





# **Anuario de Conferencias del CARL**

---

**2009**

Edita:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Producción:

Germán López. Servicios Gráficos

Depósito Legal:

SE-

I.S.S.N.: 2171-4738



# índice

<b>CAPÍTULO 1. CRISIS EMPRESARIAL Y MEDIDAS LABORALES.</b>	
LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO DE ACREEDORES .....	11
<b>D. Pedro José Vela Torres.</b>	
Magistrado de la Audiencia Provincial de Córdoba.	
<b>CAPÍTULO 2. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO DEL TRABAJO.</b>	
CRISIS ECONÓMICA Y 'MODERNIZACIÓN' DEL DERECHO DEL TRABAJO CLÁSICO .....	25
<b>D. Juan García Blasco.</b>	
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza.	
LAS POLÍTICAS DE FLEXISEGURIDAD: INSTRUMENTOS JURÍDICOS .....	31
<b>D<sup>a</sup>. María Nieves Moreno Vida.</b>	
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.	
CRISIS ECONÓMICA Y REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICO-SOCIAL DEL TRABAJO: CRÍTICA DE LA OPCIÓN NEOLIBERAL .....	47
<b>D. José Luís Monereo Pérez.</b>	
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.	
CRISIS EMPRESARIALES Y DESPIDOS POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS .....	123
<b>D. Ángel Luís de Val Tena.</b>	
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza.	
LA FUNCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA CRISIS ECONÓMICA .....	175
<b>D<sup>a</sup>. Remedios Roqueta Buj.</b>	
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.	



### CAPÍTULO 3. IX JORNADAS TÉCNICAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

INSPECCIÓN DE TRABAJO Y PROCEDIMIENTO DE OFICIO ..... 195

**D<sup>a</sup>. María Luísa Segoviano Astaburuaga.**

Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo.

### CAPÍTULO 4. ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL.

ACTA – RESUMEN DE LAS JORNADAS SOBRE ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL ..... 219

**D. Rafael Gómez Gordillo.**

Profesor Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid.

### CAPÍTULO 5. EL FACTOR HUMANO COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO COMPETITIVO DEL TEJIDO PRODUCTIVO.

LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN COMO PUNTO ESENCIAL DE LA ESTRATEGIA DE LISBOA ..... 229

**D<sup>a</sup>. Lourdes López Cumbre.**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Cantabria.

EL VALOR DE LA TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO EN EL SISTEMA PRODUCTIVO. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA ..... 257

**D<sup>a</sup>. Antonia Aránega Jiménez.**

Catedrática de Anatomía y Embriología Humana.  
Universidad de Granada.

LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN FORMACIÓN-EMPLEO EN EL PROGRAMA NACIONAL DE REFORMAS: CONVERGENCIA Y EMPLEO ..... 261

**D<sup>a</sup>. María Nieves Moreno Vida.**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada.

CAPITAL HUMANO Y SISTEMA PRODUCTIVO. CAMBIOS RECIENTES EN LA RELACIÓN FORMACIÓN - EMPLEO. PROPUESTAS DE FUTURO ..... 271

**D<sup>a</sup>. Rosa Quesada Segura.**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Málaga.



EL FACTOR HUMANO COMO ESTRATEGIA DE DESARROLLO COMPETITIVO DEL TEJIDO PRODUCTIVO .....	283
--	-----

**D. Salvador Perán Quesada.**

Miembro del Observatorio Jurídico-Laboral de la Violencia de Género.  
Universidad de Málaga.

CAPÍTULO 6. V JORNADAS ANDALUZAS DE GRADUADOS SOCIALES. DESPIDOS COLECTIVOS Y SU TRATAMIENTO EN EMPRESAS EN SITUACIÓN CONCURSAL .....	291
---	-----

**D<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga.**

Magistrada de la Sala IV del Tribunal Supremo.

CAPÍTULO 7. VI JORNADAS TÉCNICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO. EXPERIENCIAS EUROPEAS EN LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO SUMERGIDO .....	309
--	-----

**D. Marco Barbieri.**

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Foggia (Italia).

CAPÍTULO 8. LA RENOVACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO EN EL NUEVO ESCENARIO ECONÓMICO. EL PAPEL DE LA INICIATIVA PRIVADA EN EL MERCADO DE TRABAJO EN UN CONTEXTO DE CAMBIO: ETT, OUTPLACEMENT Y OTROS SUJETOS .....	353
--	-----

**D<sup>a</sup>. Carolina Serrano Falcón.**

Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada.

CAPÍTULO 9. GESTIÓN DEL EMPLEO Y CAPITAL HUMANO. TOMA DE DECISIONES PREVIAS A LA BÚSQUEDA DE EMPLEO .....	379
--	-----

**D<sup>a</sup>. Inmaculada González Lepe.**

Técnico de empleo del SOIPEA.  
Universidad de Huelva.

ITINERARIOS PERSONALIZADOS DE INSERCIÓN .....	385
---	-----

**D. Antonio Carlos Ortega Ríos.**

Técnico de Orientación Profesional del SOIPEA.  
Universidad de Huelva.

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Carmen Romero Cabeza.**

Técnico de Orientación Profesional del SOIPEA.  
Universidad de Huelva.



**CAPÍTULO 10. EL ROL DEL EMPRESARIADO EN EL DESARROLLO DEL TEJIDO PRODUCTIVO.**

VALORES CULTURALES, ASPECTOS SOCIOECONÓMICOS E INTENCIÓN DE SER EMPRESARIO ..... 393

**D. Francisco Liñán Alcalde.**

Profesor Contratado Doctor del Dpto. de Economía Aplicada I.  
Universidad de Sevilla.

**D<sup>a</sup>. Inmaculada Jaén Figueroa**

Profesora del Dpto. de Economía Aplicada I.  
Universidad de Sevilla.

**CAPÍTULO 11. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO DINAMIZADORA DE LAS RELACIONES LABORALES EN UN ESCENARIO DE CRISIS.**

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA:  
LA VISIÓN Y EL ENFOQUE EMPRESARIAL ..... 415

**D. Antonio Leal Millán.**

Catedrático de Organización de Empresas.  
Universidad de Sevilla.

ESTRATEGIAS DE LAS EMPRESAS EN CRISIS: REPERCUSIONES PARA EL EMPLEO ..... 427

**D. José Luís Galán González.**

Catedrático de Organización de Empresas.  
Universidad de Sevilla.

# 1

## CRISIS EMPRESARIAL Y MEDIDAS LABORALES

---





## LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCURSO DE ACREEDORES (I)

D. Pedro-José Vela Torres

Magistrado especialista en Mercantil.  
Audiencia Provincial de Córdoba.

### I. Introducción: marco general y alcance de las últimas reformas legales

La exposición de motivos de la Ley Concursal nos ayuda a enmarcar la materia cuando dice que *“La declaración del concurso, por sí sola no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión total o parcial de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores”*.

Desde este punto de vista, la Ley Concursal supone una auténtica redistribución de las competencias jurisdiccionales en materia social o laboral en el caso de que el empleador sea declarado en concurso<sup>1</sup>, puesto que –como veremos con más detalle– su artículo 8 establece que el Juez de lo Mercantil, entre otras materias, tiene jurisdicción exclusiva y excluyente respecto de las *“Acciones sociales sobre extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado”* (apartado 2º) y sobre las *“Ejecuciones contra bienes y derechos del concursado, cualquiera que sea el órgano que las hubiera ordenado”* (apartado 3º). Añadiendo el artículo 9 que *“la jurisdicción del Juez [mercantil] se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal”*.

Se judicializan situaciones que fuera del concurso no son judiciales, en concreto las extinciones colectivas, regulaciones de empleo y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En estos casos, cuando no existe concurso se tramitan mediante expediente administrativo (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores) o en la jurisdicción laboral, respectivamente.

1 RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”. Actualidad Laboral, nº 21/2003, pág. 364.



Para ser congruentes con la legislación laboral, la Ley Concursal introdujo un nuevo artículo 57 bis en el Estatuto de los Trabajadores, que especifica que en caso de concurso lo relativo a la extinción / modificación colectiva de los contratos de trabajo se aplicará lo previsto en la Ley Concursal, cuyo artículo 64.11 indica que en todo lo no previsto en ese precepto se aplicará supletoriamente la legislación laboral y especialmente lo relativo a los representantes de los trabajadores.

Una vez declarado el concurso, la decisión sobre los expedientes de regulación de empleo, sobre modificación sustancial, suspensión o extinción colectiva corresponde al juez del concurso, y por tanto no a la autoridad laboral ni al empresario.

Desde esta perspectiva, en lo referente a los contratos de trabajo, se establece una regulación de derecho laboral especial en el marco del procedimiento concursal<sup>2</sup>.

El artículo 64 de la Ley Concursal, que es el que contiene la regulación de los expedientes de regulación de empleo concursales, ha sido objeto de reforma recientemente por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. En concreto, se modifica su apartado 1º, estableciendo que la competencia del juez del concurso para la tramitación de la solicitud de los expedientes de regulación de empleo no comienza hasta el momento de la declaración de concurso (antes, comenzaba con la presentación de la solicitud de concurso). Con esta medida, se unifica el régimen temporal de los efectos del concurso, ya que los mismos dependen de su declaración y no de su solicitud, y sobre todo se evita el problema de que el concurso solicitado no fuera finalmente declarado<sup>3</sup>.

También se ha reformado el apartado 3º, relativo al momento temporal o procesal en que podrá solicitarse la tramitación del expediente.

## **II. Competencias sociales del juez del concurso. Referencia a las extinciones de los contratos**

El artículo 8 de la Ley Concursal, literalmente coincidente con el artículo 86 ter 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que da cumplimiento a lo previsto en el artículo 44 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que es competente para conocer del concurso el juez de lo mercantil, cuya jurisdicción es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

- 2 PERICAS SALAZAR, L.: "Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión, o extinción colectiva de las relaciones de trabajo, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso". Revista Acciones e Investigaciones Sociales, nº 25, enero 2008. Página 205.
- 3 BELTRÁN, E.: "La reforma -inarmónica- de la Ley Concursal". Texto en formato electrónico.



- 1º. Acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el patrimonio del concursado, con excepción de las relativas a estado civil.
- 2º. Acciones sociales sobre extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado.
- 3º. Ejecuciones contra bienes y derechos del concursado, cualquiera que sea el órgano que las hubiera ordenado.
- 4º. Medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado.
- 5º. Asistencia jurídica gratuita.
- 6º. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.

El uso de la expresión “jurisdicción exclusiva y excluyente”, aparte de resaltar el principio de especialización a que se refiere el artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la improrrogabilidad de la jurisdicción del juez del concurso frente a otros órdenes jurisdiccionales y la atribución de competencia frente a los demás jueces civiles, cuya defensa se hará por medio de la declinatoria (artículo 12 de la Ley Concursal, en relación con los artículos 63 a 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).


De esta manera se configura al juez del concurso como un juez civil especializado por razón de la materia, por disposición legal, pretendiéndose garantizar el carácter universal del concurso y la unidad del procedimiento, evitando la recíproca interferencia de diversos órganos judiciales actuantes sobre el patrimonio del deudor.

Aunque el artículo 8 se limita a enumerar un listado de competencias del juez mercantil en el concurso, quizás resulte más adecuado para la cabal comprensión del alcance de este precepto distinguir y delimitar las competencias del juez del concurso frente al resto de órganos jurisdiccionales:

En cuanto a lo que aquí interesa, lo relevante es determinar la competencia del juez del concurso frente a los tribunales del orden jurisdiccional social y/o ante las autoridades laborales.

Conciliando las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley Concursal, intentaremos deslindar cómo queda el marco competencial en materia social en caso de existencia de un procedimiento concursal. Así, serán competencia del Juzgado de lo Mercantil (jueces del concurso) las siguientes:

- a) Tras la declaración del concurso se extraen del ámbito de competencias de la Administración Laboral los expedientes que tengan por objeto la suspensión o bien la



extinción colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, que pasan a pertenecer a la esfera de competencias de los Jueces de lo Mercantil. Ante éstos deberán tramitarse los expedientes judiciales concursales de regulación de empleo que diseña el art. 64 de la LC. Y se les asigna competencia para la tramitación de expedientes de modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo (modificaciones éstas, que en situaciones no concursales se adoptan directamente por el empresario, sin necesidad de tramitar expediente administrativo, con la sola excepción de las modificaciones reconducibles a la categoría de traslados colectivos).

Lo que no queda claro en la Ley Concursal es si el Juez del Concurso sería competente para conocer de las acciones individuales que se ejerciten contra las medidas de carácter modificativo y alcance colectivo autorizadas o adoptadas por aquél, aunque parece desprenderse así del espíritu y finalidad del artículo 64<sup>4</sup>.

En último término, se les dota de amplias facultades decisorias en el terreno laboral, puesto que desde la declaración del concurso los expedientes de suspensión y los de extinción, o modificación colectiva de las relaciones laborales deberán tramitarse forzosamente ante el Juez del concurso. Y tanto el diseño como la ejecución de tales medidas suspensivas, extintivas o modificativas deben llevarse a cabo con sujeción al procedimiento especial diseñado en el artículo 64 de la LC, quedando desplazadas las disposiciones reguladoras del régimen general aplicable, respectivamente, a la suspensión y a la extinción y modificación sustancial de alcance colectivo previsto en el Estatuto de los Trabajadores (si bien, el Juez del concurso deberá atenerse a los principios inspiradores de la normativa laboral, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, allí donde sean compatibles con los principios inspiradores de la legislación concursal).

Pero, aunque se les otorga competencia para el conocimiento y control de estas cuestiones, así como en lo que se refiere a la suspensión o extinción de las relaciones laborales especiales de alta dirección, en fase de recurso se asigna la competencia sobre tales cuestiones al orden social (a las Salas de lo Social de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia) –ex arts. 64.8, 196.3 y 197.7 de la LC y arts. 188.1 y 189 de la Ley de Procedimiento Laboral- con el fin de que sea el mismo el que siente jurisprudencia sobre materias que son propiamente laborales.

Asimismo, se le otorga expresamente competencia para el conocimiento de las acciones individuales que se interpongan con el objeto de conseguir la resolución indemnizada de la relación laboral al amparo de lo previsto en el art. 50.1.b) del ET, esto es, en los supuestos de impago o retrasos reiterados en el abono de los salarios adeudados, cuando el número de acciones interpuestas supere, desde la declaración del concurso, los umbrales establecidos en el art. 64.10 de la LC –que varían en función de la dimensión de la plantilla-.

---

4 En este sentido, MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: “La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal”. En la obra colectiva “Aspectos Laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXI. 2005. Págs. 29 a 32.



En tal caso, la extinción se reputará de carácter colectivo y sólo podrá tramitarse por el procedimiento previsto en el art. 64 de la LC (como si de una extinción colectiva por iniciativa empresarial se tratara); todo ello, en atención a las implicaciones de orden patrimonial que llevan aparejadas para el empresario insolvente. Y, con ello, en último término se fuerza un cambio de causa extintiva y de procedimiento.

- b) A los jueces de lo mercantil corresponde, asimismo, por regla general, el conocimiento de todas cuantas acciones ejecutivas se ejerciten contra el patrimonio empresarial.

Los privilegios de ejecución separada que se contemplaban en la normativa concursal precedente han sido eliminados con carácter general, subsistiendo sólo en los términos que se indican a continuación:

- 1º. Únicamente podrán aprovecharse de la ejecución separada los acreedores del empresario que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el art. 55 -apartados 1 y 4- de la LC. Concretamente, se incluye a los acreedores laborales cuando se hubiera despachado ya ejecución sobre bienes del empresario insolvente antes de la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del empresario deudor (valoración, esta última, que compete realizar al Juez del concurso).
- 2º. En cambio, las ejecuciones o juicios ejecutivos que se encontraran en tramitación a la fecha de declaración del concurso, quedarán en suspenso desde ese momento "sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos" (art. 55.2 de la LC).
- c) El Juez del concurso asume competencia, asimismo, para conocer del incidente concursal (especial) en materia laboral previsto en el art. 195 de la LC. En dicho precepto se diseña el procedimiento especial a tramitar para el ejercicio de acciones individuales contra el auto dictado por el Juez del concurso en el marco de expedientes que tengan por objeto la suspensión o la extinción o modificación colectiva por aquellos trabajadores afectados que estén disconformes con algún extremo referido a su relación jurídico-laboral individual (verbigracia, el importe de la indemnización, el salario, la antigüedad o la categoría profesional reconocida, etc.).

Y, de conformidad con lo establecido en los arts. 50.1 y 55.1 de la LC, en el caso de interposición ante los jueces de lo social de acciones declarativas o ejecutivas de las que deba conocer el Juez de lo Mercantil y de las que pudieran derivarse responsabilidades de orden patrimonial, aquellos deberán abstenerse de conocer, advirtiendo a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos ante el Juez del concurso. De no proceder así, las actuaciones realizadas estarán viciadas de nulidad (arts. 50.1 y 55.2 de la LC).



### III. La solicitud del Ere: momento, legitimación, contenido

Como hemos anticipado, el artículo 64 de la Ley Concursal regula las modificaciones y extinciones colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado. Debe insistirse en el adjetivo “colectivas”, porque las modificaciones y extinciones de contratos que no tengan tal carácter de colectivas se seguirán rigiendo por la normativa laboral ordinaria, por lo que las medidas “no colectivas” podrán ser adoptadas por el empresario (si no está suspendido en sus facultades) o por la administración concursal (si hay tal suspensión).

Para determinar si la medida es o no colectiva, hay que acudir a la normativa laboral, ya que no está especificado en la Ley Concursal, por lo que las medidas modificativas que establece el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores serán colectivas de acuerdo con el artículo 51.1 del propio Estatuto (afecten a >10% de la plantilla), que regula las extintivas.

#### A) Inicio de la competencia del juez del concurso sobre los expedientes de regulación de empleo:

Conforme al reformado artículo 64.1 de la Ley Concursal, “los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo”.

Aunque no lo dice el precepto, parece deducirse que los expedientes de regulación de empleo iniciados con anterioridad ante la Autoridad laboral y que están en tramitación cuando se declara el concurso deberán finalizarse sin resolución; y que las actuaciones practicadas ante la administración podrán darse por reproducidas, sin necesidad de repetir las, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal.

#### B) Momento procesal para presentar la solicitud de expediente regulador:

Esta cuestión viene regulada en el apartado 3º del artículo 64, que también ha sido objeto de reforma por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, dotándolo de la siguiente redacción: *“La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta(s) circunstancia(s), podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso”.*

El precepto contempla tanto la regla (el expediente regulador debe solicitarse tras la emisión del informe de la administración concursal), como la excepción (por razones



especiales, dicha solicitud puede formularse en un momento anterior). Sin embargo, en la práctica de los Juzgados Mercantiles, el expediente de regulación de empleo concursal suele tramitarse desde los primeros momentos del concurso; quizás porque la mayoría de las empresas llegan a la declaración de concurso en una situación crítica, más próxima a la liquidación que al convenio<sup>5</sup>.

Pese a esta constatación, no parece deseable que la excepción se convierta en regla, por lo que habrá de demostrarse cumplidamente ante el juez la conveniencia de la anticipación de la medida, acreditando el riesgo que para la viabilidad de la empresa o los derechos de los trabajadores podría derivarse si se efectuara en el tiempo normalmente previsto<sup>6</sup>.

### **C) Legitimación para solicitar la medida:**

Están legitimados para solicitar la medida colectiva en el seno del concurso, la administración concursal, el propio empresario concursado y los representantes de los trabajadores. La principal novedad es la concesión de legitimación a los representantes de los trabajadores. Por el contrario, no existe legitimación individual o grupal de los propios trabajadores para instar el expediente regulador.

Al referirse la Ley genéricamente a los representantes de los trabajadores, la doctrina entiende que incluye tanto a los representantes sindicales como a los legales o unitarios<sup>7</sup>.

### **D) Requisitos de la solicitud:**


La solicitud tiene que presentarse por escrito, pero no se exige que revista forma de demanda. Debe hacer referencia a las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas, acompañando los documentos justificativos que se estimen necesarios.

Respecto de la documentación que se debe acompañar con la solicitud, parece que se deja a las partes mayor libertad que en el expediente previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no se hace referencia alguna a las prolijas exigencias documentales ordenadas en el artículo 6 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

5 SARAZÁ JIMENA, R.: "Concurso, regulación de empleo y derechos fundamentales". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 5, 2006. Pág. 137.

6 HERRERA CUEVAS, E.: "Aproximación al nuevo derecho concursal del trabajo". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 2, 2005. Pág. 110.

7 CRUZ VILLALÓN, J.: "Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales". Relaciones Laborales, nº 23. Pág. 532.



En cualquier caso, ha de entenderse que lo que el artículo 64.4 de la Ley Concursal regula es el contenido mínimo de la solicitud; que podrá ser ampliado, a voluntad de las partes, en función de las circunstancias del caso. Desde este punto de vista, sería deseable que la solicitud hiciera mención, como mínimo, a la identidad de los trabajadores que pueden resultar afectados por la medida solicitada.

### **E) Contenido del expediente:**

El posible contenido del expediente viene determinado por el artículo 64.1 de la Ley Concursal, que se refiere a tres situaciones: modificación sustancial de las condiciones de trabajo; suspensión colectiva de las relaciones laborales; y extinción colectiva de tales relaciones.

Respecto a la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, la regulación concursal es más garantista para los trabajadores que la laboral, puesto que restringe las facultades del empresario.

Cuáles son los contenidos contractuales susceptibles de ser modificados vienen establecidos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que pueden serlo todos los contenidos del contrato cuya alteración no desnaturalice su esencia de contrato de trabajo<sup>8</sup>. Así, hay condiciones que configuran la prestación esencial del trabajo que no pueden ser modificadas, como pueden ser la clase de trabajo, la duración de la jornada o el salario pactado; mientras que hay otras que tienen que ver con la organización del trabajo que sí son modificables, como por ejemplo la forma de ejecutar el trabajo, la distribución de tiempos dentro de la jornada o el sistema de pago del salario pactado.

La calificación como “sustancial” de las modificaciones de las condiciones de trabajo es un concepto jurídico indeterminado, que la jurisprudencia ha interpretado entendiendo que son sustanciales aquellas modificaciones que alteren aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas las previstas en el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997). Se han considerado sustanciales el cambio de jornada intensiva a jornada partida, la modificación de turnos fijos a rotatorios, o la revisión de valoración de puestos de trabajo<sup>9</sup>.

A su vez, para determinar si las modificaciones son “colectivas” habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, que distingue entre modificaciones cualitativas y cuantitativas. Cualitativamente, lo son las que afectan

8 MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo”. *Actualidad Laboral*, nº 29, 1994. Págs. 465 y ss.

9 PERICAS SALAZAR, L.: *Obra citada*, pág. 207.



a condiciones reconocidas a los trabajadores en convenio colectivo estatutario. Cuantitativamente, cuando afecten a un número de trabajadores inferior al previsto en el artículo 41.2 (tendencialmente, el 10% de la plantilla)<sup>10</sup>.

