
Ingreso en la empresa

Contratación laboral

PID_00280285

Miquel Àngel Purcalla Bonilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 6 horas



**Miquel Àngel Purcalla Bonilla**

Magistrado-Juez de lo Social. Profesor titular de universidad (en excedencia voluntaria). Doctor en Derecho.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Pilar Ficapal

Segunda edición: marzo 2021
© de esta edición, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Autoría: Miquel Àngel Purcalla Bonilla
Producción: FUOC
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. La capacidad para contratar laboralmente.....	7
1.1. Firma del contrato por un menor de 18 años	7
1.2. Ciudadanos comunitarios o de los países del espacio económico europeo	8
1.3. Ciudadanos extracomunitarios	16
2. El periodo de prueba en los contratos.....	18
3. Aspectos prácticos de forma sobre el contrato de trabajo.....	21
4. Los contratos indefinidos iniciales: ordinarios, incentivados y fijo discontinuo.....	23
5. Los contratos temporales estructurales: obra o servicio, eventual por circunstancias de la producción, interinidad...	27
5.1. Obra o servicio	27
5.2. Contrato eventual por circunstancias de la producción	28
5.3. Interinidad	30
6. Los contratos formativos.....	32
6.1. Contrato para la formación y el aprendizaje	32
6.2. Contrato en prácticas	34
7. Los contratos de transición para la edad madura: relevo y jubilación parcial.....	37
8. Otros contratos temporales.....	42
9. Los contratos a tiempo parcial.....	44
10. Los contratos con discapacitados.....	47
10.1. Contrato indefinido para trabajadores minusválidos, a tiempo completo o parcial	47
10.2. Contratación indefinida para personas procedentes de enclaves laborales	47
10.3. Contratación temporal con discapacitados	48

11. Contratos con altos directivos.....	49
11.1. Delimitación	49
11.2. Características	51
11.3. Derechos y obligaciones	53
11.4. Condiciones de trabajo	54
11.5. Promoción profesional a alto directivo	57
11.6. Extinción del contrato	58
11.6.1. Extinción sin causa por voluntad del alto cargo	58
11.6.2. Extinción causal por voluntad del alto cargo	58
11.6.3. Extinción del contrato por desistimiento del empresario	59
11.6.4. Despido disciplinario del alto directivo	60
11.6.5. Por aplicación de la Ley concursal	61
11.6.6. Esquema resumen e indemnizaciones legales por extinción de contrato de alto directivo	61
12. Pactos específicos para altos directivos.....	63
12.1. Retribuciones. Cláusulas de blindaje	63
12.1.1. <i>Stock options</i>	63
12.1.2. Cláusulas de blindaje	64
12.2. Pacto de dedicación exclusiva	67
12.3. Pacto de no concurrencia	68
12.4. Pacto de permanencia	70
13. Seguridad Social del alto directivo.....	71
13.1. Encuadramiento	71
13.2. Cotización	72

Introducción

Este módulo pretende facilitar las herramientas teóricas y prácticas precisas para comprender los aspectos clave de la contratación laboral. Se presentan, así, los factores ligados a la fase inicial del contrato (modalidades, periodo de prueba, etc.). Las múltiples reformas laborales acaecidas desde la aparición del Estatuto de los Trabajadores en 1980 han motivado la necesidad de recoger, en este material, todos los elementos referidos plenamente actualizados a octubre de 2020, en formato de esquemas o cuadros que resulten de utilidad para el gestor de recursos humanos en las organizaciones.

El módulo también pretende dar a conocer las principales claves de la relación laboral especial del alto directivo. Partiendo del necesario acotamiento o la delimitación de la figura del alto directivo, se procede al análisis de sus condiciones de trabajo y, en especial, de las situaciones de pactos contractuales específicos (no concurrencia postcontractual, dedicación exclusiva, permanencia) y de extinción de la relación laboral (vías, causas y efectos concretos). Se cierra el módulo con unas breves ideas sobre el encuadramiento del alto directivo en el sistema de la Seguridad Social y la cotización a dicho sistema.

Objetivos

1. Identificar, analizar y valorar los contenidos jurídicos esenciales del contrato de trabajo.
2. Obtener formación jurídica sobre la materia para su aplicación práctica a la gestión de recursos humanos.
3. Disponer de una webgrafía de refuerzo y consulta para los temas abordados.
4. Conocer las principales características de la relación laboral del alto directivo y los principales tipos de pactos propios de este tipo de relación laboral especial.
5. Comprender los derechos y deberes laborales y las condiciones de trabajo del alto directivo.
6. Entender las vías y consecuencias de la promoción profesional del alto directivo.
7. Entender las fórmulas de extinción del contrato y sus efectos.
8. Conocer los principales tipos de pactos propios de la relación laboral especial de alto directivo.

1. La capacidad para contratar laboralmente

1) Empresario

Puede ser empresario cualquier persona física que haya cumplido 18 años y con capacidad plena de obrar, que contrate a un trabajador. Los menores de 18 y mayores de 16 solo podrán contratar si se encuentran independizados de sus padres (emancipación por matrimonio o por concesión judicial, por ejemplo, de acuerdo con las reglas del Código civil –arts. 320 a 323–) y cuentan con la autorización de sus tutores (aquellos que los representan hasta que ostenten la mayoría de edad).

2) Trabajador

Personas mayores de 16 años, que no se hayan visto privadas de su capacidad de obrar (incapacidad) por medio de una sentencia judicial o una resolución administrativa de la Seguridad Social (incapacidad permanente). En el caso de los menores de 16 años y previa autorización de los padres o tutores y del organismo competente, se les permite participar en espectáculos públicos siempre y cuando su intervención no suponga un peligro para su integridad física y psicológica y se obtenga autorización expresa y por escrito (arts. 6 y 7 ET).

Los menores de 18 años no pueden trabajar en horario nocturno (cuando al menos tres horas de la jornada diaria de trabajo, o una tercera parte de esta en cómputo anual, se desarrollan entre las 22.00 y las 06.00 horas –art. 36.1 ET–), ni realizar horas extraordinarias (art. 6.3 ET). También tienen prohibido, por razones de salud y seguridad en el trabajo, la realización de determinados trabajos peligrosos (Decreto de 26 de julio de 1957, aún vigente, y artículo 27 de la ley de prevención de riesgos laborales).

1.1. Firma del contrato por un menor de 18 años

Si convive con los padres o tutores, firma de estos, con indicación en el contrato, junto a lo habitual (duración, jornada, salario, aunque sea por una somera remisión al convenio colectivo de aplicación) de los riesgos laborales del puesto de trabajo.

La ausencia de autorización implica anulabilidad del contrato celebrado con el menor (art. 9.1 ET). No obstante, en supuesto de declarar la nulidad el trabajador tendrá derecho a percibir la retribución y demás derechos derivados del contrato de trabajo (art. 9.2 ET).

1.2. Ciudadanos comunitarios o de los países del espacio económico europeo

Constituyen el espacio económico europeo (EEE) los países asociados con la Unión Europea que no pertenecen a esta (Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza).

Existe **igualdad de trato** con los españoles para el acceso al empleo.

La Directiva 2004/38¹ se ocupa de la cuestión, junto con el RD 240/2007, de 16 de febrero (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd240-2007.html). Resulta de interés, también, la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, para la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados –Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo– (<http://www.meh.es/Documentacion/Boletines/2012/31054.pdf>).

⁽¹⁾http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Directiva_2004_38_CE

La Directiva 2004/38/CE regula los siguientes aspectos:

- El derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro.
- El derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia.
- El derecho de residencia permanente.
- Las limitaciones a los derechos de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Tal y como señala la Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2011, en el asunto C-434/09, la residencia a la que se refiere dicha directiva está ligada al ejercicio de la libertad de circulación de las personas, por lo que no se aplica a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, y que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee ni, por tanto, a sus familiares.

Esta Directiva, que se ha traspuesto a la legislación española mediante la publicación del RD 240/2007 (modificado en varias ocasiones), resulta de aplicación a los nacionales de los siguientes países:

- Países de la UE: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Finlandia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido (hasta el 31-12-2020, de momento), República Checa, Rumanía y Suecia.

La retirada del Reino Unido de la UE afecta a los ciudadanos españoles y de la UE que tengan vínculos de residencia, laborales o familiares, con el Reino Unido, así como a cuyos ciudadanos nacionales que residan en España.

Las negociaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido finalizaron con el Acuerdo de Retirada, que finalmente fue aprobado por el Parlamento británico el 20 de diciembre de 2019.

El Acuerdo de Retirada, que entró en vigor el 1 de febrero de 2020, supone que el Reino Unido deja de formar parte de las instituciones comunitarias, aunque, durante un periodo transitorio que durará hasta el 31 de diciembre de 2020, le será de aplicación el derecho de la Unión Europea, así como la normativa de ciudadanos de la UE.

Para más información, podéis consultar los siguientes enlaces:

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/2018-11-26_qa_citizens_rights_es_1.pdf

<http://www.mites.gob.es/es/brexit/index.htm>

<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/consecuencias-laborales-del-brexit.pdf>

https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/espana-aprueba-medidas-de-contingencia-laborales-ante-el-brexit

<https://www.iberley.es/revista/brexit-no-europa-consecuencias-empresas-espanolas-404>

- Países de la AELC: países de la UE y países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio formada por Islandia, Liechtenstein y Noruega.
- Suiza (tratado bilateral).

Además, se aplicará el régimen comunitario, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de españoles y de nacionales de la Unión Europea, de los Estados parte en el Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza, siempre que se encuentren incluidos en alguno de los siguientes grados de parentesco:

- Cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio. Se incluyen los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo.
- Pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser su-

ficientemente acreditado. Esta situación es incompatible con la de matrimonio.

- Descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de 21 años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.
- Ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho.

La **permanencia en España** por un periodo inferior a tres meses de los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o del EEE no exige más requisitos que poseer un documento de identidad o pasaporte en vigor. Esto se aplica igualmente a los familiares de los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el AEEE, que no sean nacionales de uno de estos Estados, y acompañen al ciudadano de uno de estos Estados o se reúnan con él, que estén en posesión de un pasaporte válido y en vigor. En estos casos, es preciso además el correspondiente visado solo a efectos de entrada.

Se encuentra en **situación de residencia** todo ciudadano de la Unión que permanezca en España por un periodo superior a tres meses e inferior a cinco años. El art. 7 de la Directiva 2004/38 condiciona el derecho a la residencia en un Estado miembro de la UE, del EEE o de Suiza a una finalidad concreta (trabajo, residencia que no suponga una carga para el Estado de acogida, estudios, etc.), lo que también se ha recogido en el art. 7 del RD 240/2007. Además, el ciudadano comunitario está obligado a solicitar **personalmente** ante la oficina de extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros, en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España. Le será expedido de manera inmediata un certificado de registro, previa comprobación de los requisitos correspondientes:

- pasaporte o DNI válido,
- declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo –trabajo por cuenta ajena–,
- inscripción en el Censo de Actividades Económicas o la justificación de su establecimiento mediante la inscripción en el Registro Mercantil –trabajo por cuenta propia–,

- seguro de enfermedad contratado y recursos disponibles –personas que no ejerzan una actividad laboral–,
- matrícula –estudiantes–, en la que constará: nombre, nacionalidad, domicilio de la persona registrada, número de identidad de extranjero y fecha de registro.

Si la solicitud de inscripción no reuniese los requisitos necesarios para su tramitación, se requerirá al interesado para que en el plazo de diez días subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución motivada, que no agota la vía administrativa y que podrá ser objeto de recurso de alzada. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción leve a la seguridad ciudadana y conlleva la aplicación de una multa idéntica a la establecida para los ciudadanos españoles en relación con el DNI, consistente en una horquilla de 100 a 600 euros (arts. 37 y 39 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo).

Excepcionalmente, las autoridades competentes en la tramitación y resolución de los certificados de registro podrán adoptar las siguientes medidas:

- recabar información sobre posibles antecedentes penales del interesado (en el país de origen u otros estados) y
- exigir al interesado la presentación de certificado médico acreditativo de su estado de salud, cuando así lo aconsejen razones de salud pública.

Se reconoce el **derecho a la residencia** a los miembros de la familia que acompañen a un ciudadano de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el EEE, o va a reunirse con él siempre que cumplan las condiciones establecidas. Este derecho de residencia se reconoce a los miembros de la familia aunque no sean nacionales de un Estado miembro. En este caso, deberán solicitar una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cuyo incumplimiento supone multa de 100 a 600 euros.

La tarjeta tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición o por el periodo previsto de residencia del ciudadano de la Unión si este fuera inferior a cinco años. No obstante, la tarjeta caducará por las ausencias superiores a seis meses en un año, salvo que las ausencias sean debidas al cumplimiento de obligaciones militares o que no se prolonguen más de doce meses consecutivos y sean debidas a motivos de gestación, parto, posparto, enfermedad grave, estudios, formación profesional o traslados por razones de carácter profesional a otro Estado.

Por lo demás, podrán residir permanentemente en España los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un periodo continuado de **cinco años**.

Igualmente, tendrán derecho a la residencia permanente antes de que finalice el periodo de cinco años los trabajadores por cuenta propia o ajena que, en el momento en que cese su actividad, haya alcanzado la edad prevista en la legislación española para acceder a la **jubilación con derecho a pensión** (67 años como regla general, sin perjuicio de las jubilaciones anticipadas), o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de una **jubilación anticipada**, cuando hayan ejercido su actividad en España durante, al menos, los últimos doce meses y hayan residido en España de manera continuada durante más de tres años.

También puede residir de forma permanente el ciudadano de la UE que haya cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de **incapacidad permanente**, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción (no será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español); así como el trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años consecutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en **otro Estado miembro** y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana.

A estos efectos, se considerarán como periodos de empleo:

- los periodos de desempleo involuntario,
- los periodos de suspensión de la actividad por razones ajenas a la voluntad del interesado y
- las ausencias del puesto de trabajo o las bajas por enfermedad o accidente.

El derecho de residencia permanente se pierde por ausencias del territorio español durante **más de dos años consecutivos**.

Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE, elEEE o Suiza y que no sean nacionales de uno de dichos Estados, tendrán derecho a la residencia permanente siempre que hayan residido legalmente en España durante un periodo continuado de cinco años. Los ciudadanos del Reino Unido, hasta el 31-12-2020, conservan su estatus comunitario, pero, tras dicha fecha, está prevista la entrada en juego de las consecuencias del Brexit. La previsión es que la UE y el Reino Unido firmen un Tratado de Cooperación

Bilateral en beneficio de los ciudadanos de la UE y de los del Reino Unido (residencia, trabajo, seguridad social, etc.), al margen del tema estrictamente económico (políticas de la UE) y jurídico (normas de la UE).

