

LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR POR PÉRDIDA DE TITULACIÓN, HABILITACIÓN PROFESIONAL O AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular de la Universitat de València

Extracto:

Es evidente y de sobra conocido por todos, que para efectuar y desarrollar las funciones propias de diversas profesiones e incluso determinados puestos de trabajo, se requiere estar en posesión de amplios y sólidos conocimientos prácticos y, muy especialmente, académicos y profesionales, debido a la especial dificultad o complejidad que reviste su desempeño, además de encerrar una indiscutible responsabilidad con y para la sociedad. Debido a ello, se impone, como imperativo legal, ostentar el correspondiente título, permiso oficial o autorización administrativa que acredite la obtención de tales conocimientos. Ahora bien, esta premisa conlleva que, acto seguido, se hace necesario preguntar cuáles son las consecuencias, bien de realizar *ab initio* unas funciones o trabajos propios de una profesión, sin poseer el título que la normativa exige para ello, bien de perder, de una forma sobrevenida, el referido título habilitante. Para ello, este trabajo lleva a cabo un estudio exhaustivo, tanto de la normativa legal y reglamentaria, como de la negociación colectiva, de las distintas causas por las que el trabajador se puede ver privado de la referida titulación habilitante, para determinar los derechos y obligaciones del trabajador en cada caso concreto, así como las facultades unilaterales de actuación de la empresa.

Palabras clave: ineptitud sobrevenida, revocación de titulaciones profesionales, despido y negociación colectiva.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Las titulaciones académicas oficiales y las capacitaciones profesionales: la reserva de Ley.
 1. El desempeño de la actividad profesional por cuenta ajena.
- III. El carácter temporal o definitivo de la pérdida del título habilitante.
 1. Pérdida meramente temporal.
 2. La pérdida o revocación definitiva.
 3. La ineptitud frente nulidad.
- IV. La no renovación al trabajador extranjero de la autorización administrativa para trabajar.
- V. La formación del trabajador. La falta de adaptación del trabajador a los cambios producidos en el puesto de trabajo: un período obligatorio de adaptación.
- VI. La negociación colectiva.
 1. Excedencia especial o derecho preferente para ocupar vacantes.
 2. La suspensión del contrato de trabajo.
 3. Infracción laboral.
 4. Movilidad funcional.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente, y de sobra conocido por todos, que para efectuar y desarrollar las funciones propias de diversas profesiones e incluso determinados puestos de trabajo, se requiere estar en posesión de amplios y sólidos conocimientos prácticos y, muy especialmente, académicos, debido a la especial dificultad o complejidad que reviste su desempeño, además de encerrar una indiscutible responsabilidad con y para la sociedad. Debido a ello, se impone, como imperativo legal, ostentar el correspondiente título o permiso oficial que acredite la obtención de tales conocimientos. De lo contrario y aun cuando el trabajador tenga los conocimientos, la habilidad e incluso las facultades y posibilidades físicas y psíquicas de llevarlas a cabo, no se puede reconocer la posesión de los conocimientos indispensables para el ejercicio profesional y, en consecuencia, no se puede llevar a cabo con licitud llegando al extremo de considerarse delito el ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional ¹.

De tal forma que, trasladando las referidas precisiones al ámbito de las relaciones laborales, «resulta claro que si un empleado lleva a cabo funciones o trabajos propios de una profesión, sin poseer el título que la Ley exige para ello, no solo no se le puede reconocer el derecho a ostentar la categoría laboral correspondiente a esa profesión, sino que además tampoco tiene derecho a percibir los haberes correspondientes a esa categoría, puesto que, en realidad, no efectúa ni puede efectuar en forma adecuada y conforme a Derecho las funciones propias de esa categoría, al no poseer el referido título ²».

II. LAS TITULACIONES ACADÉMICAS OFICIALES Y LAS CAPACITACIONES PROFESIONALES: LA RESERVA DE LEY

Ahora bien, en primer lugar, como es sabido por todos, hay profesiones que exigen estar en posesión de una titulación académica oficial para su ejercicio, cuya regulación y expedición son competencia exclusiva del Estado y actividades sometidas a la previa obtención de una autorización, licencia administrativa o la superación de ciertas pruebas de aptitud, esto es, una capacitación oficial, que en cambio pueden ser competencia tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas ³, pero, en cualquier caso, vienen impuestas por los poderes públicos.

Asimismo, podría articularse la exigencia de una titulación o formación acreditada a través de la negociación colectiva para el trabajo en un determinado sector, puesto de trabajo, grupo o categoría

¹ SSTs de 30 de marzo de 1992 y 25 de marzo de 1994, Ar. 2638.

² SSTs de 3 de junio de 1992, Ar. 4517, 27 de enero de 1995, Ar. 521, 7 de abril de 1995, Ar. 2921, 23 de mayo de 1996, Ar. 4615 y 25 de junio de 2002, Ar. 8931.

³ *Vid.* SSTC 122/1989 y 111/1993.

profesional⁴. Sin embargo, partiendo de la premisa de que tales limitaciones, elección de profesión u oficio del artículo 35.1 de la Constitución Española (CE) son constitucionales, en cuanto vienen impuestas por las exigencias propias de cumplir los requisitos de regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades⁵ no es menos cierto que esa misma jurisprudencia constitucional condiciona la legítima limitación del referido derecho constitucional a las exigencias de justificación y proporcionalidad⁶. De tal forma que será necesario que la limitación venga impuesta con la finalidad de garantizar intereses públicos y el nivel de conocimientos, el rango de la titulación, así como el control de los poderes públicos, dependerá proporcionalmente de la relevancia social de los referidos intereses que se quieren proteger.

Así, en primer lugar, como destaca la doctrina, se puede justificar de esta manera la subordinación del ejercicio de profesiones, actividades y puestos de trabajo a la posesión de un título o capacitación que acrediten formalmente los conocimientos y formación específica necesaria para desarrollar dicha actividad, pero no cuando lo que se exige es una titulación académica inespecífica que no habilita para desarrollar actividad concreta alguna sino que simplemente acredita un determinado nivel educativo o cultural y cuya justificación no sería, en consecuencia, el garantizar intereses o bienes públicos, sino más bien un simple designio de mantener un nivel cultural y técnico más adecuado para una determinada actividad profesional, que aun cuando podría considerarse un valor atendible, de ninguna manera podría condicionar el derecho fundamental de acceso al trabajo y elección de profesión⁷.

Ahora bien, en segundo lugar, a mi juicio, tampoco se podría justificar la imposición de titulación o capacitación acreditativa para el ejercicio de actividad profesional de llevarla a cabo de forma desigual. En efecto, si partimos de la premisa de que los poderes públicos están legitimados para establecer tales limitaciones formales y, por ende, que las mismas puedan emanar asimismo de las Comunidades Autónomas como poder público que son, podría darse el caso de la articulación de limitaciones distintas para el ejercicio de una misma actividad o profesión dependiendo exclusivamente de la zona geográfica del Estado donde se quiera llevar a cabo la actividad correspondiente. Lo cual, además de vulnerar los derechos de acceso al trabajo y libre elección de profesión, infringiría muy especialmente el principio constitucional de igualdad ya que, como ha establecido el Alto Tribunal, dicho principio impide el establecimiento de distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho iguales (STC 83/1984). Así, cabe recordar que en materia laboral, las Comunidades Autónomas no ostentan capacidad normativa originaria, pues el artículo 149.1 de la CE, en su número siete, deja claro que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado y que las Comunidades Autónomas únicamente tendrán una facultad de ejecución de dicha legislación, esto es, meros actos de aplicación de la misma. Como destaca la doctrina⁸, la citada distinción responde al objetivo constitucional de mantener una ordenación jurídica uniforme. De esta manera y con la finalidad de garantizar una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, el Tribunal Consti-

⁴ HURTADO GONZÁLEZ, L., «El requisito de un título o capacitación oficial para ser contratado libremente», *RL*, n.º 6, 2004, pág. 21.

⁵ SSTC 83/1984 y 178/1989.

⁶ SSTC 89/1989, 122/1989, 178/1989 y 111/1993, entre otras.

⁷ En este sentido se puede ver, HURTADO GONZÁLEZ, L., *op. cit.*, pág. 30.

⁸ *Vid.* CAMPS RUIZ, L.M., «Fuentes del Derecho del Trabajo II», en *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas, Valencia, 2004, pág. 96.

tucional (TC) ha entendido que el concepto legislación incluye no solo los actos normativos con fuerza de Ley, sino también su desarrollo reglamentario e incluso aquellos actos que sin entrar formalmente en el cuadro de fuentes contienen materialmente normas de desarrollo ⁹.

1. El desempeño de la actividad profesional por cuenta ajena.

En consecuencia y siempre desde mi punto de vista, sin entrar a dilucidar la constitucionalidad, desde la perspectiva del principio de igualdad, de exigencias de capacitación o titulación distintas para ejercer libremente o por cuenta propia una determinada actividad profesional según la Comunidad Autónoma de que se trate, en cualquier caso, de haberse establecido tales requisitos de capacitación, no impedirán el ejercicio de la actividad por cuenta ajena, so pena de poner en peligro la uniformidad en la ordenación jurídica laboral, estrictamente prohibida, como se ha podido ver, por el Alto Tribunal. En efecto, cabe recordar las SSTs de 6 de junio y 23 de diciembre de 1996, Ar. 4994 y 9843, resolviendo el supuesto de la exclusión de laboralidad de los transportistas del artículo 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores (ET).

En cuanto al problema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las sentencias entienden que el citado artículo del ET para fijar la exclusión de los transportistas, debe atender no a actuales o eventuales regulaciones desiguales entre Comunidades Autónomas, que son las que regulan la autorización administrativa correspondiente de los transportistas, criterio utilizado por el artículo 1.3 g) del ET para excluir el supuesto del ámbito de las relaciones laborales, sino al precepto legal estatal, esto es, el artículo 2 de la Ley del Transporte Terrestre, que se habría convertido en legislación laboral a estos efectos y, por tanto, competencia estatal ¹⁰. Por lo tanto, del mismo modo en el supuesto que ahora analizamos, de exigirse habilitaciones profesionales de forma desigual en distintas Comunidades Autónomas para el ejercicio profesional de una actividad, no repercutiría en el ámbito laboral, para desempeñar dicha actividad por cuenta ajena, sino que se deberá estar a la legislación estatal, esto es, el Repertorio Nacional de Certificados de Profesionalidad que, a estos efectos, asimismo, se habría convertido en legislación laboral.

Pero es más, como acertadamente señala la doctrina, en este contexto existe una norma laboral específica que solo permite la articulación de exclusiones, preferencias y reservas a la libre contratación por normas con rango de Ley, a saber, el artículo 17.2 del ET ¹¹. Así, sin duda aun cuando evidentemente se esté excluyendo la negociación colectiva de la posibilidad de realizar tales limitaciones y concretamente exclusiones por razón de titulación o capacitación, que es lo que nos concierne ahora, como señalan algunos autores, al contener el precepto la frase literal de establecerse por Ley, está indicando una reserva completa y cerrada que no puede dejar espacios reguladores y especificadores al reglamento ¹², excluyéndose incluso la posibilidad de medidas reglamentarias en

⁹ SSTC 18/1982, 7/1985, 249/1988, 86/1991 y 102/1991.

¹⁰ LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Valencia, 1999, pág. 51.

¹¹ ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Madrid, 1982, pág. 68, CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS, P. y GÓMEZ GORDILLO, R., *Estatuto de los trabajadores comentado*, Madrid, 2003 y HURTADO GONZÁLEZ, L., *op. cit.*, 31.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid, 1983, pág. 463.

desarrollo de Ley. De tal forma que, a mi modo de ver, ello comportaría obligatoriamente que la norma que establezca la exigencia excluyente, en este caso la necesidad de titulación o capacitación oficial, sea en todo caso Ley.

