

**JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.*

*Universidad de Granada*

(Finalista del Premio *Estudios Financieros* 2001  
*Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social*)

**Extracto:**

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos han moldeado el contrato de trabajo estableciendo numerosos supuestos en los que el empleador queda obligado a retribuir al empleado a pesar de la inexistencia de una prestación laboral efectiva. Hasta ahora, las respuestas dogmáticas aportadas por la doctrina jurídica no han sido suficientemente satisfactorias para dar una respuesta global a esta particular configuración jurídica de la reciprocidad en el contrato de trabajo como contrato de base cambiaria. El presente estudio ofrece al lector no sólo un análisis del régimen jurídico sobre aspectos de interés en los supuestos más relevantes de «salarios de inactividad», además, trata de dar cuenta de las dificultades para construir una sólida teoría unitaria que resuelva la cuestión. La solución más adecuada se identifica en la teoría que reconoce una «dimensión social» del salario, que no responde a una lógica conmutativa y que es fruto de la incidencia en el contrato de trabajo de una serie de principios y derechos de la ciudadanía (y de criterios «redistributivos») con basamento en el texto constitucional. Estos elementos –como componente de *status* en el trabajo asalariado– modulan la propia obligación jurídico-salarial para convertirla en una auténtica garantía instrumental de efectividad de los mismos.

---

## Sumario:

---

- I. Problemática general de los «salarios de inactividad».
- II. Tratamiento jurídico de las manifestaciones más relevantes de «salarios de inactividad».
  1. Las dificultades de encuadramiento dogmático de la *mora accipiendi* del empresario.
  2. Los tiempos de espera o presencia retribuidos.
  3. Ausencias o permisos retribuidos (legal o convencionalmente previstos).
    - 3.1. Configuración jurídica de las ausencias y permisos retribuidos.
    - 3.2. Módulo de cálculo de la remuneración en los permisos retribuidos.
  4. Las interrupciones por descanso retribuidas.
    - 4.1. Apreciaciones preliminares.
    - 4.2. Descanso semanal y festivos no recuperables.
    - 4.3. Vacaciones anuales.
- III. Las dificultades de un fundamento jurídico unitario de los «salarios de inactividad» en defensa del carácter sinalagmático del contrato de trabajo.
  1. Breve repaso de las teorías tradicionales.
  2. La teoría de la «dualidad dimensional» del salario.
- IV. A modo de conclusión: dimensión «social» del salario y derechos sociales de la ciudadanía.

## I. PROBLEMÁTICA GENERAL DE LOS «SALARIOS DE INACTIVIDAD»

Como desviación respecto a la regla de la sinalagmaticidad en el contrato de trabajo, se establecen una serie de prestaciones, total o parcialmente igualadas a la retribución, debidas por el empleador estando el contrato de trabajo vigente, pero con *carencia* de la prestación laboral. La peculiaridad del contrato de trabajo en que una persona cede originariamente los resultados o la utilidad patrimonial de su trabajo a un tercero determina que el salario sea un elemento esencial, propio y exclusivo del mismo. De ahí que en garantía de su función de medio de vida y de un conjunto de derechos de la persona se deba incluso en ciertos casos en que no hay trabajo efectivo <sup>1</sup>.

El problema que se plantea es el siguiente: cuando la suficiencia *dinámica* o continuidad del salario aleja al mismo de aquella concepción *ius-individualista* como precio y retribuye salarialmente las interrupciones periódicas y no periódicas en virtud de la atención que exigen determinados derechos, intereses y necesidades del trabajador, se pone inmediatamente en cuestión la reciprocidad o el sinalagma prestacional salario-trabajo (como actividad laboral *efectivamente* desarrollada) entendido en sentido estricto. No parecería, en principio, inexacto sostener que el contrato de trabajo en la empresa haya llevado no a una lógica diferente del sinalagma, sino a una nueva y *ampliada* interpretación del mismo: porque a la antigua contraposición trabajo-precio se sobrepone otra que tiene en cuenta, del lado del trabajador, un conjunto de prestaciones (económicas) no perfectamente correspondientes a la efectiva prestación laboral, sino del ámbito en la cual ésta se desarrolla; y que no vienen consideradas en compensación de la actividad prestada, sino más comprensivamente debidas en dependencia de la relación de trabajo. Cuestión que ya nos acercaría a la idea de un *status* jurídico del trabajador en función de una lógica jurídica propia y modulada respecto de la que rige el resto de contratos cambiarios (una específica combinación histórica entre contrato y *status*) <sup>2</sup>.

El *fundamento político-jurídico* de esta situación es la incidencia (a través de su instrumentación técnico-jurídica) sobre la obligación salarial de criterios amparados en diversos bienes y valores jurídicamente protegibles como elementos «desmercantilizadores»: descanso del trabajador, ejercicio de actividades de carácter público (de participación política) y sindical, etc. Instrumentada jurídicamente a través de la configuración de la obligación salarial, esta tutela de bienes e intereses

<sup>1</sup> En general, sobre la aporética aplicación de la teoría de la sinalagmaticidad al contrato de trabajo y la peculiar atenuación del principio de conmutatividad o reciprocidad que se produce en este contrato, *vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, 2001, especialmente págs. 349 y ss. y 365 y ss.

<sup>2</sup> Un excelente trabajo sobre contrato y *status* en el terreno de las relaciones laborales es el de STRECK, W.: «Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali», *GDLRI*, n.º 4, 1988, págs. 673 y ss.

no patrimoniales del trabajador realiza una transformación conceptual profunda de la obligación salarial que la aleja de las contraprestaciones propias de un mero contrato de cambio y que se relaciona, en última instancia, con un amplio y heterogéneo grupo de derechos económico-sociales constitucionales que actúan como basamento<sup>3</sup>. Ello implica que más allá de la expresa condición salarial de tales atribuciones patrimoniales, por ser cualificadas –directamente o a través de un proceso ejecutivo– como tales por el ordenamiento jurídico, también tal carácter se pueda fundamentar (a nivel de política-jurídica) en la aplicación de los principios constitucionales que presiden nuestro ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

El Derecho positivo español del trabajo contiene manifestaciones de una *concepción social* del salario, extendiéndola más allá de la simple justicia conmutativa hacia la suficiencia y continuidad del derecho a percibir el salario. Ello conlleva también serias dificultades jurídicas (problemas técnico-jurídicos) para mantener la existencia de una reciprocidad estricta entre prestación laboral y contraprestación salarial<sup>5</sup>, y lo que quizá sea más trascendente, induce a replantearse la ubicación del contrato de trabajo en la categoría de los contratos sinalagmáticos.

Históricamente, la legislación sobre el contrato de trabajo en general marca el abandono de una postura de abstencionismo legislativo en el campo de las relaciones industriales. En tal perspectiva, la incidencia por parte de las normas legales sobre el contenido de la retribución en gran medida es *instrumental* a los fines de promoción de la actividad sindical y de garantía de la libertad y de la dignidad de los trabajadores<sup>6</sup>. En esta dirección, es observable cómo el contrato de trabajo confirma la idoneidad de las relaciones contractuales como vías de tutela y promoción de la persona en la sociedad actual, y de realización de la idea de «*justicia distributiva*»<sup>7</sup>. Los derechos reconocidos constitucionalmente tienen un reflejo en el desarrollo legislativo (mejorable por las fuentes autónomas) encaminados a la salvaguarda de la libertad y de la dignidad del trabajador, con lo que el mecanismo contractual laboral (dado el régimen jurídico-salarial que incorpora) resulta «coherente y funcional a la tutela de intereses no patrimoniales sino personales que porta la legislación»<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> En este sentido, BALZARINI, G.: *La retribuzione del lavoro subordinato*, vol. I, Teramo, 1971, pág. 240, señala que en el fondo, las causas que fundamentan los distintos supuestos de salarios de inactividad siempre son reconducibles a los principios de tutela de la seguridad, de la libertad y de la dignidad humana.

<sup>4</sup> Cfr. BALZARINI, G.: *La retribuzione...*, *op. cit.*, pág. 241.

<sup>5</sup> ALMANSA PASTOR, J. M.: «La obligación salarial», en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Univ. de Valencia, 1976, pág. 94.

<sup>6</sup> CINELLI, M.: «Retribuzione dei dipendenti privati», *AppNDI*, vol. VI, Torino, 1986, pág. 656.

<sup>7</sup> Sobre el debate planteado sobre esta posibilidad que ofrece la normación contractual, cfr. KRONMAN, A. T.: «Contract Law and Distributive Justice», *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, págs. 472 y ss.; CANE, P.: «Corrective Justice and Correlativity in Private Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, 1996, págs. 471 y ss.; LUCY, W. N. R.: «Contract as a Mechanism of Distributive Justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1989, págs. 132 y ss.; RICHARDSON, M.: «Contract law and distributive justice revisited», *Legal Studies*, vol. 10, n.º 2, 1990, págs. 258 y ss.; COLLINS, H.: «Distributive justice through contracts», *Current Legal Problems*, vol. 45 (Part. 2: Collected Papers), 1992, págs. 49 y ss.; del mismo: *The Law of Contract*, London, 1986, págs. 137 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. DE MARINIS, N.: «La concezione contrattualistica del Diritto del Lavoro tra deregolazione e giuridificazione», *Dir. Lav.*, n.º 3-4, 1991, pág. 337.

Sobre los ejes político-jurídicos reseñados pueden asentarse las manifestaciones contempladas por el ordenamiento jurídico en que subsiste la obligación salarial sin que se realice la correlativa prestación de trabajo. La disciplina imperativa del salario termina por configurar el nexo entre la misma y la prestación del trabajo de manera particular: tanto para justificar la interrogación de si se puede calificar como nexo («sinalagmático») de reciprocidad<sup>9</sup>, al menos en el sentido que a este término se atribuye tradicionalmente en la delineación de los contratos (la nota que los caracteriza se centra en la circunstancia de que cada contratante ofrece la propia prestación para recibir la contraprestación, de modo que cualquiera de las prestaciones encuentra su razón de ser en la otra)<sup>10</sup>.

En el contrato de trabajo surgen dudas sobre la configurabilidad de tal conexión entre las prestaciones (en orden a la compatibilidad de tales disciplinas con la naturaleza sinalagmática –o conmutativa si se quiere– del contrato de trabajo)<sup>11</sup>. Además de la ya analizada incidencia del principio constitucional de suficiencia, nos encontramos supuestos en que el trabajador conserva el derecho al salario en ausencia de prestación laboral. Se trata de supuestos englobables fundamentalmente en tres grupos genéricos de previsiones legislativas (eventualmente complementadas por la autonomía colectiva e individual): a) salarios sin prestación de trabajo por interrupciones no imputables al trabajador (art. 30 LET); b) permisos retribuidos; c) períodos de descanso computables como de trabajo. A los que hay que añadir una heterogénea gama de supuestos relacionados con los registros personales del trabajador, salud del trabajador<sup>12</sup>, el aseo personal en ciertos trabajos<sup>13</sup>, actividades formativas, etc.

<sup>9</sup> Cfr. CESSARI, A.: «In tema di struttura del contratto di lavoro», *RTDPC*, 1958, pág. 1.262, señala que la retribución, para el derecho actual, no tiene la función de pura contraprestación que debería poseer en un negocio de cambio y que el salario debe ser determinado también en base a criterios de referencia del todo autónomos respecto al criterio de conmutatividad.

<sup>10</sup> CATAUDELLA, A.: «Qualità della prestazione di lavoro e corrispettività della retribuzione», *Dir. Lav.*, 1989, n.º 3-4, pág. 197.

<sup>11</sup> DI MAJO, A.: «Aspetti civilistici della obbligazione retributiva», *Riv. Giur. Lav.*, 1982 (I), pág. 396, señala que si se quiere defender abstractamente este nexo entre salario y conmutatividad debe darse solución explicativa a las hipótesis en las cuales el salario no figura como contraprestación de la prestación laboral sino en función de *elementos no reductibles a la relación de cambio* (siempre, evidentemente, que se sostenga la naturaleza salarial –no indemnizatoria o asistencial– de tales prestaciones económicas).

<sup>12</sup> Otros supuestos en los que la retribución también está garantizada –y que pudieran considerarse como actividad asimilada al trabajo– son: las enseñanzas y prácticas en materia de seguridad e higiene en el trabajo (según el art. 19.4 LET el trabajador «está obligado a seguir dichas enseñanzas y a realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en las mismas»); tiempo dedicado a reconocimientos médicos periódicos del trabajador en los casos de trabajadores que ocupen puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales (art. 196.1 LGSS, en su apartado segundo señala que los «reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquélla, si a ello hubiere lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir»).

<sup>13</sup> La protección de la salud de los trabajadores también encuentra aplicación en otras normas que garantizan un tiempo de aseo personal *dentro de la jornada de trabajo*, como son los artículos 138.8 para empresas en cuyo proceso productivo se utilicen «sustancias irritantes, tóxicas o infecciosas» y 139.3 e) OGSHT que extiende la garantía en los supuestos en los que en el proceso productivo se utilicen «productos animales o vegetales» (puesto que la LPRL dejaba en vigor el título II de la OGSHT en la que se encuentran tales preceptos), artículo 7 RD 664/1997, relativo a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo o el artículo 6.2 RD 665/1997 en relación a los trabajadores en situación de riesgo relacionada con la exposición a agentes cancerígenos en el trabajo. Garantías que se anudan al mandato constitucional del artículo 40.2 CE, que garantizan al trabajador su

Una de las justificaciones de los salarios de inactividad consiste en considerar que son una contrapartida, pero no de un trabajo productivo sino de una *actividad de otra naturaleza asimilada a un trabajo*<sup>14</sup>. En relación a estos tiempos asimilados, debe, no obstante, tenerse presente su carácter *excepcional* (corolario del principio de conmutatividad estricto salario-prestación efectiva) en el marco de la regulación jurídico-general del tiempo de trabajo, la consecuencia es que –a salvo de previsión normativa o convencional expresa– juega una presunción contraria a la asimilación como tiempo de trabajo efectivo de los tiempos que realmente no respondan a tal carácter. Es decir, que su carácter excepcional es consecuencia del influjo que tiene el *resultado útil* de la prestación laboral como causa de la atribución patrimonial salarial. Este posicionamiento parece poco expresivo, constata o describe este aspecto de la configuración jurídica del salario sin aportar una sólida fundamentación del mismo.

Parece posible destacar dos trazos jurídicos comunes a todas las hipótesis en que la carencia de prestación laboral está acompañada también de la obligación empresarial de retribuir. En primer lugar, puede destacarse que, en todas las hipótesis, aparece la exigencia de tutelar intereses que trascienden los de las partes contractuales. Como fundamento de la obligación salarial aparece la exigencia de garantizar al trabajador *derechos sociales de ciudadanía*. De modo que estas situaciones pueden basamentarse jurídicamente sobre precisas normas constitucionales (tute-

---

integridad física, así como la existencia de una adecuada política de seguridad e higiene. Se configura de este modo una interrupción de la jornada laboral, computable como tiempo efectivo de trabajo, que tiene una finalidad preventiva específica. Estos preceptos configuran esos períodos como tiempo efectivo de trabajo a todos los efectos en tanto que se integran dentro de la jornada laboral [SsTCT 11 diciembre 1984 (RTCT 1984\1003), 31 octubre 1986 (RTCT 1986\1077), 26 enero 1987 (RTCT 1987\2038), STS 15 noviembre 1991 (RJ 1991\8227), STSJ Valencia 30 mayo 1995 (AS 1995\2157)]; consiguientemente, sin reducción de la retribución correspondiente [STCT 27 enero 1989 (RTCT 1989\2040)] [vid. ALBIOL MONTESINOS, I., GOERLICH PESET, J. M.: «La reducción de jornada para aseo personal en los casos de utilización de sustancias irritantes, tóxicas o infecciosas», *TS*, n.º 79, 1997, págs. 7 y ss.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, M. C.: «La reducción de jornada en actividades con productos animales o vegetales», *AS*, 1991 (I), págs. 23 y ss.].

<sup>14</sup> La genérica consideración anterior podría ser propuesta en particular para la remuneración de los períodos de formación (*stage* formativos) o para la del tiempo consagrado a actividades de interés general [v. gr. créditos horarios para representación sindical –arts. 68 e) LET y 10.3 LOLS–], en la medida que tales funciones de representación también –en cierta manera– benefician al empresario; tiempo dedicado a la votación para la elección de delegados de personal y miembros de comités de empresa (art. 75.1 LET) que tiene la consideración de trabajo efectivo y, por tanto, tiene carácter retribuido. Pero más dudosamente en otros supuestos como el tiempo indispensable dedicado al cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal [art. 37.3 d) LET] (v. gr. el ejercicio del sufragio activo, comparecencia como testigo o perito ante los órganos jurisdiccionales).

Es decir, que a pesar de poder constituir una actividad asimilada al trabajo, son excepciones al sinalagma en la medida que el empleador no suele ser el beneficiario de la actividad realizada por el trabajador en tales períodos: v. gr. especialmente, el importe de los salarios correspondientes a los días dedicados por el trabajador demandante para la comparecencia personal en los actos de conciliación y juicio cuando la sentencia es condenatoria para el empresario (art. 101 LPL); licencia –de seis horas semanales– durante el preaviso en la extinción del contrato por causas objetivas para que el trabajador –o el representante legal del trabajador disminuido– busque un nuevo empleo (art. 53.2 LET). De modo que tal explicación tendría un campo de actuación reducido, quizá limitado a los supuestos de los registros personales del trabajador (que según el art. 18 LET han de realizarse durante la jornada de trabajo), salvo que se acepte incondicionalmente que estamos ante una *factio iuris* que responda al sobrentendimiento de que en tales períodos se satisface para el empleador un interés equivalente al trabajo efectivo, cosa que claramente no sucede v. gr. en el caso de la suspensión del contrato por realización de cursos de reconversión profesional en el supuesto del artículo 52 b) LET («Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo»).

la de salud, protección de la familia, ejercicio de derechos sindicales y políticos, etc.) y encuentran también puntual cotejo en normativas internacionales de tutela de los derechos sociales fundamentales <sup>15</sup>.

El segundo elemento común es que las variadas prestaciones a cargo del empleador –tal como se contemplan por el marco jurídico-positivo– *tienen naturaleza salarial*. Estando liberadas de la concepción *clásica* de la reciprocidad, y de la pretensión de crear una noción jurídica *monolítica* de salario en exclusiva relación a la efectiva prestación laboral. No parece existir ninguna dificultad en reconocer naturaleza salarial a obligaciones que nacen como *efectos legales del contrato de trabajo*, puestas a cargo del empleador y que tienen en común la naturaleza salarial, pero no «recíproca»: al menos si por remuneración se entiende la contraprestación de una utilidad actual de la *prestación de trabajo*.

Dentro de la expresión «salarios de inactividad» <sup>16</sup> se engloban, pues, una amplia gama de percepciones salariales que –en línea de principio– no se corresponden a la prestación efectiva de un trabajo. El problema que se plantea es determinar el fundamento jurídico de la naturaleza salarial de percepciones económicas que, aparentemente al menos, no tienen su equivalencia en (o «comutatividad» con) una efectiva prestación laboral. El principio del salario como contrapartida del trabajo realizado no parece haber sido abandonado en el contrato de trabajo, pero se encuentra suavizado por la multiplicación de salarios de inactividad con cargo al empresario <sup>17</sup>. Ello complica la configuración jurídica de la obligación salarial; especialmente porque pueden plantearse otras hipótesis en las que el empresario garantiza a su personal el mantenimiento de su renta salarial durante períodos de inactividad. Se puede dudar así, a la hora de distinguirlas de otras prestaciones debidas por el empresario al trabajador y que no tienen la naturaleza de salario. Puede suceder, en efecto, que el empresario esté obligado a procurarle una ventaja por otra causa que no sea la remuneración del trabajo realizado, y en particular en relación con las indemnizaciones a que puede dar lugar una relación laboral o con las prestaciones meramente asistenciales <sup>18</sup>.

<sup>15</sup> En todos estos casos el salario se anuda a la garantía de los derechos sociales fundamentales: o mejor, la garantía del tratamiento económico sirve para permitir al trabajador ser ciudadano *pleno iure* (ZOPPOLI, L.: *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1991, pág. 309). Entre éstos, cabe distinguir las hipótesis en las que se trata de derechos sociales de ciudadanía *finales* de aquellos en los que se está en presencia de derechos sociales *instrumentales*. El goce de los primeros permite realizar el fin tuitivo del trabajador-ciudadano; en otros casos es más correcto hablar de «derechos sociales instrumentales», porque no contemplan tan directamente al ciudadano en cuanto individuo, sino en cuanto miembro de formaciones sociales u órganos públicos a través de los cuales el individuo concurre a la concreción y a la tutela de los derechos sociales propios y de los otros sujetos (*ibíd.*).

<sup>16</sup> Originaria de LYON-CAEN, G.: «Les salaires», en CAMERLYNCK, G. H. (dir.), *Traité de Droit du Travail*, París, 1967, págs. 197 y ss.

<sup>17</sup> Ello responde a la aspiración *socialmente avanzada* de garantizar una «seguridad económica» (sobre esta idea, *cf.*: BEATTY, D. M.: *Putting the Charter to Work: designing a Constitutional Labour Code*, Kingston & Montreal, 1987, especialmente págs. 80 y ss.) en la prestación salarial y a mantenerla incluso en situaciones de inactividad. Para SAVATIER, J.: «Les salaires d'inactivité», *DS*, n.º 12, 1984, pág. 710, ello puede estar fundado en la naturaleza profunda del contrato de trabajo que conlleva «el intercambio de una libertad por la seguridad».

<sup>18</sup> SAVATIER, J.: «Les salaires d'inactivité», *op. cit.*, pág. 711.

Los debates sobre la noción de salario de inactividad no son puramente teóricas, la calificación dada a cada ingreso de inactividad pide su propio régimen jurídico. A la calificación de salario están unidas un conjunto nada desdeñable de garantías o consecuencias jurídicas. Pero, podemos preguntarnos si es posible aplicar a los salarios de inactividad todas las reglas que rigen el crédito salarial o bien la antinomia entre la idea de la remuneración de un trabajo y la ausencia de prestación de trabajo nos conduce a un particularismo del régimen de los salarios de inactividad.

Ciertamente, los salarios de inactividad no son reconducibles inicial e indefectiblemente a una teoría –ni a un régimen jurídico– que proporcione una fundamentación jurídica unitaria, sino que el fundamento de los mismos puede ser heterogéneo. Ello afecta a su propia configuración jurídica: causa y sistema de generación del derecho y peculiaridades en su cuantificación derivadas de los caracteres que informan cada situación remunerada de inactividad. La situación nos confirma la *polisistematicidad* del salario en el sistema de relaciones laborales y las dificultades para una reconstrucción unitaria de la figura en estudio. No obstante, en la línea ya apuntada, trataremos de dar una explicación jurídica unitaria a todos estos fenómenos, y de la incidencia que tienen en la especial sinalagmaticidad del contrato de trabajo.

Quizá, con las debidas matizaciones a hacer en cada caso, quepa compartir el criterio general –en relación con el monto de tales salarios– de que al tener muchos de ellos la función de permitir el disfrute de derechos constitucionales y/o legales (v. gr. vacaciones, permisos retribuidos, etc.), no quepa desligarlos del valor globalmente y normalmente atribuido al trabajo efectivo, valor con el que deberá mantener una razonable proporción o equivalencia, tal que no se perjudique la propia función del instituto legal<sup>19</sup>. Pero debe excluirse, por la garantía instrumental de otros derechos no estrictamente patrimoniales que supone el mantenimiento del derecho al salario en estos casos (su estrecha relación con la garantía de la persistencia de la obligación salarial y el goce de derechos fundamentales del trabajador-ciudadano), que el salario debido en tales supuestos pueda ser establecido al arbitrio del empresario, ya que de ésta –en algunos casos, v. gr. vacaciones anuales que son un elemento proporcional de salario y trabajo en el arco del año– depende el respeto o la lesión del equilibrio salarial que es realizado (también) en tutela de un *interés no patrimonial*.

En consonancia con lo visto, al menos para los institutos legales o convencionales establecidos en los que se establezca su carácter «retribuido» sin más matizaciones (en los institutos legales no sería aceptable un margen a la autonomía para modular su cuantía por debajo de la que esté garantizada legalmente), parece que la cuantía del salario a percibir no puede dejarse a la completa discrecionalidad de las partes negociales. La autonomía colectiva o individual no puede modular *in peius* los estándares garantizados por las normas legales en tales situaciones (ordinariamente se habla de mantenimiento del derecho al salario o a la remuneración), para no desvirtuar la propia función de garantía del derecho *no patrimonial* del trabajador que esté en juego y respecto del que el mantenimiento del salario constituye una garantía instrumental de efectividad real.

<sup>19</sup> D'ANTONA, M.: «Le nozioni giuridiche della retribuzione», *GDLRI*, n.º 22, 1984, pág. 275, para tales casos (*ibid.*, pág. 278) considera acertadamente que estamos ante una noción de retribución relevante o garantizada en diversos contextos y que no necesariamente se corresponde de forma imperativa a una noción general y omnivalente de retribución sino que habrá que determinarla en función de su función específica y su reglamentación concreta.

## II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS MANIFESTACIONES MÁS RELEVANTES DE «SALARIOS DE INACTIVIDAD»

### 1. Las dificultades de encuadramiento dogmático de la *mora accipiendi* del empresario.

El artículo 30 LET establece una regla específica sobre la denominada *mora accipiendi* en el contrato de trabajo de la que se deriva el mantenimiento del salario del trabajador en una hipótesis en la que no existe trabajo efectivo<sup>20</sup>. El precepto contempla el retraso del empleador en proporcionar al trabajador ocupación efectiva, lo que exige, además de la no imputabilidad de la mora a éste, la plena vigencia del vínculo contractual<sup>21</sup> y la consiguiente puesta a disposición del trabajador<sup>22</sup>. Incluso el artículo 30 LET permitiría también el mantenimiento de partidas salariales vinculadas a los resultados empresariales cuando la no fijación o consecución de éstos es por causa imputable al empresario<sup>23</sup>. Se ha considerado también aplicable a los casos en que se paralizan las actividades por riesgo grave o inminente (art. 21.4 LPRL) cuando la paralización se debe a impedimentos imputables al empresario, puesto que tal riesgo sería atribuible a la propia actividad empresarial<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> El artículo 30 LET ha sido calificado como la solución legislativa en el orden laboral a la denominada *mora accipiendi* del empresario (ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Bilbao, 1992, pág. 123), la versión laboral del artículo 1.101 C.c. respecto del empresario (aunque, esto es destacable, este último precepto habla de *indemnización*). Entendido bajo la premisa del derecho del trabajador a la ocupación efectiva [art. 4.2 a) LET], y del cumplimiento del trabajador con la llamada puesta a disposición del empresario, debiendo éste retribuirle como si efectivamente hubiese trabajado.

<sup>21</sup> Cfr. STS 17 abril 1989 (RJ 1989\2984).

