la regulación normativa del trabajador común y poner de relieve las zonas más débiles del mercado de trabajo (menores, mujeres, trabajadores a domicilio, minusválidos, extranjeros).

La clasificación que se propone gira en torno a dos grandes bloques. Uno, hace referencia a aquellos tipos de trabajadores que se encuentran con limitaciones jurídicas o sociales a la hora de prestar el trabajo. Este bloque clasificatorio pudiera ser parcialmente pospuesto al estudio de la capacidad del sujeto trabajador; sin embargo, así disminuirá la impronta de su importancia y la realidad social de su acercamiento a la regulación común o no discriminada. No es (o no es sólo) un problema jurídico en torno a la capacidad de obrar, el trabajo de los menores o de los extranjeros o de los minusválidos. No es, sin duda, un problema de capacidad de obrar el trabajo de las mujeres. El otro

gran bloque en la clasificación hace referencia a la diversidad de trabajadores que nacen de agrupaciones fundadas en criterios profesionales, en la forma y tipo de prestar el trabajo.

**269. Trabajadores por razón de edad.**—La edad del trabajador debe ser observada, en primer lugar como una cuestión de límites, absoluto y relativo. Como límite absoluto («se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años» (art. 6.1 LET) y como límite relativo, «los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, tóxicos, o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana» (art. 6.2 LET; también se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años, art. 6.3 LET). La LPRL ha supuesto un replanteamiento, más coordinado, en la protección de los menores, con la responsabilidad del empresario de evaluar los riesgos específicos para la salud laboral del menor de los puestos de trabajo a desempeñar por éste y con la obligación, además, de informar a los jóvenes y a su padres o tutores de los posibles riesgos y de las medidas adoptadas para la protección de la seguridad y salud de aquéllos (art. 27 LPRL).

Las normas protectoras para el menor (hoy la primera de ellas, la prohibición de trabajar antes de los dieciséis años) están en el núcleo inicial del Derecho del Trabajo y le han acompañado a lo largo de su evolución insertas en normas en Derecho Internacional, Convenios de la OIT, todos ellos ratificados por España: números 5 (Gaceta 15-7-1922, ya no está en vigor); 77 (BOE 20-5-1972); 78, 79 y 90 (los tres en el BOE 22-5-1972); 124 (BOE 30-11-1972) 138 (BOE 8-5-1978); y 182 (BOE 17-5-2001); y en el propio Derecho Comunitario (Directiva 94/33/CEE, arts. 3.a y 4.1). Por debajo de la edad de dieciséis años sólo es posible el trabajo en espectáculos públicos, siempre sin menoscabo de la salud y formación humana y profesional del menor y, en todo caso, se necesita expresa autorización administrativa para cada actuación (arts. 6.4 LET y 2 RD 1435/1985). Por razón de la edad (trabajadores entre dieciséis y dieciocho años) no pueden realizarse horas extraordinarias ni trabajos nocturnos (art. 6.2 y 3 LET) y la pausa en la jornada continuada es de treinta minutos en lugar de los quince del resto de los trabajadores (art. 34.4 LET). Legalmente existe una lista de trabajos prohibidos a los menores de dieciocho años (Decreto 26-7-1957, vigente sólo para el trabajo de los menores no para el de las mujeres, art. 27.2 y disposición

derogatoria única LPRL<sup>2</sup>). Se trata de una extensa y minuciosa relación de actividades y trabajos que algunos tienen naturaleza de prohibición absoluta y otros se dejan al criterio de la Inspección de Trabajo para que dictamine acerca del riesgo o dureza del trabajo en cada caso. Incluso se establecen diferencias razonables a la hora de estimar la edad para ser elegible como representante de los trabajadores, los dieciocho años (art. 69.2 LET en concordancia con la mayoría de edad que se alcanza a esa edad, arts. 12 CE y 315 Código civil).

La edad también encierra la consideración de clasificar a los trabajadores como jóvenes o maduros, lo que guarda importancia para el Derecho del Trabajo desde la perspectiva decisiva de potenciar la incorporación al mercado de trabajo, la reincorporación o la salida del trabajo activo. De ahí que se tomen medidas legislativas para el acceso al empleo de los jóvenes (contratos en prácticas y para la formación), que se incentive la reincorporación al trabajo de los mayores de 45 años (art. 4 del RDL 5/2001) y R, Decreto 236/2000, de 18 de febrero, que regulan un régimen de bonificaciones y un programa de inserción laboral para mayores de 45 años desempleados de larga duración; prácticamente, todos los planes de reconversión, art. 23 Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización y arts. 5 a 9 RD 1990/1984, 17 de octubre; art. 6 Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y RD 825/1993, de 28 de mayo) o se facilite la jubilación anticipada en cualesquiera empresa (art. 12.5 LET). Otra cosa distinta fue el intento de la ya derogada disposición adicional quinta del Estatuto de fijar un límite de edad máxima para trabajar («la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de la edad que fije el Gobierno en función de las posibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación»). La STC 22/1981 declaró inconstitucional la citada disposición adicional 5ª «interpretada como una norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

La disposición adicional décima LET, dispuso que la jubilación forzosa puede ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo de

<sup>2</sup> España, al ratificar el Convenio 182 de la OIT (BOE 17-5-2001), acepta como derecho interno que la expresión niño designe a toda persona menor de 18 años (art. 2º) y que las peores formas de trabajo infantil prohibidas son: la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; para las actividades ilícitas de producción y tráfico de estupefacientes o para trabajos que, con probabilidad, dañen la salud, la seguridad o la moralidad de los niños (arts. 3 y 4).

tal modo que el Gobierno (cláusula de deslegalización) fijase una edad máxima para trabajar en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. Esta fórmula de política de empleo (jubilación forzosa) ha quedado derogada por la disposición derogatoria única del RDL 5/2001. Sólo resta lo que en la negociación colectiva se pueda pactar sobre edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social (cfr. 414).

**270. Trabajadores a domicilio.**—La regulación normativa, artículo 13 LET, reviste a este tipo de trabajo de algunas modalidades que son necesarias por lo característico del lugar donde se desarrolla, extramuros de la empresa y dentro de la propia vivienda o en el lugar que libremente elija el trabajador «y sin vigilancia del empresario». Es, claramente, un sistema de descentralización de la actividad productiva empresarial lleno de riesgos y de posibilidades de pérdida o ineffectividad de los derechos laborales. En un aparente contrasentido, el trabajador a domicilio está alejado del círculo rector del empresario, pero pocos son tan dependientes y con tantas incertidumbres en la protección de su actividad profesional. Es, de este modo, una modalidad contractual que intenta proteger una evidente debilidad en la incorporación al mercado y en la efectividad de las normas laborales. El contrato ha de constar por escrito y, además, deberá existir un documento de control de la actividad laboral en el que se consigne «la clase y calidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y realización de objetos elaborados» (art. 13.4 LET). El salario ha de ser «igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trata» (art. 13.3 LET; evidentemente, el mejor término de comparación será la propia empresa de la que dependa). Finalmente, puede exigirse e inspeccionarse por los servicios administrativos competentes las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen (art. 13.2 LET).

El trabajo a domicilio, caracterizado por prestarse sin la directa vigilancia del empresario, se engloba en lo que hoy se denomina trabajo a distancia que es un fenómeno de descentralización de la organización empresarial y surge en dos formas muy diferentes: una, propia de actividades altamente cualificadas que manejan la moderna tecnología de ordenadores y videos interconectados y, otra, la que responde a formas más tradicionales de trabajo (textiles, zapatería, artes gráficas, etc.) que, sin duda, puede ser objeto de mayor explotación. Ambos tipos son contratos de trabajo fronterizos con el trabajo autónomo, inmersos en el ordenamiento laboral y en los que la nota de subordinación se modula, cambia la apariencia; pero el poder de dirección del empresario está presente, especificando el trabajo y controlando su resultado.

**271. El trabajo de las mujeres.**—El trabajo femenino ha constituido siempre una parte del mercado laboral o poco incorporado o, las incorporadas, discriminadas en las condiciones de trabajo (tipos de trabajo, ascensos) o en el salario (o en ambos a la vez)<sup>5</sup>. Justamente esta realidad discriminatoria ha sido combatida históricamente en una evolución que arranca de las primeras normas protectoras del trabajo de la mujer que tomaban siempre en consideración, para articular medidas correctoras, o su inferior fuerza física o su papel de madre. Sin embargo, al producirse hoy una incorporación masiva de la mujer al trabajo, indudable consecuencia de una igualdad más profunda, cultural, entre los sexos, la realidad ha impuesto un nuevo planteamiento en el tratamiento normativo que, en síntesis, tiende más que a la protección, a la igualdad de trato, sin descuidar las normas que hagan compatible el trabajo con la maternidad.

La influencia de la Constitución en esta lucha es decisiva y, sin duda, la de su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional. El artículo 14 CE garantiza el principio de igualdad tanto frente al legislador o al poder reglamentario (igualdad en la Ley) como frente a quien aplique el Derecho para que no pueda establecerse diferencia alguna en razón del sexo de las personas o de otras circunstancias igualmente rechazadas como elementos diferenciadores (igualdad en la aplicación de la Ley).

Interesa ahora mantenerse en el plano de la igualdad en la Ley y observar cómo el Tribunal Constitucional ha reaccionado frente a una de las posibles causas de desigualdad incorporadas a normas jurídicas: el sexo. Y, de las posi-

<sup>5</sup> En un relevante informe, el Consejo Económico y Social destaca cómo se asiste en España «a la aceleración y profundización del cambio en la realidad socio laboral de la mujer». Este cambio se manifiesta, señala el CES en conclusiones: en una considerable mejora de los niveles educativos de las mujeres; en una incorporación masiva al mercado de trabajo: «la mujer se ha incorporado al mundo laboral preferentemente en el sector servicios y, dentro de este, en la Administración Pública; la mujer sufre un mayor grado de temporalidad en la contratación y un uso más frecuente de la modalidad de empleo a tiempo parcial (esta realidad no tiene que ver con la compaginación de las tareas domésticas sino con su segregación profesional y ocupacional); las mujeres soportan las tasas de paro más altas; se estanca el número de mujeres en puestos de dirección de las empresas y en altos funcionarios de la Administración; se observa un bajo grado de participación de las mujeres en las organizaciones representativas (patronales y sindicales) que conforman el propio CES (véase, La situación de la mujer en la realidad laboral española, sesión del Pleno de 19 de octubre de 1994, Informe número 3, CES, Madrid, 1994. Este informe debe ser completado tanto con el panorama sociolaboral descrito en el boletín de enero 1998, elaborado por el gabinete de Estudios del propio CES, como por el Informe núm. 4, CES de 26 de julio de 2000. La protección social de la mujer). Deberá adquirir importancia futura, como fuente privilegiada de suministro de datos, el organismo público «Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujer y hombre» integrado en el MT y AA SS (RD 1686/2000, BOE 19 octubre).

bles, aquéllas que impidan, dificulten o hagan desigual el trabajo de las mujeres. En el largo camino, nacional e internacional, de regulación del trabajo femenino siempre es posible observar una triple vía: a) protección de la mujer trabajadora en cuanto tal o en cuanto madre (limitaciones en el manejo de materiales pesados, en el horario, trabajos prohibidos, etc.); b) consecución del principio de paridad entre trabajo de hombre y mujer (salarios, promoción en el empleo); y, finalmente, c) normas que se plantean erradicar la discriminación, aunque para ello se precise disposiciones «promocionales» del trabajo de la mujer.

Las etapas descritas han sido, en esencia, el camino del Tribunal Constitucional que va de declarar inconstitucional normas que contienen desigualdades fundadas en el sexo a admitir la constitucionalidad de normas que, en aras de la consecución de la igualdad real (art. 9.2 CE), establecen «discriminaciones benignas». La jurisprudencia constitucional comenzó por sentar que, por aplicación del principio de igualdad, no es posible la discriminación por razón de sexo y, de ahí, la necesidad de paridad entre los mismos (STC 81/1982) o incluso con la falsa imagen de la necesidad de eliminar discriminaciones contra el hombre para colocarlo en igualdad con la mujer (STC 103 y 104/83).

La línea jurisprudencial referida tiende a la paridad de sexos, pero hay un notorio cambio en especial en la STC 128/87 donde, paladinamente, se reconoce que la prohibición de discriminación por razón de sexo, «no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificado, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo».

Es, sin duda, un crucial cambio en la jurisprudencia constitucional la que, interpretando también el artículo 14 CE, admite acciones diferenciadoras (incluso legislativas) de los poderes públicos que, enfrentados a una situación de desigualdad histórica, adopten actividades positivas y diligentes que tiendan a su corrección (SSTC 216/1991 y 5/1992; en cualquier caso, la medida positiva no puede tener el efecto de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación, Convenio 111 OIT y STC 317/1994). Como colofón, la STC 229/1992 concede el amparo a una trabajadora que pretende ocupar una plaza de ayudante minero en la empresa nacional Hulleras del Norte, S.A. (HUNOSA) y tal derecho le había sido denegado porque la posibilidad de ser minera se encuentra prohibida en el Decreto de 26 de julio de 1957 y en el Convenio 45 de la OIT (ratificado por España, BOE del 21 agosto 1959, art. 2, que establece «en los trabajos sobre-

tráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona del sexo femenino, sea cual fuere la edad»). El Tribunal Constitucional concede el amparo porque «la prohibición es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina», sin embargo, en la actualidad estas actitudes responden, sin duda, «a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones»; de ahí que, por aplicación del artículo 14 CE y comprobadas las aptitudes personales de la mujer peticionaria no hay razón que justifique la exclusión («el mandato de no discriminación por sexo del art. 14 CE, entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que —con salvedad del embarazo y la maternidad— aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo»). Esta sentencia del Tribunal Constitucional tiene importancia por la doctrina general que sienta; sin embargo, las normas positivas que declara inconstitucionales quizás no estaban en vigor, señaladamente el Decreto de 26 de junio de 1957, ya por aplicación directa del artículo 14 CE ya por la implícita desaparición de prohibiciones al trabajo de la mujer en la LET<sup>4</sup>.

Las acciones positivas están, por otra parte, igualmente recogidas en la Directiva 76/207 y en la que la modifica, 2002/73/CE (DOCE 14-12-1976 y 5-10-2002, respectivamente) para conseguir la igualdad real, con razonabilidad y proporcionalidad en medida tal que no produzcan discriminación insoportable (STJCE 17-10-1995, asunto Kalanke vs. Glissmann)<sup>5</sup> y hagan real la igualdad de trato (tanto en el acceso como en las condiciones de empleo y trabajo.

<sup>4</sup> Las dudas sobre la vigencia del D. de 26 de junio de 1957 eran, desde luego, bastante endebles. Pudo, en algunos casos (STS 6 julio 1982, Ar. 5830; STCT 20-2-1987, A. 3705; y STSJ Madrid 11-7-1990, A. 810), argumentarse el apoyo de la norma reglamentaria en Tratados internacionales ratificados por España, en especial la Carta Social europea del 18 de octubre de 1961 (ratificación en BOE 26 junio 1980) que en su artículo 8.4.b, reproduce la prohibición del artículo 2 del convenio 45 OIT de prohibición del trabajo de la mujer en las minas. Este precepto de la Carta Social europea ha sido denunciado (art. 37 de la Carta) por España según anuncio que publicó el BOE del 5 de mayo 1991, con efectos desde el 5 de junio siguiente. En todo caso, la disposición derogatoria única de la Ley 31/1995 (LPRL) deroga expresamente el citado Decreto de 26-6-1957 en lo que se refiere a los trabajos prohibidos a las mujeres.