Tal premisa, evidentemente puede comportar y comportaría exigencias heterogéneas de titulación o capacitación para el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia o por cuenta ajena. Así, si para el ejercicio de una actividad profesional concreta se exige una capacitación oficial por una norma reglamentaria, tal circunstancia impediría a los no capacitados oficialmente el ejercicio libre o por cuenta propia de la actividad, pero no por cuenta ajena. Las consecuencias de tal interpretación, llevada hasta sus últimas consecuencias, tampoco serían tan radicales como podrían parecer a priori, pues no hay que olvidar que existe en el ámbito jurídico laboral otra norma que sí ostenta el rango de Ley, que impide la contratación de trabajadores no aptos para la realización de las funciones a contratar. En efecto, el artículo 25.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) dispone expresamente que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

De esta manera, aun cuando la exigencia de titulación habilitante o capacitación oficial viniera establecida reglamentariamente y, en consecuencia, en principio, no impediría la contratación por cuenta ajena del no capacitado oficialmente, siempre desde mi punto de vista, no sería posible celebrar la contratación si en tales casos se pusiera en situación de peligro a cualquier persona o lo que es lo mismo, cuando los intereses o derechos tutelados por la limitación fueran de gran relevancia o trascendencia, esto es, de orden público (la salud, la integridad, la vida, etc.) el artículo 25.2 de la LPRL impediría la celebración del contrato de trabajo en cualquier caso. Así, por ejemplo, la obtención de la licencia correspondiente para el pilotaje de una aeronave (RD 270/2000, Resolución de 12 de julio de 2001 y RD 57/2002), la licencia o carné de instalador autorizado de gas (RD 409/1997), de instalador-operador de calderas (Resolución de 28 de junio de 1981), de manipulador de alimentos (RD 202/2002), etc.

Ahora bien, tratándose de intereses de menor relevancia, esto es, intereses sociales de menor entidad, por ejemplo, el patrimonio inmobiliario, donde el propio TC ha declarado que ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario (STC 111/1993), la capacitación oficial meramente reglamentaria no podrá, a mi entender, excluir el ejercicio por cuenta ajena de dicha actividad, siempre que el trabajador estuviera en posesión de los conocimientos, la habilidad e incluso las facultades y posibilidades físicas y psíquicas de llevarlas a cabo, de lo contrario, el artículo 25.2 de la LPRL imposibilitaría igualmente la celebración del contrato.

En estos supuestos, siempre a mi juicio, la acreditación formal de los conocimientos para la realización de la correspondiente actividad profesional, por cuenta ajena, no será necesaria, pues se entiende que si la prestación tiene lugar en el seno de una relación laboral contractual, la función de garantía que corresponde, en principio a la titulación o capacitación oficial reglamentaria de aquellos intereses no fundamentales o de menor relevancia, puede desplegarse por la empresa, siendo el empre-

sario el garante de que el trabajador efectivamente esté capacitado para el desempeño del trabajo al comprobar en el momento de la contratación que está en posesión de los conocimientos, la habilidad e incluso las facultades y posibilidades físicas y psíquicas necesarias para llevarlo a cabo.

Algo similar a lo que ocurre con la exigencia de colegiación para el desempeño de una actividad profesional determinada, que se exceptúa cuando esta se lleva a cabo en el sector público a través de una relación administrativa, funcionarial, laboral o estatutaria al servicio de la Administración pública de forma exclusiva¹³. No hay que olvidar que el empresario tiene una obligación de diligencia *in contrahendo* que comporta su deber de asegurar que el trabajador reúne todas las condiciones necesarias para llevar a cabo de forma adecuada las funciones que se le encomiendan y de lo contrario incurre en un comportamiento negligente que desemboca en todo tipo de responsabilidades, administrativas, civiles e incluso penales y que, en estos casos, a mi modo de ver, tratándose como se ha visto de intereses que no comportan interés público alguno, podría suplir perfectamente la función de garante de los citados intereses de menor relevancia que, fuera de una relación laboral, esto es cuando se ejercen libre o autónomamente, evidentemente, solo pueden quedar garantizados por la exigencia formal de la habilitación profesional reglamentaria correspondiente.

En cualquier caso y como se ha destacado, parece bastante evidente que en virtud del citado artículo 17.2 del ET se esté excluyendo la negociación colectiva de la posibilidad de realizar tales limitaciones y concretamente exclusiones por razón de titulación o capacitación. En la jurisprudencia, de hecho, en los supuestos de movilidad funcional unilateral por parte del empresario, siempre se ha reconocido la posibilidad y el derecho del trabajador de realizar las funciones aun cuando no estuviera en posesión de la titulación convencional y, por ende, el derecho a recibir el salario correspondiente. En efecto, ha mantenido el Alto Tribunal que es necesario diferenciar aquellos casos en que el título constituye requisito legal inexcusable para ejercitar una determinada actividad laboral de aquellos otros en que su imposición por convenio colectivo tiene el designio de mantener un nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada.

Así, mientras en el primer caso, como se ha dicho, no pueden realizarse ni siquiera accidentalmente esas funciones, pudiendo incluso incurrir en infracciones de otro orden, en el segundo, si bien las normas convencionales impedirán el reconocimiento de la categoría superior, ello no debe privar al trabajador que válidamente ejerce dichas funciones, por encima de su categoría, a la percepción de las retribuciones correspondientes a la misma¹⁴. Sin embargo, se viene negando sistemáticamente el reconocimiento definitivo de la nueva categoría profesional. Sin duda tal interpretación encuentra su fundamento en el artículo 39.4 del ET que dispone que el trabajador podrá reclamar el ascenso si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo.

No obstante y siendo esto así, no deja de ser absurdo que el trabajador pueda ser contratado inicialmente para dicho puesto de trabajo y con la correspondiente categoría profesional de forma definitiva, aun cuando no estuviera en posesión de la titulación exigida por el convenio colectivo, sin embargo, no pueda reclamar el ascenso definitivo a dicho puesto de trabajo si realiza sus funcio-

¹³ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Madrid, 2003, pág. 269.

¹⁴ STS de 20 de enero, 25 de marzo y 27 de diciembre de 1994, Ar. 357, 2638 y 10710, 19 de abril de 1996, Ar. 3327, 26 de octubre de 1999, Ar. 8408, 8 de febrero, 21 de junio y 15 de noviembre de 2000, Ar. 1742, 5963 y 10290, 4 de junio de 2001, Ar. 5464 y 18 de marzo de 2003, Ar. 3583.

nes en virtud de una movilidad funcional, cuando se podría entender producida una novación modificativa del contrato, estipulando la nueva categoría profesional del trabajador.

Ahora bien, la cuestión que se plantea inmediatamente a continuación y que se alza en objeto de estudio del presente trabajo, es cuál debe ser el tratamiento en aquellos casos en que estando inicialmente, en el momento de la contratación, en posesión de la titulación y permisos oficiales exigibles para ejercer la profesión o puesto de trabajo en cuestión, se pierden o se revocan en un momento posterior, por enfermedad, como consecuencia de una sanción, etc., en definitiva, por dejar de reunir los condicionantes legalmente exigibles para estar en posesión de tales títulos o permisos, de manera sobrevenida o incluso se produce un cambio de la normativa reguladora vigente que endurece los requisitos de titulaciones, exigiendo un título o título superior para el desempeño de ciertas actividades cuando antes no era necesario.

III. EL CARÁCTER TEMPORAL O DEFINITIVO DE LA PÉRDIDA DEL TÍTULO HABILITANTE

1. Pérdida meramente temporal.

En mi opinión, en primer lugar, sería necesario establecer, a priori, el carácter temporal o definitivo de la revocación o pérdida de la titulación oficial habilitante ¹⁵. En efecto, pues mientras de ser definitiva podríamos hablar de la extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas que analizaremos a continuación, si la pérdida es meramente temporal habrá que considerarla como una situación transitoria de pendencia, a la espera de la recuperación de la titulación o permiso oficial y, en consecuencia, a la reanudación de la actividad. Lo que trasladado al ordenamiento jurídico laboral, en mi opinión, se traduce en la suspensión del contrato de trabajo.

En este sentido, además, cabe subrayar que aun cuando al trabajador se le haya revocado o no renovado la habilitación profesional correspondiente con carácter definitivo, de haberse recurrido la decisión todavía no cabe hablar de una revocación o falta de renovación firme y, en consecuencia, la pérdida de titulación no puede producir efectos extintivos, debiéndose esperar hasta que exista resolución administrativa firme o incluso sentencia firme de haberse recurrido finalmente en vía judicial. En cuyo caso, si se confirmara la revocación de la habilitación profesional se produciría la extinción de la relación laboral, con efectos desde la revocación o falta de renovación y, de lo contrario, de estimarse su reclamación, se deberá reincorporar el trabajador a su antiguo puesto de trabajo, asimismo, con efectos desde la revocación o falta de renovación de la titulación o habilitación profesional.

Como se ha destacado por la doctrina ¹⁶, el mayor escollo con el cual se podría tropezar esta interpretación es que tal supuesto no está expresamente contemplado entre las causas de suspensión

¹⁵ Diferenciación que también han estimado necesaria otros autores véase GOÑI SEIN, J.L., «La ineptitud del trabajador como causa de despido». *REDT*, n.º 11, 1982, págs. 442 y ss. y ORTIZ LALLANA, C., «La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento». Madrid, 1985, pág. 278.

¹⁶ FITA ORTEGA, F., «La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo». Valencia, 1997, págs. 78 y 79.

del artículo 45 del ET. Por lo cual, la doctrina ha señalado que difícilmente se le podría obligar al empresario a suspender y no extinguir salvo que así se contemplara en el convenio colectivo aplicable, que ocurre como veremos en algunos supuestos.

Sin embargo, siendo tales afirmaciones ciertas, a mi modo de ver, en primer lugar, habría que diferenciar aquellos supuestos en que la retirada del permiso o título oficial es como consecuencia de las secuelas de una enfermedad o de un accidente, pues tales casos se podrían reconducir, en principio, por la vía de la incapacidad. De tal forma que, de ser temporal las secuelas que han llevado a la retirada del permiso o título, el supuesto podría tener cabida a priori en la letra c) del artículo 45, esto es, la incapacidad temporal. En consecuencia, el supuesto seguiría los requisitos y el procedimiento propios de las incapacidades laborales, pudiendo incluso declararse una incapacidad total en algunos de sus grados si las secuelas de la enfermedad acabasen siendo definitivas.

A continuación, en los demás casos, es cierto que no hay una causa específica, entre las enumeradas en el artículo 45 del ET, en la cual encuadrar el supuesto que ahora analizamos. Sin embargo, en cuanto al carácter tasado o meramente ejemplificativo de las mismas, la trascendencia del tema es ciertamente escasa, por cuanto se admite, de un lado, la posibilidad de que la negociación colectiva entre materialmente en la concreción de algunos supuestos y, de otro, por la amplitud de alguna de las causas justificativas que admiten la articulación de un sinfín de situaciones.

A mi juicio, el artículo 45 no contiene una lista cerrada o tasada, tanto por la admisión de causas que provengan de la voluntad conjunta de las partes y, muy especialmente, por la expresa admisión de supuestos derivados de situaciones, no especificadas, de fuerza mayor. En efecto, en esta causa no se hacen distinciones y, en consecuencia, debe considerarse aplicable tanto a los casos de imposibilidad temporal de las prestaciones del trabajador como a la actividad del empleador¹⁷. Por lo tanto, a esta mención podrá reconducirse cualquier supuesto de fuerza mayor temporal que impida la prestación laboral del trabajador. Por ello, si tenemos en cuenta que además de la fuerza mayor, propiamente hablando, se admite la fuerza mayor impropia, como un hecho sobrevenido externo, ajeno a la esfera de la actividad del empresario, que produce una situación jurídico-contractual de imposibilidad sobrevenida en las prestaciones del trabajador¹⁸, se podría considerar subsumible en tal definición la retirada temporal del título o permiso por la autoridad administrativa correspondiente por una conducta del trabajador ajena a la esfera laboral. Piénsese, por ejemplo, en la retirada temporal de todos los permisos de conducir de un transportista por conducir ebrio, su coche particular, en un día festivo. Máxime si tenemos en cuenta que el problema es altamente casuístico y deberá ser estimado o no, según los hechos concurrentes, por la jurisdicción, en todo caso, en su función revisora.