La mayor repercusión de la Ley Concursal en las modificaciones colectivas de trabajo quizás sea la suspensión del ejercicio de acciones rescisorias por modificación sustancial de las condiciones de trabajo o por movilidad geográfica. El legislador ha considerado esta posibilidad de rescisión con indemnización como perturbadora para el interés del concurso, y por eso, la limita drásticamente en el artículo 64.9; conforme al cual, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que reconoce el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. Esta suspensión también será de aplicación cuando se acuerde un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo. Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

Respecto a la suspensión colectiva de los contratos de trabajo, el artículo 64 de la Ley Concursal tampoco ofrece un concepto de suspensión colectiva, por lo que habrá de acudirse a lo previsto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. La única diferencia es que, en vez de la Autoridad laboral, la autorización para la suspensión colectiva corresponde al juez del concurso.

---

10 7 Establece el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo. Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual. Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el tít. III de la presente ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párr. b), c), d) y e) del apartado anterior. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”.



En lo que se refiere a la extinción colectiva, hay que atenerse al concepto de despido colectivo contenido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores<sup>11</sup>, que básicamente considera como tal el que afecta a la totalidad de la plantilla o –tendencialmente– al diez por ciento de la misma. Si el número de trabajadores afectados no alcanza tales límites legales, la extinción no se considera colectiva y, por tanto, deberá acordarse por el empresario concursado o por la administración concursal.

No obstante, el artículo 64.10 de la Ley Concursal contiene una regla especial, al decir que las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el art. 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

#### IV. Las causas del ere en el concurso

La Ley Concursal es muy parca en esta materia, puesto que únicamente dispone que la iniciación del expediente debe solicitarse por escrito, especificando las causas motivadoras de la petición y los objetivos que se pretenden y presentando justificación documental.

La jurisprudencia social y contencioso-administrativa recaída en relación con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores tiene declarado que se pueden distinguir cuatro ámbitos desencadenantes de una medida colectiva en el seno de una empresa:

- a) Causas técnicas, relacionadas con los medios de producción.
- b) Causas organizativas, relativas a los sistemas de trabajo del personal.

11 Dispone el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores: “A efectos de lo dispuesto en la presente ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores. Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas”.



- c) Causas productivas, referentes a los productos o servicios que la empresa intenta comercializar en el mercado.
- d) Causas económicas, relativas a los resultados de explotación.

En todo caso, parece que habrá de servir de pauta interpretativa lo dispuesto en el artículo 51.1 del Estatuto<sup>12</sup>, que dispone que se entenderán que concurren las causas en los siguientes casos:

- 1) Si son económicas, cuando contribuyan a superar una situación económica negativa de la empresa (piénsese, por ejemplo, en un importante ahorro de costes).
- 2) Si son técnicas, organizativas o de producción, cuando contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo, a través de una más adecuada organización de los recursos de la empresa.

No obstante, se ha resaltado que, si bien en los expedientes de regulación de empleo “extraconcursales” el elemento causal es tan importante como el numérico, en la situación concursal ha de entenderse que la propia insolvencia que implica la declaración de concurso será, en principio, un claro exponente de la concurrencia de las indicadas causas<sup>13</sup>, simplificándose así notablemente la acreditación de estos requisitos legales.

---

12 ORELLANA CANO, A.: “Cuestiones laborales y de seguridad social en la normativa concursal”. En el libro colectivo “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. 2008. Págs. 1236 y 1237.

13 GULLÓN RODRÍGUEZ, J.: “Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en la situación de concurso”. En la obra colectiva “Aspectos laborales de la Ley Concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial”. Cuadernos de Derecho Judicial. Nº XXI. 2005. Pág. 135.



# 2

CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO  
DEL TRABAJO

---





## CRISIS ECONÓMICA Y 'MODERNIZACIÓN' DEL DERECHO DEL TRABAJO CLÁSICO

**D. Juan García Blasco**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Zaragoza.

### 1. Crisis económica y propuestas de modificación del Derecho del Trabajo


La crisis económica y su relación con el Derecho del Trabajo: afectación sobre el mercado de trabajo y sobre el empleo. El crecimiento del desempleo en masa es el aspecto laboral más relevante de la crisis, que produce vías alternativas de destrucción de empleo, en algunos casos al margen de cualquier control público o de la representación de los trabajadores: la congelación de las nuevas contrataciones y la amortización de vacantes; la precarización de empleos mediante la contratación temporal; la aceptación voluntaria del trabajador a través del despido indemnizado.

La crisis del mercado de trabajo plantea la oportunidad de discutir sobre el papel del Derecho del Trabajo, de sus instrumentos jurídicos y la función de los interlocutores sociales titulares del derecho a la negociación colectiva. También los órganos aplicativos del ordenamiento laboral (Administración laboral y Jurisdicción Social). Todo ello en el marco de un Derecho del Trabajo clásico aunque renovado, que se presenta, también en el contexto de crisis ante la conveniencia, en su caso, de su modernización, en el seno del debate sobre la 'flexiseguridad'.

Se plantea la cuestión de si es idónea esa propuesta para dar respuesta a las consecuencias y efectos sociolaborales de la crisis económica. No obstante, hay que señalar que esta situación no estaba presente en el momento de elaboración y discusión de los documentos sobre los que descansa este nuevo modelo, lo que no es secundario.

### 2. Crisis económica y papel del dialogo social

El dialogo social viene asumiendo un papel trascendental en la conformación, evolución y resultado actual del Derecho del Trabajo y de sus propias instituciones, particularmente en ámbitos relacionados con la negociación colectiva, el empleo, la contratación y el mercado de trabajo.



El problema ahora del dialogo social y la efectividad de sus resultados es el derivado de la dificultad de articular la negociación en momentos de crisis. Ello se manifiesta en la discrepancia de planteamientos entre sus protagonistas y de éstos con el Gobierno sobre los contenidos de la modernización del Derecho del Trabajo en estos momentos. Confluyen propuestas divergentes para otorgar más flexibilidad en el mercado de trabajo como remedio para disminuir los efectos de la crisis (menor indemnización por despido, congelación salarial, menor cotización a la Seguridad Social) a la que se añade una nueva figura de contrato indefinido, con menor indemnización por extinción para lograr una mayor ocupación y empleo. Del lado sindical se repara en la necesidad de otorgar mayor seguridad a los directamente afectados por la crisis, con especial intervención para los desempleados y mayor control de los despidos objetivos y colectivos, insistiendo en que la declaración de 29 de junio de 2009 no contiene propuestas de reforma laboral alguna. No obstante, los fundamentos y principios inspiradores que sirvieron de base a este documento han quedado desautorizados por la situación actual, planteándose la ineffectividad de algunas de sus propuestas ante la situación de crisis actual. Se insiste, por parte del Gobierno, en que no es necesario reformar el mercado laboral, y que la solución a la crisis pasa por la adopción de medidas de distinta naturaleza que devuelvan confianza y seguridad a la economía y al empleo. En este contexto el papel del Derecho del Trabajo se revela complejo y difícil.

### **3. Flexibilidad de entrada y salida del mercado de trabajo, ordenación normativa y crisis económica (El Derecho del Trabajo para el mercado de trabajo).**

Se plantea la conveniencia de reformar legalmente el mercado de trabajo a través de la asunción de un papel flexibilizador de entrada y de salida del empleo y la ocupación que pudiera dar respuesta a los efectos de la crisis económica, reconsiderando los postulados básicos de una ordenación clásica de la contratación laboral y la extinción contractual que se basa en el contrato ordinario de duración indefinida, acompañado de una tipología amplia de contratación temporal y de un despido de carácter causal o, en su defecto, siempre indemnizado. La dificultad estriba en los obstáculos que debe superar el Derecho del Trabajo, que se muestra, en momentos de crisis, muy desigual. No está demostrado que la regulación del mercado de trabajo sea causa del desempleo, con independencia de las insuficiencias y carencias que presenta su ordenación.

Cuestión distinta es la relación de los instrumentos de flexibilización interna y externa (de permanencia o salida del mercado) que afecta a los despidos por causas objetivas. Se ha generalizado la indemnización del despido improcedente. En este contexto, el Derecho del Trabajo, que siempre estaba acompañado de la crisis, se ha dotado de instrumentos de flexibilidad, aunque no han sido recepcionados por la negociación colectiva para asegurar la finalidad última de la intervención normativa.

Por ello, el Derecho del Trabajo confiere a la fuente autónoma colectiva un papel trascendental para su renovación y modernización que, en pocas ocasiones, se ha cumplido.




Pasa así a depender fuertemente de la negociación colectiva, por lo que en una situación de crisis económica el reparto funcional y regulador entre la Ley y el convenio colectivo se hace más complejo y difícil hasta el extremo de fracasar en su intento. Por ello, la modernización del ordenamiento laboral requiere del esfuerzo y efectividad de la negociación colectiva para cumplir su objetivo. De lo contrario, sigue apegado a una dimensión clásica, que difícilmente la fuente legal puede transformar. Existe un Derecho del Trabajo de origen y creación negocial que se muestra como escenario natural para su modernización. En los momentos de crisis el Derecho del Trabajo de origen y creación convencional debe ser objeto de una adecuada praxis que lo contagie de la racionalidad y modernización que este tiempo requiere.

La necesidad de renovación y de flexibilización del Derecho del Trabajo no puede limitarse exclusivamente como una claudicación frente a las exigencias económicas. En esta tarea existen límites derivados del mantenimiento de las garantías que lo hacen identificable como sector jurídico capaz de equilibrar la situación de desigualdad contractual, a la vez que un instrumento de control y pacificación. El Derecho del Trabajo flexible (modernizado). No tiene porque alterar los fines y objetivos clásicos que fundamentan su creación. Es un instrumento de equilibrio de intereses contrapuestos, que tiene matices en periodos de crisis o de expansión económica y que influyen en su transformación.

En este debate, las posiciones garantistas descansan sobre el papel del diálogo social y la negociación colectiva. No es lo mismo un modelo flexible de modernización del Derecho del Trabajo sobre una base individualizadora, que ignora el papel de la negociación colectiva, que el de un garantismo flexible, donde la negociación colectiva contribuye al funcionamiento flexible del mercado de trabajo. El acierto en la elección de ese modelo en la modernización del Derecho del Trabajo no es ajeno al riesgo de convertir el ordenamiento laboral en instrumentos irreconocibles desde esta última perspectiva. De ahí que la flexibilidad garantista sigue siendo válida si va acompañada de los principios básicos del Derecho del Trabajo que han evolucionado en los países europeos. Parece que se deben conservar el pluralismo jurídico de las fuentes de regulación, potenciando la negociación colectiva como instrumento de adaptación flexible y negocial, sin que la flexiseguridad deba implicar una absoluta flexibilización del Derecho del Trabajo.

En momentos de crisis hacen acto de presencia las normas coyunturales, de urgencia, que toman en consideración la situación económica. Sirvan como ejemplo los recientes Decretos Leyes 2 y 3/2009, que toman en consideración el empleo como referente normativo y objeto de regulación. Estas intervenciones difícilmente pueden dar respuesta a los verdaderos males de nuestro mercado laboral, siempre presentes con o sin crisis.

El Derecho del Trabajo que debe evolucionar y proceder a su adaptación para dar respuesta a las realidades económicas y productiva cambiantes tiene, por tanto, límites en su flexibilidad y adaptación. Debe aspirar a seguir siendo un instrumento fundamental para asegurar un trabajo digno tutelado, un empleo sostenible y de calidad y una cobertura social. En todo caso esta tarea requiere un replanteamiento del juego de los



poderes normativos sociales y del Estado (negociación colectiva, contrato de trabajo y ley) con el poder empresarial y los mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores en la empresa.

#### **4. Ordenamiento laboral y crisis económica: el Derecho del Trabajo del reequilibrio jurídico entre empresa y trabajador (de los sacrificios de los sujetos de la relación laboral)**

La situación de crisis no parece que debiera ser la oportunidad para abordar alguna eventual reforma, pendiente desde tiempo (por ejemplo la reducción del coste del despido o la limitación de las posibilidades de contratación temporal) de nuestro ordenamiento laboral.

El conjunto de las medidas del actual Derecho del Trabajo en esta época de crisis está probablemente distante de lo que en otras crisis anteriores (al menos algunas), se denominó el Derecho del Trabajo de la emergencia, configurado como un derecho degradado a causa de la crisis con pérdida de protección de los más débiles y que produjo algunos resultados normativos en la reforma mas importante en el ordenamiento laboral español en 1994, fecha en la que ya se habló de la flexibilidad, ¿es ahora la flexibilidad que se reclama distinta de esa?

En épocas como la actual, el Derecho del Trabajo debería asumir un papel con dimensión reequilibradora sobre los afectados por la crisis, esto es, la empresa y los trabajadores. Se trataría así de repartir a partes iguales garantías y tutelas con esfuerzos y sacrificios a los sujetos individuales y colectivos de la relación laboral. Sería una intervención normativa probablemente excepcional y provisional, que desaparecería una vez superada la crisis, esto es, un Derecho del Trabajo renovado y acomodado, pero no desarticulado.

Esas garantías y sacrificios, como se ha advertido por algún sector doctrinal alcanzaría en relación con los trabajadores aspectos relacionados con un puesto de trabajo, que si no es posible debería sustituirse por prestaciones de desempleo, modificando la regulación actual. A cambio, procedería un sacrificio salarial en la negociación colectiva, llegando hasta la congelación, lo que tiene efectos sobre los expedientes de regulación de empleo.

En relación con la empresa, habría que garantizar la posibilidad de subsistir, que solo se asegura con el mantenimiento de los puestos de trabajo, reduciendo las situaciones concursales y los expedientes de regulación de empleo (por ello es probablemente insuficiente las medidas contempladas en el Decreto Ley 2/2009), y estableciendo en la negociación colectiva dobles escalas salariales a cambio de nueva contratación, todo ello en un marco de negociación adecuada. A cambio deben mantenerse los puestos de trabajo con mayores garantías y exigencias que las actuales, siendo más rigurosos o menos complacientes con los expedientes que finalizan con pérdida de puestos de trabajo a cambio de indemnizaciones desproporcionadas.



Por último, garantías y sacrificios a los sindicatos, facilitando la intervención efectiva en la negociación que antecede a la adopción de medidas excepcionales aunque sin facultades que imposibiliten su efectividad, así como la integración en las comisiones de seguimiento para vigilar su aplicación, exigiendo, a cambio, mayores sacrificios en las propuestas negociadoras de los convenios colectivos y, sobre todo, en los expedientes de regulación de empleo.

A la postre, el impacto de la crisis económica en el Derecho del Trabajo, al menos entre nosotros, lo que plantea es el problema de su efectividad, esto es, el efecto social de sus normas. Esto hace que frente a la crisis económica haya existido siempre una actitud crítica en una triple dirección: la necesidad de racionalizar la normativa laboral; de introducir modificaciones sustanciales en el ordenamiento para que sea mas efectivo; y en la aparición de normas coyunturales de carácter transitorio, de la que se proyecta una excesiva dependencia.

En definitiva, hacer frente a los retos e introducir flexibilidad y seguridad en las relaciones laborales representa un desafío para los estudiosos del Derecho del Trabajo. Requiere la adaptación de los instrumentos teóricos y analíticos ante estas nuevas realidades, como condición indispensable para que el Derecho del Trabajo siga siendo un instrumento fundamental para asegurar un trabajo digno con derechos, empleo sostenible y cohesión social.

La flexibilidad probablemente implique un papel mas reducido en la legislación laboral y una demanda de un nuevo enfoque del Derecho del Trabajo, pero sin olvidarse de los valores, principios y derechos fundamentales básicos que lo acompañan haciéndolos compatibles con la flexibilidad. Particularmente, creo que con los efectos de la crisis vuelve a plantearse el reparto del papel entre la Ley y la negociación colectiva, produciéndose una revalorización del “momento colectivo”, que debe ordenarse para proporcionar efectividad y utilidad al propio Derecho del Trabajo.

Parece que estaríamos abocados así a una transformación renovadora del Derecho del Trabajo en la que tienen un papel relevante el legislador, los interlocutores sociales y los jueces. Pero también, como se ha dicho, la doctrina que tiene una responsabilidad innegable, la cual debe huir del peligro derivado del “conservadurismo intelectual” y del “coyunturalismo político”.





## LAS POLÍTICAS DE FLEXISEGURIDAD: INSTRUMENTOS JURÍDICOS.

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada.

### 1. La formulación y evolución de la noción de flexiseguridad en el debate comunitario

En noviembre de 2006, la Comisión Europea propuso un debate sobre las reformas que serían necesarias en el ámbito del Derecho del Trabajo para afrontar los retos del mercado de trabajo en el siglo XXI. Los términos del debate se situaron a través de un documento presentado por la Comisión: el Libro Verde cuyo título es *“Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”* [COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006].

Inscrito en el marco de los objetivos establecidos por la Estrategia Europea por el Empleo -en su concreción actual conocida como Estrategia de Lisboa- de crecimiento sostenible con más empleos y de mejor calidad, y partiendo de la constatación de que “los objetivos de la estrategia distan de haberse alcanzado”<sup>1</sup>, el Libro Verde plantea la “modernización” del Derecho laboral como un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas, “de forma que respondan a los retos derivados del doble impacto de la mundialización y del envejecimiento de las sociedades europeas”.

Tras la celebración de dos cumbres de política social, relacionadas con los Consejos Europeos de diciembre de 2006 y marzo de 2007, en los que se debatió el tema de la flexiseguridad, la Comisión creó un grupo de expertos para proponer “sendas de flexiseguridad”, es decir, un determinado número de características de la flexibilidad y la seguridad en la vida laboral. Sobre dicha base, la Comisión publicó una Comunicación sobre la flexiseguridad en junio de 2007 que exponía un conjunto de principios comunes, que debían incluirse en las directrices para el empleo revisadas de 2008.

En el Libro Verde se realiza un análisis de la evolución y situación actual del Derecho del Trabajo en los Estados miembros y de las medidas y acciones planteadas a nivel comunitario y sitúa luego un debate que se articula en torno a varios aspectos cuya reforma

1 Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2005/600/CE) (DOUE L 205/21, de 6 de agosto de 2005), en su Considerando 2.



se considera imprescindible para modernizar el Derecho del Trabajo: las transiciones profesionales (que es sin duda el principal eje de la pretendida reforma, en relación con el cual se propone la disminución de la protección en el trabajo –fundamentamente de la tutela frente al despido- a cambio de una seguridad en el mercado de trabajo), la inseguridad jurídica provocada por las distintas formas de trabajo atípico y la relación entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia, las relaciones de trabajo triangulares, la ordenación del tiempo de trabajo, la movilidad de los trabajadores y el control de la aplicación de la legislación laboral y el trabajo no declarado.

Pero todo el debate propuesto parte de la premisa de que “los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos”. De tal forma que, como se ha dicho<sup>2</sup>, el Libro Verde no ha abierto un debate sobre la aceptación de una política de flexiseguridad, sino que parte de ésta como política ya asumida y, a partir de ahí, plantea las posibles reformas “modernizadoras” del Derecho del Trabajo dirigidas a instrumentalizarla jurídicamente. La flexiseguridad se configura así como “un nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales”<sup>3</sup>. En principio, mediante la unión de dos términos en principio antitéticos, como flexibilidad y seguridad, se trata de plantear las nuevas relaciones entre flexibilidad en el mercado de trabajo (objetivo de las políticas laborales llevadas a cabo desde los años 80 en la mayor parte de los países europeos) y seguridad para los trabajadores afectados por dicha flexibilidad. Sin embargo, no existe una base conceptual unívoca o generalmente aceptada sobre la noción de flexiseguridad, que no es definida en el Libro Verde, sino que la da por sabida, aunque prevea un Documento, ya elaborado, que establezca unos principios comunes al respecto. Constituye un concepto cuya ambigüedad reside en su instrumentación político-jurídica, pero que refiere, en cualquier caso, a las políticas y medidas dirigidas a renovar o reformular los instrumentos garantistas jurídico-laborales a favor de los trabajadores, “trasladándolos hacia una más etérea seguridad en el mercado de trabajo”.

La novedad que aporta el Libro Verde sobre flexiseguridad no es la idea de buscar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad, objetivo ya planteado en el ámbito comunitario en anteriores documentos, sino el trazado de las bases por donde debe discurrir el futuro inmediato del Derecho del Trabajo.

En efecto, la idea de conseguir un mercado de trabajo más flexible y que permita la necesaria protección de los trabajadores se encuentra en el discurso comunitario desde 1997 y ha venido inspirando desde entonces la estrategia comunitaria sobre empleo. Desde el *Libro Blanco de la Comisión Europea de 1993*, “*Crecimiento, competitividad, empleo. Los déficits y las pistas para entrar en el siglo XXI*” (*Informe Delors*) [COM (93]

2 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”*. La Ley. Madrid, 2007, pág. 4.

3 Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (Reflexiones en torno al “Libro Verde” de las Comisión de las Comunidades Europeas)”, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 16. 2007-I, pág. 171.




700 final], diversos documentos de la Comisión Europea han venido poniendo de relieve la necesidad de hacer del empleo una de las prioridades de la Unión Europea. En todos ellos se pone de manifiesto la necesidad de una mayor flexibilidad de los mercados laborales y de la organización interna a la empresa, la flexibilidad “clásica”. Esta exigencia no se condiciona inicialmente a objetivos de “seguridad”, pero sí se establece la necesidad de una política de empleo que debería incidir particularmente en la formación permanente y la “empleabilidad” de los trabajadores. En la misma línea se sitúan el *Libro Verde sobre la política social publicado en 1993 [COM (93) 551 final]* y el *Libro Blanco de la Comisión sobre “La política social europea” [COM (94) 333 final]*.

La unión de los conceptos de flexibilidad y de seguridad en el discurso comunitario<sup>4</sup> empieza a aparecer con más claridad a partir del Libro Verde sobre una nueva organización del trabajo de 1997 [“Colaboración para una nueva organización del trabajo”. COM (97) 128 final], donde ya se plantea cómo conciliar la seguridad de los trabajadores y la flexibilidad necesaria para las empresas, considerando que un aspecto clave de la adaptación al nuevo medio ambiente de trabajo será conseguir el justo equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad. Desde 1998 las Directrices para el empleo, que se van estableciendo en desarrollo de la Estrategia Europea para el Empleo, recogen esta idea y van enriqueciéndola. Hasta el año 2002, las sucesivas tandas de directrices fueron reproduciendo el esquema aprobado en 1997, manteniendo los cuatro ejes principales sobre las cuales se estructura: mejora de la capacidad de inserción profesional, desarrollo del espíritu de empresa, fomento de la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas y refuerzo de la política de igualdad de oportunidades.