<sup>5</sup> La importantísima Sentencia «Kalanke» ha sido completada por la STJCE de 11-11-1997, asunto H. Marshell vs. el Land Nordrhein-Westfalen (asunto, C-409/95), de tal suerte que no vulnera la Directiva 76/207 las acciones positivas en favor del trabajo femenino aún el sistema de «apertura» en favor de los varones con igual capacitación.

Los principios expuestos sobre interpretación de los preceptos constitucionales que impiden la discriminación por razón de sexo y la igualdad de trato a la mujer trabajadora, han de servir, juntamente con el Derecho comunitario (el art. 32 del Tratado de Amsterdam fija como objetivos la eliminación de las desigualdades entre hombre y mujer y el de promover la igualdad), para operar en la aplicación de los preceptos de legalidad ordinaria. Así, genéricamente, el artículo 17.1 LET declara nulos y sin efecto las disposiciones de las normas, convenios colectivos y contratos que contengan discriminaciones por circunstancias de sexo en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo. Expresiones concretas de este principio de igualdad pueden encontrarse en otros lugares de la LET. Con referencia a los salarios para un trabajo de valor igual deben quedar fijados sin discriminación por razón de sexo (art. 28 LET, redacción de la Ley 33/2002, y STC 145/1991); o el mandato relativo a que los criterios de ascensos en la empresa se acomodaran a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo (art. 24.2 LET).

El sexo no puede ser factor determinante ni en la definición de categoría y grupos profesionales (art. 22.4 LET) ni en la fijación de las condiciones de trabajo. La igualdad entre los sexos debe quedar garantizada (STC 16/1995) y las diferencias han de nacer de criterios neutros, alejados de toda consideración sexista (es discriminatorio denegar la prórroga de un contrato temporal con fundamento en el embarazo de la trabajadora, STC 173/1994), incluso el esfuerzo físico como criterio de diferenciación sólo es válido en cuanto aparezca como elemento esencial y determinante de la tarea definida y aún así ha de ser expresado de forma objetiva (SSTC 58/1994, 147/1995 y 250/2000).

Por su parte, las medidas protectoras que se tomen para preservar tanto de los riesgos y durezas del trabajo a la mujer embarazada como, en general, de las dificultades y discriminaciones que puedan afectar a la maternidad, tienen un presupuesto constitucional diferente, el art. 39.2 CE, «protección integral de las madres» (desarrollado por el art. 26 LPRL y especialmente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral que modificó la LPRL, la LET y la LPL, creando además una contingencia nueva de Seguridad, la protección del riesgo durante el embarazo) y supone una protección razonable y fundada en una realidad objetiva.

La maternidad y la adopción son causa de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1, d, LET, redacción de la Ley 39/1999); la mujer tiene derecho a una pausa diaria para la lactancia del hijo (art. 37.4 LET, redacción de la Ley 39/1999) y tendrá también derecho a permisos retribuidos para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (art. 26.4 y disposición adicional undécima LPRL que añe-

dió el apartado f al art. 37 LET). La embarazada o lactante tiene prohibidos una serie de trabajos peligrosos o que causen situación de riesgo para el embarazo, suspendiendo, en tal caso, su contrato de trabajo con derecho a una prestación económica de la Seguridad Social (Ley 39/1999, art. 26.1 y 2, LPRL) e incluso se prohíbe fumar donde trabajen mujeres embarazadas (art. 7.1, b, RD 192/1988, de 4 de marzo, limitativo de venta y uso de tabaco).

## 272. Trabajadores extranjeros y comunitarios europeos.—

A) *Trabajadores extranjeros*. La noción de trabajador extranjero aparece integrada por un elemento negativo, como es la carencia de la nacionalidad del Estado en que pretende establecerse, es decir, es extranjero el no nacional y, a su vez, por otro positivo y que requiere un hacer, o sea, un desplazamiento de un Estado a otro con la finalidad de encontrar un puesto de trabajo<sup>6</sup>.

El artículo 7, c) LET, como precepto que regula la capacidad para contratar, dispone que los extranjeros podrán contratar la prestación de su trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. No es un problema de capacidad el que deriva de la condición de extranjero para celebrar contratos en España, sino, particularmente, de la obtención o no de previa autorización administrativa, establecida en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración Social, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre (LOE)<sup>7</sup> y desarrollada por el Reglamento de ejecución aprobado por el RD 864/2001, de 20 de julio (parcialmente anulado por la STS 20-3-2003, A. 2422).

El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo y el régimen de sus condiciones en la relación de trabajo aparecen condicionados por la implicación que sobre ambos aspectos plantea el principio de no discriminación. El artículo 35.1

<sup>6</sup> En el Derecho del Trabajo, la expresión «trabajador extranjero» presenta un contenido completamente diferente a la de «trabajador comunitario». En concreto, no puede decirse, sin más, que los trabajadores comunitarios sean «extranjeros», pues el régimen jurídico que resulta aplicable a ambos dista mucho de presentar, siquiera, similitudes o características análogas.

La alusión del artículo 7, c, LET a la legislación específica no remite a la legislación reguladora del establecimiento y trabajo de extranjeros en España, pues en ella no se contienen las disposiciones sobre la capacidad de los extranjeros para contratar en España, sino al Código Civil y, particularmente, a su artículo 9.1. Conforme a dicho precepto, la capacidad para contratar el trabajo se regulará por la ley nacional del trabajador, sin perjuicio de que la ley del lugar de prestación de los servicios imponga determinadas restricciones que deberán ser acatadas por todo aquel que pretenda desarrollar una actividad en su territorio, como puede ser la mayoría de edad laboral. M. MOYA ESCUDERO, «La capacidad del trabajador extranjero en derecho internacional privado español», REDT, núm. 10, 1982, pp. 223-244.

CE reconoce el derecho al trabajo de los españoles, lo que sugiere, en consecuencia, la existencia de un trato preferente hacia los nacionales frente a los extranjeros a la hora de acceder y ocupar un puesto de trabajo. La STC 107/1984, de 23 de noviembre, señala que «no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, pero sí lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación»; la posición jurídica del extranjero en España está determinada por el artículo 13 CE (modificado por la reforma constitucional de 27 agosto 1992, BOE del 28) y, en esa medida, pueden ser titulares de derechos fundamentales incluso los de residencia y libre desplazamiento (STC 94/1993).

La preferencia de los trabajadores españoles en el acceso al empleo se manifiesta a través de la configuración de un procedimiento administrativo de obtención del permiso de trabajo que todo extranjero debe solicitar antes de iniciar su actividad laboral, sea de carácter autónomo o asalariado (art. 36 LOE y arts. 64 y sigts. REJ). La concesión del permiso de trabajo se conecta con la estancia legal del extranjero en territorio español<sup>8</sup>. La autoridad administrativa (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) para la concesión judicial del permiso tendrá en cuenta la situación nacional de empleo y el contingente anual de mano de obra que autorice el Gobierno (arts. 36.3, 39 LOE y 70 REJ).

El permiso de trabajo tendrá una duración inferior a cinco años y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad y puede renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato de trabajo; transcurrido cinco años desde el primer permiso de trabajo y su renovación o modificación, el permiso adquirirá carácter permanente (art. 38 LOE). No vendrán obligados a solicitar la obtención del permiso de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente, estatuto que se alcanza tras una permanencia de cinco años en España con residencia legal (arts. 32 y 41.3 LOE y 42 REJ).

Son supuestos específicos en la concesión de permisos de trabajo (arts. 40 LOE y 71 REJ) aquellos cuya obtención y renovación no se supedita a la

<sup>8</sup> Los extranjeros extracomunitarios deben cruzar la frontera provistos de visado, salvo que por convenio internacional se establezca lo contrario (art. 25.2 LOE). Las excepciones a dicha regla las constituyen: a) los extranjeros titulares de autorización para residir en España, b) que nes soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada, c) por razones excepcionales de índole humanitaria, interés público, o cumplimiento de compromisos adquiridos por España (arts. 25.2, 3 y 4 LOE). La generalización del visado facilita el control de los movimientos de entrada de extranjeros a nuestro país, especialmente, por su repercusión en cuanto a una posible circulación posterior por el territorio de otros Estados miembros de la UE. Los nacionales de terceros países deben contar en la UE con un permiso de residencia emitido por cada Estado miembro en un modelo uniforme (Reglamento CE 1030/2002, 13 de junio, DOCE del 10).

*Situación Nacional de Empleo* siempre y cuando la oferta de trabajo pretenda cubrir: puestos de confianza; se trate de cónyuge o hijo de extranjero residente en España; titulares de un permiso de trabajo que pretenda su renovación; los trabajadores necesarios para el montaje o renovación de instalación y equipos en empresas; refugiados, incluso durante el año siguiente a la cesión de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 o apátridas hasta el año siguiente a la pérdida de tal condición; extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; extranjeros nacidos y residentes en España; hijos o nietos de español de origen; menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia y tutelados por Entidades de protección de menores; extranjeros que pudieron haber obtenido permiso de residencia y no lo renovaron en su momento, así como aquellos que acrediten una permanencia en territorio español de, al menos, cinco años (art. 40 LOE).

Se incorporan también varios supuestos relativos a la renovación (no concesión inicial) que correspondan a extranjeros que se encuentren en la situación de percibir prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación y también cuando sea beneficiario de prestación económica asistencial, destinada a obtener su inserción laboral o reinserción (arts. 38.3 LOE y 72 REJ, principalmente, por tanto, prestaciones por desempleo). También se trata de un permiso especial el hecho mismo del enrolamiento del extranjero no comunitario a buques españoles inscritos en el registro Especial de Buques y Empresas Navieras y que se dediquen al cabotaje insular (art. 20 hay 55/1999, 30 de diciembre, de Medidas).

El régimen jurídico delimitador de la exigencia de permiso de trabajo de los extranjeros para trabajar en nuestro país concluye con una larga relación de supuestos excepcionales en los que pese a venir a España para realizar actividades profesionales no existe obligación de proveerse de permisos de trabajo. Unas tienen que ver con el tipo de trabajo, profesores extranjeros, personal directivos, etc. y otras se relacionan con vicisitudes de la nacionalidad (arts. 41 LOE y 68 REJ).

La carencia de permiso de trabajo unida al hecho de encontrarse trabajando por cuenta ajena cuando el extranjero no cuente con permiso de residencia válido vuelve a tipificarse como infracción grave (art. 53, b LOE), pero ha pasado a convertirse en causa de expulsión de nuestro país tras la modificación introducida por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre (art. 57.1 LOE). En estos supuestos la expulsión no podrá llevarse a cabo a través del procedimiento preferente que la citada Ley orgánica 8/2000 ha establecido (art. 63 LOE), sino por el procedimiento ordinario (art. 64 LOE), salvo que el traba-

jador extranjero se encuentre trabajando sin permiso de trabajo y sin autorización válida para residir en España, en cuyo caso, de acuerdo con el primero de los procedimientos mencionados, la ejecución de la expulsión será inmediata (arts. 63.4 LOE). En cambio, se dulcifican los criterios de calificación para los trabajadores extranjeros que se encuentren trabajando por cuenta propia, sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar, siempre que cuenten con permiso de residencia temporal (art. 52, c LOE), en cuyo caso la infracción se tipifica como leve y es sancionable con multa (arts. 55.1, a LOE y 124 a 126 REJ).

La LOE atribuye al contrato de trabajo celebrado sin permiso de trabajo un peculiar efecto: el pfo. 3 del art. 36 LOE señala que la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. La no invalidación del contrato lo es a los efectos de garantizar el disfrute efectivo de todos los derechos que, derivados de la relación de trabajo, pudieran corresponder al trabajador extranjero (STSJ Cataluña 14-5-2002, A. 1974). El empresario debe cumplir las obligaciones contraídas con el trabajador, no limitándose únicamente a la remuneración, sino a todas las obligaciones propias de la relación de trabajo, por lo que a estos efectos, se trata de un contrato válido. La finalidad pretendida por el legislador no es otra que evitar los perjuicios que para los trabajadores extranjeros derivarían del incumplimiento de la obligación de solicitar e, incluso, abonar las tasas que por la expedición del permiso de trabajo incumbe a los empresarios que deseen contratarles (art. 46.2 LOE).

Una vez iniciada la relación de trabajo, las condiciones laborales que se aplican a los extranjeros son las mismas previstas para los trabajadores españoles. Ya el artículo 17 LET rechaza con carácter general las discriminaciones por, entre otras, razones de raza u origen. Específicamente, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en las relaciones de trabajo viene recogido en el artículo 23.2, LOE: constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros.

En el marco de las relaciones colectivas de trabajo disponen del derecho de sindicación y del derecho de huelga, derechos que ejercerán en las mismas condiciones que los españoles, si bien la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido un importante recorte en la titularidad de estos derechos fundamentales, atribuyéndolos exclusivamente a aquellos extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia en España (art. 11 LOE).

*B) Trabajadores comunitarios europeos.* Desde 1986, los nacionales de los restantes Estados de la Unión Europea no son, desde el punto de vista jurídico, extranjeros en España, ni los ciudadanos españoles lo son cuando se encuentran en territorio de un Estado miembro. El estatuto jurídico de los comunitarios difiere notablemente del régimen de extranjería y, así, los trabajadores nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea ejercen sus derechos de entrada, estancia y trabajo en España en condiciones diferentes a las previstas para el resto de los extranjeros procedentes de terceros Estados.

En la actualidad, una vez superado el período transitorio de adhesión a la Comunidad Europea y siendo de aplicación plena el derecho de libre circulación de trabajadores, el régimen jurídico que regula el trabajo de los comunitarios en territorio español es el del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros y de otros Estados del Espacio Económico Europeo.

En general, el derecho a entrar, residir y circular por el territorio español se aplica también al cónyuge del trabajador nacional de un Estado miembro, empleado en el territorio de otro Estado miembro, distinto del que es nacional, a instalarse con él, aunque ambos estén separados de hecho. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (denominación que se corresponde con el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, ratificado por España en BOE 13-1-1994), así como los familiares, tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, así como acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como ajena, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de los límites establecidos en el propio RD 178/2003 (arts. 3, 4, 5 y 16).

Para el ejercicio de tales derechos hay que distinguir tres situaciones.

*a) Permanencia en España de duración inferior a tres meses,* se requiere la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor. Los familiares que no sean nacionales de los Estados miembros o del Espacio Económico Europeo, necesitaría, además, el correspondiente visado (arts. 4, 5 RD 178/2003).

*b) Permanencia en España sin tarjeta de residencia.* Los nacionales comunitarios o del Espacio Económico Europeo no necesitarían tarjeta alguna de residencia expedida por las autoridades españolas si realizan en España actividades por cuenta propia o ajena o sean transfronterizos. Si desean la tarjeta de residencia se les expedirá o se les entregará un certificado de residencia (art. 6 RD 178/2003). Estos mismos ciudadanos tienen derecho a residir

permanentemente en España aun cuando haya cesado su actividad por cuenta propia o ajena (art. 7 RD 178/2003).

c) *Permanencia en España con tarjeta de residencia.* La residencia temporal en España por tiempo superior a tres meses sin realizar actividad por cuenta propia o ajena, necesitará de una tarjeta expedida por las autoridades españolas (Subdelegados del Gobierno o Delegados en Comunidades Autónomas uniprovinciales, arts. 10 y siguientes RD 178/2003).