Si bien, de admitir esta postura, no sería menos cierto que de ser permanente la pérdida de la titulación o habilitación profesional del trabajador por la referida causa de fuerza mayor, el empresario podría poner fin a la relación laboral, sin más, con base en el artículo 49.1 h) del ET. Lo cual explica, como se ha indicado antes, que frente a conceptos como este de fuerza mayor o el de nulidad, se haya optado por la jurisprudencia por el de ineptitud, para poner fin a la relación laboral, garantizando así al trabajador una extinción indemnizada cuanto menos.

¹⁷ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, 2004, pág. 606.

¹⁸ STS de 16 de mayo de 1995, Ar. 4139.

También y aun cuando el artículo 45 requiere la consignación de la causa suspensiva, de tal forma que aun cuando no requerirá expresamente forma escrita, sí cuanto menos deberá revestir la misma forma que el propio contrato de trabajo ¹⁹, se podría argumentar que en estos supuestos se encuentra implícitamente consignada en el contrato. En efecto, si se contrata a un trabajador para el desempeño de una actividad que requiera estar en posesión de una titulación habilitante, la pérdida sobrevinida del referido título supondrá, dependiendo del carácter definitivo o temporal, o bien la resolución o bien la suspensión del contrato de trabajo. La situación suspensiva se produce automáticamente en los casos en que, como este, proviene de la prestación del trabajador, siendo las comunicaciones meros elementos de carácter formal o probatorio.

Ahora bien, si bien es cierto que esta interpretación favorece al trabajador en cuanto conserva su puesto de trabajo, generando un derecho de reserva del puesto de trabajo y su reincorporación una vez finalizada la causa suspensiva, no es menos cierto que, de alargarse o prolongarse excesivamente en el tiempo, podría acabar perjudicándole, en cuanto, a priori, salvo algunos convenios colectivos, como veremos, que garantizan un salario mínimo o complementos o suplidos, el trabajador se verá privado de su salario, sin que pueda acceder a la prestación por desempleo, pues, salvo que se suspenda la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo ²⁰, solo previsto en algunos convenios como veremos más adelante, no se configura como situación legal de desempleo. Lo cual lo haría de peor condición que si se le hubiera extinguido el contrato por ineptitud, teniendo derecho en este último caso a una indemnización y a prestación por desempleo.

En cualquier caso, aun en el supuesto de no entender aplicable las afirmaciones expuestas con anterioridad, cabría recordar que en el caso de cumplir el trabajador los requisitos del artículo 46.2 del ET para poder solicitar la excedencia voluntaria ordinaria y así lo hiciera evidentemente, no se podría despedir por ineptitud al trabajador, sin más, tratándose de una pérdida temporal de la titulación o habilitación profesional, pues, no hay que olvidar que ante regulaciones distintas de una misma situación por normas laborales, tanto estatales como pactadas, ha de ser aplicada la más favorable para el trabajador, de conformidad con el artículo 3.3 del ET. De tal forma que ante una pérdida temporal de la titulación correspondiente, es evidente que es más favorable para los intereses y derechos del trabajador la suspensión temporal del contrato, por vía del artículo 46.2 del ET, pudiendo el trabajador solicitar el reingreso en la empresa tras la recuperación de su titulación, de existir vacantes de igual o similar categoría a la suya, que la extinción definitiva de la relación laboral.

2. La pérdida o revocación definitiva.

2.1. La condición resolutoria.

Sin embargo, cuando la revocación sobrevinida del título o permiso oficial habilitante fuera definitivo, podría, a mi entender, tener la consideración de condición resolutoria, es decir, causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con el artículo 49.1 b) del ET, pues aun cuando,

¹⁹ CAMPS RUIZ, L.M., «Vicisitudes del contrato de trabajo», en *Derecho del Trabajo* Tomo II. Contrato Individual, Valencia, 2004, pág. 529.

²⁰ Artículo 208.2 de la LGSS.

de nuevo, se hace referencia expresa a que la condición resolutoria del contrato debe encontrarse consignada, de tal forma que se podría pensar que, partiendo del sistema de libertad de forma que rige en el ordenamiento laboral español, deberá constar expresamente en la misma forma, al menos, que revistió el contrato de trabajo ²¹, no es menos cierto que el Tribunal Supremo, en ocasiones, ha admitido la posibilidad de condiciones resolutorias implícitas en el contrato de trabajo. Por ejemplo, STS de 27 de noviembre de 1989, Ar. 8257, respecto a los contratos celebrados con extranjeros que precisen de permiso de trabajo y residencia, en cuanto al no mantenimiento de los requisitos legales para su permanencia en España. Del mismo modo, así lo han establecido algunas normas convencionales para el supuesto de revocación o falta de renovación de habilitaciones profesionales imprescindibles para el desempeño de la relación laboral en cuestión:

Convenio colectivo provincial de Alicante para el sector de Salas de Bingo (BOP 21/1/2003). Artículo 16. Esta causa, por su propia naturaleza, se considerará consignada válidamente en el contrato de trabajo, aunque expresamente no conste en el mismo; siéndolo de extinción [art. 49.1 b) ET].

De tal forma, que haciendo extensible tal interpretación al supuesto objeto de análisis de este estudio, se podría concluir que cuando se contrata a un trabajador para el desempeño de un puesto de trabajo o profesión que requiera de una determinada titulación o permiso oficial para su desempeño, el contrato queda implícitamente condicionado al mantenimiento, por parte del trabajador, de la referida titulación durante toda la vigencia del mismo. De este modo, la pérdida o revocación sobrevenida de aquella facultaría al empresario para denunciar la referida condición resolutoria. Así, efectivamente, lo ha entendido también el Tribunal Supremo en alguna sentencia aislada ²², en el supuesto de un locutor vendedor de una Sala de Bingo al que le había caducado el carné profesional, necesario para desempeñar tal puesto de trabajo, de acuerdo con la normativa específica, estimó conforme a derecho la extinción de la relación laboral con base en el artículo 49.2 del ET.

Esta es, asimismo, la solución que ofrecen, como veremos más adelante, algunos convenios colectivos provinciales y existen relaciones laborales, como la de los profesores de religión católica en centros públicos, que en atención a la especial regulación legal que les es aplicable ²³, en realidad están sometidas a una condición resolutoria especial motivada por las particulares características de la disciplina cuya docencia imparten. En efecto, los profesores de religión serán nombrados por la autoridad correspondiente a propuesta del ordinario de la Diócesis y dicho nombramiento tendrá carácter anual y se renovará automáticamente salvo propuesta en contra del Arzobispado efectuada antes del comienzo de cada curso o salvo que la Administración, por graves razones académicas y de disciplina considere necesaria la cancelación del nombramiento, previa audiencia de la Autoridad Eclesiástica que hizo la propuesta. De esta forma, se puede concluir que existe una condición resolutoria válidamente consignada en el contrato de trabajo y que si es ejercitada, por las razones indicadas, entre las cuales evidentemente cabría la falta de titulación habilitante, implicaría la extinción contractual sin que hubiera necesidad de despido alguno.

²¹ En este sentido se puede ver ALBIOL MONTESINOS, I., «La extinción del contrato de trabajo: otras causas de extinción», en *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Contrato individual, Valencia, 2004, pág. 692.

²² STS de 3 de noviembre de 1989, Ar. 7996.

²³ Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979 y Órdenes Ministeriales de desarrollo de 26 de diciembre de 1979 y 11 de octubre de 1982.

Ahora bien, aun cuando tal solución sería viable tanto desde una perspectiva técnica y conceptual, lo cual no significa que no sea discutible, lo cierto es que no sería la solución más favorable para el trabajador ya que le privaría del derecho a indemnización por la extinción de su contrato de trabajo lo cual, en consecuencia, a mi modo de ver, aconsejaría descartar la misma en aras al principio pro trabajador que debe impregnar la normativa laboral, pues de nuevo, cabe recordar que ante regulaciones distintas de una misma situación por normas laborales, tanto estatales como pactadas, ha de ser aplicada la más favorable para el trabajador, de conformidad con el artículo 3.3 del ET. Es más, no hay que olvidar que los actos de autonomía de la voluntad privada están en todo caso sometidos a los límites generales que enuncia el artículo 1.255 del Código Civil (CC).

De esta forma, la necesidad de respetar las exigencias de la moral y, sobre todo, del orden público y las disposiciones legales, articulan el marco inquebrantable en que resulta legítimo el ejercicio de la libertad de pacto que establece el artículo 49.1 b) del ET, a la hora de someter la relación laboral a términos o condiciones. En consecuencia, el condicionar el contrato al mantenimiento, por parte del trabajador, de la correspondiente titulación durante toda la vigencia del mismo, llevaría implícita una renuncia al derecho del trabajador a ser despedido por ineptitud sobrevenida y a ser compensado con las correspondientes indemnizaciones que reconoce el artículo 53 del ET. Lo cual, si tenemos en cuenta que dichos derechos laborales son indisponibles, conforme al artículo 3.5 del ET, desembocaría en la ilicitud de la causa, por oponerse a disposiciones legales y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 1.275 del CC el referido pacto no produciría efecto alguno.

De lo contrario, de entender que los supuestos de hecho son coincidentes, es evidente que aun cuando formalmente se podría hablar de dos alternativas para el empresario, de tal forma que de sobrevenir la revocación del referido presupuesto habilitante, el empresario podría, o bien, rescindir con base en el artículo 52 a) del ET o invocar la referida causa resolutoria, en la práctica es evidente que estaríamos condenando el precepto legal al olvido y a la más absoluta inaplicación, pues es obvio que ante la posibilidad de alcanzar el mismo objetivo sin pagar indemnización alguna o debiendo abonar la indemnización legalmente prevista el empresario siempre optaría por la primera.

Es más, como destaca la doctrina, esta conducta se podría subsumir de pleno en la institución del fraude de Ley, pues con la denuncia de la condición el empresario alcanza la extinción del contrato eludiendo las garantías formales del despido²⁴. Esta consecuencia se acentúa todavía más si cabe, como veremos, cuando la revocación del título habilitante deriva de la pérdida de facultades físicas o psíquicas determinantes de una posible situación de incapacidad temporal y, por lo tanto, las renunciaciones se extienden a derechos prestacionales de Seguridad Social, cuya indisponibilidad es todavía más indiscutible²⁵.

Otra cosa distinta es que en tales casos el supuesto de la autonomía individual juega simplemente como una mera causa de objetivización del supuesto legal, es decir, vendría a concretar una posible causa de ineptitud sobrevenida del artículo 52 a) del ET, de tal forma que de sobrevenir la revocación de la titulación o permiso profesional correspondiente no habría duda de que la vía resolutoria sería el citado precepto estatutario, si bien, respetando evidentemente las indemnizaciones y las garantías formales previstas en el artículo 53 del mismo cuerpo legal.

²⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La configuración de los pactos extintivos sobre rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento», *REDT*, n.º 123, 2004, pág. 422.

²⁵ *Vid.* STSJ de Asturias de 26 de mayo de 2000, A.S. 1435.

3. La ineptitud frente nulidad.

Una segunda posibilidad, que es la que han adoptado la gran mayoría de los pronunciamientos judiciales, es la de optar por otorgar al citado supuesto de hecho la consideración de una ineptitud sobrevenida, encuadrable en la letra a) del artículo 52 del ET, como inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, etc.²⁶, con independencia de la causa concreta por la cual el trabajador hubiera perdido la titulación habilitante²⁷.