<sup>22</sup> STS 13 diciembre 1990 (RJ 1990\9783). Cosa que no sucede cuando el contrato ha quedado suspendido o extinguido de forma legal, STSJ Cataluña 2 julio 1996 (AS 1996\2897). Pueden señalarse las siguientes reglas jurisprudenciales en relación al juego del artículo 30 LET: a) Si el impedimento que imposibilita la prestación de trabajo depende de circunstancias imputables directa o indirectamente al empresario juega el artículo 30 LET, existiendo una presunción de que es imputable al empresario la imposibilidad de la prestación de los servicios siempre que el trabajador se encuentre a su disposición; presunción que es susceptible de destrucción mediante prueba en contrario que evidencie que la imposibilidad provino de acontecimientos derivados de fuerza mayor [STCT 2 diciembre 1987 (RTCT 1987\24953)]. La STCT 7 febrero 1989 (RTCT 1989\1952) parece abrir la posibilidad de una posible imputabilidad empresarial cuando la circunstancia impeditiva deriva del ejercicio empresarial del poder de dirección de forma jurídicamente incorrecta; b) El artículo 30 LET se viene interpretando como comprensivo no sólo de circunstancias imputables al empresario en sentido estricto, sino de modo más amplio como comprensivo también de aquellos acontecimientos en los que concurren comportamientos objetivos ajenos al comportamiento del empresario [STCT 30 mayo 1986 (RTCT 1986\3956)]. Criterio que viene sirviendo para justificar que, ante una situación de huelga en cuya virtud los trabajadores huelguistas no pueden prestar sus servicios por la huelga de los demás, tienen, sin embargo, derecho a los salarios correspondientes [STCT 1 y 24 octubre 1984 (RTCT 1984\8240, 8380)]. Así, la jurisprudencia viene rechazando la aplicabilidad del artículo 30 LET, «a sensu contrario» para atribuir la imputabilidad de la interrupción de actividad a los trabajadores no huelguistas, imputabilidad que ha de valorarse individualmente respecto de cada uno de ellos, pues no admite una transposición al plano colectivo de sus efectos [STS 20 junio 1995 (RJ 1995\5360)].

<sup>23</sup> Vid. STSJ La Rioja 31 diciembre 1994 (AS 1994\4719); STCT 8 octubre 1986 (RTCT 1986\10720). En algún caso, existe una regulación convencional al respecto, v. gr. artículo 5 Anexo X Convenio Colectivo Industria textil y de la confección (BOE 11 agosto 2000): «La pérdida del tiempo por causa independiente de la voluntad del trabajador (avería de la máquina, espera de material, atado de telas, repaso de hilos, por cambio de medida o rotura de lanzadera, etc.), se pagará al trabajador que trabaje a incentivo y haya permanecido en la fábrica en función del salario pactado en Convenio y previo aviso al encargado de la sección».

<sup>24</sup> Vid. OJEDA AVILÉS, A.: «Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente», en AA.VV., *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, 1996, pág. 321; GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M.: «El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente», AS, 1996 (I), pág. 2.785.

En estos supuestos se entiende que «existe una quiebra del estricto concepto de salario según la teoría del sinalagma, bajo cuya perspectiva sólo lo serían las cantidades que tuvieran su causa directa en el trabajo prestado»<sup>25</sup>. Para algunos, la figura excepciona la teoría de los riesgos del contrato bilateral tal como se perfila en el Derecho común de los contratos<sup>26</sup>. Parece que el precepto laboral constituye una desviación del Derecho común en la medida que se informa del principio de la *mora inculpada* del acreedor (simplemente la englobable en hechos dependientes o «imputables» al empresario). Resulta así evidente que la «esfera de riesgo empresarial» sitúa en la posición del empleador deberes económicos superiores respecto de la tradicional teoría de la imposibilidad sobrevenida<sup>27</sup>, y en tanto el trabajador mantiene el «derecho a su salario» y no se habla de indemnización (reintegración del daño).

Frente a este posicionamiento que defiende el carácter excepcional respecto al Derecho común<sup>28</sup>, para otros «parece evidente que el deudor que hace todo para mantenerse fiel a sus obligaciones no puede ser penalizado con la pérdida de la contraprestación cuando la inactuación del contrato depende de la carente cooperación del acreedor». En esta línea, se ha considerado que no se trata de una desviación de la sinalagmaticidad en los contratos de obligaciones recíprocas en la medida en que «el acreedor de la obra tiene que corresponder la contraprestación salarial, en cuanto que la *mora accipiendi*, ni resuelve ni suspende la relación contractual»<sup>29</sup>. Se trataría así de una regla aplicativa del principio general de la *conmutatividad* propia de los contratos sinalagmáticos, en los que la mora no exonera a la otra parte –salvo que se demande una declaración judicial– del

<sup>25</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Tipificación y estructura del contrato de trabajo», *ADC*, 1972, págs. 178-179; GHEZZI, G.: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, págs. 107-245; TREU, T.: *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, págs. 195 y ss.

<sup>26</sup> El principio de conmutatividad en Derecho patrimonial civil, bajo la idea del mantenimiento del equilibrio prestacional, conduce a que –surgida la imposibilidad de llevar a cabo una prestación– la otra parte queda liberada de realizar la contraprestación, todo ello en el plano de una absoluta igualdad abstracta. Según RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Univ. de Sevilla, 1975, pág. 147: «La adopción de una solución opuesta para la relación de trabajo en la que, por lo menos en algunos casos... se mantiene la obligación de pago del salario sin prestación laboral, muestra que esa situación de equilibrio ideal se rompe en beneficio de una de las partes del contrato, parte que es precisamente la más débil de las dos...». En definitiva, «las normas que rigen las situaciones de interrupción del trabajo y que resuelven el conflicto de intereses manteniendo la obligación salarial, tienen en cuenta esa indiscutible realidad de la desigualdad de las partes, haciendo producir a partir de la misma unos determinados efectos jurídicos que se apartan de la idea de pura reciprocidad de las prestaciones».

<sup>27</sup> SPEZIALE, V.: *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, pág. 104. Como ha señalado RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: *Interrupciones de la actividad...*, *op. cit.*, pág. 153, «sobre el titular de la empresa recaen los riesgos provocados por acontecimientos pertenecientes al círculo de funcionamiento normal de la organización productiva, pero también los que proceden de eventos anormales o extraordinarios». Esa alteración (*ibid.*, pág. 155) pertenece naturalmente al «círculo de riesgo que el empresario asume cuando pone en marcha su organización productiva». En definitiva, la norma mantiene la responsabilidad empresarial frente a un amplio abanico de situaciones o eventos conectados con las decisiones o bien las situaciones empresariales, que reducen el campo de pérdida del salario por imposibilidad del trabajo derivada de riesgos atinentes a la «esfera» que queda a cargo del empresario como titular de la organización productiva.

<sup>28</sup> Y que para algunos ha servido para abogar por la idea de que el trabajador no tendrá derecho a la contraprestación sino al mero resarcimiento del daño *v. gr. vid.* FALZEA, A.: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, págs. 110 y ss.

<sup>29</sup> *Cfr.* GHERA, E.: «Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro», *Dir. Lav.*, 1970 (I), pág. 100.

cumplimiento de su contraprestación. Luego, mientras esté vigente el contrato –o no se suspenda legalmente– continúan subsistiendo los deberes recíprocos. El legislador ha tenido en cuenta que normalmente el trabajador –imposibilitado para realizar su prestación– no puede tener otro daño que el *lucro cesante* de la falta de retribución y que, en cualquier caso, los otros eventuales perjuicios económicos serían de difícil concreción, exonerar al empleador de la responsabilidad consecuente a la propia mora creditoria, limitándose a confirmar la existencia de la obligación –descendiente del sinalagma contractual y que *no tiene título en el resarcimiento del daño producido por la mora*– de corresponder la retribución <sup>30</sup>.

Estas argumentaciones también justifican el carácter *salarial* y no indemnizatorio del emolumento en cuestión. Dada la interdependencia funcional subsistente entre las prestaciones relativas a las obligaciones conmutativas «la corresponsión de la retribución al trabajador inoperante debido a la mora del empleador no trae causa a título de indemnización por la falta de ejecución y utilización de su prestación de obrar, sino que conserva su causa originaria, que hay que ubicar en la obligación asumida por el empleador en el contexto del sinalagma genético que caracteriza al contrato de trabajo» <sup>31</sup>. Tal opinión, se explica en el ámbito de una específica concepción de la conmutatividad en el contrato de trabajo –no unánimemente compartida– según la cual el salario encuentra fundamento en la existencia del contrato (en el momento obligacional) y no en la concreta ejecución de las prestaciones <sup>32</sup>. En definitiva, también si el trabajo no se desarrolla por la falta de colaboración del empleador (que opta por «renunciar» al enriquecimiento conexo a la ejecución de la prestación), no obstante tal hecho no incidiría sobre el «sinalagma genético» del negocio y no libera por tanto al empleador de la obligación salarial. Aunque también debería precisarse que normalmente el supuesto no se produce por «opción» empresarial sino por eventos que normalmente escapan a su control o que se derivan de una deficiente previsión técnico-organizativa.

Sin embargo, para otros la obligación de efectuar la prestación salarial tiene una razón justificativa diferente del propio principio de conmutatividad; se trata de la *responsabilidad* del acreedor que impide al deudor cumplir por un hecho a él imputable y, por tanto, se le deben anudar las relativas consecuencias, sin que encuentre fundamento en la relación de equilibrio y proporcionalidad entre las prestaciones propia de la conmutatividad. En sustancia, aquí el salario se debe *no por la simple subsistencia del vínculo negocial*, sino porque un contratante genera un comportamiento injustificado y soporta los efectos negativos del mismo <sup>33</sup>.

Esta problemática es, sin duda, *propiamente* laboral, de modo que parecen innecesarias «contaminaciones» provenientes del marco normativo común, salvo para poner de manifiesto las especialidades propias del terreno laboral. En realidad, plantearse si suponen una excepción o desviación a la disciplina general no parece que tenga –salvo para poner de manifiesto la propia especialidad

<sup>30</sup> GHERA, E.: «Spunti critici...», *op. cit.*, págs. 99-100.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pág. 101.

<sup>32</sup> En este posicionamiento parece subyacer una idea de sinalgmatividad global o genérica apreciada en la génesis del contrato y no tanto la dimensión funcional o contraprestacional de la misma.

<sup>33</sup> SPEZIALE, V.: *Mora...*, *op. cit.*, pág. 305.

del reparto de riesgos laboral— una trascendental relevancia aplicativa, en la medida que tales hipotéticas desviaciones encuentran fundamento en la peculiaridad del Derecho especial que es una reglamentación particular de hipótesis normativas reguladas de forma diferente a la disciplina del Derecho común<sup>34</sup>. A juicio de SPEZIALE, nada impide considerar esta retribución como una ulterior «derogación» al principio de proporcionalidad con mantenimiento del salario en ausencia de trabajo<sup>35</sup>.

En cualquier caso —y visto el problemático encuadre de la figura en la teoría general de los contratos— debe resaltarse que es la propia ley la que, al menos *declarativamente*, califica expresamente este tratamiento económico como salario, por tanto, debe considerarse que las sumas debidas por este título tienen naturaleza «remuneratoria», de conformidad con el claro contenido literal de la norma vinculante para la actividad exegética del intérprete. Y lo hace como protección de un interés positivamente tutelado del trabajador a la ejecución de su prestación<sup>36</sup>. Más matizadamente, se ha considerado que la regulación responde a un interés jurídicamente relevante del trabajador a no permanecer a la merced de su acreedor (de no estar sometido a una jurídicamente inadmisibile posibilidad de que el empleador pueda suspender su obligación de corresponder el salario), de un interés a ser liberado en general, no por tanto de un específico interés a prestar (a sufrir el sacrificio económicamente valorable en el que se concreta cualquier actividad solutoria)<sup>37</sup>. La consideración salarial de la retribución en tal supuesto se ha justificado —como hemos visto— en la aplicación de la teoría general de la mora del acreedor a la *mora accipiendi* del empresario, o —incluso considerando su carácter jurídicamente heteróclito— más específicamente, en el dato puramente formal de su expresa consideración salarial en la dicción del artículo 30 LET<sup>38</sup>.

Esta norma jurídica —de reparto de riesgos— propia del contrato de trabajo ha llevado a algunos autores —normalmente desde perspectivas ideológicas *relacionistas* u *organicistas*— al mantenimiento de la conocida «teoría de la puesta a disposición»<sup>39</sup>. Esta construcción se debe a la doctrina alemana, v. gr. NIKISH sostenía que el trabajador solamente está obligado a poner a disposición del empresario su trabajo, si ello se produce también en casos de perturbaciones en la actividad de la empresa, el empresario recibe también la prestación que le corresponde. Se trata, pues, de mantener la reciprocidad de las obligaciones principales, entendida la del trabajador, no como la realización efectiva de un servicio, sino como disponibilidad hacia la otra parte; si esa última no puede utilizar

<sup>34</sup> SPEZIALE, V.: *Mora del creditore...*, op. cit., págs. 35 y 95. Significativamente (pág. 91) advierte que el legislador no está vinculado por una lógica de coherencia, y que puede garantizar a una categoría particular de «contratantes débiles» la contraprestación salarial en estos supuestos.

<sup>35</sup> *Ibid.*, págs. 93-95.

<sup>36</sup> Desde esta perspectiva, se trata una medida que tutela económicamente el derecho a la ocupación efectiva del trabajador (cfr. GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Madrid, 1993, págs. 41 y ss.); vid. STCT 30 abril 1984 (RTCT 1984\3897).

<sup>37</sup> Vid. GHEZZI, G.: *La mora del creditore...*, op. cit., págs. 103-104.

<sup>38</sup> Vid. RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: «Imposibilidad de la prestación», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VI, Madrid, 1992, pág. 191.

<sup>39</sup> Vid. HERRERO NIETO, B.: «Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo», *RDP*, vol. 42, 1958; Sobre los orígenes comunitaristas de la «teoría de la puesta a disposición» como basamentadora del derecho al salario en estos supuestos, cfr. SPEZIALE, V.: *Mora...*, op. cit., págs. 156 y ss.

esa fuerza de trabajo que se le ofrece porque las circunstancias por las que atraviesa la empresa no lo permiten, tampoco puede liberarse de su obligación de pago, ya que debe entenderse que el trabajador ha cumplido desde el momento en que se encontraba listo para el trabajo y dispuesto para realizarlo. Todo ello reforzaría el carácter *constitutivo* y no meramente declarativo de la consideración salarial *ex lege* de tales atribuciones patrimoniales <sup>40</sup>.

Si relacionamos este instituto con el pretendido carácter conmutativo o recíproco del salario la situación no deja de ser problemática. Especialmente si se considera que la *conmutatividad* del contrato de trabajo, en su concepción más aceptada, implica que «las obligaciones del mismo no sólo son causa la una de la otra sino que se mantienen unidas a lo largo de todo su desarrollo» (sinalagma *funcional*). Dicha conmutatividad, comprendiendo no sólo un sinalagma genético, sino también funcional, parece oponerse a la consideración salarial de estas cantidades. Esta oposición es la que se resolvería doctrinalmente con la solución de la teoría de la «puesta a disposición»: «en realidad el trabajador cumple con su obligación al *ponerse a disposición* de la empresa dentro de la jornada de trabajo, cuando la empresa, por circunstancias imputables a la misma, ya sea culpable o no, no puede dar trabajo a su personal, la obligación salarial existe y es efectiva» <sup>41</sup>. No obstante, la teoría ha sido objeto de incisivas críticas, es difícilmente aceptable bajo el postulado de que el sinalagma existente en el contrato de trabajo se establece entre salario y efectiva prestación de trabajo, no entre aquél y una mera oferta de cumplir la prestación, de modo que, en línea de principio es aquélla la retribuida y no la simple disponibilidad de la energía laboral, puesto que es la *aportación de utilidad* o de resultado útil, cuya realización constituye el fin inmediato, o la causa misma del contrato de trabajo para el empresario <sup>42</sup>. Visión crítica que –con carácter general– ha sido asumida incluso por nuestra jurisprudencia <sup>43</sup>.

<sup>40</sup> En la doctrina italiana, significativamente GUIDOTTI, F.: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pág. 113, ha aplicado la teoría de la puesta a disposición; siguiéndolo, *cf.* RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, págs. 35-36 y 49-50.

<sup>41</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Configuración jurídica del salario», *RPS*, n.º 50, 1961, págs. 20-21; en esta línea, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Régimen jurídico del salario», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VI, Madrid, 1982, pág. 55.

<sup>42</sup> *Ibid.*, págs. 40-41; *cf.* TREU, T.: *Onerosità...*, *op. cit.*, págs. 330 y ss. Este argumento es el eje fundamental de la crítica de LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, trad. J. Santos Briz, Madrid, 1958, *op. cit.*, pág. 291, a la aceptabilidad generalizada de esta teoría como criterio de reparto del riesgo, en la medida que «la simple "puesta a disposición" de la actividad laboral no posee para el patrono ningún valor cuando no se puede hacer uso de ella; la disposición sobre el trabajo sólo puede realizarse a través de la efectiva prestación del mismo, en otro caso no se dará todavía un cumplimiento íntegro del deber de prestación, sino solamente un comienzo de este cumplimiento». En esta línea, SPEZIALE, V.: *Mora...*, *op. cit.*, págs. 156 y ss., advierte que tal teoría hace olvidar que el contenido de la obligación laboral coincide con el concreto desarrollo de actividad manual y/o intelectual y no con una genérica oferta de las propias energías. Señalando que el moderno Derecho del Trabajo nace y se desarrolla como reglamentación del trabajo productivo en la industria, caracterizado por la realización de una actividad creativa de un «útil» para el empresario. Es la obligación de prestación de actividad laboral, frente a la simple «puesta a disposición», la única con una concreta aptitud para satisfacer el interés patrimonial del empleador (*ibid.*, pág. 160).

<sup>43</sup> *Vid.* STS 20 junio 1995 (RJ 1995\5360) señala claramente que a pesar de que «la prestación de servicios del trabajador en el contrato de trabajo no es una obligación de resultado sino una obligación de actividad», como «consecuencia de las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan a esta figura contractual». Sin embargo, «el cumplimiento de tal obligación de actividad no se satisface con la mera puesta a disposición, sino con la actividad laboral misma».

Por otra parte, aunque parece que esta teoría es explicativa de determinados fenómenos que se dan en la obligación salarial (supuesto del art. 30 LET, explicación sobre el carácter salarial de los pluses de disponibilidad, entre otros), la misma presenta dificultades insalvables para dar respuesta al resto de casos en los que se mantiene el derecho al salario sin prestación de servicios, de ahí que pueda sostenerse que no supone un postulado aceptable en la configuración de la obligación salarial, sino más bien su carácter *excepcional* en el contrato de trabajo frente a la regla general que anuda trabajo y salario efectivo en el sinalagma contractual <sup>44</sup>.

Por otra parte, la propia jurisprudencia ha señalado –con ocasión de la aplicación del art. 30 LET– que no se trata de una regla general de reparto del riesgo en el contrato de trabajo, quedando sin regulación los supuestos interruptivos no debidos al trabajador y que no sean imputables al empresario (el vacío normativo es muy significativo en los casos de fuerza mayor). La «puesta a disposición» aparece así únicamente como uno de los elementos necesarios para la operatividad del artículo 30 LET, pero no como un principio general de distribución del riesgo en el contrato de trabajo <sup>45</sup>, y de cualificación de las atribuciones patrimoniales percibidas por el trabajador. Es decir, que el principio por el que, en los supuestos de mora o retraso en la recepción del trabajo o en la utilización de los servicios del trabajador, no se exonera al empleador de pagar el salario al trabajador si las causas que originan tal situación le son imputables, son una mera manifestación de una *supuesta* teoría por la que el trabajador deber ser remunerado por la simple puesta del servicio a disposición de la otra parte. Pero los demás supuestos de permanencia a disposición con imposibilidad de trabajar sin que la causa sea imputable al empresario quedan huérfanos de regulación. El problema más frecuente se ha planteado con el derecho al salario de los trabajadores no huelguistas cuando, aun estando a disposición del empleador, no pueden trabajar a causa de la huelga parcial, situación que adolece de una falta de tratamiento en el Derecho positivo <sup>46</sup>.

En los supuestos no encajables en el artículo 30 LET, aun sin ser necesariamente «imputables al trabajador», el «riesgo de empresa» puede determinar la suspensión contractual y –consiguientemente– la exoneración de la obligación salarial para el empleador, de modo que tal riesgo, en numerosos casos pasa a ser también asumido por el trabajador con la pérdida de su salario (sin perjuicio de que entrarían en juego los mecanismos de protección económica en la situación de desempleo). Luego es perfectamente defendible que en muchos supuestos nos encontramos ante una verdadera «comunidad de riesgo». Algunos de esos supuestos determinan la utilizabilidad de la suspensión

---

<sup>44</sup> Así, BORRAJO DACRUZ, E.: «Configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 21, advertía que «un paso más en esta dirección y el salario debido puede pasarse a prestación social». No se puede hacer de la puesta a disposición un «cajón de sastre» que sirva para justificar la naturaleza salarial de todo lo que se recibe en ausencia de trabajo efectivo. No obstante, dado el gran predicamento doctrinal de esta construcción, incluso –desprendida de sus posibles anclajes de carácter organista– ha sido defendida para justificar el carácter salarial de la retribución en los períodos de descanso retribuidos dentro del moderno esquema del contrato de trabajo. En esta dirección, es paradigmático el posicionamiento de DEVEALI, M. L.: «Sobre el carácter remuneratorio del salario», *DT*, 1947 (VII), págs. 161 y ss. Esta concepción puede ser perfectamente criticada teniendo presente que en estos casos, que en realidad son límites legales al tiempo de prestación laboral, no hay realmente *disponibilidad* por parte del trabajador porque el propio ordenamiento jurídico impide que legalmente el empleador disponga del trabajo en tal período.

<sup>45</sup> *Vid.* SsTS 22 junio 1995 (RJ 1995\5363) y 20 junio 1995 (RJ 1995\5360).

<sup>46</sup> *Cfr.* la discutible solución aportada por las SsTS 22 junio 1995 (RJ 1995\5363) y 20 junio 1995 (RJ 1995\5360).

contractual como solución prevista para que el empleador pueda exonerarse de la obligación salarial ante determinados eventos en los que no es posible la realización de las prestaciones laborales en la empresa. Pero no debe olvidarse que la constatación de la fuerza mayor, o de alguna otra causa suspensiva (relativa a las vicisitudes empresariales), ha de canalizarse a través del correspondiente procedimiento administrativo (*cf.* art. 47 LET), que en el caso de la fuerza mayor constatará retroactivamente la situación legitimadora de la medida suspensiva. Aunque no resulte totalmente nítido si la fuerza mayor debe considerarse una causa imputable al empresario, sí que lo sería el no actuar con la diligencia debida en la incoación del correspondiente ERE para suspender los contratos de trabajo <sup>47</sup> (ciertamente ello no se sostiene para los supuestos de interrupciones breves por esta causa donde parece que el empleador debe soportar el riesgo).

La solución a estos problemas del reparto del riesgo industrial es compleja y muy influenciada por opciones de corte ideológico <sup>48</sup>. Toda la problemática de las hipótesis de interrupción de la actividad laboral adquiere mayor relieve social con la acentuación de las formas de flexibilidad y movilidad laboral. Desde un punto de vista jurídico-formal se trata de problemas relativos a la incidencia del riesgo de suspensión de la actividad productiva <sup>49</sup>.

En principio, de la regulación actual parece desprenderse que el empleador está obligado a corresponder integralmente el salario al trabajador en cualquier caso en que el evento que impide la prestación laboral entre dentro del «riesgo de empresa» o de su «área de imputabilidad». Para algunos ello comprendería exclusivamente los eventos que en cualquier modo no son imputables al trabajador por no haber hecho cuanto sea necesario para organizar la propia peculiar actividad según los cánones de ordinaria prudencia y diligencia. Para otros, los confines del riesgo de empresa son más amplios, debiendo comprenderse todo lo que objetivamente entra dentro de los riesgos que el empresario asume desarrollando su actividad <sup>50</sup>. Fuera de tales eventos, hipotéticamente el trabaja-

<sup>47</sup> Por otra parte, no es infrecuente en la negociación colectiva prever la recuperación de horas perdidas en situaciones de fuerza mayor e incluso en situaciones que –en principio– cabría imputar al empleador (accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros, «cualquier otra causa no imputable a la empresa»), señalando –en algunos casos– un límite para la duración de la interrupción superada la cual se entiende que habrá de estar a lo dispuesto en materia de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor [art. 73 CC General de la construcción (BOE 4 julio 1998); artículo 42 CC Derivados del cemento (BOE 27 agosto 1996)]; *cf.* artículo 9 CC Recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana (DOGV 21 enero 1998). En algún caso, se contemplan situaciones de fuerza mayor impropia o *factum principis*, *v. gr.* *vid.* artículo 66 CC Industrias lácteas y sus derivados (BOE 27 diciembre 1996). Estas manifestaciones atenúan un riesgo que –inicialmente y a pesar de la indefinición del Derecho positivo al respecto– parece que habría debido pesar en su integridad sobre el empresario, en tanto que la obligación de trabajo se desplaza a un momento posterior, manteniendo así, total o parcialmente, el criterio de reciprocidad entre salario-trabajo efectivo. Sobre esta cuestión, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: «Las horas recuperatorias por fuerza mayor», *RL*, 1988 (I), págs. 431 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor», *REDT*, n.º 51, 1992, págs. 53 y ss.

<sup>48</sup> Así, como señala WIETHÖLTER, R.: «Social Science Models in Economic Law», en AA.VV., DAINITITH, T., TEUBNER, G., (eds.), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin-New-York, 1986, pág. 65, el tratamiento de la distribución del riesgo industrial parte tanto de la ideología de la empresa como comunidad social (cuando la firma es perjudicada, la carga debe ser distribuida sobre ambos grupos) y la ideología de clases (dependiendo de cuál esfera es la afectada, la carga será situada en alguno de ambos grupos), advirtiendo que ambas aproximaciones analíticas pueden ser utilizadas por la doctrina jurídica.

<sup>49</sup> *Cfr.* GHERA, E.: «Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro», *Dir. Lav.*, 1970 (I), pág. 91.

<sup>50</sup> En esta última línea, SCOGNAMIGLIO, R.: «Rischio e impresa», *Riv. Dir. Civ.*, 1967 (I), págs. 417 y ss.

dor no tendría derecho a la retribución en virtud de las reglas generales relativas a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, siendo indiferente su eventual puesta a disposición, de ahí la importancia que tiene la exégesis del campo aplicativo del artículo 30 LET relacionado con el concepto de «imputabilidad» empresarial.

Algún autor ha acudido a la causa contractual para justificar el mantenimiento de la obligación retributiva en estas situaciones (aunque el argumento también puede ser extendido a los permisos retribuidos). Entendiendo que la misma no puede ser individualizada simplemente en la «satisfacción del interés del empleador a valerse de la prestación laboral coordinándola en función de las propias exigencias productivo-empresariales», sino que en la misma también entra la satisfacción de un interés de «seguridad» del trabajador. Sosteniendo que la prestación que constituye objeto del contrato de trabajo subordinado no consiste en el desarrollo de una actividad laboral rígidamente predeterminada en sus tiempos y en sus pausas, sino en el desarrollo de una actividad laboral generalmente sujeta a dilaciones, contracciones o interrupciones ocasionales, no previsibles sino como eventualidad connatural con la causa del contrato, y diferentemente disciplinadas por el contrato mismo según sus duraciones y el evento que las determina <sup>51</sup>. Desde esta perspectiva, se puede sostener que las interrupciones englobables en el artículo 30 LET o los permisos retribuidos serían «contracciones o interrupciones ocasionales» no anómalos sino que constituyen parte integrante del contrato de trabajo y obligan consiguientemente al empleador al pago del salario, en coherencia con la causa típica del mismo.