Ahora bien hay supuestos en los que se puede impedir la entrada en España, denegar la expedición o renovación de la tarjeta y ordenar la expulsión del territorio nacional (art. 16 RD 178/2003) y tales medidas sólo son aplicables (con limitaciones) por razones de orden, seguridad y salud públicos.

Indudablemente, la característica más importante que presentan los trabajadores comunitarios consiste en la innecesariedad de obtención de permiso de trabajo para poder trabajar en territorio español. La aplicación definitiva de la libre circulación en el territorio comunitario impide efectuar cualquier tipo de restricción o limitación en el acceso al empleo, de tal modo que ha de producirse dentro de cada Estado miembro en las mismas condiciones que han sido previstas para los propios nacionales.

Desde el 1 de enero de 1992 (desde el 1 de enero de 1993, por lo que a Luxemburgo se refiere), según se estableció en el Reglamento 2194/1991/CEE, de 25 de junio, por el que se adelantó el final del período transitorio de adhesión a la Comunidad Europea inicialmente previsto, han desaparecido las restricciones que aún en dicho período se imponían para ocupar un puesto de trabajo o realizar una actividad autónoma o empresarial, consistentes en la exigencia de autorización para trabajar.

Siendo ello así, los nacionales de Estados miembros de la Unión que se desplacen a España para realizar actividades lucrativas de carácter autónomo o asalariado no precisan de autorización alguna para trabajar, de modo que accederán a los puestos de trabajo en los mismos términos y condiciones que los nacionales. Como instrumento de una política de empleo fundada en la libre circulación, el INEM tramitará las ofertas de empleo enviadas por otros países de la Unión Europea a través de sus servicios públicos de empleo (integración en la red denominada EURES, disposición adicional única del RD 735/1995, de 5 de mayo).

Por lo que a los trabajadores asalariados se refiere, obviamente, continúa siendo objeto de un trato igualitario con relación a los españoles en cuanto a las condiciones de trabajo y en lo que afecta a la protección de la Seguridad Social.

273. **Trabajadores por razón de su profesión.**—La división de los trabajadores fundada en criterios profesionales no hará otra cosa que poner de relieve el intrínseco fenómeno de diferenciación funcional que está en la raíz misma de la necesaria división del trabajo en una economía avanzada. Sin embargo, las decisiones, hechas en razón de conceptos de amplia generalización, no siempre sirven para poner de relieve la auténtica incidencia que tal diversidad tiene en el ordenamiento jurídico laboral. Así, diferenciar entre trabajadores obreros y empleados o manuales e intelectuales, carece hoy del menor sentido jurídico. Por el contrario, observar el sistema de determinación del trabajo a partir de conceptos como grupo profesional o categoría profesional (arts. 22 y 39 LET) significa el mecanismo jurídico para adaptar la oferta (número y características de los puestos de trabajo) a la demanda (aptitud y formación profesional del trabajador) del mercado de trabajo. La rigidez (de enormes consecuencias jurídicas por el encorsetamiento en un sólo tipo de trabajo o función de perfiles muy delimitados) es la tradición que heredó el Estatuto (Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo que relacionan los puestos de trabajo con minuciosa descripción de su denominación y contenido) y la necesidad de contar con un concepto jurídico que agrupe múltiples tareas es la razón del recurso legal al concepto de grupo profesional que son, en la realidad variados: técnicos, administrativos, directivos, mandos intermedios, etc..

#### IV. El grupo de trabajadores y las relaciones de trabajo mediatas

274. **El trabajo en común.**—Los sistemas de división del trabajo dan lugar, sin duda, a formas de ejecución que se caracterizan por ser prestadas por un equipo de trabajadores. «Si el empresario diera un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores conservará, respecto de cada uno individualmente, sus derechos y deberes» (art. 10.1 LET). El equipo de trabajo (el grupo de trabajadores) nace de una decisión empresarial, consecuencia del sistema productivo de la empresa y es, o puede ser, esencial al tipo de trabajo que se presta (reparación en astilleros, carga y descarga de buques, etc.). El empresario, con su poder de dirección, organiza el trabajo y crea el grupo, pero la naturaleza del vínculo contractual no varía, continúa vigente y desplegando sus efectos cada contrato individual de trabajo de los miembros del equipo de trabajo. Es incluso posible la configuración del salario (normalmente, complemento por cantidad o calidad del trabajo) en razón a una productividad que se mida por el resultado conjunto del grupo. Al quedar derogada, incluso en

su valor reglamentario, la LCT (disposición derogatoria Ley 11/1994), la parca regulación del artículo 10.1 LET debe ser completada por convenio colectivo o, en su defecto, por pacto individual.

**275. El contrato de grupo.**—Es el supuesto previsto por el artículo 10.2 LET: «Si el empresario hubiera celebrado un contrato con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad, no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que como tal le competen. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación». La novedad de esta modalidad contractual es la no individualización de los derechos y deberes de los miembros del grupo. La prestación del trabajo es necesariamente colectiva porque la ejecución es unitaria (una orquesta o conjunto musical por ejemplo) y la fuente de las obligaciones nace de un solo contrato suscrito entre el empresario y el grupo considerado en su totalidad. El poder de dirección se despliega frente al grupo; el jefe lo representa, cobra el salario del empresario (el salario debido al grupo, claro está) y lo reparte entre los componentes, pero el responsable del pago es, evidentemente, el empresario. La separación de un miembro del grupo no es despido (STS 25-10-1988, A. 8148) y el propio grupo podrá sustituirlo por otro trabajador. En cualquier caso, se trata de una prestación personal de todos y cada uno de los miembros del grupo.

**276. El auxiliar asociado.**—El artículo 10.3 LET establece que «si el trabajador, conforme a lo pactado por escrito, asociara a su trabajo un auxiliar o ayudante, el empresario de aquél lo será también de éste». Hay una relación triple entre el empresario, el trabajador y el auxiliar asociado a éste. Parece que la naturaleza de esta relación se asemeja a la del contrato de grupo examinada, donde los sujetos serán, por una parte, el empresario, y, por otra, el trabajador y su asociado como grupo necesario para la ejecución de la prestación. El contrato debe tener necesariamente forma escrita (art. 10.3 LET).

## CAPÍTULO XVI

### SUJETOS DEL CONTRATO (2). EL EMPRESARIO

SUMARIO: I. Noción jurídica de empresario o empleador.—II. Empresa y centro de trabajo.—III. El poder de dirección del empresario.—IV. Determinación de la condición de empresario. Bibliografía (capítulos XV y XVI).

#### I. Noción jurídica de empresario o empleador.

**277. El concepto de empresario.**—Al sujeto del contrato que ofrece y recibe el trabajo se le denomina empresario o empleador. Estos dos términos se utilizan con valor de sinónimos en el artículo 1.1 ET: en el término empleador como el que emplea trabajadores destaca una faceta, importantísima sin duda, pero no única, de la actividad del empresario que es un término mucho más amplio referido a la capacidad para organizar un sistema productivo determinado. Resulta, por lo demás obvio que pueden existir empresarios sin trabajadores (ejercen solos la actividad o la fundamentan en relaciones societarias, familiares, etc.). Empleador (término que traduce la expresión francesa de «employeur» o la inglesa de «employer») no tiene una recepción legal

en España más que en el artículo 1.1 LET, aislado y sin otro significado que el de empresario. Por más que el término empleador destaque con precisión la faceta del empresario como sujeto del contrato, habrá de usarse este último término porque, sin más, es el del derecho positivo.

Empresario es la persona física o jurídica (pública o privada) o agrupación sin personalidad que recibe el trabajo que presta el trabajador asalariado. No hay un concepto autónomo de empresario o empleador, sino resultante, traslativo o reflejo, de una determinada posición jurídica, la de recibir el trabajo asalariado fundado en el título del contrato de trabajo. Así, expresamente, lo reconoce el Estatuto de los Trabajadores cuando dispone que «a los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior» (esto es, de los trabajadores asalariados, art. 1.2 LET). De esta definición legal la primera y más sobresaliente conclusión que se extrae es la de que la calidad de empresario no constituye ningún requisito diferencial en el contrato de trabajo, ni a la hora de concluirlo ni durante la ejecución del mismo. Para constituir la relación laboral, además de los requisitos comunes de la capacidad civil, no se precisa otra cosa que ofrecer y recibir trabajo asalariado. La actividad del empresario (a salvo, claro está, su licitud) no importa y la existencia o no de ánimo de lucro, tampoco. Durante la vigencia del contrato, la sucesión del empresario no resuelve el contrato, antes al contrario, éste continúa su vigencia con el sucesor. Además, y en cualquier caso, el empresario puede concluir el contrato y ejecutarlo por representación.

**278. La personificación del empresario.**—El empresario puede ser persona natural o jurídica o sujeto de derechos desprovisto de personalidad. Ya sea física o jurídica, la figura del empresario no tiene, en el contrato de trabajo, carácter personalísimo; la conclusión y la actividad del contrato se puede ejercer por representación y la posición de empresario es intercambiable por los mecanismos sucesorios legales. El artículo 1.2 LET, al introducir como posible empresario la figura de la comunidad de bienes, no hizo realmente otra cosa que dar solución legal a una tendencia jurisprudencial que incluyó en la categoría de empresario a supuestos tales como la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, agrupaciones temporales de empresa, asociaciones sin personalidad o la situación más genérica de comunidad de bienes y derechos (art. 392 Código civil), que agrupa a quienes tienen en proindiviso una cosa o un derecho (el título por qué se tiene puede ser variado, propiedad, usufructo, arrendamiento, uso, servidumbre, etc.); la proindivisión de varios titulares es el requisito esencial, STS 10-2-1990, A.

(1689). En cualquier caso, en estas figuras de sujetos de derecho desprovistos de personalidad responden todos sus integrantes de forma solidaria (STS 8-6-1988, Ar. 5256 y STSJ Madrid 3-2-1997, A. 379).

**279. Tipología de empresario.**—Salvo consideraciones sobre la dimensión de la plantilla de trabajadores de una empresa, poca o nula trascendencia tiene para el ordenamiento jurídico laboral proceder a clasificar la actividad empresarial en categorías que luego carecerán de aplicación en la normativa vigente. Poco importa la personificación del empresario y poco importa a lo que se dedique. Sólo trasciende al Derecho del Trabajo la característica de ser empleador, sujeto del contrato de trabajo.

Carece de importancia jurídico laboral si el empresario es persona física o jurídica; sólo tendrá repercusión en los supuestos de extinción de los contratos derivados de muerte o incapacidad del empresario persona física y de la desaparición de la persona jurídica o en los supuestos de desmembración de los sujetos de derechos no dotados de personalidad. En la persona jurídica, obvio resulta señalarlo, sus actos deben ser realizados por las personas que integren sus órganos de representación, pero la responsabilidad, en este caso como empleador, es de la propia persona jurídica (STS 25-9-1989, A. 6488). Si hay, en cambio, una incidencia de importancia cada vez más notoria en la diferencia entre empresarios privados o públicos o, más exactamente, entre los privados y el sector público.

**280. El empresario público.**—El modelo económico constitucional se caracteriza sin duda por la relevancia esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE), pero también por la presencia del Estado a través de la potestad de planificación de la actividad económica y del reconocimiento a su propia iniciativa empresarial (arts. 38, 128.2 y 131 CE), convirtiéndose así en un agente económico y social de primera magnitud, subordinado inexcusablemente a la búsqueda de los objetivos del artículo 9.2 CE.

Para delimitar el sector público español, la primera cuestión a esclarecer es si se está o no ante un concepto unitario. Hay al menos dos expresiones corrientes, sector público a secas y sector público económico. Desde la Ley General Presupuestaria (Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) se engloba en el sector público: a) Administraciones públicas, incluida la Seguridad Social; b) empresas públicas y c) instituciones financieras públicas (art. 139). La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (Ley 2/1982) en su artículo 4, considera sector público: a) la Administración del Estado; b) las Comunidades Autónomas; c) las Corporaciones Locales; d) las Entidades

gestoras de la Seguridad Social; e) los Organismos Autónomos y f) las Sociedades estatales y demás empresas públicas.

La LOFAGE bajo la rúbrica genérica de Organismos públicos engloba a los Organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales (arts. 41 y 43). Es posible, por tanto, dividir el sector público en dos grandes grupos: uno, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades que integran la Administración local, los Organismos autónomos y la Seguridad Social, (este bloque es lo que entiende por «Administraciones Públicas» el art. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común) y otro, el denominado sector público empresarial que incluye las sociedades estatales (art. 6 Ley General Presupuestaria), como aquellas sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos, y las entidades públicas empresariales (arts. 43, 53 y sigts LOFAGE) que dependen de un Ministerio o de un Organismo autónomo a los que se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

La anterior división se da sustancialmente en otros ámbitos territoriales, apareciendo las Comunidades Autónomas con Organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Las Corporaciones Locales, por su parte, pueden tener Organismos autónomos o entidades mercantiles. El sector público está, sin duda, compuesto de mosaicos heterogéneos de difícil sometimiento a sistema y producto de una evolución histórica complicada.

En cualquier caso, las relaciones de trabajo que se dan en tamaño sistema organizativo son de dos clases: funcionarios públicos y trabajadores por cuenta ajena. Este es, pues, el punto de partida: hay esencialmente dos tipos de relaciones jurídicas para prestar trabajo a los empleadores públicos, la funcionarial (cfr 267) y la regulada por el contrato de trabajo, y ambas, más, evidentemente, la primera que la segunda, están teñidas con lo que en realidad las Administraciones significan: una estructura pública constitucionalmente construida para servir los intereses generales y responsabilizarse de los servicios públicos.

Son dos regímenes jurídicos diferentes, con apoyo constitucional distinto, cuya convivencia no es pacífica, pero que están hoy en permanente ósmosis de tal suerte que el derecho regulador de la función pública se interrelaciona con técnicas de Derecho del Trabajo para la conformación del vínculo estatu-

tario (regulación salarial, clasificación profesional, regulación de la representación sindical, de la negociación colectiva o de la situación del derecho de huelga). Incluso puede afirmarse que el Derecho del Trabajo, aplicable a los trabajadores del sector público, se singulariza con particularidades especiales al actuar en este ámbito (STS 3-6-1994, A. 5402).

Así, con referencia a los trabajadores de las Administraciones Públicas, por razón del empleador y su peculiar organización, se altera el régimen normal de libertad de contratación, pues la Administración no sólo ha de formar su voluntad de contratar conforme a las normas de Derecho Administrativo que regulan su procedimiento de actuación, sino que concreta su ofrecimiento en la oferta anual de empleo público (R Decreto 198/2002, de 15 de febrero, que aprueba la oferta de empleo público para el año 2002); por el mismo fundamento, ha de seleccionar al personal por procedimientos, que, más allá del respeto al genérico principio de no discriminación para el empleo (art. 4.2 c) y 17 LET), garantizan los principios de publicidad, mérito y capacidad (cfr. los arts. 23.2 y 103. 3 CE y 19.1 de la Ley 30/1984); por razones de política económica hay, en las Leyes de Presupuestos, limitaciones anuales en materia de incrementos salariales para todos los trabajadores del sector público (la última, por ahora, Ley 52/2002, de 30 de diciembre, BOE del 31, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, art. 19). Con referencia a los trabajadores en el resto del sector público no conceptualizado como Administración, las singularidades son menores pero no inexistentes y van desde las influencias de las leyes anuales de presupuestos al sistema de incompatibilidades. Puede evidentemente sostenerse que el propio Derecho del Trabajo cuando se aplica al sector público adquiere rasgos singulares, pero desde luego no irreconocibles respecto al genérico de los trabajadores por cuenta ajena, de tal suerte que ha de afirmarse el genérico sometimiento a la legislación laboral de las Administraciones Públicas cuando actúan como sujetos de un contrato de trabajo (STS 27-7-1992, A. 5663). No puede olvidarse, en ningún caso, que existe una regulación diferente para funcionarios y trabajadores y aunque convivan realizando incluso las mismas funciones pueden tener un trato legal diferente (STS 23-7-1993, A. 5976: no hay discriminación porque los funcionarios perciban un complemento que no se abona a trabajadores que hacen las mismas tareas).