Sin embargo, la concepción de la flexibilidad y la seguridad es diferente a la que se va a imponer a partir de 2002-2003<sup>5</sup>. Hasta esa fecha se propone una flexibilidad externa a través del recurso a fórmulas contractuales flexibles (contratos de duración determinada, contratos a tiempo parcial...) junto con una flexibilidad interna en la organización de la empresa (organización del tiempo de trabajo...). La seguridad, hasta este momento, se concibe como la garantía de un mínimo de derechos a los trabajadores, particularmente el reconocimiento de un estatuto profesional más elevado para los trabajadores que prestan servicios en virtud de fórmulas contractuales más flexibles, es decir, seguridad entendida como reconocimiento de derechos a los trabajadores con contratos temporales o, en general, atípicos. En algunas Directivas adoptadas en este período se refleja este tipo de equilibrio entre flexibilidad y seguridad, particularmente

4 El debate, tanto político como académico, sobre flexibilidad y seguridad ya estaba planteado desde 1995 a raíz del memorando que al respecto llevó a cabo el Gobierno holandés y que dio lugar a la Ley holandesa de Seguridad y Flexibilidad (*Wet Flexibiliteit en Zekerheid*), siendo el sociólogo holandés Adriaansens quien acuñó el término inglés *flexicurity*. Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, op.cit., pág. 5.

5 Vid. ampliamente sobre esta evolución, Laulom, Sylvaine: “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, en Escudero Rodríguez (Coord.): *Aportaciones al debate europeo...*, op.cit., págs. 29 y sigs.



en las Directivas 91/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial, 99/70/CE sobre trabajo a tiempo determinado y Directiva 93/104/CE sobre tiempo de trabajo, que se refieren expresamente a la necesidad de aumentar el nivel de protección de los trabajadores (el beneficio de la estabilidad en el empleo; la protección de la seguridad y salud de los trabajadores; protección conveniente contra la discriminación y el despido abusivo; el disfrute de los períodos mínimos de descanso; garantía para los trabajadores vinculados por un contrato atípico la igualdad de acceso a la formación, a la asistencia sanitaria y a la protección social; introducción de procedimientos de información y consulta con los representantes de los trabajadores...) confiriendo al mismo tiempo la necesaria flexibilidad a las empresas (recurso a fórmulas contractuales atípicas; flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo; favorecimiento de las reestructuraciones de empresas...). El papel del TJCE, a través de la interpretación de estas Directivas, ha sido importante en la búsqueda de este tipo de equilibrio entre flexibilidad y protección de los trabajadores.

A partir de 2001, el equilibrio entre flexibilidad y seguridad se enmarca en el objetivo de "calidad del empleo"<sup>6</sup>, constituido como eje central, junto con el pleno empleo y la cohesión social, de las directrices para el empleo relativas al período 2003-2005. Este concepto se determina en función de diez indicadores entre los cuales se incluye la flexibilidad y la seguridad en el trabajo<sup>7</sup>, tal y como ponen de relieve las Comunicaciones de la Comisión de 2001, "*Políticas sociales y empleo: Un marco para invertir en la calidad*" [COM (2001) 313 final], y de 2003 "*Mejora de la calidad del empleo: un examen de los últimos progresos realizados*" [COM (2003) 728 final]. En ellas se establece que el indicador de la flexibilidad y seguridad en el trabajo incluye una mayor flexibilidad en lo tocante a la organización del trabajo, el tiempo de trabajo, las prácticas contractuales y la movilidad nacional o geográfica. Al mismo tiempo, la calidad debe ir acompañada de

6 La *calidad* se introdujo en los procesos de modernización del modelo social europeo preconizados por la Agenda Social Europea 2000-2005 (Consejo Europeo de Niza, 2000), convirtiéndose en la «hoja de ruta» de la política social europea (con ese objetivo se creó la Fundación Europea sobre la Calidad Social, en junio de 1997, con sede en Ámsterdam y se produjo la Declaración de Ámsterdam sobre la Calidad Social, de 10 de junio de 1997). Los estándares mínimos fijados por esta Declaración contemplan diversos ámbitos entre los cuales se sitúa el empleo. El concepto europeo de "calidad social" pretende garantizar a todos los ciudadanos de la UE todo aquello que hace que sea la vida digna de ser vivida: justicia social y seguridad, así como la participación en la vida social y económica de la Comunidad. La idea que presupone este proyecto político es la de una economía social de mercado que no vaya en detrimento de la calidad social. En relación con el empleo, se establece en esta Declaración la necesidad de anticiparse a los cambios del entorno de trabajo y sacar partido de los mismos, desarrollando un nuevo equilibrio entre la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores, lo que se ha convertido en otra orientación relevante en la UE (Agenda Social Europea, 2000-2005). Vid. sobre la Calidad Social, PEREZ MENAYO, V.: "La calidad social, un reto para la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, septiembre 2006.


7 Los diez indicadores son: calidad intrínseca del empleo; cualificaciones, formación continua y desarrollo de la trayectoria profesional; igualdad entre hombres y mujeres; salud y seguridad en el trabajo; flexibilidad y seguridad en el trabajo; inclusión y acceso al mercado laboral; organización del trabajo y conciliación entre la vida profesional y la vida privada; diálogo social y participación de los trabajadores; diversidad y no discriminación; y rendimiento general.



una seguridad adecuada para los trabajadores que garantice su integración y progresión permanente en el mercado de trabajo y fomente una mayor aceptación de los cambios<sup>8</sup>. Al respecto, se fijan como principales objetivos y estándares políticos: fomentar las actitudes positivas respecto al cambio tanto en el lugar de trabajo como en el mercado laboral en general y asegurar un apoyo adecuado para las personas que pierden su empleo o buscan otro trabajo; y fomentar el pleno uso de las capacidades y la flexibilidad en la elección de trayectorias profesionales a través de un apoyo adecuado a la movilidad profesional y geográfica, incluidos los nuevos mercados laborales europeos.

En el año 2003, en su Informe al Consejo Europeo, el Grupo Europeo de Empleo (*Informe "Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe", Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, Bruselas, 2003, Informe Wim Kok*)<sup>9</sup> observó que podría surgir un mercado de trabajo de dos velocidades, entre los trabajadores "integrados", con un empleo permanente, y los "excluidos", especialmente los desempleados, las personas desligadas del mercado de trabajo y las que cuentan con situaciones laborales precarias e informales. Se puso de manifiesto que estos últimos ocupan una "zona gris", con derechos fundamentales de los trabajadores o de protección social que pueden ser muy escasos y que generan una situación de inseguridad en lo relativo a las perspectivas futuras de empleo, lo que incide en decisiones fundamentales en su vida privada (disponer de una vivienda, fundar una familia...). En el Informe Kok se advierte que podría acentuarse el recurso a formas alternativas de empleo por falta de medidas para adaptar el contrato de trabajo clásico a fin de ofrecer mayor flexibilidad tanto a los trabajadores como a las empresas. En consecuencia, el Grupo instó a los Estados miembros a que evalúen y, si procede, revisen el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos del despido individual o colectivo o la definición de despido improcedente. Además se plantea que deberían introducirse fórmulas contractuales adecuadas a las necesidades efectivas de los empleadores y los trabajadores, remover los obstáculos a las empresas de trabajo temporal, hacer más atractivo el contrato a tiempo parcial, llevar a cabo una modernización de la organización del trabajo, promover formas de seguridad que protejan la habilidad de la gente para permanecer y progresar en el mercado de trabajo frente a la seguridad en el mismo empleo durante toda la vida. En consecuencia, se propone como medida urgente "Promover la flexibilidad combinada con la seguridad en el mercado laboral".

- 8 En este contexto, se establece en estas Comunicaciones que las autoridades públicas podrían favorecer el trabajo a tiempo parcial en los casos en los que esté poco desarrollado modificando a tal efecto la legislación en vigor y los interlocutores sociales podrían mejorar la calidad de los empleos a tiempo parcial a través de los convenios colectivos. Asimismo, se dice que es preciso evitar la aparición de un mercado de trabajo a dos velocidades, con trabajadores que se benefician de un elevado nivel de protección, por un lado, y trabajadores con condiciones de empleo precarias, por otro. Vid. *Comunicación de la Comisión "Políticas sociales y empleo: Un marco para invertir en la calidad"* [COM (2001) 313 final], y *Comunicación de la Comisión "Mejora de la calidad del empleo: un examen de los últimos progresos realizados"* [COM (2003) 728 final]
- 9 Los Jefes de Estado y de Gobierno constituyeron este Grupo de trabajo sobre empleo ante la constatación del fracaso de las políticas europeas en materia de empleo. Vid. Herráiz Martín, María Sol: "La puesta en práctica de la flexiseguridad: ¿una posición mágica para los problemas de empleo en los países de la Unión Europea?", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, n° 72, 2008, pág. 232.



## 2. El Libro Verde sobre la flexiseguridad: “Modernizar el Derecho del Trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”. De la “seguridad en el puesto de trabajo” a la “seguridad en el empleo”

La Comisión quiere situar el debate sobre flexiseguridad en el ámbito de los estados miembros, con el requerimiento de que revisen y modernicen el derecho del trabajo. El Libro Verde se basa en recientes informes sobre el empleo en Europa para poner de manifiesto que la existencia de una legislación rígida sobre protección del empleo tiende a reducir el dinamismo del mercado de trabajo, agravando las perspectivas para las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Destaca que una regulación “en los márgenes” que mantenga prácticamente intactas las normas estrictas aplicables a los contratos clásicos tiende a favorecer la segmentación de los mercados de trabajo e incide negativamente en la productividad. Además añade, sin base empírica conocida, que los trabajadores se sienten más protegidos por un sistema de ayuda al desempleo que por la legislación sobre protección del empleo, de tal manera que unos sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo.

La conclusión que el Libro Verde quiere hacer llegar a los Estados miembros, a los interlocutores sociales y a las demás Instituciones comunitarias, es la necesidad de flexibilizar o desregular algunos de los elementos básicos que configuran el Derecho del Trabajo tradicional para hacer frente a la incapacidad del sistema económico para generar más empleo y empleo de calidad. Por tanto, se hace recaer sobre el Derecho del Trabajo “cierta” culpabilidad, sobrevalorando el papel de este ordenamiento jurídico en la creación de empleo.

Como resultado de la consulta pública planteada [que recibió fuertes críticas al no haber consultado a los interlocutores sociales conforme a lo previsto en el art. 138 del Tratado CE, ya que las propuestas planteadas –recogidas en el Libro Verde– tienen claramente importantes implicaciones en el campo de la política social], la Comisión recibió 450 respuestas procedentes de diversas y variadas instituciones europeas y nacionales, públicas y privadas (Gobiernos nacionales, Gobiernos regionales, Parlamentos Nacionales, interlocutores sociales a escala de la UE y nacional, ONG, empresas concretas, académicos, asesores jurídicos y particulares). La Comunicación de la Comisión “Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión ‘Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI’”, de 24 de octubre de 2007 [COM (2007) 627 final] resume los resultados de dicha consulta pública, tratando de presentar un resumen objetivo de los diversos puntos de vista planteados, sin que la Comisión tome posición respecto a comentarios particulares ni a su exactitud.



### 3. Los principios comunes y los itinerarios de flexiseguridad para los Estados: Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”<sup>10</sup>

A diferencia del Libro Verde, en esta Comunicación se define la flexiseguridad, a través de los dos componentes de esta noción, como una estrategia integrada para potenciar, al mismo tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado. Además, se establecen los cuatro ejes de actuación de las políticas de flexiseguridad:

- *Disposiciones contractuales flexibles y fiables* (tanto desde la perspectiva del empleador como de los trabajadores, tanto “los que están dentro” como “los que están fuera”) mediante una legislación estatal, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos.

El presupuesto del que se parte es el efecto perjudicial para el empleo que tiene una legislación laboral protectora, aún reconociendo sus efectos positivos en relación con la formación y la productividad de los trabajadores. De tal forma que una legislación estricta de protección del empleo contra los despidos por razones económicas reduce el número de despidos, pero también las posibilidades de reinserción en el mercado laboral tras períodos de desempleo, ya que los empresarios, al decidir la conveniencia de contratar o no nuevos trabajadores, tienen en cuenta la probabilidad de incurrir en el futuro en altos costes por despido. Esto es particularmente pertinente en el caso de las pequeñas empresas. Además, pueden repercutir en perjuicio de aquellos grupos que encuentran mayores obstáculos para acceder al mercado laboral, como los jóvenes, las mujeres, los trabajadores de más edad y los desempleados de larga duración. El resultado es la segmentación del mercado laboral que la flexiseguridad trataría de resolver.

- *Estrategias globales de aprendizaje permanente*, con la finalidad de garantizar la adaptabilidad y la empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables.

Se pone de relieve la importancia cada vez mayor de este factor tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores, pero, al mismo tiempo, se destaca la falta de inversión en formación respecto de los trabajadores poco cualificados, los trabajadores con contratos temporales, los autónomos y los de más edad. Uno de los factores que puede disuadir a las empresas de invertir en el desarrollo de las capacidades es el temor a que, una vez formados, sus empleados

10 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 4 de julio 2007 [COM (2007) 359 final].



puedan ser contratados por otras empresas. De ahí que una de las medidas propuestas sea el reparto de los costes, mediante la asignación de fondos a escala sectorial. Son necesarias estrategias globales de aprendizaje permanente que sean inclusivas, para lo que es necesario contar con la participación activa de gobiernos, interlocutores sociales, empresas y trabajadores

- *Políticas activas del mercado laboral eficaces*, que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo.
- *Sistemas de seguridad modernos* que ofrezcan un apoyo a lamenta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Se incluyen aquí un conjunto de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permitan a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares.

Estos dos últimos ejes son fundamentales para que una estrategia de flexiseguridad funcione: se debe equilibrar la garantía de la seguridad de los ingresos, que ofrece el sistema de prestaciones de desempleo, con una estrategia de “activación” adecuada encaminada a facilitar la transición al empleo y a impulsar el desarrollo de la carrera. Se parte del presupuesto de que los trabajadores prefieren (“se sienten mejor protegidos”) unas prestaciones de desempleo adecuadas mas que una estricta protección contra al despido; igualmente, las políticas activas del mercado laboral contribuyen a que los trabajadores se sientan más seguros.

Se desarrollan los “principios comunes de flexiseguridad”, con la finalidad de constituir una referencia útil para lograr unos mercados de trabajo más abiertos y con mayor capacidad de respuesta y unos lugares de trabajo más productivos. Su objetivo es ayudar a los Estados miembros a establecer y aplicar estrategias de flexiseguridad que tengan plenamente en cuenta sus respectivos desafíos específicos, así como las oportunidades y circunstancias particulares, reclamando para ello la participación activa de los interlocutores sociales.

Para ayudar a los países a superar los desafíos típicos que pueden surgir en la implementación de la flexiseguridad se establecen unos “itinerarios de la flexiseguridad”, configurando una serie de combinaciones y secuencias “tipo” de los componentes estratégicos de la flexiseguridad. Se describen cuatro itinerarios-tipo, que no reflejan la situación concreta de ningún país específico, pero que cada uno de ellos, o la combinación de algunos, aborda retos específicos que son pertinentes para varios Estados miembros:

El primer itinerario se propone para “abordar la segmentación contractual”. Se considera interesante para los países en los que el principal desafío es la segmentación del mercado laboral, con trabajadores que están dentro de él y otros que quedan fuera del mismo. Su objetivo es distribuir de una manera más uniforme la flexibilidad y la seguridad entre la mano de obra, introduciendo ciertas mejoras en la protección de los contratos



precarios y redefiniendo los términos del contrato por tiempo indefinido. Se plantearía un nivel básico de protección del puesto de trabajo con una progresión de carrera hasta obtener la “plena” protección. Iría acompañado de una flexibilización de las normas sobre despidos por razones económicas, junto a mejoras en cuanto al aprendizaje permanente, las políticas activas del mercado laboral y los sistemas de seguridad social. Su objetivo sería proporcionar puntos de acceso al empleo a los recién llegados e impulsar su progresión hacia modalidades contractuales más ventajosas.

El segundo itinerario se propone para “desarrollar la flexiseguridad en el seno de las empresas y ofrecer seguridad durante los períodos de transición”. Se considera interesante para aquellos países en los que los flujos de empleo son relativamente bajos, en los que predominan grandes empresas que ofrecen niveles elevados de protección del puesto de trabajo. Permitiría aumentar las inversiones en empleabilidad a fin de permitir que los trabajadores puedan actualizar continuamente sus capacidades en la empresa y estar así mejor preparados para los desafíos del futuro en cuanto a métodos de producción u organización del trabajo. Este itinerario supera también la noción de un puesto de trabajo y un empleador particulares al establecer sistemas que garantizan transiciones seguras y fructíferas entre empleos en caso de reestructuraciones de empresas y despidos. Se trataría de introducir medidas de flexibilidad, fundamentalmente en los despidos para que sean menos costosos y requieran menos tiempo, y de incrementar sensiblemente las inversiones en aprendizaje permanente y mejorar las políticas activas del mercado laboral.

El tercer itinerario incide particularmente en “las diferencias entre la mano de obra en cuanto a capacidades y oportunidades”. Se prevé para los países en los que el principal desafío es la existencia de diferencias marcadas entre la población en cuanto a capacidades y oportunidades. Su objetivo sería promover oportunidades que permitan a personas poco cualificadas acceder al empleo y desarrollar sus capacidades con el fin de lograr una posición sostenible en el mercado laboral. Se considera necesario fundamentalmente mejorar la formación tanto en el sistema educativo como en el trabajo.

El cuarto itinerario se dirige a “mejorar las oportunidades de los beneficiarios de prestaciones y de los trabajadores no declarados”. Se destina a los países que en su pasado reciente han sufrido una importante reestructuración económica y que, en consecuencia, cuentan con un elevado número de beneficiarios de prestaciones sociales a largo plazo cuyas perspectivas de reinserción en el mercado laboral son escasas. Su finalidad sería mejorar las oportunidades de los beneficiarios de prestaciones e impulsar el cambio del empleo informal al formal mediante el desarrollo de políticas activas del mercado laboral y sistemas de aprendizaje permanente eficaces y el establecimiento de un nivel adecuado de prestaciones de desempleo.

#### 4. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI<sup>11</sup> y los Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo sobre la flexiseguridad<sup>12</sup>: La flexiseguridad garantista

Tras la publicación del Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Modernización del Derecho del Trabajo, otras instituciones europeas se pronunciaron sobre la necesaria modernización del Derecho del Trabajo sobre la base de las propuestas de la Comisión Europea:

- Por un lado, el Parlamento Europeo emanó su Resolución “Reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI” de 11 de julio de 2007.
- Por otro lado, el Comité Económico y Social Europeo expresó su posición sobre la flexiseguridad a través de dos Dictámenes. El primero se centra fundamentalmente en el Libro Verde sobre la modernización del Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, y el segundo tiene como objetivo más concreto analizar el papel de la flexibilidad interna y del diálogo social en el marco de la flexiseguridad.

El modelo que se refleja en estos documentos difiere en gran medida del planteado por la Comisión Europea, y se sitúa en una línea, como luego se verá, de “garantismo flexible”. Tanto el Parlamento Europeo como el Comité Económico y Social (también el Comité Europeo de las Regiones) expresan sus discrepancias frente al Libro Verde, tanto de procedimiento como de concepto.

Los diagnósticos sobre la situación actual del empleo y de los mercados de trabajo no difieren, como no podía ser de otra manera, de los que se hacen en el Libro Verde y la definición de objetivos (flexibilidad y seguridad y objetivos de crecimiento sostenible)<sup>13</sup> son también equivalentes “por esa misma inevitabilidad”. Sin embargo, difieren sustancialmente del Libro Verde al establecer la necesidad de preservar el “Modelo social

11 Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007 [2007/2023 (INI)].

12 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde –Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (2007/C 175/17. DO 27.7.2007) y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La flexiseguridad (dimensión de la flexibilidad interna – la negociación colectiva y el papel del diálogo social como instrumentos para la regulación y reforma de los mercados de trabajo)” (2007/ C 256/20. DO 27.10.2007).

13 “La modernización del Derecho laboral, donde proceda, para tener en cuenta el necesario aumento de la flexibilidad que piden tanto los empresarios como los trabajadores, así como el deseo de una mayor seguridad para los trabajadores, es uno de los elementos que garantizarán la capacidad de adaptación tanto de los empresarios como de los trabajadores, reforzando así los valores del modelo social europeo” (Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del derecho laboral ante los retos del siglo XXI, Considerando A).



Europeo” y de reforzar el papel de los interlocutores sociales en todo este proceso. Además, reafirman que “siguen siendo válidos los principios básicos del Derecho laboral que han evolucionado en Europa” y, por tanto, rechazan que el Derecho del Trabajo “clásico” sea “culpable” de la crisis del empleo en la Unión Europea.

Frente a la posición unilateralmente economicista que se refleja en las propuestas de modernización del Derecho laboral del Libro Verde, reprochan a la Comisión el completo olvido del histórico papel protector y emancipador del Derecho laboral en sentido amplio, incluido el surgido de los convenios colectivos.


Consideran una visión reductora inaceptable considerar al Derecho laboral protector un obstáculo al crecimiento y al empleo, que supondría dejar reducido el Derecho laboral a un simple instrumento de política del mercado laboral o a una variable económica. Por el contrario, entienden que debe reafirmarse el papel fundamentalmente protector y emancipador del Derecho laboral y garantizarse mejor su aplicación para impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores, teniendo en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico.

## 5. El concepto de flexiseguridad

La flexiseguridad se concibe, en su versión más simplificada, como la necesidad de buscar un equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas con la seguridad exigida por los trabajadores, bajo la idea de que la flexibilidad y la seguridad no son nociones contradictorias, sino que pueden, y deben, apoyarse mutuamente. El término inglés “flexicurity”, integrando esos dos conceptos aparentemente antitéticos fue acuñado por el sociólogo holandés Adriaansens, proponiendo una política que permitiera integrar la flexibilidad con la garantía de una mayor seguridad para los afectados por dicha flexibilidad (referida fundamentalmente al aumento de la contratación temporal y a la reducción de la protección del despido)<sup>14</sup>. Pero la definición mayoritaria la propuso Wilthagen, configurando la flexiseguridad como una “estrategia política que tiende de manera sincrónica y deliberada a mejorar la flexibilidad de los mercados laborales, de la organización del trabajo y las relaciones laborales, aumentando al mismo tiempo la seguridad, seguridad del empleo y seguridad de la protección social a favor de los grupos que se encuentran en y fuera del mercado laboral”<sup>15</sup>. Pero, como fácilmente se puede advertir a partir de esta definición, el concepto de flexiseguridad presenta contornos aún no precisados y justamente esa precisión constituye los términos del debate, puesto que la política de flexiseguridad en sí misma está ya plenamente aceptada en el ámbito de la UE, en el ámbito de los Estados miembros y entre los interlocutores sociales.

14 Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, op.cit., pág. 5.

15 Cfr. Wilthagen, F. y Tros, F.: “The concept of ‘Flexicurity’: a new Approach to Regulating Employment and Labour Markets”, *Transfer*, Vol. 10, núm. 2, 2004, citado por Sylvaine Laulom: “El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad”, en Escudero Rodríguez (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario...*, op.cit., pág. 31.



El concepto es lo suficientemente vago e impreciso para permitir diversas interpretaciones del mismo y distintos niveles de equilibrio (combinaciones) entre sus dos componentes. En su configuración están presentes diversas opciones políticas, de tal modo que la instrumentación política y jurídica de la flexiseguridad puede dar lugar a diversos modelos, neoliberal o de garantismo social. Se parte, como modelo emblemático del sistema de flexiseguridad, del llamado “triángulo de oro” danés (escasa protección del empleo, prestación de desempleo muy generosa y política de empleo muy activa), pero junto a éste, considerado generalmente de corte social-demócrata, existen otros modelos tipificados de flexiseguridad (como el holandés o ejemplos parciales que han ido implantando en otros países) y modelos planteados desde diversas instancias (el modelo que plantea el Comité Económico y Social Europeo, o el planteado por la Confederación Europea de Sindicatos) que presentan diferencias importantes.