Sin embargo, a mi modo de ver, a diferencia de la práctica judicial, es imprescindible diferenciar y distinguir las concretas causas de la citada pérdida, para la correcta solución del supuesto. Aun partiendo de que la pérdida o revocación sobrevenida de la titulación habilitante se pudiera subsumir o englobar en el concepto de ineptitud, lo cual en mi opinión ya sería discutible atendiendo al concepto o definición de ineptitud que ha ido elaborando la jurisprudencia: como la habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se ofreció para cumplirlo según las circunstancias de lugar y tiempo que el momento exija²⁸; la falta de idoneidad para realizar el cometido laboral para el que fue contratado²⁹; una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación suficiente o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo que se obligó a ejecutar³⁰; la incapacidad personal o inhabilidad profesional para el trabajo³¹ o la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo³², pues en

²⁶ STS de 2 de mayo de 1990, Ar. 3937.

²⁷ Título de habilitación exigido para la prestación de servicios de seguridad a partir de 1 de febrero de 1998, SSTSJ. de Madrid de 1 y 6 de octubre de 1988, A.S. 3689 y 3759 y 1 de octubre de 1998, A.S. 3759, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 14 de febrero de 2000, A.S. 928, la imposibilidad legal de desempeñar de forma autónoma el puesto de vigilante de seguridad y la exigencia de estar encuadrados necesariamente en empresas de seguridad Ley 23/1992 de Regulación de la Seguridad Privada. STSJ de Andalucía/Málaga de 30 de noviembre de 1995, A.S. 4244, la falta de superación de las pruebas de aptitud técnico-profesional necesarias para estar en posesión de la Tarjeta de Identidad Profesional de Auxiliar de detective, STSJ de Andalucía/Granada de 5 de enero de 1999, A.S. 688, modificación del código de circulación posterior a la contratación que exige el permiso C-1 para poder circular por el recinto del aeropuerto con las cubas que realizan el servicio a los aviones, STSJ de Baleares de 18 de julio de 1994, A.S. 3095, carencia de titulación sobrevenida o no realización de pruebas oficiales de habilitación para impartir un determinado grado de enseñanza, SSTS de 29 de marzo de 1984, Ar. 2448 y 1 de julio de 1986, Ar. 3919 y STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004, A.S. 3733, no obtención del título de nivel de Formación Profesional, STS de 3 de julio de 1989, Ar. 5422, retirada del permiso de conducir, SSTS de 14 de mayo de 1981 y 27 de octubre de 1983, Ar. 5158, Ar. 2313, falta de titulación exigida para llevar a cabo la prestación laboral en otro Estado, STS de 29 de diciembre de 1988, Ar. 9939, privación de la licencia federativa para practicar un determinado deporte, STS de 9 de julio de 1983, Ar. 3753, falta del permiso o licencia exigido para ejercer la profesión de profesores de peluquería y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 14 de febrero de 2005, A.S. 62156.

²⁸ STS de 21 de diciembre de 1943, Ar. 1462.

²⁹ STS de 17 de mayo de 1968, Ar. 2211. Así, por ejemplo, véase STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 1992, A.S. 1675, que confirma este supuesto de ineptitud en un caso en el que el trabajador había cometido diversos errores en un corto período de tiempo. Concretamente, tratándose de un Auxiliar Administrativo, al quedar constatado que en un espacio de tiempo de dos meses, había cometido 30 errores en un total de 322 facturas.

³⁰ STS de 5 de septiembre de 1984, Ar. 5240.

³¹ STS de 30 de noviembre de 1989, Ar. 8288. Así, por ejemplo, STS de 29 de noviembre de 1979, Ar. 4163, en el caso de un Director técnico de una fábrica que elabora cerveza y la Autoridad correspondiente, inutiliza 61.200 litros por encontrarse en malas condiciones para su consumo.

³² STS de 2 de mayo de 1990, Ar. 3937.

realidad, en cuanto a la necesidad de estar en posesión de titulación o permisos oficiales para la realización de determinadas actividades es, como se ha visto, una imposición o condicionamiento legal, la falta de los mismos debería abocar no en la ineptitud, sino más bien en la falta de capacidad para desempeñar determinados trabajos, cuya consecuencia necesaria, como todo el mundo sabe, no es otra que la nulidad del contrato de trabajo, si bien en este caso sobrevenida.

El propio Tribunal Supremo es cuanto menos incongruente en este punto, pues tiene manifestado expresamente que no se incluye dentro del concepto de ineptitud los supuestos de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo³³, en supuestos de incompatibilidad en el sector público y, sin embargo, como hemos visto, no tiene ningún reparo, acto seguido, de aplicar la ineptitud a la falta de titulación, cuando es evidente que también se trata de un supuesto de imposibilidad legal de desarrollo de un trabajo.

Es más, la jurisprudencia reconoce la nulidad del contrato cuando la falta de titulación es originaria, esto es, en el momento de la contratación. Sin embargo, no reconoce al trabajador el derecho a percibir los haberes correspondientes al estimar que en realidad aquel no efectúa, ni puede efectuar en forma adecuada y conforme a Derecho las funciones propias de la categoría correspondiente, al no poseer el título exigido. Lo cual es, cuanto menos criticable, teniendo en cuenta que, como se sabe, incluso en los supuestos de nulidad absoluta del contrato y precisamente para evitar un enriquecimiento injusto del empresario, el artículo 9.2 del ET reconoce el derecho a la remuneración consiguiente a un contrato válido por el trabajo que ya hubiese prestado.

En realidad, como destaca la doctrina, la admisibilidad de la ineptitud en estos casos obedece más bien a razones de economía y celeridad en el procedimiento extintivo, como a la de proporcionar al trabajador el derecho a una indemnización, de la cual se vería desprovisto de declararse la nulidad del contrato. Lo cierto es que desde una perspectiva estricta, técnicamente solo sería correcto hablar de ineptitud cuando la revocación de la titulación habilitante se hubiera producido por el deterioro de las facultades físicas o psíquicas del trabajador³⁴, pues, si la pérdida es como consecuencia de la imposición de una sanción por la autoridad competente, como consecuencia del incumplimiento culpable o negligente del trabajador de la normativa vigente, el supuesto encuadraría mejor en las causas de despido disciplinario y, a expensas de que la negociación colectiva haya tipificado la conducta concreta, se podría subsumir en la letra d) del artículo 54 del ET, esto es, la trasgresión de la buena fe contractual, pues si tal concepto se debe entender como la actuación contraria a los esenciales deberes de conducta que deben presidir la ejecución de la prestación de trabajo y la relación entre las partes³⁵ es evidente que por tal se debe entender la conducta del trabajador que se ha colocado dolosa o negligentemente en una situación que le inhabilita para el desempeño de su trabajo por no observar la mínima diligencia que le es exigible³⁶. Ahora bien, es comprensible que la jurisprudencia, en virtud del citado principio pro trabajador, no siga esta línea de interpretación, aun cuando sería técnica y conceptualmente más correcta, pues al sancionarse una conducta dolosa o negligente del trabajador, el despido disciplinario tendría la consideración de procedente y, en consecuencia, el trabajador se vería privado de la correspondiente indemnización que se le otorga al aplicar la causa de ineptitud sobrevenida.

³³ STS de 2 de mayo de 1990, Ar. 3937.

³⁴ En el mismo sentido se puede ver FITA ORTEGA, F., *op. cit.*, 74.

³⁵ SSTs de 20 de noviembre de 1989, Ar. 8205 y 23 de enero y 26 de febrero de 1991, Ar. 173 y 875.

³⁶ En sentido similar se puede ver SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Ineptitud, despido y desempleo», *RPS*, n.º 89, 1971, pág. 19.

IV. LA NO RENOVACIÓN AL TRABAJADOR EXTRANJERO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA TRABAJAR

Los trabajadores extranjeros no comunitarios mayores de 16 años que quieran ejercer una actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena, en España, deben contar con una autorización administrativa para trabajar³⁷, que ha de ser solicitada por el empleador que desee contratarlos con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo [art. 36.1 y 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LOEx)]. Por consiguiente, la citada autorización constituye una exigencia legal que condiciona la validez del contrato de trabajo celebrado en España con trabajadores extranjeros no comunitarios, salvo que estos pertenezcan a alguno de los colectivos enumerados en el artículo 41 de la LOEx, que no precisan de dicha autorización administrativa para trabajar.

Sobre los efectos de la ausencia de autorización administrativa previa para trabajar, los Tribunales españoles venían manteniendo la doctrina elaborada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, según la cual, el contrato de trabajo suscrito con un trabajador extranjero que careciera de permiso de trabajo era «un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo, por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el artículo 7 c) del Estatuto de los Trabajadores³⁸». La consecuencia directa de esta doctrina judicial era que, en caso de ser despedido, el trabajador extranjero carecería de acción para impugnar el despido, puesto que un contrato nulo no puede generar derechos ni obligaciones para las partes, entre los que se encuentra el derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo [art. 4.2 g) del ET]³⁹.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido revisada y abandonada a la luz de la vigente LOEx, pues si bien es cierto que el artículo 36 de esta norma⁴⁰ continúa exigiendo al extranjero no comunitario la

³⁷ Antiguo permiso de trabajo. La nueva denominación fue introducida por la Ley 14/2003.

³⁸ Sobre los argumentos utilizados por nuestros Tribunales para fundamentar tal doctrina, véase TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002». En: *Actualidad Laboral*, 2003, núm. 10. Un estudio detallado de la jurisprudencia que aborda esta cuestión en: MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOYA, F. *El trabajo de los inmigrantes irregulares*. Albacete: Bomarzo, 2005.

³⁹ Por todas, véase la STSud de 21 de marzo de 1997 (RJA. 3391). Esta solución se encuadra dentro de la doctrina del TC fijada en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (BOE de 21 de diciembre), precisamente al analizar un supuesto de reclamación por despido donde el órgano judicial había declarado nulo el contrato de trabajo porque el actor carecía de permiso de residencia. En este supuesto, el actor recurre en amparo por presunta vulneración de los artículos 13, 14 y 35 de la CE, y el TC desestima el recurso porque «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros (incluidos los hispanoamericanos) y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga... La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato».

Sobre la nulidad del contrato de trabajo y sus consecuencias: BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: CES, 1995.

⁴⁰ Precepto que sustituye al anterior artículo 33 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2003, de 22 de diciembre. Señala el nuevo artículo 36 que «los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar».

autorización administrativa para trabajar, no es menos cierto que el apartado tercero de ese precepto introduce una importante novedad, al señalar que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle ⁴¹». De esta nueva regulación se deduce claramente, y así lo han interpretado primero, los Tribunales Superiores de Justicia ⁴² y luego, el propio Tribunal Supremo ⁴³, que la carencia de autorización administrativa para trabajar no invalida el contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero no comunitario y, por consiguiente, todos los derechos derivados de la relación laboral matendrán su virtualidad, incluido el derecho a impugnar el despido ante los Tribunales españoles, siempre que, además, se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (arts. 25.1 de la LOPJ y 20.1 de la LOEx). Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales en que pueda incurrir el empresario, en cuanto sujeto obligado a solicitar dicha autorización administrativa.

Pero la autorización administrativa para trabajar, además de permanente, puede ser temporal (art. 32 de la LOEx), de modo que, en este último caso, resulta especialmente controvertido determinar qué efectos produce sobre la relación laboral la caducidad y no renovación de dicho permiso administrativo, ora por imposibilidad, ora por denegación de la Administración, cuando la duración del contrato de trabajo celebrado con el trabajador extranjero no comunitario no está vinculada a la duración de dicha autorización administrativa, pues, en este caso, la relación laboral será de carácter temporal y se extinguirá al vencimiento de la autorización *ex* artículo 49.1 c) del ET.

Sobre el particular no existe consenso entre la doctrina científica, ni tampoco entre los Tribunales. En este sentido, un sector de la doctrina estima que cuando caduca la autorización administrativa para trabajar y el trabajador extranjero no obtiene su renovación, nos encontramos ante la existencia de un contrato de trabajo válido que deja de serlo por nulidad sobrevinida a causa de la contravención de una norma imperativa, no procediendo, en consecuencia, el abono de indemnización alguna a favor de aquel, «ya que difícilmente puede reconocerse un derecho a ser indemnizado por la extinción de un negocio inexistente ⁴⁴».