El empleo en el sector público de funcionarios públicos o de trabajadores debe explicarse con algo más que con una remisión a «técnicas de organización». Se trata, quizás, de la continua adaptación de los poderes públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o función administrativa como a la

de intervención en la actividad económica. La primera de ellas por medio de las Administraciones públicas y, la segunda, a través de las estructuras económicas de planificación, actividad industrial, comercial y las empresas públicas. El intervencionismo del Estado, adjetivado de social, abre el abanico de posibilidades de actuación, rompiendo los moldes de un concepto unívoco de interés público y manifestando su presencia en defensa del interés general, tanto con estructuras administrativas de Derecho público (Justicia, Enseñanza, Sanidad, etc.) como con estructuras de formas empresariales de Derecho privado (Transporte, Energía, Química, etc.). La cobertura de estos servicios para satisfacer el amplio espectro de lo que ya se entiende por interés público, se hace con funcionarios públicos, con trabajadores o con un sistema interrelacionado de unos y otros en razón de la opción constitucional; funcionarios en las Administraciones, trabajadores en el resto del sector público y el sistema mixto sólo en las Administraciones.

La utilización de una u otra forma de vincularse al sector público está, en buena medida, reglada. En el interior de las Administraciones hay «una opción genérica de la Constitución (arts. 103. 3 y 149.1. 18ª CE) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador» (STC 99/1987): sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga que ese es el modo de provisión de un determinado puesto de trabajo en las Administraciones públicas. Ciertamente lo que determina la naturaleza del vínculo entre quien presta trabajo y la Administración no es, desde luego, la naturaleza del servicio prestado sino la existencia de una normativa con rango de ley que autoriza el empleo del régimen administrativo o la suscripción de un contrato de trabajo (STS 28-2-1992, A. 1805)<sup>1</sup>.

En las personificaciones instrumentales hay que distinguir someramente: a) si se trata de Organismos Autónomos, el principio general será el reseñado para las Administraciones (arts. 1 y 29 y disposición adicional 9ª, Ley 30/1984 y art. 47.1 LOFAGE) de opción genérica en favor de funcionarios públicos, con expresa indicación legal de qué puestos pueden ocuparse por

<sup>1</sup> En las Universidades públicas, el artículo 47 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, dispone que el personal docente e investigador estará compuesto por funcionarios de los cuerpos docentes (catedráticos y titulares) y por personal docente e investigador contratado. Este último lo será exclusivamente en régimen laboral (art. 48.1 Ley 6/2001) y bajo alguna de las siguientes modalidades (no podrán existir otras) de contratación: unas, de carácter temporal: ayudantes, ayudantes doctores, asociados, eméritos y visitantes; otras, de naturaleza indefinida: profesores colaboradores y profesores contratados doctores.

trabajadores por cuenta ajena. Igual hay que sostener respecto de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (arts. 1 y 2 y disposición adicional 1 b, Ley 30/1984); b) si se trata del complicado y singular mundo de las entidades públicas empresariales (arts. 53 y sigs. LOFAGE) que por Ley ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado, se rigen por el Derecho del Trabajo, excepción hecha de aquellos funcionarios públicos que ejerzan en dichas entidades competencias fijadas en la Ley de creación de cada entidad jurídica empresarial (art. 55 LOFAGE), y c) si se trata de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás entidades estatales de Derecho público, el principio no puede ser otro que la prestación de servicios sometida al Derecho del Trabajo.

El sistema fundado en la dicotomía de las formas de ofrecer el trabajo (asalariado y funcional) está en crisis y el primero de los fundamentos de esa crisis del empleo público no es otro que la ambigüedad en los rasgos delimitadores del sector público. Hay dos líneas de tendencia que están en la base de toda reflexión sobre el empleo público que no son, ciertamente, sino el resultado de la recíproca influencia entre el régimen estatutario de los funcionarios y la regulación del trabajo por cuenta ajena. Se debate entre flexibilizar el sistema de garantías e introducir amplios aspectos de contractualización en la regulación de la función pública. La interacción entre el ordenamiento jurídico laboral y el funcional se acrecienta con la aparición de normas que introducen una común regulación para ambos tipos de empleo público, la Ley 53/1984, de incompatibilidades en el sector público, la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, o las leyes anuales de Presupuesto que dictan normas comunes para el crecimiento salarial de ambos tipos de trabajadores en el sector público.

## II. Empresa y centro de trabajo

**281. Concepto laboral de empresa.**— El concepto de empresa relevante para el ordenamiento jurídico laboral es más limitado que el que maneja, por ejemplo, el Derecho Mercantil. La empresa es, a los efectos que ahora interesan, la actividad económica organizada que despliega el sujeto empresario o empleador; es la ordenación de factores reales y personales para lograr una actividad productiva (sea o no lucrativa) y asumiendo los riesgos de la propia actividad (STS 18-3-1994, A. 2548). Esa organización en cuyo interior se presta trabajo asalariado tiene trascendencia, en la perspectiva jurídica laboral, desde, esencialmente, un doble punto de vista: el tamaño o dimensión y

el sector de la actividad en que se desarrolla. El tamaño, que influye obviamente en la complejidad de las relaciones laborales, es un dato de enorme importancia para el ordenamiento laboral que impone mayores cargas y controles a las empresas con un mayor número de trabajadores; es éste, pues, el único aspecto en que la dimensión de la empresa interesa al Derecho del Trabajo. Cualquier otra magnitud (capital social, valor del patrimonio neto o volumen de negocios) es intrascendente a los efectos que ahora importan, a salvo la definición de «empresa de dimensión comunitaria» (la que emplee mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros o la que emplee ciento cincuenta trabajadores o más en cada uno de ellos) a los efectos de regular los derechos de información y consulta de los trabajadores (art. 3 Ley 10/1997, de 24 de abril).

La dimensión de la empresa, pequeña, mediana y grande, tradicionalmente no ha desplegado gran importancia en el Derecho del Trabajo, incluso, al contrario, la regla general ha sido la de aplicar las mismas normas a unas que a otras (los criterios para incluir a una empresa en los referidos grupos no son únicos ni uniformes; aplicando sólo el número de trabajadores, empresa pequeña será la de menos de cincuenta, mediana la de entre cincuenta y quinientos y grande la de mayor número)<sup>2</sup>.

Es, posible, no obstante, encontrar algunos ejemplos en los que el número de trabajadores tiene una relativa importancia y afecta a partes esenciales de las relaciones jurídico laborales. Así, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba de los no titulados llega, en defecto de convenio colectivo, hasta tres meses (art. 14.1 LET); el número máximo de trabajadores en formación que puede contratar una empresa está en relación con el total de su plantilla (art. 11.2, b, LET y RD 488/1998); no hay procedimiento de consulta en modificaciones sustanciales de funciones y horario en las empresas de menos de 10 trabajadores (art. 41.2 LET; menos de cinco, tampoco hay consultas para el traslado, art. 40.2 LET); se permite el despido colectivo por trámite diferente en la empresas de menos de 10 trabajadores (arts. 51.1 y 52,c, LET). Por otra parte, tener más o menos de cincuenta trabajadores significa tener delegados de personal o comités de empresa (arts. 62 y 63.1 LET; hay además una diferente duración del proceso electoral ya sea la empresa de más o menos de treinta trabajadores, art. 74.2 LET). Sólo en una plantilla de más de doscientos cincuenta trabajadores se abre legalmente

<sup>2</sup> Para orientar las políticas de apoyo, fomento y estímulo de la competitividad de las PYMES se ha creado el Observatorio de la Pequeña y Mediana Empresa (OPYME 00/1204/2002, de 20 de noviembre, BOE del 29).

la posibilidad de que determinadas secciones sindicales constituidas tengan delegados sindicales (art. 8.2, c, LOLS). En materia de seguridad y salud laboral, en especial en la organización de los servicios de prevención, la dimensión de la plantilla es igualmente determinante de concretas obligaciones (cfr 331)

El sector de actividad que desarrolla la empresa siempre ha tenido una destacada importancia para fijar el centro de imputación de determinadas normas (las derogadas Reglamentaciones u Ordenanzas de trabajo, se dictaron para cada concreto sector de la actividad productiva; la actividad que se desarrolla en un concreto centro de trabajo puede tener una determinada importancia en materia de prevención de riesgos laborales, art. 14 RD 39/1997, de 17 de enero). Por su parte, la división por sectores de tal actividad siempre ha sido un elemento consustancial a la negociación colectiva cuyo producto normativo, los convenios colectivos, se negocian en unidades que toman como aglutinante o la empresa o todo o parte del sector de la actividad en que determinadas empresas pueden encuadrarse (lo determinante para fijar la normativa sectorial aplicable no es la función del trabajador, sino la actividad general o predominante de la empresa, STSJ Canarias 39-9-1993, A. 3795).

A la hora de configurar los conceptos jurídicos que importan al Derecho del Trabajo, no ha de olvidarse que la actividad organizada de prestaciones laborales es la vertiente que impone al empresario una intervención normativa de enorme importancia que le impide la modificación de la estructura o el cierre empresarial sin contar con una previa autorización administrativa y, en suma, le significa una actividad de control ejercida no sólo por las autoridades públicas (Inspectores de Trabajo, por ejemplo) sino por la constante y decisiva presencia de los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

Finalmente, cualquier concepto útil de empresa que se maneje no puede por menos que fundarse en los presupuestos constitucionales de la ordenación de la actividad económica que arranca de la consideración de la libre empresa (art. 38 CE) como un derecho público subjetivo cuya protección frente a intentos de los poderes públicos de suprimirla, modificarla o reducirla, es evidente. En cualquier caso, las limitaciones, la regulación, en suma, de la libre empresa es cuestión que está sometida al principio de legalidad, con derecho, además, a que se remuevan los obstáculos a la libre circulación de bienes en el territorio nacional (art. 139.2 CE). La empresa dentro del orden económico constitucional ha de contemplarse inequívocamente en el contexto de un Estado democrático (existencia de un marco político de controles) y social (posibilidades reales de defensa de los trabajadores; derecho al trabajo y promoción de la mejora de sus condiciones de vida; función social de la propiedad; planificación e iniciativa

pública en la economía y todo ello impregnado por el valor superior de la igualdad, arts. 1, 9.1, 14, 33, 35, 128.2, 131 y 129 CE). En cualquier caso, el derecho constitucional a la libre empresa supone, como corolario, la existencia y protección de un espacio abierto a la autonomía individual (STC 208/93).

**282. Concepto legal de centro de trabajo.**—Dentro del más genérico concepto de empresa, el de centro de trabajo es el verdaderamente relevante para el Derecho de Trabajo. Interesa centro de trabajo en cuanto es el lugar en que se presta el trabajo, en el que se ejecuta el contrato y, por tanto, en el que se compromete toda la persona del trabajador al desplegar su actividad. El artículo 1.5 LET lo define «como la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Esta unidad productiva puede coincidir o no con toda la empresa, dependiendo de la organización de ésta en uno o en varios centros; uno o varios conforman lo que se denomina la unidad empresarial. Con unidad productiva quiere poner de manifiesto el precepto la capacidad para organizarse por sí mismo, para ser suficiente dentro de una mayor organización; o, dicho de otra forma, ser capaz de diferenciarse dentro de la particular organización empresarial, de ser unidad técnica de producción ensamblada en el conjunto empresarial.

La organización específica, segunda nota definitoria de centro de trabajo, supone autonomía organizativa que lo individualice dentro del conjunto empresarial, sin que ésto prive a la empresa del poder general de planificar y regir la actividad en su conjunto. Una singular unidad productiva con organización específica es el buque («en la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto base», art. 1.5 LET).

La última nota requerida para singularizar un centro de trabajo es «que sea dado de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Esta exigencia, claramente intervencionista, quedó limitada en su importancia por el artículo 6 del RD Ley 1/1986, de 14 marzo, que suprime el requisito de la previa autorización para proceder a la apertura de un centro de trabajo y, en adelante, será suficiente la comunicación de la apertura del centro a la autoridad laboral competente. Una figura limítrofe con la de centro de trabajo es la de unidad productiva autónoma (art. 44 LET), concepto de carácter funcional que sirve el objetivo de propiciar la sucesión de empresa cuando lo que se transmite tiene entidad productora por sí misma y, claro está, en tal razón tiene adscritos unos trabajadores.

Los conceptos de empresa y centro de trabajo cumplen en el ordenamiento jurídico laboral dos funciones igualmente decisivas; por una parte, hacen referencia al lugar de trabajo, al espacio físico donde el trabajador normal-

mente despliega su actividad y, de ahí, su correlativo derecho a la certeza del lugar de trabajo; por otra, es la unidad que sirve para fijar la plantilla de trabajadores que luego será determinante para fijar una u otras obligaciones laborales. De forma más concreta es posible observar en la normativa laboral referencias directa al centro de trabajo como lugar de imputación de normas: claramente, para delimitar el modelo de representación unitaria: delegados de personal en centros de trabajo de menos de cincuenta trabajadores y comité de empresa en los de número superior (arts. 62.1 y 63.1 LET); la regulación de la movilidad geográfica se fundamenta en el cambio de centro de trabajo; finalmente, el centro de trabajo puede constituir una unidad de negociación de convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa (art. 87.1 LET)

### III. El poder de dirección del empresario

**283. Fundamento, contenido y límites.**—Trabajar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1.1 LET) supone, sin duda, obligarse a realizar el trabajo convenido «bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 LET). Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad de empresa (art. 38 CE) que no tendría sentido si sus propietarios no pudieran organizarla. El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar; esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección («dirección y control de la actividad laboral» lo titula el art. 20 LET). Como puede deducirse, el fundamento del poder para organizar y ordenar las prestaciones de los trabajadores es el propio contrato de trabajo que, sin duda, justifica tanto el poder de dirección y su alcance como sus propios límites. La eficacia del contrato de trabajo libremente concluido por las partes sólo se logra si se proyectan los efectos jurídicos adecuados que no son otros que la cesión inicial de los frutos de un trabajo dependiente y remunerado.

La eficacia del contrato sólo se alcanza si responde a los intereses jurídicamente protegidos por la propia figura contractual. Esos intereses responden a un sistema típico de producción en el que se separa la propiedad de los medios y la persona del trabajador y donde éste prestará su trabajo en régimen de dependencia o subordinación; a esa posición dependiente le corresponde, en el mismo plano contractual, otra de mando que ostenta el empresario. Sin el

poder contractual de dirección del trabajo, el empresario no estaría dotado de las facultades precisas para realizar la contraprestación sobre la que tiene un derecho de crédito; necesita poder organizar y concretar, mediante instrucciones y órdenes, el propio trabajo. El poder de dirección se ejerce en el interior del contrato, durante su ejecución y en interrelación permanente con el interés contrapuesto del trabajador y dentro de los límites que autónoma o heterónomamente se le fijan. De este modo, el poder de dirección es una facultad contractual del empresario y su primer límite vendrá, sin duda, de los propios derechos contractuales del trabajador (STSJ Madrid 8-4-1997, A. 1346).