Para más información, podéis consultar los siguientes enlaces:

<https://www.pwc.es/es/brexit/brexit-implicaciones-laborales.html>

<http://www.mites.gob.es/es/brexit/index.htm>

<http://www.mites.gob.es/es/brexit/seguridadsocial/index.htm>

Asimismo, tendrán derecho de residencia permanente cuando el familiar ciudadano de un Estado miembro de la UE, el EEE o Suiza haya adquirido para sí el derecho de residencia permanente por hallarse incluido en alguno de los siguientes supuestos:

- El trabajador por cuenta propia o ajena que, en el momento en el que cese su actividad, haya alcanzado la edad prevista en la legislación española para acceder a la jubilación con derecho a pensión, o el trabajador por cuenta ajena que deje de ocupar la actividad remunerada con motivo de una jubilación anticipada, cuando hayan ejercido su actividad en España durante, al menos, los últimos doce meses y hayan residido en España de manera continuada durante más de tres años.
- El trabajador por cuenta propia o ajena que haya cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción. No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español.
- El trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años consecutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español, desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana. A los exclusivos efectos del derecho de residencia, los periodos de actividad ejercidos en otro Estado miembro de la Unión Europea se considerarán cumplidos en España.

Si el titular del derecho a residir en España hubiera fallecido en el curso de su vida activa, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente en España, los miembros de su familia que hubieran residido en España con él tendrán derecho a la residencia permanente siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el titular del derecho a residir en España hubiera residido de manera continuada en el país durante, al menos, dos años.
- Que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- Que el cónyuge superviviente fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido.

El derecho de residencia permanente se perderá por ausencia del territorio español durante más de dos años consecutivos. La tarjeta de residente permanente de ciudadano de la UE se expedirá en el plazo máximo de tres meses contados desde la fecha de la presentación de la solicitud y será renovable automáticamente cada diez años.

Régimen singular tienen los **trabajadores transfronterizos**, que son aquellos que realizan una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio de un Estado miembro y residan en el territorio de otro Estado miembro, al que regresan en principio cada día o al menos una vez por semana. Podrá adquirir la residencia permanente en España el trabajador por cuenta propia o ajena que, después de tres años consecutivos de actividad y de residencia continuadas en territorio español, desempeñe su actividad, por cuenta propia o ajena, en otro Estado miembro y mantenga su residencia en España, regresando al territorio español diariamente o, al menos, una vez por semana.

El 30 de julio de 2020 entró en vigor la Directiva (UE) 2018/957 por la que se reforma la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores transnacionales.

Las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2018/957 pueden sintetizarse en tres puntos:

- 1) Garantizar una remuneración justa, de tal forma que las normas salariales del país de acogida deberán aplicarse a los trabajadores desplazados, incluyendo no solo el salario mínimo, sino también las normas salariales contempladas en normas laborales (Estatuto de los Trabajadores y convenios colectivos).
- 2) Mejorar las condiciones de alojamiento y manutención, que obligatoriamente correrán a cargo del empleador y no podrán descontarse del salario de los trabajadores.

3) Limitar la duración del desplazamiento. La duración máxima del desplazamiento queda fijada en 12 meses, prorrogable por 6 meses más. A partir de ese momento, el trabajador podrá seguir residiendo y trabajando en el Estado miembro en el que esté destinado, pero todas sus condiciones laborales estarán sujetas a las normas del país de acogida.

En el *BOE* del 30 de diciembre de 2020 se ha publicado el Real decreto ley 38/2020, de 29 de diciembre (vigente desde el 1 de enero de 2021), por el que se regulan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020. Tal Real decreto ley diseña las medidas oportunas, fruto del fin del periodo transitorio y del acuerdo comercial alcanzado (diciembre de 2020) entre la UE y el Reino Unido, sin perjuicio de que pueda revisarse en el futuro, al hilo de los posibles cambios normativos o acuerdos futuros en la relación entre la UE y el Reino Unido.

Como cuestiones prácticas laborales esenciales desde el 1 de enero de 2021, deben indicarse las siguientes:

- Los trabajadores desplazados a España por una empresa establecida en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020 podrán, a partir del 1 de enero de 2021, permanecer en España y continuar prestando sus servicios sin tener que obtener una autorización previa para residir y trabajar, siempre y cuando el Reino Unido conceda un tratamiento similar a los trabajadores desplazados al Reino Unido por una empresa establecida en España. No obstante, si fuera necesaria una extensión o ampliación de la duración del desplazamiento prevista inicialmente y comunicada a la autoridad laboral, será preciso solicitar la correspondiente autorización de residencia y trabajo, sin que sea aplicable la situación nacional de empleo, y no será exigible que se obtenga el visado.
- Los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido que sean desplazados a España desde el 1 de enero de 2021 deberán obtener los visados preceptivos o las autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la normativa de extranjería española, sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo (bilateral o de la UE) en materia comercial.
- Los nacionales del Reino Unido que, el 31 de diciembre de 2020, ejerzan de forma permanente en España una profesión (incluidos los funcionarios y el personal laboral de la Administración) o actividad profesional para cuyo acceso y ejercicio se exige ser nacional de un Estado miembro podrán continuar ejerciéndola en las mismas condiciones y sin necesidad de llevar a cabo trámites adicionales.

1.3. Ciudadanos extracomunitarios

- Necesitan visado, como regla general, salvo los ciudadanos de algunos países que tienen firmado un convenio bilateral con España (por ejemplo, Venezuela, Bolivia, Brasil, Argentina, Canadá o México).
- Necesitan autorización de residencia (primero, temporal hasta un máximo de cinco años; después, definitiva, como residente permanente o de «larga duración» en España).
- Necesitan autorización de trabajo, por cuenta propia (autónomos, profesiones liberales con título universitario o profesional homologado en España) o por cuenta ajena, con contadas excepciones.
- Según la STS 31.1.2017 (UD 1153/2015), no procede conceder paro a extranjeros sin autorización de trabajo (irregulares) que posteriormente regularicen su situación personal y laboral, puesto que no se puede computar el primer periodo trabajado (irregularmente) y sumarlo al segundo por lucrar la prestación de paro. Son dos periodos diferentes: el segundo no subsana o regulariza el primero. El trabajador extranjero tendrá acceso al paro cuando el segundo periodo (el «regular») lo permita por sí mismo (por su duración).

Tipos de autorización de trabajo

Tipo de autorización	Trabajos por cuenta ajena
Autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena	Se limita a un sector o actividad y ámbito geográfico concretos (por ejemplo, hostelería en Madrid o en Barcelona), sin perjuicio del derecho a la libre circulación de las personas extranjeras. Su validez es de un año.
Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena renovada	Permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un periodo de dos años, renovable por otros dos años. Pueden obtener esta autorización los titulares de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena al término de su vigencia.
Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada	Autoriza a la realización de actividades de temporada o campaña (por ejemplo, recolección de la naranja en Valencia o de la fresa en Lepe). La duración coincide con la del contrato de trabajo, con un máximo de nueve meses dentro de un periodo de doce meses. Autoriza también la realización de determinadas actividades de duración limitada (montaje de plantas industriales, construcción de infraestructuras, etc.); de formación y prácticas profesionales de carácter temporal. Su duración coincide con la del contrato de trabajo con el límite de un año. No es susceptible de renovación.
Autorización de residencia y trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional	Autoriza la realización de actividades lucrativas en el caso de desplazamiento temporal de un trabajador extranjero que depende de una empresa establecida en Estados no comunitarios o en el Espacio Económico Europeo. Su duración coincide con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año. Puede prorrogarse por otro año.
Autorización de trabajo para estudiantes	Autoriza la realización actividades lucrativas por cuenta ajena a estudiantes que dispongan del correspondiente visado de estudios. No tiene limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con periodos lectivos, en cuyo caso se limitará al ámbito territorial de residencia de su titular. La vigencia coincide con la duración del contrato de trabajo y no podrá ser superior a la de la duración del visado o autorización de estudios.
Autorización de residencia y trabajo para investigación	De tres meses a cinco años

Tipo de autorización	Trabajos por cuenta ajena
Autorización de trabajadores cualificados	Cualificación: enseñanza superior o cinco años de experiencia profesional acreditada equiparable. Duración: un año. También se concede para titulares de tarjeta azul UE que hayan residido al menos dieciocho meses en otro Estado miembro de la UE

Tipo de autorización	Trabajos por cuenta propia
Autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia	Se limita al ejercicio de una actividad concreta y para un ámbito geográfico determinado, sin perjuicio del derecho a la libre circulación de las personas extranjeras. Su validez es de un año.
Autorización de residencia y trabajo por cuenta propia (renovada)	Pueden obtener esta autorización los titulares de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia al término de su vigencia. Su validez es de dos años, renovable por dos más.

Otras autorizaciones	
Autorización de residencia y trabajo para trabajadores transfronterizos	Se concede a los trabajadores transfronterizos por cuenta propia o ajena. Tiene una vigencia máxima de cinco años y es renovable. Se limita a las zonas limítrofes.
Autorización de residencia y trabajo por razones excepcionales	- Mujeres víctimas de violencia de género. - Extranjeros que se encuentren irregularmente en España y sean víctima, perjudicado o testigo de alguno de los siguientes actos, siempre que lo denuncien o cooperen con las autoridades: tráfico ilícito de seres humanos; inmigración ilegal; explotación laboral o tráfico ilícito de mano de obra; explotación vía prostitución abusando de su situación de necesidad.

Enlaces recomendados

Sobre el tema y para ampliar información, os sugerimos la consulta de tres direcciones electrónicas:

<http://extranjeros.inclusion.gob.es/es/informacioninteres/InformacionProcedimientos/index.html>

<http://www.intermigra.info/>

<https://www.justlanded.com/espanol>

<http://www.migrarconderechos.es/>

2. El periodo de prueba en los contratos

Precisiones importantes

- Como regla general, debe pactarse de modo escrito y expreso, pues en caso contrario se tiene por no puesto, es decir, por inexistente. No obstante, por convenio colectivo puede fijarse su obligatoriedad (y su duración) para determinados tipos de contrato y para la primera vez que se trabaja con una empresa.
- El periodo de prueba computa a efectos de antigüedad.

Duración máxima (art. 14 del Estatuto de los Trabajadores):

- La que señalen los convenios colectivos.
- En su defecto, la duración no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, o de dos meses para el resto de los trabajadores. En las empresas con menos de veinticinco trabajadores, el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. En los contratos temporales de duración determinada concertados por tiempo no superior a seis meses, la duración es de un mes.

Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones correspondientes al mismo puesto de trabajo que ocupe otro trabajador de la plantilla. Lo dispuesto en un convenio colectivo estatal respecto al periodo de prueba no es negociable en el ámbito de una comunidad autónoma (art. 84.4 ET). En el caso de contrato en prácticas (art. 11 ET), la duración del periodo de prueba es de un mes para quienes estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2 y de dos meses para quienes estén en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.

En el caso de contrato indefinido de apoyo a emprendedores, la duración del periodo de prueba era de 1 año en todo caso, siendo validado dicho criterio legal por las STCo 119/2014 y 8/2015. El Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha dejado derogado y sin efecto el contrato de emprendedores desde el 1-1-2019.

Característica importante

Se podrá **extinguir** la relación laboral por voluntad de cualquiera de las partes, sin alegar causa alguna y sin preaviso, en cualquier momento, mientras esté el trabajador en periodo de prueba.

La situación de incapacidad temporal que afecte al trabajador durante el periodo de prueba interrumpirá el cómputo de este solo si se produce acuerdo entre ambas partes. Según el art. 14.3 ET, el periodo de prueba puede interrumpirse, previo acuerdo expreso de las partes, en los supuestos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente, riesgo durante la lactancia y paternidad. No obstante, la facultad de desistir del contrato no queda enervada por la existencia de dicho paréntesis y, por lo tanto, el desistimiento producido durante la interrupción del cómputo del periodo de prueba no debe considerarse abusivo ni discriminatorio (STS de 3 de diciembre de 2008).

No se podrá establecer periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación. En caso contrario, el periodo de prueba se entiende **nulo** y sin efectos. Cosa distinta es que no superado el periodo de prueba en una empresa, otra empresa contrate a un trabajador para las mismas funciones, en cuyo caso el periodo de prueba en la nueva empresa debe «descontar» el tiempo a prueba en la primera empresa. También se declara válido el periodo de prueba pactado con un trabajador que ha prestado los mismos servicios para la empresa con anterioridad, siempre que el tiempo en el que ha desempeñado las mismas funciones, bajo cualquier modalidad contractual, no supere la duración establecida en el convenio para el periodo de prueba y que no se aprecien situaciones de fraude, discriminatorias o vulneradoras de derechos fundamentales (STS de 20 de enero de 2014).

Precisión: periodo de prueba en diversas relaciones laborales especiales (RLE)

- **Altos directivos:** máximo nueve meses (RD 1382/1985, de 1 de agosto)
- **Empleados de hogar:** máximo dos meses (RD 1620/2011, de 14 de noviembre)
- **Deportistas profesionales:** máximo tres meses (RD 1006/1985, de 26 de junio)
- **Artistas profesionales:** su duración depende de la del contrato, siempre que este dure más de diez días. Así, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de cinco días en los contratos de duración entre diez días y dos meses; de diez días en contratos de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes (RD 1435/1985, de 1 de agosto)
- **Minusválidos en centros especiales de empleo:** máximo seis meses, sin perjuicio de una duración menor fijada en convenio (RD 1368/1985, de 17 de julio)

El cómputo del periodo de prueba se iniciará con la prestación de trabajo efectivo.

El RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, establece las siguientes novedades en el periodo de prueba:

- Se blindan, durante el periodo de prueba de los contratos, las situaciones de embarazo, desde la fecha del inicio del embarazo (no desde la fecha de conocimiento por parte de la empresa de dicha circunstancia) hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4 del ET, o maternidad, de forma que la resolución a instancia empresarial será nula (despido nulo), salvo que concurran motivos no relacionados con estas situaciones.
- En el listado de situaciones que, por acuerdo entre ambas partes, interrumpen el cómputo del periodo de prueba, por una parte, para atender a los diferentes modelos de familia, se sustituyen los términos «maternidad» y «paternidad» por «nacimiento»; y, por otra parte, se incorpora la «violencia de género».

3. Aspectos prácticos de forma sobre el contrato de trabajo

En principio, los contratos de trabajo pueden celebrarse por escrito o de forma oral, entendiéndose que habrá contrato de trabajo cuando exista un acuerdo entre trabajador y empresario por el que se presten unos servicios bajo la dirección y organización de este a cambio de una retribución económica. Si no se celebran por escrito, se entenderán celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo que se acredite que fueron celebrados con carácter temporal o a tiempo parcial (por horas o media jornada).

Sin embargo, los contratos de trabajo que se detallan a continuación deberán constar siempre por escrito y en el modelo oficial:

- Los contratos en prácticas.
- Los contratos para la formación.
- Los contratos a tiempo parcial, fijo-discontinuo y de relevo.
- Los contratos a domicilio.
- Los contratos para la realización de una obra o servicio determinado.
- Los contratos de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.
- Los contratos temporales cuya duración sea superior a cuatro semanas.
- Los contratos de interinidad.
- Los contratos formalizados vía ETT.
- Los contratos de trabajo con ciudadanos extracomunitarios.
- Los contratos de deportista profesional, alto directivo, artista en espectáculo público, representantes de comercio y agentes comerciales.
- Los contratos indefinidos con trabajadores discapacitados.