Desde los años 80 y, de modo más acelerado, desde los 90, las reformas laborales han estado dominadas por la idea de flexibilidad, considerada como el instrumento necesario para permitir la adaptabilidad de las empresas a las exigencias derivadas de la competitividad y la globalización (las nuevas formas de organización de las empresas, la rapidez de los avances tecnológicos, la intensificación de la competencia derivada de la mundialización) y, en consecuencia, permitir el crecimiento y el empleo. Como señala Martin Carnoy<sup>16</sup>, “la intensificación de la competencia mundial presionó a las empresas de los países desarrollados para que aumentaran su competitividad y, por tanto, para que reorganizaran el trabajo con el fin de lograr una mayor productividad o menores costes de producción (y frecuentemente ambas cosas)”, de forma que se constata como la mayor competencia presiona, por un lado, a los gobiernos nacionales para que reduzcan la protección y hagan más eficientes sus industrias y, por otro lado, las empresas se transforman al buscar formas de aumentar la productividad y reducir el coste del trabajo<sup>17</sup>. Las nuevas características de la competencia económica (tanto nacional como global), y su intensificación, han provocado una utilización mucho más flexible de la fuerza de trabajo que, junto a los procesos de deslocalización, ha tenido como consecuencia una enorme crisis del empleo y unos, ya conocidos, graves procesos de segmentación y de precarización del mercado de trabajo, con un alto nivel de inseguridad y de desprotección de los trabajadores con empleo flexible<sup>18</sup>.

16 Cfr. Carnoy, Martin: *El trabajo flexible en la era de la información* (Prólogo de Manuel Castell). Alianza Editorial. Madrid, 2007, págs. 89-90.

17 Vid. Carnoy, Martin: *El trabajo flexible...*, op.cit., págs. 79 y sigs.

18 Vid. Miguélez Lobo, Faustino: “Flexiseguridad, bienestar y cohesión social”, en RTAS. Seguridad Social. Nº Extraordinario 2007, sobre el significado de la crisis del empleo: “En el interior de los países la cara de la crisis se llama flexibilización del empleo; hacia el exterior la cara tiene el nombre de deslocalización (que es contar con la posibilidad de producir flexiblemente desde otros países) (...) Lo que prevalece es que las empresas quieren controlar las incertidumbres que provienen de las nuevas características de la competencia –sea nacional sea global- y dado que no son tan controlables ni el mercado ni las tecnologías, el peso más importante de incertidumbre se desplaza hacia la fuerza de trabajo haciendo su uso mucho más flexible, es decir, menos incierto para la empresa. Flexibilizar y deslocalizar quiere decir poder controlar en cada momento la cantidad y la intensidad de la fuerza de trabajo que se utilizará y las condiciones en que se hará. Como consecuencia muchos empleos dejan de tener confiabilidad de garantizar un nivel de vida normal, es decir, se precarizan”.



En el Libro Verde sobre la “Modernización del Derecho del Trabajo”, la flexiseguridad se concibe aparentemente como una respuesta a esta situación y como una respuesta a la crisis del empleo, situando este concepto en el centro de la Estrategia Europea por el Empleo (lo que supone el reconocimiento de un cierto fracaso de la misma), como un instrumento para conseguir una mayor adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas. La adaptación a los desafíos de la globalización económica, al desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, al envejecimiento de la población, a los elevados niveles de desempleo y a la segmentación de los mercados laborales requiere, según el Libro Verde y la Comunicación sobre los principios comunes de la flexiseguridad, “un mercado laboral más flexible acompañado de niveles de seguridad que permitan abordar simultáneamente las nuevas necesidades de empleadores y empleados”. El establecimiento de estas nuevas relaciones entre flexibilidad y seguridad estaban ya presentes en algunos documentos comunitarios (vid. supra), pero su configuración actual parte fundamentalmente de su puesta en práctica en algunos países europeos desde la década de los 90, Holanda primero (Ley de Flexibilidad y Seguridad de 1999) y particularmente Dinamarca.

Tanto la flexibilidad como la seguridad son conceptos multidimensionales. En su concepción tradicional, suelen identificarse cuatro modelos de flexibilidad<sup>19</sup>:

- Flexibilidad numérica externa, que se refiere a la capacidad de la empresa de adaptar el volumen de la mano de obra a las exigencias productivas, basándose en la facilidad de contratación (contratos temporales) y facilidad de despido.
- Flexibilidad numérica interna, que permite hacer frente a las exigencias de la producción en cada momento a través de la ordenación del tiempo de trabajo.
- Flexibilidad funcional interna, referida a la posibilidad de organizar el trabajo a través de la movilidad funcional de los trabajadores, las polivalencias y las rotaciones funcionales, así como la posibilidad de modificar las condiciones y el contenido de la relación de trabajo.
- Flexibilidad funcional externa, a través de la utilización de las técnicas de descentralización productiva y externalización de la producción (subcontratación, trabajo a través de empresas de trabajo temporal, trabajo autónomo...).
- También se puede añadir la flexibilidad salarial, introduciendo sistemas de dos niveles o tendiendo a reducir o reemplazar el salario base con la retribución variable por productividad o rendimiento.

19 Según los modelos propuestos por T. Wilthagen en “Flexicurity –A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?”, Berlin: WZB Discusión Paper, FSI, 1998, y Wilthagen, T. y Tros, F.: “The concept of ‘Flexicurity’: A new Approach to Regulating Employment and Labour Markets”, *Transfer –European Review of Labour and Research*, 10 (2), 2004. De modo similar, J. Atkinson (*Flexibility Uncertainty and Manpower Management*, IMS Report nº 89, 1984. Brighton: Institute of Manpower Studies), en su modelo de empresa flexible distingue cuatro formas diferentes de flexibilidad: la flexibilidad numérica, la flexibilidad de la jornada laboral, la flexibilidad funcional y la flexibilidad salarial.

Pero el carácter más innovador planteado en los últimos años es la vinculación de esas distintas formas de flexibilidad con diversas formas de seguridad<sup>20</sup>:

- Seguridad en el puesto de trabajo (seguridad del empleo), referida a la permanencia en el mismo puesto de trabajo, mediante normas de protección del empleo (por ejemplo, normas protectoras frente al despido).
- Seguridad en el empleo (seguridad o capacidad de empleo), que implica la seguridad de permanecer empleado pero no en el mismo puesto de trabajo. Se refiere sobre todo a la capacidad o expectativa de conseguir un nuevo empleo, fundamentalmente a través de las políticas activas de empleo.
- Seguridad de los ingresos, referida a la garantía de unos ingresos suficientes a lo largo de la vida. Está relacionada con tener garantizada una renta o unos ingresos en caso de desempleo, enfermedad, accidente..., y, por tanto, hace referencia a los sistemas públicos de protección social.
- Seguridad combinada, o seguridad de conciliación, referida a la posibilidad de poder combinar períodos de vida laboral con otras actividades privadas y familiares (bajas por maternidad, trabajo no remunerado en el sector del voluntariado, programas de jubilación, etc.).

Como fácilmente se puede advertir, caben diversas combinaciones entre esas distintas dimensiones de la flexibilidad y de la seguridad, y de ellas se derivará un determinado modelo de flexiseguridad. El concepto de flexiseguridad puede ser entendido como una respuesta a los efectos negativos de la flexibilidad, aceptando la necesidad de cierto grado de flexibilidad desde una perspectiva favorable tanto a las empresas como a los trabajadores. Desde un punto de vista negativo, "la flexiseguridad se opone a la flexibilidad insegura (flex-insecure), a la seguridad inflexible (inflex-secure), y a la inflexibilidad

20 Vid. Per Kongshoj Madsen: "Flexiseguridad. ¿Un nuevo programa para la reforma del mercado laboral en Europa?". *Boletín Económico del ICE*, N° 2950, del 16 al 31 de 2008, págs. 17-18; también Laulom, Sylvaine: "El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad", op.cit., págs. 30-31, y Loi, Pera: "La función del riesgo en el paso de la seguridad a la "flexiseguridad", en Escudero Rodríguez (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario...*, op.cit., pág. 77; todos ellos sobre la base de las construcciones de Wilthagen, T. en "Flexicurity – A New Paradigm for Labour Market Policy Reform?", op.cit. y Wilthagen, T. y Tros, F.: "The concept of 'Flexicurity'...", op.cit. Vid. también Dictamen del CESE sobre la flexibilidad interna y el diálogo social. A partir del Informe "Por un trabajo decente" presentado por el Director General de la OIT, en su Asamblea anual de 1999, se pueden delimitar las siguientes formas de seguridad: seguridad en la ocupación (protección contra los despidos abusivos y estabilidad de la ocupación compatible con una economía dinámica); seguridad profesional (posibilidad de valorar la propia profesión, formando una reconocible y estable identidad profesional); seguridad sobre los lugares de trabajo (comprende la protección frente a los riesgos profesionales gracias a una adecuada protección en materia de seguridad y salud, que prevea también límites respecto a los horarios, las horas extraordinarias y el estrés laboral); seguridad salarial (mantenimiento de rentas adecuadas para garantizar al trabajador y a su familia la cobertura de las necesidades humanas); seguridad de representación (que se refiere a la posibilidad de expresión colectiva en el mercado de trabajo gracias a sindicatos libres e independientes); seguridad previsional (posibilidad de garantizar a través del trabajo una renta que permita mantener, después de la salida del trabajo, un nivel de vida comparable al precedente. Vid. Gallino, L.: *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*. Edit. Laterza, Bari, 2007, págs. 79-80



insegura (inflex-insecure)”<sup>21</sup>. Es decir, podría constituir la búsqueda de un verdadero equilibrio entre flexibilidad y seguridad para empresas y para trabajadores. El problema será siempre cómo se implemente esta flexiseguridad.

La Comunicación de la Comisión sobre los principios comunes de la flexiseguridad define a ésta como “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”:

- El primer componente, la flexibilidad, se define de manera positiva, como avance conseguido, haciendo referencia a las “transiciones” en el curso de la propia vida, es decir, en referencia a los “ciclos vitales” (“del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación”). Es una visión positiva de la flexibilidad como progresión hacia mejores empleos, a la movilidad ascendente, al desarrollo óptimo del talento y a facilitar la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas. Tratando de vencer resistencias, la Comunicación expresamente señala que la flexibilidad no se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir y no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos.
- El segundo componente, la seguridad, va referido no a la seguridad de conservar el propio puesto de trabajo, sino al progreso de las personas con las capacidades necesarias en su vida laboral, a la ayuda a encontrar un nuevo empleo, a prestaciones de desempleo adecuadas para facilitar las transiciones y a las oportunidades de formación para todos los trabajadores, especialmente los poco cualificados y los de más edad.

El modelo de flexiseguridad que se plantea por la Comisión en el Libro Verde se centra fundamentalmente en la combinación entre flexibilidad numérica externa (flexibilidad en la contratación laboral y en el despido) y la seguridad en el empleo, planteando así un intercambio de tutelas (seguridad) que se basa en el desplazamiento de la seguridad del contrato de trabajo (del ordenamiento laboral) al mercado del trabajo y a los mecanismos de seguridad social. Con ello, el modelo propuesto por el libro verde trata de suprimir o de trasladar al plano de otras políticas los instrumentos garantistas (jurídico-laborales) a favor de los trabajadores; los traslada a otros ámbitos externos, hacia una más etérea “seguridad en el mercado de trabajo”.

21 Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer: “Flexiseguridad: el debate europeo...”, op.cit., pág. 9.





# CRISIS ECONÓMICA Y REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICO-SOCIAL DEL TRABAJO: CRÍTICA DE LA OPCIÓN NEOLIBERAL.

D. José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo.  
Universidad de Granada.

## Sumario

- I. CRISIS ECONÓMICA Y REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICO-SOCIAL DEL TRABAJO: PERSPECTIVA DE CONJUNTO.
- II. ESTRATEGIAS DE “AJUSTE” Y “REESTRUCTURACIÓN” Y “FLEXIBILIDAD LABORAL”.
- III. LA POLÍTICA EUROPEA DE “MODERNIZACIÓN” DEL DERECHO DEL TRABAJO. LA REFORMA SOCIAL DESDE EL GARANTISMO FLEXIBLE FRENTE A LA OPCIÓN LIBERALIZADORA

*“Somos como marineros que tienen que reconstruir su barco en altamar, sin poder desmantelarlo en un puerto y reconstruirlo de mejores componentes”.*

Otto Neurath<sup>1</sup>

## I. Crisis económica y revisión de la constitución democrático-social del trabajo: perspectiva de conjunto

De nuevo una crisis económica remueve los cimientos del orden económico y de la constitución social del trabajo. La economía capitalista no es una máquina perfecta, cíclicamente se verifican sus disfuncionalidades. La crisis económica actual hace pasar de la supuesta post-modernidad al replanteamiento crítico de los grandes problemas de la Modernidad. Es necesaria una especial atención a los “hechos” y, después, a su “calificación”. Es pertinente adoptar una perspectiva preferentemente de política del Derecho, superando el simple análisis funcionalista –y su lógica de racionalización funcionalista– y enriquecer el discurso a través de una teoría crítica –y su lógica de

1 NEURATH, O.: *Philosophical Papers 1913-1946*, edición y traducción al inglés de Robert S. Cohen y Marie Neurath, Dordrecht, J. Reidel Pub. Co., 1983, pág.48.



racionalización garantista<sup>2</sup>. La crisis económica actual nos hace pasar de la supuesta post-modernidad al replanteamiento crítico de los grandes problemas de la Modernidad. Es una crisis compleja, pues constituye o representa al mismo tiempo una crisis económica del capital y una crisis política del Estado intervencionista (gobierno de la economía, poniendo a prueba los límites del control democrático de la economía) y del propio trabajo. La crisis abre un período de conflictos económico-sociales y políticos, pero también una fase de autorreflexividad y de posible innovación institucional. De ahí que la reflexión sobre la crisis y sus consecuencias se ha de hacer atendiendo tanto a criterios económicos (eficiencia en el uso de los recursos, rentabilidad, crecimiento y estabilidad) como a criterios político-jurídicos (igualdad, libertad y democracia; y, en general, la dimensión valorativa).

En el Derecho del Trabajo siempre ha existido una fuerte tensión entre la racionalidad económica y la racionalidad social. Esa tensión se hace más manifiesta, y crítica, en la coyuntura de crisis. La crisis económica es una constante en el Derecho del capitalismo organizado (“capitalismo intervenido”)<sup>3</sup>, y en particular del Derecho del Trabajo, el cual es un instrumento de organización jurídica de las relaciones del capital y del trabajo y de la distribución del producto social.

La crisis económica se traduce en una “crisis del empleo”. El empleo –que ya es en sí un bien escaso en las sociedades desarrolladas, y que por ello es necesario repartirlo-, se reduce; se amortizan puestos de trabajo, a menudo acompaña a la reestructuración y al cierre de empresas. La crisis de la empresa es así una “crisis del empleo”. Hugo Sinzheimer lo había advertido lúcidamente en la crisis mundial –y no sólo europea- de la década de los veinte del siglo pasado<sup>4</sup>. El Derecho del Trabajo, como sector diferenciado del ordenamiento jurídico general del capitalismo, ha estado siempre marcado por las crisis cíclicas del sistema económico capitalista<sup>5</sup>. El Derecho del Trabajo asume una función

- 
- 2 El enfoque *funcional* viene presidido por una suerte de “naturalización” de la economía, cuya evolución impulsaría los cambios necesarios para su gobernabilidad política. Pero, evitando el fatalismo de la adaptación del sistema jurídico a la evolución económica ineluctable, cabe señalar que las diversas trayectorias de los países desarrollados ponen de manifiesto que los resultados de un sistema económico pueden depender de las decisiones político-sociales y de la lucha social. Dicho en otras palabras: los modos de regulación de la economía pueden ser concebidos como formas institucionales de conflictos de clases y no como una mera conformación funcional de la dinámica de funcionamiento de la economía. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996, págs.107-108; ID.: “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm.37 (2007), págs.11 y sigs.
  - 3 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo. El Derecho de la economía”, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed.Comares, 2001, y la bibliografía allí citada.
  - 4 Véase SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y el Derecho del Trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. y estudio preliminar de Felipe Vázquez Mateo, Madrid, MTSS, 1984.
  - 5 De ahí el acierto en afirmar que la crisis económica ha sido un compañero de viaje del Derecho del Trabajo. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en el *Boletín Informativo de la Inspección de Trabajo*, núm. 4 (1983), págs.49 y sigs.; recogido después en la recopilación, *Derecho del Trabajo y razón crítica*, Salamanca, Universidad, 2004, págs.29 y sigs.




no sólo social sino también económica, presenta en su mismo núcleo una tensión de racionalidades y bajo condiciones capitalistas de producción tiende a primar la lógica económica (lógica de la necesidad) sobre la lógica social (lógica de la solidaridad y de la justicia social).

El papel del Derecho del Trabajo ha sido complejo y multívoco. Su funcionalidad tradicional ha sido la de buscar un equilibrio de intereses *en* el trabajo como relación social de tipo económico, y en tal sentido ha establecido garantías del trabajador en el empleo, protegiendo y fomentando su creación, y ha tutelado el poder de dirección y reestructuración de la empresa, su rentabilidad y movilidad. También en la vertiente de la Seguridad Social ha tratado de proteger a las personas en situación de necesidad fuera los mecanismos del mercado. En la coyuntura presente se le viene exigiendo que extienda, además, sus tutelas protegiendo a la *persona* del trabajador en las “transiciones” profesionales (de un trabajo a otro, y a menudo con condiciones profesionales distintas: trabajador por cuenta ajena a trabajador por cuenta propia, y viceversa) y rotaciones profesionales (incluso dentro de la misma condición profesional). Se le pide que instrumente no solo un “estatuto del trabajador en el empleo”, sino también un “estatuto de la persona del trabajador en el mercado de trabajo”, dado el carácter cambiante y contingente del empleo (entendido como “ocupación”).

Todas estas intervenciones comportan la introducción de un componente estatutario en las relaciones de trabajo, consagrando derechos sociales de desmercantilización. Pero esas intervenciones reguladoras implican también la protección de la racionalidad empresarial (“justificado motivo” empresarial para modificar, suspender o extinguir las relaciones de trabajo; y la atribución de poderes directivos y de re-organización permanente –normal y excepcional- del complejo empresarial). Las consecuencias positivas de la estabilidad y pacificación son innegables, pero esas garantías jurídico-sociales entrañan igualmente penetrantes limitaciones a la autonomía decisoria de los empresarios (fijación heterónoma de condiciones mínimas de trabajo, concurrencia legítima de poderes colectivos de intervención de la representación de los trabajadores, y una afectación –más o menos intensa- de costes empresariales (derivadas de los derechos sociales de prestación a cargo del empleador y de los efectos compensadores de la incidencia de las medidas de reestructuración sobre la posición jurídica del trabajador).

A las “viejas” (clásicas) respuestas del Derecho del Trabajo, a las transformaciones económicas, se añaden nuevas propuestas de *gestión del cambio*, y no sólo coyuntural sino de índole estructural y como tales de largo alcance. En esta última dirección de política del Derecho se propone una “Modernización” del Derecho del Trabajo (“*Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006; y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final). Por lo tanto, más allá de las propuestas en curso –que se hacen más “visibles” por su materialización más cercana e inmediata-, lo que se plantea a través del reclamo del neologismo



“flexiseguridad” es directamente un cambio de orientación y de modelo de Derecho del Trabajo. Donde lo que está en juego, y subyace, es la sustitución progresiva de un modelo de Derecho del Trabajo garantista (basado en el “garantismo flexible”) por un Derecho del Trabajo “liberalizador” (basado en un garantismo “debilitado” o débil); y con ello un desplazamiento de la “constitución democrático-social del trabajo” (propia del constitucionalismo social y de su forma política el Estado social) por una diversa “constitución “liberalizadora” (liberista) del trabajo (propia de una constitución liberal y su forma política emergente de Estado “post-social” o, como he denominado en otra ocasión, un “Estado de competencia económica” o “Estado de mercado”, es decir, al servicio del funcionamiento del mercado y de la competitividad de las empresas).

Los Documentos comunitarios (“Libro Verde”; “Comunicación sobre la flexiseguridad”, o los que se aludirá después), proponen una “modernización” –una revisión a fondo del modelo actual de Derecho del Trabajo. En realidad, eufemismos aparte, lo que se propone abiertamente no es una simple “modernización” o “adaptación” a los cambios en curso, sino más radicalmente un “cambio” de modelo. Lo cual exige “des-construir” gradualmente el vigente (el del “garantismo flexible” con sus equilibrios internos entre Ordenación Normativa Estatal y Negociación colectiva) y sustituir por otro de naturaleza (función y estructura) distinta, orientado a la maximización de la flexibilidad laboral y del rendimiento empresarial (Es el Derecho Flexible del Trabajo estricto o liberalizador). Al modelo garantista de Derecho del Trabajo se acusa (a pesar de todas las reformas flexibilizadoras que se han venido realizando en las dos últimas décadas) de “rigidez” institucional y a las organizaciones profesionales (sindicatos y asociaciones de empresarios) de estar ancladas en un “garantismo flexible” transnochado y obsoleto. Al marco jurídico-institucional y a los sindicatos se les “culpabiliza” de las anomalías del mercado (y no sólo del mercado de trabajo, sino del mercado en general).

Es cierto que flexibilizar los costes del trabajo no equivale necesariamente a postular la reducción de los salarios a percibir por el trabajador. Caben, sin duda, diversos modelos de flexibilidad de “costes” o flexibilidad salarial. Pero lo que se propone actualmente desde el lado conservador es la reducción del garantismo salarial (se cuestiona no sólo los incrementos salariales y sus criterios de fijación, sino la figura central del salario mínimo interprofesional).

Es cierto que flexibilizar las modalidades de contratación y las modalidades extintivas, especialmente el despido- no equivale necesariamente a postular el despido libre. Caben, como se verá después, distintos modelos de flexibilidad, interna y externa. Pero lo que se propone es la facilitación de la contratación (lo que encubre una facilitación de la extinción del contrato de trabajo, dada la unidad sistémica entre flexibilidad de entrada y flexibilidad de salida) y se cuestiona nada más ni menos que el principio de “justificado motivo” en la contratación y en la extinción de los contratos de trabajo, por un lado, y por otro, la reconducción sistemática de las extinciones contractuales en la dirección de un proceso de individualización (extinciones individuales en masa) de extinciones de contratos por causas empresariales que obedecen de suyo a una racionalidad colectiva que, sin embargo, es “neutralizada” en la procedimentalización de los despidos. El trasfondo del proceso conduce a un desconocimiento sistemático de



la lógica de la acción colectiva y del “interés colectivo” que está en juego en las crisis empresariales y en los procesos de reestructuración de plantillas (y que se manifiesta, entre otros espacios típicos para la organización de lo colectivo y su gestión, en los Expedientes de Regulación de Empleo; EREs.). Parece “molestar” no sólo la autoridad laboral (y no sólo su decisión, sino su simple intervención mediadora y de control); parece “molestar”, en no menor medida, la intervención de los sindicatos y representaciones colectivas del trabajo. “Lo colectivo” se hace excedentario del gobierno de las crisis empresariales. Y sin embargo, la *gestión consensuada* de los procesos de reestructuración empresarial es la apuesta más firme del marco todavía vigente comunitario (Directivas comunitarias de reestructuración) y nacional (modelo de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y modelo de la Ley Concursal).