Esta teoría ha sido criticada por la enorme *dilatación* del concepto de causa que supone, por unir a la misma «efectos que tienen origen y finalidades exquisitamente heterónomos» <sup>52</sup>. Frente a esta contundente crítica, también puede señalarse que la ordenación normativa del contrato de trabajo –de inspiración «social»– condiciona y reduce en gran medida el propio contrato, lo que también tendría relevancia en el propio elemento causal. Ahora bien ¿sería coherente sostener que la misma introduce –o está en grado de hacerlo– tal elemento en la propia función económico-social típica del contrato? Así, esta explicación parece aplicable solamente a las situaciones (pausas) contempladas *expresamente* por el marco normativo y/o convencional que son las que formarían parte del «programa negocial», pero no de cualquier otra interrupción que quedaría desvinculada de la «voluntad contractual» de las partes en los límites previstos y reconocidos por el ordenamiento <sup>53</sup>.

## 2. Los tiempos de espera o presencia retribuidos.

En nuestro ordenamiento jurídico existe una heterogénea serie de supuestos de mero «tiempo de presencia» o «espera» en los que se tiene derecho al salario. Uno de los supuestos más significativos se contempla en el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo, relativo a la jornada de los sectores de «transportes y trabajo en el mar», que define el tiempo de presencia como «*aquel*

<sup>51</sup> ICHINO, P.: *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1984, págs. 88 y 89, respectivamente.

<sup>52</sup> ZOPPOLI, L.: *La corresponsività...*, *op. cit.*, págs. 165-166.

<sup>53</sup> SPEZIALE, V.: *Mora...*, *op. cit.*, pág. 310.

en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicios, averías, comidas en ruta u otras similares» (art. 8.1) <sup>54</sup>. En su artículo 8.3 señala que salvo «que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias» <sup>55</sup>.

No obstante, no es ésta la única solución normativa del tipo prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Así, los «tiempos de presencia, a disposición del empleador» que pueden acordarse en la relación especial de hogar familiar (art. 7.1 RD 1424/1985), los tiempos –fuera de la jornada– en los que el artista profesional en espectáculos públicos se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario (arts. 7 y 8 RD 1435/1985), sin establecer necesariamente su carácter retribuido, sino con una remisión a la autonomía privada (a la individual en el primer caso y a la colectiva en el segundo) para la regulación del correspondiente tratamiento económico. Parece que –de no establecerse el carácter retribuido– la teoría de la puesta a disposición en estos supuestos se desmorona frente a la idea de la sinalagmaticidad anudada al concepto de «trabajo efectivo».

Para algún autor, la naturaleza jurídica de las cantidades recibidas por los tiempos de presencia es salarial con base en la consideración de que durante ellos existe lo que denomina *trabajo efectivo «presencial»*, concretado en la disponibilidad del trabajador para responder a la llamada del empresario <sup>56</sup>.

En la relación laboral de los estibadores portuarios, encontramos un supuesto muy significativo. De la consideración conjunta del artículo 16 RDL 2/1986 y artículo 20 RD 371/1987, se desprende que la percepción base se liga directamente a la situación real de ocupación efectiva que el trabajador haya cumplido, mientras que los complementos salariales se percibirán cuando tales trabajadores pasen a prestar sus servicios en las Empresas estibadoras (el segundo precepto –dentro de la jornada– distingue entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia). Ello implica que la retribución genérica a que se refiere el artículo 16 RDL 2/1986, párrafo 1.º, viene a contraprestar el simple tiempo de presencia. Esta percepción se puede recibir como pago al mero tiempo de presencia que el estibador haya cumplido en favor de la Sociedad Estatal, se plantea así como una desviación de alguna de las premisas que caracteriza la prestación salarial si el carácter conmutativo de la misma se anuda al trabajo efectivo.

En todas estas hipótesis, y cuando de trate de tiempo remunerado, estamos ante una retribución recibida en contraprestación a unas horas de presencia caracterizadas «porque la idea de "disponibilidad" predomina sobre la de "trabajo efectivo"», y donde la tesis de la sinalagmaticidad bajo la forma de remuneración de la simple puesta a disposición podría tener pleno sentido <sup>57</sup>. Estos tiem-

<sup>54</sup> Sobre la delimitación de los mismos que realiza la negociación colectiva, especialmente problemática en el transporte aéreo y el trabajo en el mar, *vid.* GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Pamplona, 1999, págs. 193-195 y págs. 212 y ss.

<sup>55</sup> *Cfr.* GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Las jornadas especiales...*, *op. cit.*, págs. 147 y ss.

<sup>56</sup> GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *El régimen jurídico de las ampliaciones de jornada*, *op. cit.*, págs. 185-186.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. T.: *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Madrid, 1997, pág. 354.

pos de presencia (trabajo no inmediatamente productivo para la empresa pero en el que existe *puesta a disposición*) tienen una *ratio* común, consistente en que no resultan tiempos de trabajo efectivo para la empresa, pero al mismo tiempo restringen la libertad de movimientos de los trabajadores en la medida que se hallan a disposición de la empresa <sup>58</sup>.

Similares situaciones pueden plantearse en el marco de las ETT, donde existen posibilidades de no coincidencia temporal entre la duración del contrato de puesta a disposición y el contrato laboral celebrado por la ETT con el trabajador (que perfectamente puede tener carácter indefinido). En tales casos parece que los riesgos derivados de tales situaciones recaen sobre la ETT (riesgo que, en cierta medida, sería compensatorio de la plena disponibilidad que tiene sobre el trabajador vigente su contrato laboral) <sup>59</sup>.

Ciertamente, la idea de la disponibilidad, como fundamento del sinalagma entre trabajador y empresario, justificaría el carácter salarial de las cantidades recibidas sin contraprestación material de trabajo. Ello implica que la puesta a disposición como poder del empresario de valerse en cualquier momento de la actividad del trabajador podría servir para fundamentar el carácter salarial de las sumas recibidas en los casos de imposibilidad de la prestación del artículo 30 LET, de los tiempos de presencia en el transporte por carretera o en la relación especial de artistas o deportistas. En todos estos supuestos estamos, bien ante una expectativa de prestación efectiva que puede ser actualizada en cualquier instante, dada la nota de transitoriedad que las suele caracterizar (averías o servicios de guardia en el transporte por carretera, imposibilidad de la prestación), o bien ante situaciones previas de preparación (personal y objetiva) para la realización adecuada de la prestación de trabajo efectivo buscada (ensayos o actividades de promoción organizadas por el empresario en el caso de los artistas, entrenamientos, preparación física o concentraciones previas en el de los deportistas) <sup>60</sup>.

<sup>58</sup> GARCÍA NINET, J. I.: «Ordenación del tiempo de trabajo», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, t. I, vol. 2.º, Madrid, 1994, págs. 47-48.

<sup>59</sup> En este sentido, han de tenerse presentes las apreciaciones realizadas en la STS 3 junio 1996 (RJ 1996\4873), que delimita claramente entre «el contrato temporal (y su duración) que la empresa usuaria puede concertar directamente con el trabajador, y el contrato de puesta a disposición (y su duración) concertado entre la empresa usuaria y la empresa de trabajo temporal». En este pronunciamiento se advierte que aunque «hay evidentes conexiones entre ambos contratos y es también evidente la convergencia normativa respecto de una determinada situación de hecho que justifica la temporalidad de la prestación laboral de servicios. Pero tal convergencia ni supone identidad ni fundamenta una mutua dependencia de las respectivas normas de aplicación, pues éstas corresponden a contratos distintos en sus elementos y contenido, con diferente vigencia y autónoma regulación». Concluyendo «que la previsión legal sobre la duración del contrato de trabajo temporal, entre empresa y trabajador... no tiene por qué coincidir con la previsión legal sobre la duración del contrato de puesta a disposición, entre las dos empresas».

No obstante, en otros supuestos, cuando se trata de una obligación empresarial que asumen las empresas ordinarias consistente en garantizar a los trabajadores fijos discontinuos una actividad mínima de determinados meses al año, y para el caso de incumplimiento abonar «los salarios como si efectivamente hubieran tenido empleo». La STSJ Murcia 19 noviembre 1997 (AS 1997\4285) considera que en tales casos lo que se percibe no es salario, por no ser «contraprestación del trabajo efectivamente realizado» ex artículo 26 LET, sin que sea aplicable el artículo 30 LET «que no rige en la peculiar relación de trabajo de los fijos discontinuos, que sólo tienen derecho al salario, aun vigente su contrato... durante los días de la campaña en la que la empresa lleva a cabo su actividad».

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. T.: *La relación laboral...*, op. cit., pág. 358.

El problema es que las fronteras entre la puesta a disposición como elemento determinante de una contraprestación retributiva y la que no lo es, son oscuras y difíciles, y han de ser interpretadas en un sentido *restrictivo*. Repárese que en manos del empleador se encuentra el instituto suspensivo del contrato de trabajo como vía para articular una puesta a disposición prolongada que se prevé no va a ser materializada en breve. Por otra parte, la comparación evolutiva de la actual definición globalizadora de salario parece indicar un oscurecimiento en la tesis de que la función remunerativa de éste abarque no sólo el trabajo efectivo sino también la puesta a disposición <sup>61</sup>.

En definitiva, aquellos períodos que, sin encajar en los «*períodos de descanso computables como de trabajo*», tampoco se anuden a una efectiva prestación de servicios, es dudoso que –en ausencia de una previsión normativa que los califique de tales– puedan reconducirse al concepto de «salario» aferrado a su carácter recíproco (lo que determina, como regla general, es que no hay derecho al salario sin prestación de servicios). No obstante, hay que reconocer a la autonomía privada la posibilidad de configurar tales supuestos y, caso de ser retribuidos, habrá necesariamente de calificarse como salarial tal contraprestación. Su carácter salarial, *a magiore ratione*, es sostenible en la medida en que se admite para los *pluses de disponibilidad*, donde ni siquiera se da el requisito de la presencia en el lugar de trabajo <sup>62</sup>.

### 3. Ausencias o permisos retribuidos (legal o convencionalmente previstos).

#### 3.1. Configuración jurídica de las ausencias y permisos retribuidos.

En nuestro ordenamiento, y como nivel mínimo –mejorable por la autonomía privada– hay un elenco heterogéneo de supuestos que otorgan derecho a permisos «*con derecho a remuneración*» (art. 37.3 LET) <sup>63</sup>. Genéricamente, tales permisos responden a una triple categoría en función de la

<sup>61</sup> Cfr. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Régimen jurídico del salario», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VI, Madrid, 1982, pág. 52.

<sup>62</sup> En esta dirección, existen algunos significativos pronunciamientos jurisprudenciales. Así, la STS 15 julio 1996 (RJ 1996(6157)) considera que tal complemento «se aplicará al trabajador adscrito a puesto de trabajo que, realizando la cuantía normal de horas semanales de actividad, por las especiales características de aquéllos, requieren disponibilidad habitual y alteraciones constantes de horarios de trabajo»; cualificando «el plus de disponibilidad es un complemento salarial de puesto de trabajo, que se ha de abonar por el simple hecho de estar disponible, es decir, por estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio horario o la modificación de jornada». La STS 11 octubre 1994 (AL 1995, ref.- 293) sobre un plus de disponibilidad, abonado por la empresa a sus empleados como compensación al tiempo que aun sin trabajar efectivamente hubieron de permanecer a su disposición, declara su carácter salarial en tanto que ese tiempo de presencia que retribuye el plus «se presta por un trabajador a la empresa a consecuencia y en base a la relación o contrato de trabajo, es por tanto, un servicio, un tiempo de presencia, una disponibilidad en apoyo y garantía del servicio, que ha de tener por tanto, carácter salarial».

<sup>63</sup> A ellos habría que añadir el supuesto del artículo 37.4 LET, relativo a los permisos por lactancia. Aunque el precepto no contempla expresamente su carácter retribuido (con anterioridad sí lo hacía el derogado art. 3.4 OOS), tampoco establece la reducción proporcional del salario, como hace el artículo 37.5 LET en relación al permiso para el cuidado de un

naturaleza de los derechos, bienes o intereses jurídicamente protegidos <sup>64</sup>: situaciones relacionadas con la vida privada del trabajador (exigencias derivadas de la esfera personal y familiar del trabajador), al desempeño por parte del mismo de un deber inexcusable de carácter público (vinculados con la inserción del trabajador en la comunidad y los derechos y deberes de carácter «público» o «político») <sup>65</sup>, o al ejercicio de sus funciones sindicales o de representación del personal en la empresa (vinculados con la democracia industrial y la libertad sindical) <sup>66</sup>.

Estos permisos retribuidos se diferencian de los descansos retribuidos porque su aparición no es periódica, ni segura, sino impredecible (aleatoria) <sup>67</sup>. Este carácter aleatorio o impredecible es extremadamente importante a nuestros efectos, pues permite rechazar de plano para estos eventos el

---

disminuido. Ante la ausencia de referencia expresa a la reducción salarial proporcional, las SsTCT 9 febrero 1978 (RTCT 1978\1379) y 14 enero 1988 (RTCT 1988\712) sostienen su carácter retribuido, en consonancia también con lo previsto en el artículo 5.2 Convenio n.º 103 OIT: «*las interrupciones de trabajo a los efectos de lactancia, deberán contarse como horas de trabajo, remuneradas como tales*».

<sup>64</sup> Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Configuración jurisprudencial de los permisos laborales retribuidos (I)», *AL*, 1991 (I), pág. 57.

<sup>65</sup> Deber inexcusable de carácter público y personal [art. 37.3 d) LET] –v. gr. el ejercicio del sufragio activo, comparencia como testigo o perito ante los órganos jurisdiccionales– [permiso que claramente se conecta con la participación activa del trabajador en la vida política de la comunidad democrática] con eventual descuento sobre el salario de la indemnización que perciba por el cumplimiento del cargo desempeño del deber. Especialmente problemático ha sido el permiso para el ejercicio del sufragio activo, *vid.* al respecto, ALONSO OLEA, M.: *Tiempo para votar y quien lo haya de pagar*, Madrid, 1992, en págs. 59 y ss., donde se plantea el problema de derivar de un *deber de proyección ética* –como lo califica el propio TC (Auto TC 15 noviembre 1991)–, [cfr. también, STS 3 diciembre 1990 (RJ 1990\9599) y 9 mayo 1990 (RJ 1990\3721)], que no lo consideraban como un deber «inexcusable de carácter público y personal» a los efectos de la cobertura por el art. 37.3 d) LET de la concesión de permisos retribuidos para el ejercicio del derecho del sufragio activo en elecciones o referendos] una carga jurídica estricta y concreta para los empresarios mientras que el precepto estatutario solamente garantiza los permisos retribuidos para el cumplimiento de «un deber inexcusable de carácter público y personal». La cuestión se subsana definitivamente por la Ley 11/1994, al insertar en el precepto estatutario la expresión «*comprendido el ejercicio del sufragio activo*», aunque parece habrá que estar a la disposición legal que regule la convocatoria electoral a los efectos de determinar el tiempo para votar y la compensación económica que se deba y la intensidad con que se deba.

<sup>66</sup> En esta línea se instauran los permisos retribuidos del artículo 9.2 LOLS y 37.3 LET para las funciones de negociación colectiva o los créditos horarios para las funciones de representación [art. 68 e) LET] entendidas en sentido amplio, *cfr.* RAYÓN SUÁREZ, E.: «Descanso semanal, fiestas y permisos», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. VII, Madrid, 1982, pág. 326; ORTIZ LALLANA, M. C.: «Permisos retribuidos y créditos sindicales de tiempo en la legislación y en la jurisprudencia (I)», *AL*, n.º 23, 1989, págs. 289 y ss. Son considerados como parte integrante del derecho del libertad sindical [*cfr.* STC 13 marzo 1985 (RTC 40/1985)]; en tanto que «no resultaría posible desarrollar eficazmente la actividad sindical de representación si ésta no se hace a costa del trabajo, a cargo del empresario» [ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (empresa y Administración Pública)*, Madrid, 1991, pág. 168]. Para OJEDA AVILÉS, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, 1998, pág. 168, se trata de una «*ruptura del sinalagma*» contractual trabajo-salario, que beneficia a ambas partes en igual medida que toda la autonomía colectiva (simplificación de los sujetos interlocutores y uniformización de las reglas).

<sup>67</sup> Se trata de circunstancias ante las que no podemos decir de antemano ni cuándo se producirán, ni siquiera si surgirán a la vida jurídica, a diferencia de las demás cuya existencia es perfectamente predecible, tanto por lo que se refiere a su producción como al momento en que surgirá, *vid.* RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, pág. 43. De ahí que se haya extendido su consideración como interrupciones no periódicas del contrato de trabajo, en alusión a ese carácter esporádico y no usual o cadencioso; las periódicas tienen un acaecimiento cierto (*certus an* y *certus quando*) mientras que en los supuestos que tratamos «no se sabe si llegarán o no a disfrutarse, esto es, si se darán o no las causas que los generan», *vid.* STS 26 abril 1994 (RJ 1994\3271). Ello sin perjuicio de admi-

sostenimiento –en salvaguarda del principio de sinalagmaticidad– de la «teoría del salario diferido», a diferencia de lo que pudiera suceder con las interrupciones periódicas. Desde un punto de vista teleológico y como criterio distintivo se ha señalado también que las causas originadoras de las interrupciones se encuentran en la propia persona del trabajador, y no en el deseo de limitar la jornada de trabajo. Mientras las interrupciones periódicas por descanso quieren posibilitar el descanso del trabajador, en los permisos se protege la necesidad de atender una serie de obligaciones personales, familiares o cívicas del trabajador <sup>68</sup>.

Es necesario estar amparado por alguno de estos motivos –legal o convencionalmente previstos– para que se excepcione la ecuación trabajo efectivo-salario y la inasistencia al trabajo no tenga como consecuencia lógica de la reciprocidad la ausencia del devengo retributivo <sup>69</sup>. Dado su carácter excepcional, las previsiones han de considerarse de carácter cerrado («*numerus clausus*») <sup>70</sup>, aunque pueden ampliarse por la negociación colectiva o mejorarse mediante pactos individuales (incluso por la vía de la condición más beneficiosa) <sup>71</sup>, pero no a través de una tarea meramente interpretativa <sup>72</sup>.

Estamos en situaciones en las que el ordenamiento jurídico mantiene la prestación retributiva y exime al trabajador del cumplimiento de su deber principal. Comportan una excepción al juego de la sinalagmaticidad, descartándose por completo que pudiera operar la resolución del contrato a instancia del empresario ante el incumplimiento del trabajador que, desde una perspectiva material, se produce <sup>73</sup>. Por ello se puede afirmar que estamos en presencia de una figura con especificidad y

---

tir que en determinados supuestos (elecciones cada cuatro años, Pleno de la Corporación a que pertenece el concejal cada último viernes del mes, etc.) sí puede aparecer cierta periodicidad en la reiteración del supuesto, aunque sin formar parte de su esencia [de ahí que no se consideren como una disminución de la jornada laboral, STCT 3 marzo 1982 (RTCT 1982\2065), ni proceda deducirlos de la jornada anual pactada, STSJ Galicia 21 enero 1993 (AS 1993\288)].

<sup>68</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona, 1999, págs. 29-30; *cf.*: SsTCT 14 abril 1987 (RTCT 1987\9073) y 18 octubre 1988 (RTCT 1988\4709). Esta nota se desvirtuaría en los permisos denominados en la negociación colectiva como «días de asuntos propios», más aproximables a una ampliación de los días de vacaciones.

<sup>69</sup> STS 31 enero 1990 (RJ 1990\574); ya la STS 26 febrero 1953 (RJ 1953\512) señalaba que: «a todas estas excepciones... no pueden, ni en su interpretación, ni en su aplicación otorgárseles valía de norma general, porque a ello se oponen la reciprocidad de las obligaciones... el respeto a lo pactado, y la voluntad de la ley cuando (y sólo para sus respectivos supuestos) estimó justo compensar el obrero por las circunstancias especiales justificadoras de tal compensación...».

<sup>70</sup> STSJ La Rioja 7 septiembre 1992 (AS 1992\4266).

<sup>71</sup> *Vid.* STSJ Andalucía 2 julio 1991 (AS 1991\4192).

<sup>72</sup> Consecuencia, entre otras, de este carácter taxativo y excepcional que el permiso posee es que las previsiones normativas sobre el particular han de interpretarse de manera restrictiva. Así lo declaran, entre otras, en las STSJ La Rioja 7 septiembre 1992 (AS 1992\4266), STSJ Navarra 11 marzo 1994 (AS 1994\883): «determinadas circunstancias, que aparecen enumeradas de forma exhaustiva y han de ser interpretadas restrictivamente dado su carácter excepcional, alteran el normal desenvolvimiento de la vida del contrato sin afectar a la pervivencia del vínculo».

<sup>73</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos...*, *op. cit.*, págs. 25-26; RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*, Madrid, 1975, págs. 13-14: «Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral son pues alteraciones del normal desenvolvimiento de la vida del contrato, que dejan sin efecto, una de las obligaciones que del mismo derivan. Si se aplicasen, cuando tal interrupción se produce, las normas generales reguladoras de las obligaciones recíprocas, tal como aparecen configuradas por el artículo 1.124 del C. c., habría que sostener o bien la extinción del contrato o al menos que el empresario quede temporalmente liberado, en tanto permanezca tal situación, de la obligación que él asumió; sin embargo en determinados supuestos, la normativa laboral da una solución distinta, manteniendo sin modificación alguna todos los efectos del contrato, salvo los referentes a la prestación del trabajador».

tipicidad dentro del ordenamiento laboral, en tanto que, a pesar de la falta de cumplimiento de la prestación laboral, el empresario no podrá utilizar alguno de los medios que la normativa civil pone a disposición de quien padece la falta de cumplimiento<sup>74</sup>. La figura es fruto de una visión jurídica que considera determinadas obligaciones por atender más importantes que la profesional<sup>75</sup>. Su existencia se justifica por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar su débito laboral con otro deber, *legal o moral*, con el que aquél pueda eventualmente entrar en colisión<sup>76</sup>. Merced al permiso el vinculado por una obligación de hacer queda eximido por ella (pero conservando el derecho a la remuneración) porque el ordenamiento jurídico pondera los intereses en juego y entiende que determinadas situaciones («necesidades humanas») aconsejan postergar la obligación de trabajar con mantenimiento de la obligación de remunerar por parte del empleador (los permisos exoneran de la obligación de trabajar, y no liberan al empleador de abonar la retribución durante su disfrute)<sup>77</sup>.

La función de este instituto jurídico-laboral es permitir tanto la pervivencia del contrato como posibilitar que el trabajador «pueda llevar a cabo en óptimas condiciones la realización de determinadas actuaciones que de no ser así difícilmente podría cumplir al entrar en colisión el deber –legal o moral– que las interrupciones suponen con las necesidades vitales, lo que haría en numerosas ocasiones al trabajador abandonar dichos deberes en base a necesidades primarias». Las interrupciones se legitiman en «causas ligadas a la entidad personal del trabajador, no en cuanto ente abstracto, sino como consecuencia de su especial y determinada situación concreta dentro de un grupo preciso, tanto en el ámbito restringido y concreto de la familia como en el más amplia de la comunidad social en que se desenvuelve, la cual necesita para su funcionamiento no sólo de la incardinación del trabajador en ella, sino también de su actuación concreta a fin de obtener un óptimo funcionamiento»<sup>78</sup>.

Frente a la «sinalagmaticidad» del contrato de trabajo y la consiguiente reciprocidad obligacional, el carácter «tuitivo» del ordenamiento laboral permite atemperar tal carácter<sup>79</sup>. La combinación de esas dos ideas-fuerza tiene como consecuencia la configuración de una serie de supuestos en los que quiebra temporalmente la sinalagmaticidad de las prestaciones de trabajador y de

<sup>74</sup> Así, debe compartirse la apreciación de RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones...*, op. cit. pág. 33: «Este supuesto supone un apartamiento radical de la regulación que conforma el ámbito civil, ya que la no realización de la prestación laboral por parte del trabajador viene motivada por un hecho que se produce en su esfera personal, por lo que, según la normativa civil, habría de ser el mismo quien corriese con la carga que la producción de tales hechos supone, lo que se formalizaría mediante la aplicación del artículo 1.124 C. c. Sin embargo, el ordenamiento traspasa al empresario la carga de soportar este riesgo, por lo que además de no percibir la prestación a la que el trabajador estaba obligado, habrá de retribuirle durante todo el tiempo que se prolonga la existencia de dicha causa».

<sup>75</sup> La STCT 27 mayo 1982 (RTCT 1982\3266) es muy expresiva: «El criterio remuneratorio de las jornadas no trabajadas en razón de permisos o licencias obedece a un interés superior que, *rompiendo el equilibrio entre la apropiación de los frutos del trabajo ajeno y el pago del salario* justifica la exención de prestar la actividad debida».

<sup>76</sup> STSJ La Rioja 7 septiembre 1992 (AS 1992\4266).

<sup>77</sup> Así, frente a la férrea y aborrecible rigidez que plantearía la teoría del sinalagma (efectos disciplinarios, incluidos los extintivos del contrato), la STSJ Navarra 11 octubre 1993 (AS 1993\4260) considera que «debe atemperarse con las propias necesidades humanas que alteran el normal desarrollo de la relación laboral pero sin afectar a su pervivencia».

<sup>78</sup> RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones...*, op. cit., págs. 45-46.

<sup>79</sup> Incide en esta *ratio* tuitiva, GHERA, E.: «Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro», *Dir. Lav.*, 1970 (I), pág. 103.

empresario en virtud, precisamente de la puesta en práctica de ese carácter «protector» del trabajador que presenta el ordenamiento laboral <sup>80</sup>. Es nítidamente aceptable que los permisos se caracterizan por la ruptura del principio de equivalencia de las prestaciones, puesto que cuando acaecen las circunstancias contempladas por el ordenamiento jurídico ha de abonar la empresa el mismo salario que si se hubiera trabajado efectivamente. Téngase presente que aceptando la ruptura del equilibrio de las prestaciones de la fuerza de trabajo y salario se amplía el *riesgo industrial soportable por el empleador* respecto de la lógica conmutativa <sup>81</sup>, ya que implica una «restricción inseparable de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado» <sup>82</sup>.

A pesar de su contraposición a la doctrina del sinalagma, la naturaleza salarial de la obligada remuneración (al menos *constitutivamente* a la luz del literal régimen jurídico-positivo) es clara <sup>83</sup>. Por tanto, estos casos son de difícil explicación para salvaguardar una aceptación estricta de la bilateralidad propia de las obligaciones conmutativas a la luz de la sinalagmaticidad entendida de modo tradicional <sup>84</sup>; de ahí que se le haya atribuido un carácter salarial «*figurativo*» <sup>85</sup>. Debe hacerse una interpretación *sistemática* del concepto de salario, no ceñida exclusivamente al dato normativo del artículo 26.1 LET, sino del completo *grupo normativo* regulador del salario.

<sup>80</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Configuración jurisprudencial...», *op. cit.*, pág. 55.

<sup>81</sup> Se produce una notabilísima modificación de la doctrina general de los riesgos, de manera que estamos en presencia de una teoría de los riesgos específica del Derecho del Trabajo, que encuentra su fundamento en «preocupaciones humanitarias apoyadas por el conocimiento de factores económicos y sociológicos» (YAMAGUCHI, T.: *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*, París, 1963, pág. 110; *cit.* por RAYÓN SUÁREZ, E.: *Las interrupciones...*, *op. cit.*, pág. 36, en pág. 37 clarifica que: «... se trata de motivos de política social general y de oportunidad legislativa los que han determinado su existencia y que por ello ante cada caso concreto, y según las necesidades, el legislador establece una regulación específica, cuyo común denominador viene determinado por esta nueva teoría de los riesgos, específica para el Derecho del Trabajo»).