El contrato se considerará celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido salvo prueba en contrario (art. 8 ET).

Dos presunciones adicionales de interés (art. 15, apartado 2 y 3, ET):

1) adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el periodo de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de estos;

2) se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

El empresario, cualquiera que sea la modalidad contractual por la que opte, deberá:

- Afiliar y dar de alta al trabajador en la Seguridad Social.
- Informar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato (art. 8.5 ET y arts. 1 y 2 RD 1659/1998).
- Entregar una copia básica del contrato a los representantes de los trabajadores (salvo en caso de alto directivo).
- Comunicar el contenido del contrato al Servicio Público de Empleo.

Límites a la contratación laboral temporal encadenada desde el 15 de junio de 2006:

Con carácter general, todo trabajador que, habiendo suscrito dos o más contratos temporales con la misma empresa (o mediante contrato de puesta a disposición vía ETT), acumule desde esa fecha (contando el último contrato temporal, vigente a 15 de junio de 2006, con exclusión de cómputo del periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012) un periodo de prestación de servicios en el mismo puesto de trabajo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, dentro de un periodo de treinta meses, adquirirá la condición de trabajador indefinido (también en caso de sucesión de empresa). No se aplica a los contratos formativos, de interinidad y relevo.

Enlaces recomendados

Direcciones electrónicas de interés sobre contratos de trabajo:

<http://www.empleo.gob.es/es/informacion/contratos/>

<http://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/guia-contratos.html>

<http://www.sepe.es/HomeSepe/empresas/informacion-para-empresas/bonificaciones-ayudas/bonificaciones-contratos.html>

4. Los contratos indefinidos iniciales: ordinarios, incentivados y fijo discontinuo

1) Contrato indefinido ordinario

A tiempo completo o a tiempo parcial, por escrito o de palabra.

2) Contrato incentivado indefinido

El formalizado como medida de fomento del empleo, tradicional desde 1997 (con indemnización por despido objetivo improcedente ya fijada entonces en 33 días/año), y los colectivos beneficiados (bonificaciones en la cotización). Desde la reforma operada por RD Ley 3/2012, ya no se celebran nuevos contratos de este tipo.

Cuestión distinta es que existen algunos contratos indefinidos con bonificaciones/reducciones en la cotización todavía vigentes (o vigentes hasta fechas relativamente recientes):

a) Ley 43/2006, para trabajadores con discapacidad, víctimas de violencia de género o violencia doméstica, víctimas del terrorismo y trabajadores en situación de exclusión social (bonificaciones).

b) Ley 11/2013, reducciones en la cotización mientras la tasa de desempleo esté por encima del 15%, en caso de contratos indefinidos de jóvenes (menores de 30 años, o menores de 35 años si tiene discapacidad igual o superior al 33%) por microempresas y autónomos (con plantilla igual o inferior a nueve trabajadores) y de contratación para proyectos de emprendimiento joven (autónomos de menos de 30 años que contraten de modo indefinido a tiempo completo o parcial con mayores de 45 años desempleados durante al menos doce meses, o con menor de 35 años discapacitado).

c) RD Ley 3/2014, sobre tarifa plana reducida (24 meses, 100 euros/mes o 75-50 euros en función de si la jornada es del 75 o del 50%).

d) Ley 18/2014, para empresas y los trabajadores autónomos que contraten indefinidamente, entre el 5 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2016, a beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (<http://www.empleo.gob.es/es/garantiajuvenil/accesoJovenes.html>): pueden disfrutar de una bonificación en la aportación empresarial a la Seguridad Social de 300 euros mensuales durante seis meses, aunque el RD Ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil simplifica el acceso/inscripción al sistema de garantía juvenil y regula la conversión de reducciones a la cotización a la Seguridad Social en bonificaciones, con car-

go al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, cuando se trate de medidas en beneficio de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (modificaciones en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, y en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

e) RDL 1/2015, tarifa de cotización reducida, para empresas que formalicen contratos indefinidos entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016, que supongan un incremento del nivel de empleo indefinido y total de la empresa, tienen derecho a aplicarse una bonificación/reducción en la aportación empresarial por contingencias comunes (a tiempo completo, exención de los primeros 500 euros de cotización, a tiempo parcial –jornada mínima, 50%–, parte proporcional), durante 24 meses (empresas de diez o más trabajadores) o 36 meses (empresas de nueve o menos trabajadores).

f) Conversión de contratos temporales a indefinidos en cualquier empresa y conversión de contratos temporales de formación/aprendizaje o prácticas a indefinidos en empresas usuarias.

3) El contrato fijo-discontinuo

Cuando:

- Se concierta para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de la actividad de la empresa y en fechas determinadas (art. 15.8 y 12 ET). Es siempre contrato a tiempo parcial.
- Se concierta para realizar trabajos que tengan carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas determinadas (art. 15.8 ET). Puede ser a tiempo parcial o a tiempo completo.

En caso de trabajo fijo discontinuo (no así en caso de trabajo fijo periódico), los trabajadores deben ser llamados en la forma establecida por los convenios colectivos y en los casos en los que el trabajador no sea convocado, podrá reclamar por despido ante la jurisdicción social.

El TS, Sala Social, en fecha 19.11.2019 (rec. 2309/2017), afirma que un complemento salarial de antigüedad (cantidad fija mensual que se devengará a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos) ha de ser interpretado, para los trabajadores fijos discontinuos, computando, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, no solo el tiempo efectivamente trabajado, sino también todo el tiempo de duración de la relación laboral, aunque tenga «paréntesis» de suspensión por su propia discontinuidad.

Enlace recomendado

Un esquema actualizado (2020) de *bonificaciones/reducciones* en la contratación laboral puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://bit.ly/2IbjCkI>

4) Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (régimen vigente para los firmados antes del 1-1-2019, desde dicha fecha ha sido derogado y ya no se puede formalizar)

Creado por el art. 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Sus características esenciales son las siguientes:

- Podrá utilizarse hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%.
- Requisitos de las empresas que quieran utilizarlo: tener menos de cincuenta trabajadores (empresa, no centros de trabajo); que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes producidas a partir del 8 de julio de 2012 para la cobertura de los puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo.
- Contenido: se rige por las normas legales y convencionales que regulan el contrato de trabajo por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba, que será, en todo caso, de un año. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad contractual. El TJUE se ha declarado incompetente para responder si es contraria al derecho de la Unión la fijación del periodo de prueba establecido en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, al entender que tal cuestión no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión (STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto Ariza); mientras el Tribunal Constitucional ha justificado, por razones de política de empleo, el período de prueba de 1 año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, indicando que es válida la extinción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores durante el período de prueba de 1 año, al no ser este inconstitucional (SSTCO 119/2014 y 8/2015), basándose para ello en argumentos ligados al «contexto de grave crisis económica y alto desempleo a que responde la introducción y el mantenimiento del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», a la promoción de «empleo estable» y al hecho de que no vulnera dicho plazo de 1 año, en tanto que norma de derecho necesario absoluto no disponible, la negociación colectiva, pues «actúa como garantía hábil para evitar que, a través de la negociación colectiva, se pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida que mediante esta medida ha querido introducir el legislador».

El contrato se celebra por tiempo indefinido, a jornada completa o a tiempo parcial y se formaliza por escrito. Además, el trabajador contratado bajo esta modalidad contractual a **jornada completa** que hubiera percibido, a fecha de la celebración del contrato, prestaciones contributivas por desempleo durante, al menos, tres meses, podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto

con el salario, el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. La compatibilidad surte efectos desde la fecha de inicio de la relación laboral a tiempo completo, siempre que se solicite en el plazo de quince días a contar desde esta, y se mantendrá durante la vigencia del contrato a tiempo completo con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. Si se extinguiera el contrato por causa que suponga situación legal de desempleo, el beneficiario podrá optar entre solicitar una nueva prestación o reanudar la prestación pendiente de percibir, considerándose como periodo consumido únicamente el 25% de la prestación compatibilizada de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación. Cuando el contrato se celebre a tiempo parcial, serán de aplicación las disposiciones establecidas con carácter general para la compatibilidad del contrato a tiempo parcial con la prestación o el subsidio por desempleo (art. 221.1 LGS).

Los empresarios que utilicen esta modalidad contractual pueden acceder a incentivos fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social. Para poder acceder a estas ayudas, el empresario debe cumplir las siguientes obligaciones: mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, así como mantener el nivel de empleo alcanzado en la empresa con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato de trabajo. En caso de incumplir estas obligaciones, se deberán reintegrar los incentivos percibidos.

No se consideran incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por alguna de las siguientes causas: despido disciplinario declarado o reconocido como procedente; dimisión; muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador; la extinción por causas objetivas declarada o reconocida como procedente.

5. Los contratos temporales estructurales: obra o servicio, eventual por circunstancias de la producción, interinidad

5.1. Obra o servicio

Objeto

Realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, cuya ejecución, aunque está limitada en el tiempo, es de duración incierta. Los convenios colectivos determinarán cuáles son los trabajos o tareas con entidad propia dentro de la actividad normal de la empresa que podrán cubrirse con contratos de estas características. Art. 15 ET y RD 2720/1998.

Si la **duración** del contrato es superior al año, la parte que desee extinguirlo deberá notificarlo a la otra parte con una antelación mínima de quince días. La duración máxima del contrato es de tres años, ampliable en doce meses por convenio colectivo de sector (si se supera tal duración, el contrato se presume indefinido).

A la **extinción de los contratos** para obra o servicio determinado, el trabajador podrá percibir la siguiente indemnización:

- **Contratos celebrados entre el 4 de marzo de 2001 y el 31 de diciembre de 2011:** una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio. Para contratos anteriores al 4 de marzo de 2001, no se abona tal indemnización, cualquiera que sea la fecha de extinción del contrato (STS de 21 de diciembre de 2011).
- **Contratos celebrados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012:** una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar nueve días de salario por cada año de servicio.
- **Contratos celebrados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013:** una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar diez días de salario por cada año de servicio.

- **Contratos celebrados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014:** una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar once días de salario por cada año de servicio.
- **Contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015:** una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio. El TJUE (sentencias 11-4-2019, asunto Cobra Servicios, 5-6-2018, asuntos Grupo Norte i Montero Mateos y 21-11-2018, asunto De Diego Porras-2) acepta el tratamiento diferencial cuantitativo (12 días) de la indemnización válida por fin de contrato temporal respecto a la indemnización por despido (33 días-24 meses desde febrero 2012; 45 días-42 meses hasta febrero 2012).

La indemnización percibida por extinción del contrato de trabajo temporal por expiración del tiempo convenido o por finalización de la obra o servicio está exenta de IRPF (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2013, rec. 61/2013 y 17-7-2013, rec. 3263/2012). La AEAT entiende, sin embargo, que está sujeta a retención por IRPF (consultas vinculantes DGT de 22-3-2016 y 8-6-2020), con una reducción del 30 % si el contrato temporal supera los dos años de duración.

En el sector de la construcción, existe el denominado «contrato fijo de obra», creado por el CC general del sector de la construcción. Debe formalizarse por escrito, para una sola obra, con independencia de su duración, y termina cuando finalizan los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra. Siempre que exista un acuerdo expreso, el trabajador puede prestar servicios en los distintos centros de trabajo que la empresa tenga en la misma provincia, durante un periodo máximo de tres años, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término. La indemnización por cese es del 7%, aplicable a la totalidad de los conceptos salariales de las tablas del convenio, devengados durante la vigencia del contrato.

5.2. Contrato eventual por circunstancias de la producción

Objeto

Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aunque se trate de la actividad normal de la empresa. Art. 15 ET y RD 2720/1998.

El contrato podrá realizarse de palabra, si su duración es igual o inferior a cuatro semanas, y por escrito cuando supere este límite temporal, y se deberá indicar la causa que lo justifica, esto es, cuál es la eventual circunstancia de la producción.

Duración: un máximo de seis meses dentro de un periodo de doce meses contados a partir del inicio de la relación laboral, salvo modificación efectuada por el convenio aplicable de sector: en este caso no pueden superar la duración de doce meses dentro de un periodo de dieciocho.

Si se celebra por una duración inferior a la legalmente establecida, el contrato podrá prorrogarse de mutuo acuerdo por una sola vez hasta alcanzar su tiempo de duración máxima. Si superado este plazo el trabajador continuara prestando sus servicios para la empresa, su relación laboral pasará a ser de carácter indefinido.

Si la duración del contrato es superior al año, la parte que desee extinguirlo deberá notificarlo a la otra parte con una antelación mínima de quince días. La extinción del contrato de trabajo dará lugar en estos casos a la indemnización en los mismos importes que el contrato para obra o servicio, salvo que se determine una indemnización mayor por convenio colectivo.

Un caso especial es el de **contrato eventual para primer empleo joven**, creado por Ley 11/2013, que puede formalizarse desde el 24 de febrero de 2013 y hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, con jóvenes (menores de 30, o de 25 años con discapacidad mínima del 33%), desempleados que no tengan experiencia laboral o que, teniéndola, sea inferior a tres meses. La causa del contrato, a tiempo completo o parcial (mínimo, 75%), será la adquisición de una primera experiencia profesional del trabajador. Su duración mínima será de tres meses y la máxima de seis, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que la duración pueda exceder de doce meses. Este contrato tenía bonificaciones, derogadas desde el 1-1-2019.

No puede hacerse un contrato eventual ni de interinidad para sustituir a trabajadores en periodo de vacaciones (STS 30-10-2019, UD 1070/2017).

El Tribunal Supremo (SSTS 16 de mayo 2019, rec. 849/2018, 10 de abril 2019, rec. 1479/2017, 2 de julio 2019, rec. 2156/2018, 26 de noviembre 2019, rec. 3060/2018 y 5 y 6 de febrero 2020, rec. 3377/2018 y rec. 3216/2018) siguiendo el criterio de los casos TJUE Montero Mateos, Grupo Norte Facility y de Diego Porras- 2, rechaza que la indemnización por extinción por cumplimiento de término de un contrato eventual o de obra o servicio sea de 20 días, fijando la normativa de 12 días/año.

5.3. Interinidad

Objeto

- sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo (en cuyo caso, van anudados a bonificaciones en la cotización, por ejemplo, del 100% en sustitución a trabajadora en situación de maternidad);
- cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva (máximo: tres meses). Art. 15 ET y RD 2720/1998.

Se **extinguirá** por la reincorporación del trabajador sustituido; por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la incorporación; por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, o por el transcurso del plazo de tres meses (salvo en el caso de la Administración pública, en el que el plazo puede durar lo que fije la convocatoria) establecido para la selección o promoción.