El inmovilismo no es tampoco la solución eficiente, porque el sistema de garantías presenta funcionalidades y disfuncionalidades<sup>6</sup>. Por lo demás, todo Derecho ha de ser flexible –en el sentido de adaptable a los cambios en curso-, su rigidez sería contraria a la efectividad de sus formas institucionales. Funcionalidades, sin duda, representan la estabilidad en el empleo y sus ventajas para el ciclo de vida del trabajador y para productividad. La estabilidad como referente para las protecciones sociales y como elemento de productividad e integración del trabajador en la empresa. Pero también se le ha imputado la generación de disfuncionalidades. Señaladamente, la rigidez e inadaptación a las nuevas formas de organización empresarial y los modos de trabajar; que en ambos casos serían más flexibles y demandaría –se dice- un marco jurídico-institucional igualmente más flexible.

Ante esa situación ambivalente caben diversas opciones de política del Derecho respecto a la necesidad contrapuesta de introducir ajustes del modelo o de atender a las consideradas exigencias de cambio del mismo modelo. La primera tesis es la flexibilidad de adaptación inherente al “garantismo flexible” (apostando por el contrato estable y una cierta flexibilización del despido o contención de su coste económico sin merma de los derechos del trabajador); la segunda tesis es la flexibilidad neoliberal que pretende una liberalización del trabajo (y por tanto una re-mercantilización del conjunto de garantías –derechos sociales- que se han venido construyendo sobre el trabajo dependiente).

Las empresas –personalizándose sus intereses comunes en las organizaciones profesionales representativas de los empresarios- apuestan por la flexibilización a ultranza.

6 El debate sobre la flexibilidad laboral no es sólo una mistificación ideológica, ya que encuentra también un significado en una realidad cambiante (y tan profundamente cambiada) como es la propia de las sociedades complejas del capitalismo avanzado y las nuevas formas de organización de las empresas y del trabajo. Desde este punto de vista, si se atiende a las transformaciones del modelo que se han operado desde la postguerra mundial (“ruptura” del pacto keynesiano y crisis del fordismo) la flexibilización del sistema de relaciones laborales no sería simplemente un proceso que permite acabar, de una vez por todas, con una serie de rigideces establecidas, sino también el medio de adaptar las instituciones y expectativas a la “certeza de la incertidumbre” inherente al dinamismo capitalista. La flexibilidad, haría así referencia a la capacidad general de adaptaciones permanente de las organizaciones económicas a un entorno caracterizado por las exigencias de fuertes turbulencias e incertidumbres. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996, pág. 109.



Defienden la liberalización atendiendo a una multiplicidad de objetivos: económicos (costes) y “poder” (disciplina del trabajador e incremento de la autoridad en la empresa). Pretende que la política laboral atienda preferentemente al objetivo de transferir los costos humanos y sociales de las empresas a los trabajadores y a la comunidad. Se trata de una externalización de costos propios de la titularidad de la organización productiva a terceros públicos (poder público) y privados (trabajadores).

Dado que la respuesta a la crisis económica actual está determinando situar –en el plano de la política del Derecho- al Derecho del Trabajo en crisis; reformulándolo como un Derecho del Trabajo de la crisis y reestructuración permanente hay que adoptar una perspectiva metodológica de largo alcance –y de metodología expositiva- para evitar que los “árboles” no dejen ver el “bosque” animado por intervenciones supuestamente dispersas y aisladas entre sí. De este modo el análisis no debe ser “epidérmico”, sino que ha enmarcarse en un estudio más omnicompresivo, que atienda a la lógica del proceso de racionalización de la cuestión social y de los modos de “gestión” de las relaciones laborales. Sólo así se puede comprender la “lógica de lo social” y el sentido y dirección de la “gestión del cambio” que se viene detectando en la coyuntura actual.

## **2. La lógica de la racionalidad económica en la organización jurídica del capitalismo y la “forma política” del Estado Social. La perspectiva histórica de la larga duración**

Los pensadores críticos de la modernidad consideraban necesario superar el “lado oscuro” de la modernidad en lo concierne ante todo a lo que supuso de ruptura de los vínculos comunitarios y de las solidaridades. Cuestionaban la idea de progreso en sentido liberal, y aunque eran conscientes de que en toda organización humana existían dos dimensiones básicas (dimensión comunitaria y dimensión asociativa o societaria), el mejor funcionamiento de las sociedades humanas exige el predominio de la dimensión comunitaria, que acentúa el espíritu comunicativo. Por tanto, su visión de las transformaciones de los vínculos sociales desde el nosotros comunitario, al individualismo de carácter impersonal y de tipo instrumental, incorpora un criterio de valor hacia la potenciación de los elementos del nosotros comunitarios frente al esquema simplificado del individualismo posesivo e insolidario al que se ve abocado el ser humano en las sociedades del capitalismo. En este sentido no estaba muy lejos de autores más recientes que, salvando las distancias de época innegables, si han criticado las potencialidades destructoras, las desigualdades y las estructuras de dominación –explícitas e implícitas- de las sociedades industriales y post-industriales actualmente emergentes<sup>7</sup>. Se afirma la


7 Véase, señaladamente, la sociedad post-industrial como “sociedad del riesgo” y de la incertidumbre, que se basa en una racionalidad económica y en una desresponsabilidad organizada que permite la expoliación de los recursos naturales y la misma vida de las personas. Obra clásica al respecto es la de BECK, U.: *Sociedad del riesgo*, Barcelona, Paídos, 1998; GIDDENS, A.: *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993; GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N., y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1996.



“ilusión del progreso” ante la creciente miseria imperante en la modernización liberal restringida<sup>8</sup>. Pero también, contemporáneamente, se evidencia cómo el progreso (en realidad, crecimiento) económico no supone por sí mismo la liberación de la miseria, lo cual resulta obvio ante la nueva situación de la pobreza y las situaciones de exclusión social<sup>9</sup>.

En el marco de la crítica de la modernidad desde el último tercio del siglo XIX, se oponían lo tradicional y lo moderno, la comunidad y la sociedad en Tönnies<sup>10</sup>, la solidaridad mecánica y la solidaridad orgánica en Durkheim, etcétera. En esta oposición de contrarios, lo que se evidencia es ese carácter ambivalente de la modernidad, la concatenación de sus elementos positivos y negativos<sup>11</sup>. Esas concepciones representan las distintas caras de la modernidad. En realidad, la fuerza liberadora de la modernidad se fue agotando a medida que ésta triunfa. Precisamente, el agotamiento visible de la modernidad se transforma pronto en sentimiento de angustia y sinsentido de una acción que no acepta otros criterios que los de la racionalidad instrumental. Los pensadores críticos de la modernidad pudieron apreciar sus tendencias destructivas (Carl Marx; Max Weber), haciendo referencia al “eclipse de la razón” (Horkheimer y Adorno y todos aquellos a los que han influido, mucho más allá de la Escuela de Frankfurt; el propio Tönnies). Pero la destrucción no era sólo de la “naturaleza” sino también del hombre y de determinadas instituciones tradicionales<sup>12</sup>. La secularización y el desencantamiento del mundo, la separación del mundo de los fenómenos, en el que se ejerce la acción técnica, y del mundo del Ser, que sólo penetra en la vida por el deber moral y la experiencia estética. No es tanto la nostalgia de un orden antiguo, como la conciencia crítica de las aporías del proyecto moderno, el cual se cuestionaba en algunos de sus supuestos principales. En realidad, la historia de la modernidad es la historia de la conciencia de la ruptura de los vínculos sociales, entre el individuo, la sociedad y la naturaleza. Se percibía el hecho de que el individuo, aislado por la descomposición de la familia y de las estructuras asociativas, quedaba expuesto a los poderes sociales y económicos<sup>13</sup>. Caracteriza a la edad moderna la *idea de “autoafirmación”*, afirmación de la razón hu-

- 
- 8 Un exponente del por entonces marxista crítico es la de SOREL, G.: *Las ilusiones del progreso*, Madrid, F.Sempere y Compañía, Editores, s/f (entre 1909 y 1913), de próxima publicación en Editorial Comares. En esta obra realiza un recorrido sobre las ideologías del progreso. Afirma –contra la opinión, por ejemplo, de Spencer– que “la evolución es lo contrario del progreso” (pág.186). Pero, en general, lo que denuncia, es el carácter ingenuo e ilusorio de la idea del progreso.
- 9 Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo*, núm.83 (2008), págs.3 a 109; GALBRAITH, J.K.: *La sociedad opulenta*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini, 1992, cap. XXII; ID.: *La cultura de la satisfacción*, Barcelona, Ariel, 1997.
- 10 TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares, 2009.
- 11 TOURAINE, A.: *Crítica de la modernidad*, Madrid, Eds. Temas de Hoy, 1993, págs.35-36.
- 12 Lo que puso de manifiesto, de modo destacado, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Barcelona, La Piqueta, 1998, espec., cap. 14, “El mercado y el hombre”, págs.267 y sigs.
- 13 TOURAINE, A.: *Crítica de la modernidad*, Madrid, Eds. Temas de Hoy, 1993, págs.123 y sigs.



mana (ciencia, filosofía, arte, etcétera) como criterio de orden y fuente de valor en el mundo. La racionalidad moderna se libera de la herencia premoderna y cuestiona y se interroga sobre el mundo<sup>14</sup>. Pero el dominio de la razón no necesariamente conduce a la creación de una sociedad más justa. La política democrática está sometida a la fuerte tensión planteada entre los dilemas de la acumulación económica y de la legitimación política a través de la realización de políticas social redistributivas y del control del mercado. De ahí el impulso del reformismo democratizador del capitalismo como modo de organización de la sociedad<sup>15</sup>. En el Derecho del Trabajo se manifiesta esa tensión de racionalidades –que siempre han coexistido en el seno del ordenamiento laboral-, dominado por el objetivo de equilibrar los principios subyacentes (de rendimiento y de protección social) en una lógica transaccional y de compromiso. Es el modelo de Derecho del Trabajo clásico del constitucionalismo social, basado en un garantismo fuerte, en un papel central de la norma mínima flexible (por contraposición la intervención reguladora a través de “normas blandas” o de “Derecho indicativo”), con una acusada apertura a la negociación colectiva (que asume una función integradora y de mejora sobre la base de las normas públicas), y con una función subordinada de la autonomía individual, toda vez que el contrato de trabajo aparece típicamente configurado como un contrato normado (prefigurado en su contenidos por normas imperativas). Este diseño del ordenamiento laboral, como sistema de normas, pone límites precisos a toda opción de política del Derecho a favor de la “individualización” reguladora.

Por lo demás, la modernidad fue un proyecto inacabado (Habermas)<sup>16</sup> o incompleto, pues originariamente se impuso una “modernidad liberal restringida”. Sólo después se instauraría una “modernidad organizada”, con el constitucionalismo social y el Estado social, la cual actualmente se encuentra en crisis; ya que tampoco ha podido realizar plenamente las promesas de liberación humana. Se ha de recordar que el proyecto de una sociedad liberal basado en la idea de la autonomía humana era programáticamente universal y radicalmente ilimitado. Como tal era también utópico<sup>17</sup>. La evidencia de la pretensión de instaurar una modernidad liberal restringida quedó patente ante la exclusión de la mayoría de la población de las promesas de liberación de la modernidad. De ello emergió la “cuestión social” que reflejaba el fracaso del orden liberal individualista y la limitación del proyecto de la modernidad. El sistema político debería abrirse y el orden socio-económico debería ser “organizado” institucionalmente a través de una intervención sistemática del Estado (“Estado social”), superando la utopía liberal de

14 Véase la extraordinaria obra de BLUMENBERG, H.: *La legitimación de la edad moderna*, Valencia, Pre-Textos, 2008, espec., segunda parte (“Absolutismo teológico y autoafirmación humana”).

15 Véase WALLERSTEIN, I.: *El futuro de la civilización capitalista*, Barcelona, Icaria ediciones, 1997.

16 Véase *El discurso filosófico de la modernidad (doce lecciones)*, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Madrid : Taurus, 1993 (reeditada, Buenos Aires, Katz, 2008 ). Véase al respecto MONEREO PEREZ, J.L.: “La organización jurídico-económica del capitalismo: el Derecho de la economía”, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed.Comares, 2001.

17 WAGNER, P.: *Sociología de la modernidad. Libertad y disciplina*, Barcelona, Herder, 1997, pág.83 (WAGNER, P.: *Soziologie der Moderne*, Frankfurt Main, Campus Verlag GMBH, 1995, cap.III).



autosuficiencia del mercado<sup>18</sup>. Por lo demás, el proceso de industrialización había generado nuevos riesgos sociales y las políticas de reforma social exigían la instauración de una sociedad estatal organizada en la prevención y reparación de los riesgos sociales<sup>19</sup>. La “sociedad del trabajo” era también una “sociedad del riesgo”. El Estado social y su política social se construyeron con objetivos integradores, a través del reconocimiento de los derechos de la ciudadanía social. No es de extrañar que autores del “socialismo de cátedra” como Adolph Wagner pudieran formular la que denominó “ley de la actividad creciente del Estado” que sería una premonición de la ulterior economía política del Estado social, el cual atendería a exigencias de organización de la economía y de integración e institucionalización de los conflictos sociales. Ese es el proyecto re-orientador –y en cierto modo rectificador- de la “modernidad organizada”, con la pretensión de establecer un “capitalismo organizado”. Sin embargo, el carácter *cambiante y contingente* de la modernidad se encuentra detrás con la misma crisis de la modernidad organizada expresada en la crisis del Estado Social (Estado del Bienestar) de la postguerra y el colapso del socialismo<sup>20</sup>.

La dirección de pensamiento crítico que realza la necesidad de reestablecer ciertos elementos de comunidad, frente a una “Sociedad-Asociación” regida por una racionalidad instrumental capaz de dehumanizar las relaciones entre las personas y de destruir los equilibrios naturales o mediambientales. Y es que, ciertamente, la modernidad se ha venido sustentando sobre la imagen de la expansión ilimitada del dominio racionalizador sobre la totalidad de la vida social mediante el cambio permanente en los ámbitos de la producción, del comercio, de las finanzas y de las relaciones de consumo (Adorno, Horkheimer, Kirchheimer, Neumann, Habermas...; en suma, la Escuela de Frankfurt). *El problema deriva de la permanente subordinación de los fines humanos a la racionalidad instrumental: el hacer de los seres humanos instrumentos dependientes de la “sociedad del mercado”*. También ahora como antes se trata de garantizar la libertad en una sociedad compleja; si no se quiere que la racionalidad económica (como antes en el industrialismo) ponga en peligro la especie humana y su medioambiente natural, es necesario subordinar esa racionalidad económica a las exigencias de la naturaleza del hombre; es decir, a la racionalidad social<sup>21</sup>.

---

18 El análisis magistral de Polanyi ilustra las transformaciones de las sociedades liberales restringidas y las falacias de la pretendida autorregulación del mercado, subordinando a la organización de la sociedad a la interés del mercado y de las fuerzas operantes en su interior.

19 Véase EWALD, F.: 1993; Procacci, 1993.

20 WAGNER, P.: *Soziologie der Moderne*, Frankfurt Main, Campus Verlag GMBH, 1995, cap. VIII (*Sociología de la modernidad: libertad y disciplina*, págs.215 y sigs., de la edición en castellano). Para la crisis del Estado social en una perspectiva constitucional, puede consultarse las excelente aportaciones recogidas en GARCÍA HERRERA, M.Á. (Dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997.

21 Véase, en general, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Eds. de la Piqueta, 1989, espec., Cap. 21, págs.389 y sigs.



La modernización tardía ha creado una imagen en la que la sociedad del mercado disuelve a las personas y a la naturaleza, instrumentalmente a su servicio. La modernidad no ha sido capaz de cumplir todas sus promesas. De ahí la necesidad de implantar nuevas formas conscientes y socialmente responsables de modernidad “reflexiva” (correspondiente a una segunda modernidad que produjo una transformación radical del orden existente)<sup>22</sup>, que supone la autoconfrontación de la modernidad consigo misma para afrontar y resolver los problemas creados por la sociedad del riesgo (la sociedad del riesgo comienza allí donde el sistema de normas sociales de provisión de seguridad falla ante los peligros desplegados por determinadas decisiones). ¿Qué más riesgo que la presente crisis estructural; ¿una crisis en no poco “fabricada” por el actual modelo económico, sus desequilibrios y contradicciones. El dominio racional del mundo bajo la lógica inherente de la racionalidad económica, exige no simplemente de nuevas capacidades adaptativas de la organización social al entorno cambiante, sino de una nueva praxis transformadora y de re-planteamiento de los objetivos.

En tal sentido, se puede convenir, que la modernización “reflexiva” o autoaplicada (en esa última etapa de proceso de modernización que constituye la “sociedad del riesgo”), proponible, ha de asumir como propias las consecuencias perversas del modelo de sociedad industrial y post-industrial vigente, mediante el establecimiento de un modelo de organización social más viable y que sirva a las necesidades de protección de las personas<sup>23</sup>. Estamos ante la dictadura (imperativos) de las supuestas “coacciones objetivas –economía, técnica, política, ciencia-, es decir, del *absolutismo de la propia modernización de la sociedad industrial...* la modernización secuestra, en virtud de la autonomización del proceso de modernización de la sociedad industrial, sus fundamentos y coordenadas”<sup>24</sup>.

En la modernización tardía el principio axial de eficiencia y competitividad económica<sup>25</sup> –con su racionalización lineal y unilateral– comporta una expansión en el espacio, un despliegue de potencia transformadora, que a menudo puede desembocar en el totalitarismo en cualquiera de sus manifestaciones. Esta potencia de la economía de mercado traza una forma de modernización excluyente que coloca en el centro los objetivos económicos que tienen por consecuencia la exclusión del mercado de amplias capas de la población<sup>26</sup>. En este orden de ideas también se cuestiona la idea de un progreso

22 Véase BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 1998; ID.: *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, espec., págs.173 y sigs.

23 Véase BECK, U.: “Teoría de la modernización reflexiva”, en GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N., y BECK, U.: *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, Ed. Anthropos, 1996, págs.223 y sigs.; ID.: *Política ecológica en la edad del riesgo*, Barcelona, El Roure, 1998; RIECHMANN, J. y TICKNER, J. (Coord.): *El principio de precaución*, Barcelona, Icaria, 2002.

24 BECK, U.: “Teoría de la modernización reflexiva”, cit.,pág.224.

25 En la modernidad la economía es la regulación social que sucede a la política. Es el principio regular de las sociedades individualistas e igualitarias, sean cuales sean las manifestaciones concretas de la igualdad. Salirse de la economía es recaer en la subordinación, en la dependencia personal, en un orden en el que los individuos no son ni libres ni iguales. Véase MÉDA, D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Ed.Gedisa, 1998, pág.214, exponiendo la posición de L.Dumont.

26 BARBERO, A., y VUOLO, L.: *La modernización excluyente*, Buenos Aires, Losada, 1995; MONEREO PÉREZ, J.L.y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Ed.Comares, 1999.



lineal vinculado al modelo de producción del capitalismo en la sociedad moderna<sup>27</sup>. Nuevas formas de modernización “restringida”. Es necesario “desvelar” la ideología económica del liberalismo individualista y su versión reformada por el neoliberalismo contemporáneo<sup>28</sup>.


Para ciertos pensadores sociales (Tönnies) la evolución histórica supuso el paso de las uniones comunitarias a las agrupaciones societarias, donde predomina la racionalidad y el cálculo (cuyo paradigma es la empresa moderna). No obstante, para Tönnies esa distinción entre diversos tipos de vínculos sociales no obedece a modelos puros, ni reales, sino a modelos ideales (en un sentido, como veremos después, no exactamente coincidentes con los modelos ideales de Weber; en Tönnies los tipos normales o ideales son analíticos; permiten diferenciar conceptualmente los distintos vínculos sociales históricos) que pretenden captar una realidad siempre más compleja. De ahí en cada formación histórica coexiste lo orgánico y lo mecánico con mayor o menor intensidad, prevaleciendo lo orgánico –a su entender– en las sociedades pre-capitalistas y lo mecánico o artificial, lo disgregador, en las sociedades industriales dominantes en la modernidad. Ambos tipos de organización social permiten una explicación sociológica de la formación del capitalismo y de las grandes instituciones de la modernidad.

En Tönnies la comunidad o *Gemeinschaft* se corresponde al enfoque holista (que por oposición al individualismo valora ante todo la totalidad social en la que se inserta el individuo unido a otros por lazos comunitarios originarios, de manera que el individuo no es abstraído de su contexto social), por contraposición al individualismo (que por contraposición al holismo valora al individuo como ser independiente y autónomo, subordinando a él la totalidad social a la que se asocia por vínculos derivados) más propio –en su lógica interna– de la *Gesellschaft*. Se pretendía *desvelar la utopía liberal de una “sociedad de mercado”, según la cual el mercado económico, no el espacio político, es la auténtica instancia reguladora de la sociedad en su conjunto*. De manera que el gobierno de la sociedad liberal correspondería más al mercado que a la política. Es la utopía del mercado como elemento axial de la organización social, asentada también en la utopía antropológica que capta el mundo social como exclusivamente integrado por individuos absolutamente autónomos y aislados, en el marco de un orden artificial al servicio del mercado (a la que se viene a reducir la “sociedad civil”); la sociedad humana se reduciría a un conjunto de relaciones mercantiles.

---

27 Véase críticamente NISBET,R.: *Historia de la idea de progreso*, Barcelona, Gedisa, 1981. El tema es en cierto modo “recurrente”; no debe causar extrañeza: en realidad los mitos son “historias” que presentan un alto grado de constancia en su núcleo narrativo y, asimismo, unos acentuados márgenes de capacidad de variación y medios de expresión. La pervivencia de constantes mitológicas renovadas en la cultura del capitalismo (implícitas a la garantía del principio de eficiencia y del “progreso” económico y tecnológico como factores de determinación social) se corresponde bien con la idea, por decirlo con Hans Blumenberg, de que el mito es una forma de expresarse el hecho de que el mundo y las fuerzas que lo gobiernan no estarían dejados a merced de la pura arbitrariedad, sería la expresión de un orden naturalista (BLUMENBERG,H.: *Trabajo sobre el mito*, Barcelona, Paidós, 2003).