<sup>82</sup> STCT 31 agosto 1982 (RTCT 1982\4634).

<sup>83</sup> *Cfr.* RAYÓN SUÁREZ, E.: «Descanso semanal, fiestas y permisos», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales...*, t. VII, *op. cit.*, pág. 319.

<sup>84</sup> Para salvar el carácter de la conmutatividad salarial, algunos autores (GUIDOTTI, F.: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pág. 114) han sosteniendo la *naturaleza asistencial* (por tanto, no salarial) del tratamiento económico fijado por las leyes y los contratos colectivos de trabajo, mediante el cual se quiere evitar que el trabajador se vea privado de los medios de subsistencia en el período en que, por sobrevenidas, inesperadas e inderogables necesidades no puede o no debe cumplir su obligación de trabajar y «puesto que el medio común de subsistencia del trabajador es el salario, es del todo natural que a ella sea conmensurado o proporcionado el tratamiento de asistencia». Para este autor (*ibíd.*, pág. 118), tendrían «carácter de indemnizaciones con naturaleza de *previsión o asistencia*. No se trata de retribución debida sin prestación de trabajo: consecuentemente, permanece a salvo el principio de conmutatividad entre trabajo y salario, bajo el perfil de la funcionalidad e interdependencia de las obligaciones recíprocas».

<sup>85</sup> Para ARANGUREN, A.: «Le voce retributive "diferite" e quelle "figurative"», en AA.VV., *Il costo del lavoro. Aspetti giuridici ed economici*, Milano, 1980, pág. 97, se trata de hipótesis de percepciones salariales *figurativas*, en cuanto debidas en ausencia de prestación laboral: «El derecho que determinados sujetos tienen a permisos retribuidos nos enfrenta al problema de la naturaleza jurídica del deber a cargo del empleador que constituye una *voz retributiva figurativa* porque, en ausencia de prestaciones de trabajo, subsiste la obligación de corresponder la retribución entera, mientras, en cambio, el principio de reciprocidad del contrato de trabajo impondría la regla general de la carencia de contraprestación».

### 3.2. Módulo de cálculo de la remuneración en los permisos retribuidos.

La regla legal reguladora de los permisos contiene un parámetro más amplio que el de «salario», las partidas salariales percibidas en tales situaciones no dejan de ser salario, pero parece que la garantía legal es más amplia –al hablar de «remuneración»– y no utilizar el más estricto concepto salarial derivado del artículo 26.1 LET, de modo que son perfectamente encajables en la garantía hipótesis en las que estemos ante percepciones extrasalariales (aportaciones a planes de pensiones, primas de seguros, etc.)<sup>86</sup>. Ello obliga al jurista a la exégesis del concepto de «remuneración» a efectos de los permisos laborales retribuidos, lo que confirma la *plurisistematicidad* de nociones jurídico-salariales utilizada por el sistema normativo laboral. Fruto de ello, se ha generado una casuística jurisprudencial –y en sede negociada colectiva– en torno a los conceptos retributivos y su cuantificación (salariales o extrasalariales) a incluir en la noción de «remuneración» a los efectos del artículo 37.3 LET.

La finalidad de la institución conlleva la exigencia de que la percepción salarial quede por completo incólume pese a la ausencia de efectiva prestación laboral, lo contrario supondría «una traba inhibitoria del normal ejercicio de aquéllos y confiscaría la plenitud de libertad psicológica que ha de acompañarle» para su disfrute<sup>87</sup>. Así, en línea de principio, todos los permisos se retribuyen con el *salario real ordinario* del trabajador<sup>88</sup>. Esta regla se fundamenta en la necesidad de mantener los ingresos del trabajador, ya que en otro caso podría verse compelido a no cumplir con sus deberes o a no ejercitar sus derechos<sup>89</sup>.

En el terreno aplicativo, el parámetro general seguido por nuestra jurisprudencia es acorde con la consideración de que ha de abonarse el salario en los mismos términos que se hubiera hecho caso de haberse desarrollado de manera efectiva la prestación laboral<sup>90</sup>; nuestra jurisprudencia habla de mantenimiento del «*salario real*» para referirse tanto al salario base como a todos los comple-

<sup>86</sup> El concepto de «remuneración» es más amplio, y, por tanto, tiende más al mantenimiento del «nivel de ingreso» del trabajador garantizándose –y con las debidas matizaciones– también el mantenimiento de percepciones extrasalariales. No obstante, razonablemente se han excluido partidas extrasalariales como las cantidades correspondientes a suplidos y dietas, *cf.* SsTCT 28 abril 1981 (RTCT 1981\2928) y 21 diciembre 1988 (AL, ref.- 380), STS 20 mayo 1992 (AS 1992\3581).

<sup>87</sup> *Cfr.* SsTCT 31 agosto 1982 (RTCT 1982\4634); STCT 27 mayo 1982 (RTCT 1982\3266). Es la finalidad perseguida por la norma que concede el derecho a ausentarse la que exige el respeto íntegro a las retribuciones [STSJ País Vasco 9 mayo 1994 (AS 1994\2284)], pues en otro caso se adoptaría una interpretación «disuasoria» (o «traba inhibitoria») de su disfrute [STSJ Galicia 27 abril 1995 (AS 1995\1523), STCT 31 agosto 1982 (RTCT 1982\4634)], que en realidad encubriría una especie de sanción [SsTCT 24 marzo 1983 (RTCT 1983\2738), 5 junio 1986 (RTCT 1986\5307)].

<sup>88</sup> Salvo los del artículo 37.3 d) LET («tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal comprendido el ejercicio del sufragio activo»), en que habrá de considerarse si el cumplimiento del deber público implica alguna compensación o indemnización, en cuyo caso el empresario sólo ha de abonar la diferencia, si existe, entre el salario y ésta.

<sup>89</sup> RAYÓN SUÁREZ, E.: «Descanso semanal...», *op. cit.*, pág. 353.

<sup>90</sup> *Vid.* STSJ Valencia 1 marzo 1990.

mentos salariales <sup>91</sup>. La regla general es la de que el permiso no afecte en absoluto al montante de las percepciones previstas <sup>92</sup>. La configuración de la norma parece abogar por la solución contraria a su derogabilidad *in peius* <sup>93</sup>.

En relación al crédito de horas retribuido para funciones de representación, la abundante jurisprudencia ha aquilatado lo que podría denominarse principio de «*omniequivalencia*» o «*indemnidad retributiva*» del representante, consistente en que aquél ha de percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo (la «retribución que habría dejado de percibir»), pues de otra forma el cargo representativo supondría un perjuicio patrimonial o incluso una sanción para quien la ejerce en interés del colectivo <sup>94</sup>. Es decir, que las horas sindicales deben ser abonadas por el empre-

<sup>91</sup> SsTCT 24 septiembre 1984 (RTCT 1984\7284), 7 marzo 1985 (RTCT 1985\2243), 20 febrero 1985 (RTCT 1985\1445), 10 diciembre 1986 (AL, ref.- 230), STSJ País Vasco 9 mayo 1994 (AS 1994\2284), STSJ Navarra 20 octubre 1989 (AS 1989\694), la STSJ Navarra 26 septiembre 1996 (AS 1996\3344) considera que: «El derecho de contenido económico contemplado por el meritado precepto estatutario es un derecho de mínimos y máximos que no puede ser desconocido por la norma convencional». En base a ello se ha incluido los complementos de cantidad y calidad como la prima de producción en tanto que se parte de una «equitativa ficción por la que se supone que, durante la ausencia justificada, se sigue procurando en condiciones iguales a las de su incorporación habitual al proceso productivo» [SsTCT 31 agosto 1982 (RTCT 1982\4634) y 4 noviembre 1985 (RTCT 1985\6621), entre otras; con una cuantificación promediada (en la cuantía media obtenida mensualmente en fechas anteriores), STSJ Valencia 6 junio 1991 (AS 1991\4123)]; el plus de mejora organizativa [STSJ Cataluña 4 octubre 1994 (AS 1994\3824)]; la prima fija por mayor actividad [STCT 28 junio 1985 (RTCT 1985\4396)]; primas de presencia y media jornada [STSJ Valencia 22 abril 1997 (AS 1997\1501)]; el plus de *non-stop* [STSJ País Vasco 9 mayo 1994 (AS 1994\2284)]; los complementos de destino [STSJ Castilla-La Mancha 14 noviembre 1995 (AS 1995\4406)]; o el complemento de puesto de trabajo como el plus de montaña [STS 20 mayo 1992 (RJ 1992\3581); complemento por pertenencia a la brigada de incidencias [STSJ Castilla-La Mancha 14 noviembre 1995 (AS 1995\4406)]; plus de turnicidad [STCT 13 abril 1983 (RTCT 1983\3757)].

Mientras que otros pronunciamientos se apartan de este criterio general: la STSJ Castilla y León 27 julio 1992 (AS 1992\3533) acoge un criterio adverso a la inclusión de los pluses de asistencia (en tanto que su percibo se producía «sólo por día efectivo de trabajo») [en contra, STSJ Andalucía 12 marzo 1991 (AS 1991\2288)], productividad o producción y similares, en tanto que considera que para la percepción de tales cantidades es «preciso que se haya trabajado, aunque el sistema de retribución no exija un rendimiento determinado, pero en todo caso, es preciso una prestación efectiva de servicios, ya que si éstos no existen, no existe tampoco producción» [en esta línea, STSJ Madrid 25 mayo 1983 (AS 1993\2621)]; o la STSJ Navarra 11 octubre 1993 (AS 1993\4260), que excluye los incentivos [en contra del criterio sostenido por el mismo Tribunal en STSJ Navarra 20 octubre 1989 (AS 1989\694)]; o el plus de nocturnidad [SsTCT 20 febrero, 7 marzo, 28 junio y 4 noviembre 1985 (RTCT 1985\1445, 2243, 4396 y 6621), 25 enero 1989 (RTCT 1989\39), STSJ País Vasco 21 junio 1990 (AS 1990\437), STSJ Valencia 6 junio 1991 (AS 1991\4123), STSJ Andalucía 12 marzo 1991 (AS 1991\2288)].

<sup>92</sup> De modo que lo procedente sería satisfacer a los trabajadores con el permiso «las retribuciones que ordinariamente vienen devengando» [STSJ Galicia 27 abril 1995 (AS 1995\1523)]; este enfoque impide que por causa del permiso se reduzca proporcionalmente la retribución del descanso semanal inmediatamente posterior [STCT 21 octubre 1986 (RTCT 1986\10742)].

<sup>93</sup> En esta línea, STCT 20 febrero 1985 (RTCT 1985\1445), STSJ Andalucía 12 marzo 1991 (AS 1991\2288) que lo concibe como un derecho indisponible solamente susceptible de mejora por pacto individual o colectivo.

<sup>94</sup> Principio elaborado en la doctrina del TCT: SsTCT 23 marzo 1983 (RTCT 1983\1379) y 20 abril 1988 (RTCT 1988\2824); y recogido por el TS: STS 20 mayo 1992 (RJ 1992\3581); *cfr.*: SsTSJ Murcia 23 enero y 26 noviembre 1997, SsTSJ Cataluña 14 febrero y 11 marzo 1997, STSJ Valencia 16 diciembre 1997, STSJ Canarias 23 marzo 1999 (AS 1999\1998). En consecuencia, se integran partidas salariales como el complemento de puesto de trabajo, el plus de turnicidad, el complemento de asistencia o puntualidad y el derecho correspondiente al promedio de primas o incentivos, el plus de montaña, las comisiones (teniendo que tomarse como base lo percibido en tal concepto durante los meses precedentes al correspondiente devengo), el plus de nocturnidad, los complementos personales.

sario sin que el trabajador sufra menoscabo de su remuneración ordinaria debiendo rechazarse toda interpretación restrictiva que merme la retribución por ejercer el derecho a horas de crédito sindical o de representación. Por lo que respecta a las retribuciones del liberado sindical, la doctrina del TC engloba como contenido del derecho de libertad sindical, el derecho a no sufrir, por razón de la actividad sindical, menoscabo alguno en la situación profesional o económica en la empresa <sup>95</sup>. En esta dirección, reconociendo el carácter instrumental (de «apoyo») de este tipo de retribuciones en garantía de la existencia y efectividad de las funciones de representación y de la propia organización sindical, el propio TC ha señalado que «cabe constatar que un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo»; en consecuencia, ello «puede constituir un obstáculo, objetivamente constatable, para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales» <sup>96</sup>. De ahí que se haya aceptado este principio de «omniequivalencia» retributiva como garantía instrumental del ejercicio de los derechos de libertad sindical y de las funciones de representación de los trabajadores.

#### 4. Las interrupciones por descanso retribuidas.

##### 4.1. Apreciaciones preliminares.

Tradicionalmente se viene entendiendo –tanto en el Derecho positivo como doctrinalmente– que se trata de períodos de descanso retribuidos <sup>97</sup>. En esta línea, se considera que sobre la cantidad de salario garantizado en las vacaciones, los permisos, etc., se alarga el carácter de la proporcionalidad del salario, no medurado al valor objetivo y económico de la prestación laboral, sino, al contrato de trabajo en su globalidad, *según la repartición entre tiempo de trabajo y tiempo de reposo* (o de desarrollo de actividades especialmente tuteladas con el mantenimiento del derecho al salario) <sup>98</sup>.

No obstante, la cuestión también ha sido planteada en términos bien distintos <sup>99</sup>. Para este posicionamiento crítico, el salario retribuye la jornada de trabajo debida en cada momento, careciendo de toda relevancia la duración que dicha jornada haya podido tener en un momento histórico anterior <sup>100</sup>; considerando que «ese presunto carácter retribuido del descanso semanal, de las vaca-

<sup>95</sup> SsTC 21 abril 1998 (RTC 87/1998) y 31 marzo 1998 (RTC 74/1998).

<sup>96</sup> Vid. SsTC 29 noviembre 1982 (RTC 70/1982), 11 mayo 1983 (RTC 37/1983), 29 septiembre 1998 (RTC 191/1998).

<sup>97</sup> Cfr. por todos GARCÍA NINET, J. I.: «Retribución del descanso dominical y de las vacaciones», en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Univ. de Valencia, 1976, págs. 237 y ss.

<sup>98</sup> D'ANTONA, M.: «Le nozioni giuridiche...», *op. cit.*, pág. 290.

<sup>99</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, 1988.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, pág. 91.

ciones y de las fiestas no es sino una mistificación que tiene un origen histórico bastante claro: la lucha por la reducción de jornada sin reducción de salario»<sup>101</sup>. Desde esta perspectiva, se considera que el salario «no retribuye más que el tiempo de trabajo prestado o, al menos, debido prestar: jamás retribuye tiempo libre», de forma que cuando se utiliza la expresión «retribuido», no se está diciendo que se obliga a los empresarios a pagar un «salario de inactividad» sino que, indirectamente el «salario por actividad» se va a ver aumentado en términos relativos como consecuencia de esas normas reductoras de la jornada»<sup>102</sup>. Concluyéndose que «la regulación de los descansos es un tema de distribución de jornada de trabajo-tiempo libre que no deber ser contaminado con ninguna consideración de orden salarial»<sup>103</sup>.

Desde la perspectiva económica parece que la tesis anterior se confirma, puesto que la realidad económica no demora mucho en ajustarse a los nuevos esquemas jurídicos. La circunstancia de que se imponga el abono de la retribución normal incluso durante los períodos de descanso obligatorio, puede producir algún efecto en ocasión de su primera aplicación. Pero, bien pronto, los salarios se reajustan automáticamente. Como advierte DEVEALI, «pasado un breve tiempo, los sueldos se ajustan al nuevo esquema legal, y las obligaciones aludidas obran únicamente como una *modalidad* referente al *momento* en que debe efectuarse el pago de una parte del salario»<sup>104</sup>, con lo que se acoge implícitamente una idea de salario diferido. Esta tesis pudiera ser de aplicación para las interrupciones periódicas del trabajo que devengan también derecho al salario, pero ¿sería sostenible para las interrupciones no periódicas, especialmente para los permisos retribuidos o para la previsión del artículo 30 LET? <sup>105</sup>.

Otra idea liminar de interés es que no resulta del todo correcto argumentar el fundamento o naturaleza jurídica de una obligación pecuniaria basándose sobre el sistema de cálculo de su monto. Del sistema de cálculo se puede solamente demostrar cuál es el *ligamen* con la efectiva prestación laboral que tiene una determinada compensación económica; y eventualmente encontrar la ausencia de tal nexo, lo que llevaría a excluir la naturaleza recíproca de esa determinada compensación o –en cualquier caso– a dudar seriamente de tal configuración. Del sistema de cálculo no se puede, no obstante, en general, sustraer alguna indicación en positivo sobre el fundamento jurídico de la compensación que no aparezca en estrecha correlación con la efectiva prestación. Se afirma así que la

<sup>101</sup> Quizá en esa visión pese la concepción totalizadora propia de la revolución industrial en la que se considera que el trabajador cede todo su tiempo al empleador, estando el tiempo de inactividad estrechamente funcionalizado al mejor éxito del trabajo, *vid.* GAETA, L.: «Tempo di non-lavoro e corporativismo in Italia e in Germania», *L&D*, n.º 3, 1987, págs. 559-510.

<sup>102</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 94. Así, MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales...», *op. cit.*, pág. 393, señalaba que «cuando se incrementan las vacaciones, se produce por supuesto un aumento del descanso, pero también, quizás, un aumento del salario en cuanto que relativamente recae sobre menor trabajo»; aunque este autor (*ibíd.*, pág. 453), considera que se trata «de un típico supuesto de ruptura del principio de sinalgmaticidad, por el que pese a no prestarse el trabajo se mantiene la obligación salarial, cualquiera que sea la explicación técnica de esta situación».

<sup>103</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 104.

<sup>104</sup> DEVEALI, M. L.: «Sobre el carácter remuneratorio del salario», *DT*, 1947 (VII), págs. 163 y ss.

<sup>105</sup> En esta dirección, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación...*, *op. cit.*, pág. 96, sostiene que tales supuestos sí implican una excepción a la regla de la sinalgmaticidad.

noción de salario es más amplia que la propia de «contraprestación» o «compensación» por el trabajo realizado. De ello se deduce que, incluso la máxima adherencia del tratamiento económico concreto al tiempo de la efectiva prestación no constituye un índice decisivo acerca de la naturaleza jurídica de la atribución concreta: podría el sistema de cálculo que toma como parámetro la retribución-contraprestación en sentido estricto ser necesario para garantizar la realización del fin perseguido de la específica disciplina del instituto, sin ninguna implicación sobre la estructura de las obligaciones contractuales. En definitiva, el examen de los criterios de cómputo de una determinada compensación solamente puede aportar un pálido indicio sobre su fundamento jurídico, pero difícilmente puede ser determinante (v. gr. indemnizaciones que tienen en cuenta el salario y el tiempo de trabajo, o las derivadas del incumplimiento de la readmisión del trabajador tras una situación de excedencia).

#### 4.2. Descanso semanal y festivos no recuperables.

Con el descanso semanal se pretende proporcionar al trabajador un tiempo suficiente no sólo para que pueda recuperar las fuerzas empleadas en la actividad productiva, sino también para que el trabajador pueda, como ser humano, desarrollar su vida social. Esta existencia de un reposo periódico responde, por tanto, a una doble necesidad: la necesidad fisiológica de proporcionar al trabajador un tiempo de descanso, y la necesidad social de concederle un tiempo de ocio para el desarrollo del resto de actividades, aparte del trabajo, inherentes a la condición humana (actividades familiares, religiosas, culturales, etc.)<sup>106</sup>. Ello se garantiza a través de la imposibilidad de que el disfrute del descanso semanal sea sustituido por compensación económica<sup>107</sup>.

Según la opinión dominante el descanso semanal es retribuido, siendo precisamente la retribución elemento esencial del mismo<sup>108</sup>. Esta retribución es la que corresponde a un día y medio (o dos) de trabajo, o si no se ha trabajado durante todos esos días de la semana, la proporcional a los salarios devengados. En consecuencia, en aplicación del principio de reciprocidad, la falta injustificada de asistencia del trabajador no sólo motiva la pérdida de su derecho al salario del día no trabajado, sino la pérdida de la parte proporcional del salario correspondiente al descanso<sup>109</sup>. Igualmente, la extinción o suspensión de la relación laboral da derecho al trabajador a percibir la parte proporcional –según los días trabajados en la semana en que se produzca el cese– correspondiente al festivo siguiente, aunque la nueva normativa no recoja expresamente el supuesto<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Vid. GIL GIL, J. L.: «El descanso semanal», en AA.VV., SALA FRANCO, T. (dir.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Valencia, 1997, pág. 607; FITA ORTEGA, F.: *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, 1999, pág. 54.

<sup>107</sup> La posibilidad de sustituir el descanso por fiestas laborales sí se permite por la disposición derogatoria única del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que mantiene para tales descansos la posibilidad de su sustitución por compensación económica contenida en el artículo 47 RD 2001/1983, pero excepcionalmente y por razones técnicas u organizativas, con la opción de su compensación económica o descanso compensatorio.

<sup>108</sup> MATÍÁ PRIM, J.: «Descanso semanal y anual. Permisos», en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid, 1977, pág. 318.

<sup>109</sup> Vid. STSJ Aragón 26 noviembre 1998 (AS 1998\4362).

<sup>110</sup> MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 351; una idea que ratifica que su sistema de devengo es aproximable a la figura del «salario diferido».

Según la creencia tradicional, también aquí se abona un salario sin trabajo. No obstante, la retribución del tiempo de descanso más bien *parece abono diferido de una parte del precio del trabajo* <sup>111</sup>. En la actualidad la única base para sostener este carácter son los sucesivos RRDD sobre SMI que aclaran que los salarios diarios en ellos establecidos no incluyen la parte proporcional de los domingos y días festivos (ello implica que en los mensuales sí se entiende incorporada) <sup>112</sup>. También la reforma de la Ley de las ETT que modifica el artículo 11.2 de la Ley 14/1994 parece aceptar el carácter obligatorio de la retribución del descanso semanal, al señalar que la remuneración deberá incluir «*la parte proporcional correspondiente al descanso semanal...*» <sup>113</sup>. La desregulación normativa operada por la reforma laboral de 1994 produce una situación de indefinición a la hora de calificar el descanso semanal como período retribuido, cuestión que parece haber pasado desapercibida en los estudios doctrinales, pero de indudable trascendencia en el sistema jurídico de relaciones laborales <sup>114</sup>. La consecuencia es la siguiente, tanto el acogimiento de la teoría del salario diferido, como –y esto sí que tiene mayor relevancia– el propio carácter *retribuido* del descanso

<sup>111</sup> El marco normativo anterior a la reforma laboral de 1994 era más nítido en este sentido. Como pruebas –del acogimiento de la teoría del salario diferido– podía argumentarse en base a algunos datos normativos ahora inexistentes: a) que la ausencia no justificada de horas de trabajo implica (que) la pérdida proporcional de tal retribución (art. 44.2 RDJ –derogado–: «*El descanso semanal será retribuido, debiendo tenerse en cuenta al determinar los salarios que se comprenda la retribución por descanso; la ausencia no justificada de horas de trabajo implica la pérdida proporcional de tal retribución*»); b) la remuneración anual que según el artículo 26.5 LET (precepto derogado que, además, tuvo muy escasa efectividad) debía constar expresamente en los convenios colectivos, se calculaba únicamente en función de las horas anuales de trabajo efectivo. Repárese que estos argumentos en la actualidad no son argüibles en la medida que no están vigentes las normas en que se basan, salvo que se sostengan por lógica jurídica. A juicio de RAYÓN SUÁREZ, E.: «Descanso semanal, fiestas y permisos», en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Comentarios...*, t. VII, *op. cit.*, pág. 314, el régimen jurídico manifestaba con claridad que «el derecho a la retribución del descanso se genera día a día, conforme va naciendo el derecho al salario diario».

<sup>112</sup> Así, la STSJ Baleares 29 diciembre 1992 (AS 1992\6146), en un caso en que se trataba de decidir si al cesar un trabajador fijo discontinuo tiene derecho a que en su liquidación se incluya la parte proporcional o totalidad de los días de descanso semanal, se señala que: «en el salario de los días trabajados se incluye por imperio del citado artículo 44 [del derogado RDJ] y demás normas generales sobre retribución salarial [art. 26.1 LET...] la retribución del descanso, y por lo mismo el trabajador si deja de trabajar algún día laborable se le descuenta además la parte proporcional de dicho descanso, y las liquidaciones de contrato no pueden recoger ninguna cantidad por tal concepto, pues ello implicaría un doble cobro».

<sup>113</sup> Redacción dada por la Ley 29/1999, de 16 de julio (BOE 17 julio 1999). Con ello trata de evitarse el fraude que venían realizando las ETT de contratar de lunes a viernes para no pagar el salario y las cotizaciones sociales del fin de semana.

<sup>114</sup> En primer lugar, la derogación del DOS y la OOS, que contenía en su artículo 2 al descanso semanal como período de descanso computable como de trabajo. No obstante, se ha sostenido la «vigencia conceptual» de tales reglas a efectos de identificar los períodos mencionados por el artículo 26.1 LET. Ello puede plantear dudas sobre el encuadre de tal período en la expresión del artículo 26.1 LET «período de descanso computable como de trabajo» (con independencia de que tal norma para nada garantiza que la consideración de un período como de descanso vaya a ser necesariamente retribuido). En segundo término, el artículo 37.1 LET (tampoco lo hace el art. 5 de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo) –que regula el descanso semanal– no señala o garantiza expresamente su carácter «remunerado» como ocurre en las fiestas laborables (art. 37.2 LET) y vacaciones (art. 38.1 LET, art. 7.1 Directiva 93/104, y el propio art. 40.2 CE). Y, por último, el claro acogimiento de la teoría del salario diferido –que anudaba claramente el devengo salarial de tal descanso a un período previo de prestación laboral– contemplado por el artículo 44.2 RDJ, en tanto que señalaba que «la ausencia no justificada de horas de trabajo implica la pérdida proporcional de tal retribución», luego, *a sensu contrario*, eran los períodos de trabajo efectivo o las ausencias justificadas las únicas que generaban el derecho al salario durante el descanso semanal, tampoco puede argumentarse por estar la norma derogada.

semanal únicamente encuentran un sólido basamento jurídico-normativo en una norma de *carácter reglamentario* como son los Decretos de fijación del salario mínimo interprofesional que, cuando establecen el salario diario, advierten que tal salario «*se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos*»<sup>115</sup>, presuponiendo de esta manera la existencia de un precepto –verdaderamente inexistente a nivel legislativo– que expresamente establezca el carácter retribuido de tal período de descanso.