El contenido del poder de dirección es sencillo de sistematizar y, obviamente, complejo de materializar. Se mostrará en instrucciones generales o en órdenes concretas que especifiquen el trabajo. El contenido material de ambas manifestaciones es múltiple y variado en razón a la actividad productiva a que se refiera. El artículo 20.2 LET concreta el poder de dirección en las facultades del empresario de impartir «órdenes o instrucciones».

Las instrucciones parecen referirse a la organización genérica del trabajo, al ejercicio de las funciones directivas para conformar el tipo de organización (número de trabajadores y ordenación de los mismos por categorías y funciones); a la propia estructura técnica de la empresa o al régimen de prestación del trabajo (desde la imagen exterior de la empresa hasta las normas sobre calidad y presentación de los bienes y servicios). Funciones similares a estas instrucciones las cumplieron históricamente los denominados Reglamentos de Régimen Interior que hoy no aparecen como fuente de las relaciones laborales en el artículo 3 LET (sobre la sustitución (sobre la sustitución de tales antiguos Reglamentos de Régimen Interior por la voluntad unilateral del empresario o por convenio colectivo y los problemas planteados de derecho transitorio, SSTS 11-4-1991, A. 3261 y 3-4-1995, A. 2905).

Las órdenes concretas que para cada trabajador o grupo de trabajadores especifique el empresario estarán en razón directa a la propia dificultad del trabajo o a su carácter repetitivo o no. Este poder de ordenar y organizar supone lógicamente el de controlar y vigilar su cumplimiento: «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» (art. 20.3 LET). En cualquier caso, el titular del poder de dirección y control de la actividad laboral es el empresario o persona en quien delegue.

Es consecuencia ineludible de las facultades directivas el poder incidir en todos los aspectos de la ejecución del contrato desde la determinación del trabajo debido a la remuneración, incluyendo el lugar y el tiempo de la presta-

ción. Sin embargo, este poder de dirección no es ilimitado sino, justamente lo contrario, limitado desde, al menos, cuatro planos: el constitucional, el legal, el convencional colectivo y el contractual. Estos planos pueden fácilmente resumirse en uno: el límite del poder empresarial directivo son los derechos del trabajador, en cuanto persona y en cuanto asalariado.

El fundamento constitucional de todos los demás límites al poder de dirección es el respeto a la dignidad de los trabajadores y sus derechos inviolables (art. 10.1 CE; art. 20.3 LET y STS 25-1-1988, A. 42), parámetro para la aplicación de todo el ordenamiento, desde sus valores superiores a la última norma jurídica. Ciertamente, el ejercicio de los derechos del empresario, su posición dominante, se ve limitada por el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En el contrato de trabajo se implica personalmente el trabajador en el desempeño de la prestación y, de ahí, que se concrete como límites al poder de dirección el debido respeto a derechos constitucionales como el respeto a la intimidad (art. 18 CE y art. 18 LET); a la libertad religiosa o ideológica (art. 16 CE); derecho a la igualdad de trato y a no ser discriminado (las diferencias han de ser razonables y no arbitrarias ni abusivas). No se predica la igualdad, se prohíbe la conducta arbitraria o injustificada, fundada en alguna de las prohibiciones de los arts. 14 CE y 17 LET. Por su parte, la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre 2002, define qué es discriminación directa e indirecta, qué acoso y acoso sexual como discriminación por razón de sexo, y qué trato menos favorable por embarazo o maternidad.

Como límite específico al poder de dirección del empresario, que nace de una protección reforzada del derecho fundamental a la información veraz y plural, se regula la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio), cuyo ejercicio les permite negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio (art. 3 LOCCI, cfr 56).

Es una exigencia de la dignidad de la persona, pero es claramente posible delimitar autónomamente el específico límite al poder de dirección proveniente del derecho de los trabajadores a la igualdad de trato y a no ser discriminados (arts. 4.2, e, y 17.1 ET). No se predica la igualdad sino la prohibición de la desigualdad fundada en la arbitrariedad, sin soporte objetivo y razonable (son consustanciales a las relaciones laborales las diferencias fundadas en el propio trabajo, en la categoría profesional o en el rendimiento). La discriminación, como fundamento de la decisión empresarial, está prohibida. No puede darse trato peor a una persona o grupo que a otra u otros con fundamento arbitrario y, sobre todo, la desigualdad discriminatoria no puede fun-

darse ni en la raza, la edad, el sexo, la condición social o la lengua (art. 14 CE) ni apoyarse en una previa opción del trabajador sobre estado civil, ideología, religiosa o política o posición sindical. Igualmente los límites que se fundan en la dignidad de la persona se alcanzan ante las decisiones del empresario dirigidas al control de la prestación laboral, debiendo guardar en tales medidas de vigilancia y control «la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso» (art. 20.3 LET). Dentro del respeto debido a la dignidad, la inviolabilidad de la persona del trabajador es un límite infranqueable: «sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible» (art. 18 LET).

En los registros ha de respetarse la inviolabilidad de la persona (dignidad e intimidad de la persona; por tanto, el registro personal sólo dentro de lo estrictamente necesario); ha de acreditarse la necesidad y cumplirse el requisito de la presencia de un representante legal o, si no es posible, de otro trabajador (en los efectos personales puede incluirse el vehículo del trabajador si está en el recinto empresarial y esa pesquisa se revela como la única eficaz y sin violencia alguna y con garantías para el trabajador, STS 11-6-1990, A. 5049). Límites que se extienden al control empresarial de las causas de ausencias o de otros incumplimientos, donde la inmiscusión en los comportamientos extralaborales está prohibida y donde los medios de prueba tienen que ser legales (los detectives privados constituyen prueba testifical, que sólo adquiere valor cuando el informe del detective es ratificado y mantenido en juicio y sobre la que no se puede fundar la revisión de los hechos declarados probados, STS 24-2-1992, A. 1055). Límite igualmente fundado en la dignidad de la persona es el respeto a la intimidad del trabajador «comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual» (art. 18.1 CE y art. 4.2, e, LET); calificada como infracción muy grave el acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresariales, (art. 96.14 LET, redacción de la Ley 50/1998). Es acoso sexual la conducta libidinosa del empresario, percibida como indeseada o indeseable por la víctima, que genera un ambiente laboral desagradable (STC 224/1999). Con referencia a la concreta prestación de trabajo, y sin ir más allá de ella, constituye legítimo del poder de dirección la permanente filmación y grabación en video de la actividad laboral (SSTSJ Andalucía 17-1-1994, A. 310 y Cataluña 1-3-1995, A. 1086).

Constituye un límite al poder de dirección la regulación legal sobre utilización y control de los datos automatizados que obtenga la empresa acerca del trabajador (Ley orgánica 15/1999, 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, LOPD). El trabajador puede negarse a suministrar información sobre su ideología, religión o creencia (datos especialmente protegidos, art. 7 LOPD; las limitaciones informáticas referidas en el art. 18.4 CE configuran un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, STC 11/1998). Sólo con consentimiento del trabajador pueden recogerse datos relativos a su origen racial, vida sexual y salud siempre que, además y por razones de interés general, así lo disponga una ley (art. 7.3 LOPD). En todo caso, el tratamiento del los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del interesado (STC 202/1999) y nunca pueden propiciar comportamientos discriminatorios (STC 44/1999) Para solicitar datos ha de existir siempre, como regla general, una justificación razonable, hacerlo de manera adecuada, proporcional, y los datos han de actualizarse de forma que respondan a la situación real del afectado y este debe ser siempre informado de modo expreso de la recogida de tales datos (art. 4 y 5 LOPD). El trabajador tiene siempre acceso a todos los datos que sobre él almacene el empresario (art. 15 LOPD; derecho de *habeas data* STC 254/1992) e igualmente tienen derecho a solicitar la rectificación o cancelación de datos (art. 16 LOPD).

En el plano del ejercicio del poder de dirección puede desplegar importantes consecuencias el objeto mismo de la actividad empresarial. Empresas con múltiples manifestaciones (colegios, Universidades, medios de comunicación social, etc.) pueden ser libremente creadas para defender y propagar una determinada tendencia ideológica ya sea política, sindical o religiosa. Estas empresas denominadas «de tendencia» requieren desplegar un control en el ejercicio de los derechos que hacen referencia a la libertad ideológica de los propios trabajadores (en especial, la libertad de expresión). En este ámbito contractual, las manifestaciones de derechos fundamentales reputadas normalmente de legítimas no tienen por qué serlo en las empresas de tendencia ideológica (SSTC 120/1983 y 170/1987). En ningún caso, sin embargo, se puede ejercer el poder de dirección impidiendo el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de lo estrictamente necesario a la defensa del interés empresarial de naturaleza ideológica (STC 6/1988).

El propio contrato de trabajo es el ámbito definidor de los poderes del empresario, pero es también la esfera protectora que impide al empresario observar o controlar la vida del trabajador más allá de la prestación laboral. El contrato es un límite de importancia creciente en la medida en que establece y especifica el modo de la prestación de trabajo (el poder de dirección

no alcanza a obligar a los trabajadores a mantener una atención constante a los teléfonos móviles en todo momento una vez concluida la jornada de trabajo, SAN 17-7-1997, A. 337). Son, por su parte, las normas legales, de derecho necesario absoluto o relativo, las que conforman un límite de radical importancia al poder de dirección del empresario. El ejercicio de este poder debe garantizar y respetar los derechos reconocidos a los trabajadores por las leyes. Otro límite, igualmente decisivo por lo que tiene de contrapoder en el interior de las relaciones laborales, es el derivado de la negociación colectiva que regula distintos aspectos de las condiciones de ejecución del contrato que son otras tantas limitaciones a las decisiones unilaterales del empresario. Los límites descritos suponen que el empresario debe adecuar la efectividad del poder de dirección a la expresión del artículo 20.2 LET, «el ejercicio regular de sus facultades de dirección» (será ejercicio regular todo aquel que no lesione derechos expresamente reconocidos al trabajador, STS 7-3-1986, A. 1277; es un criterio limitativo del poder de dirección, la necesidad de que se ejercite conforme a la buena fe, STSJ País Vasco 14-6-1993, A. 2859).

Una consecuencia inmediata del poder de dirección (y si bien se mira, un límite) es el deber del empresario de responder civilmente frente a terceros por «los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1.903 Código civil). La responsabilidad del empresario es esencialmente objetiva porque responde, contractual o extracontractualmente, por los actos del trabajador (culpables o negligentes, incluso tales adjetivos pueden imputarse a la organización del trabajo en sí misma) que guarden nexo de unión con el daño causado (SSTS 26-11-1990, A. 9047, 2-7-1993, A. 5789 y 17-6-1997, A. 5414). Igualmente, el empresario es responsable civil (en este caso subsidiario, no directo) por los delitos o faltas que se cometan en sus establecimientos (no responde el empresario por actos del trabajador realizado al margen del contrato de trabajo, STS 26-3-1997, A. 2512), siempre que por parte del propio empresario «de sus dependientes o empleados se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido» (art. 120.3 Código penal); tal responsabilidad civil subsidiaria será extensiva al empresario por los delitos o faltas cometidos por sus trabajadores «en el desempeño de sus obligaciones o servicios» (art. 120.4 Código penal).

#### IV. Determinación de la condición de empresario

**284. El empresario aparente.**—No siempre es fácil para el trabajador fijar con precisión quién adopta frente a él la calidad de sujeto empresarial y,

por consiguiente, exigirle el cumplimiento de las obligaciones que como tal le afectan. Identificar al empresario no es otra cosa que determinar a quién corresponde la responsabilidad empresarial plasmada en un sistema jurídico sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social o en el propio contrato de trabajo. La apariencia de empresario siempre encierra el contrapunto de descubrir el que de verdad recibió el trabajo y debe el salario (quien organiza y recibe el trabajo es el empresario, aunque intervengan otros sujetos, STS 31-5-2000, A. 4647).

La expresión jurisprudencial de empresario aparente encierra figuras de interposición entre el asalariado y el auténtico empresario y la consecuencia de buscar mecanismos de protección del trabajador tanto contra errores suyos en la identificación del verdadero empresario (art. 103.2 LPL) como en la búsqueda del auténtico responsable empresarial para que, identificado, responda de sus obligaciones.

**285. El grupo de empresas.**—Es notoria la proliferación del fenómeno económico de concentrar capitales y controlar actividades a través de la fórmula del grupo de empresas en el que se articulan varias, con formas societarias individualizadas, pero que están planificadas en una estrategia empresarial común. Es una consecuencia de la desconcentración empresarial para procurar tanto una especialización económica en la que se desarrolle como para diversificar los riesgos y las responsabilidades. Las formas que adoptan esos grupos son diversas y no sometidas a una unitaria regulación legal y que varía en razón a que la existencia del grupo se funde en técnicas de jerarquía empresarial o en técnicas de coordinación para reparto de un mercado.

No hay una regulación legal unitaria del grupo de empresas, pero sí las suficientes expresiones de derecho positivo que obligan a analizarlas en lugar preferente; todas ellas ponen el acento en la unidad de decisión como característica definitoria y primordial del grupo. Los artículos 3 y 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresas de dimensión comunitaria definen al grupo de empresas como el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas y se considera empresa que ejerce el control aquella que puede actuar con influencia dominante sobre otra por motivos de propiedad, participación financiera, estatutos sociales y se presume tal control si se posee la mayoría del capital suscrito, la mayoría de los derechos de voto o tiene la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Estos criterios, pensados para los objetivos de la Ley 10/1997 que giran en torno a las relaciones colectivas en el grupo, tendrán notable repercusión interpretativa en cualquier ámbito jurídico laboral en el

que se pretenda identificar la existencia del grupo de empresas. Ciertamente estos elementos de presunción del grupo son los ya contenidos en el art. 42.1 del Código de Comercio al regular los supuestos de control en una empresa dominada por otra dominante: que la dominante posea la mayoría de los derechos de voto y tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los administradores (igual orientación, fundada en el art. 42 del Código de Comercio, la del art. 16.5 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, sobre Planes y Fondos de Pensiones). Reflejo de este criterio legislativo puede observarse también en el art. 51.14 LET cuando dispone la obligación de información tanto si la decisión del despido colectivo ha sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él (una tipología de relaciones de coordinación entre empresas con diversas clases y subtipos de agrupaciones en STSJ Madrid 28-11-1996, A. 3753).