28 Véase al respecto las obras de DUMONT,L: *Homo aequalis :génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1999; RONSAVALLON,P.: *Le Capitalisme utopique: histoire de l'idée de marché*, Paris, Editions du Seuil, 1999



Se afirma la independencia, autonomía y primacía de lo económico respecto de la esfera político-social. Al tiempo la utopía quedaría en entredicho en los hechos<sup>29</sup>, así como, en relación a ello, el fracaso de la transposición del “individualismo posesivo” al ámbito de lo político a través de la forma temprana de la “democracia liberal”<sup>30</sup>: se reflejó en la crisis del Estado de derecho liberal. La economía de mercado, no fue nunca una “economía natural” y tampoco el resultado supuestamente espontáneo de un proceso de evolución, pues su constitución obedeció a decisiones político-institucionales que favorecieron su implantación<sup>31</sup>. Ni el Estado Social, ni el Derecho Social del Trabajo pueden ser relegados a simples instrumentos institucionales al servicio de la racionalidad del mercado. En su dinámica se introduce la dialéctica del poder y de la racionalización, como un proceso complejo de control tecnificado de la existencia humana y cristalización dinámica de las luchas sociales en el contexto de las formas de interacción social. De ahí que las corrientes críticas de la modernidad insistieran y apostaran por una reforma social a la cual era inmanente una crítica del poder y del proceso de racionalización formal del mundo de la vida. Este enfoque permite comprender que los aspectos o elementos de decadencia de la civilización moderna no derivan tan sólo del proceso de racionalización –y lo que ello comporta de dominación tecnológica progresiva de la naturaleza<sup>32</sup>, sino también –y más complejamente- de la lógica de “lo social” y su impronta política –que remite a los conflictos de poder que presiden la configuración contingente de la organización de la vida social-<sup>33</sup>.

No es fácil iluminar las transformaciones históricas acontecidas en los dos últimos siglos, pues ello exige atender a todas las dimensiones explicativas (política, social, jurídica, económica, cultural, etc.), y, además, supone que la reflexión y autorreflexión crítica ha de partir del contexto histórico en que ella misma se inserta, habida cuenta de que es sostenible seriamente que pueda adoptarse una perspectiva jurídico-social independiente de ese contexto histórico-social. En este sentido la transformación del mundo de la vida en el desarrollo histórico de la modernidad (desde la fase originaria

29 Véase POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Eds. de la Piqueta, 1989, espec., págs. 215 y sigs.; MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1970; ROSANVALLON, P.: *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, París, Editions du Seuil, 1999; BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996,

30 Véase la crítica de MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1970, espec., págs. 225 y sigs. Para la formación del individualismo moderno puede consultarse GUREVICH, A.: *Los orígenes del individualismo europeo*, Barcelona, Crítica, 1994.

31 Véase las obras citadas de Polanyi, Dumont y Barcellona.

32 Punto en que insistió –en la estela de la teoría crítica de la modernidad de Max Weber- HORKHEIMER, M. y ADORNO, TH. W.: *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, Trotta, 1996; HORKHEIMER, M.: *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2002.

33 Apuntada ya en HABERMAS, J.: *La teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Madrid, Taurus, 2003, y más perfilada en su libro recopilatorio, *El discurso filosófico de la modernidad. Doce lecciones*, Madrid, Taurus, 1989, y por la “tercera generación” de la teoría crítica, como HONNETH, A.: *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*, trad. e introducción de Germán Cano, Madrid, Antonio Machado Libros, 2009; ID.: *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*, Buenos Aires, Katz, 2007, y WELLMER, A.: *Sobre la dialéctica de la modernidad y posmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*, Madrid, Visor, 1992; ID.: *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Valencia, Frónesis-Cátedra, 1996.



a la tardía actual) reflejan avances innegables en el proceso de civilización<sup>34</sup>, pero también las aporías de razón instrumental, la dominación política frecuentemente autoritaria y la dominación irresponsable (en el sentido de irresponsabilidad social organizada<sup>35</sup>) sobre la naturaleza. Es ahí que la teoría crítica se dirige al núcleo central del modelo de sociedad del capitalismo moderno. Y no sólo del capitalismo liberal originario sino también el capitalismo organizado posterior –y actual- que expresa el desplazamiento de un orden liberal basado en un mercado mínimamente regulado por un orden político-jurídico administrado burocráticamente.

Ciertamente, el Estado social resolvió problemas pero planteó otros nuevos. No es sólo la “jaula de hierro” maxweberiana, sino también las tendencias destructivas de la modernidad tardía en la que se construyó la nueva configuración de lo político (totalitarismo en sus diversas formas, guerras, terrorismo, expoliación del medioambiente, etc.)<sup>36</sup>. En esa línea crítica no ha de caerse en planteamientos míticos de la ilusión del progreso, ya que la transición del capitalismo liberal (su forma política es el Estado del capital) a las formas del capitalismo burocrático organizado estatalmente (su forma política es el Estado intervencionista, social o el emergente “post-social”, es decir, “Estado mercado” o “Estado de competencia económica”) no pueden ser captadas de modo simplista y unilateral como manifestación explícita de un progreso histórico lineal, sino como un proceso mucho más complejo en la tensión inherente a la dicotomía entre las formas de dominación en el capitalismo y las promesas de liberación del ser humano.

Para no caer en la “ilusión del progreso” –y por ello no advertir el carácter paradójico y contradictorio de la modernidad- es suficiente atender a los hechos históricos y del presente, que reflejan la centralidad constitutiva del mercado mundializado o globalizado en el desenvolvimiento de la sociedad contemporánea, donde el Estado no desplaza al mercado como determinante de la vida de la sociedad, sino que asume su racionalidad económica unidimensional: una forma de Estado intervencionista al servicio del mercado, en la que preside una lógica social “economizante” en la organización de la vida social, que prevalece sobre una lógica social “socializadante”<sup>37</sup>. Se verifica,

34 Véase ELÍAS,N.: *El proceso de civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, FCE, 1989.

35 Véase BECK,U.: *Sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, y sobre todo JONAS,H.: *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995.

36 En esta autorreflexividad crítica tiene un papel importante la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, y su crítica a la racionalidad instrumental y la defensa del principio de responsabilidad. Aparte de la obra precitada, es paradigmático el libro de JONAS,H.: *El principio vida. Hacia una biología filosófica*, Madrid, Trotta, 2000.

37 El modo de economizar se orienta –decía Bell- hacia la eficiencia funcional y el control de las cosas (y de los individuos, considerados como cosas). Por el contrario el modo de sociologizar establece criterios sociales más amplios, pero involucra necesariamente una pérdida de eficiencia, una reducción de la producción y un aumento de los costes por la introducción de valores no económicos. En la lógica de esos dos modelos idel-típicos, se puede constatar que el equilibrio entre ambos es el problema principal de la sociedad post-industrial. Cfr. BELL,D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Madrid, Alianza Universidad, 1986, págs. 317 y sigs.; *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza Universidad, 1994. Bell, destaca, por ejemplo, que las empresas modernas han evolucionado del modo estricto de economizar al de sociologizante respecto a sus trabajadores, ofreciéndoles más seguridad en el empleo y mayores cauces de satisfacción en el trabajo.



de nuevo, con la crisis económica actual, en cuyo marco el Estado intervencionista se muestra especialmente activo y programador de medidas de regulación institucional de los mercados. Pero sin que –en el nuevo orden emergente– la esfera política haya pretendido sustituir a la esfera económica, sino que persigue una regulación jurídico-institucional de la economía, de las relaciones laborales y de los problemas generados, en apoyo y complementación de las fuerzas del mercado; y sólo en la medida estrictamente necesaria para garantizar su “buen funcionamiento” en términos de eficiencia y competitividad. De este modo, más que postular la primacía de la política sobre la economía, se busca una regulación jurídico-institucional basada en una racionalidad instrumental que hace prevalecer la eficiencia económica como principio axial del orden socio-económico.

Así, el desarrollo económico es objeto de una regulación programadora consciente y en continúa tensión provocada por la dinámica contradictoria del capitalismo, que hoy adquiere una dimensión global y crítica. En esta coyuntura se pone nuevamente a prueba la capacidad de los Estados para intervenir y controlar el proceso económico, garantizando el crecimiento económica y resolviendo –conjurando– las crisis económicas cíclicas y de incierta aparición o surgimiento. En todo caso, siempre se ha de tener en cuenta que la trayectoria de los desarrollos históricos realmente existentes no es lineal y sincrónica, sino asincrónica más allá de la constatación de ciertas tendencias. Ello es tanto más necesario en la “era de las rupturas” (tercera revolución industrial, nueva organización científica del trabajo, la revolución cultural, el despertar del nuevo individualismo, la creciente interdependencia mundial, etc.)<sup>38</sup>.

Y, sin embargo, todavía sigue siendo proponible –y posible– un modo de sociologizar que atienda a criterios no sólo de economizar y de asociación, sino también de carácter más comunitario y comunicativo, enjuiciando las necesidades de la sociedad de manera más consciente y de hacerlo conforme a una concepción explícita del interés público y de la justicia social en una sociedad democrática y pluralista. Poniendo a prueba, como se ha podido afirmar, “el potencial para un entendimiento del orden social como una relación comunicativa institucionalmente mediada entre grupos integrados culturalmente que, en la medida en que el ejercicio del poder se distribuye de forma simétrica, tiene lugar en el medio de la lucha social”<sup>39</sup>.

En gran medida esa constatación crítica se había olvidado en la era de la globalización económica, en la que ha dominado el “pensamiento débil”<sup>40</sup>. Es una época en la que

38 Véase COHEN, D.: *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*, Madrid-Buenos Aires, Katz, 2007.

39 HONNETH, A.: *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*, trad. e introducción de Germán Cano, Madrid, Antonio Machado Libros, 2009 pág.444. Igualmente del mismo autor, “Una patología social de la razón. Acerca del legado intelectual de la Teoría Crítica”, en LEYVA, G.(ed.): *La teoría Crítica y las tareas actuales de la crítica*, Barcelona, Anthropos, 2005, pág.446.

40 Véase ARNAUD, A.-J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; YETES, N.: *Globalizzazione e politica sociale*, Gardolo-Trento, Ed. Erickson, 2004; PURCALLA BONILLA, M.Á.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009.



tras la ideología jurídica liberalizadora subyace un fuerte *nihilismo jurídico-económico*, y más específicamente un *nihilismo del mercado*<sup>41</sup>.

La idea social en el constitucionalismo democrático-social se traduce en el concepto de constitución del trabajo, vinculado a la constitución jurídico-social de la clase trabajadora en sustitución de la constitución liberal del trabajo, ésta última permitió el funcionamiento del capitalismo pero se hizo a costa de agudizar la cuestión social y de los desajustes en el funcionamiento de la economía presidida por la secuencia diacrónica de sus crisis cíclicas. La constitución jurídico-social del trabajo –que en esta sede mantiene una naturaleza esencialmente compromisoria- establece las bases en virtud de las cuales se organiza el trabajo como relación social de tipo económico y garantiza un status de ciudadanía para las clases trabajadoras. Ese carácter “estatuido” en el constitucionalismo social se refleja en la protección del trabajador frente a la autorregulación del mercado laboral, la imposición de límites a los poderes empresariales de organización y en el fomento de los procesos de autorregulación de los grupos sociales (autonomía colectiva); en una dirección que trata de tutelar la exigencia de la libertad y dignidad humana por encima de los criterios mercantiles. La constitución económica del Estado liberal clásico se resuelve en la autorregulación del mercado y en la primacía de la racionalidad económica sobre la esfera política. Frente a ella, la constitución del Estado Social actúa como límite a la razón económica, afirmando la primacía de la política en la ordenación de la economía<sup>42</sup>.

No obstante, el cambio imprimido por el constitucionalismo social supone una reorientación o corrección socializante pero no una desaparición de la “sociedad posesiva de mercado”, dada la persistente subordinación de la “sociedad política” a las exigencias de la economía de mercado. Se mantiene que la esfera económica sea (relativamente) autónoma, a condición, por un lado, de que la “sociedad política” intervenga siempre como instancia reguladora de las reglas de juego y de los desequilibrios y disfuncionalidades de los mercados supuestamente autónomos. Pero también a condición, por otro lado, de hacer primar el principio axial de eficiencia económica –que engloba la competitividad de las empresas- sobre el principio de protección del trabajo dispensado igualmente por el Estado social. La sociedad contemporánea continúa transmitiendo la mejor imagen de una hegemonía del proceso económico-productivo sobre los demás ámbitos de la vida. Ciertamente, la dirección de la economía aparece como una exigencia de racionalización del funcionamiento del sistema económico del capitalismo organizado. Por lo demás, la acción del Estado en el gobierno de la economía tiene un carácter político y eminentemente jurídico, que deja en gran medida *intacto el armazón jurídico del capitalismo moderno* (propiedad privada, contrato libre, libertad de iniciativa económica, empresa capitalista, régimen salarial, etcétera). Ello permite al capita-

41 Para la vinculación existente entre el nihilismo jurídico, el nihilismo económico y la racionalidad económica, véase IRTI, N.: *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2005, y la obra clásica de SIMMEL, G.: *Filosofía del dinero* (1900), trad. e introducción de Ramón García Cotarelo, Granada, Ed. Comares, 2003.

42 Véase CANTARO, A.: *Costituzione ed ordine economico*, Acireale, Bonanno Editore, 1999; ID.: *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, Casa editrice Ediesse, 2006.



lismo organizar el mercado y la organización interna de la empresa (trabajo asalariado incluido). No se progresó hacia la “democracia social” a través de la profundización del proceso de democratización iniciado con la formación del Estado social de Derecho<sup>43</sup>.

En la actualidad, el particular modelo económico intervencionista es una exigencia de racionalización *funcional* del sistema económico. Ripert –un conservador lúcido- pudo afirmar con naturalidad, que el “el capitalismo es una *forma* de la economía, el dirigismo es una *política*, por tanto no puede haber oposición entre ellos”, aunque se cambie el antiguo liberalismo, “el capitalismo solamente puede hacer si el dirigismo no le amenaza seriamente”<sup>44</sup>. El Estado del capitalismo avanzado, trata de “encontrar” al mercado en su política de ordenación del sistema económico, es decir, en el marco del diseño de un modelo económico-social. En otras palabras, un modelo mixto de economía de mercado, que incorpora la heteroregulación y control pública. El nuevo ordenamiento jurídico de la economía se apartaba así del viejo esquema que cristalizó en el proceso codificador llevado a cabo en el siglo XIX.

Es ahí cuando se da nacimiento al Estado social contemporáneo, como factor central y especialmente caracterizador de la sociedad del capitalismo organizado. Forma de Estado que supone una modificación de las fuerzas del mercado por la protección social pública de los individuos. Es una respuesta a las exigencias de racionalización del capitalismo, pero también a las crecientes demandas de igualdad socio-económica. Con todo, el Estado social es una respuesta política y jurídica a la creciente necesidad de regular las complejas relaciones económicas y sociales, vinculadas al proceso de industrialización y modernización, y al mismo tiempo a las exigencias de una mayor protección social de los ciudadanos. Este tipo de Estado se basa en la “idea social”, conforme a la cual el Estado social sería la “lógica de la democracia política hacia la democracia económica” (Hermann Heller).

El Derecho Social del Trabajo clásico –que reclamaban los reformadores sociales como parte institucional del “guardián de las promesas”- debería crear formas jurídicas inclusivas de los trabajadores que contribuirían a materializar las promesas de liberación del proyecto de la modernidad. Ese sector del ordenamiento jurídico era parte institucional del “guardián de las promesas” de la segunda modernidad abierta (frente a la restringida del liberalismo individualista) encarnada en el Estado Social. Con ello trató de reforzar la dimensión comunitaria la sociedad del capitalismo industrial. Ese componente comunitario –componente estatutario/democrático introducido heterónomamente en los contratos de trabajo- pretendía hacer valer su condición de instrumento de desmercantilización de la fuerza de trabajo, a través del reconocimiento de los derechos

43 En el sentido defendido por autores como Hermann Heller y Hugo Sinzheimer. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999; ZACHERT, U.: “Hugo Sinzheimer: juriste praticien et pionner du droit moderne : autonomie collective, liberté individuelle et démocratie sociale”, en *Les Juristes de Gauche Sous la République de Weimar*, Paris, Kimé, 2002, págs. 49 a 67.

44 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El derecho de la economía*, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII a CL, en particular pág. LXXXVII.



sociales de la ciudadanía –que formalizan el principio de protección legal del trabajo profesional, y con ello los grandes valores constitucionales-<sup>45</sup>. Pero sin olvidar tampoco que ese modelo social intervencionista es al mismo tiempo una exigencia de la racionalización *funcional* del sistema económico. De ahí la naturaleza contradictoria y transaccional, de compromiso político-social, que siempre ha tenido el Derecho Social del Trabajo (pues la idea social –la razón social- tenía que conciliarse con la idea individual –razón económica- en el contexto del sistema del capitalismo organizado).

En la etapa actual de crisis del constitucionalismo social (anterior a la crisis económica del presente; de ahí también las dificultades para dar respuesta a los retos que ella plantea) se tiende a hacer prevalecer el principio axial de eficiencia económica y competitividad sobre el principio de protección del trabajo, de manera que el Derecho del Trabajo tiende a conformarse como una forma de Derecho *no-contradictorio*, sino más unilateralmente favorable a los intereses de la economía y de las empresas (Del mismo modo que la “Constitución económica” del Estado social se hace también “no-contradictoria”, pues tiende a diluir la lógica de correctiva de la razón social). Ello se hace acompañar –y exige- una revisión profunda del constitucionalismo democrático-social. En este sentido el persistente compañero de viaje del Derecho del Trabajo de la modernidad, que es la crisis económica, no hace sino poner de manifiesto la subordinación permanente del trabajo al servicio de la lógica de racionalidad económica. Pero no puede pasar desapercibido que la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo.

Las reformas liberalizadoras –neoliberales- se orientan hacia el desplazamiento del garantismo flexible por la instauración de una constitución flexible del trabajo que viene siendo *reforzada y legitimada* en la presente coyuntura de crisis estructural. Es la tentación de convertir el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía; un Derecho de regulación funcional-instrumental (de apoyo promocional a los procesos de autorregulación social y de establecimiento de reglas de juego), pero no de gobierno o intervención social en los procesos económicos. Es la adhesión a la ideología económica del progreso coincidente con la racionalidad del mercado tal como se muestra desde la falacia neoliberal. Es la pretensión utópica de subordinar la organización de la sociedad al mercado, sin que se haga un mínimo esfuerzo de replantear la lógica de sistema económico que se legitima en términos de principio, pero que seguramente debería seriamente cuestionarse desde una perspectiva ética y desde una modernización reflexiva de racionalismo crítico. Es la idolatría del mercado regulador. Se hace acompañar de una “simplificación” de las causas que no serían estructurales al propio sistema (excesos de la tecnocracia; errores de ciertas políticas y de las élites y responsables políticos...). En suma, se produce una “canalización” de la crisis. El *orden económico se “naturaliza”* y

45 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización”, en *Revista de Trabajo*, núm.19 (1995), págs.7 a 46; ID.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999, espec... (sobre la rectificación del proceso de organización social del trabajo desde el “contrato” al estatuto democrático-social); *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.



tan sólo se tiende a criticar desde una racionalidad instrumental que atiende a verificar sus disfuncionales coyunturales, necesitadas tan sólo de “ajustes”, de “adaptaciones” a los cambios tecnológicos y a la mundialización de la economía. Pero no se postula –y ni siquiera se imagina– una transformación de las estructuras económicas actuales que mantienen una lógica mercantilizadora de las necesidades humanas insuficiente en sí misma para instaurar una sociedad civilizada digna del hombre. En esa concepción *instrumentalista del Derecho (al servicio de la economía)*, y en particular del Derecho del Trabajo, éste aparece como una herramienta al servicio del funcionamiento de la economía del mercado. Asume la función de mantenimiento del orden económico, con su efecto de normalización y naturalización consiguiente del mismo. Oculta la realidad jurídica de que con ello las empresas encuentran un marco institucional más favorable para la perpetuación de su dominación.

Todo ello se hace acompañar de una “simplificación” de las causas que no serían estructurales al propio sistema (excesos de la tecnocracia; errores de ciertas políticas... etc.). En suma, la “banalización” de las causas, reflejo de una más generalizada banalización de la política. No tendrían la virtualidad de cuestionar el modelo de desarrollo económico existente.

En esa lógica del mercado, la empresa es un campo del poder, donde se plantea para cada momento, la forma de la configuración de los poderes en el seno del campo del poder *sobre* la empresa (como organización productiva); y es así como se puede entender la lógica específica de las tensiones conflictivas en las que se determinan los fines de la empresa. Es un ámbito de la lucha social entre unos agentes que tienden a identificar sus intereses específicos (dependientes de su posición en la empresa y de sus disposiciones) con los intereses de la empresa, y cuyo poder se mide por su capacidad efectiva para identificar los intereses de la empresa con *sus intereses en* la empresa. Esas luchas de definición van asociadas a luchas por la determinación de las prioridades, esto es, por el predominio que es oportuno conceder, en los proyectos de futuro, a las *reestructuraciones* que se atribuyen a una determinada función, financiera, mercantil o “comunicativa”, y a un determinado responsable de la adopción de las decisiones. En esta lucha por la delimitación los fines y del futuro de la empresa, se contraponen los distintos intereses en presencia<sup>46</sup>.

Esa funcionalización a las exigencias de la economía y de competitividad de las empresas produce una nueva morfología de lo social, que subordina la constitución social del trabajo a la constitución económica, con el paso paulatino del modelo de constitución democrático-social del trabajo basada en el garantismo flexible al modelo de constitución flexible del trabajo basada en la flexibilidad liberal que sólo es capaz de admitir un garantismo de mínimos como auxiliar de la liberalización de los mercados\_(es la concepción de las políticas de flexiseguridad liberal que postulan las instancias de go-

46 Véase BOURDIEU, P.: *Las estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2003, págs.271 y sigs.; ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed.Comares, 2006.



bierno “oficial” de la Unión Europea, en la Línea del Libro Verde de la Comisión), pues los mercados tienden a despolitizarse (despojados de intervenciones sociales fuertes) a través de de la re-mercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía, y la funcionalización de ciertos derechos de ciudadanía neoliberal como elementos de compensación de la desprotección político-institucional de los mercados. En esa perspectiva de política del Derecho, la “idea social” y su institucionalización político-jurídica es paulatinamente desplazada por la “idea individual” situada en la lógica de la individualización negativa<sup>47</sup>.