El derecho al descanso semanal aplicativamente se viene considerando como «remunerado» y, al venir atribuido a la unidad cronológica hebdomadaria, surge a medida que se desarrolla la actividad debida en el transcurso de la semana. El TC ha aceptado expresamente la teoría del salario diferido para festivos y descanso semanal en su STC 21 marzo 1984 (RTC 41\1984). La teoría del salario diferido –con referencia al módulo temporal semanal– se confirma para el descanso semanal, en los descuentos salariales por huelga<sup>116</sup>. En la jurisprudencia sobre la materia se proclama la generación *pro rata parte* del derecho al descanso semanal respecto del tiempo efectivamente trabajado durante la semana<sup>117</sup>. Se considera que aunque «los días de descanso, en general, no componen jornada de trabajo, determinan un devengo salarial que corresponde a una ficción, en el sentido de que tal devengo se va produciendo mientras se despliega la jornada laboral, de suerte, que irrealizada ésta a causa de la huelga, sus efectos recaen sobre los salarios correspondientes a aquellos días, cuyo derecho, por lo tanto, está también condicionado a la efectividad del trabajo»<sup>118</sup>. Luego la indisponibilidad del factor productivo durante la huelga hace quebrar también «la ficción consistente en considerar trabajadas las jornadas de descanso dominical o semanal y días festivos no recuperables»<sup>119</sup>. Consiguientemente, el ejercicio del derecho de huelga también conlleva la pér-

<sup>115</sup> Vid. artículo 1 RD 3476/2000, de 29 de diciembre, de fijación del SMI para 2001; a lo que se añade la regla por la que para la retribución de los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días, señala su derecho a percibir «*la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos*» (art. 4.2).

<sup>116</sup> En este sentido, la STS 18 abril 1994 (RJ 1994\3256) señala que conforme el artículo 6.2 RDLRT «el día de huelga implica que el contrato ha estado suspendido, cuya retribución no se devenga en dicho día y repercute en el salario diferido como las gratificaciones, participación en beneficios, y al descanso semanal del día en que la huelga ocurrió». En nuestro ordenamiento ha venido hablándose de un *principio de proporcionalidad* para aludir a la progresiva generación del derecho a tal descanso: ha de disfrutarse en atención y medida al tiempo trabajado durante la semana de referencia, SEMPERE NAVARRO, A.-V.: «Derecho a la huelga y derecho al descanso», *RL*, 1991 (II), págs. 275-276, aunque con base en el derogado artículo 44.2 RDJ.

<sup>117</sup> SsTCT 11 enero 1985 (RTCT 1985\616), 15 septiembre 1986 (RTCT 1986\7778), 29 mayo, 24 julio, 16 septiembre y 17 noviembre 1987 (RTCT 1987\11682, 17736, 20203 y 26757), STCT 11 mayo 1988 (RTCT 1988\198): «Cada día de trabajo agrega al salario/día la parte proporcional del descanso semanal, pues sólo así se da cumplimiento al mandato del descanso semanal retribuido contenido en el artículo 40.2 CE y más expresamente en el artículo 37.1 ET». En coherencia, STSJ Castilla y León 29 septiembre 1992 (AS 1992\4690), SsTS 18 abril 1994 (RJ 1994\3256) y 24 enero 1994 (RJ 1994\370) consideran que el día de huelga debe repercutir sobre los descansos semanal y festivos única y exclusivamente a los correspondientes a la semana en que se haya producido el paro, «si es que no se quieren extender las consecuencias del ejercicio de tal derecho más allá de los límites impuestos por el hecho mismo de tratarse de un derecho fundamental».

<sup>118</sup> STSJ Madrid 19 septiembre 1989 (*AL*, 1989, ref.- 616).

<sup>119</sup> STCT 11 marzo 1984 (RTCT 1984\3858).

dida (proporcional) de la retribución <sup>120</sup> asignada a los días de descanso <sup>121</sup> en aplicación estricta del artículo 6.2 RDLRT <sup>122</sup>. Incluso alguna sentencia matiza que si no fuesen las cosas de esta manera quedaría al arbitrio de los propios huelguistas el determinar la repercusión de su acción conflictiva, pues el devengo del salario correspondiente a dichas fechas resultaría dependiente, en forma exclusiva, de la voluntad de los trabajadores (no convocando la huelga en dichos días de descanso), consecuencia rechazable por absurda <sup>123</sup>.

Para los festivos no recuperables los términos de la cuestión no han sido planteados como para el descanso semanal. Así, en la jurisprudencia sobre descuentos por huelga se ha considerado que si el festivo intersemanal (esto es, distinto al descanso periódico) corresponde a una semana en cuyo transcurso se ha desarrollado una huelga, el régimen jurídico de descuentos salariales por huelga es del todo coincidente con el del descanso semanal periódico, pero no se admiten descuentos proporcionales en el salario de los festivos que no estén comprendidos dentro de los días hábiles de la semana/s en que se desarrolla la huelga <sup>124</sup>. Lo postulado es la «pérdida del salario de días de huelga legal coincidentes con días que, de no declararse, serían de actividad y parte proporcional de domingos, descansos y festivos, al ser el salario de estos días devengado durante los laborables de la semana» <sup>125</sup>. Por otra parte, si la huelga también se realiza en tales días festivos (o de descanso semanal) procede el descuento salarial íntegro de tales días <sup>126</sup>.

La jurisprudencia tiende a considerar que no son aplicables los descuentos proporcionales por huelga a los días festivos que caen fuera de los días en que se ha realizado la huelga. Esta jurisprudencia argumenta, con dudoso fundamento dado su carácter salarial, que con la retribución de estas fiestas no se precisa un previo y determinado período de trabajo y que tales fiestas no obedecen a

<sup>120</sup> *Cfr.* STCT 23 diciembre 1987 (RTCT 1987\29656). Incomprendiblemente permiten la aplicación del descuento proporcional al día de huelga, aunque se pierdan sólo algunas horas, las SsTCT 8 marzo, 27 abril, 11 mayo, 20 junio 1988 (RTCT 1988\108, 185, 198 y 320).

<sup>121</sup> *Cfr.* STCT 11 mayo 1988 (RTCT 1988\198), SAN 22 febrero 1990 (AL, 1990, ref.- 429), STSJ Madrid 18 julio 1989 (AS 1989\38), STSJ Navarra 24 mayo 1991 (AS 1991\3211), STSJ Castilla-La Mancha 6 y 8 febrero 1991 (AS 1991\1583 y 1585).

<sup>122</sup> STCT 20 mayo 1982 (RTCT 1982\3257). Así, las STSJ Castilla y León 29 septiembre 1992 (AS 1992\4690); STS 24 enero 1994 (RJ 1994\370): interpreta el artículo 6.2 RDLRT en el sentido de que «la retribución que se descuenta por cada día de huelga no sólo comprende el jornal diario sino lo que constituye salario diferido, como son las gratificaciones extraordinarias y la parte proporcional correspondiente a la retribución del descanso semanal del período en que se haya producido la huelga»; añadiendo que el «carácter de derecho constitucional que la huelga tiene no puede convertir el día de inactividad que supone su ejercicio en ausencia injustificada o asimilarlo al día de trabajo a los efectos del artículo citado».

<sup>123</sup> STCT 11 enero 1985 (RTCT 1985\616), STSJ Castilla y León 29 septiembre 1992 (AS 1992\4690).

<sup>124</sup> SsAN 22 febrero 1990 (AL, 1990, ref.- 429) y 23 abril 1991 (RL, 1991, ref.- 981); STCT 25 enero 1989 (RTCT 1989\50), STSJ Navarra 24 mayo 1991 (AS 1991\3211).

<sup>125</sup> STCT 22 junio 1988 (RTCT 1988\310).

<sup>126</sup> STSJ Cataluña 19 octubre 1994 (AS 1994\3865): «Es conocida la doctrina según la que el ejercicio del derecho de huelga produce mientras dura la suspensión de la relación laboral y, consecuentemente, la del derecho a la percepción de contraprestación económica, es decir, del salario, por lo que aquel legítimo ejercicio "repercute en los días festivos anuales, retribuidos y no recuperables, siempre y cuando la huelga comprenda alguno de los días festivos"».

necesidades de descanso sino a conmemorar determinados días <sup>127</sup>. Así pues, «los efectos de la huelga no pueden sacarse del contexto de su repercusión en la retribución del descanso semanal y hacerse perdurar todo el año, reduciendo proporcionalmente la retribución de las fiestas anuales que, según el artículo 45 del RD 2001/1983 [derogado], son inhábiles a efectos laborales, retribuidos y no recuperables, en aquellos supuestos en que no coinciden en domingo, es decir, no se trata de descansos propiamente dichos, para cuya retribución se precisa un determinado período de trabajo previo, sino de días en que no hay obligación de trabajar» (implícitamente parece reconocer que no se trata de un salario diferido) <sup>128</sup>.

#### 4.3. Vacaciones anuales.

##### 4.3.1. Fundamento, calificación jurídica de la retribución vacacional y sistema de devengo.

En el ámbito del Derecho del Trabajo la mención de las vacaciones <sup>129</sup> implica necesariamente el carácter de «retribuidas», pues se trata de un concepto que no es predicable aisladamente de su complemento <sup>130</sup>; dicho de otra manera, en las vacaciones «se integra también un derecho a los medios económicos adecuados para vivir durante el período de descanso» <sup>131</sup>. El carácter retribuido de las vacaciones –como garantía del descanso necesario– se contempla en nuestro ordenamiento en

<sup>127</sup> La STS 24 enero 1994 (RJ 1994\370) considera que «el disfrute de las fiestas no está conectado con un tiempo de trabajo precedente y no se pueden establecer reglas de proporcionalidad entre períodos de trabajo y la retribución del día festivo pues... el disfrute del festivo no requiere de un período previo de trabajo para devengar el descanso en que consiste, a diferencia de lo establecido respecto de las vacaciones, cuya fijación anual hace referencia a un mismo tiempo de trabajo (art. 38.1 ET), el descanso semanal (art. 37.1), o el que exige la Ley entre dos jornadas consecutivas (art. 34.2), todos los que se disfrutan en correspondencia a un tiempo de trabajo. Los festivos establecidos en el artículo 37.2 del ET no responden de manera directa e inmediata a la necesidad de descansar después del trabajo, sino que su significado consiste en la plasmación legal del derecho a descanso retribuido en determinados días al año en que se produce la celebración de acontecimientos de orden religioso o civil en los que, sin trabajar se cobra el salario, por lo que no se les puede aplicar el régimen de descuento proporcional que sufre la retribución del descanso semanal por ausencias injustificadas durante una semana concreta y distinta a la del festivo...». Vid. además, SsTS 26 mayo 1992 (RJ 1992\3605) y 18 abril 1994 (RJ 1994\3256).

<sup>128</sup> En sentido contrario, STSJ Madrid 18 de julio de 1989 (AL, 1989, ref.- 1084).

<sup>129</sup> Existe también una figura de descanso retribuido similar a las vacaciones contemplada por el artículo 40.4 LET, consistente en que en los desplazamientos temporales del trabajador, éste tiene derecho a permisos retribuidos si su duración es superior a tres meses. En este último supuesto, el trabajador tiene derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viajes.

<sup>130</sup> Para esta esencialidad del carácter remunerado del descanso vacacional, vid. STS 14 julio 1997 (RJ 1997\6263); SsTCT 19 diciembre (RTCT 1984\10022) y 23 noviembre 1982 (RTCT 1982\10731) donde se afirma que «el concepto legal de vacaciones no puede dividirse en sus dos componentes esenciales, descanso y retribución, para excluir uno de ellos, porque si se da retribución sin descanso se tratará de la compensación económica, y si se da descanso sin retribución, será un permiso sin sueldo».

<sup>131</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Cuestiones puntuales sobre salarios (I)», *Tapia*, enero-febrero, 1990, pág. 10; en este sentido, vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas (II)», *RPS*, n.º 131, 1981, pág. 30.

el artículo 40.2 CE <sup>132</sup>. La imposición de que sean retribuidas implica que el obligado a satisfacerla es quien recibe el trabajo y lo remunera, en virtud de lo cual se trata de una cuestión totalmente separada de las prestaciones de la Seguridad Social, aun cuando sea factible la compensación interempresarial a través de un fondo, como ocurre en el caso belga <sup>133</sup>.

La calificación de la naturaleza jurídica de la retribución vacacional ha generado –con diversas fundamentaciones– dos posturas doctrinales opuestas, una favorable a la consideración del carácter salarial de la misma y, otra contraria, que sostiene el carácter asistencial de la remuneración vacacional <sup>134</sup>. Ello es fruto de la *ambigüedad* que caracteriza al salario derivada de su complejidad funcional <sup>135</sup>.

Las teorías *asistenciales* se identifican por justificar la naturaleza de la vacación anual retribuida «con base en un deber de asistencia, individual o colectivo, para con el trabajador» <sup>136</sup>. Estas teorías tratan de explicar el carácter asistencial y no salarial del pago de una cantidad por el empleador durante las vacaciones basándose en que faltando la prestación efectiva del trabajo convenido, es lógico defender la cesación de la obligación empresarial de pagar el salario <sup>137</sup>. Pero cuando, pese

<sup>132</sup> Al configurarse de plano en el Derecho positivo como un derecho subjetivo para el trabajador-, debemos rechazar desde el principio las teorías *premiales* que giran en torno a «la idea de recompensa cuando el trabajador es acreedor a ello por su presencia y conducta en la empresa» (vid. DE LA VILLA, L. E.: «Configuración jurídica de las vacaciones anuales retribuidas», *RPS*, n.º 81, 1969, págs. 124-125), aunque tengan una conexión con el origen histórico de la institución.

<sup>133</sup> En este sentido, *cf.* MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, pág. 397, un cambio de orientación consistente en considerar incluida en el ámbito de la Seguridad Social –para el autor (*ibid.*, pág. 453)– llevaría tal institución hacia un sentido asistencial contrario a la tendencia de considerarlas como un problema relacionado con la reducción de jornada; ECHEVARRÍA MAYO, B.: «Artículo 40. Pleno empleo», en AA.VV., ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996, págs. 96-97; CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Madrid, 1993, págs. 156 y 335, para la que las vacaciones se insertan contractualmente en el régimen de trabajo y descansos y no en el régimen de cobertura de «carencias» propio de la Seguridad Social (*ibid.*, pág. 336).

<sup>134</sup> Sobre la existencia de un reconocimiento constitucional del carácter salarial de la retribución de las vacaciones existen opiniones doctrinales divergentes: en contra, CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pág. 156; a favor de tal reconocimiento, MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, pág. 397; SEMPERE NAVARRO, A.: «Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas (I)», *RPS*, n.º 130, 1981, pág. 113.

<sup>135</sup> En este sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: «Naturaleza jurídica de la retribución de las vacaciones», *RFDUM*, n.º 31-32, vol. XII, 1968, pág. 243, advierte que «la consideración del salario como contrapartida del servicio prestado viene recordada e interferida por la consideración del salario como medio de sustento del trabajador y su familia». Incluso algunos han justificado el derecho a esta retribución en un pretendido «matiz de pensión alimenticia» (*cf.* TOVILLAS ZORZANO, J. J.: «La incidencia de la incapacidad laboral transitoria sobre el derecho a vacaciones», *RISS*, n.º 3, 1972, pág. 521); o directamente en su «indudable» carácter alimentario (*v. gr.* para MONTENEGRO BACA, J.: *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, t. I, Lima, 1959, pág. 447). O lo justifican en un denominado «deber de protección» –desarrollado en la doctrina alemana– como manifestación de una concepción de la relación laboral como constitutiva de un vínculo comunitario de carácter jurídico-personal. Concepciones que no parecen de aplicación a la realidad positiva actual del ordenamiento español, en donde no aparece establecido tal deber de protección o una configuración del débito salarial como de «alimentos».

<sup>136</sup> Sobre las mismas, *vid.* DE LA VILLA, L. E.: «Configuración jurídica...», *op. cit.*, págs. 122-124.

<sup>137</sup> *Vid.* PÉREZ, B.: «Las vacaciones no gozadas no son indemnizables», *DT*, 1946, t. XI, pág. 317; SAMPAY, A.: «La retribución del trabajo no prestado», *DT*, 1946, t. VI, pág. 229.

al anterior fundamento, lo que recibe el trabajador durante el período de descanso es su salario, a cargo pues del empleador<sup>138</sup>, y no una prestación social, las teorías asistenciales colectivas no son capaces de explicar aceptablemente el efecto.

Por lo que respecta a las teorías salariales, el problema de su aceptación estriba en que la reciprocidad de las obligaciones principales de las partes de la relación de trabajo puede quedar en entredicho en todos los supuestos en que, por preverse así en un precepto establecido heterónomamente, pactado o por decisión unilateral del empresario, se mantenga la obligación del pago del salario sin que el trabajador realice una efectiva prestación laboral. La solución a esta cuestión se ha buscado en diferentes direcciones, sin negar el carácter salarial de la remuneración correspondiente al período vacacional, básicamente en torno a dos teorías: la del «salario diferido» y «salario de inactividad».

La discusión en nuestro ordenamiento puede resultar superflua debido a lo taxativo de las disposiciones normativas en las que el carácter salarial de la remuneración vacacional no ofrece dudas teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 26 LET. Ésta también es la tesis que finalmente ha encontrado acogida jurisprudencial. Este carácter salarial debe predicarse también para la retribución en especie y para las cantidades que se abonen al trabajador cuando resulte imposible el disfrute del descanso<sup>139</sup>. Pero ello no evita los problemas de buscar una fundamentación jurídica en relación al carácter recíproco del salario, que, por supuesto, es un tema dogmático que no corresponde al propio legislador sino al teórico del derecho, induciéndolo del propio régimen jurídico.

La teoría del *salario diferido* afirma que la obligatoriedad de la remuneración durante el período vacacional nace del período anterior trabajado, lo que salvaría la regla de la conmutatividad con el trabajo prestado<sup>140</sup>. La retribución abonada con anterioridad a las vacaciones tiene un «elemento de mengua», en cuanto deberá ser integrado por la que se abone durante el ejercicio del derecho a vacaciones y se subordina al perfeccionamiento del mismo<sup>141</sup>. Para las vacaciones anuales, la teo-

<sup>138</sup> Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico... (II)», *RPS*, n.º 131, 1981, pág. 30.

<sup>139</sup> Cfr. DE LA VILLA GIL, L. E.: «Configuración jurídica...», *op. cit.*, págs. 132 y ss.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La retribución de las vacaciones», *TS*, n.º 38, 1994, pág. 40. No obstante, de indemnización lo califica la STSJ Murcia 21 marzo 1992 (AS 1992\1474), y en esta línea, la STSJ Cataluña 6 marzo 1992 (AS 1992\1683) dice que esa cantidad no forma parte de la base de cotización ni debe abonarse en la base reguladora de la prestación por desempleo. A pesar de ello, la consideración salarial se confirma en el artículo 4.1 párrafo 2.º del D 3476/2000 que fija el SMI para 2001, que para la retribución de las vacaciones de los trabajadores eventuales o temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días, señala que «percibirán, conjuntamente con el SMI..., la parte proporcional de éste correspondiente a las vacaciones legales mínimas en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato».

<sup>140</sup> Vid. BARASSI, L.: *Il Diritto del Lavoro*, t. I, Milano, 1949, págs. 431 y ss.; GUIDOTTI, F.: *La retribuzione...*, *op. cit.*, págs. 120-123; en nuestro país, la tesis ha sido acogida por VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1965, pág. 120; también por SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico... (II)», *op. cit.*, pág. 31.

<sup>141</sup> CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, pág. 337.

ría del salario diferido puede ser –inicialmente– explicativa y operativa en la realidad jurídica del sistema de devengo de la institución en examen <sup>142</sup>. El derecho a vacaciones tiende a garantizar el «descanso necesario», lo que significa que no puede haber vacaciones sin previo trabajo o, por lo menos, sin actividad correlativa <sup>143</sup>. Según una asentada y generalizada concepción, este derecho va completándose día a día hasta cubrir dicha anualidad; y, en consecuencia, sólo se devenga al cumplirse un año completo de servicio; excepto de manera *excepcional* <sup>144</sup> cuando la relación laboral se extingue antes de dicho período, en cuyo supuesto se compensa a metálico la parte proporcional que corresponde <sup>145</sup>. Una confirmación de tal tesis es preclara en los supuestos en que el trabajador que no alcance el año de antigüedad en la empresa en la época en que se conceden las vacaciones en la empresa o cuyo contrato se extingue con anterioridad a la generación del derecho a las vacaciones retribuidas, tiene derecho a las vacaciones retribuidas o a la indemnización por las vacaciones no gozadas en proporción al tiempo de servicio prestado, y consiguientemente, a la cantidad de trabajo realizado. Ésta es una regla, en todo caso, que emana del artículo 11 del Convenio 132 de la OIT (y que impone asimismo con toda claridad el art. 7.2 Directiva 93/104/CE) <sup>146</sup>. Ésta sería la única excepción a la terminante prohibición legal de sustituir por compensación económica el descanso anual <sup>147</sup>. El disfrute pleno del período de vacaciones anuales retribuidas requeriría la efectiva prestación de servicios durante todo el año, de forma que de no realizarse el trabajo durante todo el año, disminuirá proporcionalmente el período de descanso anual <sup>148</sup>.

No obstante, la teoría del salario diferido aplicada a la retribución por vacaciones también tiene excepciones cuando interfiere con situaciones protegidas por el sistema de seguridad social, así, la jurisprudencia considera que si el período de disfrute de las vacaciones coincide con períodos

<sup>142</sup> Nuestra jurisprudencia, de antiguo, ha acogido esta teoría para explicar la aparente excepción al sinalagma contractual, declarando que el importe de las vacaciones lo percibe el trabajador «como consecuencia de los trabajos realizados en la empresa, aunque esos días sean consagrados al descanso, precisamente en compensación de los trabajos realizados el resto del año», STS 23 marzo 1956 (RJ 1956\1679).

<sup>143</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 112.

<sup>144</sup> *Vid.* PÉREZ SERRANO, J.: «El derecho a vacación anual retribuida», *RT*, n.º 6, 1940, pág. 408.

<sup>145</sup> Sobre el origen de este prorrateo, con la finalidad de evitar maniobras abusivas por el lado empresarial, *cfr.* PÉREZ SERRANO, J.: «El descanso anual obligatorio», *Revista de Estudios Políticos. Suplemento de Política Social*, n.º 3, 1945, págs. 51-53.

<sup>146</sup> Según el artículo 11 del Convenio 132 OIT, según el cual el trabajador que hubiere completado el período mínimo de servicios exigible para disfrutar del descanso anual tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya disfrutado aún el descanso correspondiente, a una indemnización compensatoria, o a un crédito de vacaciones equivalente. El ET guarda silencio sobre el particular, lo que no obsta para que los trabajadores tengan ese derecho, reconocido en términos suficientemente precisos por la norma internacional y ampliamente reflejado en la negociación colectiva, también ha tenido una aplicación judicial, *cfr.* STS 23 mayo 1997 (RJ 1997\6127); STS 10 abril 1990 (RJ 1990\3454); STSJ Madrid 24 abril 1992 (AS 1992\2159); STSJ La Rioja 4 noviembre 1991 (AS 1991\6045).

<sup>147</sup> En este sentido, STSJ Murcia 24 marzo 1992 (AS 1992\1474), STSJ Cantabria 11 enero 1992 (AS 1992\75). *Cfr.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Las garantías del derecho a las vacaciones (disfrute efectivo, indisponibilidad, prohibición de compensación en metálico, no acumulación y otras)», *TS*, n.º 38, 1994, pág. 46. Salvo esta excepción, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas tradicionalmente se ha configurado como un derecho del trabajador que no es susceptible de monetización (*cfr.* art. 12 Convenio n.º 132 OIT), de forma que no será posible su compensación económica (art. 38.1 LET).

<sup>148</sup> *Cfr.* SsTS 30 abril 1996 (RJ 1996\3627) y 13 febrero 1997 (RJ 1997\1267).

de maternidad o incapacidad para el trabajo, aquéllas no se pueden disfrutar en otra época, ni se puede obtener indemnización compensatoria <sup>149</sup>.

La aceptación de la teoría del salario diferido por el trabajo prestado, que implicaría que el período vacacional se configura en atención a que se haya trabajado durante el mismo el tiempo previsto no es tampoco de una aplicación estricta. Existen numerosos casos asimilados al trabajo efectivo que se computan para el devengo de este derecho, y en los que no se da un trabajo efectivo, lo que constituye el principal elemento distorsionador de la teoría del salario diferido. Con carácter general puede establecerse que, a estos efectos, además de las jornadas de trabajo efectivo computan los períodos de descanso equiparados a los de trabajo a efectos de remuneración, como son el descanso semanal y días festivos (art. 37. 1 y 2 LET), las ausencias justificadas con derecho a remuneración (art. 37.3 LET) y las interrupciones de trabajo imputables al empresario (art. 30 LET) o no imputables ni al empresario ni al trabajador pero que puedan ser recuperadas (art. 30 LET) <sup>150</sup>.

El acogimiento incondicional de la teoría del salario diferido como regla general contrasta con las significativas excepciones que sufre <sup>151</sup> en aplicación la regla del artículo 5.4 Convenio n.º 132 OIT: «Las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios» <sup>152</sup>. Ha sido la jurisdicción social la que ha tenido que asumir la función de concretar algunos supuestos de interrupción del trabajo que repercuten en la duración de las vacaciones bien computándose <sup>153</sup>

<sup>149</sup> Vid. STS 30 noviembre 1995 (RJ 1995\8771); *cf.* sobre la cuestión RABANAL CARBAJO, P.: «Teoría jurídica sobre vacaciones», *DL*, n.º 62, 2000, págs. 165-167.

<sup>150</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: «Nacimiento, duración y disfrute del derecho a vacaciones», *TS*, n.º 38, 1994, pág. 10.

<sup>151</sup> *Cfr.* MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, págs. 412 y ss; ALONSO OLEA, M.: «Jurisprudencia sobre el descanso anual», *REDT*, n.º 6, 1981, pág. 221.

<sup>152</sup> La doctrina ha entendido que se trata de una enumeración abierta, por lo que sería aconsejable que las normas complementarias internas desarrollasen la previsión de la norma internacional. Sin embargo, el ET no ha realizado esta función. La jurisprudencia, por su parte, ha mantenido que prevalece sobre la disposición comentada lo dispuesto en convenio colectivo, dado que aquélla no tiene carácter de derecho necesario e indisponible (*cf.* CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, págs. 161-162, 216). No obstante, como advierte ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «La regulación del derecho a vacaciones: ¿una redefinición del papel del convenio 132 de la OIT?», *AL*, n.º 41, 1998, pág. 777, el hecho de que sea necesario que el Estado español cumpla su obligación de desarrollar la previsión comentada, para garantizar así su efectividad, no impide para que el principio contenido en el artículo 5.4 del Convenio 132 constituya un elemento interpretativo, que no puede desconocerse.

<sup>153</sup> Precepto que ha tenido un prolijo desarrollo judicial. Así, se ha considerado que las ausencias involuntarias durante el año, tales como las que traen causa de enfermedad, accidente o maternidad, serán computadas como tiempos de actividad laboral a los efectos de calcular la duración de dichas vacaciones, sin que pueda producirse por la empresa ningún descuento en las mismas [SsTCT 12 diciembre 1979 (RTCT 1979\7318), 11 diciembre 1979 (RTCT 1979\7315) y 2 enero 1980 (RTCT 1980\477)]. Luego se computan supuestos como incapacidad temporal, aplicando la doctrina judicial sentada para la incapacidad laboral transitoria (tanto por enfermedad, accidente o maternidad) o la invalidez provisional, *cf.* SsTCT 6 diciembre 1983 (RTCT 1983\10532), 13 enero 1986 (RTCT 1986\528), 19 marzo 1986 (RTCT 1986\1842), 20 de octubre de 1986 (RTCT 1986\10737), 22 de junio 1987 (RTCT 1987\13645), 6 junio 1988 (RTCT 1988\4192) esta última en relación a la baja por maternidad, 20 enero 1988 (RTCT 1988\761) 8 febrero 1989 (RTCT 1989\1162), STSJ Andalucía 26 octubre 1990 (AS 1990\4584) y 5 septiembre 1991 (AS 1991\5008), STSJ Valencia 6 junio 1991 (AS 1991\4122), STSJ Galicia 18 octubre 1990 (AS 1990\197).

o excluyéndose a efectos de la generación del derecho <sup>154</sup>. El principio general sobre el tema puede formularse en los siguientes términos: el tiempo vacacional ha de calcularse con referencia a las jornadas de trabajo real y efectivamente prestado, pero sumando a ellas las pertenecientes a «situaciones en que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, pero íntimamente relacionadas con el trabajo, ha estado imposibilitado de trabajar» <sup>155</sup>.