Por contra, otros autores defienden que la solución más adecuada para estos supuestos es extinguir el contrato de trabajo por incumplimiento de la condición a la que el ordenamiento jurídico condiciona

⁴¹ Redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003.

⁴² Favorable a esta interpretación se manifestó expresamente y con una detallada fundamentación jurídica, la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (recurso 6.085/2001). En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002 (recurso 2146/2002) y la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 30 de marzo de 2005 (recurso 972/2004). En contra, SSTSJ de La Rioja de 27 de noviembre de 2001 y de Cantabria de 10 de junio de 2003.

⁴³ STSud de 29 de septiembre de 2003 (recurso 3003/2002). Con anterioridad, la STS de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002) aborda el problema de la validez del contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar, si bien se pronunció en relación a la responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador extranjero y no en relación con un despido. También la STSud de 7 de octubre de 2003 (recurso 2153/2002) aborda la cuestión sobre la protección por parte del sistema español de Seguridad Social a un trabajador extranjero no comunitario que carece de la autorización administrativa para trabajar, señalando que en estos supuestos el trabajador no puede verse privado de la protección que le dispensa el sistema de Seguridad Social.

⁴⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F.: «Contrato de trabajo de extranjeros». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.37. Madrid: CGPJ, 1994, pág. 7; CHARRO BAENA, P. *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*. Pamplona: Aranzadi, 2000, pág. 140.

la continuidad del mismo y que forma parte del contenido del contrato del trabajador extranjero, aunque no se recoja expresamente en el texto del mismo, por mor de la Ley [art. 49.1 b) del ET]⁴⁵.

No faltan, en fin, opiniones de que cuando no se renueva al trabajador extranjero su autorización administrativa para trabajar, el contrato de trabajo se extinguirá por *factum principis*, esto es, en virtud de una decisión de la Administración que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones asumidas entre sujetos privados⁴⁶.

Sin embargo, la solución más adecuada, en nuestra opinión, es extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador extranjero [art. 52 a) del ET], entendida esta como la imposibilidad de trabajar por carencia de requisitos legales que habiliten para la prestación laboral, siempre que el trabajador haya solicitado en tiempo y forma la renovación de la autorización para trabajar y esta sea denegada por la Administración⁴⁷. Partidario de esta tesis se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁸, que pese a reconocer que el tipo extintivo contenido en el apartado a) del artículo 52 del ET no contiene una definición del concepto de «ineptitud», por tal debe entenderse la falta de idoneidad para ejercer de manera útil y provechosa la prestación de trabajo, derivado de diversos factores entre los que se incluyen la ausencia de autorizaciones administrativas para ejercer una actividad laboral⁴⁹.

V. LA FORMACIÓN DEL TRABAJADOR. LA FALTA DE ADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR A LOS CAMBIOS PRODUCIDOS EN EL PUESTO DE TRABAJO: UN PERÍODO OBLIGATORIO DE ADAPTACIÓN

Del mismo modo, entiendo que, cuando el empresario asiente la ineptitud del trabajador en la falta de preparación o actualización de sus conocimientos, así como cuando dicha ineptitud trae su origen en la falta de habilitación profesional, podrá prosperar la referida causa resolutoria del contrato de trabajo, siempre y cuando la formación necesaria para desempeñar las funciones del puesto de trabajo o para adquirir la referida habilitación profesional sea responsabilidad del trabajador, esto es y en sentido contrario, no será una legítima causa de despido cuando dicha formación, legal o convencionalmente, la deba de asumir el propio empresario.

Es cierto que, de forma general, el derecho laboral español no articula una obligación o deber activo de capacitación por parte del empresario en relación con sus trabajadores, sino tan solo un simple

⁴⁵ CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*. Madrid: La Ley, 2006, pág. 373.

⁴⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. «Los derechos laborales individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes». *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*. Madrid: CGPJ, 2006, pág. 98.

⁴⁷ A favor de esta solución se ha manifestado TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*; Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág. 279. Sobre la falta de requisitos legales como causa de despido objetivo por ineptitud sobrevenida, véase: SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, falta de adaptación y absentismo». En: *Estudios sobre el despido*. Madrid, UCM, 1996, págs. 137 a 153.

⁴⁸ Sentencias de 25 de julio de 2006 (rec. núm. 4.192/2006) y de 9 de octubre de 2008 (rec. núm. 5.180/2008). Esta última sentencia no declara la procedencia del despido objetivo porque no concurre la causa habilitante (denegación de la renovación de la autorización administrativa) en el momento del despido, pero no rechaza la posibilidad de utilizar dicho cauce para extinguir el contrato de trabajo.

⁴⁹ Esta interpretación del término «aptitud» es también defendida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 17 de mayo de 1996.

deber del empleador de permitir o no obstaculizar el ejercicio de una serie de derechos de los trabajadores (permisos para exámenes, permisos de formación continua, elección de turnos, etc.), pero también es cierto que en ocasiones tasadas podemos encontrar ejemplos de obligaciones legales del empresario de asumir el coste de la concreta formación del trabajador en materias específicas. Así, por ejemplo, cabe traer a colación el artículo 19 de la LPRL, que establece la obligación del empresario de garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente, adecuada, teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales. En el mismo sentido, cabe destacar la normativa reguladora de manipulación de alimentos, Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero. Esta normativa establece la obligación de los empresarios del sector alimentario de formar a los manipuladores de alimentos en higiene de acuerdo con su actividad laboral, debiendo desarrollar e impartir los programas de formación la propia empresa o, en su caso, delegar en una entidad autorizada por la autoridad sanitaria competente. No obstante, sin duda, es en el ámbito de la negociación colectiva donde, por excelencia, se sitúa la obligatoriedad empresarial de las acciones formativas. Así, a título de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad⁵⁰, cabe traer a colación el artículo 12 del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008, que establece que las partes firmantes se someten al subsistema de formación profesional continua regulado en el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden Ministerial de 13 de febrero de 2004, o normativa que le sustituya, así como el desarrollo que se efectúe de los contratos programas para la formación de los trabajadores, comprometiéndose a realizar los actos necesarios para el fiel cumplimiento de ambos acuerdos. Lo mismo ocurre en el supuesto de la autorización especial TPC para los distribuidores de Gas Butano en la provincia de Vizcaya, al contemplarlo así el convenio colectivo correspondiente [Convenio colectivo provincial de Vizcaya para el sector de Distribuidores de Gas Butano (BOP 18/6/2004)]. Artículo 21, *in fine*, los costos que originen la obtención del TPC serán a cargo de la empresa.

En consecuencia, en todos estos casos, si la empresa se ha negado a proporcionar o hacerse cargo de dicha formación, no puede invocar la ineptitud sobrevenida como causa de extinción del contrato de trabajo, por la falta de preparación o actualización de conocimientos o por la falta de habilitación oficial, so pena de declararse improcedente el citado despido⁵¹. Es más, a mi modo de ver, aun cuando tal obligación no venga impuesta normativamente, cabe pensar en supuestos en que el coste de la formación deberá correr a cargo de la empresa y no del trabajador, so pena de desvirtuar el propio concepto de trabajo por cuenta ajena y, concretamente, el indicio de ajenidad, así como el de despido objetivo, con el riesgo de legitimizar posibles actuaciones fraudulentas.

⁵⁰ Resolución de 18 de mayo de 2005, de la Dirección General de Trabajo.

Artículo 12. Formación.

Las partes firmantes se someten al subsistema de formación profesional continua regulado en el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, y Orden Ministerial de 13 de febrero de 2004, o normativa que le sustituya, así como el desarrollo que se efectúe de los contratos programas para la formación de los trabajadores, comprometiéndose a realizar los actos necesarios para el fiel cumplimiento de ambos acuerdos.

Queda facultada la Comisión Mixta o Paritaria sobre Formación Profesional Continua del Sector de Seguridad Privada, para desarrollar cuantas iniciativas sean necesarias y conducentes a la aplicación, de la normativa legal indicada anteriormente, o la vigente en el ámbito temporal del convenio.

Cuando se efectúe la actividad formativa obligatoria fuera de la jornada laboral se abonarán al trabajador las horas empleadas en ella a precio de hora extraordinaria de su categoría laboral.

Cuando, en este caso, deba el trabajador desplazarse por sus propios medios, dicho desplazamiento será abonado en la forma prevista.

Las empresas, en virtud de la referida normativa, se someten al procedimiento en ella establecido, y deberán informar a los Representantes de los trabajadores de los planes de formación profesional a realizar, bajo el objetivo general de la mejor adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado.

⁵¹ *Vid.* STSJ de Cantabria de 2 de julio de 2003, A.S. 774.

En efecto, pues si el coste de la formación es muy elevado⁵² es evidente que además de poner en tela de juicio la propia exigencia de ajenidad del contrato de trabajo, pues hasta qué punto tal esfuerzo económico podría seguir considerándose como un mero medio o instrumento de trabajo que no supone una inversión importante ni actividad organizada, este factor podría servir como excusa, por parte de la empresa, para deshacerse de las personas más molestas, al aprovecharse del hecho de que tales sujetos no puedan hacer frente al coste de la obtención del permiso necesario, para despedir por causas objetivas. Lo cual además, como se ha destacado, siempre desde mi punto de vista, desvirtuaría también el propio concepto de despido objetivo y daría lugar a posibles actuaciones fraudulentas.

Así pues, tanto como si se parte de la causa de ineptitud, como si se alega la falta de adaptación a las nuevas condiciones de trabajo, resulta meridiano que en los supuestos destacados, no se puede hablar de una ineptitud del trabajador por inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, sino más bien la cuestión se reduce a un factor económico, que de nuevo no puede repercutir negativamente sobre la relación laboral, so pena de exigírsele al trabajador una actividad organizada y, en consecuencia, poner en tela de juicio la propia concurrencia del indicio de ajenidad.

Sin embargo, en mi opinión, aun cuando, como se ha podido apreciar, la jurisprudencia mayoritaria ha dado el mismo tratamiento a los supuestos de falta de actualización de conocimientos y falta de preparación o a la revocación sobrevenida de la titulación y el cambio normativo exigiendo titulación que no se requería en el momento de la contratación, equiparando ambos supuestos en la letra a) del artículo 52 del ET, es decir, la ineptitud sobrevenida, a mi modo de ver, en aras de ese mismo principio pro trabajador y con la misma finalidad de otorgar al trabajador mayores garantías a la hora de la extinción de su contrato de trabajo, los casos de falta de actualización de conocimientos y cambio de la normativa reguladora vigente, no deberían tener cabida en el concepto de ineptitud, pues a mi entender su pretendida equiparación con la falta de preparación y revocación sobrevenida de la titulación es cuanto menos criticable, cuando no conceptualmente incorrecto.

En efecto, pues, como se ha visto, aun admitiendo que los supuestos de falta de preparación profesional y revocación de titulación pueden guardar una relación con la ineptitud en cuanto implican una pérdida de facultades personales del trabajador, en los casos ahora descritos, en realidad, no cabe hablar estrictamente de la pérdida de facultades, sino más bien, estaríamos en presencia de una modificación objetiva (bien cambio del estado de la tecnología o cambio de normativa) que afectaría al puesto de trabajo en concreto. En consecuencia, sí se puede hablar de una modificación, que afecta al puesto de trabajo y que aboca en la falta de adecuación del trabajador a los nuevos condicionamientos impuestos por el cambio de la tecnología o cambio normativo, es evidente que el citado supuesto es subsumible y encuadra con mayor rigor técnico en la letra b) del mismo artículo, es decir, la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones del puesto de trabajo.