Los problemas jurídico-laborales que se presentan son variados y hacen referencia unas veces a la realidad de la prestación laboral simultáneamente a varias empresas del grupo, o prestándola a sólo una del grupo, éste funciona con criterios empresariales de concentración financiera. El grupo de empresa actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de unos concretos contratos de trabajo (STS 31-1-1991, A. 200 y STSJ Valencia 8-7-1993, A. 3632). En todo caso, se trata siempre de encontrar el fundamento de imputar una responsabilidad solidaria como empresario a las empresas que forman el grupo (SSTS 9-5-1990, Ar. 3983 y 31-1-1991, Ar. 200). Y para determinar esa solidaridad es preciso atender a la pérdida de la independencia (visión unitaria del grupo, SSTS País Vasco 25-6-1993, A. 2877 y Asturias 25-2-1994, A. 518) de cada una de las empresas o sólo de las relacionadas con un concreto trabajador. El nexo entre las empresas del grupo debe reunir ciertas características especiales: se precisa un funcionamiento integrado o unitario, una confusión de patrimonios sociales o de plantillas con una prestación de trabajo indistinta o común, en suma una apariencia externa de unidad empresarial (STS 29-10-1997, A. 7684). Puede, también, probarse con la técnica conocida como del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real para conseguir una dispersión o elusión de responsabilidades laborales (STS 12-7-1988, A. 5802). Debe, igualmente, acreditarse la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios integrantes del grupo (SSTS 7-10-1987, A. 8851 y 30-1-1993, A. 233). En cualquier caso, la carga de la prueba de la existencia del grupo corresponde a quien pretende hacer valer los efectos jurídico-laborales atribuidos al mismo (por tanto, la responsabilidad solidaria de los integrantes, STS 3-5-1990, A. 3946 y STSJ Madrid 19-12-1994, A. 5043).

La responsabilidad solidaria, consecuencia que a efectos laborales se deriva de la consideración de grupo de empresas, requiere, en resumen, los siguientes requisitos: conexiones no sólo económicas, sino existencia de plantilla única o indistinta; confusión patrimonial y prestación laboral al grupo de forma indiferenciada y, en suma, una apariencia externa de unidad empresarial, de unidad de dirección (SSTS 30-6-1993, A. 4939 y 21-12-2000, A. 1870 del 2001).

**286. La interposición y la mediación en la posición jurídica de empresario.**—Ambas figuras tienen como elemento común la dificultad que puedan presentar para identificar, determinar, al empresario en un concreto contrato de trabajo. En las dos conductas (interposición y mediación) las normas legales toman precauciones capaces de reaccionar ante unas situaciones que pertenecen al concepto más amplio de la simulación negocial. Como un supuesto concreto de simulación relativa, queda afectada la identidad de una de las partes del contrato, la del empresario. Se pretende sustituir al verdadero empresario por otro, pero sin mediar ningún acuerdo simulatorio: el trabajador no participa en la conducta de simulación (de participar, su conducta estaría viciada de nulidad, art. 3.5 LET). Por consiguiente, si se dan cualesquiera de las dos actividades simulatorias de interposición o mediación en la posición jurídica de empresario, el trabajador exigirá el cumplimiento del contrato de trabajo del auténtico empresario y, para el caso de no existir un ánimo simulador sino que la conducta corresponde a la propia permisividad legal (supuestos de interposición permitidos: contrata de obra y servicios y empresas de trabajo temporal; supuesto legal de mediación: agencias privadas de colocación) el sistema de responsabilidades será el articulado en cada caso.

**287. Contrata y subcontrata de obras o servicios.**—Antes de exponer el supuesto de hecho que encierra el artículo 42.1 LET (nueva redacción de la Ley 12/2001) es preciso señalar que, en general, se trata de una figura de interposición en virtud de la que una persona (física o jurídica) ostenta frente a otra (trabajador) la titularidad de ser sujeto empresario cuando, en verdad, puede referirse a un mecanismo para encubrir al empresario verdadero y real. Persigue, en suma, la norma el objetivo de evitar los fraudes que pueden derivarse de la utilización por un empresario de trabajadores de otro (contratista o subcontratista) para que le asista en su propio proceso productivo y sin tener que responder de las obligaciones inherentes al empresario. El artículo 42.1 LET trata de poner cautelas en un fenómeno que se presta al fraude, pero inicialmente arranca de reconocer no sólo la libertad para encargar a otros empresarios obras y servicios necesarios y que no guarden relación con la propia actividad, sino incluso para encargarlos cuando se refieren expresamente y corresponden a su propio pro-

ceso productivo. El artículo 42.1 LET permite la contrata (o subcontrata) de obras y servicios de la propia actividad del empresario que la encarga.

Para analizar las consecuencias del precepto es preciso dejar claro los siguientes cinco aspectos: a) concepto de contrata (o subcontrata) y de propia actividad; b) deber de comprobación del empresario contratante; c) responsabilidad, en su caso, del contratista y del comitente; d) deberes de información del contratista y del comitente para con sus trabajadores; e) supuestos en los que la Ley excluye el deber de comprobación, el sistema de responsabilidades y los deberes de información.

*A) Concepto de contrata (o subcontrata) y de propia actividad.* Contrata (o subcontrata) es una expresión que se refiere a una relación contractual que materialice supuestos de descentralización productiva, empresarial, tales como contrato de empresa, contrato de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o, incluso, supuestos de contratación administrativa para la gestión indirecta de servicios (SSTS 15-7-1996, A. 5990 y 18-3-1997, A. 2572) por los que el empresario contratista (empresa auxiliar) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente (empresa principal) adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto. La figura puede continuar de forma encadenada y el contratista aparecer como principal que subcontrata una parte de su labor. Esta relación existe y no es un negocio simulado de cesión ilegal de mano de obra cuando se dan las siguientes notas: a) el contratista sea capaz de realizar la obra o servicio determinado; o sea, actividad empresarial del contratista con propia organización (la obra o servicio deben estar debidamente definidos y planificados, STSJ Madrid 24-6-1991, A. 40729) y con patrimonio, instrumentos o maquinarias adscritos a dicha actividad; b) inmediata recepción por el contratista del producto del trabajo de su personal; c) pago, a cambio y a su cuenta, de la prestación retributiva y, finalmente, d) asunción directa de los riesgos (STS 17-1-1991, A. 58). La empresa contratista ha de ser una verdadera empresa con organización real y suficiente que en la contrata involucre su propia realidad (STS 12-12-1997, A. 9315)

No existe contrata, sino cesión ilegal de trabajadores, cuando ni se aportan medios patrimoniales, ni se asumen los riesgos de la explotación (STS 17-7-1993, A. 5688), ni se ejerce un poder directivo, una dirección y gestión propias (STS 19-1-1994, A. 352). La necesidad del soporte de esta relación contractual es esencial para que la regulación legal de la contrata o subcontrata no sea simplemente norma de cobertura con la que se defraude la prohibición del artículo 43 LET, la mera actividad de ceder ilegalmente personal.

La contrata (o subcontrata) se suscribe para realizar obras o servicios de la propia actividad, para descentralizar el propio proceso productivo del comitente

(incluso en la gestión indirecta del servicio público adjudicada por concesión administrativa, STS 27-9-1996, A. 6910). Captar qué significa «propia actividad» es la esencia misma del artículo 42 LET. Se reputa actividad principal la del contratante o comitente y es aquella a la que con habitualidad, profesionalmente, se dedica, aunque se forme con la división o descentralización necesarias para sacar adelante su propio objeto y ya se realicen o no en los propios centros de trabajo del comitente. La expresión legal de «propia actividad» no tiene en el plano jurisprudencial fuerza expansiva y se define con referencia a las inherentes e indispensables al fin de la empresa principal, y que se incorporan al propio ciclo productivo, al resultado final de la empresa, a lo que pone en el mercado (STS 24-11-1998, A. 10034). De este modo, quedan fuera los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa comitente (STS 18-1-1995, A. 514), dejando así de lado toda interpretación que iguale propia actividad a todo cuanto profesionalmente realice un empresario. Cuando se dan esos dos elementos definitorios (contrata referida a la propia actividad) se aplica la permisividad del artículo 42 LET y puede realizarse la desconcentración funcional que una empresa necesita.

*B) Deber de comprobación del empresario contratante.* El empresario contratante tiene el deber de comprobar que sus contratistas o subcontratistas «están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social». Y esta obligación de comprobación deberá ejercitarla de una concreta forma, recabando «por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubierto en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables» (art. 42.1 LET). Si transcurrido el plazo no hay respuesta de la entidad gestora acerca de la existencia o no de descubierto (sólo cuotas, por tanto) queda el empresario solicitante (contratante o subcontratante) exonerado de responsabilidad (en materia de Seguridad Social, como se verá).

*C) Responsabilidades, en su caso, del contratista y del comitente.* El artículo 42.1 LET configura tanto el deber de comprobación como el resultado de no hacerlo. No puede ignorarse así que el contratista es moroso de la Seguridad Social o, conocida la morosidad, tampoco puede contratar con una empresa que no está al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social. En ambos casos, y así se cierra el mecanismo de responsabilidad construido por el artículo 42.1 LET, el empresario principal es responsable subsidiario de las cuotas que el contratista o empresa auxiliar tenga pendiente de pago a la Seguridad Social a la hora de suscribir el encargo de la obra o servicio ya en calidad de contratante o de subcontratante (sólo por cuotas, no por ninguna otra deuda derivada de la normativa de Seguridad Social, STS 19-5-1998, A. 4730).

Fenómeno diferente al anterior es el sistema de responsabilidad regulado por el artículo 42.2 LET: el empresario principal «y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata». Deja el precepto sentadas cuatro cuestiones: el tipo y el alcance material de la responsabilidad, el tiempo durante el que se despliega la responsabilidad, el plazo de prescripción para reclamarla.

El alcance material de la responsabilidad que afecta a principal y contratista engloba a los salarios, a todas las percepciones salariales que legal o convencionalmente correspondan a los trabajadores del contratista o subcontratista (no a las extrasalariales; art. 26.2 LET y SSTS 19-1-1998, A. 998 y 26-17-2000, A. 1880 del 2001); no se incluye la obligación de readmitir a un despedido ni la indemnización sustitutoria STSJ Andalucía, 18-10-1991, A. 5965). En materia de Seguridad Social responde de las cuotas y de las prestaciones de las que se hubiera declarado responsable al contratista por falta de afiliación, alta o cotización (arts. 104.1 y 127 LGSS y STS 28-10-1996, A. 7714; el art. 10,3,b, RD 1637/1995, establece que si el contratante despliega el deber de información sobre el contratista ante la Tesorería queda exonerado de esta responsabilidad). En ningún caso responde de las mejoras voluntarias de Seguridad Social (STS 14-2-2000, A. 2036).

Igualmente contratante y contratista son responsables por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad y salud laboral. Esta responsabilidad tiene el siguiente alcance: la empresa principal que contrata o subcontrata con otra la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL).

Las responsabilidades descritas son de tipo solidario entre principal y contratista y se despliegan durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, (arts. 42.2 LET y 23.2 LISOS); este espacio temporal delimita el ámbito de la exigencia de la responsabilidad, dejando fuera todo lo que acaeció antes o acaezca después de la contrata. La responsabilidad solidaria generada durante la vigencia de la contrata puede ser exigida por el trabajador afectado durante el año siguiente a la terminación de la contrata (subcontrata).

En la LET existió, desde su promulgación en 1980 hasta la reforma de 2001 en el que desapareció (RDL 5/2001), un límite de las responsabilidades para el empresario contratante. Se trataba de un límite relacional alcanzando

hasta lo que le correspondiera si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajos». En la actualidad la responsabilidad alcanza hasta la deuda real, hasta la obligación salarial o de Seguridad Social del contratista con sus trabajadores. En todo caso, la extinción de la contrata supone la desvinculación de la empresa principal del sistema de responsabilidades jurídico laborales del artículo 42 LET, incluso en el supuesto en que la principal continúe con la actividad con sus propios trabajadores (STS 6-2-1997, A. 999).

*D) Deberes de información del contratista y del comitente para con sus trabajadores.* La reforma de la Ley 12/2001 introdujo tres nuevos apartados en el artículo 42 LET (apartados 3, 4 y 5) destinados a establecer exigencias de información para con los trabajadores, tanto del contratista como del contratante, y encuadrados en la potenciación general del derecho de los trabajadores a estar informados sobre los aspectos esenciales de su contrato y sobre el lugar de la prestación. En todo caso, se trata de dos deberes autónomos referidos a los propios trabajadores del contratista y a los representantes legales de los trabajadores tanto del contratista como del contratante. En efecto, el empresario contratista o subcontratista deberá informar por escrito a sus trabajadores de la identidad de la empresa principal para la que presta servicios (art. 42.3 LET) y comunicar, además, tal identidad a la Tesorería General de la Seguridad Social. El propio empresario contratista o subcontratista deberá informar también a los representantes legales de sus trabajadores y antes del inicio, acerca del objeto, duración, lugar, y número de trabajadores a ocupar en la contrata o subcontrata así como de las medidas de coordinación que han de tomarse sobre prevención de riesgos laborales (cf. 201 y 331). El incumplimiento del deber de información es infracción grave (art. 7.11 LISOS).

El empresario principal, por su parte, ha de informar a los representantes legales de sus trabajadores, además de la genérica información trimestral sobre subcontrataciones (art. 64.1. 1º LET), acerca, también, del objeto, duración, lugar, número de trabajadores a emplear en cada concreta contratación o subcontratación así como de las medidas de coordinación sobre prevención de riesgos.

*E) Supuestos en los que la ley excluye el deber de comprobación, el sistema de responsabilidad y los deberes de información.* El segundo párrafo del artículo 42.2 LET regula los supuestos de exclusión del sistema de responsabilidades descritos: «no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrae su realización por razón de una actividad empresarial». Estas dos excepciones que práctica-

mente son una sola se completan con un mandato muy parecido en el artículo 127 LGSS y entre ambos regulan una exención de responsabilidad a partir de que el comitente no tenga la calidad de empresario.

**288. Empresas de trabajo temporal.**—Dentro del panorama general de la reforma legislativa del mercado de trabajo realizada entre 1994 y 1998, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regula las empresas de trabajo temporal, es singularmente relevante por lo que significa de instrumento flexible para dotar a las empresas del número necesario de trabajadores que en cada momento necesiten, con la formación profesional también precisa. Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados (art. 1 LETT; definición sustancialmente igual a la que contiene la Directiva 91/383); el art. 1 del Convenio de la OIT núm. 181, ratificado por España, BOE 13-9-1999, referido a las Agencias de Empleo Privadas, considera como tal también a aquella cuyos servicios consistan en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición una tercera persona, física o jurídica, empresa usuaria, que determine sus tareas y supervise su ejecución.

El objeto esencial de una empresa de trabajo temporal lo constituye, por consiguiente, la intermediación entre el trabajador que presta sus servicios y la empresa que los recibe: una evidente cesión de trabajadores, donde el cedente es la ETT y el cesionario la empresa denominada usuaria. Hay, de este modo, una relación no bilateral (empresario-trabajador) sino triangular (la ETT, el empresario de la empresa usuaria y el trabajador contratado por la ETT y que prestará sus servicios en la empresa usuaria; de este modo, los trabajadores cedidos tendrán dos empresarios). De esta complicada relación jurídica, y de los añadidos elementos de inseguridad que puede generar, nace la prevención contra este tipo de empresa. Con la LETT, España se incorpora a los países comunitarios que las admiten con minuciosa regulación (Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Portugal e Italia; cuatro países más las admiten con sólo una genérica regulación, Gran Bretaña, Irlanda y Luxemburgo). Los más sobresalientes requisitos para su funcionamiento que a continuación se exponen, acreditan sobradamente el carácter e intensidad de la intervención administrativa.

<sup>3</sup> La LETT ha sido parcialmente reformada: por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, su artículo 17; por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, arts. 19 y 20; y con el propósito de garantizar una mayor seguridad jurídica, la Ley 29/1999 de 16 de julio, introdujo importantes modificaciones afectando a una gran parte del articulado; finalmente, la Ley 12/2001, de 9 de junio, modificó los artículos 2 e y 10.3. La Ley 14/1994, ha sido, además, desarrollada por el RD 4/1995, de 13 de enero y específicamente en materia de seguridad y salud laboral, por el RD 216/1999, 5 de febrero.