Se transforma en **indefinido**:

- Si una vez producida la causa prevista para la extinción del contrato no se hubiera producido denuncia expresa de alguna de las partes y se continuara realizando la prestación laboral.
- Por falta de forma escrita.
- Por falta de alta en la Seguridad Social si hubiera transcurrido un plazo igual o superior al periodo de prueba.
- El contrato celebrado en fraude de ley.

El contrato de interinidad deberá celebrarse a jornada completa excepto en los dos supuestos siguientes:

- Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.
- Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, así como de guarda legal para el cuidado directo de algún menor de doce años o a un disminuido físico o psíquico,

o para el cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, o en aquellos otros supuestos en los que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en los que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

Forma: por escrito, especificando el carácter de la contratación, el trabajo que se va a desarrollar, el trabajador sustituido y la causa de sustitución, indicando si el puesto de trabajo que desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquel. Igualmente deberá identificarse, en su caso, el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

En los **contratos de interinidad por vacante**, el acuerdo de la empresa de suprimir la plaza ha de ser comunicado individualmente a cada uno de los trabajadores interinos afectados, de modo que esta (caso Correos) no puede ser sustituida por la transmisión de la noticia a través de otros canales informativos como la comunicación genérica en la intranet o en la página web de la empresa, o la notificación a los representantes de los trabajadores, o la constancia de la decisión de supresión en un convenio o acuerdo colectivo (SSTS de 24 y 27 de septiembre de 2012). La extinción del contrato de interinidad no genera derecho a indemnización alguna, salvo convenio en contrario, a diferencia de los contratos de obra o servicio o eventual.

La STS 10 de mayo 2019 (rec. 16/2018) entiende que la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de un interino por vacante no genera el derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET (12 días/año). Siguen este criterio muchas otras posteriores, como, por ejemplo, las SSTS 12 y 13 de mayo 2020 (rec. 157/2018 y rec. 1102/2018).

La STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), referida a la extinción de interinos por vacante, indica que debe utilizarse el art. 52.c) ET (20 días/año) si se amortiza o suprime la plaza. Tesis confirmada (despido objetivo si no se hace oposición para «cubrir» la plaza, sino amortización de la misma) de forma específica para la extinción de trabajadores indefinidos no fijos en la STS 8 de julio 2014 (rec. 2693/2013).

6. Los contratos formativos

6.1. Contrato para la formación y el aprendizaje

Objeto

Cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida y de formación en el marco del sistema de FP para el empleo o de FP educativa. Art. 11 ET y RD 1529/2012.

Se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 que carezcan de la titulación o formación requerida para realizar un contrato en prácticas (regla general). Excepción 1: hasta los 30 años mientras la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del 15%. Excepción 2: no hay límite de edad para la contratación de discapacitados. Excepción 3: no hay límite de edad para colectivos en situación de exclusión social contratados por empresas de inserción (Ley 44/2007). Excepción 4: contratación en el marco de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo.

Duración: mínima un año, máximo tres años. En centros especiales de empleo, la duración máxima es de cuatro años. Mediante convenio colectivo pueden establecerse plazos de duración distintos en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años. El límite máximo de duración del contrato no se aplica en el marco de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo.

La **retribución** del trabajador en formación y aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, sin que pueda ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

El **tiempo dedicado a la actividad formativa** no puede ser inferior al 25% durante el primer año, o al 15% durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal. Para este cálculo se tomará como referencia la jornada anual, sin computar en ella los días de vacaciones. Las actividades formativas, siempre de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la formación profesional de los certificados de profesionalidad o del sistema educativo, se

pueden ofertar e impartir en el ámbito de la formación profesional para el empleo, modalidad presencial, a distancia o mixta; y en el ámbito educativo, régimen presencial o a distancia.

Los contratos para la formación y el aprendizaje que celebren las empresas con personas con **discapacidad** (igual o superior al 33%) o con **pensionistas de IP total, absoluta o gran invalidez**, presentan una serie de peculiaridades (aparte de la duración máxima de cuatro años):

- Cuando el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje sea una persona con discapacidad intelectual, hasta un 25% del tiempo de trabajo efectivo podrá dedicarse a la realización de procedimientos de rehabilitación, habilitación o de ajuste personal y social.
- Los centros en los que se imparta la formación inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje para personas con discapacidad dispondrán de las condiciones que posibiliten el acceso, la circulación y la comunicación de las personas con discapacidad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable en materia de inclusión, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse, de manera que se garantice la plena igualdad en el trabajo.
- Las personas con discapacidad intelectual podrán realizar en el puesto de trabajo o en procesos formativos presenciales la formación de módulos formativos que no sean a distancia.

En el caso de contratos para la formación y el aprendizaje **no vinculados a certificados de profesionalidad o títulos de formación**, que se suscriban hasta el 30 de junio de 2015, si no existiera título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo que se va a realizar o centros formativos para su impartición, la actividad formativa estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos, en el fichero de especialidades formativas del SEPE, para las ocupaciones o especialidades relativas a la actividad laboral contemplada en el contrato, o, en su defecto, por los contenidos formativos determinados por las empresas o comunicados por estas al SEPE.

6.2. Contrato en prácticas

Contrato formativo cuya finalidad es facilitar a los trabajadores que cuenten con un título que habilite para el ejercicio profesional la obtención de la práctica profesional adecuada a este. Los convenios colectivos pueden determinar los puestos de trabajo, grupos o niveles profesionales en los que puede realizarse este tipo de contrato. Art. 11 ET y RD 488/1998.

No debe confundirse el contrato en prácticas con las **prácticas académicas externas** de los estudiantes universitarios (RD 592/2014). Estas prácticas tienen carácter formativo, por lo que de su realización no se derivan, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido puede dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo. Se distinguen dos tipos de prácticas externas: curriculares (actividades académicas integrantes del plan de estudios del que se trate) y extracurriculares (son voluntarias para los estudiantes y no forman parte del plan de estudios). Si, al término de los estudios, el estudiante se incorpora a la plantilla de la empresa, el tiempo de las prácticas no se computa a efectos de antigüedad, ni exime del periodo de prueba, salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa. Cuando así se estipule, el estudiante tendrá derecho a una aportación económica de la empresa en concepto de bolsa o ayuda al estudio. En estos casos los estudiantes quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena con la correspondiente obligación de afiliación, alta, baja y cotización.

Pueden ser contratados bajo la modalidad en prácticas los trabajadores que cumplan los siguientes requisitos:

- a) estar en posesión de título (fotocopia compulsada junto al contrato de trabajo) de licenciado, diplomado, ingeniero o ingeniero técnico, arquitecto o arquitecto técnico, técnico de FP, certificado de profesionalidad;
- b) el contrato debe celebrarse dentro de los cinco años inmediatamente siguientes a la terminación de los estudios (siete años si el trabajador es una persona con discapacidad), y si los estudios se realizaron en el extranjero, el cómputo se inicia desde la fecha de la convalidación de los estudios en España;
- c) desde el 24 de febrero de 2013 y hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%, podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de 30 años, menores de 35 años con un grado de discapacidad igual o superior al 33% o beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios;

d) el trabajador no puede haber sido contratado en prácticas por un periodo superior a dos años, en los siguientes supuestos: en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad, en la misma o distinta empresa, o en virtud de distinta titulación o certificado de profesionalidad, en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo;

e) los títulos de grado, máster y, en su caso, doctorado, correspondientes a los estudios universitarios no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas estuviera ya en posesión del título superior de que se trate.

Asimismo, puede ser contratado en prácticas el **personal investigador en formación** que termine su periodo de beca, una vez obtenido el Diploma de Estudios Avanzados (art. 8 RD 63/2006, sobre Estatuto del personal investigador en formación, que impone al organismo, centro o universidad de adscripción la obligación de formalizar un contrato en prácticas que cubra, como máximo, los años tercero y cuarto desde la concesión de la ayuda a la investigación). Por el contrario, quedan expresamente excluidas del régimen legal del contrato en prácticas las prácticas profesionales realizadas por estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional, así como los contratos sobre prácticas y enseñanzas sanitarias especializadas (MIR), que se registrarán por lo dispuesto en el RD 1146/2006.

Periodo de prueba: salvo que se disponga otra cosa en el convenio colectivo, es de un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores en posesión del título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, y de dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores en posesión del título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3. Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa, no puede concertarse un nuevo periodo de prueba, y la duración del contrato en prácticas se computa a efectos de antigüedad en la empresa.

Duración del contrato: mínima seis meses, máxima dos años, a tiempo completo o a tiempo parcial. Dentro de estos límites, los convenios colectivos de sector (no los de empresa: STS de 12 de noviembre de 2013) pueden determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas que realizar. La suspensión del contrato no supone la ampliación de su duración, salvo que se acuerde lo contrario, aunque las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y la lactancia, maternidad, adopción o acogimiento y paternidad interrumpen el cómputo de la duración del contrato.

Retribución: será la fijada en convenio colectivo. En su defecto, la retribución nunca podrá ser inferior al 60% durante el primer año o al 75% durante el segundo año del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe

el mismo o equivalente puesto de trabajo. En ningún caso puede ser inferior al SMI. Para los trabajadores contratados en prácticas a tiempo parcial el salario se reduce en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

Extinción: si el contrato ha tenido una duración superior al año, deberá comunicarse su extinción por escrito al trabajador con una antelación mínima de quince días. El empresario deberá expedir al trabajador un certificado en el que conste la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo ocupados y las principales tareas realizadas. **No hay indemnización** por fin de contrato, salvo acuerdo individual o convenio que estipule lo contrario.

7. Los contratos de transición para la edad madura: relevo y jubilación parcial

El contrato de relevo es el que se concierta con un trabajador en situación de desempleo o que tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, para sustituir parcialmente a un trabajador de la empresa que accede a la pensión de jubilación de manera parcial, pues la percibe simultáneamente con la realización de un trabajo a tiempo parcial en la misma empresa. Art. 12.7 ET.

La **duración** del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falta al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. Si al cumplir dicha edad el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, y se extinguirá en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

El contrato de relevo se podrá celebrar para sustituir parcialmente a un trabajador que reúna todas las condiciones exigidas para acceder a la jubilación, salvo la edad. **Para acceder a la jubilación parcial anticipada** es necesario haber cumplido las siguientes edades:

- a) trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 pueden acceder a la jubilación parcial a partir de los 60 años, con coeficientes reductores;
- b) el resto de los trabajadores podrán acceder a la jubilación parcial dos años antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación; existe una escala transitoria hasta el 1 de enero de 2027 (desde 61 años y 3 meses con 33 años cotizados, a 63 años (36,5 años cotizados) o 65 años (33 años cotizados);
- c) los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad al 25 de mayo de 2010 podrán acogerse a esta modalidad de jubilación parcial a la edad de 60 años (si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida) o de 60,5 años (si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones);

d) antes del 1 de enero de 2019, los trabajadores con la relación laboral suspendida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos, o declarados con anterioridad al 1 de abril de 2013, siempre que la suspensión se produzca con anterioridad a 1 de enero de 2019, así como las personas incorporadas antes del 1 de abril de 2013 a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa.

El puesto de trabajo del trabajador relevista puede ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial **debe existir una correspondencia** de modo que la correspondiente al trabajador relevista no puede ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial (art. 215 LGSS).

Por otro lado, la celebración de un contrato de relevo se configura como un elemento constitutivo de la propia existencia del derecho a la jubilación parcial, de modo que la existencia de fraude o irregularidades que pueda cometer la empresa en la contratación del relevista pueden impedir la concesión de la prestación si ello afecta al cumplimiento de los requisitos legales, sin perjuicio de que el trabajador que ve impedido su acceso a la jubilación parcial pueda formular demanda por los perjuicios sufridos. Por otro lado, si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad de jubilación y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá sustituirlo por otro trabajador desempleado o ampliar la duración de la jornada del trabajador con contrato de relevo –en caso de incumplimiento, la empresa deberá abonar a la entidad gestora (INSS) el importe de la prestación de la jubilación parcial devengado desde el momento del cese o del despido improcedente.

El contrato de relevo puede celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. Si es a tiempo parcial, la duración de la jornada del trabajador relevista será, como mínimo, igual a la reducción de jornada del trabajador sustituido, que deberá estar comprendida entre un 25 y un 50%. El contrato de relevo, además, se deberá celebrar con duración indefinida y a jornada completa cuando la reducción de jornada del trabajador jubilado parcialmente alcance el 75%.

El **horario de trabajo** del trabajador relevista podrá completar el del trabajador relevado o simultanearse con él. La duración del contrato de trabajo está condicionada por la modalidad de jubilación parcial a la que haya accedido el trabajador relevado:

- En caso de jubilación parcial anticipada, es decir, cuando se trate de contratos de relevo celebrados para cubrir la jornada que deja vacante un trabajador que se jubila parcialmente antes de alcanzar la edad ordinaria de

jubilación, la duración del contrato puede ser indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria.

- El contrato de relevo se deberá celebrar, como se avanzó, con duración indefinida y a jornada completa para que la reducción de jornada del trabajador jubilado parcialmente alcance el 75%. En este caso, el contrato de relevo deberá tener, al menos, una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador jubilado parcialmente para alcanzar la edad ordinaria de jubilación. Si el contrato se extinguiera antes de alcanzar la duración mínima exigida, el empresario deberá celebrar un nuevo contrato por el tiempo restante.
- Debe tenerse en cuenta que los trabajadores que hubieran accedido a la jubilación parcial antes del 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de esa fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, se continuarán rigiendo por la normativa vigente antes de esa fecha, de modo que la edad ordinaria de acceso a la jubilación se mantiene en los 65 años. En estos casos el empresario no estará obligado a mantener el contrato de relevo con un tercero entre la fecha del cumplimiento de los 65 años de edad y la fecha del hecho causante de la jubilación plena. Si al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, y se extinguirá, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.
- En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber alcanzado la edad de jubilación, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por él podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, y se extinguirá, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

La **extinción del contrato de relevo** genera el derecho del trabajador a percibir la indemnización prevista para los contratos de obra o servicio y para los eventuales, en los mismos términos (SSTS 7 de mayo 2019, rec. , 3081/2017, 4 de noviembre 2019, rec. 2681/2018, 5 y 12 de febrero 2020, rec. 3392/2018 y rec. 2061/2018).

El contrato a tiempo parcial del jubilado parcial (que incluye la modalidad del fijo periódico) debe reducir la jornada y salario anterior del trabajador que lo firma, conforme a los siguientes parámetros:

- a) los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación, deberán reducir la jornada de trabajo entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%;
- b) los trabajadores menores de la edad ordinaria de jubilación o quienes tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 (SOVI o retiro obrero), como el resto de los trabajadores, deberán reducir la jornada de trabajo y el salario entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%;
- c) cuando el contrato a tiempo parcial se celebre con un trabajador menor de la edad ordinaria de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada;
- d) la reducción máxima de la jornada del jubilado parcialmente podrá ser del 75% cuando el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

Estos porcentajes de reducción se entienden referidos a la jornada de un **trabajador a tiempo completo comparable**. Por tal debe entenderse, de acuerdo con el art. 12.1 ET, a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. A falta de trabajador a tiempo completo comparable, se tendrá en cuenta la **jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo** de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

Dentro de los **límites de reducción de jornada**, el trabajador jubilado parcial puede solicitar anualmente el incremento del porcentaje de reducción de jornada, y la empresa debe ofrecer, siempre que el jubilado parcial no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación, la ampliación de su jornada de trabajo al trabajador relevista en proporción a la reducción de la del jubilado parcial. Si el trabajador relevista no aceptara la ampliación de su jornada, la empresa deberá celebrar un nuevo contrato de relevo, por la jornada reducida del jubilado parcial, con otro trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada. El incumplimiento de estas obligaciones supone la imposibilidad de ampliar la cuantía de la pensión de jubilación parcial.