⁵² A título de ejemplo, puede traerse a colación el Real Decreto 837/2003, de 27 de junio, que regula los requisitos necesarios para la obtención del carné de gruísta, distinguiendo entre la categoría A que habilita a su titular para el montaje y manejo de grúas móviles autopropulsadas de hasta 130 toneladas de carga nominal y clase B de más de 130 toneladas, legando el coste de la obtención de la titulación en el segundo supuesto hasta los 7.000 euros.

Además, como se ha destacado, en aras de ese mismo principio pro trabajador, esta interpretación otorgaría al trabajador mayores garantías a la hora de la extinción de su contrato de trabajo. En efecto, pues a diferencia de la ineptitud, la facultad resolutoria del empresario, con base en la falta de adaptación del trabajador, está condicionada al transcurso de un período mínimo de dos meses de la implantación de la modificación. De tal forma que en estos casos se le ofrecería al trabajador un tiempo mínimo vital para la adaptación a las nuevas características del puesto de trabajo que, aun cuando puede ser insuficiente tratándose de títulos académicos superiores, puede llegar a ser decisivo en aquellos otros casos en que se trate de pruebas de habilitación simples, cursos, superación de programas de formación, etc., que fácilmente se puedan superar en dos meses y que de lo contrario, aun siendo posible y viable, se le impediría al trabajador tal posibilidad de aplicar la letra a) del artículo 52, pudiendo entonces poner fin el empresario a la relación laboral de forma inmediata tras el referido cambio normativo⁵³.

VI. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ahora bien, en cualquier caso, habría que matizar que la ineptitud sobrevenida por la inhabilidad profesional del trabajador, por cualquiera de las concretas causas estudiadas, únicamente tendrá virtualidad resolutoria cuando el convenio colectivo no contemple un desenlace diferente para tales supuestos⁵⁴, pues cabe recordar que ante regulaciones distintas de una misma situación por normas laborales, tanto estatales como pactadas, ha de ser aplicada la más favorable para el trabajador, de conformidad con el artículo 3.3 del ET. Así, de un análisis de la normativa convencional y esta vez sí, con ánimo de exhaustividad, cabe destacar las siguientes afirmaciones:

Si bien es verdad que la mayoría de las normas convencionales contemplan el supuesto de inhabilidad profesional o ineptitud por la retirada del permiso de conducir a los conductores, extendiéndose en algunos convenios a otros trabajadores que requieren asimismo del permiso de conducir para el desempeño de su profesión, viajeros o corredores de plaza⁵⁵, no obstante, podemos encontrar otros ejemplos de retirada de habilitaciones profesionales preceptivas asimismo para el desempeño de distintas profesiones: licencia de armas y el título de habilitación exigido para la prestación de servicios de seguridad, en el supuesto de vigilantes de seguridad⁵⁶, la autorización especial TPC o A.D.R., en el supuesto de las empresas distribuidoras de Gas Butano⁵⁷, el carné de manipulador de alimentos⁵⁸, o el carné profesional de bingo⁵⁹.

⁵³ Además, en este sentido se puede ver la STS de 15 de julio de 1986, Ar. 4147, que entiende incluido dentro de la letra b) y no la a) del artículo 52 del ET, el supuesto de un centro de estudios privado que quiere acogerse a un régimen de subvenciones para el cual es presupuesto necesario que el profesorado reúna una determinada habilitación que no posee. Algunos autores, incluso, llegan a mantener que el supuesto de la letra b) del artículo 52 del ET, en realidad sería un supuesto especial de ineptitud sobrevenida. *Vid.* RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas» en *Problemas aplicativos del Estatuto de los Trabajadores*, 1982, págs. 259 y 260. En el mismo sentido, ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*. Navarra, 2005, pág. 138.

⁵⁴ STS de 3 de noviembre de 1988, Ar. 8513.

⁵⁵ Convenio colectivo del comercio del metal de la provincia de Zaragoza (BOP de 6 de septiembre de 2006).

⁵⁶ Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005).

⁵⁷ Convenio colectivo de agencias distribuidoras de gas del Principado de Asturias (BOPA de 28 de diciembre de 1999).

⁵⁸ Convenio colectivo de fabricación y venta de pan de la provincia de Málaga (BOP de 11 de junio de 2007).

⁵⁹ Convenio colectivo de salas de Bingo de la provincia de Alicante (BOP de 4 de mayo de 2006).

Asimismo, es posible encontrar ejemplos aislados de normas que contemplan la retirada de cualquier tipo de habilitación profesional ⁶⁰ o la imposibilidad de la prestación de servicios por formalidades administrativas ⁶¹; trabajadores que por cualquier causa no pudiesen seguir desempeñando el puesto de trabajo para el que fueron contratados ⁶². Finalmente, también se pueden traer a colación un pequeño colectivo de normas pactadas que o bien hacen referencia expresa al concepto de ineptitud sobrevenida en general, sin perjuicio de ceñirse en algunos casos la ineptitud a alguna causa concreta ⁶³, o limitarse en otros a una ineptitud física ⁶⁴, o bien a la pérdida o disminución de la aptitud o capacidad laboral para la actividad que venga desempeñando por cualquier circunstancia ⁶⁵, que, en última instancia, viene a recoger el propio concepto de ineptitud sobrevenida.

En la gran mayoría de los supuestos destacados se articulan, como veremos a continuación, otras medidas que no sean la mera extinción del contrato de trabajo y revistiendo el supuesto de mayores garantías para el trabajador afectado. No obstante, también se pueden observar algunos ejemplos de objetivización de concretas causas del despido por ineptitud sobrevenida en sectores o categorías concretas ⁶⁶ y otros supuestos que, aun cuando formalmente se revisten asimismo de esta naturaleza, en realidad, a nuestro modo de ver, más bien se trataría de ampliaciones cualitativas en las facultades rescisorias unilaterales del empresario ⁶⁷.

En primer lugar, la gran mayoría de los preceptos convencionales estudiados requieren que en la inhabilitación profesional o ineptitud provocada no medie imprudencia o negligencia del propio trabajador y que se haya producido durante el tiempo de prestación de servicios. En cuanto al primer condicionante, al tratar la gran mayoría de los casos analizados de la retirada del permiso de condu-

⁶⁰ Convenio colectivo de servicios de ayuda a domicilio y afines del Principado de Asturias (BOP de 16 de marzo de 2005).

⁶¹ Convenio colectivo estatal de autotaxis (BOE de 6 de febrero de 2007).

⁶² Convenio colectivo de empresas de bebidas refrescantes analcohólicas de la provincia de A Coruña (BOP de 14 de agosto de 2001).

⁶³ Convenio colectivo interprovincial de empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2007). El artículo 12 prevé que: será causa objetiva de extinción del contrato de trabajo de los comerciales, por ineptitud sobrevenida, la no conclusión de ninguna operación inmobiliaria en un período de noventa días consecutivos.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, el convenio colectivo del comercio del metal de la Comunidad de Madrid (art. 25) (BOP de 10 de octubre de 2005).

⁶⁵ Convenio colectivo de la industria del aceite y sus derivados de la provincia de Barcelona (art. 12) (DOGC de 13 de noviembre de 2008).

⁶⁶ Así, por ejemplo, el artículo 12 del convenio colectivo interprovincial de de empresas de gestión y mediación inmobiliaria, ya citado *supra*.

⁶⁷ Convenio colectivo de industrias de imaginaria religiosa de la provincia de Girona (DOGC de 29 de junio de 2005). En su artículo 12 (ingresos) prevé:

«Para las especialidades de moldear y vaciado, retoque, decoración, dorado, cenefas y poner ojos, en las que son indispensables determinadas habilidades manuales, la empresa podrá rescindir, durante el primer año y por ineptitud el contrato de trabajo, si bien la indemnización prevista en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores será de 1 mes de salario. Esta facultad rescisoria se refiere solo a los trabajadores de más de 18 años y ajenos al oficio y para los que se dijo en el artículo anterior que tendrán la categoría de peón especialista». Esta previsión parece más bien un supuesto de duración máxima del período de prueba, pudiendo rescindir la relación laboral durante dicho período alegando una genérica ineptitud del trabajador, si bien, con abono de una indemnización de 30 días de salario por año de servicio. Esta posibilidad de establecer una duración máxima del período de prueba por convenio colectivo, se admite por la jurisprudencia aun cuando sea menos favorable que la regulación del ET. *Vid.* STS de 19 de junio de 1990, Ar. 5486. Con lo cual con mayor razón parece que se deba admitir cuando viene condicionada al abono de una indemnización mejorada por parte del empresario. Aun cuando, a nuestro entender, se podría entender un posible abuso de derecho.

cir, se exceptúa la aplicación de la medida cuando la retirada traiga su causa por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el consumo de cualquier tipo de estupefacientes. Si bien, podemos encontrar, curiosamente, supuestos en que la norma solo es aplicable precisamente a los supuestos de conducción bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes⁶⁸.

Por su parte, otros preceptos únicamente contemplan el supuesto si la retirada de la habilitación profesional se hubiere producido por causa imputable a la propia empresa, esto es, por dolo o negligencia de esta última⁶⁹. Así, al estar expresamente previsto en la normativa convencional, la ineptitud provocada por el propio empresario aboca en una obligación de recolocación del trabajador en la empresa en otro puesto de trabajo adecuado a su nueva capacidad laboral. Fuera de estos casos, como tuvimos ocasión de ver, por regla general, la ineptitud provocada por el propio empresario, al no existir ya el concepto de nulidad radical por fraude de Ley, únicamente abocaría en la calificación de improcedente del despido, pese a que tal consecuencia, evidentemente, vendrá en la práctica a legitimar posibles actuaciones fraudulentas del propio empresario que podrá utilizar esta maniobra para librarse de personas molestas o incómodas para la propia empresa.

En otros casos únicamente se garantiza la mejora cuando la retirada sea debida a infracciones concretas: estacionamiento indebido del vehículo o multas de aparcamiento⁷⁰ o accidente de circulación⁷¹. Incluso es posible encontrar otras normas que condicionan todavía más el supuesto de aplicación, al exigir que el accidente sea causado por una circunstancia en particular, como, por ejemplo, un fallo mecánico⁷².

En cuanto al segundo condicionante destacado, la exigencia de concurrir el tiempo de trabajo, es requisito generalizado, pero con una gran variedad de matices que en la práctica desembocan en un amplio abanico de distintas situaciones posibles de aplicación. Así, por regla general, se hace referencia expresa a que la retirada de la correspondiente habilitación profesional tenga lugar durante la jornada de trabajo⁷³; si bien otros convenios colectivos llevan a cabo una extensión objetiva a los supuestos en que la retirada ocurra durante la ida o vuelta al trabajo, esto es, *in itinere*⁷⁴.

En cambio, otros acuerdos colectivos emplean expresiones más amplias que permitirían encuadrar supuestos no estrictamente ocurridos en tiempo y lugar de trabajo. Así, con ocasión de conducir vehícu-

⁶⁸ Convenio colectivo de confiterías, pastelerías y venta de dulces de la provincia de Zaragoza (BOP de 4 de diciembre de 2007).

⁶⁹ Convenio colectivo de industrias de panadería de la provincia de Guipúzcoa (art. 10) (BOP de 10 de agosto de 2004).

⁷⁰ Convenio colectivo de distribuidores mayoristas de alimentación de la provincia de Barcelona (art. 20) (DOGC de 31 de agosto de 2007).

⁷¹ Convenio colectivo de consignatarias de buques y agencias de aduanas de las Islas Baleares (art. 28) (BOIB de 24 de mayo de 2001).

⁷² Convenio colectivo de la industria del aceite y sus derivados de la provincia de Barcelona (art. 37) (DOGC de 13 de noviembre de 2008).

⁷³ Convenio colectivo estatal para las empresas de Seguridad (art. 49) (BOE de 10 de junio de 2005); convenio colectivo de autotaxis de las Islas Baleares (art. 40) (BOCAIB de 27 de mayo de 1997); o durante las horas de trabajo (convenio colectivo de las empresas distribuidoras de gas del Principado de Asturias (art. 14) (BOPA de 28 de diciembre de 1999).