Pero, sin duda, la más polémica excepción viene constituida por la regla de la «impermeabilidad» de la retribución por vacaciones a los descuentos salariales por huelga <sup>156</sup>. La impermeabilidad de la retribución (y duración) de las vacaciones anuales en los descuentos salariales por huelga legal suponen también una excepción a la teoría del salario diferido <sup>157</sup>. Más específicamente, supo-

---

Se han incluido los permisos o ausencias justificadas del trabajador con mantenimiento del derecho a remuneración, cierre patronal (sobre ello, *vid.* MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, pág. 417), períodos de inactividad empresarial imputables al empleador, que, caracterizados por la ausencia de prestación laboral no serían en ningún caso tenidos en cuenta para minorar las vacaciones anuales retribuidas, salvo que se trate de un acuerdo mutuo para la concesión del permiso retribuido [*cf.* STCT 6 junio 1988 (RTCT 1988\4192)]. La jurisprudencia mayoritaria también considera que los períodos relativos a los salarios de tramitación o de sustanciación también devengan derecho a vacaciones [STS 10 abril 1990 (RJ 1990\3454), SsTCT 10 octubre 1988 (RTCT 1988\6143), 25 octubre 1988 (RTCT 1988\6243) y 7 junio 1988 (RTCT 1988\4213), STSJ Madrid 3 abril 1990 (AS 1990\1505), STSJ País Vasco 14 enero 1993 (AS 1993\384), STSJ Cataluña 4 mayo 1990 (AS 1990\4151)].

<sup>154</sup> Así, no se ha considerado que sean computables los casos de suspensiones por mutuo acuerdo, excedencias o cumplimiento del servicio militar, o suspensiones procedentes de autorización administrativa producida en expediente de regulación de empleo. Al menos ésta es la doctrina que se ha impuesto en una más que discutible argumentación bien basada en la inexistencia de desgaste físico en tales períodos y en la percepción de prestaciones por desempleo en algunos casos complementadas por la empresa [*cf.* RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «La duración de las vacaciones. Problemas de aplicación del artículo 38.1 ETT», *AL*, n.º 28, 1990, págs. 326-327; o ARROYO GONZÁLEZ, M.: «La retribución en el período de vacaciones: criterios jurisprudenciales», *AL*, n.º 26, 1991, pág. 332, que considera que esta solución no puede ser aplicada con carácter general y que parece que para que el desempleo temporal no genere derecho a vacaciones es preciso, al menos, una mínima duración y la existencia de suficientes compensaciones económicas para el trabajador], SsTCT 5 enero 1980 (RTCT 1980\480), 17 noviembre 1983 (RTCT 1983\10363), 6 diciembre 1983 (RTCT 1983\10532), 24 enero, 20 febrero y 23 abril 1984 (RTCT 1984\504, 1497 y 3655), 13 enero 1986 (RTCT 1986\528), STSJ Madrid 26 febrero 1990 (AS 1990\668), o en el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, STCT 3 julio 1984 (RTCT 1984\6700), STS 14 julio 1997 (RJ 1997\6263) [un comentario a esta última sentencia en CABEZA PEREIRO, J.: «Derecho a las vacaciones de los estibadores portuarios. Comentario a la STS, Social, de 14 julio 1997», *AL*, n.º 22, 1998, págs. 1.899 y ss.]. En contra de este criterio, por tratarse de un motivo independiente de la voluntad de los trabajadores, las SsTCT 6 noviembre 1979 (RTCT 1979\6768), 6 mayo 1981 (RTCT 1981\3669), 29 septiembre 1982 (RTCT 1982\5113), 26 abril 1983 (RTCT 1983\3780 y 26 julio 1983 (RTCT 1983\7243), 29 junio 1988 (RTCT 1988\319). Los de suspensión de empleo y sueldo como sanción disciplinaria también se excluirían [STSJ Cantabria 20 febrero 1991 (AS 1991\1195)]. En definitiva, parece que –salvo pacto en contrario– no pueden computarse a efectos del devengo de las vacaciones –al regir plenamente el carácter de la suspensión contractual– los períodos de suspensión del contrato de trabajo (*vid.* ALFONSO MELLADO, C. L., PEÑA OBIOL, S.: *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, 1996, págs. 35-36; GARCÍA ORTEGA, J.: «Nacimiento, duración...», *op. cit.*, págs. 7 y ss.).

<sup>155</sup> SEMPERE NAVARRO, A.-V.: «Régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 135; para otros autores, ALFONSO MELLADO, C. L., PEÑA OBIOL, S.: *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, 1996, págs. 33-34, la consideración de un período de ausencia o descanso como «retribuido» conllevaría una cierta equiparación al trabajo efectivo y, por tanto, todos los que tengan reconocido aquel efecto computarían como si de tal se tratase a efectos de devengo del período vacacional.

<sup>156</sup> *Vid.* Auto TC 27 abril 1983 (RTC 189\1983).

<sup>157</sup> *Cfr.* STS 5 noviembre 1984 (RJ 1984\9121), SsTCT 18 marzo 1985 (RTCT 1985\2263), 19 mayo 1987 (RTCT 1987\11689), 29 febrero 1988 (RTCT 1988\43), STSJ Madrid 18 julio 1989 (AS 1989\38), SsTSJ Castilla y León 27 noviembre y 18 diciembre 1991 (AS 1991\6100 y 6604), STSJ Castilla-La Mancha 6 y 8 febrero 1991 (AS 1991\1583 y 1585).

ne una excepción –o atemperación– a la aplicación del principio de conmutatividad al contrato de trabajo, y específicamente a la suspensión contractual por huelga, de modo que es un riesgo que se traslada al empleador en garantía del ejercicio legal de un derecho constitucional fundamental <sup>158</sup>. Aquí parece que las propias garantías y derechos constitucionales (tanto del derecho de huelga como del descanso anual) actúan como límite a su eventual descuento, al menos cuando la huelga no incurre en ilegalidad, pero también destruyen o excepcionan una eventual acogida incondicionada de la teoría del salario diferido como fundamento del carácter salarial de la retribución vacacional <sup>159</sup>.

La jurisprudencia consolidada sobre la cuestión establece el principio general por el cual de la huelga legal no puede derivar ni una disminución del tiempo de vacaciones ni una reducción de su retribución <sup>160</sup>. Los fundamentos aducidos por la jurisprudencia han sido variados y discutibles <sup>161</sup>, lo que ha generado una abundante crítica doctrinal desde un punto de vista técnico-jurídico <sup>162</sup>. Pero en definitiva, durante la huelga *legal* sigue naciendo el derecho al descanso anual retribuido, de manera que «el tiempo de huelga se asimila al tiempo de trabajo aunque no tenga tal carácter a otros efectos» <sup>163</sup>.

<sup>158</sup> Cfr. MAGRINI, S.: «Gli effetti dello sciopero sull'obbligazione retributiva nelle tendenze della giurisprudenza italiana», *Dir. Lav.*, n.º 2, 1978, pág. 138. Utilizando también el argumento de la propia garantía constitucional del artículo 40.2 CE en defensa de la inocuidad del derecho de huelga respecto del crédito vacacional, *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, J.: «Las vacaciones anuales retribuidas: algunos aspectos de su régimen jurídico», *RPS*, n.º 131, 1981, págs. 252 y ss.

<sup>159</sup> *Vid.* GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Barcelona, 1983, pág. 228.

<sup>160</sup> La huelga legal sólo produce el descuento del salario diario, en la parte proporcional de la retribución del descanso semanal y de las gratificaciones extraordinarias así como de los festivos incluidos en el tiempo de paro laboral, pero no tiene ninguna repercusión en las vacaciones, tanto en su duración como en su retribución, SsTS 1 octubre 1991 (RJ 1991\7190), 22 enero 1993 (RJ 1991\257), STSJ Valencia 6 marzo 1992 (AS 1992\1345), STSJ Aragón 5 abril 1990 (AS 1990\703), SsTSJ Castilla y León 27 noviembre y 18 diciembre 1991 (AS 1991\6100 y 6604), STSJ Andalucía 6 octubre 1992 (AS 1992\5006), STSJ Castilla y León 26 octubre 1992 (AS 1992\5220), SAN 22 febrero 1990 (AS 1990\46).

<sup>161</sup> En algunas sentencias se considera que del «ejercicio legal o constitucional del derecho de huelga no pueden deducirse consecuencias negativas en orden a determinar la duración vacacional, pues sería tanto como penalizar la efectiva actuación de la facultad reconocida en la Carta Magna», SsTCT 24 septiembre 1979 (RTCT 1979\5289) y 7 marzo 1980 (RTCT 1980\1942). Otras sentencias lo califican como una «actividad sancionadora no autorizada por la ley» [STCT 19 enero 1981 (RTCT 1981\585)] o una «sanción encubierta» [cfr. SsTCT 19 enero 1983 (RTCT 1983\796), 3 junio 1983 (RTCT 1983\6261), 24 septiembre 1979 (RTCT 1979\5289), 7 marzo 1980 (RTCT 1980\1942), 10 marzo 1980 (RTCT 1980\1946)], que supondría una traba o limitación al derecho constitucional de huelga [STCT 23 mayo 1986 (RTCT 1986\3946)], otras asemeja un eventual descuento a una injustificada sanción de suspensión de empleo y sueldo [STSJ Baleares 27 abril 1993 (AS 1993\2031), SsTSJ Madrid 16 enero 1990 (AS 1990\12) y 18 julio 1989 (AS 1989\38)]. Otros pronunciamientos inciden en el interés social subyacente a la normación laboral, STCT 12 marzo 1980 (RTCT 1980\1952); o consideran que «es obligado no extender las consecuencias onerosas para los trabajadores en el ejercicio de un derecho consagrado constitucionalmente», SsTCT 4 octubre 1979 (RTCT 1979\6080), 27 marzo 1980 (RTCT 1980\1977), 12 mayo 1980 (RTCT 1980\3197)].

<sup>162</sup> Desde una perspectiva crítica, la doctrina ha criticado la falta de sólida cimentación de esta construcción, *v. gr.* RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «La duración de las vacaciones...», *op. cit.*, pág. 328, que constata lo «simple» de la construcción jurisprudencial; SALA FRANCO, T.: «Efectos de la huelga en las retribuciones fijas y variables del trabajo: criterios jurisprudenciales», *TS*, n.º 23, 1992, pág. 12, advierte la inexistencia de una norma legal clara que dé fundamento jurídico suficiente al *voluntarismo judicial* existente. Repárese, de otro lado, que una posible fundamentación jurídica en el artículo 5.4 Convenio 132 OIT parece muy forzada, pues el precepto habla de ausencias motivadas por motivos independientes de la voluntad del trabajador. *Cfr.* especialmente la fundamentación crítica de SEMPERE NAVARRO, A.-V.: «Derecho a la huelga...», *op. cit.*, pág. 268.

<sup>163</sup> STCT 12 junio 1987 (RTCT 1987\14707).

Esta solución, que implica una ruptura del principio sinalagmático y de proporcionalidad del binomio tiempo de trabajo-tiempo de vacaciones, no ha sido declarada contraria a la Constitución [Auto TC 27 abril 1983 (RTC 189/1983)]. No obstante, esta impermeabilidad de las vacaciones a los descuentos salariales por huelga se somete a unos límites proporcionados, equitativos o razonables –de duración de la huelga– que no den lugar a un auténtico abuso de derecho o ejercicio anti-social del mismo <sup>164</sup>. Es decir, que la regla no operaría en supuestos especiales en los que una duración excesiva de la huelga condujese a soluciones absurdas <sup>165</sup>.

Desde el punto dogmático, el régimen jurídico de devengo del derecho analizado constituye el argumento descalificatorio más contundente frente a la teoría del salario diferido. Considerar «el plus vacacional como saldo de una cuota forzosamente ahorrada por el trabajador sobre las partidas salariales ya devengadas y percibidas, es sencillamente imposible, porque durante estas interrupciones no se han percibido tales partidas salariales» <sup>166</sup>. No es de extrañar que se haya considerado como una ficción legal la idea de que se retribuye trabajo efectuado en los períodos laborales anteriores <sup>167</sup>.

En definitiva, todos estos elementos permiten concluir que la retribución por vacaciones tiende a ser igualada (o relacionada), como sucede con otros elementos salariales *diferidos* (v. gr. complementos por antigüedad, gratificaciones extraordinarias, etc.), a la *duración del contrato* de trabajo como tal y no tanto a la prestación efectiva de trabajo. Lo que supone una ruptura del sinalagma (entendido en sentido estricto), según una lógica irreducible (so pena de caer en una evidente *factio iuris* como asimilar tales períodos al tiempo de trabajo efectivo), en contraposición a la concepción civilista sobre las prestaciones recíprocas y su medida <sup>168</sup>. El modo en que «operan» las concepciones «conmutativas» de las vacaciones y de la compensación relativa es, en general, bastante singular. Si en realidad las vacaciones y la retribución vacacional estuvieran en función de la prestación efectuada, en ausencia de *específicas* disposiciones «sería coherente excluir en cualquier caso la incidencia de los períodos no laborales sobre el transcurso de las vacaciones y sobre el cálculo de la relativa compensación» <sup>169</sup>. Parece correcto sostener que la prestación de trabajo vacacional es *jurídicamen-*

<sup>164</sup> Cfr. SsTCT 7 marzo 1980, 10 marzo 1980 y 14 marzo 1980 (RTCT 1980\1942, 1946 y 1961); será en función de las circunstancias que concurran en el caso concreto cuando se determine tal situación, la STCT 12 marzo 1980 (RTCT 1980\1952) señala que «la decisión judicial habría de evaluar con equidad el derecho de los trabajadores, ya que estos supuestos posibles, pero no probables por suponer un derecho de modo absoluto y fuera del contexto en que la norma tiene sentido, son los que desde siempre contempló para darles remedio la máxima *summum ius, summa iniuria*».

<sup>165</sup> STSJ Galicia 16 junio 1992 (AS 1992\3051).

<sup>166</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «Naturaleza jurídica...», *op. cit.*, pág. 25.

<sup>167</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Cuestiones puntuales...», *op. cit.*, págs. 10-11.

<sup>168</sup> ZOPPOLI, L.: *La corresponsività...*, *op. cit.*, pág. 102.

<sup>169</sup> *Ibid.*, pág. 104. En esta línea, para SEMPERE NAVARRO, A.-V.: «Derecho a la huelga...», *op. cit.*, pág. 264, ha de aludirse a una razón de dogmática jurídica, constituida por el deseo de comprobar –una vez más– las *singularidades* que anudan en el armazón jurídico del contrato de trabajo, y aclara que «pese a ser el contrato de trabajo un negocio jurídico de carácter bilateral y conmutativo, la sinalagmaticidad o la conmutatividad no operan de manera inflexible, sino con múltiples matizaciones. Si no fuera así... habría de afirmarse que siendo el descanso una consecuencia del trabajo desarrollado, cuando falta la actividad laboral tampoco puede generarse su interrupción retribuida».

te imposible y, no obstante, normas constitucionales, legales y contractuales prevén la obligación de retribuirla. Ello puede bastar para recalcar cómo el nexo de interdependencia entre las dos prestaciones básicas del contrato de trabajo en este caso no existe. Para confutar esta evidencia se necesitaría demostrar la estrecha relación de la retribución por vacaciones a la actividad laboral prestada <sup>170</sup>.

Algunos sostienen que las pausas están «funcionalmente conectadas con la prestación misma, en cuanto realizan la función de reintegrar las energías físicas del trabajador en vista de su mejor utilización en la reanudación de la actividad» <sup>171</sup>. Para ZOPPOLI <sup>172</sup>, esta observación es importante por dejar todavía de manera más evidente la extrañeza al sinalagma contractual del derecho a las vacaciones retribuidas en relación a su *función social*. Pero en la medida en que el derecho subsiste incluso cuando el empresario tiene intención de despedir al trabajador, no tiene sentido sostener que la compensación vacacional está conectada con la futura prestación laboral. En realidad, las vacaciones –o los permisos retribuidos– y su relativa compensación se reconocen por el ordenamiento para la tutela exclusiva del interés al reposo que el trabajador tiene (en cuanto persona-ciudadano con derecho a participar en la organización política, económica y social del país) a dedicarse al cuidado de los propios intereses religiosos, culturales, familiares, o mantener íntegro el propio estado de salud psico-física (repárese que tales intereses conectan con otros tantos derechos cuya tutela se garantiza constitucionalmente). Ocultando esta fundamental función, la concepción «clásica» de la compensación por vacaciones y festivos como retribución diferida o anticipada aparece no solamente indemostrada, sino también alejada del global conjunto normativo del instituto <sup>173</sup>.

#### 4.3.2. Régimen jurídico sobre la «determinabilidad» del parámetro de la retribución por vacaciones.

En relación a la cuantía del salario de las vacaciones anuales hay que advertir que es una materia que pueden precisar los convenios colectivos, existiendo una abundantísima jurisprudencia acerca de las percepciones económicas a excluir y aquellas a incluir y la manera de cuantificarlas. No existe una *monolítica* noción de salario (o solamente existe a efectos conceptuales) o retribución, que sería relevante a cualquier efecto y para el entero régimen jurídico del contrato de trabajo. En el sistema jurídico laboral se vienen forjando distintos criterios (más bien *parámetros*) de lo que debe constituir salario o «retribución» a los distintos efectos jurídicos en los que la cuestión presenta relevancia y operatividad. Y muy especialmente pone de manifiesto que, en la determinación de cada una de las distintas instituciones en que se hace referencia a un concepto salarial (de «retribución normal o media» nos habla el art. 7 del Convenio n.º 132 OIT), cobra una vital trascendencia el derecho judicial que ha ido forjando las reglas aplicativas del precepto. En realidad, tal situación nos

<sup>170</sup> ZOPPOLI, L.: *La corrispettività...*, op. cit., págs. 111-112.

<sup>171</sup> SANDULLI, P.: «Ferie», *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XIV, pág. 192.

<sup>172</sup> ZOPPOLI, L.: *La corrispettività...*, op. cit., pág. 113.

<sup>173</sup> Como hemos visto, esta conexión con el trabajo realizada no aparece del todo clara si se analiza en profundidad el régimen de devengo del derecho a las vacaciones retribuidas o de los festivos.

aproxima mucho a los sistemas anglosajones del *precedente judicial*. La indefinición del concepto de «retribución» a estos efectos determina la necesidad de acudir al «grupo normativo» general y a los criterios jurisprudenciales de los que extraer lo que deba entenderse por tal concepto, delimitando su contenido <sup>174</sup>.

Cabría extraer algunos criterios que permitirían basar una cierta teoría general que superase las dificultades de un análisis individualizado y autónomo de cada complemento; tales criterios serían «aparte de esa tendencia a una retribución igual que durante el tiempo de trabajo, la consideración de la habitualidad o no de la percepción, su dependencia estricta o no de la prestación real del trabajo, su vinculación o no a la prestación laboral, o incluso su entidad relativa en el conjunto del salario» <sup>175</sup>. Pero lo que aquí no se comparte es que quede a una entera discreción convencional la cuantía de la retribución de las vacaciones conforme a criterios de oportunidad económica y social, pues se corre el riesgo de llegar a desnaturalizar la propia función social que este instituto retributivo tiene asignada constitucionalmente.

Tal retribución será «*por lo menos*» la «*remuneración normal o media*», regla cuya finalidad evidente es garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta de trabajo habitual» <sup>176</sup>. Esta retribución media o normal incluye, en la estructura del salario, al salario base y a los complementos salariales que remuneran el trabajo normal <sup>177</sup>. Como criterio general ha de sentarse que las vacaciones periódicas retribuidas, que tutela el artículo 40.2 CE, han de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, a fin de cumplir la finalidad de la institución de proporcionar el descanso físico y psíquico al trabajador (y eludir el riesgo de un posible desistimiento del obligado período de descanso anual), el cual podría verse afecta-

<sup>174</sup> El Convenio 132 OIT indica que toda persona que tome vacaciones tendrá por ese período por lo menos su remuneración normal o media, incluido el equivalente en efectivo de la parte que se pague en especie, *cf.*: STS 15 febrero 1988 (RJ 1988\623) (salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas). Además, a pesar de no ser una norma de aplicación directa, este principio de equivalencia ha sido considerado como «principio general de derecho necesario» o «norma de orden público» [STCT 17 mayo 1984 (RTCT 1984\5057)], aunque una jurisprudencia más reciente del TS considera que la norma del Convenio 132 OIT (art. 7.1) es una «norma autosuficiente para cubrir la laguna legal en materia de retribución de las vacaciones» [SsTS 1 octubre, 7 octubre, 20 diciembre y 23 diciembre 1991 (RJ 1991\7190, 7202, 9093 y 9097), 21 enero 1992 (RJ 1992\59)]. La norma internacional se remite a la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado en cuando al modo de calcular la cuantía de la paga por vacaciones. Esta materia no ha encontrado una regulación de desarrollo específica en nuestro ordenamiento interno, pues el artículo 38 LET no precisa la forma en que puede realizarse el correspondiente promedio, ni en cuanto al número de meses que pueden utilizarse como base del cálculo, ni en cuanto a los conceptos salariales que deben ser incluidos en la retribución de vacaciones [SsTS 21 enero 1992 (RJ 1992\59), 13 marzo 1992 (RJ 1992\1647), 6 noviembre 1992 (RJ 1992\8786)]. La jurisprudencia –poniendo de relieve que la expresión «remuneración normal o media» empleada por la OIT tiene un carácter impreciso y es de índole más bien orientativa [STS 21 octubre 1994 (RJ 1994\9061)]– ha sido la encargada de colmar esa laguna, puntualizando qué debe entenderse por carácter normal u ordinario de la retribución y, en esa medida, qué complementos se integran en la correspondiente a las vacaciones.

<sup>175</sup> MATÍA PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, pág. 456; *vid.* CHARRO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones...*, *op. cit.*, págs. 352-353.

<sup>176</sup> STS 21 enero 1992 (RJ 1992\59).

<sup>177</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La retribución de las vacaciones», *TS*, n.º 38, 1994, pág. 37.

do si mediara una disminución en los ingresos económicos, referidos precisamente a unas fechas, en que se incrementan los gastos normales <sup>178</sup>. Constituyen excepción al principio general, aquellos conceptos salariales de carácter extraordinario establecidos, también, para compensar actividades extraordinarias <sup>179</sup>.

En base a esa doctrina se ha incluido en el conjunto de la retribución de las vacaciones una serie de partidas salariales <sup>180</sup>. Por otra parte, el TS ha indicado que para excluir un concepto de la retribución de vacaciones no basta que sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo rea-

<sup>178</sup> ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «La regulación del derecho...», *op. cit.*, pág. 783. *Cfr.*: STS 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9093).

<sup>179</sup> La jurisprudencia parte de la idea de que la retribución de las vacaciones es la misma que se cobre en activo, con inclusión de los complementos salariales percibidos, salvo los que compensen actividades extraordinarias [*cfr.*: DELGADO UCCELAY, I.: «Retribución de vacaciones», *RL*, 1986 (I), págs. 626 y ss.], como es el caso de las horas extraordinarias o exceso de jornada o cualquier actividad extraordinaria que no constituya la retribución normal del trabajo, STS 21 enero 1992 (RJ 1992\59) y 30 noviembre 1989 (RJ 1989\8292). En consecuencia, las retribuciones por exceso de jornada, que únicamente se retribuye cuando realmente se trabaje fuera de dicho límite temporal, por lo que no viene a constituir una retribución normal, y su pago, en consecuencia, no debe repercutir en la remuneración de las vacaciones [*vid.* SsTS 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9093), 23 diciembre 1991 (RJ 1991\9097), 20 mayo 1992 (RJ 1992\3581), 30 septiembre 1992 (RJ 1992\6829), 1 octubre 1991 (RJ 1991\7653), 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9093), 7 octubre 1991 (RJ 1991\7202) y 30 noviembre 1989 (RJ 1989\8292)]. El caso paradigmático es la retribución por horas extraordinarias [*vid.* SsTS 7 octubre, 20 y 23 diciembre 1991 (RJ 1991\7202, 9093 y 9097), 21 enero 1992 (RJ 1992\59), 20 mayo 1992 (RJ 1992\3581), 14 octubre 1994 (RJ 1994\1044), 21 octubre 1994, 17 diciembre 1996 (RJ 1996\9717), STSJ Aragón 17 abril 1991 (AS 1991\2312)]. Se refieren también a la exclusión para calcular la retribución de las vacaciones del promedio de los conceptos salariales establecidos para compensar actividades extraordinarias –ajenas a las que se producen dentro de la jornada normal de trabajo– o la disponibilidad del trabajador por un tiempo superior a la jornada normal de trabajo, entre otras, las SsTS 23 diciembre 1991 (RJ 1991\9097) que excluye unos pluses de disponibilidad y guarda, 20 enero 1992, 19 octubre 1994 (RJ 1994\8057). Descartando que deba computarse para determinar la retribución de las vacaciones un «complemento de mayor dedicación» las SsTS 7 octubre (esta sentencia excluye un complemento de «exceso de jornada») y 20 diciembre 1991 (RJ 1991\7202 y 9093), 20 enero 1992 (RJ 1992\52), 13 marzo 1992 (RJ 1992\1647), 30 septiembre 1992 (RJ 1992\6829), 1 febrero 1993, señalan que su carácter extraordinario no se altera ni por la obligatoriedad de la realización del exceso de jornada, ni porque este exceso afecta a períodos de espera y no a trabajo efectivo. También se excluyen los complementos por cantidad de trabajo cuyo abono sólo se corresponde a circunstancias especiales o excepcionales en que la índole del trabajo concreto que se está llevando a cabo no admita pausa o descanso [STS 14 octubre 1992 (RJ 1992\7631)]; un plus de mayor dedicación definido en la normativa sectorial como la prolongación de la jornada ordinaria de trabajo debido a exceso de viajes sin servicios, esperas o reservas [SsTS 20 enero, 9 y 13 marzo y 30 septiembre 1992 (RJ 1992\52, 1632, 1647 y 6829)] ni el denominado «complemento de movimiento y estaciones» [STS 1 octubre 1991 (RJ 1991\7653)].