Con ello se desconoce la virtualidad de los derechos de ciudadanía sociolaboral como instrumentos de integración política y de participación en la vida económica de los trabajadores subordinados. El Derecho del Trabajo clásico es situado en “crisis institucional”, privándole de legitimidad, para ser progresivamente reformulado como Derecho del Trabajo Flexible<sup>48</sup>, es decir, un instrumento de ordenación y regulación de los procesos de flexibilidad liberal de los mercados de trabajo. El Derecho del Trabajo Flexible asume en su propia dimensión finalista la racionalidad mercantil, la lógica del mercado, al servicio de la rentabilidad del capital, su reestructuración y su movilidad. Este modelo de Derecho del Trabajo parte de una “neutralización” de lo político y de la *desconstitucionalización* del modelo clásico “garantista” de Derecho del Trabajo, produciéndose una inoperatividad e ineficiencia del modelo constitucional, al tiempo que una “mutación fáctica”, pues ese modelo de la constitución formal tiende a ser desplazado “legalmente” por un modelo distinto, el de la constitución real correspondiente a la nueva “realidad constitucional”, que obedece a una racionalidad jurídico-material de corte diverso a la racionalidad jurídico-material del garantismo jurídico: una ordenación jurídico-laboral puesta al servicio de los ajustes estructurales de los mercados laborales, bajo la lógica de una “normalización” jurídica de la “excepción” del gobierno de la economía. En el programa del nuevo Derecho del Trabajo Flexible se establecen nuevas formas de tutela y modos de vida del trabajador que estarían funcionarizadas a consolidar un nuevo tipo de economía liberada de “cargas sociales” directas; despolitizada en

47 Para el fenómeno diverso de la individualización institucionalizada vinculada la segunda modernidad emergente, puede consultarse BECK, U.: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 2003, espec. págs. 27 y sigs. Conviene retener la distinción entre la idea neoliberal del individualismo del libre mercado y el individualismo institucionalizado, que actúa como una característica estructural de una sociedad altamente diferenciada y donde las instituciones cardinales de la sociedad moderna están orientadas ante todo al individuo: la individualización se está convirtiendo en un componente existencial de la segunda modernidad propiamente dicha, que hace más complejo lo social dada la disgregación (fragmentación) de las crecientes desigualdades no solo de clase sino más novedosamente sin unos vínculos colectivos. *Lo cual dificulta los mecanismos más apropiados para general comunidad o colectividad en la modernidad reflexible global*. La economía neoliberal descansa en la imagen de un yo humano autárquico. Esa ideología no se corresponde con la realidad, donde el individuo se muestra autoinsuficiente y cada vez más vinculado a los demás. La ideología neoliberal del individuo autosuficiente comporta en última instancia la desaparición de toda obligación mutua –de la solidaridad–, razón por la que el neoliberalismo representa inevitablemente una seria amenaza para el Estado social. Es así que se ha de diferenciar el sentido social-científico de la individualización y el sentido neoliberal.

48 MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996.



la ordenación “contractual” de las relaciones sociales de tipo económico cuyo objeto es el trabajo (es decir, el trabajo por cuenta ajena y dependiente). Las solidaridades sociales se hacen “externas” al trabajo, dejando curso “libre” a la articulación del trabajo abstracto, por lo que la solidaridad social desaparece del corazón del proceso de producción, esto es, del interior de la empresa flexible y de las relaciones contingentes nacidas de la movilidad del trabajo en un grado de intensidad hasta el momento desconocidas, pues el trabajador puede “circular” de un modo fluido como una mercancía en el campo de las relaciones mercantiles cuyo objeto es el trabajo (aunque con la “compensación” de un sistema de protección social público proveedor de prestaciones mínimas, es decir, el modelo propio de un Estado Social “Residual” de mínimos de cobertura de orientación típicamente asistencialista).

Todo ello en contraposición al Derecho del Trabajo Clásico del garantismo flexible que propiciaba las formas jurídicas inclusiva de los trabajadores en los distintos ámbitos de la sociedad moderna: una ciudadanía laboral, civil y política. El Derecho del trabajo flexible hace “opaco” el proceso de liberalización y explotación laboral del trabajo en la sociedad del mercado. Es una forma de Derecho “decisionista” de normalización o de emergencia, según los casos y “situaciones”, para la reestructuración permanente de la empresa (normalización de las prácticas) y para el ajuste o salvación del sistema económico y de las empresas (emergencia). Todo ello comulga con la “necesidad” de reducir la fuerza normativa de la Constitución al servicio de la fuerza de lo fáctico –la constitución económica realmente existente-. Esa es la operación de política del Derecho. La legitimidad de la decisión de política del Derecho deja de fundarse en la Constitución jurídica para asumir las exigencias de gobierno de lo económico conforme a lógicas normativas adaptadas a los movimientos del capital y a las necesidades “objetivas” –naturalizadas- de su reestructuración bajo esquemas propios de la racionalidad instrumental. Su resultado es que, sin reformar las estructuras formales de la Constitución democrático-social, se da nacimiento a nuevas formas de organización del sistema económico y de las relaciones laborales en su sentido contrapuesto al constitucionalismo garantista formalizado en los textos constitucionales formalmente vigentes. Es así que se produce una suerte de “vaciamiento” de las categorías constitucionales de referencia del modelo clásico del Derecho del Trabajo.

En el *Estado de competencia económica o “Estado-mercado”* –en donde se reconvierte el viejo Estado Social en entredicho-, y su nuevo Derecho de la Economía –que comprende al propio derecho del trabajo desprovisto de programas de liberalización y redistribución social- se convierte en un aparato normativo-institucional al servicio de las exigencias cambiantes de la economía y de la adaptación flexible de las empresas. La *desconstitucionalización* del Derecho del Trabajo hace perder su contenido “social” (en el sentido garantista, donde “lo social” es exigencia de intervención y regulación desmercantilizadora a través de un sistema de derechos sociales de ciudadanía y de organización de solidaridades distributivas) y lo convierte en una parte más del Derecho de la Economía, sujeto al primado de la razón económica. Ese Estado de competencia económica no puede reconducirse en absoluto –como muestra el acusado intervencionismo regulativo y de control que caracteriza la coyuntura actual- a una especie de



“Estado mínimo” mítico, tal como es postulado por las teorías del neoconservadurismo contemporáneo<sup>49</sup>.

La crisis actual es, en gran medida, la consecuencia de la *subordinación de la Sociedad al Mercado*, esto es, a su lógica de racionalidad puramente instrumental (Polanyi; Horkheimer-Adorno-Marcuse; Kirchheimer y Neumann; Habermas). Por contraposición a este enfoque, deben utilizarse los instrumentos del constitucionalismo social, siendo necesario recuperar las políticas propias del Estado social tanto a nivel europeo como nacional, que eviten que los costes de la crisis recaigan sobre los grupos más desfavorecidos y que permitan proyectar sobre el futuro un gobierno democrático de la economía y otorgar una eficacia real a conjunto de los derechos fundamentales.

## II. Estrategias de “ajuste” y “reestructuración” y “flexibilidad laboral”. Modelos

### 1. Perspectiva de conjunto

En este contexto se sitúan las estrategias de “ajuste”, “reestructuración” y “flexibilidad laboral”. Es el campo de la lucha de modelos de flexibilidad y competitividad, el de la lucha por la definición de los modelos de flexibilidad y competitividad, que cristaliza en la contraposición entre el modelo de flexibilidad “defensiva” y “ofensiva” en la regulación jurídica del trabajo y de la competitividad.

En la orientación de la política de empleo seguida en Europa, como, en sintonía con ella, las reformas legislativas operadas en nuestro país sobre el mercado de trabajo a partir de las década de los noventa, respondían objetivamente a una lógica compleja, marcada por la tensión existente entre el impulso hacia la no existencia de ningún poder externo al mercado capaz de establecer normas de Derecho necesario (se reclama así el principio del *laissez faire* liberal como elemento regulador del contrato de trabajo) y la exigencia de instauración de un garantismo flexible que reclama la atribución de una función ordenadora a la normativa estatal y la liberación de espacios a la negociación colectiva en la determinación de condiciones de trabajo.

(A). En todo caso, no conviene ignorar la orientación de tendencia concretada, en la opción de política del Derecho, encaminada a instaurar gradualmente un ordenamiento flexible del trabajo (“constitución flexible del trabajo”), que puede ser calificado globalmente como “*flexibilidad defensiva*”, la cual fomenta la flexibilización a ultranza, la desregulación parcial de las relaciones laborales, la proliferación de formas precarias de subcontratación y fuertes desigualdades entre los colectivos de

49 Es el caso paradigmático de NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía* (1971), Buenos Aires, FCE, 1991. En su concepción filosófica política se tiende a contraponer el Estado justo al Estado legítimo. Puede consultarse al respecto, RUBIO CARRACEDO, J.: *Paradigmas de la política: del estado justo al estado legítimo* (Platón, Marx, Rawls, Nozick), Barcelona, Anthropos, 1990.



trabajadores y las propias regiones<sup>50</sup>. Es la opción neoliberal que continúa apostando por un modelo de crecimiento económico basado en la reducción de costes del factor trabajo. Es ésta una forma o modelo de flexibilidad que contribuye a la dualización-segmentación del mercado de trabajo, el cual queda formado, por un lado, por los trabajadores con empleos estables y protegidos y por otro, por trabajadores con empleos precarios y con estatuto jurídico-protector débil o más debilitado. Existe un deterioro del estatuto protector del trabajador. Y es que es el garantismo jurídico el que garantiza al trabajo valor y dignidad: es la mediación jurídica lo que puede arrancar al trabajo del dominio del mercado y de la individualización del poder contractual desigual. Precisamente el estatus democrático social del trabajador se entiende como el conjunto de los derechos y deberes que se definen con independencia de la voluntad de la persona (señaladamente, a través de la norma estatal y de los convenios colectivos). El trabajo es mucho más que el medio de vida de la población trabajadora, es un vínculo social y un cauce de participación activa en la generación del producto social<sup>51</sup>. El trabajo se vincula a la ciudadanía: la ciudadanía social encuentra su base en el trabajo en el marco de una “sociedad del trabajo”. En este tipo de sociedad el trabajo es fuente de integración social, el trabajo permite insertar a la persona del trabajador en una comunidad de derechos y obligaciones que superan el simple intercambio mercantil. Alrededor del trabajo se ha tejido una tupida red de protecciones sociales “des-mercantilizadoras”. Esta estrategia “defensiva” comporta el traslado al trabajo de los costes de la crisis, pero también prosigue la orientación de desplazar costes privados hacia el sistema público, es decir, una tendencia hacia la constante “socialización” de los costes de empresa, sin que no sólo se hayan socializado los beneficios, sino que ni siquiera se haya exigido normativamente –coactivamente- una verdadera responsabilidad social en la actuación empresarial.

Por ello no es aceptable sustituir estatuto social del trabajo por estatuto de protección social “externo”. Se ha de rechazar un modelo social que pretenda dicho objetivo liberalizador. Es preciso mantener la lógica interna del constitucionalismo democrático-social, conforme a la cual se ha de situar la recuperación económica como un medio para al desarrollo de las personas, no como un fin en sí mismo.

En realidad, la flexibilidad “defensiva” (y su objetivo o parámetro de referencia: la “competitividad por los costes”), al incidir en la precarización del empleo y la reducción de las políticas de protección social, acaba rompiendo el principio de continuidad de las rentas del trabajo tanto en la vertiente laboral (medidas de estabilidad del trabajador, continuidad de la relación laboral, etc.) como en la vertiente de protección social (política de prestaciones económicas de sustitución

50 Véase LIPIETZ,A. y LEBORGNE,D.: “Flexibilidad ofensiva, flexibilidad defensiva. Dos estrategias sociales en la producción de los nuevos espacios económicos”, en BENKO,G., y LIPIETZ,A.: *Las regiones que ganan*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1994, págs.331 y sigs.


51 Véase, las perspectiva general y no sin ciertas reservas críticas en algunos aspectos de su argumentación, trazada por MÉDA,D.: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Gedisa editorial, 1998.



de rentas de activo), y por tanto no resulta arriesgado decir que las medidas flexibilizadoras adoptadas conforme a este modelo de política del Derecho, pueden resultar contradictorias al objeto mismo del Derecho Social del Trabajo –su función transaccional-, allá donde la intervención pública contribuya a acentuar las desigualdades en lugar de compensarlas. Las estrategias de flexibilidad “defensiva” cuestionan las bases de la dimensión estatutaria del constitucionalismo democrático social y tienden a desplazarla por un modelo de mercado. Es la lógica del paradigma neoliberal que implica la redefinición restrictiva en “lo social” de las funciones del Estado. Esa redefinición “liberista” (que no se puede confundir con el liberalismo social) supone el abandono del objetivo de una sociedad justa asociada a una promesa de emancipación y de dignidad del hombre.

- (B). Frente a esta opción político-jurídica, otros países (Escandinavia, Alemania, Dinamarca, Francia –tan sólo en algunos aspectos relevantes-, etc.) han puesto en práctica, de forma desigual y desplazando a una parte más o menos amplia de la sociedad del trabajo, otro modelo de flexibilidad que puede denominarse “*flexibilidad ofensiva*” (y su parámetro de referencia: *la competitividad por el conocimiento, la calidad y la innovación*), que supone un nuevo compromiso en los lugares de trabajo, intercambiando la implicación de los trabajadores en la lucha por la productividad y competitividad y la calidad del producto, por diversas garantías y ventajas laborales y de carácter social, que mantienen el carácter “desmercantilizador” del trabajo. Este modelo de “flexibilidad ofensiva”, al contrario que en el modelo de flexibilidad precaria, defensiva, otorga preferencia a la estabilidad laboral, a la modernización tecnología y a la formación profesional, y se articula a través del sistema de negociación colectiva supraempresarial, sin excluir la posibilidad de acuerdos tripartitos, que establecen las reglas de juego, compaginándolo con los convenios de empresa que singularizan el tratamiento de las condiciones de trabajo, el sistema de organización del trabajo y la implicación de los trabajadores en la gestión y dirección de la empresa. Se sitúa en el centro un modelo de *desarrollo cualitativo* basado en la innovación y en la potenciación del conocimiento. En este contexto es de destacar que prima el enfoque antropológico en la consideración del trabajo en el marco del “tiempo de vida” de las personas, donde se trata de humanizar el trabajo y de gestionarlo de conforme a criterios del “garantismo flexible” (principio legal de norma mínima y potenciación de la autorregulación colectiva de mejora y adaptación; la técnica del garantismo flexible ha jugado ante todo con la técnica normativa del “derecho necesario relativo”).

Por otra parte, la flexibilidad “ofensiva” se inclina por un método de *flexibilidad consensuada*, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos (empresa, supraempresarial y del Estado; y espacio de la Unión Europea). Ello da lugar a diversas formas de neocorporativismo democrático (que, aun comprendiéndola, va más allá de la concertación social estricta), que si bien presentan unas características nacionales muy diferenciadas, continúan configurando actualmente a los sistemas democráticos de los Estados



Europeos más desarrollados<sup>52</sup>. En los países europeos más desarrollados se impone la concertación social como cauce más adecuado y eficiente para elaborar un plan de medidas sociolaborales, con carácter previo y complementario de la labor que le corresponde al Parlamento. Por lo demás, la concertación social aporta un plus de legitimidad adicional a la legitimidad que ofrecen las instituciones típicas del régimen parlamentario. Parte de la idea de que la participación en las decisiones es un instrumento no sólo de democratización económica (el derecho a participar en aquellas decisiones que les afectan), sino también un valioso mecanismo de legitimidad procedimental de las mismas. Esa democracia se extiende al ámbito de la empresa, donde la participación puede traducirse en “implicación” combinada con participación en los ingresos o beneficios, garantías reales de estabilidad en el empleo y respecto al conjunto de los derechos sociales de los trabajadores en el ámbito de la organización productiva. Así se podrá pedir –incluso exigir– compromisos con la productividad y la solidaridad de los trabajadores frente a una crisis empresarial. En realidad, todo ello está en sintonía con la potenciación del papel de los agentes sociales en la lógica del neocorporativismo democrático desplegada en todos los ámbitos de decisorios en materia socio-económica. Por lo demás ese fomento de las prácticas neocorporativas –unas veces explícito, y otras silencioso e implícito– adquiere una papel central en los procesos de gobernanza de las reestructuraciones internas y externas de las empresas<sup>53</sup>.

52 Esa persistencia renovada se aprecia en el análisis comparado realizado en FERNER, A. y HYMAN, R. (Dir.): *La transformación de las relaciones laborales en Europa*, trad. de Santiago Borrajo Iniesta, Madrid, MTAS, 2002, espec., págs. 15 y sigs.

53 En la perspectiva de los procesos de reestructuración empresarial, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006. Un exponente significativo es la misma idea subyacente en la creación y fomento de la Sociedad Anónima Europea (SAE). Preside la SAE su configuración funcional como un gran instrumento societario para gestión racionalizada de las operaciones de reestructuración empresarial. En tal sentido la necesidad de métodos más consensuados y flexibles de diseminación del conocimiento dentro de la empresa y el establecimiento de una más efectiva consulta (o instancias de codificación) dentro de las empresas hace del proceso de creación de reestructuración en una SAE una oportunidad para la introducción de cambios institucionales y organizacionales que incrementen las posibilidades de implicación real y activa de los trabajadores en las organizaciones productivas. Este es el elemento de conexión entre las exigencias organizativas y productivas y los mecanismos de institucionalización de un “papel activo” del trabajo en la empresa. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>. D., y MALDONADO MOLINA, J.A.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2007, espec., págs. 62 y sigs.

Esta instrumentalidad reestructuradora de la SAE es explicitada en las Exposiciones de Motivos de los distintos instrumentos comunitarios reguladora de dicha institución societaria. Así en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre, que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), se expresa que “la realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción... Una reorganización de este tipo requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión... La realización de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico...”. Esas mismas premisas se aprecian en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003, de 22 de julio, que aprueba el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). Más nítida es la instrumentalidad reestructuradora que le otorga la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la SAE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, pues hace notar que el Reglamento (CE)




El modelo de flexibilidad ofensiva –basado en el “garantismo flexible”- constituye una alternativa viable de organización jurídica de las relaciones de trabajo que pretende combinar la clásica racionalidad centralizada del Estado Social moderno con formas plurales de racionalidad “autorreflexiva” de los grupos sociales bajo la cobertura de una legislación promocional -o de apoyo- de la autonomía colectiva negocial. Se trata de un modelo dualista de regulación que combina ley y negociación colectiva como medios instrumentales para regular el mercado laboral, y que, aun cuando otorga a la ley la función de fijar un marco de regulación general, no excluye la posibilidad de hacer uso de la negociación colectiva para flexibilizar, sin precariedad ni inestabilidad, las relaciones laborales en el seno de la empresa.

Esto no significa que no puedan existir aporías y disfuncionalidades en ese modelo de flexibilidad, pues a pesar de que este modelo mantiene una relación más equilibrada entre los diversos mercados de trabajo, potencia al sindicato y la negociación colectiva y apuesta por garantizar una red de protección laboral y social (que en su conjunto garantiza un mayor reparto de los frutos del crecimiento de la productividad), manifiesta también una peligrosa tendencia a apartar del “reparto” de los beneficios de la protección laboral y social a amplios sectores de la población, contribuyendo a la formación de una infraclase, constituida por aquellas personas que tienen una situación de mayor debilidad en el mercado de trabajo o que se hallan completamente excluidas del mismo. La polarización del mercado de trabajo entre normas de incorporación estandarizada y

---

2157/2001, “está destinado a establecer un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los distintos Estados miembros puedan planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria”. No se olvide que en las “Disposiciones de referencia” se garantiza que el órgano de representación constituido en la SAE tiene competencias informativas en materia de reestructuración: “cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores, y en particular en los casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado. El órgano de representación o, cuando así lo decida –en particular por razones de urgencia-, el comité restringido tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la SE o con cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la SE que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores”. Lo mismo cabe decir de la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Todavía resulta más significativa la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, precisamente por proyección más general en materia de derechos participación-implicación. En su Exposición de Motivos se justifica a Directiva señalando que “Es necesario reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reformar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta”. Estos derechos de participación débil (información y consulta) se incardinan en una lógica preventiva y de anticipación a los procesos de cambio: la intervención de los agentes sociales (en una operación de política del Derecho encaminada a promover el diálogo social en las empresas) “con la suficiente antelación constituyen una *condición previa de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía*, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo” (Es dimensión preventiva se refleja en el art.4.2.b) de la Directiva 2002/14/CE). Evidentemente, esa funcionalidad de la SAE se recoge en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en la SAE y Cooperativas Europeas.



desestandarizada de la fuerza de trabajo originará una nueva escisión del mercado de trabajo entre la parte normal propia de la sociedad industrial y otra correspondiente al mercado del subempleo, flexible y plural, expuesta a mayores riesgos sociales. Este proceso de fragmentación del mercado laboral continuará ampliándose cuantitativamente hasta que el mercado de trabajo atípico, flexible y precario, domine al modelo de trabajador estable-típico de la sociedad industrial.

Para evitar esas perversas tendencias hacia la dualización social, es necesario realizar una política global (integrada) que, partiendo de la interdependencia entre el modelo de regulación económica y social, no se desentienda del problema del trabajo y de la escasez de empleo, puesto que el trabajo continúa siendo percibido como uno de los factores más importantes de integración social. De ahí que un objetivo preferente de las políticas de regulación (del trabajo y de las políticas sociales) deberá ser facilitar el reparto del empleo, reducir progresivamente la duración de la jornada laboral, sin tener que disminuir la retribución del trabajo (o utilizando la figura de las rentas de inserción o ingresos de ciudadanía para la garantía compensatoria de rentas), compensando esa reducción con un aumento de la productividad; y estableciendo mecanismos de rentas complementarias allí donde la reducción de la jornada no sea posible compensarla, en su totalidad, con los incrementos de productividad. A la postre esta racionalización del orden económico-social participa del fin instrumental de todo proceso de racionalización, que no es otro que el aumento de la productividad del trabajo (algo no ajeno al lúcido modo de pensar de Otto Bauer).

De este modo la flexibilidad no puede ser tratada en abstracto y de modo indiferenciado, pues ésta adquiere diversas formas; formas que pueden combinarse<sup>54</sup>. Ese compromiso público se hace realidad a través de la garantía, entre otros, el derecho al trabajo, el derecho a la reinserción profesional, y la promoción a través del trabajo. Todo ello, en un marco socioeconómico en el que “toda la riqueza del país, en su distintas formas sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general” (art.128 CE). Por ello mismo, el Derecho Social del Trabajo ha de cumplir la función de ser un ordenamiento compensador e igualador en orden a corregir, al menos parcialmente, la desigualdad de origen característica de las relaciones laborales. De lo contrario, este sector del ordenamiento jurídico estará dejando de desempeñar la función integradora y pacificadora (mediante la garantía de ciertos niveles de justicia social) que había venido

---

54 Se ha observado que la flexibilidad laboral puede adoptar dos formas principales: -. La “mejor vía” de mejorar la productividad desarrollando entornos laborales de elevado rendimiento basados en la formación y participación de los trabajadores, los incentivos salariales y la seguridad en el empleo; los trabajos manuales y no manuales se reorganizan en torno a nuevas formas del modelo de trabajo no manual en el que los trabajadores persiguen objetivos de rendimiento individuales y colectivos y son recompensados por lograrlos y en el que los trabajadores no perciben como amenaza la flexibilidad y la fluidez; y -. La “vía secundaria” de reducción de los costes laborales mediante la subcontratación del trabajo, contratos laborales eventuales y a tiempo parcial y presiones sobre el gobierno para que reduzca los salarios mínimos reales y el poder de los sindicatos”. Cfr. CARNOY, M.: *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza editorial, 2007, pág 95. En una y otra dirección se suelen situarse los mecanismos de flexibilización de las jornadas para cumplir los planes de producción y reducir los costes laborales en períodos de escasa actividad. Por lo demás, en los distintos modelos de flexibilidad existe una combinación entre flexibilidad e intervención pública, pues el componente institucional es ineludible.




desarrollando en el capitalismo intervenido. En el marco de la *Unión Europea* se impone una política de ordenación del trabajo que busque un mayor *equilibrio entre flexibilidad y seguridad* y, en ese marco, el establecimiento de políticas reguladoras atiendan a la doble lógica que siempre ha estado presente en el Derecho del Trabajo: la lógica social (tutela de la persona del trabajador) y la lógica económica (atención a las exigencias de la organización productiva). El debate europeo –y la falta de acuerdo– sobre la flexi-seguridad muestra las especiales dificultades persistentes. El problema se plantea en términos preocupantes, ya en el “Libro Verde”, pues se orienta hacia la facilitación en la introducción de modificaciones en las obligaciones mínimas en materia de ordenación del trabajo para ofrecer mayor flexibilidad<sup>55</sup>.