⁷⁴ Por ejemplo: convenio colectivo de Limpieza pública, riegos, recogida de basuras, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de León (art. 23) (BOP de 7 de julio de 2006); acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera (art. 19.5) (BOE de 29 de enero de 1998).

los de la empresa por cuenta y orden de la misma ⁷⁵, prestando trabajo para la empresa ⁷⁶, derivado de las necesidades del recorrido del servicio ⁷⁷ o en cumplimiento de sus obligaciones laborales ⁷⁸.

Por su parte, aun cuando la gran mayoría de los preceptos analizados solo hablan de la retirada de la habilitación profesional, sin hacer distinciones en cuanto a la instancia o órgano que la haya llevado a cabo, cabe resaltar que algunos convenios colectivos solo hacen extensiva la aplicación de la mejora prevista en la norma cuando la retirada de la titulación o permiso profesional correspondiente haya sido realizada por la autoridad judicial o incluso por resolución judicial firme ⁷⁹. De tal forma que resulta evidente que penalizan la posible pasividad del trabajador ante la resolución administrativa que retire su habilitación profesional. En efecto, al exigir que la revocación de la titulación o permiso profesional correspondiente se produzca por la autoridad judicial, es palmario que se está obligando al trabajador a agotar la vía administrativa y, en el supuesto que en esta no se le dé la razón, recurrir asimismo en vía judicial, pues de no recurrir en vía administrativa o aun de haber agotado esta pero no recurrir posteriormente la resolución administrativa correspondiente en vía judicial no será de aplicación la mejora pactada, pudiendo entonces el empresario resolver la relación laboral por vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida o despido disciplinario, en su caso, como hemos visto.

1. Excedencia especial o derecho preferente para ocupar vacantes.

En cuanto a las soluciones concretas que se dan en la negociación colectiva, cabe destacar el tratamiento como situación de excedencia especial con derecho a reserva del puesto de trabajo sin derecho a retribución, en el supuesto de retirada del permiso de conducir de los conductores ⁸⁰ o de los profesores de prácticas de autoescuelas ⁸¹. No obstante, es posible encontrar ejemplos en los cuales el trabajador conserva el derecho al salario de su categoría durante la vigencia de la excedencia ⁸².

⁷⁵ Convenio colectivo de agencias de transporte de cargas fraccionadas de la provincia de Burgos (art. 24) (BOP de 17 de septiembre de 2007); convenio colectivo de agencias de transportes-operadores de transportes de la provincia de Sevilla (art. 19) (BOP de 10 de septiembre de 2007); convenio colectivo del comercio de alimentación de la provincia de Huelva (art. 36) (BOP de 21 de enero de 2008).

⁷⁶ Convenio colectivo del sector de comercio en general del Principado de Asturias (art. 34) (BOPA de 31 de mayo de 2006); convenio colectivo del comercio textil de la provincia de Almería (BOP de 30 de septiembre de 2008).

⁷⁷ Convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Navarra (art. 31) (BON de 19 de septiembre de 2008).

⁷⁸ Convenio colectivo de la Industria de la panadería de la provincia de Soria (art. 18) (BOP de 20 de agosto de 2007).

⁷⁹ Convenio colectivo de las agencias distribuidoras de gases licuados del petróleo de la provincia de Alicante (art. 36) (BOP de 1 de julio de 2006); convenio colectivo de las Agencias distribuidoras oficiales de Repsol Butano de Cantabria (art. 25) (BOC de 3 de agosto de 2007); convenio colectivo de empresas de Bebidas refrescantes analcohólicas de la provincia de A Coruña (art. 22) (BOP de 14 de agosto de 2001); convenio colectivo de distribuidores de Gas Butano de la provincia de Vizcaya (art. 21) (BOP de 29 de mayo de 2008).

⁸⁰ Convenio colectivo de las agencias distribuidoras de gas de la provincia de Lugo (art. 26) (BOP de 24 de julio de 2007); convenio colectivo de la industria de la panadería de la provincia de Ávila (BOP de 5 de enero de 2006); convenio colectivo de servicios de ayuda a domicilio y afines del Principado de Asturias (art. 35) (BOPA de 16 de marzo de 2005). En algún supuesto, se limita dicha posibilidad al supuesto de que la retirada sea por conducir bajo los efectos del alcohol o de estupefacientes: convenio colectivo de confiterías, pastelerías y venta de dulces de la provincia de Zaragoza (BOP de 4 de diciembre de 2007).

⁸¹ Convenio colectivo de empresas de autoescuelas de la provincia de de Guipúzcoa (art. 21) (BOG de 18 de septiembre de 2006).

⁸² Artículo 49 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad (BOE de 10 de junio de 2005), para los supuestos de pérdida, sustracción o retirada de la licencia, guía o arma durante el servicio sin mediar imprudencia o negligencia del trabajador.

Por el contrario, en otras ocasiones la retirada del permiso profesional oficial es articulado como un supuesto que autorizará para solicitar la excedencia voluntaria ⁸³. Huelga decir que esta solución convencional debe interpretarse como aplicable en aquellos supuestos en que el trabajador no cumple los requisitos comunes que establece el artículo 46.2 del ET, o los que, en su caso, establezca la propia normativa convencional aplicable, para poder solicitar una excedencia voluntaria, pues, de lo contrario, evidentemente, de entender que el trabajador debe reunir al menos un año de antigüedad en la empresa y los demás condicionantes del artículo 46.2 del ET o de la normativa convencional no habría mejora alguna.

Por último, otros acuerdos colectivos contemplan un derecho preferente del trabajador a ocupar las vacantes que existan en la empresa ⁸⁴.

2. La suspensión del contrato de trabajo.

Muchas otras normas convencionales encauzan el supuesto analizado por la vía de la suspensión del contrato de trabajo durante el tiempo que dure la retirada de la habilitación profesional, si bien, la mayoría no garantizan al trabajador ningún tipo de retribución durante dicha suspensión de la relación laboral ⁸⁵.

En algunos casos, la negociación colectiva obliga a las empresas a la suscripción de una póliza de seguros que cubra el riesgo de la retirada de la habilitación profesional que garantiza, en la mayoría de los casos, la percepción del salario durante la suspensión del contrato de trabajo ⁸⁶, o bien,

⁸³ Convenio colectivo de autoescuelas de la provincia de Vizcaya (art. 18) (BOB de 13 de febrero de 2009). En caso de retirada temporal del permiso de conducir a un profesor de Autoescuela, se considerarán los dos primeros años como excedencia especial con guarda de la plaza y como período de excedencia voluntaria hasta los cinco años; convenio colectivo de empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo de la provincia de Málaga (BOP de 31 de agosto de 2005). Aunque el artículo 26 de este convenio utiliza el término excedencia voluntaria, en realidad está concediendo una excedencia con derecho a reserva del puesto de trabajo y no meramente con derecho de reingreso preferente, al estipular que el trabajador excedente deberá reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo en el plazo de cinco días desde la finalización de la excedencia, sin condicionar tal reingreso a su solicitud y a la existencia de puestos de trabajo de igual o similar categoría profesional, lo que comporta, en consecuencia, la obligación del empresario de reservar su puesto de trabajo mientras dure la excedencia. Tal obligación viene conformada además, al establecer el mismo precepto en su letra e) que el período máximo de excedencia voluntaria por retirada del permiso o autorización especial no podrá ser superior al que pueda establecerse por la legislación vigente en cada momento para los contratos de sustitución previstos en el artículo 15.1 c) del ET, esto es, el contrato de interinidad por sustitución.

⁸⁴ Convenio colectivo de las agencias oficiales distribuidoras de gas butano de la provincia de Cáceres (art. 17) (BOP de 11 de julio de 2008); convenio colectivo de transporte de mercancías por carretera de las Islas de Baleares (art. 49) (BOIB de 17 de septiembre de 2008).

⁸⁵ Convenio colectivo de Salas de Bingo de la provincia de Alicante (art. 16) (BOP de 4 de mayo de 2006); convenio colectivo de la industria de la panadería, pastelería, confitería, bollería y comercio de las mismas de la provincia de Castellón (art. 19) (BOP de 5 de agosto de 2008); acuerdo general para las empresas de transportes de mercancías por carretera (art. 19.5) (BOE de 29 de enero de 1998); convenio colectivo para empresas de autotaxis y autoturismos del Principado de Asturias (art. 16) (BOPA de 28 de agosto de 1987); convenio colectivo de comercio de alimentación de la provincia de Zamora (art. 39) (BOP de 11 de julio de 2008); convenio colectivo de comercio del mueble de la Comunidad de Madrid (disp. adic. sexta) (BOCM de 19 de marzo de 2007); convenio colectivo del comercio en general del Principado de Asturias (art. 34) (BOPA de 31 de mayo de 2006); convenio colectivo de empresas de distribución y venta de gases licuados del petróleo de la provincia de Huelva (art. 24) (BOP de 9 de octubre de 2000).

⁸⁶ Convenio colectivo para empresas de autotaxis de Baleares (art. 40) (BOIB de 27 de mayo de 1997); convenio colectivo de industria de panadería de la provincia de Guipúzcoa (art. 40) (BOP de 10 de julio de 2000); convenio colectivo de

se le obliga a pagar un suplido al trabajador que debe destinar a sufragar el gasto de dicho seguro ⁸⁷ u otros gastos ⁸⁸. En otros supuestos, solo se obliga a la empresa a cubrir una parte del coste de la póliza de seguros, debiendo el trabajador suplir el resto ⁸⁹.

Otros convenios, aun cuando no garantizan retribución alguna para el trabajador por parte de la empresa, posibilitan el acceso de aquel a la protección por desempleo en el nivel contributivo, siempre que reúna los requisitos carenciales correspondientes (art. 208.2 de la LGSS), al establecer que las partes acudirán al procedimiento de expediente de regulación de empleo previsto para la suspensión de la relación laboral ante la Autoridad Laboral ⁹⁰.

Cabe recordar, asimismo, que el legislador también ha previsto supuestos de suspensión del contrato de trabajo para casos en los cuales, como veremos más adelante, podría subsumirse la retirada o no renovación de la habilitación profesional de un trabajador por razones de salud. Así, la situación de incapacidad temporal del artículo 45.1 c) del ET o el artículo 48.2 del ET, que para los supuestos de incapacidad permanente prevé que cuando a pesar de la declaración de incapacidad permanente, se estime que se pueda producir una mejoría del beneficiario en un plazo igual o inferior a dos años, subsistirá la causa de suspensión del contrato de trabajo durante el referido período. Por tanto, de conformidad con el artículo 3.3 del ET, ante regulaciones distintas de una misma situación por normas laborales, tanto estatales como pactadas, ha de ser aplicada la más favorable para el trabajador.

2.1. El disfrute de las vacaciones.

Por otro lado, muchos convenios colectivos establecen que durante los primeros 30 días del período correspondiente de la retirada de la habilitación profesional, el trabajador disfrutará de su período vacacional anual. Sin embargo, encontramos algunas regulaciones convencionales que, en el caso de que el trabajador ya hubiera disfrutado de sus vacaciones anuales, prevén que se deduzcan de futuras vacaciones ⁹¹. Tal medida resulta ilegal, no solo porque vulnera el derecho del trabajador a disfrutar de un período retribuido de descanso y tiempo libre que le permita recuperarse del desgaste fisiológico y psicológico del trabajo prolongado, así como un tiempo de esparcimiento o desconexión del trabajo, de desalienación ⁹², sino que además vulnera el artículo 58.3 del ET que prohíbe taxativamente la reducción del período de vacaciones anuales por sanción.

empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo de la provincia de Málaga (art. 26) (BOP de 31 de agosto de 2005); convenio colectivo de industria de panadería y pastelería de las Islas Baleares (art. 24) (BOIB de 10 de noviembre de 2005); convenio colectivo de grúas autoportantes y actividades auxiliares de la provincia de Málaga (art. 23) (BOP de 23 de octubre de 1991).