*A) Autorización administrativa de las empresas de trabajo temporal.* La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente sólo podrá efectuarse a través de las empresas de trabajo temporal. Para que la identificación no ofrezca duda, la LETT requiere que estas empresas sean personas físicas o jurídicas que sólo se dediquen a esta actividad (en las sociedades el objeto social no podrá ser otro) y, además, que en su denominación se añada siempre «empresas de trabajo temporal» (art. 2.1 LETT). No podrá funcionar una ETT sin la previa autorización administrativa habilitante de su actividad (art. 2.2 LETT; la autorización la tramita y resuelve el Ministerio de Trabajo o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, en razón al ámbito de la ETT, arts. 1 y 2 del RD 4/1995). Aún más, con la autorización concedida, las empresas de trabajo temporal deberán constituir una garantía financiera para responder de las deudas que puedan contraer por indemnizaciones salariales y de Seguridad Social (art. 3.1, a, b, LETT y 7 RD 4/1995) y vendrán también obligados a mantener una estructura administrativa, que responda a las características que la Administración tuvo en cuenta al dar la autorización (art. 2.5 LETT), con un número mínimo de trabajadores con contrato indefinido, en proporción al número de trabajadores cedidos el año anterior.

*B) Contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la denominada empresa usuaria.* La cesión de trabajadores ha de ser documentada en un contrato de naturaleza mercantil a celebrar entre la ETT y la empresa usuaria; el contrato se denomina «contrato de puesta a disposición» (arts. 6.1 LETT y 14 RD 4/1995). El contrato se formalizará por escrito en modelo oficial y, como mínimo, contendrá información acerca de la identificación de la ETT (número y vigencia de la autorización) y de la empresa usuaria; constancia de la causa que justifica el contrato; contenido de la prestación laboral; lugar y horario de trabajo; riesgos profesionales del puesto de trabajo; duración del contrato y precio convenido (art. 14 RD 4/1995; el incumplimiento de la forma exigida es falta grave, art. 18.2 LISOS). Con carácter previo a la celebración del contrato, la empresa usuaria deberá informar a la ETT sobre las características del puesto de trabajo desde el punto de vista de la evaluación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador, quién deberá ser informado de tales extremos (art. 2 RD 216/1999).

El objeto del contrato de puesta a disposición tendrá los mismos supuestos, condiciones y requisitos que aquellos en que la empresa usuaria podría celebrar contratos de duración determinada (art. 6.2 LETT); el artículo 15 LET establece que los contratos temporales posibles son los de obra o servicio determinado, los eventuales por circunstancias del mercado y los de interinidad o sustitución, (cfr. 301, 302 y 303); en ningún caso el contrato de

puesta a disposición podrá alterar el régimen general de la contratación temporal, (STS 4-2-1999, A. 1594). Las ETT no podrán suscribir contratos para la formación (cfr 315) con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias (art. 10.2 LETT). El contrato de trabajo con la ETT puede también tener como objeto la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos suscritos con empresas diferentes, pero todos ellos han de responder a supuestos de contratación temporal eventual (art. 10 LETT, redacción Ley 12/2001).

No sólo hay una enumeración positiva de los supuestos posibles de contratación (ya de por sí capaces de acoger la práctica totalidad de las reales necesidades temporales de más trabajadores que una empresa pueda tener) sino otra enumeración de carácter negativo. En cinco supuestos las ETT no podrán celebrar contratos de puesta a disposición: a) para sustituir huelguistas de la usuaria; b) para realizar trabajos de especial peligrosidad (trabajos en obras de construcción; en minería a cielo abierto; en industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre y en plataformas marinas; en industrias de fabricación, manipulación y utilización de explosivos; en trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes y a agentes cancerígenos o tóxicos y a agentes biológicos; en trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión (arts. 8, b, LETT y 8 del RD 216/1999); c) cuando en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretendan cubrir por las causas de los artículos 56 (despido improcedente), 50 (extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento empresarial), 51 (despido colectivo; excepto fuerza mayor) y 52. c (amortización de puestos de trabajo en el despido objetivo) LET; d) para cubrir puestos de trabajo en los que la usuaria haya utilizado trabajadores de ETT durante un tiempo, continuo o discontinuo, superior a doce meses en un periodo de referencia de dieciocho meses; finalmente, e), para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal (art. 8 LETT).

El contrato de puesta a disposición será el marco, el límite, dentro del que se mueva la cesión de personal (una o varias, diaria o intermitente). Sin contrato de puesta a disposición no hay cesión legítima de trabajadores, de tal suerte que incluso si llegado a su término continúa el trabajador cedido en la empresa usuaria, la relación laboral se convertirá en indefinida con tal empresario (art. 7.2 LETT).

*C) Régimen jurídico de las relaciones del trabajador con la empresa de trabajo temporal y con la usuaria.* La posición jurídica del trabajador contratado para ser cedido se nutre de expresos derechos y expresas obligaciones regulados en la LETT (en todo lo no dispuesto en ella se aplica la legislación

laboral y de Seguridad Social, disposición adicional primera LETT; el trabajador debe gozar de una protección adecuada en sus derechos colectivos, en sus derechos individuales y en sus derechos de Seguridad Social, arts. 11 y 12 Convenio OIT nº 181). La ETT puede contratar al trabajador, siempre por escrito, de forma indefinida o temporal con duración coincidente con la del contrato de puesta a disposición (arts. 7.1, 10.1 LETT y, de ser temporal, siempre con las formas y límites del art. 15 LET). El contrato será por escrito y, en el plazo de diez días, se comunicará a la oficina pública de empleo (art. 10.0 LETT); el trabajador contratado temporalmente por la ETT extinguirá su contrato al término de la eventualidad pactada (STS 22-10-1999, A. 7833). Cuando se extinga un contrato por tiempo determinado tendrá el trabajador derecho a una indemnización calculada proporcionalmente al tiempo trabajado y sobre doce días de salario por año de servicio (art. 11.2 LETT; esta normativa específica impide que el trabajador, al término del contrato, tenga derecho además a la indemnización regulada en el art. 49. c, LET).

La más sobresaliente novedad de la reforma de la Ley 29/1999, tuvo que ver con la remuneración del trabajador cedido a la empresa usuaria. Inicialmente, en la Ley 14/1994, el trabajador era retribuido conforme a la estructura salarial establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal<sup>4</sup>. Hoy, sin embargo, el artículo 11.1 LETT dispone que el trabajador cedido, durante la duración del contrato de puesta a disposición, percibirá, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de tra-

<sup>4</sup> La negociación colectiva sectorial que regula las relaciones de trabajo entre las ETT y su personal tiene ya rodaje y aparece consolidada, pues desde el primer convenio colectivo (BOE 21-4-1995) se han firmado dos más: el segundo convenio (BOE 10-2-1997) y el tercer convenio que durará hasta el 31-12-2002 (BOE 10-11-2000). Estos convenios han ido paulatinamente estableciendo una regulación de mínimos principalmente referida a las modalidades de contratación laboral ya para el denominado personal de estructura o interno de la ETT (con contrato indefinido o con una de las modalidades temporales) ya para el personal de puesta a disposición (indefinido o temporal, «coincidente en este caso con la causa y duración del contrato de puesta a disposición suscrito entre la ETT y la empresa usuaria»); a la prohibición de celebrar contratos en formación con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias; regula, además, el período de prueba; la clasificación profesional (una estructura moderna de niveles profesionales); movilidad y modificación de condiciones de trabajo; régimen salarial tanto del personal interno o de estructura como la del personal de puesta a disposición que «tendrá derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio colectivo aplicable a la misma»; tiempo de trabajo; prevención riesgos y pactos sobre empleo. Ha de tenerse en cuenta, además, una nutrida negociación colectiva que en los convenios de las empresas usuarias ponen trabas y cortapisas a la contratación de mano de obra a través de la ETT.

puesta a disposición podrá alterar el régimen general de la contratación temporal, (STS 4-2-1999, A. 1594). Las ETT no podrán suscribir contratos para la formación (cfr 315) con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de las empresas usuarias (art. 10.2 LETT). El contrato de trabajo con la ETT puede también tener como objeto la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos suscritos con empresas diferentes, pero todos ellos han de responder a supuestos de contratación temporal eventual (art. 10 LETT, redacción Ley 12/2001).

No sólo hay una enumeración positiva de los supuestos posibles de contratación (ya de por sí capaces de acoger la práctica totalidad de las reales necesidades temporales de más trabajadores que una empresa pueda tener) sino otra enumeración de carácter negativo. En cinco supuestos las ETT no podrán celebrar contratos de puesta a disposición: a) para sustituir huelguistas de la usuaria; b) para realizar trabajos de especial peligrosidad (trabajos en obras de construcción; en minería a cielo abierto; en industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre y en plataformas marinas; en industrias de fabricación, manipulación y utilización de explosivos; en trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes y a agentes cancerígenos o tóxicos y a agentes biológicos; en trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión (arts. 8, b, LETT y 8 del RD 216/1999); c) cuando en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretendan cubrir por las causas de los artículos 56 (despido improcedente), 50 (extinción por voluntad del trabajador fundada en incumplimiento empresarial), 51 (despido colectivo; excepto fuerza mayor) y 52. c (amortización de puestos de trabajo en el despido objetivo) LET; d) para cubrir puestos de trabajo en los que la usuaria haya utilizado trabajadores de ETT durante un tiempo, continuo o discontinuo, superior a doce meses en un periodo de referencia de dieciocho meses; finalmente, e), para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal (art. 8 LETT).

El contrato de puesta a disposición será el marco, el límite, dentro del que se mueva la cesión de personal (una o varias, diaria o intermitente). Sin contrato de puesta a disposición no hay cesión legítima de trabajadores, de tal suerte que incluso si llegado a su término continúa el trabajador cedido en la empresa usuaria, la relación laboral se convertirá en indefinida con tal empresario (art. 7.2 LETT).

*C) Régimen jurídico de las relaciones del trabajador con la empresa de trabajo temporal y con la usuaria.* La posición jurídica del trabajador contratado para ser cedido se nutre de expresos derechos y expresas obligaciones regulados en la LETT (en todo lo no dispuesto en ella se aplica la legislación

laboral y de Seguridad Social, disposición adicional primera LETT; el trabajador debe gozar de una protección adecuada en sus derechos colectivos, en sus derechos individuales y en sus derechos de Seguridad Social, arts. 11 y 12 Convenio OIT nº 181). La ETT puede contratar al trabajador, siempre por escrito, de forma indefinida o temporal con duración coincidente con la del contrato de puesta a disposición (arts. 7.1, 10.1 LETT y, de ser temporal, siempre con las formas y límites del art. 15 LET). El contrato será por escrito y, en el plazo de diez días, se comunicará a la oficina pública de empleo (art. 10.0 LETT); el trabajador contratado temporalmente por la ETT extinguirá su contrato al término de la eventualidad pactada (STS 22-10-1999, A. 7833). Cuando se extinga un contrato por tiempo determinado tendrá el trabajador derecho a una indemnización calculada proporcionalmente al tiempo trabajado y sobre doce días de salario por año de servicio (art. 11.2 LETT; esta normativa específica impide que el trabajador, al término del contrato, tenga derecho además a la indemnización regulada en el art. 49. c, LET).

La más sobresaliente novedad de la reforma de la Ley 29/1999, tuvo que ver con la remuneración del trabajador cedido a la empresa usuaria. Inicialmente, en la Ley 14/1994, el trabajador era retribuido conforme a la estructura salarial establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa de trabajo temporal<sup>4</sup>. Hoy, sin embargo, el artículo 11.1 LETT dispone que el trabajador cedido, durante la duración del contrato de puesta a disposición, percibirá, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de tra-

<sup>4</sup> La negociación colectiva sectorial que regula las relaciones de trabajo entre las ETT y su personal tiene ya rodaje y aparece consolidada, pues desde el primer convenio colectivo (BOE 21-4-1995) se han firmado dos más: el segundo convenio (BOE 10-2-1997) y el tercer convenio que durará hasta el 31-12-2002 (BOE 10-11-2000). Estos convenios han ido paulatinamente estableciendo una regulación de mínimos principalmente referida a las modalidades de contratación laboral ya para el denominado personal de estructura o interno de la ETT (con contrato indefinido o con una de las modalidades temporales) ya para el personal de puesta a disposición (indefinido o temporal, «coincidente en este caso con la causa y duración del contrato de puesta a disposición suscrito entre la ETT y la empresa usuaria»); a la prohibición de celebrar contratos en formación con trabajadores contratados para ser puestos a disposición de empresas usuarias; regula, además, el período de prueba; la clasificación profesional (una estructura moderna de niveles profesionales); movilidad y modificación de condiciones de trabajo; régimen salarial tanto del personal interno o de estructura como la del personal de puesta a disposición que «tendrá derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en la empresa usuaria, según el Convenio colectivo aplicable a la misma»; tiempo de trabajo; prevención riesgos y pactos sobre empleo. Ha de tenerse en cuenta, además, una nutrida negociación colectiva que en los convenios de las empresas usuarias ponen trabas y cortapisas a la contratación de mano de obra externa de la ETT.

bajo a desarrollar en el convenio aplicable a la empresa usuaria, con el debido prorrateo de las partes proporcionales correspondientes a las retribuciones de los periodos de descanso y de las percepciones de devengo superior al mes. El salario a percibir deberá constar en el contrato de puesta a disposición y, sin duda, en el de trabajo.

La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, añade a la Ley 14/1994 un nuevo capítulo, el VI, titulado actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal que, en síntesis, contiene la siguiente regulación: la ETT validamente constituida en su país de origen podrá temporalmente desplazar trabajadores para su puesta a disposición de empresas usuarias que ejerzan su actividad en España. La ETT deberá garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo comunes para todo trabajador en tal circunstancia (cfr 392). El contrato de puesta a disposición ha de ser en esta caso también por escrito y hacerlo para los supuestos legalmente autorizados. En iguales circunstancias y obligaciones se encontrará la ETT española que desplace trabajadores a los demás estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo.

Como son dos los empresarios que tendrá el trabajador de la empresa temporal, dos son los poderes de dirección que sobre el mismo gravitan. El de la empresa usuaria se desplegará para determinar la actividad laboral del trabajador y para controlar su resultado (arts. 6.1 y 15.1 LETT); el límite de su poder de dirección será el propio contrato de puesta a disposición. Sin embargo, al empresario de la empresa temporal le queda una importante manifestación del poder de dirección, las facultades disciplinarias. La empresa usuaria, caso de incumplimiento del trabajador, tiene un derecho de denuncia ante la ETT, pero la sanción la impone esta última (art. 15.2 LETT); la ETT tiene el poder exclusivo del uso de las facultades sancionadoras, incluidas obviamente la de despedir.

El trabajador en la empresa usuaria tendrá derecho a utilizar el transporte y las instalaciones colectivas de la empresa usuaria y, en su caso, a presentar reclamaciones a través de los representantes de los trabajadores de la usuaria. Estos representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tendrán atribuida la representación de los trabajadores de la Empresa de trabajo temporal en todo lo que atañe a las condiciones de trabajo en la empresa usuaria (art. 17.1 y 2 LETT) y, además, los trabajadores de la ETT deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud laboral que los trabajadores de la empresa usuaria y podrán dirigirse a los trabajadores designados o servicios de prevención establecidos en igualdad de condiciones que

los demás trabajadores de la usuaria (arts. 28.1 LPRL y 6 RD 216/1999). Los trabajadores de la ETT, por último, no vendrán obligados a abonar a esta ninguna cantidad a título de gastos de selección, formación o contratación (art. 12.4 LETT).