Si el trabajador jubilado parcial fuera **despedido improcedentemente** antes de cumplir la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, el empresario deberá ofrecer al trabajador relevista, en el plazo de los quince días siguientes a la decisión de no readmisión, la ampliación de su jornada. En el caso de que este no acepte la ampliación, el empresario deberá celebrar un nuevo contrato de relevo con un trabajador desempleado o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, bien por contratación extemporánea fuera de los quince días o por falta de

contratación, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento del cese del relevista o del despido improcedente del jubilado hasta la contratación extemporánea o hasta el cumplimiento de los 65 años del relevado, respectivamente. La celebración del contrato a tiempo parcial por jubilación parcial no puede suponer la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador que se jubila parcialmente.

8. Otros contratos temporales

En este epígrafe, abordamos el trabajo en común, el contrato de grupo y el auxiliar asociado (art. 10 ET).

El **trabajo en común** consiste en que un empleador da trabajo «en común» a un grupo de trabajadores, siendo empresario, con derechos y deberes, frente a cada uno de ellos.

De este modo, en el trabajo en común el trabajo es más bien una simple técnica de asignación de tareas a una pluralidad de trabajadores previamente vinculados al empresario, a título individual, mediante contratos de trabajo singulares; es decir, en el trabajo en común se encomienda a varios trabajadores al servicio del mismo empresario una misma tarea en la que aquellos cooperan aportando sus esfuerzos coordinados.

El **contrato de grupo** es aquel en el que un empleador contrata con todo un grupo de trabajadores, pero solo trata con el jefe del grupo o cuadrilla (ejemplo, grupo musical, artistas de circo o teatro, ballet, tala de explotación forestal).

De este modo, el contrato de grupo (art. 10.2 ET) es un tipo de contrato de trabajo en el cual el empresario pacta, en un único contrato (verbal o escrito, indefinido o temporal) y con un grupo considerado en su totalidad, una obra o servicio determinado, de tal modo que el vínculo laboral existente se entiende constituido entre el empresario y el grupo (y asume este último, de manera colectiva, la obligación de trabajar), y no aisladamente con cada uno de los miembros que lo integran.

En esta modalidad contractual las **retribuciones** de la prestación se satisfacen de manera colectiva al grupo, presentando el pago así realizado efectos liberatorios para el empleador, que por cierto es quien debe cursar las altas individuales de los trabajadores que pertenecen al grupo en el sistema de Seguridad Social. Por otro lado, el poder sancionador puede ejercerse por el empresario (con la intermediación como receptor de la queja empresarial del jefe de grupo) sobre cualquiera de sus integrantes. Ahora bien, cuando solo se afecta a uno o dos de los miembros del grupo, estos tienen legitimación activa para accionar contra una sanción disciplinaria o un despido que se les haya impuesto de modo directo por el empleador, que puede despedir a todo el grupo o solo a parte de sus integrantes; ahora bien, si la decisión afecta a todo el grupo, por ejemplo una cuadrilla para la limpieza del huerto, es el jefe del grupo quien

tiene la legitimación activa para accionar por despido, legitimación que no ostenta el trabajador que forma parte de dicha cuadrilla de limpieza agrícola cuando finaliza el servicio contratado.

En definitiva: en el contrato de grupo no hay una mera yuxtaposición de contratos de trabajo individuales, sino **un único vínculo contractual** entre el empleador y dicho grupo, que trabaja como si fuera uno solo.

El auxiliar asociado supone que un trabajador, mediante pacto escrito, asocie a su trabajo a un auxiliar o ayudante, de modo que el empleador lo será de ambos. Sería así, el de auxiliar asociado, una variante de contrato de grupo.

En él hay dos trabajadores, uno principal y otro auxiliar o ayudante, y el empresario es el mismo empleador para ambos.

Puede o no pactarse ya desde su inicio por escrito, y es habitual en actividades en las que se pacta que un familiar sustituya al principal en caso de enfermedad de este. En el caso del auxiliar asociado **coexisten tres relaciones**: un contrato de trabajo entre empresa y trabajador principal, otro contrato laboral y subordinado al anterior (una especie de «subcontrato») entre empresario y auxiliar, así como una tercera relación entre los dos trabajadores implicados, principal y ayudante. Ahora bien, tampoco puede descartarse, desde otro punto de vista, la existencia de dos contratos de trabajo autónomos, entre cada uno de los trabajadores y el empresario, que vienen relacionados por vínculos fácticos.

Ejemplo práctico del contrato de auxiliar asociado sería el de artistas ligados a la profesión de torero, tales como puntilleros o reservas, que en la práctica reciben el sueldo del torero pero el empresario de este lo es también formalmente de aquellos. También lo sería, en el ámbito taurino, el caso del matador, novillero o rejoneador y sus respectivas cuadrillas.

El pacto escrito aludido debe formalizarse entre empresa y trabajador principal (*auxiliado*). Ahora bien, la falta de tal pacto escrito no puede acarrear las consecuencias contractuales (presunción de duración indefinida y jornada completa) anudadas a los supuestos de inobservancia de la forma escrita del contrato de trabajo (art. 8.2 ET). De este modo, puede admitirse la posibilidad de que exista un auxiliar asociado sin un previo y habilitante pacto de carácter escrito (forma que se considera *ad probationem*, no *ad solemnitatem*), dado que su inexistencia no afecta a la validez, aunque es muy claro que una cobertura «formal» escrita de auxiliar asociado que oculte de modo fraudulento una auténtica relación laboral tampoco será válida.

9. Los contratos a tiempo parcial

El trabajador desarrolla su prestación, por tiempo indefinido o temporal (obra o servicio, eventual, prácticas –no en el de formación y aprendizaje– interinidad y relevo), un determinado número de horas al día, a la semana, al mes o al año, que deberá ser inferior al de la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo aplicable al sector o, en su defecto, al de la jornada máxima legalmente establecida, para un **trabajador a tiempo completo comparable**.

Trabajador («persona trabajadora» desde el RD 6/2019, de 1 de marzo) a tiempo completo comparable es cualquiera de la misma empresa y centro de trabajo, **con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar**. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

El **contrato** debe realizarse por escrito en el modelo oficial, y se indicarán el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año de prestación, y su distribución horaria (conforme a convenio).

La **jornada diaria** de los trabajadores contratados a tiempo parcial puede realizarse de forma continuada o partida.

Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (fuerza mayor).

El **contrato de interinidad** deberá celebrarse siempre a **jornada completa** excepto en los dos supuestos siguientes (artículo 5.2 RD 2720/1998):

a) Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.

b) Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, así como de guarda legal para el cuidado directo de algún menor de 6 años o de un disminuido físico o psíquico, o para el cuidado directo de un familiar hasta el 2.º grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, o

en aquellos otros supuestos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.

La reducción del tiempo de trabajo, inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, puede realizarse de diferentes maneras: en **distribución horizontal** (reducción de horas al día), en **distribución vertical** (disminución de días al año) o en distribución mixta (reducción de horas al día y de días al año).

Son horas complementarias las horas trabajadas adicionales a las horas ordinarias pactadas en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Solo pueden realizar horas complementarias los trabajadores a tiempo parcial cuya jornada de trabajo sea de, al menos, diez horas semanales en cómputo anual. Estas podrán ser:

- **Horas complementarias pactadas**, cualquiera que sea la duración del contrato. El número de horas complementarias pactadas no puede ser superior al 30% de la jornada contratada como ordinaria. No obstante, los convenios colectivos pueden establecer otro porcentaje máximo siempre que no sea inferior al 30 ni superior al 60% de las horas ordinarias contratadas. A estos efectos no se computan las horas complementarias de aceptación voluntaria. El trabajador, mediante preaviso de quince días, puede renunciar al pacto de horas complementarias siempre que haya transcurrido un año desde su celebración y se justifique en alguna de las siguientes circunstancias: que deba atender al cuidado directo de menor de doce años, de persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, menor a cargo afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave; o que se trate de necesidades formativas siempre que se acredite la incompatibilidad horaria; o por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.
- **Horas complementarias de aceptación voluntaria**, cuando el contrato a tiempo parcial sea de duración indefinida. En los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo de, al menos, diez horas semanales en cómputo anual, el empresario puede ofrecer al trabajador, en cualquier momento, la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, que se regirán por las siguientes reglas: no pueden superar el 15% de las horas ordinarias objeto del contrato. Este porcentaje se puede ampliar, por convenio colectivo, al 30%; la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituye conducta laboral sancionable; estas horas complementarias no se computan a efectos de los límites establecidos para las horas complementarias pactadas.

El trabajador debe conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio colectivo establezca un plazo de preaviso inferior. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, debe ser inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, y debe ser respetada también la jornada y el régimen de descansos (arts. 34, 36 y 37 ET).

El empresario debe entregar mensualmente al trabajador, junto con el recibo de salarios, una copia del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto ordinarias como complementarias. Además, el empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante, al menos, cuatro años. El incumplimiento de estas obligaciones supondrá la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario.

10. Los contratos con discapacitados

10.1. Contrato indefinido para trabajadores minusválidos, a tiempo completo o parcial

Trámites:

- Oferta en el Servicio Público de Empleo (con proyecto y memoria de la empresa, en las de nueva creación, indicando características de los puestos de trabajo, capacidad que debe tener el trabajador y porcentaje de minusválidos).
- Contrato escrito en modelo oficial, con quien acredite una discapacidad de un 33% o superior.
- Entrega a los representantes legales de los trabajadores de una copia básica del contrato en el plazo de diez días.
- Comunicación al Servicio Público de Empleo del contenido del contrato en el plazo de diez días hábiles siguientes a su concertación, adjuntándose una copia básica de este firmada por los representantes legales de los trabajadores si los hubiere.
- Fotocopia de alta en la Seguridad Social.
- Certificado de minusvalía.

10.2. Contratación indefinida para personas procedentes de enclaves laborales

Se entiende por enclave laboral, conforme al Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

Es una de las **alternativas a la cuota de reserva de contratación de discapacitados** (2% de la plantilla en empresas de cincuenta o más trabajadores –5% en el caso de la Administración pública–).

El trabajador a contratar debe ser o bien discapacitado (33% –parálisis cerebral– o 65% –sensorial o físico–), o bien titular de pensión de IP (total o absoluta o gran invalidez –art. 137 LGSS–), y estar en situación de excedencia voluntaria en el centro especial de empleo. La empresa debe ser colaboradora y reunir los requisitos del RD 290/2004. Los incentivos consisten en subvenciones (cantidades a tanto alzado) a la contratación y para adaptación de puestos de trabajo y supresión de barreras (RD 1451/1983, modificado por RD 170/2004) y bonificaciones a la Seguridad Social. Los trabajadores así contratados deben tener una estabilidad en el empleo de, al menos, tres años, y si son objeto de despido procedente, la empresa deberá sustituirlos por otros trabajadores con discapacidad.

10.3. Contratación temporal con discapacitados

Las empresas podrán contratar temporalmente a trabajadores con discapacidad desempleados e inscritos en la oficina de empleo. El contrato se realizará por escrito, en modelo oficial. Su duración será entre doce meses y tres años.

La duración inicial del contrato será como mínimo de doce meses y se podrá prorrogar por periodos mínimos de doce meses hasta los tres años. El contrato se podrá celebrar tanto a jornada completa, como a jornada parcial. A la terminación del contrato, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de doce días de salario por año de servicio.

No podrán realizar este tipo de contrato las empresas que en los doce meses anteriores a la contratación hayan extinguido contratos indefinidos por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo. Las SSTS 15 de junio 2005 (rec. 2495/2004) y 11 de octubre 2006 (rec. 2238/2005) entienden que es posible formalizar un contrato temporal para el fomento del empleo (ex arts. 44 Ley 42/1994 y DA Primera Ley 43/2006), suscrito entre trabajadores minusválidos y un Centro Especial de Empleo. En estos casos, la extinción por expiración del término no constituye un despido improcedente. Siguiendo esta doctrina, STS 14 de mayo 2020 (rec. 1606/2018).

Enlace recomendado

Sobre este tema, para ampliar información, es muy recomendable la consulta de: <https://bit.ly/3k0VM8n> y <https://bit.ly/3mVtX3g>

Enlace recomendado

Dirección electrónica de interés: <https://bit.ly/3jX7m4t>

11. Contratos con altos directivos

11.1. Delimitación

Dentro de la denominación genérica de «personal directivo» se distinguen las siguientes categorías:

1) Consejeros o miembros de órganos de administración de sociedades (art. 1.3. c del Estatuto de los Trabajadores, ET), que **están excluidos del derecho laboral** si su actividad se limita, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a este cargo.

No es compatible la relación de «alto directivo» con el cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad (art. 1.3 RD 1382/1985). Cuando se simultanean las actividades como administrador social o ejecutivo y como personal de alta dirección o gerente de la empresa, **la relación no es laboral, sino mercantil**.

Lo anterior no debe confundirse en la práctica con otra situación. Me refiero a que la condición de socio es compatible con el cargo de alto directivo, ya que siempre que se acredite la realidad de los servicios «laborales» prestados y que la aportación a la sociedad no suponga una participación mayoritaria o muy relevante en el capital de la empresa, que proporcione el control efectivo de la misma, es posible la compatibilidad aludida.

2) Directivos de régimen laboral común (art. 1.1 ET). No presentan diferencias jurídicas con cualquier otro trabajador, al margen de las cláusulas que sobre retribución u otras condiciones laborales se fijen en sus contratos de trabajo.

El trabajo de alta dirección no es compatible con una relación común u ordinaria de trabajo, y así se deduce del hecho de que la relación laboral de alta dirección suspende o extingue la relación laboral común previa (art. 9.1 RD 1382/1985).

3) Personal de alta dirección propiamente dicho (art. 1.2 RD 1382/1985 y art. 2.1. a ET), que es el que aquí nos interesa especialmente.

Se considera «personal de alta dirección», a los efectos de este módulo, a los trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ostenten esa titularidad, según señala el art. 1.2 de la norma que regula esta relación laboral «especial» (Real Decreto 1382/1985).

Como regla general, los altos directivos están incluidos en el régimen general, o en el especial que corresponda por razón de su actividad (por ejemplo, autónomos: cuando el alto directivo laboral tiene el control efectivo de la sociedad). Si el alto directivo desempeña, a la vez, un cargo de administración social ejecutiva –funciones de dirección y gerencia– y no tiene el control efectivo de la sociedad, queda incluido en el Régimen General, pero no de forma plena, sino con determinadas limitaciones: no cotiza y, por lo tanto, no está protegido ni por FOGASA ni por desempleo.