<sup>180</sup> El plus de asistencia y puntualidad, con independencia de su sistema de devengo –diario o mensual–, por tener carácter normal, fijo y periódico [en este sentido, STSJ Andalucía 20 abril 1993 (AS 1993\1690), STS 19 octubre 1994 (RJ 1994\8057)], aclarando que el hecho de que el plus de asistencia se devengue por día de trabajo efectivo no quiere decir que no se trate de un complemento de trabajo en jornada normal, sino que es un complemento salarial por calidad o cantidad de trabajo. No se trata de un concepto retributivo excepcional, sino normal, fijo y periódico. También el trabajador debe percibir los complementos salariales por razón de las características de su puesto de trabajo [STSJ Castilla-La Mancha 14 marzo 1991 (AS 1991\2049)]: en este sentido ha de incluirse el plus de conducción de vehículos, personal destacado, turmicidad, el plus de penosidad que viene percibiendo el trabajador [STS 29 diciembre 1992 (RJ 1992\10373), 21 diciembre 1992 (RJ 1992\10351), STSJ Castilla-La Mancha 15 junio 1991 (AS 1991\3999)]; toxicidad [STCT 5 octubre 1988]; el plus de montaña que remunera el trabajo en determinados centros hoteleros [STS 20 mayo 1992 (RJ 1992\3581)]; el plus de nocturnidad incluso en su promedio [SsTCT 7 mayo 1979 (RTCT 1979\3679), 13 junio 1984 (RTCT 1984\5919), 12 abril 1984 (RTCT 1984\3863), SsTSJ Galicia 18 febrero, 3 abril y 11 abril 1991 (AS 1991\1536, 2385 y 2412), STSJ Valencia 26 enero 1991 (AS 1991\968), STSJ Castilla-La Mancha 15 junio 1991 (AS 1991\3999)];

lizado, sino que es preciso que el *trabajo mismo* que se remunera sea también extraordinario, es decir, que se trate de complementos que compensen las actividades de naturaleza extraordinaria, extrañas a las desarrolladas de forma cotidiana <sup>181</sup>.

En esta materia uno de los puntos más espinosos es el del papel de la negociación colectiva en la fijación de la retribución por vacaciones. Ciertamente, el marco legal deja a la negociación colectiva un amplio margen de complementariedad, precisando y especificando los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones. En sede judicial se ha generado un discutible posicionamiento flexibilizador que puede sintetizarse en los siguientes puntos <sup>182</sup>: a) La norma del artículo 7.1 Convenio n.º 132 OIT de retribución de vacaciones con arreglo a la «remuneración normal o media» es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; b) el Convenio Colectivo tiene como función típica en esta materia de retribución de vacaciones la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media; c) el Convenio Colectivo puede apartarse de tal regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario <sup>183</sup>.

el plus de relevo (STCT 5 octubre 1988) y nocturnidad [STSJ Madrid 11 julio 1991 (AS 1991\4663)]; el plus de jornada continuada [STS 14 octubre 1992 (RJ 1992\7631)]; trabajo nocturno, turnicidad [SsTCT 12 abril y 22 noviembre 1984 (RTCT 1984\3863 y 9186)]. En general las condiciones especiales del puesto de trabajo participan del carácter de ordinarios, motivo por el que tienen perfecta inclusión en el cómputo de la retribución de las vacaciones.

Se incluye el abono de una compensación por «exceso de jornada» que se produce habitualmente [STSJ Canarias 25 septiembre 1991 (AS 1991\2047)]. El promedio de las comisiones [STS 25 mayo 1979 (RJ 1979\3465)], incluso en su versión de incentivo por el trabajo normal y que se abonan también cuando no existe exceso de jornada [STSJ Canarias 13 abril 1993 (AS 1993\2047)]. En este sentido, tan ordinario o normal es una retribución por unidad de tiempo como una retribución que contempla los resultados del trabajo, caso este de las comisiones. Así, la STS 17 diciembre 1996 (RJ 1996\9717) señala que es incorrecto entender que las comisiones, al ponderar el resultado del trabajo en la cuantía de la retribución, no son una remuneración de carácter ordinario. No puede confundirse el carácter normal de la retribución del trabajo con la invariabilidad de su importe por factores distintos del tiempo de trabajo, pues eso llevaría a excluir del salario recibido durante las vacaciones todas las retribuciones calculadas en función de la calidad o cantidad de los resultados de trabajo, vulnerando así la regla del artículo 7 Convenio 132 OIT [en contra, la STS 14 octubre 1992 (RJ 1992\7631) había excluido el cómputo de un complemento por cantidad de trabajo, cuyo abono estimó que sólo correspondía en circunstancias especiales o excepcionales]. Estas remuneraciones excepcionales del trabajo realizado durante la jornada normal han de computarse en su promedio, no en su integridad, como es obvio [STS 21 octubre 1994 (RJ 1994\9061)].

<sup>181</sup> SsTS 21 octubre 1994 (RJ 1994\9061) y 23 diciembre 1991 (RJ 1991\9097).

<sup>182</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario...*, *op. cit.*, págs. 115-116.

<sup>183</sup> Según señala la jurisprudencia, no es posible negar validez a las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones complementos salariales que pudieran corresponder a la remuneración normal o media en una apreciación rigurosamente matemática en base al carácter dispositivo de la regulación internacional [v. gr. exclusiones de este tipo en las SsTS 21 enero 1992 (RJ 1992\59) que permite apartarse de la regla de la remuneración normal o media siempre y cuando «se respeten en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario», 13 marzo 1992 (RJ 1992\1647), 30 septiembre 1992 (RJ 1992\6829), 6 noviembre 1992 (RJ 1992\8786), 29 diciembre 1992 (RJ 1992\10373), 9 noviembre 1996 (RJ 1996\8414), en relación con los pluses de instalaciones fijas, reemplazo y nocturnidad]. Deniegan la inclusión en el promedio para calcular la paga de vacaciones de personal de movimiento y del plus de brigada la STS 1 octubre 1991 (RJ 1991\7190)]. La STS 14 octubre 1992 (RJ 1992\7631) permite que el convenio colectivo pueda excluir conceptos salariales propios de la retribución de la jornada ordinaria, sin afectar en cómputo anual el cómputo del total de la retribución. Así, algunas sentencias han permitido incluso que, en la libertad de conformación integradora del ordenamiento puede la negociación colectiva excluir conceptos computables en la remuneración de las vacaciones [incluir

En definitiva, el silencio del legislador sobre los conceptos computables para el cálculo de la retribución de las vacaciones ha permitido que el TS entienda que la negociación colectiva es prácticamente soberana a la hora de determinar el salario que el trabajador tiene derecho a recibir durante ese período <sup>184</sup>. Pero es criticable la jurisprudencia en la que se afirma que las normas de los Convenios de la OIT en materia de vacaciones no son derecho necesario e indisponible, pudiendo ser alteradas *in peius* por convenio colectivo. Esta crítica es especialmente compartible «en relación al discutible criterio que otorga validez a las cláusulas de los convenios que establecen la retribución vacacional, omitiendo alguno de los elementos integrantes del salario en jornada ordinaria» <sup>185</sup>.

primas e incentivos y excluir pluses, STSJ Castilla y León 18 noviembre 1911 (AS 1991\6250), *cfr.* también SsTCT 9 abril 1986 (RTCT 1986\2315) y 6 noviembre 1985 (RTCT 1985\6628)] o bien fijar que las vacaciones «sólo se retribuyen conforme al salario base, antigüedad y plus de transporte» [STSJ Murcia 18 diciembre 1991 (AS 1991\6551)].

La norma contenida en el artículo 7.1 Convenio 132 OIT, de retribución de vacaciones con arreglo a la remuneración normal o media, sería la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma. Pero es función típica del convenio colectivo en esta materia, ante la falta de precisión del artículo 38 LET, la especificación o determinación de los factores de cálculo de dicha retribución, complementando la regla general mencionada. El convenio colectivo podría así apartarse de aquella regla de remuneración normal o media del período de vacaciones, siempre y cuando se respetasen en cómputo anual los mínimos indispensables de derecho necesario [STS 7 octubre 1991 (RJ 1991\7202), 1 octubre 1991 (RJ 1991\7653), 20 diciembre 1991 (RJ 1991\9093), 21 enero 1992 (RJ 1992\59), 13 marzo 1992 (RJ 1992\1647), 6 noviembre 1992 (RJ 1992\8786), 29 diciembre 1992 (RJ 1992\10373), 29 octubre 1996]. Entiende el TS que la integración normativa a través de lo pactado en convenio colectivo sería posible, y no compatible con la realizada a través de la aplicación del Convenio 132 OIT, en la medida en que esa norma internacional invoca en primer lugar a los convenios colectivos tanto en el artículo 1 como en el artículo 7.1, ambos sobre la determinación de la forma de cálculo de dicha retribución vacacional. Para el TS, una interpretación rígida y restrictiva del precepto no se justifica en el actual contexto histórico, en el que para la efectividad del derecho a vacaciones no es necesaria la identidad absoluta de lo percibido en el período vacacional con lo que correspondería por actividad normal en un mes de trabajo [SsTS 20 enero 1992 (RJ 1992\52), 21 enero 1992 (RJ 1992\59), 30 septiembre 1992 (RJ 1992\6829)], pues se considera un factor de rigidez contrastante con la flexibilidad en la regulación del salario.

<sup>184</sup> MATÍÁ PRIM, J.: «Vacaciones anuales», *op. cit.*, pág. 455, ha indicado que «la discrecionalidad del convenio colectivo para determinar si uno u otro complemento se integra en la retribución de vacaciones es relativamente amplia». Este primado de la autonomía colectiva se hace patente cuando la jurisdicción resuelve los problemas de inclusión de cada partida salarial, declaración que realiza sin perjuicio de lo que el convenio colectivo aplicable pudiera establecer [*cfr.* STS 14 octubre 1992 (RJ 1992\7631), en relación con los pluses *non stop*, de nocturnidad y de trabajos tóxicos, STS 29 diciembre 1992 (RJ 1992\10373), acerca del plus de penosidad, STS 17 diciembre 1996 (RJ 1996\9717)].

<sup>185</sup> ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «La regulación del derecho...», *op. cit.*, pág. 784, quien además advierte (*ibíd.*, pág. 785) la contradicción en que incurre esta jurisprudencia cuando afirma en una misma sentencia dos asertos nítidamente contradictorios: a) que hay que acudir a lo establecido en el Convenio 132 OIT, según el cual debe pagarse al trabajador en vacaciones «por lo menos su remuneración normal o media», en esa expresión se incluye evidentemente un determinado complemento retributivo, objeto de la litis; b) pero, por otro, advierte que esa solución se aplica «en defecto de previsión expresa en el convenio colectivo» [STS 29 diciembre 1992 (RJ 1992\10373)]. Si resulta «evidente» que «un determinado plus –el que sea– por su naturaleza debe entenderse incluido en la remuneración normal o media, no cabe luego que el convenio, obviando esa naturaleza, lo excluya; ello es así porque en ese supuesto el acuerdo colectivo ya no estaría complementando la norma internacional, sino contraviéndola abiertamente».

Si el convenio colectivo debe precisar qué conceptos constituyen una remuneración normal o media, lo que no puede hacer es negar esa consideración a los que, en esencia, forman parte de la misma. Por tanto, en nuestra opinión, la solución a la que los Jueces y Tribunales deben llegar, cuando es evidente el carácter normal del complemento, deberá ser la misma aun cuando exista una expresa previsión convencional en contrario. El propio TS ha admitido que dicho Convenio internacional es una norma autosuficiente para colmar la laguna legal en materia de retribución de las vacaciones [*cfr.* STS 21 enero 1992 (RJ 1992\59)].

No parece plenamente compartible este posicionamiento, pues en efecto, la negociación colectiva puede complementar las previsiones del artículo 38 LET en materia de retribución de vacaciones, complementando, precisando o, en su caso, mejorando lo establecido por el artículo 7 Convenio 132 OIT <sup>186</sup>. Es ciertamente deseable que el convenio colectivo clarifique en los supuestos que razonablemente se consideren dudosos qué debe entenderse por retribución normal o media. Pero ello no implica que se permita la exclusión del cálculo de esa retribución de los complementos que claramente la integran, pues lo que no puede es ignorar su naturaleza a esos concretos efectos <sup>187</sup>. La norma internacional no concreta más, limitándose a ser orientativa, por cuanto no cabe que recoja la multiplicidad de pluses y complementos que existen en la práctica empresarial de los países a los que se aplica, sujetos, por añadidura, a una diversidad mayor aún de denominaciones. Pero su finalidad, «garantizar al trabajador la percepción de la retribución normal o media durante el tiempo de vacaciones, es clara y no puede ser obviada» <sup>188</sup>.

Esta crítica también se asienta sobre las consideraciones de que la misma vulnera el principio de jerarquía normativa y de norma más favorable; el precepto del Convenio internacional tiene ejecutividad inmediata (*self-executing*) por la claridad de su tenor; se confunde la eventual ejecutividad mediata de algunas de sus prescripciones con su posible dispositivización (el convenio señala vías para la ejecución del mismo y no está permitiendo disponer de lo que establece; la imperatividad de la norma del convenio resulta patente) <sup>189</sup>. Se ha calificado esta jurisprudencia como *flexibilización judicial* y «vía de socavamiento del derecho necesario en beneficio del aumento de los espacios de "autonomía colectiva", función que corresponde al legislador y no a la jurisdicción (con criterios de oportunidad), pues ello conduce a un "uso" político del derecho en perjuicio del rigor técnico-jurídico» <sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> Vid. STS 30 mayo 2000.

<sup>187</sup> La STSJ País Vasco 17 marzo 1998 y la STSJ Murcia 12 marzo 2001 (AL, ref.- 1098), sostienen que cuando el convenio colectivo regula determinados conceptos, pero no los excluye expresamente en la retribución de vacaciones, cabe interpretar que los mismos no deben incluirse en la retribución vacacional (la última de las sentencias citadas excluye discutiblemente el complemento de «nocturnidad» que tiene un claro carácter «ordinario»); mientras que si el concepto en cuestión es ajeno al convenio colectivo, su no mención no es expresiva de que se excluya del cálculo de la retribución de las vacaciones, por lo que debe incluirse en el abono de éstas conforme al promedio ganado.

<sup>188</sup> ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «La regulación del derecho...», *op. cit.*, pág. 786.

<sup>189</sup> Frente a ello, como se ha visto, la jurisprudencia establece una singular relación entre el convenio colectivo y el Convenio 132 OIT, incluso llegando a afirmar que la norma internacional es subsidiaria del convenio colectivo y se aplicará cuando el convenio no contenga una regulación específica [STS 9 noviembre 1996 (RJ 1996\8414), en la que se afirma que cuando en el convenio colectivo exista una regulación acabada, ésta es la que prima]. Tan sólo la STSJ Navarra 4 octubre 1991 (AS 1991\5447) sostiene la prevalencia del Convenio 132 OIT sobre lo pactado en convenio extraestatutario, pero sobre la base de no aceptar la eficacia jurídica normativa de tal tipo de convenio colectivo.

<sup>190</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «Sobre el carácter dispositivo del convenio 132 de la OIT (a propósito de la STCT de 3-IV-87)», AL, n.º 35, 1990, págs. 1.539 y ss.

### III. LAS DIFICULTADES DE UN FUNDAMENTO JURÍDICO UNITARIO DE LOS «SALARIOS DE INACTIVIDAD» EN DEFENSA DEL CARÁCTER SINALAGMÁTICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

#### 1. Breve repaso de las teorías tradicionales.

La elaboración doctrinal explicativa de todas estas alteraciones al principio de la postmunicipación, intentando una revisión del concepto de salario como equivalente económico causalmente conectado al trabajo que se presta, ha sido muy variada. En estos casos, el problema es exquisitamente teórico, porque, como se ha visto, no está normalmente en discusión *ex auctoritate legis* la cualificación salarial de la obligación empresarial a la luz del régimen jurídico-positivo, sino su fundamento y compatibilidad con el pretendido carácter recíproco del salario o sinalagmático del contrato de trabajo.

Tanto para evitar atribuirles carácter salarial, como para sostener el carácter sinalagmático estricto o integral del contrato de trabajo y, en tal caso, explicar la eventual especialidad del Derecho del Trabajo, se ha recurrido a una gama de teorías de lo más diferente. Según las teorías más clásicas, se trataría de prestaciones asistenciales o de seguridad social a cargo de la empresa, cosa que confronta claramente con el régimen jurídico-positivo.

Según otra visión (teorías de la «función» o del «empleo»), los salarios de inactividad responden al abandono de la concepción *puramente causal* del salario, considerado como la contraprestación de la prestación del trabajo. Es decir, aceptan como punto de partida la inexistencia de la causalidad recíproca típica –según la doctrina tradicional– de los contratos sinalagmáticos. Abogan por una nueva concepción del salario, más amplia y no meramente causal en la que éste habría dejado de ser el precio de un servicio para convertirse en un conjunto de ventajas vinculadas a una función, a un empleo <sup>191</sup>. Estas teorías constituyen un intento de sustituir la relación de causalidad de las obligaciones recíprocas, afirmada por las versiones estrictas de la teoría del sinalagma, por una *relación funcional* <sup>192</sup>. Pero difuminan especialmente la cualificación salarial recíproca del trabajo con instrumentos de previsión o acción social en la empresa. Estas teorías deforman el sinalagma o la conmutatividad como rasgo característico del salario, lo globalizan y amplían hasta un elevado grado de indefinición <sup>193</sup>, mientras que éste, incluso en la definición legal de salario, aparece conectado recíprocamente con «*la prestación profesional de los servicios laborales*» (art. 26.1 LET), de manera que este rasgo no presenta ninguna utilidad a efectos cualificatorios de la propia obligación salarial.

<sup>191</sup> LYON-CAEN, G.: «Les salaires», *op. cit.*, págs. 4 y ss. y 199.

<sup>192</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Tipificación y estructura del contrato de trabajo», *ADC*, 1972, pág. 179.

<sup>193</sup> En esta tendencia a disociar el salario del trabajo efectivamente realizado se termina por establecer una genérica *correlación global* entre trabajo y salario. *Cfr.* LYON-CAEN, G.: «Les salaires», *op. cit.*, págs. 4-6 y 63-64.

Otro sector doctrinal ha acudido a la idea de que se trata de una contraprestación acantonada (teoría del salario «diferido») por el trabajo realizado antes de la pausa o interrupción. Pero el argumento del «salario diferido» no podría ser aducido para las prestaciones debidas por el empresario en los casos de suspensión causada por *eventos sobrevenidos* en el curso del trabajo (v. gr. significativamente, las ausencias o permisos retribuidos o las interrupciones del art. 30 LET).

Un grupo de teorías considera que deben conceptuarse como prestaciones del empleador que se corresponden con la «colaboración» o «puesta a disposición» del trabajador, pero no directamente con el trabajo <sup>194</sup>. Pero esta concepción no es, en absoluto, una solución omnicomprendiva para los casos de disociación trabajo-salario, pues en numerosos casos el trabajador es remunerado salarialmente (v. gr. piénsese en el descanso semanal, festivo o vacacional) y no se encuentra a disposición del empresario para realizar su actividad laboral, sino todo lo contrario, estamos frente a «límites» legales temporales que impiden *jurídicamente* el trabajo <sup>195</sup>. Quizá el argumento más descalificatorio de la teoría es su *excepcionalidad* explicativa y aplicativa como para elevarla a regla general <sup>196</sup>.

Precisamente, otro grupo de teorías consideran que se trata de supuestos de «derogación» excepcional a la regla de la sinalagmaticidad. Según la tesis derogatoria hay quienes afirman que el principio de sinalagmaticidad, fundamental en la relación de trabajo y presente en las situaciones normales de ejecución de las recíprocas prestaciones, admite excepciones –derogaciones concretas– y restricciones que no afectan, sin embargo, a su validez como regla general en la vida de la relación. Esta teoría presenta indudables virtudes, pues pone de manifiesto cómo en el régimen jurídico salarial se refleja la complejidad causal del salario, y se deroga una hipotética *conmutatividad biunívoca* de las contraprestaciones fundamentales en función de las exigencias personales del trabajador. Ello supone la introducción –en la configuración jurídica del salario– de una lógica salarial no reducible a un contenido únicamente patrimonial o contraprestacional sino dirigido a la protección y satisfacción de intereses extrapatrimoniales del trabajador. Pero su debilidad proviene de que, al abandonarse una noción *monolítica* de la sinalagmaticidad falta un cuadro teórico-normativo unitario a la luz del cual explicar y cualificar las prestaciones que el contrato de trabajo, el convenio colectivo o la ley ponen a cargo de los contratantes. Si se mantiene el principio de conmutatividad, cómo encajar y diferenciar ontológicamente el salario de otras prestaciones indemnizatorias, asistenciales o de previsión social. Estaríamos ante una prestación (el salario) en parte *contraprestacional* y en parte prestación *anfibológica*, de contornos ambiguos, fruto de las exigencias de tutelar contractualmente intereses personales del trabajador que trascienden el plano de mero cambio salario/trabajo y, por tanto, generan anomalías en el sinalagma contractual.

<sup>194</sup> Vid. TREU, T.: *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, págs. 348-355, 288 y ss., 330 y ss.

<sup>195</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-SANUDO, F.: *Interrupciones...*, op. cit., pág. 156, ha puesto de manifiesto que esta construcción es objeto de crítica en todos aquellos supuestos, como el derecho a vacaciones, en los que la interrupción del trabajo lleva consigo la *falta* de esa puesta a disposición, ya que el trabajador es autorizado a abandonar el centro de trabajo.

<sup>196</sup> Un estudio y una crítica a estas hipótesis que, partiendo de la defensa de la reciprocidad en sentido propio, intentan individualizar otros términos de sinalagmaticidad alternativos al trabajo efectivo, en TREU, T.: *Onerosità...*, op. cit., págs. 330 y ss., donde el autor hará un recorrido de las distintas doctrinas que han justificado las obligaciones del empresario, no en la actividad del trabajo, sino en prestaciones diversas como la obligación de colaborar o estar a disposición de la contraparte o las relativas y derivadas de la simple pertenencia a la empresa.

Algunas de las interpretaciones (teorías «neo-clásicas») sobre las rupturas a la conmutatividad que se producen en el contrato de trabajo tienen en común una revalorización de la importancia del «sinalagma genético» (del momento genético u *obligacional*)<sup>197</sup>, de modo que el nexo sinalagmático orbitaría siempre sobre la esfera genética de las obligaciones, y no en la esfera de las prestaciones<sup>198</sup>. No obstante, para reducir la relevancia del sinalagma funcional, tal orientación de pensamiento se constriñe a reconducir las presuntas anomalías del nexo sinalagmático funcional al plano de las *voluntades contractuales*, presumiendo que cada una de las partes ha prestado su pleno consentimiento al reglamento de intereses así como emana del cuadro normativo global. En definitiva, la correlación que existe en la fase de cumplimiento entre las atribuciones patrimoniales del empleador y trabajador sería un problema de *régimen regulador* del contrato, en muy pequeña parte moldeado por las partes en el de trabajo y, en contraste, en parte muy extensa moldeado por los poderes normativos que proyectan su eficacia imperativa sobre la relación jurídica creada por las partes. Se trataría de no limitar la noción de conmutatividad a una relación de concausalidad recíproca y unívoca entre las obligaciones, sino que ésta vendría referida a una mera simetría o paralelismo que permitiría un régimen jurídico diferenciado y autónomo para cada obligación. No obstante, esta visión de la problemática de lo que genéricamente denominaríamos contratos bilaterales no es comúnmente admitida ni en la doctrina civil ni en la laboral. Todavía persiste estipulativa o convencionalmente (incluso normativamente), un fuerte influjo de la idea de la *concausalidad* mutua en las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas, e incluso de las visiones que revalorizan el momento funcional o prestacional, e incluso el efectivo intercambio patrimonial o la utilidad recíproca<sup>199</sup>.

Para otros teóricos, estaríamos frente a lo que podría denominarse una reciprocidad «global» o «genérica». Se ha llegado a afirmar que para verificar si entre las prestaciones deducidas en el contrato de trabajo existe conmutatividad, es necesario *valorar ambas prestaciones* fundamentales (sea la del empresario o la del trabajador) «*en su conjunto* y no de manera singular y fragmentada»<sup>200</sup>. Por ello, se ha considerado que en el Derecho del Trabajo la regla de la reciprocidad debe ser aplicada de modo *elástico*, antes que *rígido*<sup>201</sup>. Pero esa elasticidad conceptual también se transmite y genera incerteza en la calificación jurídica de las atribuciones patrimoniales de dudoso carácter salarial.

<sup>197</sup> Otras, aún más extremas, niegan el carácter sinalagmático –en consonancia con la crítica civilista al concepto de sinalagmaticidad contractual– y admiten únicamente su carácter *bilateral*.

<sup>198</sup> Vid. CINELLI, M.: *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, Milano, 1984, págs. 232 y ss., 264-266. Esta relevancia del momento genético también es encontrable en el pensamiento de DE LA VILLA, L. E.: «Configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 128. En esta dirección parece también encuadrarse GHERA, E.: *Diritto del lavoro, op. cit.*, quien para preservar el requisito de la conmutatividad ha propuesto centrar la atención al nexo existente entre las *promesas recíprocas* más que a las prestaciones (otorgando relevancia más al momento del sinalagma genético que al funcional).

<sup>199</sup> Repárese que los enunciados dogmáticos son los que la mayoría de los juristas consideran correctos. El que un enunciado sea aceptado o no como dogmático sigue dependiendo de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho. Ello sería un límite de legitimidad metodológica de la propia argumentación dogmático-jurídica (cfr. ALEXI, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, págs. 248-249). En esta materia, es un lugar común la consideración de que la regla general –con numerosas excepciones– es la de que el contrato de trabajo constituye una relación jurídica sinalagmática, que el salario es la contraprestación de los servicios (sinalagma funcional), que los salarios sólo son debidos contra trabajo prestado (ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, pág. 322).

<sup>200</sup> CATAUDELLA, A.: «Qualità della prestazione di lavoro e corrispettività della retribuzione», *Dir. Lav.*, n.º 3-4, 1981, págs. 197 y ss.

<sup>201</sup> LEVI, A.: «La qualità totale e i sistemi di retribuzione del personale», en AA.VV., *Qualità e rapporto di lavoro*, GALANTINO, L. (a cura di), Milano, 1995, pág. 165.

Todas las teorías analizadas tienen un punto común, con mayor o menor radicalidad plantean la inadecuación de la clásica categoría civil de la «sinalagmaticidad» para garantizar una satisfactoria tutela de los intereses que típicamente se sitúan en la base del contrato de trabajo, ni tampoco para caracterizar a la propia obligación salarial. Esta operación siempre se resiente del estrecho ligamen que existe entre la noción de «contraprestación recíproca» y la de «utilidad» de la prestación laboral.

Los irreductibles problemas analizados derivan de la sobreposición –en un instituto exquisitamente contractual– de una serie de condicionamientos y límites a la propia autonomía privada, que emanan de unos principios y lógicas jurídicas distintas, en consonancia con la tutela de intereses sociales y/o relativos a la persona del trabajador <sup>202</sup>. Esta sobreposición de lógicas jurídicas distintas hacen difícilmente explicable el peculiar carácter recíproco que asume el salario en el marco del contrato de trabajo, al menos utilizando los parámetros pertrechados por las teorías civilistas de la sinalagmaticidad. El reflejo de ello es la dificultad para cualificar jurídicamente las prestaciones empresariales en las que no aparezca de forma más o menos evidente su relación o conexión con la efectiva prestación laboral, y más concretamente, se hace difícil la individualización de un principio unitario que justifique la permanencia del derecho al salario en los casos de ausencia del trabajo efectivo. Como hemos visto, existen algunas teorías que pueden ser –todas ellas con vías abiertas a la crítica– explicativas del mantenimiento del salario en algunos de los supuestos de los «salarios de inactividad», pero ninguna puede erigirse en explicación jurídica global o solución al problema de la peculiar configuración de la sinalagmaticidad en el contrato de trabajo.