*D) Controles y responsabilidades.* La Administración Laboral se reserva en materia de ETT una serie de controles y exigencias: la identificación a través del número de autorización de la ETT (art. 9.2 LETT); la remisión a la autoridad laboral de los contratos de puesta a disposición (arts. 5.1 LETT y 16 RD 4/1995); la información a la propia autoridad sobre los cambios de titularidad, apertura de nuevos centros de trabajo y cese de la actividad (arts. 5.2 LETT y 16.2 RD 4/1995) y, desde luego, la potestad sancionadora para perseguir y castigar las infracciones tipificadas en los artículos 18 y 19 LISOS.

Tampoco la construcción normativa desliga a la empresa usuaria de las posibles vicisitudes de esta triangular relación: a) la empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (art. 16.3 LETT; la responsabilidad será solidaria si el contrato se hubiera realizado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 LETT); b) la empresa usuaria es responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección del trabajador cedido en materia de seguridad y salud laboral y, en su caso, responde con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social (arts. 16.2 LETT, 28.5 LPRL y 5 del RD 216/1999; siempre la ETT será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud de los trabajadores cedidos, art. 6 RD 216/1999); c) la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores de los contratos de puesta a disposición que suscriban así como entregarles copia básica del contrato de trabajo que le facilitará la ETT (art. 9 LETT).

**289. Cesión ilegal de trabajadores.**—La cesión temporal de trabajadores que no se haga a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas es ilegal (art. 43.1 LET). En efecto, al aprobar la regulación de las empresas de trabajo temporal (LETT) y derogar el anterior art. 43 ET, quedaba sólo esta declaración de cierre: son ilegales todas las cesiones temporales de trabajadores que no se realicen a través de empresas de trabajo temporal. De este modo, ha de calificarse de cesión ilegal la conducta de quien, asumiendo nominalmente el nombre de empresario, traslade el personal a otro que, en realidad, ostente la titularidad de la explotación u organización en cuyo ámbito de dirección presten servicios retribuidos los trabajadores (STS

3-2-2000, A. 1600). En la cesión ilegal una empresa se limita a suministrar a otros trabajadores; la relación entre las dos empresas se agota en la mera cesión de mano de obra (STS 14-9-2001, A. 582 del 2002). Igualmente habrán de reputarse cesiones ilegales de trabajadores los supuestos de infracciones a los tipos de contrato de puesta a disposición y a los casos excluidos de tales contratos (arts. 6.2 y 8 LETT). Las cesiones ilegales de trabajadores tienen un consecuente régimen jurídico de responsabilidades aplicables a estas situaciones anómalas (art. 43.2 y 3 LET).

La actividad de cesión ilegal da lugar a las siguientes responsabilidades: entre el empresario ficticio (cedente) y el real (cesionario o receptor de los servicios) se establece una responsabilidad solidaria «de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social» (art. 43.2 LET). Puede incurrirse en otras responsabilidades, penales (art. 311 Código penal) y administrativas (art. 96.2 LET). El artículo 43.3 LET otorga a los trabajadores objeto de este tráfico ilegal de mano de obra una protección mayor que la propia responsabilidad solidaria al establecer que «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria. En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador del mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal». Este derecho de elección de los trabajadores cedidos podrán ejercerlo durante el tiempo que dure la cesión (STS 11-9-1986, Ar. 4953); esto es, para que pueda ejercitarse la opción se requiere que la relación laboral mantenida con el cesionario se encuentre en vigor (STSJ Madrid, 17-5-1993, A. 2599). En cualquier caso, el artículo 43.3 LET que reconoce un derecho de opción al trabajador sujeto de una cesión ilegal actúa sólo cuando se está en presencia de dos empresas de entidad real, en este caso las condiciones de trabajo (salariales, de jornada, etc) de la cesionaria se aplicarán sólo a partir del momento de la opción, salvo la antigüedad que se computará desde el inicio de la cesión ilegal. Sin embargo, cuando el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento, todas las condiciones de trabajo (y no sólo la antigüedad) de la cesionaria se aplican al trabajador desde el momento mismo en que se inició la cesión fraudulenta (SSTS 17-1-1991, A. 58 y 21-3-1997, A. 2612).

## BIBLIOGRAFÍA (capítulos XV y XVI)

- AA.VV.: Autoridad y democracia en la empresa, Trotta, Madrid, 1992.  
 AA.VV.: Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación laboral. *Revista* número monográfico, 1993, núm. 3-4.

- AA.VV. La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral (coordina J. Cruz Villalón) Aranzadi ; Pamplona, 1997.  
 AA.VV. Número monográfico (un año de vigencia de la Ley 8/2000, de Extranjería) *TrS.* 2002, núm. 133.  
 ALBIOL MONTESINOS, I.: «Las empresas de trabajo temporal», *TS*, 1994, número 43.  
 ALONSO OLEA, M.: «Trabajo en común y contrato en grupo», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, (Edersa), 1985 t. III.  
 —«Jurisprudencia sobre responsabilidad civil del empresario ante terceros por actos del trabajador», *REDT*, 1980, núm. 3; 1984, núm. 17, 1987, núm. 29.  
 ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público», *DA*, 1987, núms. 210 y 211.  
 —La contratación laboral del profesorado en la Ley orgánica de Universidades, Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, 2002.  
 ARGÜELLES BLANCO, A. R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.  
 BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: *El trabajo de los extranjeros comunitarios en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.  
 BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador» en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid, (Univ. Complutense), 1980.  
 BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Comares, Granada, 2002.  
 BORRAJO DACRUZ, E.: «Los empresarios indirectos», *DL*, 1982, núm.2.  
 —«La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo», *DL*, 1983, núm. 7.  
 CABEZA PEREIRO, J.: «Las empresas de trabajo temporal tras la reforma de 1999», *AL*, 2001 núm. 13.  
 —«El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *REDT*, 2001, núm. 104.  
 CALVO GALLEGO, F. J.: *Contrato de trabajo y libertad ideológica (Derechos fundamentales y organizaciones de tendencias)*, CES, Madrid, 1995.  
 CAMPS RUIZ, L. M.: «Problemas laborales de las fusiones de sociedades», en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Homenaje al Profesor Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.  
 —«El concepto laboral de empresario» en AA.VV. *Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1990.

- Las empresas de trabajo temporal, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- CASTRO ARGÜELLES, M<sup>a</sup>. A.: «Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal», DL, 1994, núm. 44.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», en RL, 1998, núm. 11
- «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio», en RL, 2002, núm. 23-24
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: «El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas ante la anulación del proceso de selección» en AL (I y II), 2002, núm. 3 y 4.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «La responsabilidad de las partes en la cesión fraudulenta de la empresa y las relaciones entre jurisdicción penal y laboral», REDT, 1980, núm. 2.
- «Inviolabilidad de la persona del trabajador», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, EDERSA, Madrid, 1983, tomo IV.
- El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario, MTSS, Madrid, 1987.
- «Las empresas de trabajo temporal», RT, 1983, núm. 69.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo, ed. Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Sobre la situación laboral de los profesores integrantes de una orquesta», RL, 1987, núm. 17.
- «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional» en AA.VV. Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), Marcial Pons, Madrid, 1992.
- GALLIANA MORENO, J. L. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por las comunidades de bienes y sociedades irregulares», RL, 1986, t. II.
- GARATE CASTRO, F. J.: «Trabajadores amistosos, benévolos o de buena vecindad», RPS, 1981, núm. 131.
- «Trabajos familiares (Algunas consideraciones jurisprudenciales para un estudio)», RPS, 1981, núm. 132.
- GARCÍA BECEDAS, G.: «Dos casos sobre interposición en el contrato de trabajo», RT, 1984, núm. 74.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (I y II)» AL, 1996, núms. 1 y 2.
- GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», RPS, 1981, núm. 130.

- «Las nuevas normas sobre colocación y cesión de trabajadores. Una primera aproximación a la Ley 10/1994 y normas concordantes», TL, 1994, núm. 31.
- GARCÍA-PERROTE, I.: «La naturaleza laboral de la relación de los notarios y sus empleados. La nueva y positiva jurisprudencia del Tribunal Supremo», RT, 1986, núm. 82.
- «La cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español: tipos de cesiones ilícitas. Empresas de Trabajo Temporal», Cuadernos de Derecho Judicial, 1994.
- GOERLICH PESET, J. M.: La relación de trabajo de los empleados de Notarías, Edersa, Madrid, 1987.
- GONI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988.
- IZQUIERDO H. y MOLINA GARCIA, M.: La laboralización de los funcionarios públicas, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996
- MARÍN CORREA, J. M.: «La comunidad de bienes como empresario. Legitimación pasiva y responsabilidad de los copropietarios». AL, 1992, núm. 34.
- MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador», RL, 1989, núm. 19.
- MARTÍN PUEBLA, E.: «Trabajadores al servicio de la Administración, la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública», RL, 1990, núm. 1.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios» y «Cesión de trabajadores», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, t. VIII, Edersa, Madrid, 1982.
- La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho en Cuadernos de Derecho judicial, dedicado a Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas, CGPJ, Madrid, 1997.
- «Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería» en TrS. 2001, núm. 126.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.: «Análisis jurídico-laboral de los grupos de empresa», REDT, 1993, núm. 62.
- MARTÍNEZ GIRON, J.: La contratación laboral de servicios profesionales, Universidad, Santiago de Compostela, 1988.
- El empresario aparente, Civitas, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: Decisiones empresariales y principio de igualdad, Cedecs, Barcelona, 1998

- MELLA MENDEZ, L.: «El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo» en Tr.S, 2003, núm 145
- MIÑAMBRES PUIG, C.: El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción, MT, Madrid, 1985.
- La estabilidad de funcionarios y trabajadores, CES, Madrid, 2001.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (I y II)», RL, 1987, núms 7 y 8.
- «Aspectos laborales de los grupos de empresas», REDT, 1985, núm. 21.
- «Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades», RL, 1986, t. II.
- Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 1997.
- MOLINA GARCÍA, M.: El contrato de trabajo en el sector público, Comares, Granada, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, C.: Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades, Colegio de España, Bolonia, 1995.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L.: La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal, La Ley, Madrid, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario, IEP, Madrid, 1965.
- Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», REDT, 1998, núm.91
- «El poder de dirección del empresario» REDT, 2000, núm. 100.
- MORENO GENE, J.: Los grupos de empresas públicas. Identificación del empresario responsable, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- MORENO DE TORO, C.: Responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados, CES, Madrid, 1999.
- MOYA ESCUDERO, M.: «La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado Español», REDT, 1982, núm. 10.
- MURILLO MARINAS, J.: «Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral», RTSS, 1991, nº 1.
- ORTIZ LALLANA, M. C.: «Los grupos de empresa: determinación del empresario responsable», AL, 1985, núms. 39 y 40.
- Prestación Laboral de los Socios en las Cooperativas de Trabajo Asociado, Boch, Barcelona, 1989.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes», REDT, 1980, núm.2.
- «Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español», RT, 1984, núm. 74.

- Empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores en AA.VV. Reforma de la legislación laboral, ed. Junta de Andalucía, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997
- PEDRAJAS MORENO, A.: «Consejeros delegados de empresas societarias y agentes comerciales independientes: dos problemáticos supuestos de exclusión de laboralidad» AL, núm. 23.
- «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores, AL, 1995, núm. 21.
- PÉREZ AMOROS, F.: «El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo español (su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo)», RPS, 1982, núm. 133.
- PÉREZ PÉREZ, M.: «El sindicato empleador», AL, 1994, núm. 41.
- PÉREZ DEL RIO, T.: El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, IELSS, Madrid, 1984.
- PÉREZ YANEZ, R.: «El reparto de poderes empresariales entre empresas de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión», RL, 1998, núm. 1
- POLO SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>. C.: Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España, CES, Madrid, 1994.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: El trabajo de los extranjeros en España, Madrid, Tecnos, 1989.
- Derechos de los trabajadores extranjeros, REDT, 1997, núm. 86.
- «Trabajadores extranjeros e integración social», TL, 2000, núm. 54.
- REY GUANTER, S. del: «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general», RL, 1995, núm. 3.
- REY GUANTER, S. del y LUQUE PARRA, M.: «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», RL 1999, núm. 20
- RIVERO LAMAS, J.: Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, Universidad, Zaragoza, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Interposición y trabajo en contratas a través de la jurisprudencia» en AA.VV., Estudios de Derecho del Trabajo (homenaje al Prof. B. Chacón), Madrid, Tecnos, 1980.
- «No discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV., Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, Edersa, Madrid, 1983, tomo IV.
- El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores», RL, 1996, núm 5.
- Igualdad de oportunidad y prioridad de la mujer a los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE, RL, 1997, núm. 24

- «La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional», RL, 1998, núm. 22
- «El acceso al mercado de trabajo de los extranjeros no comunitarios», RL, 2000, núm. 22
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M<sup>a</sup>. F.: Igualdad y discriminación, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal, MTSS, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M<sup>a</sup>. J.: La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROJAS RIVERO, G. P.: La libertad de expresión, TROTTA, Madrid, 1990.
- ROJO TORRECILLA, E. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.: Las empresas de trabajo asociado, MTSS, Madrid, 1988.
- ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup>. D.: Poder de dirección y contrato de trabajo, Graphus, Valladolid, 1992.
- SÁEZ LARA, C.: Mujeres y mercado de trabajo, CES, Madrid, 1994.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal», en AA.VV., Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García, AEDTSS y Marcial Pons, Madrid, 1995.
- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ, J. M.: «El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del art. 1,5 del ET)», AL., 1985, núm. 33
- SALA FRANCO, T.: La empresa de trabajo temporal, en AA.VV., Protección penal de los derechos de los trabajadores, Santiago de Compostela. (Universidad), 1985.
- «Las relaciones laborales en Las Administraciones Públicas» AL, 2000, núm. 32
- SANTAGO REDONDO, K. M., Socio de cooperativa y relación laboral, *Ibidem.* Madrid, 1998.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Discriminación y trabajo femenino en la minería», RL, 1987, núm. 3.
- SERRANO OLIVARES, R.: «El elemento locativo en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios» RL, 2000, núm. 18
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo, Madrid. (IEP), 1967.
- «Capacidad para contratar. En torno al artículo 7», REDT, 2000, núm. 100
- THIBAUT ARANDA, J.: El teletrabajo, CES, Madrid, 2000.
- VALDES DAL-RE, F.: «Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado», REDT, 1980, núm. 1.
- «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador». RL, 1990, núm.8.

- « Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I y II)», RL, 1995, núms. 6 y 7.
- VALLE, J. M.: «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español», RT, 1988, núm. 89, p. 73.
- VALVERDE ASENSIO, A. J.: La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios, Tirant lo blanch, Valencia, 1997
- VICENTE PACHÉS, F. DE: El derecho del trabajador al respecto de su intimidad, Madrid, CES, 1998
- VILLA GIL, L. E. de la: «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», CCDT, 1972, núm. 4, pp. 1 a 88.
- «Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos», RT, 1984, núm. 74.