A efectos de su encuadramiento como autónomos, deben tenerse en cuenta dos situaciones en las que se puede ver inmerso el alto directivo:

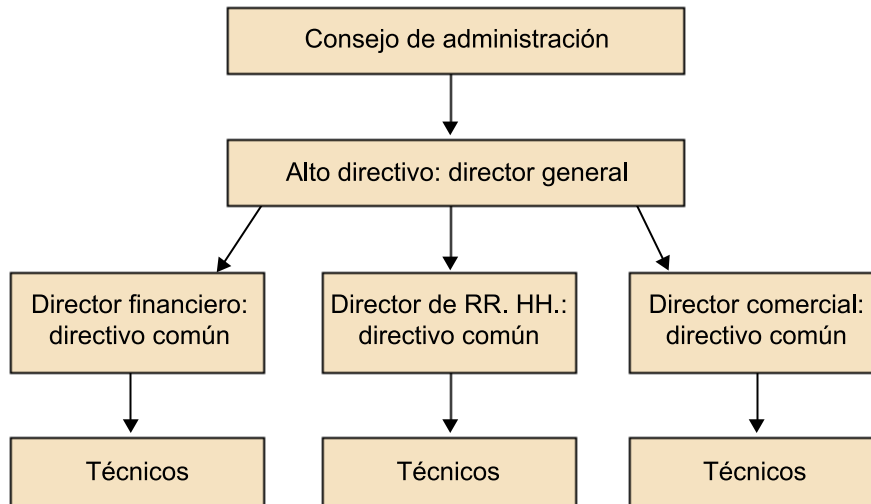
- Si ejerce las funciones de dirección y gerencia que conllevan el desempeño del cargo de consejero o administrador,
- Si presta otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posea el control efectivo, directo o indirecto de aquella. Se posee el control efectivo cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Por otro lado, salvo prueba en contrario, se presume que el trabajador directivo posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Figura 1. Ejemplo jurídico-legal del concepto de «alto directivo»



11.2. Características

El personal de alta dirección (altos cargos) tiene las siguientes **características**:

1) Toma **decisiones estratégicas** en la gestión de la actividad empresarial, dentro de las áreas de decisión en las que se enmarca su tarea. Ejercita, en consecuencia, poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma.

2) Sus facultades afectan a **áreas funcionales** de indiscutible importancia para la vida de la empresa, que están referidas normalmente a la actividad íntegra de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena, o sobre zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad.

3) Recibe **órdenes directas del titular de la empresa**, de modo que quienes reciban instrucciones de órganos directivos delegados de quien ostenta dicha titularidad no podrán ser considerados altos cargos, sino mandos intermedios. Debe actuar, para ser alto directivo, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitado por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que ocupen aquella titularidad. El alto directivo, así, solo tiene como superior jerárquico al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto del titular de la empresa.

A modo de ejemplo, un director editorial es un trabajador de alta dirección cuando tiene atribuidos amplios poderes sobre todos los aspectos editoriales, sujetándose solo a las instrucciones del director de producción del grupo y cuando el éxito o fracaso de la empresa dependa del resultado de su gestión empresarial (STS 10.1.2006).

4) Lleva la **dirección técnica y/o comercial de la empresa**, efectuando en su nombre contrataciones de personal, de trabajo, etc., aunque no tenga poderes notariales, pero siempre que actúe con la conformidad de la sociedad y siguiendo las directrices marcadas por los socios como propietarios de la empresa.

5) Suele **estar excluido** del ámbito de aplicación de los convenios colectivos («fuera de convenio»). **Excepción:** se aplica expresamente al personal directivo laboral en el ámbito de las administraciones públicas (art. 13.4 de la Ley 7/2007, reguladora del Estatuto del Empleado Público).

6) Su prestación de servicios se basa en la «**confianza recíproca**» de las partes.

7) No puede participar como **elector o elegible** en las elecciones a delegados de personal o comité de empresa.

Resumidamente, señala el Tribunal Supremo (entre otras, en STS 4.6.1999) que el personal de alta dirección se caracteriza por dos presupuestos esenciales:

a) **Realización de funciones de gerencia y dirección**, comprensiva, por ejemplo de:

- Las facultades de concertar y ejecutar toda clase de actos y contratos necesarios para la realización del objeto social de la empresa, incluidos los de carácter patrimonial o financiero.
- Las de organización, dirección, gobierno y vigilancia de la marcha de la empresa.
- Las de selección, contratación, dirección, retribución y despido de personal.
- Las de representación de la sociedad en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él.

b) **Realización de funciones, con autonomía** (el directivo es el «segundo eslabón» en la cadena de mando, solo está sujeto al titular de la empresa, de modo que no hay un «alto directivo dependiente de otro alto directivo») y

responsabilidad, relacionadas con los objetivos generales de la empresa, con base en poderes amplios inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y que corresponden a decisiones estratégicas para el conjunto de la misma.

Es habitual, en los contratos de alta dirección, fijar una cláusula genérica y abierta, que refleje las funciones del alto directivo del siguiente modo: «funciones ejecutivas y de representación de las empresas del grupo (o de la empresa) de aquellas áreas que le sean encomendadas».

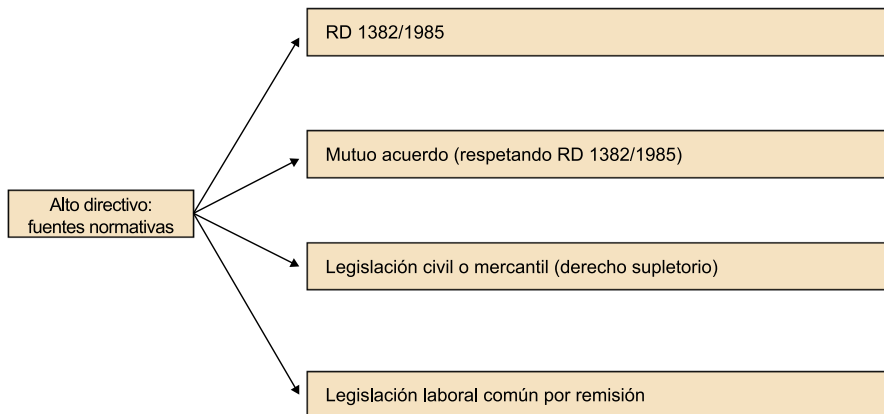
Otra posibilidad, frecuente en la práctica, es la de indicar que el alto directivo «asumirá los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (o del grupo), relativos a los objetivos generales de aquélla, con autonomía y plena responsabilidad, bajo los criterios e instrucciones directas del órgano de administración de la empresa (o grupo)», para, a continuación y en la misma cláusula, precisar cuáles son las funciones concretas dentro de su cometido laboral.

11.3. Derechos y obligaciones

El alto directivo se rige por las siguientes normas:

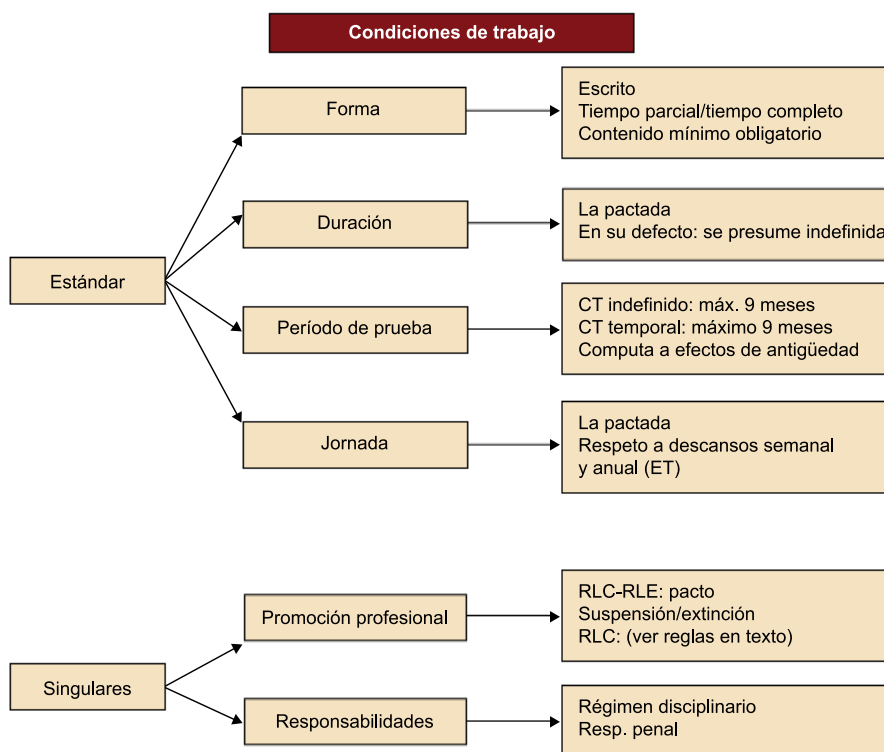
- 1) RD 1382/1985, de 1 de agosto. Es la norma reglamentaria que regula la relación laboral especial de alto directivo.
- 2) La voluntad de las partes, que debe respetar los derechos fijados por el RD 1382/1985. Mediante mutuo acuerdo pueden pactarse, en la práctica, temas como el período de prueba, la no concurrencia o permanencia en la empresa, el tiempo de trabajo, la indemnización por extinción del contrato, o el régimen de faltas y sanciones disciplinarias.
- 3) Como derecho supletorio se aplicará la legislación civil y/o mercantil.
- 4) Las normas de la legislación laboral común se aplicarán en los casos en que exista una remisión expresa por parte del RD 1382/1985. Es el caso de las causas de suspensión del contrato; de la forma y efectos del despido disciplinario; o de las causas de extinción del contrato no reguladas por el RD 1382/1985.

Figura 2. Fuentes normativas



11.4. Condiciones de trabajo

Figura 3. Condiciones de trabajo



Con respecto a las condiciones de trabajo cabe destacar los siguientes aspectos:

1) Forma del contrato

a) Por escrito, en ejemplar duplicado, entregándose uno a cada parte contratante. En su defecto, podrá probarse que existe relación laboral especial de alto directivo si concurren las notas que indica el RD 1382/1985 (características antes señaladas).

b) Contenido mínimo del contrato de alto directivo: identificación de las partes; objeto del contrato; retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas en metálico o especie; duración del contrato; tiempo de trabajo; régimen disciplinario.

c) Puede celebrarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

2) Duración del contrato

El contrato tendrá la duración que las partes acuerden. A falta de pacto escrito sobre la misma, se presumirá celebrado por tiempo indefinido.

3) Período de prueba

En el contrato especial de alta dirección podrá incluirse un período de prueba. Si el contrato se celebra por tiempo indefinido, en ningún caso podrá pactarse para dicho período una duración superior a nueve meses. Una vez transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento o ruptura del contrato, éste producirá plenos efectos. El tiempo de prueba se computará a **efectos de antigüedad** en la empresa.

4) Tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo será el fijado en las **cláusulas del contrato**. Las partes tienen amplia autonomía para fijar la jornada laboral, horarios, fiestas, permisos y vacaciones del alto cargo, siempre que no configuren prestaciones que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente, lo cual significa que deberá pactarse, sin duda, algún régimen de descanso semanal y anual, y de vacaciones y permisos.

En la práctica, una cláusula de estilo en un contrato de dirección podría indicar que el tiempo de trabajo (jornada, horarios, fiestas, permisos y vacaciones) será fijado de mutuo acuerdo entre el alto directivo y el órgano de administración de la empresa, teniendo en cuenta, por ejemplo, las necesidades de la misma en relación con la dirección de operaciones, estrategia y política comercial o de negocio, con el matiz de que suele incluirse el dato de que dichas «necesidades» no podrán suponer, por ejemplo, una prestación a cargo del alto directivo «que exceda notoriamente de la que sea usual en el ámbito profesional».

5) Régimen disciplinario y otras responsabilidades

Al alto directivo podrán imponérsele sanciones disciplinarias en los términos pactados en el contrato, cuando incumpla las obligaciones derivadas de la relación laboral especial. Las faltas del alto cargo, cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión o desde que el empresa-

rio tuviese conocimiento de ellas (STS 16.5.2018, rec. 2510/2016). Las faltas impuestas al alto cargo, y sus correspondientes sanciones, podrán ser revisadas ante el orden jurisdiccional social.

El alto directivo no tendrá responsabilidad si actúa dentro de los poderes otorgados por el empresario, de modo que cualquier reclamación se hará efectiva sobre los bienes de este último. Basta con que aparentemente actúe, dentro de ese límite, por razones de buena fe y seguridad jurídica, según establece el art. 286 del Código de comercio.

El alto cargo tendrá responsabilidad frente a terceros cuando celebre contratos fuera del giro y tráfico de la empresa, salvo que en este caso haya obrado por orden del empresario o que este haya aprobado su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

El empresario será el único responsable de las actuaciones de los trabajadores que hayan sido contratados por el alto cargo y que causen daños a terceros en el desarrollo de su actividad laboral (art. 1903 Código Civil).

De las sanciones administrativas por las infracciones laborales en que incurra el alto directivo en la gestión de la empresa responderá el empresario, sin perjuicio del derecho de repetición de este cuando el directivo haya actuado culposamente, por ejemplo desobedeciendo instrucciones, y del régimen disciplinario que pudiera haberse establecido en el contrato.

El alto cargo puede incurrir en responsabilidad por impedir o limitar el ejercicio del derecho a la libertad sindical o el derecho de huelga (art. 315 Código Penal), o por infringir las normas de prevención de riesgos laborales (arts. 316 y 317 CP). También podrá ser sancionado penalmente si trafica de manera ilegal con mano de obra (art. 312.1 CP), o si promueve o favorece la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea (art. 313.1 CP), o si solicitara favores de naturaleza sexual en el ámbito de la relación laboral, provocando a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatorio, hostil o humillante, agravándose la pena si se prevaleciera para ello de su superioridad laboral (art. 184 CP).

Deberá tenerse en cuenta, además, que «el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre» (art. 31 CP).

11.5. Promoción profesional a alto directivo

Cuando un trabajador vinculado a la empresa por una relación laboral común sea promovido o ascendido a un puesto de alta dirección en la misma deberá formalizarse un contrato escrito. En dicho contrato se especificarán los efectos que las partes quieren que tenga la nueva relación especial sobre la común anterior (suspensión de la misma o extinción). Si no pactan nada, se entiende legalmente que queda suspendida la relación laboral común previa.

Las mismas exigencias de forma y contenido del acuerdo rigen para los casos en que el trabajador de una empresa sea promovido como alto cargo a otra distinta dentro de un grupo de empresas, con lo que es perfectamente legal la cesión o traspaso del trabajador de una empresa a otra dentro del grupo.