## 2. La teoría de la «dualidad dimensional» del salario.

Más recientemente, la teoría de la sinalagmaticidad del contrato de trabajo ha sido sometida a una interesante visión dual que, en gran medida, confirma la complejidad causal o la modulada función cambiaria del contrato de trabajo (se confirma así el abandono de un anclaje *integral* del contrato de trabajo al esquema de los contratos de cambio). Se trata de dar una aproximación «sistemática» y mejor articulada a la configuración jurídica del salario. La idea es liberarse de la tiranía «dogmática» que la inserción del contrato de trabajo entre los contratos sinalagmáticos ejerce sobre la construcción jurídica de la obligación salarial <sup>203</sup>. Según esta tesis, el salario tendría una doble estructura. Una primera, como «obligación social», no reconducible a la lógica de cambio, influenciada (orientada) por la tutela de intereses que trascienden el plano de la autonomía negocial priva-

<sup>202</sup> No obstante, el carácter «social» de los derechos analizados en esta dimensión del salario no deben hacerlos considerarlos «como negación de las libertades individuales, sino, al contrario, como un desarrollo y una consecución de éstas» (vid. CALAMANDREI, P.: «Introduzione» a RUFFINI, F.: *Diritti di libertà*, Firenze, 1946, pág. XXX).

<sup>203</sup> ZOPPOLI, L.: *La corrispettività...*, op. cit., pág. 202. Sobre los problemas de método del Derecho del Trabajo en la encrucijada entre formalismo y realismo, vid. SALA FRANCO, T.: «El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Univ. de Zaragoza, 1977, págs. 39 y ss. Se evita incurrir así en una sobrevaloración conceptualista y puramente lógica que infravalore las reglas especiales que rigen la obligación salarial, pues estas deformaciones de los cánones civilistas tienen un tremendo sentido jurídicamente «civilizatorio» de las relaciones de trabajo.

da (intereses *meta-negociales*), cuyo monto «viene fijado prescindiendo de la utilidad acarreada a la organización empresarial y de su concreto valor de mercado»<sup>204</sup>. A esta vertiente sería reconducible el principio de suficiencia o los salarios debidos en ausencia de la prestación laboral o sin un *ligamen* jurídicamente relevante con ésta.

Una segunda, como «*obligación conmutativa*» (o recíproca) en sentido estricto, en la cual el salario está «específicamente dirigido a compensar la *cualidad y cantidad* de trabajo *prestado*» proporcionada a la utilidad que, sólo en base al contrato, la prestación de trabajo debe proporcionar al empleador»<sup>205</sup>. Esta vertiente se compondría por aquella parte del salario que se corresponde a través de reglas o modalidades que relacionan más estrechamente el tratamiento económico a la prestación laboral realizada.

El derecho al «salario *obligación social*» se basamentaría en el principio de suficiencia *ex* artículo 35 CE. Este principio puede perfectamente tener una dimensión no sólo estática –relacionada con el *quantum* salarial– sino *dinámica* en el sentido de garantizar el salario en una amplia gama de supuestos en los que no se realiza una efectiva prestación de trabajo, como garantía de una existencia libre y digna. Este principio demostraría la existencia de un «umbral» salarial incompromisible, totalmente desvinculado de la utilidad que *concretamente* esté en grado de conllevar al empleador y que es en cualquier medida remuneratoria del «*status*» de ciudadano trabajador<sup>206</sup>. La diferencia en las estructuras y en los fines perseguidos por las dos «dimensiones» del salario se refleja también sobre el nexo sinalagmático con el trabajo. En efecto, la «retribución social» se debe en consecuencia de la simple *existencia* del contrato de trabajo e incluso en *carencia* de la prestación, siempre que venga reconocido expresamente por específicas reglas legislativas o convencionales.

La dimensión social del salario –y la serie de instituciones y componentes salariales en los que se plasma– responde a una lógica no conmutativa, sino a una lógica atinente a la exigencia de garantizar al trabajador un *status* social que le permita ser ciudadano *pleno iure*. Ésta es la causa por la que algunos autores fundamentan el mantenimiento del salario en tales supuestos en el sinalagma *genético* (al cambio y reparto de riesgos querido por la voluntad de los contratantes en el momento genético, dado un marco heterónimo predeterminado)<sup>207</sup>. Estas obligaciones empresariales emanan del contrato, aunque de imposición y disciplina heterónoma, bajo su sujeción a la disciplina de fuentes sustancialmente heterónomas<sup>208</sup>. El propio contrato de trabajo es el *instrumento* utilizado para

<sup>204</sup> ZOPPOLI, L.: *La corrispettività...*, *op. cit.*, págs. 279 y 302.

<sup>205</sup> *Ibid.*, págs. 207 y 346.

<sup>206</sup> ZOPPOLI, L.: *La corrispettività...*, *op. cit.*, págs. 282 y ss. y 302.

<sup>207</sup> Como advierte la STS 26 febrero 1956 (RJ 1953\512), tales circunstancias especiales que excepcionan el principio de reciprocidad en el contrato de trabajo son «conocidas en su posibilidad por el patrono cuando acepta el servicio», por lo que no puede «tacharlas de carentes de justicia ni negarse a su cumplimiento».

<sup>208</sup> Se ha hablado así de un componente *heterorregulado o estatuido*, o bien de «planos normativos heterónomos» para hacer referencia a las normas imperativas que prefiguran el contenido contractual, *vid.* RIVERO LAMAS, J.: «El Derecho común del Trabajo en España», *Cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo*, n.º 2, Zaragoza, 1970; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N.: «Comentario al artículo 3 ET», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1998, págs. 87 y ss.

instaurar una relativa «seguridad económica» al trabajador que permite garantizar –durante la relación laboral– la satisfacción de una serie de intereses «metanegociales». En esta dirección, se ha señalado que la garantía legal o convencional del mantenimiento del derecho al salario en tales casos dota al mismo de un *carácter instrumental* respecto de la tutela de intereses no estrictamente salariales (recuperación de las energías psicológicas y físicas; derecho a la salud; participación y acción sindical; ejercicio de deberes públicos, etc.). El derecho al salario se erige en un elemento o condición de efectividad de una serie de *derechos de la ciudadanía* (al crear áreas concretas «desmercantilizadas» para el trabajador, pero con cargo al empresario) de más amplio contenido<sup>209</sup>. El salario tiene así una inextricable dimensión «social» derivada de la función –relevante en el plano jurídico– de ser normalmente el medio exclusivo para proveer a la satisfacción de las necesidades vitales del trabajador y de sus familiares. Para realizar tal función (distinta pero integrada unitariamente en la de contraprestación proporcional a la cantidad y calidad de trabajo desarrollado) del salario, el legislador establece determinadas prestaciones a cargo del empleador: ello en razón de que en el contrato de trabajo el trabajador empeña no sólo sus energías laborales sino –necesariamente y de modo duradero– su propia persona, implicando una parte de sus intereses y relaciones sociales y personales.

La fundamentación jurídica de la «dimensión social» de la obligación salarial nos hace evidente y concreta la *ratio* profunda de una determinada disciplina de la fundamental prestación empresarial en el contrato de trabajo. En concordancia con las exigencias *causales* que pesan sobre un contrato que debe atender también a la tutela (individual y social) de la persona, dada la inextricabilidad entre trabajador y actividad laboral por ser una manifestación –esta última– de la propia personalidad humana.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: DIMENSIÓN «SOCIAL» DEL SALARIO Y DERECHOS SOCIALES DE LA CIUDADANÍA

La peculiar configuración jurídica del salario (en el marco de la función compleja del contrato de trabajo) hace que el mismo no solamente sea aquello que se paga por el empeño del trabajador y las condiciones en que se realiza el trabajo sino también lo sea aquello que, aunque en carencia de trabajo efectivo, satisface las exigencias fundamentales físicas y morales del trabajo, o bien permite y facilita el ejercicio de derechos de ciudadanía en la empresa. Todo ello aplicando coherentemente una regla de proporcionalidad que trasciende la «equivalencia cambiaria» entre prestación y salario, en la conciencia de que, en una economía de mercado, el trabajo está pagado por el trabajo, y todo cuanto compensa el trabajo subordinado constituyendo un coste para la empresa, no puede sino reflejar un equilibrio, una «proporcionalidad» con el «valor» económico complejo que el contrato de trabajo conlleva para el empleador<sup>210</sup>.

<sup>209</sup> Cfr. D'ANTONA, M.: «Le nozioni giuridiche...», *op. cit.*, pág. 290.

<sup>210</sup> D'ANTONA, M.: «Le nozione giuridiche...», *op. cit.*, pág. 280.

El origen de este proceso de intervención y cierto reequilibrio está en la misma base de aparición del Derecho del Trabajo <sup>211</sup>. Se pondría de relieve la falacia de un intento de separación de la fuerza de trabajo como objeto del contrato de la persona misma que trabaja, y ello implicará la organización del contrato de trabajo desde los derechos sociales constitucionalmente garantizados <sup>212</sup>.

En el desarrollo histórico el componente *institucional de «status»* (medidas de igualación social) ha presidido la fisonomía o morfología del contrato de trabajo conjugándose con los derechos civiles industriales sobre el rendimiento económico <sup>213</sup>. Al tiempo la constitución del trabajo exigió (siquiera por imperativos de orden público estricto) una *reglamentación del contrato* a través de la invención de un nuevo y democrático *componente de status*: este componente estatutario estaría integrado por un conjunto de derechos de los trabajadores ciudadanos en cuanto miembros de la comunidad política de pertenencia. Toda la historia del *welfare* se encamina hacia la construcción de esta relación en la línea de fundamentar e instrumentar la expectativa de cada uno de obtener lo que es necesario para la vida <sup>214</sup>.

El esquema contractual cambiario del contrato de trabajo persiste, por ello todo intento de negar la estructura cambiaria (su condición de contrato de cambio) acaba siendo mistificador respecto a la conformación efectiva de la relación jurídico-laboral subyacente según el régimen positivo, que es la propia de una relación social de producción de base capitalista. Pero es objeto de una

<sup>211</sup> Así, SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, GIL Y GIL, J. L. (trad.), Madrid, 1996, págs. 97-98 considera que el Derecho del Trabajo nace de la necesidad de garantizar la seguridad del trabajador, su integridad física en la empresa, por lo que éste debía tender naturalmente a garantizar la *seguridad de los ingresos* del trabajador. Para el autor este «problema puede plantearse en términos de distribución de riesgos. ¿Quién debe soportar los riesgos, y los costes, del mantenimiento y de la reproducción de la fuerza de trabajo? La respuesta del derecho civil de contratos (los riesgos pesan exclusivamente sobre el trabajador, puesto que la fuerza de trabajo es una parte de su patrimonio) produjo las monstruosidades y revueltas que ya conocemos». Precisamente (*ibid.*, pág. 101), es «la consideración de la persona del trabajador, y de sus necesidades, que lleva a asegurarle un salario mínimo, conduce, por una necesidad que no es menos fuerte, a asegurarle una continuidad de ingresos. Ha sido considerable el impacto de este principio de continuidad de los ingresos del trabajador. De forma clara, advierte cómo «esta idea simple ha alterado los fundamentos mismos de la concepción sinalagmática de la relación de trabajo, y, de forma más general, del entero sistema jurídico "liberal"». Ello conduce a la organización de mecanismos de transferencia de costes de la inactividad del trabajador, en íntima conexión con el tema de los riesgos, como vía de entendimiento de esta figura contractual, pues se establecen áreas de inmunización del trabajador frente a determinados riesgos que –utilizando el rasero de la normativa común– corresponderían al trabajador. La naturaleza de las prestaciones previstas por tales normas se busca exclusivamente en la disciplina que específicamente regula éstas como prestaciones debidas en el ámbito del contrato de trabajo, y cómo, de un examen de tal disciplina se descubre la *transferencia a cargo del empleador de riesgos que, de otra manera serían propios del trabajador* (en derogación a los principios generales). La continuidad (constancia y periodicidad) en el tiempo (*cfr.* PESSI, R.: *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, pág. 158) de la prestación salarial se convierte así en uno de los caracteres *expansivos* de la misma. Esta tendencia es una característica propia de esta dimensión «social» del salario, y actúa aun en carencia de la contraprestación.

<sup>212</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «Estudio preliminar sobre "Reformismo social y socialismo jurídico"», en MENDER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, Granada, 1998, págs. 104-105.

<sup>213</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, 1999, pág. 209.

<sup>214</sup> *Cfr.* BARCELONA, P.: «A proposito della cittadinanza sociale», *Democrazia e Diritto*, n.º 2-3, 1988, pág. 15; sobre el sentido y evolución del binomio trabajo-ciudadanía, *vid.* ENRIQUE ALONSO, L.: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, 1999.

redefinición interna en cuanto integrante de la *constitución jurídica del trabajo* <sup>215</sup>. Así, la justicia distributiva del Estado social no desplaza ni sustituye a la conmutativa de la autonomía negocial, pero la ordena y modula en vista a realizar los principios y la *teleología* constitucional <sup>216</sup>. El trabajador va a tener atribuidos derechos sociales de «desmercantilización» por su condición de miembro de la comunidad política organizada (evitando traducir en lo jurídico el pensamiento económico que configura el trabajo como una mercancía, sacando las consecuencias pertinentes del hecho fenoménico de que el mismo es inseparable de la persona del trabajador) <sup>217</sup>. El componente estatutario implicado en la relación jurídica de trabajo y la posición jurídica de subordinación contractual (sometimiento al poder del empleador) del trabajador en la empresa van determinando el surgimiento de un nuevo tipo contractual, el contrato de trabajo, cuya función económico-social de relevancia jurídica había ido más allá del mero esquema cambiario de la tradicional *locatio conductio operarum* propio de la tradición romanística.

Este modelo más democrático de constitución jurídica del trabajo (presidido por el grupo de normas constitucionales que regulan la ciudadanía en el Estado constitucional democrático y por la legislación social y el Derecho convencional) parte, como expresamente reconoce la propia Constitución (art. 9.2 CE), eludiendo el formalismo jurídico <sup>218</sup>, de que el Derecho social es necesario para atenuar y vencer las desigualdades generadas por una sociedad fragmentada por la existencia de gru-

<sup>215</sup> Sobre el tránsito del ordenamiento liberal hacia la «constitución social del trabajo», y su significación en la combinación de *status* democrático-social y contrato que supone como realización específica de principios constitucionales con un componente de racionalidad material (valorativa), *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, n.º 15/16, 2001, págs. 26-27.

<sup>216</sup> Precisamente, como advierte ATIYAH, P. S.: *Essays on contract*, Oxford, 1986, pág. 7, uno de los principales problemas del moderno Derecho contractual es el alcance y papel que las ideas redistributivas (derivadas del escenario político) tienen dentro del mecanismo de mercado.

<sup>217</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: «La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"», *RTSS*, n.º 7, 1995, pág. 18: «Efectivamente, el fenómeno de la *desmercantilización* tiene lugar cuando se presta un servicio o bien socialmente garantizado... [en la fenomenología que tratamos a cargo de la «parte fuerte» de la relación contractual privada] para la satisfacción de necesidades humanas como una cuestión de derecho social y cuando una persona puede subsistir sin una dependencia absoluta en relación con el mercado».

<sup>218</sup> Téngase presente que ningún concepto jurídico es puramente «formal», todos corresponden a «específicos» o «sustantivos» elementos, incluso aquellos que formalmente sólo contribuyen al mantenimiento y consolidación del orden establecido no son evidentemente «neutrales», pues se pliegan al mantenimiento del *statu quo* de los grupos e intereses sociales hegemónicos (*vid.* FARJAT, G.: «The Contribution of Economics to Legal Analysis: The Concept of the Firm», en AA.VV., DAINITH, T., TEUBNER, G. (eds.), *Contract and Organisation...*, *op. cit.*, pág. 202). *Vid.* PERLINGIERI, P.: «Aspectos Problemáticos Del Derecho De Obligaciones», *RDP*, 1983, pág. 61; ALONSO GARCÍA, M.: *El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1959, pág. 100. En tal sentido, la tradicional «dogmática» civilista tampoco puede equipararse al «formalismo» jurídico o, más concretamente, a «un trabajo conceptual neutral a la valoración», pues hay que ser conscientes del carácter *dialéctico* del Derecho (SALA FRANCO, T.: «El realismo jurídico...», *op. cit.*, pág. 67). *Cfr.* los argumentos que aporta LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.º ed., Barcelona, 1980, págs. 216 y ss. para reforzar esta idea: el peso decisivo de los puntos de vista «teleológicos» en orden a la interpretación de los contenidos regulativos legales; la formación de los conceptos por la dogmática no se realiza de modo «neutral» a la valoración; los llamados principios jurídicos no son otra cosa que pautas generales de valoración o preferencias valorativas en relación con la idea del Derecho, etc.

pos y clases sociales <sup>219</sup>. La propia cláusula «social» configuradora del Estado integra un *mandato de estructuración social* en orden a la corrección de las desigualdades y el suministro a todo ciudadano de adecuadas condiciones de vida <sup>220</sup>. Como se ha puesto de manifiesto, estos nuevos parámetros constitucionales imponen un nuevo modelo «social» del Derecho de obligaciones, que, a pesar de las divergentes interpretaciones que puedan derivarse, implica la necesaria reducción de una visual, *atomizada y parcelizada*, de la singular relación obligatoria. Mas en general, puede decirse que la obligación debe hacerse cargo no sólo del interés de *cambio* en ella directamente representado sino también de intereses diferentes (p. ej. *de protección* de las personas) que deben entenderse a ella subyacentes, superando la tradicional «indiferencia» de las obligaciones respecto a las condiciones (sociales y económicas) de los sujetos <sup>221</sup>. La superación de la tesis de la neutralidad del derecho debe valorarse como un paso adelante desde el punto de vista teórico-científico, en el marco de una teoría constitucional del Estado social que compatibilice mercado y tutela <sup>222</sup>.

En este sentido, es trascendental la aportación de los nuevos «derechos sociales» (sobreañadidos a los derechos individuales tradicionales), en el cuadro del Estado constitucional democrático, a la consecución de nuevas «posiciones del trabajador» o *status* jurídico que garantizan, como derechos sociales de ciudadanía, una serie de bienes o facilidades independientes de la posición del individuo en el mercado, como derechos de desmercantilización <sup>223</sup>; precisamente en atención a la pertenencia del individuo, o ciudadano trabajador, a las colectividades concretas dentro de la comu-

<sup>219</sup> El constituyente acoge así la llamada vertiente *social* de la ciudadanía (enunciada como principio de igualdad sustancial) (vid. MARSHALL, T. H.: «Ciudadanía y clase social», en MARSHALL, T. H., BOTTOMORE, T., *id.*, Madrid, 1998, págs. 22 y ss., designaría el conjunto de expectativas que cada ciudadano tiene frente al Estado para obtener las garantías de seguridad en la vida y en el trabajo que son necesarias para dar contenido de dignidad y de libertad a la existencia individual), estableciendo una vinculación de los derechos fundamentales con la situación real de poder de los titulares, abandonando la configuración tradicional de los derechos como meras posiciones jurídicas individuales independientes de las condiciones reales necesarias para su realización social efectiva (vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, 1996, págs. 43 y 159 y ss.).

<sup>220</sup> SANTOS BRIZ, J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992, pág. 11.

<sup>221</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La idea de justicia hoy. ¿crisis? ¿apogeo?*, Madrid, 1964, págs. 6 y ss.; DI MAJO, A.: *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, pág. 68. Así, ha de descubrirse en el propio texto constitucional criterios axiológicos (valores) en una línea normativo-sustancial, vid. MONTAÑA MELGAR, A.: «Valores, principios y derechos sociales en la Constitución Española de 1978», en AA.VV., *Homenaje al Pfr. J. Roca Juan*, Univ. de Murcia, 1989, págs. 557 y ss.; BALDASSARE, A.: «Costituzione e teoria dei valore», *PD*, n.º 4, 1991, págs. 653-655. La ley trata diferentemente las diferentes categorías de sujetos con la finalidad de permitir la actuación de los valores constitucionales de libertad efectiva y de concreta justicia social. Ello comporta que no cualquier tratamiento diferenciado de categorías diferentes esta permitido, sino que lo será solamente aquel tratamiento diferenciado *razonablemente* en función de la actuación de los valores constitucionales.

<sup>222</sup> Vid. REICH, N.: *Mercado y derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, Barcelona, 1985, págs. 25 y ss.

<sup>223</sup> Para MONEREO PÉREZ, J. L.: «La política social...», *op. cit.*, págs. 23-24, «...la desmercantilización relativa del trabajo aparece como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado, y ello se refleja en la ordenación jurídica del trabajo asalariado. Interesa poner de relieve que a las tareas del Estado Social moderno (o Estado del Bienestar) pertenece la regulación del mercado de trabajo y de las condiciones de trabajo mediante medidas de protección dirigidas a los trabajadores. Se trata de un tipo de intervención jurídica y política para mejorar la posición jurídica del ciudadano en su condición de trabajador asalariado». Cfr. del mismo: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, 1996, págs. 32 y ss.

nidad política <sup>224</sup>. Ello justifica claramente el fuerte contenido heterónimo y publicista que tiene la que denominaríamos dimensión «social» del salario. El contenido axiológico (de justicia) es lo que diferencia la lógica de los derechos sociales de la ciudadanía frente al mero carácter instrumental de unificación social «formal» de los derechos civiles y políticos <sup>225</sup>. En la lógica de los derechos sociales no se produce una indiferencia hacia los fines de justicia y los valores, mientras que la política y la economía se conjugan en una relación de interdependencia, privado y público pierden la nitidez de los confines tradicionales <sup>226</sup>, ello dentro de la unidad del Derecho pertrechada *en el sistema constitucional*. La progresiva configuración jurídica del salario es una clara manifestación de las exigencias impuestas en esta nueva constitución jurídica del trabajo. Desde esta perspectiva, la respuesta del orden político-jurídico imponiendo *ciertas restricciones* a la «mercantilización» del trabajo –e implícitamente de los valores implicados en el mismo– parece plenamente justificado, aun a riesgo de deformar reglas «formales» en el trazado de igualdad sustancial e *integración real* que inspire el texto constitucional como nuevo eje del propio Derecho privado <sup>227</sup>.

La peculiar configuración de la sinalagmaticidad en el contrato de trabajo –por así decirlo– deriva de una serie de instituciones cuya finalidad es «la limitación de actuación libre de las fuerzas de mercado (mejorando las condiciones de reparto de recompensas por los servicios prestados que en el sistema establecido, siguiendo una pura lógica de racionalidad económica capitalista, tiende a ser connaturalmente desigual, injusta y opresiva) y que presionan por la igualdad sustancial de los individuos». En este sentido, la ciudadanía social ha contribuido indudablemente a la atenuación de los efectos desfavorables inherentes a la existencia de clases sociales desparificadas. La inserción

<sup>224</sup> En esta línea, *cfr.* RADIN, M. J.: «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, n.º 100, 1987, págs. 1.849 y ss.; *idem.*: «Justice and the Market Domain», en AA.VV., CHAPMAN, J. W., PENNOCK, J. R. (ed.), *Markets and Justice*, New York-London, 1989, págs. 189-190, ha criticado la visión «mercantilista» del trabajo de concebir al trabajador como un mero portador de bienes fungibles más que de atributos personales, con lo que es fácil percibir que gran parte del potencial humano incluido en nuestra concepción de persona humana queda perdido. Partiendo de la base de que la retórica de la mercantilización universal es un argumento inferior porque crea y expresa una concepción de la prosperidad inferior en relación al que sostiene que ciertos aspectos de la persona humana y la comunidad (salud, desarrollo personal y en la comunidad) deben permanecer sin monetizar y quedar fuera del test de eficiencia económica, debiendo formar parte de una teoría social que trate a las personas como personas, resulta así fácil observar lo equivocado de una mercantilización global.

<sup>225</sup> Como advierte GIL CREMADES, J.: «La metodología del Derecho entre racionalidad formal y teoría crítica: discusión metodológica sobre la base del Derecho del Trabajo», en AA.VV., RIVERO LAMAS, J. (dir.), *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Univ. de Zaragoza, 1977, pág. 37: «Lo verdaderamente acuciante es que una metodología que tenga en cuenta la dimensión política del derecho no puede dejar de abordar el tema de los valores. Valorar significa tanto como preferir».

<sup>226</sup> Sobre este binomio en el Derecho del Trabajo, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996, págs. 153 y ss.; GASCÓN Y MARÍN, J.: «Derecho privado, Derecho público, Derecho social», *RT*, n.º 36, 1942, págs. 1.095 y ss.; SUPPIEI, G.: «Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro», en AA.VV., *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, vol. V., Napoli, 1972, págs. 1.089 y ss.

<sup>227</sup> Sobre toda la problemática técnico-jurídica de esta nueva situación, *vid.* ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. GASCÓN, Madrid, 1995, págs. 21 y ss.; IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, 1992; SANTOS BRIZ, J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992, págs. 3 y ss.; FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R.: «Nota sobre el Derecho constitucional como nuevo "Derecho común"», en AA.VV., *Homenaje al Pfr. J. Roca Juan*, Univ. de Murcia, 1989, págs. 257 y ss. Sobre la centralidad de la Constitución y su función unificadora en materia social, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 53.

de los derechos sociales en el *status* de ciudadano (posición de ciudadanía) «permite la garantía de un sistema de derechos cuya atribución subjetiva es independiente de los mecanismos de mercado y del valor de la fuerza de trabajo en el circuito monetario según las leyes del intercambio contractual subyacente a la economía de mercado. Es por ello que los derechos sociales de la ciudadanía han aportado un impulso decisivo para la realización progresiva del principio de igualdad sustancial»<sup>228</sup>.

El contrato de trabajo –y como reflejo la particular configuración jurídica del salario, especialmente manifiesta en el fenómeno de los «salarios de inactividad»– suponen una superación de la racionalidad formal del arrendamiento de servicios y la «lógica axiomática estricta» de su reciprocidad o bilateralidad en las obligaciones de las partes, pues se trata de una lógica que solamente abre una perspectiva *economicista o meramente patrimonial*<sup>229</sup>. Jurídicamente, el Derecho del Trabajo es tanto un Derecho de tráfico (*intercambio* entre dinero y trabajo) como un «Derecho social» (fijación de las *condiciones de vida* de una clase social)<sup>230</sup>, fruto de su propio criterio valorativo –sobre la justicia en las relaciones de trabajo– como elemento ordenador de las mismas<sup>231</sup>. Pero debe advertirse que sus efectos redistributivos (como *mecanismo político-jurídico de redistribución*) le hacen vulnerable al tradicional argumento liberal de que cada individuo tiene derecho a los frutos de su trabajo, ni más ni menos<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales...*, *op. cit.*, págs. 169-170.

<sup>229</sup> Cfr. VENEZIANI, B.: «Tre commenti alla *Critique du Droit du Travail* di Supiot», *GDLRI*, n.º 3, 1995, pág. 480.

<sup>230</sup> Vid. BLANKE, T.: «Probleme einer Theorie des Arbeitsrechts», *Kritische Justiz*, n.º 6, 1973, págs. 349 y ss.

<sup>231</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, M.: *El método jurídico...*, *op. cit.*, pág. 91.

<sup>232</sup> Vid. ATIYAH, P. S.: *Essays...*, *op. cit.*, págs. 131 y 134.