⁸⁷ Convenio colectivo de automoción de la provincia de Huelva (cláusula adicional primera) (BOP de 19 de septiembre de 2007).

⁸⁸ Convenio colectivo de distribución de prensa y revistas de la Comunidad de Madrid (art. 47) (BOCM de 26 de mayo de 2005).

⁸⁹ Convenio colectivo para las agencias de transporte de cargas fraccionadas de la provincia de Burgos (art. 24) (BOP de 17 de septiembre de 2007); convenio colectivo de empresas distribuidoras de gases licuados del petróleo de la provincia de Málaga (art. 26) (BOP de 31 de agosto de 2005).

⁹⁰ Convenio colectivo estatal para el sector de autotaxis (art. 37) (BOE de 6 de febrero de 2007).

⁹¹ Convenio colectivo para el sector de comercio alimentación de la provincia de Zamora (art. 39) (BOP de 11 de julio de 2008).

⁹² STS de 30 de abril de 1996, Ar. 3627. *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J., 2004, 309.

3. Infracción laboral.

En otras ocasiones, el supuesto que analizamos recibe el tratamiento de infracción del trabajador que lleva aparejada la sanción de suspensión de empleo y sueldo mientras dure la retirada ⁹³, estableciéndose en algunos convenios colectivos la necesidad de pronunciarse la Comisión Paritaria como garantía para el trabajador ⁹⁴.

La sanción prevista es la del despido disciplinario en supuestos de retirada del permiso de conducir a causa de la ingesta de alcohol u otros estupefacientes ⁹⁵, si bien, a nuestro modo de ver, no sería necesaria tal previsión convencional, pues dicha conducta tiene encaje en el artículo 54.2 f) del ET, esto es, la embriaguez habitual o toxicomanía, pues aun cuando estrictamente el precepto exige una reiteración o reincidencia, al hablar expresamente de una conducta habitual, la jurisprudencia, en estos casos, estima suficiente la embriaguez aun no habitual para entender justificado el despido ⁹⁶. Debiéndose, en cualquier caso, aplicar en estos supuestos, además de las garantías y exigencias formales específicas previstas en el convenio colectivo, las generales relativas a los procedimientos de imposición de sanciones o del despido disciplinario; tanto las comunes para la sanción o el despido de cualquier trabajador (arts. 55.1 y 58.2 del ET), como las específicas, tratándose de representantes de los trabajadores o afiliado a sindicato [arts. 55.1 y 68 a) del ET y 10.3 de la LOLS].

4. Movilidad funcional.

En la gran mayoría de los supuestos analizados, la inhabilidad profesional correspondiente se contempla como un supuesto que autoriza una facultad unilateral de movilidad funcional para la empresa. Ahora bien, al ser un supuesto de mejora de la normativa común aplicable, esto es, un mero cambio de funciones en lugar de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, esta facultad de movilidad funcional convencional no estará, en principio, sujeta a lo dispuesto en el artículo 39 del ET, sino a las limitaciones y al régimen que se haya pactado en el convenio colectivo correspondiente. De tal forma que, como veremos, los condicionamientos de la referida facultad empresarial pueden variar significativamente y van desde unos límites y requisitos exigibles comparables a los propios de la normativa común hasta unos regímenes que, a nuestro modo de ver, solo pueden ser calificados de arbitrarios y que, en cualquier caso, son claramente ilegales.

De esta manera, entre los preceptos que ofrecen más garantías a los trabajadores, y se asemejan al propio régimen jurídico del artículo 39 del ET podemos encontrar aquellos que obligan a la empresa a respetar la categoría profesional del trabajador, así como el salario correspondiente a la misma ⁹⁷,

⁹³ Convenio colectivo para el sector de fabricación y venta de pan de la provincia de Málaga (art. 29) (BOP de 11 de junio de 2007).

⁹⁴ Convenio colectivo para el sector de la Industria de panadería, pastelería, confitería, bollería y comercio de las mismas de la provincia de Castellón (art. 19) (BOP de 5 de agosto de 2008).

⁹⁵ Convenio colectivo de industrias vitivinícolas, alcoholeras y sidreras de la provincia de Ourense (BOP de 24 de julio de 2006).

⁹⁶ STS de 26 de octubre de 1989, Ar. 7443.

⁹⁷ Convenio colectivo de almacenistas, exportadores, envasadores, almacenes de destino de aceites comestibles y estaciones de descarga de la provincia de Barcelona (art. 31) (DOGC de 20 de noviembre de 2006); convenio colectivo del comer-

o que permiten asignar funciones distintas pero siempre dentro del grupo profesional al que esté adscrito el trabajador ⁹⁸. Otros acuerdos colectivos garantizan un puesto de trabajo lo más similar posible a su categoría, manteniendo el derecho al salario real de su categoría profesional ⁹⁹ o cuanto menos un cometido adecuado ¹⁰⁰.

En otros convenios podemos encontrar preceptos que aunque la determinación de las nuevas funciones a realizar queda en manos de la empresa, cuanto menos se garantizan las retribuciones correspondientes a la categoría profesional del trabajador ¹⁰¹.

Por el contrario, también abundan los convenios en que la facultad empresarial de movilidad funcional contemplada en el supuesto descrito es completamente arbitraria ¹⁰². En cualquier caso, incluso en estos últimos casos, evidentemente, como no podría ser de otra manera dentro del marco del contrato de trabajo y aun cuando no lo mencione expresamente el régimen jurídico concreto previsto en la norma convencional, el empresario vendría obligado a proporcionar al trabajador ocupación efectiva y adecuada, respetándole sus derechos fundamentales a la dignidad, a la formación, igualdad, no discriminación, etc., además de regirse por el principio de buena fe en la aplicación de la referida movilidad funcional y, en todo caso, los límites genéricos concretables por los demás derechos del trabajador, de tal forma que en ningún caso la movilidad funcional podría suponer un cambio de residencia para el trabajador o una modificación sustancial de otras condiciones de trabajo, salvo que, evidentemente, concurren los requisitos y se respete el procedimiento previsto en los artículos 40 y 41 del ET.

cio de alimentación de la provincia de Huelva (art. 36) (BOP de 21 de enero de 2008); convenio colectivo de comercio textil de la provincia de Almería (art. 52) (BOP de 30 de septiembre de 2008).

⁹⁸ Convenio colectivo de comercio de las Islas Baleares (art. 26) (BOIB de 12 de octubre de 2006).

⁹⁹ Convenio colectivo de consignatarias de buques, empresas estibadoras, transitarios y agentes de aduanas de la provincia de Castellón (art. 18) (BOP de 11 de diciembre de 2004); convenio colectivo de consignatarias de buques, empresas estibadoras, transitarios y agentes de aduanas de la provincia de Tarragona (art. 40) (DOGC de 30 de octubre de 2006); convenio colectivo de derivados del cemento de Navarra (art. 32) (BON de 8 de febrero de 2008); convenio colectivo de empresas de distribución y venta de gases licuados del petróleo de la provincia de Huelva (art. 24) (BOP de 9 de octubre de 2000); convenio colectivo de distribuidores de gases licuados del petróleo de la provincia de Barcelona (art. 42) (DOGC de 8 de octubre de 2008).

¹⁰⁰ Convenio colectivo para la industria del aceite y sus derivados de la provincia de Barcelona (art. 12) (DOGC de 13 de noviembre de 2008); convenio colectivo para el sector de limpieza pública, riegos, recogida de basuras, limpieza y conservación de alcantarillado de la provincia de León (art. 23) (BOP de 7 de julio de 2006).

¹⁰¹ Acuerdo general para las empresas de transportes de mercancías por carretera (art. 19.5) (BOE de 29 de enero de 1998); convenio colectivo para la industria del aceite y sus derivados de la provincia de Barcelona (art. 12) (DOGC de 13 de noviembre de 2008); convenio colectivo para las agencias de transportes-operadores de transportes de la provincia de Sevilla (art. 19) (BOP de 10 de septiembre de 2008); convenio colectivo para las agencias distribuidoras oficiales de Repsol Butano de Cantabria (art. 25) (BOC de 3 de agosto de 2007); convenio colectivo para el sector agropecuario de la provincia de Valencia (art. 10.5) (BOP de 27 de agosto de 2008); convenio colectivo de chocolates, bombones, caramelos y chicles de la provincia de Zaragoza (art. 23) (BOP de 9 de septiembre de 1998); convenio colectivo para el sector de comercio de recambios, neumáticos y accesorios de automóviles de la Comunidad de Madrid (art. 20) (BOCM de 18 de octubre de 2005); convenio colectivo de la construcción y obras públicas de la Región de Murcia (art. 25) (BORM de 22 de mayo de 2008).

¹⁰² Convenio colectivo interprovincial de fabricación de helados (art. 53) (BOE de 30 de abril de 2008); convenio colectivo interprovincial de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias (art. 35) (BOE de 16 de noviembre de 2007); convenio colectivo de fábricas de bebidas alcohólicas y embotelladoras de la provincia de Granada (art. 21) (BOP de 16 de mayo de 1992); convenio colectivo interprovincial de industrias del arroz (art. 30) (BOE de 12 de septiembre de 2007); convenio colectivo de industrias de panaderías y expendedorías de pan de la provincia de Sevilla (art. 17) (BOP de 3 de enero de 2008).

Ahora bien, a nuestro modo de ver, aun cuando no nos encontremos en el marco de una movilidad funcional del artículo 39 del ET y, en principio, por tanto, no podemos hablar de una transposición automática del contenido de dicho precepto, no es menos cierto que se puede mantener la existencia de unas reglas comunes a toda movilidad funcional, tanto la ordinaria, como la extraordinaria, la que se produce por razones objetivas, a solicitud del propio trabajador, etc., en definitiva, a la movilidad funcional entendida en sentido amplio, cabría concluir, cuanto menos que siempre se deberá respetar los derechos profesionales del trabajador, la imposibilidad de despido objetivo por ineptitud o falta de adaptación a las nuevas condiciones de trabajo, así como la exigencia de titulación adecuada al puesto de trabajo. De esta manera, en este último caso, creemos que, de articularse una movilidad funcional que supusiera una titulación distinta de la requerida en el puesto de trabajo de origen que tuviera el trabajador, aun cuando no hubiera sido tenida en cuenta ni utilizada en el momento de la contratación, no se le podrá imponer unilateralmente al operario, sino que requerirá de su consentimiento. En efecto, como destaca la doctrina ¹⁰³, «la clasificación profesional es convencional y si el trabajador no tiene derecho a exigir el reconocimiento de una categoría superior a la contratada pese a poseer una categoría subjetiva superior a esta, tampoco podrá el empresario ordenar al trabajador funciones para las que se exija una titulación superior a la exigida en la categoría de ingreso».

Del mismo modo y por las mismas razones, es nuestra opinión que, tampoco se podrá obligar a otros trabajadores de la empresa que estuvieran en posesión de la habilitación profesional correspondiente, pero que no se les haya tenido en cuenta en el momento de su contratación, a sustituir al trabajador que se le haya retirado temporalmente la misma, como contemplan algunos preceptos convencionales ¹⁰⁴. Todo ello sin perjuicio de otros supuestos de movilidad funcional y recolocación articulados por el legislador o por convenio colectivo para otros casos, en que la inhabilitación profesional viniera provocada por razones de alteración de la salud del trabajador.

No obstante, en el caso de conflicto entre estos últimos supuestos destacados y la solución articulada en la negociación colectiva, de nuevo, no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 3.3 del ET, ante regulaciones distintas de una misma situación por normas laborales, tanto estatales como pactadas, ha de ser aplicada la más favorable para el trabajador.

¹⁰³ SALA FRANCO, T., «La determinación de la prestación de trabajo (I)», en *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Contrato Individual, Valencia, 2004, pág. 237.

¹⁰⁴ Convenio colectivo de la industria de la panadería de la provincia de Soria (art. 18) (BOP de 20 de agosto de 2007).