Cuando empresario y trabajador acuerden que la relación de alta dirección **sustituya a la relación común** por la que estaban vinculados con anterioridad, este acuerdo novatorio no surtirá efectos hasta transcurridos dos años. Así pues, la relación común no se extinguirá hasta que haya pasado ese plazo, manteniéndose mientras tanto en suspenso. Aun habiéndose pactado la novación, durante los dos años que siguen al acuerdo el directivo tendrá la opción de reanudar la relación laboral común de origen si se extingue la de alta dirección.

Cuando **las partes opten por la simple suspensión** de la relación laboral previa, al extinguirse la relación laboral especial el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral común que tenía en origen.

El período durante el cual el trabajador haya ocupado el puesto de alta dirección no será computable a efectos de determinar la antigüedad y fijar la indemnización en caso de que posteriormente se produzca el despido en la relación laboral ordinaria, a la que retorne el trabajador una vez cesado en la relación especial de alta dirección.

La extinción de la relación de alta dirección por desistimiento empresarial no rompe la relación laboral común, que se reanudará a partir del día en que dicho desistimiento tuvo lugar. Salvo en el caso de que, interpuesta una acción de despido por parte del trabajador, éste se declare procedente.

Una vez reanudada la relación laboral común, si el trabajador probase que se le siguió abonando la misma retribución que antes recibía como alto cargo, y no la menor que le correspondería según convenio, se entenderá que la empresa contrajo el compromiso de seguir pagándole la más elevada. Debido a este pacto tácito a favor del salario mayor, la retribución superior que se hubiera recibido como alto cargo es la que deberá tenerse en cuenta luego a los efectos de calcular las correspondientes indemnizaciones en caso de ruptura de la «renacida» relación laboral común.

11.6. Extinción del contrato

El contrato de trabajo especial de alta dirección puede extinguirse por las siguientes causas:

- Por voluntad del alto directivo, sin causa o causal.
- Por desistimiento del empleador.
- Por despido disciplinario.
- Por las demás causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.
- Por sucesión o transmisión de empresa, salvo que se pacte expresamente otra cosa, pues no resulta de aplicación sin dicho pacto el art. 44 ET.
- Por aplicación de la Ley concursal.

11.6.1. Extinción sin causa por voluntad del alto cargo

El alto cargo puede extinguir libremente su contrato, sin necesidad de incumplimiento empresarial, aunque debe **preavisar** al empleador con un mínimo de 3 meses de antelación a la fecha de efectos de la extinción de la relación laboral especial. Dicho plazo de preaviso puede ampliarse hasta 6 meses (por cierto, es lo más habitual en la práctica), si se pacta por escrito en contratos indefinidos o de duración superior a 5 años.

En caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, el empresario tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. No obstante, se admite el pacto recíproco de renuncia a indemnización por falta de preaviso.

No será preciso respetar ningún plazo de preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario.

11.6.2. Extinción causal por voluntad del alto cargo

El alto cargo podrá extinguir el contrato fundándose en alguna de las siguientes causas:

a) Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o que sean decididas con grave trasgresión de la buena fe por parte del empresario. No hay modificación sustancial cuando las funciones del nuevo cargo resultan adecuadas al grupo profesional al que pertenece, ni existe obli-

gación empresarial de mantener al trabajador en cargos de dirección principal o inmediata, pues entra dentro de las facultades empresariales la movilidad funcional de los cargos de confianza.

b) Falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado.

c) Cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, salvo en los casos de fuerza mayor, en los que no procederá el abono de indemnizaciones.

d) Sucesión de empresa o un cambio importante en la titularidad de la misma, cuando tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios.

El alto cargo debe **preavisar** al empleador con un mínimo de 3 meses de antelación a la fecha de efectos de la extinción de la relación laboral especial. Dicho plazo de preaviso puede ampliarse hasta 6 meses, si se pacta por escrito en contratos indefinidos o de duración superior a 5 años.

En caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, el empresario tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido. No obstante, se admite el pacto recíproco de renuncia a indemnización por falta de preaviso. No será preciso respetar ningún plazo de preaviso en el supuesto de incumplimiento contractual grave del empresario.

El alto directivo tendrá derecho a las indemnizaciones pactadas, y en defecto de pacto, a las fijadas por el RD 1382/1985 para el caso de extinción del contrato por desistimiento del empresario: es decir, a las indemnizaciones pactadas en el contrato o, en defecto de pacto, a siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. No existirá este derecho a indemnización cuando la extinción del contrato obedezca al incumplimiento de obligaciones empresariales en los supuestos de fuerza mayor.

11.6.3. Extinción del contrato por desistimiento del empresario

Sin necesidad de que el empleador exteriorice o manifieste los motivos que le conducen a romper la relación laboral, podrá este llevar a cabo dicha decisión alegando la pérdida de confianza de la empresa en el alto cargo.

El desistimiento deberá comunicarse al trabajador por escrito, respetando un plazo de preaviso: en general de un mínimo de tres meses, y hasta 6 meses si se pacta por escrito en los contratos que se celebren por tiempo indefinido o por una duración superior a cinco años.

El alto cargo tendrá derecho a las siguientes indemnizaciones: a) a una equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período de preaviso incumplido, cuando el empresario no haya respetado esta obligación; y b), a las indemnizaciones pactadas en el contrato (suele ser habitual en la práctica la fijación de una indemnización de dos anualidades del salario fijo), o en su defecto a siete días del salario en metálico por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha señalado, el 5 de noviembre de 2019 (recurso de casación n.º 2727/2017) que en caso de extinción de contratos de alta dirección por desistimiento de la empresa, la cuantía indemnizatoria mínima de siete días de salario en metálico por año de trabajo, con el límite de seis mensualidades, tiene la consideración de renta exenta de gravamen por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

Los «años de servicio» se computan de la siguiente forma: a) el período como alto cargo en la empresa y b), el período previo en que haya mantenido con la empresa una relación laboral común, siempre que no se haya optado por reanudarla.

La indemnización deberá abonarse en metálico, con exclusión del salario en especie. El empresario no puede elegir entre el desistimiento o el despido disciplinario para eludir una cláusula de blindaje, sino que debe recurrir a la fórmula jurídicamente más adecuada en función de la situación, aunque resulte económicamente más costosa (STS 19.10.2006).

El pacto que establece el pago de una indemnización neta por despido es nulo de pleno derecho en cuanto supone descargar sobre la empresa las obligaciones tributarias del alto directivo, lo que constituye una medida contraria al ordenamiento jurídico, siendo un «acuerdo nulo de pleno derecho carente de eficacia y validez a los efectos pretendidos» (STS 24.2.2009).

La cláusula indemnizatoria pactada para el supuesto de extinción del contrato por desistimiento del empresario no se aplica a los ceses motivados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ni a la extinción por fuerza mayor (STS 15.6.1999).

11.6.4. Despido disciplinario del alto directivo

El contrato de alta dirección podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo. La forma del despido y sus efectos se ajustarán a lo establecido, con carácter general, en el Estatuto de los Trabajadores (art. 55), con los siguientes matices diferenciales:

a) En caso de **despido improcedente o nulo**, el empresario y el alto cargo acordarán si se produce la readmisión o el abono de indemnizaciones. En caso de desacuerdo, se entenderá que se opta por el abono de las indemnizaciones.

b) La **cuantía de la indemnización** será la que las partes hubiesen pactado en el contrato. En su defecto, será de veinte días de salario en metálico por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades.

c) El trabajador no tendrá derecho al abono de salarios de tramitación.

11.6.5. Por aplicación de la Ley concursal

La administración concursal, **por iniciativa propia o a instancia del empresario** concursado, tiene la posibilidad, de extinguir o, en su caso, suspender el contrato del alto directivo (art. 65.1 de la Ley concursal). Tratándose de una causa extintiva próxima al desistimiento empresarial, aunque la Ley concursal no resuelve con claridad el tema, parece que, en defecto de pacto, la indemnización será la pactada para la extinción del contrato por desistimiento del empresario y, a falta de tal pacto, la de 7 días de salario por año de servicio.

Si la administración concursal ha optado por la suspensión del contrato, el art. 65.2 de la Ley concursal reconoce al alto directivo la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato con derecho a indemnización, con el único requisito de observar un preaviso de un mes. En este caso, el contrato podrá extinguirlo el alto directivo con el percibo de la indemnización pactada (que el juez puede rebajar a 20 días por año), y si no existe pacto, no hay derecho a indemnización, porque es un caso similar al desistimiento sin causa del alto directivo.

11.6.6. Esquema resumen e indemnizaciones legales por extinción de contrato de alto directivo

A modo de resumen se presentan la figura y la tabla siguientes:

Figura 4. Indemnizaciones legales por extinción de contrato de un alto directivo

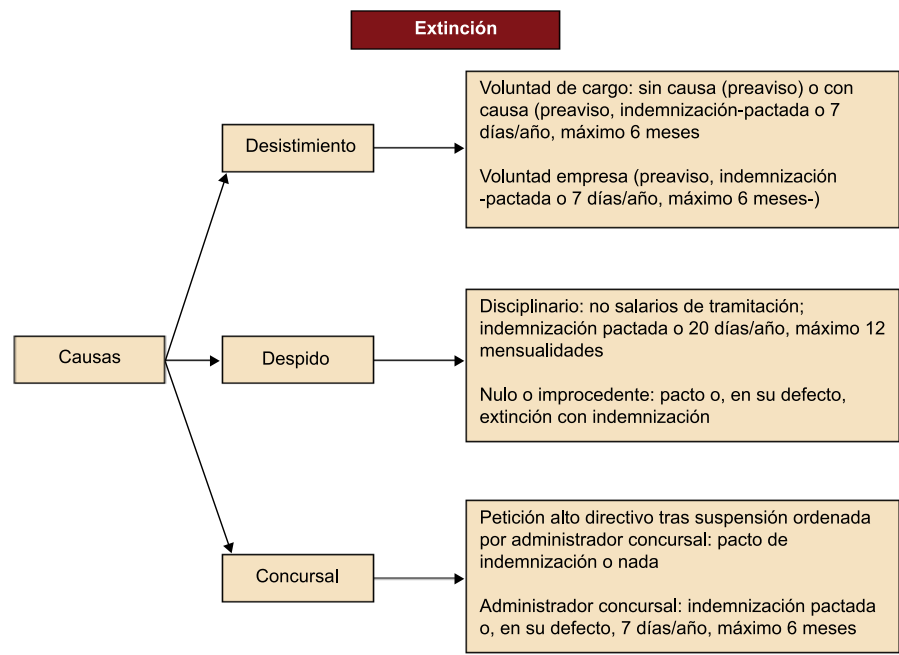


Tabla 1. Indemnizaciones legales por extinción de contrato de alto directivo (mejorables por pacto)

Causa	Módulo	Tope	Preaviso
Despido disciplinario	20 días salario / año servicio	12 mensualidades	No
Desistimiento empresarial	7 días salario / año servicio	6 mensualidades	Sí. 3-6 meses
Dimisión provocada	7 días salario / año servicio	6 mensualidades	No

12. Pactos específicos para altos directivos

12.1. Retribuciones. Cláusulas de blindaje

La estructura del salario dinerario del alto directivo suele contener una parte «fija», que toma como base el tipo de empresa y sector, el puesto de trabajo, la cualificación profesional, la experiencia, etc.; y otra **variable**, ligada a conceptos heterogéneos como los resultados de la empresa (bonus o incentivo anual sobre beneficios después de impuestos, por ejemplo), a la cobertura de los objetivos marcados (por ejemplo, analizando dicho cumplimiento mediante la evaluación del desempeño) mediante incentivos a corto o a medio plazo (primas, bonos, acciones, gratificaciones, etc.). Junto a ello, es claro que las **retribuciones «en especie»** (vehículo, vivienda, planes de pensiones, etc.) son uno de los alicientes para fidelizar a los directivos.

En la práctica, pues, lo habitual es establecer una retribución fija y una retribución variable que dependerá de unos objetivos o resultados, individuales o corporativos, que se devengará si llegan a alcanzarse. No es obligatoria, con todo, la participación del directivo en el capital social de la empresa (ninguna norma lo establece), pero es habitual darle un porcentaje en el capital social para su fidelización, o bien un programa de *stock options* que habrá de estipularse en el contrato o en cláusula anexa.

12.1.1. *Stock options*

Las *stock options* son una concesión más beneficiosa, unilateralmente concedida por la empresa, que queda por tanto sujeta al documento de concesión y al Plan regulador de las mismas.

Se trata de unos «derechos de compra sobre acciones», que constituyen salario y rendimiento del trabajo en especie.

La opción de compra es intransmisible, de modo que la retribución en especie se devengará al tiempo de ejercitarse la opción y adquirirse la acción. La valoración de esta retribución en especie es la diferencia entre el valor de mercado o cotización de la acción el día de ejercicio de la opción, y la cantidad satisfecha por el trabajador para comprar las acciones (valor que estará previamente pactado).

En consecuencia, la retribución en especie que obtiene el trabajador es: el valor de mercado de la acción **menos** la cantidad satisfecha por el alto directivo, **multiplicado por** el número de acciones.

Como regla general, los rendimientos de este tipo de acciones (una vez ejercitada la opción de compra) tienen derecho a una reducción del 40%, que no podrá superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por el número de años de generación del rendimiento. Dicho límite se duplicará para los rendimientos derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones por los trabajadores que cumplan los siguientes requisitos:

- Las acciones o participaciones adquiridas deberán mantenerse, al menos, durante tres años, a contar desde el ejercicio de la opción de compra.
- La oferta de opciones de compra deberá realizarse en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa.

El incumplimiento del requisito de mantenimiento de las acciones o participaciones adquiridas, al menos, durante tres años, motivará la obligación de presentar una declaración-liquidación fiscal complementaria, con inclusión de los intereses de demora, en el plazo que medie entre la fecha en que se incumpla el requisito y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

Los salarios percibidos por el alto directivo gozan de las mismas garantías que las del personal de régimen laboral común en cuanto a inembargabilidad, liquidación, cobro y preferencia como créditos salariales respecto a otros, incluida la protección de FOGASA (de la que se excluyen las indemnizaciones por desistimiento y falta de preaviso del empresario: STSJ Cataluña 6.7.2007).

No es lícito el pago por el empresario y a su costa de las cargas de Seguridad Social, pues tales pactos son nulos conforme al art. 7.3 RD 2064/1995.

Especialmente importante aquí y ahora es la mención a las denominadas «cláusulas de blindaje», que podemos ver en el siguiente apartado.

12.1.2. Cláusulas de blindaje

Como decíamos, especialmente importante es la mención a las denominadas «cláusulas de blindaje».

Se trata de pactos que pueden suponer desde una cantidad de dinero, a la venta u opción en la compra de acciones de la empresa. No se trata tanto de una compensación económica, como de una medida de persuasión o defensa, de una cláusula indemnizatoria inserta en el contrato de alta dirección que

adquiere, así, la categoría de blindado y refuerza la posición del trabajador frente a una resolución unilateral del contrato por parte del empresario no amparada por una causa de despido disciplinario (STS 12.3.1997).

Las cláusulas de blindaje, así y desde la perspectiva laboral, son estipulaciones contractuales por las que se pacta una compensación económica en caso de extinción unilateral del contrato de trabajo por el empresario por importes significativamente más elevados que los previstos en la legislación laboral.

Se trata de cláusulas indemnizatorias que no permiten la aplicación de las facultades moderadoras de la misma previstas en el art. 1154 del Código Civil, lo que supone que, una vez firmadas, deben cumplirse sin que puedan ser reducidas en su importe por el juez, en opinión de los tribunales de justicia. Ello no obstante, no faltan voces (Molero Manglano) que indican que dicha facultad moderadora debiera ser aplicada por los tribunales en los supuestos de blindajes desproporcionados o de cuantía desmedida, o en los casos en que la empresa demostrase un cierto incumplimiento contractual del trabajador aunque no llegara a ser constitutivo de despido procedente, de modo que, aplicando criterios de equidad, se llegara a la moderación del blindaje, con base en el art. 1103 del Código Civil.

En esta dirección, la Ley concursal (2003) recoge, en su art. 65, la posibilidad de que el juez mercantil que conoce de un concurso pueda moderar, en caso de extinción autorizada de contratos, la indemnización, disminuyendo la cláusula de blindaje del alto directivo, otorgándole, como mínimo, la misma protección que tendría el resto de trabajadores afectado por el concurso (es decir, la indemnización legal de 20 días por año de servicio con el tope de 12 mensualidades). Esta facultad moderadora del blindaje del juez mercantil es lógica, pues lo que pretende es que no se otorguen indemnizaciones desmesuradas a una única persona en detrimento de los créditos de otros acreedores que también querrán ver satisfechos sus créditos.

A continuación, paso a detallar una serie de criterios judiciales prácticos sobre las cláusulas referidas, que **extienden la obligación de pago** de la cláusula a supuestos «diversos» al estipulado:

1) Cláusula de blindaje pactada solo para el supuesto de despido, que se extiende o amplía judicialmente al desistimiento empresarial: STS 6.6.1996, que extiende y amplía el tenor literal de una cláusula de blindaje, pactada para el caso de despido improcedente, a un supuesto de desistimiento empresarial, al entender que si se pacta una indemnización para el despido improcedente que

exige alegar causa, tal intención de las partes debe extenderse o ampliarse al supuesto de extinción por desistimiento, ya que en este supuesto ni siquiera se exige alegar causa alguna para que opere.

La STS 21.5.2004 recoge un criterio similar, para una cláusula de blindaje pactada para el caso de despido improcedente, que se extiende judicialmente al supuesto en que se estime la demanda del trabajador al amparo del art. 50 ET (resolución causal del contrato por incumplimiento grave del empresario). Aunque no faltan sentencias que apuntan, en sentido diferente, que el blindaje pactado para el caso de desistimiento empresarial es ineficaz en caso de despido improcedente del alto directivo.

2) El blindaje debe abonarse aunque se pruebe que el despedido no era verdaderamente un alto directivo sino un empleado con relación laboral común, si así se pactó bilateralmente, constando que la empresa considera a dicho trabajador como alto directivo: STS 25.9.2003.

3) Este blindaje opera en caso de despido objetivo declarado improcedente (arts. 52-53 ET), a pesar de haberse pactado solo para el despido disciplinario improcedente (arts. 54-55 ET): STSJ Cataluña 1.9.1999.

Por el contrario, criterios judiciales restrictivos con la cláusula de blindaje, que **la anulan y la convierten en ineficaz y no aplicable**, también se recogen en la doctrina de los tribunales de justicia. Es el caso de los siguientes ejemplos:

a) **Inexistencia de causa para que opere el blindaje, por concurrencia de fraude:** sería el caso de una «doble autocontratación», de común acuerdo entre el anterior presidente y el actual consejero delegado de una sociedad, que se «autocontratan» recíprocamente con dos contratos blindados de alta dirección, con una duración mínima de 10 años, que obligan con ello a la empresa a pagar los salarios de los ejecutivos hasta dicha duración mínima en caso de que la sociedad extinguiera dichos contratos antes de dicho término; todo ello pese a conocerse que iba a producirse una compra importante de acciones con la llegada de nuevos directivos que asumirían la administración y dirección de la compañía, por lo que ambos ejecutivos ya sabían que sus contratos se extinguirían en breve.

b) **El blindaje no tiene eficacia en los casos en que se haya producido un abuso de derecho:** a modo de ejemplo, es abusiva y desproporcionada una cláusula de blindaje que fija el pago de 40 millones de las antiguas pesetas a una auxiliar administrativa que convive, en la fecha de firma de dicha cláusula, con quien dirigía la sociedad y que firmó el blindaje en nombre de la empresa. Además, en los casos más graves la suscripción de cláusulas de blindaje puede llegar a suponer un delito de estafa (por ejemplo, directivo que firma una cláusula de blindaje –50 millones de pesetas– en beneficio de su esposa, trabajadora de la empresa que él dirige, ocultándolo a los demás socios e

ideando un despido improcedente –por faltas de asistencia inexistentes– para que se cobre dicho blindaje, que ascendía a tres anualidades del salario: STS, Sala Penal, de 4.12.2000).

c) No aplicación del blindaje al alto directivo cuando se produce una sucesión de empresa: consecuencia lógica de que el art. 44 ET no resulte de aplicación a los altos directivos. La razón se encuentra en el art. 10.3. d) del Real Decreto 1382/85, que establece que los altos directivos tienen un plazo de 3 meses posterior a la sucesión de empresa para extinguir por su propia voluntad el contrato, percibiendo la indemnización fijada para el supuesto de desistimiento.

d) El blindaje no opera en supuestos de expedientes de regulación de empleo, ni tampoco en supuestos de despidos objetivos declarados procedentes.

Se han establecido fuertes limitaciones cuantitativas a las indemnizaciones para altos directivos de las entidades de crédito participadas o apoyadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), conforme a la DA 7ª de la Ley 3/2012. También para altos directivos en el sector público (empresas públicas), por la DA 8.ª de la Ley 3/2012 (al respecto, STSJ Castilla-León 30.12.2015, rec. 1340/2015, STSJ Andalucía-Málaga 26.5.2016, rec. 421/2016, SSTSJ Madrid 25.3.2019, rec. 330/2018 y 30.4.2020, rec. 1089/2019).

12.2. Pacto de dedicación exclusiva

En cuanto al pacto de dedicación exclusiva, hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

1) Acuerdo escrito y específico de dedicación exclusiva: se presume (implícito) en el caso de los altos directivos, mientras que para el resto de trabajadores debe pactarse expresamente. En consecuencia, el alto directivo no podrá celebrar contratos de trabajo con otras empresas, salvo que el empresario lo autorice verbalmente o por escrito; la autorización se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y conocida, y no se hubiese hecho exclusión expresa de ella en el contrato especial de trabajo (art. 8.1 RD 1382/195).

2) No requiere compensación económica en el caso de los altos directivos, a diferencia de lo que sucede si se pacta con quien no ostente dicha condición.

3) El alto directivo puede renunciar a la cláusula con un preaviso de 30 días, perdiendo la compensación desde el momento de la renuncia.

4) En caso de incumplimiento de la cláusula de dedicación exclusiva por el alto directivo (por ejemplo, por «pluriempleo» del trabajador –trabajo por cuenta ajena en otra empresa– o «pluriactividad» –trabaja como autónomo en otro negocio–), nace el derecho a la reclamación de daños y perjuicios, cuya cuan-

tía podrá o bien fijarse de antemano en el contrato del alto directivo, o bien determinarse a posteriori en la reclamación de la empresa sobre la base de criterios como el tiempo conocido de incumplimiento, el posible daño comercial causado (por ejemplo, por competencia desleal, al trabajar para otra empresa del sector); además, la empresa podrá sancionar disciplinariamente al alto directivo, con la gradación propia de las sanciones disciplinarias, esto es, optando por una sanción solo desde la más leve (amonestación verbal o escrita), hasta la más grave (despido disciplinario), pasando por otras intermedias (suspensión de empleo y sueldo, traslado forzoso).

5) La empresa debe llegar a un acuerdo con el directivo si quiere suprimir la cláusula de dedicación exclusiva; si no hay acuerdo, deberá acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET).

Como cláusula de estilo, suele pactarse que el alto directivo se compromete a prestar servicios en la empresa que le contrata en régimen de plena dedicación, no pudiendo, en consecuencia y mientras dure su contrato, ejercer por cuenta propia o de terceros, actividad alguna, suponga o no competencia para esta entidad mercantil, salvo autorización expresa de la misma. En el momento de la firma, el contrato suele contener dos matices: uno, que en dicho momento el alto directivo declara expresamente que no se encuentra vinculado a ninguna otra empresa o entidad; dos, que el incumplimiento de la cláusula de dedicación exclusiva dará lugar a la resolución del contrato sin indemnización ni preaviso alguno.

12.3. Pacto de no competencia

El pacto de no competencia (o lo que es lo mismo, de «no concurrencia») con la actividad de la empresa para **después de la finalización del contrato** solo será válido si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
- Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.
- Que la libertad de trabajo del trabajador o alto cargo se restrinja, como máximo, por un período de dos años.

Se trata de un compromiso de no competir o de no «recolocarse» en una empresa de la competencia por parte del alto directivo, durante el plazo máximo de dos años desde la finalización de la relación con la empresa con la que firmó dicho pacto.

- Precisa pacto escrito expreso e, insisto, interés empresarial concreto (clientes, proveedores, secretos comerciales, etc.) que justifiquen dicho pacto.

- La duración máxima de 2 años es aplicable para altos directivos y para otros trabajadores que sean «técnicos» pero no directivos, pues si se trata de trabajadores menos cualificados la duración máxima es de 6 meses.
- El importe de la compensación económica obligatoria debe fijarse bien de mutuo acuerdo, bien por decisión unilateral de la empresa. Igualmente, se estipularán la forma y los periodos de pago.
- El incumplimiento del plazo de no concurrencia pactado supone el derecho de la empresa a reclamar daños y perjuicios, conforme a lo pactado como «penalización» por incumplimiento en el propio pacto; en su defecto, se reclama la cantidad que se entiende que compensa el daño sufrido por el incumplimiento (por ejemplo, devolución de lo percibido por la cláusula de no concurrencia más intereses legales).

Ha señalado el Tribunal Supremo, en sentencia de 21.1.2004, que es nula la cláusula de no concurrencia incluida en el contrato de un alto directivo, en virtud de la cual la empresa se reserva del derecho de desistimiento unilateral de dicho pacto eximiéndose del pago de la indemnización pactada en compensación por su cumplimiento, pues ello contraviene el art. 1256 del Código Civil, según el cual «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Según el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencia de 10.10.2001), para la validez y licitud del pacto de no concurrencia, es requisito esencial la fijación de una compensación económica, de modo que, si no está fijada, el pacto es nulo desde su origen y no puede reconocérsele efectividad alguna. Además, si el trabajador, una vez extinguida la relación laboral especial de alta dirección, continúa vinculado a la empresa mediante una relación laboral ordinaria, esta nueva relación le impide cualquier prestación laboral que sea constitutiva de competencia desleal (art. 21.1 ET), sin necesidad de compensación por ello, por lo que no puede exigir el trabajador una contraprestación por «no hacer algo» que en cualquier caso no podría realizar sin infringir la exigencia de buena fe que todo contrato laboral comporta.

El pacto de no concurrencia suele vincularse a una **cláusula de confidencialidad**, en el sentido de que la información a la que acceda el directivo sobre los proyectos o secretos industriales de la empresa, que sean calificados por la misma como «confidenciales», obliga al directivo por contrato a no copiar, grabar, transmitir o revelar ninguna información (impresa, magnética o verbal) que sea calificada como confidencial por la empresa que le ha contratado. Habitualmente, la empresa se reserva el derecho a reclamar daños y perjuicios al directivo en caso de incumplimiento de dicho pacto.

Por su lado, suele ser frecuente que las empresas incluyan en el contrato del alto directivo una cláusula en la que este se comprometa, si se va de la empresa y durante el mismo tiempo de no concurrencia (no indefinidamente, pues

ello sería abusivo, sin duda, por el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio que señala el art. 35 de la Constitución), a **no «reclutar»** mediante ofertas de empleo al equipo de trabajo con el que ha compartido su tarea en la empresa.

12.4. Pacto de permanencia

En cuanto al pacto de permanencia, hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

a) Debe pactarse por escrito, y formaliza un compromiso de «fidelidad temporal» del directivo con la empresa.

b) Su duración máxima es de 2 años para un trabajador no directivo, y para altos directivos puede ser el plazo que se pacte y, por lo tanto, superior a los 2 años pero siempre con carácter temporal y nunca como compromiso «indefinido» porque sería un abuso de derecho.

c) Para pactarlo, es imprescindible que la empresa haya dado especialización profesional obligatoria al directivo, para que desarrolle una tarea específica o para que active un proyecto concreto durante un plazo concreto.

d) Ventaja para la empresa: no supone el abono de compensación económica alguna.

e) Incumplimiento de la cláusula: genera el derecho a reclamar daños y perjuicios (puede pactarse como cláusula de penalización en el contrato, indicando el importe, que es lo más recomendable, por ejemplo, con referencia al precio de coste de la especialización, que deberá devolver el directivo en caso de incumplimiento), Esto es, las partes pueden acordar que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios para el caso de que el directivo abandonase el trabajo antes del plazo fijado.

13. Seguridad Social del alto directivo

13.1. Encuadramiento

Como regla general, los altos directivos están incluidos en el Régimen General, o en el especial que corresponda por razón de su actividad (por ejemplo, autónomos: cuando el alto directivo laboral tiene el control efectivo de la sociedad).

Si el alto directivo desempeña, a la vez, un cargo de administración social ejecutiva (funciones de dirección y gerencia) y no tiene el control efectivo de la sociedad queda incluido en el Régimen General, pero no de forma plena, sino con determinadas limitaciones: no cotiza, y por lo tanto no está protegido ni por FOGASA ni por desempleo.

A efectos de su encuadramiento como autónomos, deben tenerse en cuenta dos situaciones en las que se puede ver inmerso el alto directivo:

1) Si ejerce las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presta otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posea el control efectivo, directo o indirecto de aquella.

Se posee el control efectivo cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

2) Por otro lado, salvo prueba en contrario, se presume que el trabajador directivo posee el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

13.2. Cotización

A efectos de cotización están asimilados al grupo primero de la tarifa de cotizaciones en el Régimen General. En 2020, las **bases máximas y mínimas** de cotización en este grupo por contingencias comunes están limitadas por las siguientes cuantías:

- Base mínima: 1.547 euros mensuales.
- Base máxima: 4.070,10 euros mensuales.

Si el alto directivo es autónomo, las bases de cotización son las siguientes en 2017:

- Base mínima de cotización: 944,40 euros mensuales.
- Base máxima de cotización: 4.070,10 euros mensuales.