En este enfoque de flexibilidad ofensiva en el marco del garantismo flexible y dinámico, puede adoptarse igualmente medidas para otorgar seguridad al trabajo en la sociedad del riesgo y de la incertidumbre. El estatuto protector del empleo –como base de la ciudadanía social (asociar protecciones y derechos a la condición del propio trabajador)<sup>56</sup>– debe ser completado asociándole un estatuto protector de la persona en

55 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006. COM(2006) 708 final, pág.15. Sobre el Libro Verde puede consultarse en una perspectiva crítica, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Para una crítica del modelo de “flexi-seguridad” liberal: flexi-seguridad y garantismo jurídico-social” (I y II), en revista *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, núms.206-207 (2008), págs.9 a 35 (I) y 9 a 20 (II). En el ámbito político, científico y jurídico cobra fuerza la idea de “flexi-seguridad” como principio ordenador de las políticas laborales y sociales. En al dirección auspiciada por la Unión Europea la operación consistiría en transitar desde la “seguridad en el empleo” (flexibilizando la relación laboral) hacia la “seguridad en el mercado de trabajo (a través de políticas activas de empleo y mecanismos de protección social). Dicha concepción impulsa el larvado tránsito de una constitución “social” del trabajo hacia una constitución “flexible” del trabajo, debilitando la racionalidad específica del Derecho del Trabajo como instrumento de integración social y sus efectos redistributivos del bienestar social y del poder en el ámbito de las relaciones de trabajo.

56 Entonces el trabajo deja de ser un una relación estrictamente mercantil retribuida en el marco de una relación pseudocontractual entre un empleador fuerte y un trabajador débil. *El trabajo se vuelve así “el empleo”, esto es, una estado dotado de un “estatuto” que incluye garantías no mercantiles* (v.gr., derecho al salario mínimo legal y otros derechos laborales legalmente garantizados, derechos de seguridad social, etc.). Se trata de sobre todo de una sociedad en la que la inmensa mayoría de la población accede a la ciudadanía social en primer lugar a partir de la consolidación del estatuto del trabajo. El Estado social ha tenido un papel central en la organización de lo estos dispositivo de protección laboral y de seguridad social; el desarrollo del Estado social es estrictamente coextenso a la expansión de las protecciones públicas, siendo el Estado un “reductor de riesgos sociales”. Ello permitió superar la primera gran crisis de la modernidad, la “modernidad restringida” del liberalismo individualista. No resultad suficiente transferir los derechos del estatuto del empleo a la persona del trabajador. Hay que tomar notar de que el rol desempeñado por las protecciones sociales (“la propiedad social”) en la construcción de una sociedad de seguridad (“sociedad asegurada” estatalmente), ha sido la de introducir una cierta domesticación del mercado; y ello precisamente fue lo que hizo posible vencer la inseguridad social. Y, a sensu contrario, es cierta “remercantilización” del trabajo la principal responsable del mayor nivel de inseguridad social actual mediante la erosión de las protecciones sociales que están vinculadas al empleo, con la consiguiente desestabilización y desestructuración de la condición salarial. Un Estado Social flexible y activo no puede renunciar al control y canalización del mercado, en el marco de un compromiso entre el mercado abierto (ahora flexible) y el trabajo (devenido flexible y móvil) bajo la dirección del Estado Social (readaptado como instancia pública activa de regulación y control de los procesos sociales para enmarcar la anarquía de un mercado libre que sin control democrático conduciría a una sociedad fragmentada y dividida entre ganadores y perdedores. Precisamente los contrario a la una sociedad de semejantes, solidaria y justa). Por ello, para luchar contra la inseguridad social del presente hay que salvar el Estado Social y democrático de derecho, porque sólo así se podrá civilizar el trabajo



cuanto tal. Más que sustituir ese estatuto protector del trabajo se trataría de completarlo –enriquecerlo– con un estatuto protector de las personas. De este modo el “trabajador móvil” tendría una protección no exclusivamente dependiente de la realización de un trabajo concreto. Pero la solución no reside en la simple re-mercantilización del trabajo profesional con la liberalización de los mercados de trabajo de supuestas trabas institucionales que impiden o dificultan su buen funcionamiento. Ello supondría –se diga lo que se quiera– la consideración del trabajador en el ámbito económico (relaciones sociales de producción cuyo objeto es el trabajo) como una pura mercancía (“cosas productiva móvil”)<sup>57</sup>. No se olvide que la pretensión del constitucionalismo social ha sido rescatar al hombre de la naturaleza de mercancía, en un mundo ya enteramente fabricado conforme a criterios de racionalidad y de eficiencia<sup>58</sup>. Hay que dignificar la condición salarial poniendo límites legales a la precarización del trabajo, como causa de una gran parte de los problemas relativos a la nueva cuestión social en las sociedades post-industriales, sin limitarse a atenuar o amortiguar sus efectos a través de los instrumentos de protección social “externos” a la empresa y a la dinámica del contrato. No se puede compensar satisfactoriamente por esta vía tutelar externa la degradación de la condición del trabajador en el marco de la empresa y del contrato de trabajo, pues de ser así se estaría desconociendo gravemente la lógica de un derecho al trabajo concebido como un derechos de integración social y política, que permite la participación activa del trabajador en la esfera de decisión económica (derecho a la intervención en la creación del producto social) y política (derecho de participación política en la formación de las decisiones colectivas, esto es, en la elaboración de las políticas públicas y en el proyecto social en su conjunto).

## 2. Reestructuración de plantillas. Despidos

En este orden de ideas –y dentro de la lógica racionalizadora de la “flexibilidad ofensiva garantista”–, es manifiesta la diferencia específica entre los *modelos de tratamiento* de la reestructuración y saneamiento de la empresa monista y el correspondiente a la empresa pluralista y socialmente responsable. En éste último modelo de empresa pluralista el poder soberano es atenuado por el poder funcional y eficiente referido a fines no sólo internos a la organización sino también referidos a fines que le son exteriores, de manera que esta “forma empresa” supone un nuevo modo de legitimar el poder directivo empresarial, el

---

neutralizando las tendencias de la actual racionalidad económica a convertir el trabajo –a la persona del trabajador– en una pura mercancía. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.

57 Este puede ser uno de los riesgos de las políticas de flexibilización o liberalización de los mercados de trabajo, con el retroceso de las garantías laborales en el trabajo. Debe atenderse a los costes humanos de las políticas de flexibilidad laboral en los procesos de reestructuración empresarial y en las políticas de construcción de los mercados de trabajo transicionales. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1996, espec., págs. 99 y sigs., y GALLINO, L.: *Il lavoro no è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007. Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y GORELI HERNÁNDEZ, J.: “Tiempo de trabajo y Subordinación”, trabajo inédito incluido en VV.AA.: *Trabajo y Subordinación*, Cacucci, 2009, en prensa.

58 Véase REVELLI, M.: *Oltre il Novecento*, Torino, Giulio Einaudi editore, 2001.



cual no se ejercitaría de modo unilateral, sino en atención a un conjunto amplio de intereses en presencia (de ahí el deber de motivar las decisiones –con posible control del juez- y la procedimentalización y control colectivo de los poderes empresariales a través del reconocimiento al personal de derechos de información, consulta, participación y negociación). La empresa se configura como una estructura abierta sometida a un sistema de controles internos (accionistas; representantes de los trabajadores; el interés del personal como grupo específico, esto es, su interés “interno” a la organización de la empresa pluralista) y externos (el control de los poderes públicos, puesto que se produce una cierta “publicación” de los problemas y del empleo en las empresas en reestructuración y en crisis). Es, éste, el enfoque integral de los partícipes, el cual presupone el pluralismo interno y externo a la organización empresarial, yendo más allá de la democracia industrial.

Los instrumentos de intervención jurídico-económica reflejan la existencia de un marco legal para las reestructuraciones y solución de las crisis empresariales que está fuertemente marcado por ese enfoque integral, aunque disperso y a menudo de articulación poco coherente desde el punto de vista tanto de su racionalidad técnica como desde la perspectiva del logro de una racionalidad equilibrante entre la razón social y la razón económica. El intervencionismo público sobre la empresa en proceso de ajuste viene asumiendo una función compleja: función de “regulación” y de “impulso” a la autonomía de los agentes socio-económicos implicados. Entre formas de *Derecho vertical* (normas técnicas de regulación) y *formas de Derecho reflexivo* (proliferación de normas de organización y procedimiento que impulsan y enmarcan la actividad de autorregulación de los grupos sociales y económicos entre sí y con el poder público o autoridad pública). La autonomía colectiva tiene un lugar central en el marco del Derecho reflexivo (“legal”, estatal y comunitario). El modelo de intervencionismo público en los procesos de reestructuración y saneamiento empresarial adquiere una dimensión tripolar en el tratamiento de las reestructuraciones ordinarias y extraordinarias. Su papel es determinante en las reestructuraciones ordinarias (crisis de empresa o grupo de empresas), extraconcursoales (encauzada a través de los procesos de autonomía social y, en su caso, de procedimientos administrativos) y concursoales (encauzada a través de procedimientos judiciales con apertura de espacios a la autonomía social), y en las reestructuraciones extraordinarias (procesos de reestructuración y reindustrialización intervenidos de modo más o menos dirigista; crisis de sector o de grandes empresas). Ello arroja tipológicamente las siguientes *formas de regulación y control público y colectivo de los procesos de reestructuración y saneamiento de las empresas*<sup>59</sup>:

- a) Intervencionismo administrativo (es el paradigma de *garantismo flexible* del sistema regulador del Estatuto de los Trabajadores). Donde coexiste un control interno del personal (consulta-negociación, que no supone derecho de veto) con el control externo propiamente administrativo (que puede alcanzar en el caso de los despidos a la autorización administrativa previa). El modelo de intervencionismo administrativo

---

59 Tres paradigmas o modelos tipo que, en sus rasgos generales, pueden en gran medida ser generalizables a los sistemas jurídicos de los países más desarrollados de la Unión Europea, no sólo, por tanto, a España. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed.Comares, 2006, Parte I, págs.20 y sigs. y Parte II, págs.87 y sigs.



con función mediadora y de procedimentalización colectiva es el que se refleja en las Directivas comunitarias sobre reestructuración de empresas. Los mecanismos de regulación e intervención pública laboral despliegan toda su potencia y fuerza en una fase extra-concursal, bien por cierre de empresa (con el consiguiente tratamiento de los despidos) o bien por reestructuración productiva (determinante de modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales; entrando en juego el grupo normativo formado por los arts.40, 41, 47, 49, 50, 51 (forma de despido propuesta) y 52 (forma de despido directo) de la LET<sup>60</sup>, y normas concordantes del mismo cuerpo legal, de la Ley de Procedimiento Laboral<sup>61</sup> y de la Ley General de Seguridad Social<sup>62</sup>). El control judicial es eventual y posterior a la adopción de la decisión empresarial. Pero puede entrar también en juego *de forma modalizada* en el curso de un procedimiento concursal, en cuyo marco -sin perjuicio del principio de preferencia de las normas laborales especiales insertas en el Derecho concursal- la aplicación supletoria de la legislación laboral ordinaria será inexcusable en numerosos aspectos, incluyendo ciertas intervenciones administrativas instrumentales (Informe de la autoridad laboral). La misma Ley Concursal realizar varias remisiones a la normativa laboral ordinaria desde su propia lógica interna (v.gr., art.64.11 y 149.2 LC). El modelo estatutario es muy flexible tanto en el plano causal (puede ser justificado motivo tanto las situaciones de corte crítico como las necesidad de reorganización de la empresa o unidad productiva inferior), como en la perspectiva de los procedimientos de adopción de medidas preventivas, pro-activas y de acompañamiento social en el marco de una negociación colectiva gestional o deliberativa dentro del llamado período de consultas previa.

- b) Intervencionismo judicial *necesario*, “*ex ante*” e *inicial* (es el sistema de *garantismo flexible* regulador de la Ley Concursal<sup>63</sup>). Donde coexiste también el control interno del personal (consulta-negociación, que no alcanza al derecho de veto) y el control externo judicial de carácter “autorizante”. En el procedimiento concursal existe un control directo del Juez externo a la estructura jurídica de la empresa. El control judicial es un control realizado esencialmente por el Juez de lo mercantil, que en la práctica jurídica actúa como un Juez del concurso, sin recibir, empero de modo generalizado, esta denominación técnica. La LC contiene normas laborales especiales que se someten a una doble lógica: la lógica de racionalidad concursal y la lógica de racionalidad del ordenamiento laboral general (vg., art.64, 65, 66, 149.2, etcétera; todos ellos en relación con la norma de atribución de competencia exclusiva ex art.86 ter LORC).
- c) Intervencionismo gubernamental, *necesario* y “*ab initio*” (es el sistema de *garantismo flexible* regulador de la Ley de Reconversión y Reindustrialización, y, en sólo en parte, la legislación de promoción industrial y otras normas de reestructuración sectorial y de

60 Texto Refundido aprobado por RD.Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

61 Texto Refundido aprobado por RD.Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

62 Texto Refundido por RD.Legislativo 1/1994, de 20 de junio.


63 Ley 23/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que se integra con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de Julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LOPJ de 1985 (LORC).



desarrollo regional o local)<sup>64</sup>. En esta ordenación legal de las reestructuraciones industriales, de vigencia residual, se produce un control interno (consulta-negociación), un control sindical externo y unos mecanismos de concertación y diálogo social, que en el caso de aprobación de los planes de reestructuración industrial adquiere la fisonomía típica de la administración concertada. El Real Decreto de Reconversión regulará las medidas establecidas en el “plan” previamente diseñado (con o sin acuerdo con las organizaciones profesionales representativas) (art.3 de la Ley 27/1984). La negociación del plan de reconversión está reservada a las organizaciones profesionales junto con la Administración Pública actuante. El Real Decreto de reconversión regulará las medidas establecidas en el Plan (con o sin acuerdo con las organizaciones sindicales) (art. 3 de la Ley 27/1984). La financiación pública ha sido un rasgo fundamental de los planes de viabilidad y de los planes sociales de acompañamiento (asumiendo los costes sociales de las reestructuraciones, especialmente a través de medidas de tratamiento de los excedentes de personal). No obstante, debe recordarse las limitaciones que las políticas comunitarias imponen al otorgamiento de ayudas públicas derivadas del Derecho de la concurrencia, de manera que toda ayuda significativa a las empresas ha de pasar por el control autorizante de las instituciones comunitarias para evitar un “falseamiento” de la competencia. En la experiencia española las políticas de reestructuración públicamente intervenidas (reconversiones industriales) han estado organizadas y legitimadas por procesos de concertación político-social y la adopción de Acuerdos Marco Interconfederales. Esto ha sido así desde los primeros años ochenta, pasando por los del 97 hasta llegar a los de 2002 y 2003-2004 (que parece será extensible al ANC de 2005-2006), los cuales contienen claves importantes sobre los procesos de reestructuración y tratamiento preventivo de las crisis empresariales.

El grupo normativo integrador del Derecho laboral de la reestructuración, en esas tres fórmulas-tipo de regulación, toma como punto de partida la movilidad del capital y de la “forma empresa” en que de modo proteiforme ella se expresa desde el punto de vista jurídico-organizativo. La coyuntura actual se caracteriza, efectivamente, por un proceso de gran movilidad del capital y de transformación de la forma empresa. Las reestructuraciones se han convertido en un proceso permanente de adaptación de la empresa a los cambios del entorno. La empresa no es una organización aislada, sus objetivos adquieren verdadero sentido en la medida en que se corresponden con las exigencias del mercado. Se habla de la empresa flexible como de una organización flexible y de adaptación permanente. La coyuntura actual está presidida por una remodelación constante de las estructuras económicas y jurídicas del capital. En muchos casos las empresas se pulverizan como espacio vacío, con una “desintegración” de la *forma jurídica* de las actividades económicas. Las empresas se reestructuran o reorganizan incesantemente. Se hacen flexibles y difusas, a la vez, alcanzando incluso a conformarse como una organización desmaterializada; o simples centros de beneficios. La diversificación de la nueva forma de empresa flexible determina, a su vez, una desestructuración de las formas de empleo, que se ha de adaptar de modo flexible a un entorno no fácilmente predecible y con exigencias rápidamente cambiantes.

64 Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización; RD.1990/1984, de 17 de octubre, sobre desarrollo de las medidas laborales de la reconversión industrial.



La flexibilidad del trabajo constituye, así, uno de los ejes centrales de las estrategias empresariales (ofensivas y defensivas). En este contexto de cambios e incertidumbre de los mercados y de los ciclos económicos, se vienen produciendo constantes variaciones en las formas de organización de la empresa y modificaciones de su estructura jurídica (transformación de sociedades, fusiones, escisiones, adquisiciones y otras formas de transmisión de empresa). En tal sentido las transmisiones de empresas constituyen un instrumento al servicio de las actividades de concentración jurídica, de formación de grupos de empresa y de vertebración de sistemas de descentralización productiva. Las reestructuraciones de las empresas provocan consecutiva e inducidamente despidos colectivos, modificaciones o suspensiones contractuales, los cuales se justifican por la necesidad de salvaguardar la competitividad o la rentabilidad de las empresas, atendiendo a la lógica del mercado, siempre persistente y hoy más revalorizada. En este contexto el Derecho Flexible del Trabajo *tiende a ser un sector del sistema jurídico más funcional a las exigencias impuestas por la racionalidad jurídico-económica que preside el Derecho de la concurrencia* (aunque sin llegar a ser “absorbido” por éste). En esa lógica de regulación jurídica la posición de la empresa tiende a ser preeminente; tiende a hacer prevalecer sus propios criterios de racionalidad y los métodos de solución a ellos correspondientes. El Derecho Flexible del Trabajo se impregna de *racionalidad instrumental*, dispuesto a remodelar sus reglas según los cambios de la coyuntura (carácter contingente) y de las preferencias de política del Derecho de la economía y de “lo social<sup>65</sup>”. El Derecho del Trabajo se pliega a las exigencias del orden económico según los términos de apreciación y valoración de la política del Derecho de la economía.

Por otra parte, las situaciones de riesgo (la “sociedad del riesgo”)<sup>66</sup> y de mayor incertidumbre de los mercados favorece la generación de los estados de insolvencia empresarial. El lugar de los procedimientos de reestructuración y saneamiento en ese contexto es importante sea porque la crisis concursal (vinculada a situaciones de insolvencia técnica<sup>67</sup>) se produce por un problema de “adaptación” de la posición competitiva de la empresa en el mercado; o sea, en otro caso, por el fenómeno de la “crisis inducida”, esto es, una crisis concursal provocada por estrategias adoptadas en un centro de decisión del grupo o de la gran empresa nacional o transnacional. Las iniciativas legislativas comunitarias, significativamente, han tomado en consideración el factor comunitario. Así, en el Preámbulo del Reglamento (CE) núm.1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>68</sup>, se indica, por un lado, que el buen funcionamiento del mercado

65 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postindustrial: El modelo de constitución flexible del trabajo”, en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y MARTÍN JIMENEZ, R. (Coord.), Madrid, MTAS, 2003.

66 BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

67 Sobre el presupuesto objetivo del concurso, véase, por todos, ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005.


68 Téngase en cuenta que conforme al art.199 LC (“De las relaciones entre ordenamientos”) “las normas de este título (Título IX, “De las normas de Derecho Internacional Privado”) se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia”.



interior exige que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, y, por otro, que las actividades empresariales tienen cada vez más repercusiones transfronterizas por lo que cada vez con mayor frecuencia están siendo reguladas por la legislación comunitaria. Como quiera que la insolvencia de dichas empresas afecta al buen funcionamiento del mercado, es necesario un acto comunitario que exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente. Se tiene también presente el riesgo del “dumping” económico y social, cuando se afirma que para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable (“forum shopping”). La misma Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, parte en su Preámbulo de la premisa de que la evolución del Derecho en materia de insolvencia en los Estados miembros así como el desarrollo del mercado interior exigen una adaptación de determinadas disposiciones de dicha Directiva, siendo preciso adaptar la regulación del estado de insolvencia a las nuevas tendencias legislativas en la materia en los Estados miembros y abarcar igualmente, por medio de este concepto, los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación.

No menos significativa todavía resulta la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo<sup>69</sup>, en cuya “Exposición de Motivos” la Comisión justifica la necesidad de proceder a una modificación de la Directiva en los siguientes términos argumentativos: “conforme pasan los años, las *nuevas realidades del mercado de trabajo y las reestructuraciones y reconfiguraciones realizadas dentro de las empresas imponen una revisión de la Directiva en una serie de puntos concretos en los que no está al día*” (apartado 2). La misma noción comunitaria de insolvencia debe adaptarse teniendo en cuenta la finalidad social de la Directiva (el principal objetivo social de la Directiva es proteger los créditos salariales impagados a los trabajadores en caso de insolvencia del empresario) así como las nuevas tendencias del Derecho de insolvencia en los Estados miembros, y que sirva, al mismo tiempo, para mejorar la coherencia con otras Directivas comunitarias. Entiende que la modificación de la Directiva 80/987/CEE es la única manera de establecer una nueva noción de estado de insolvencia, *que es necesaria para hallar un mejor equilibrio entre el Derecho de insolvencia y el Derecho del Trabajo* así como para garantizar la coherencia con la Directiva 98/50/CE del Consejo. En esas coordenadas político-jurídicas existe una especial preocupación por las situaciones transnacionales, esto es, los casos de insolvencia de empresas que disponen de centros operativos en distintos Estados miembros, lo cual ha planteado una fuente permanente de inseguridad jurídica y ha conducido a litigios ante los tribunales nacionales. El número de esos casos no ha dejado de aumentar con el desarrollo continuo del mercado interior y de la transnacionalización de las actividades de las empresas. Y es que, en efecto, la realización del mercado interior va acompañada de una tendencia a la *reorganización* de las empresas que desean aprovechar plenamente las ventajas y las posibilidades ofrecidas por la integración

69 Bruselas, 15.01. 2001. COM (2000) 832 final. 2001/0008 (COD).



de los mercados. Las operaciones de reorganización y, por tanto, las actividades de las empresas tienen un carácter cada vez más transnacional. Al propio tiempo, los estados de insolvencia de empresas y grupos de empresas de dimensión europea son cada vez más frecuentes, en un marco de mayor incertidumbre en el que las empresas asumen mayores riesgos de supervivencia y dificultades económicas y financieras.

La crisis de la empresa, puede (sin agotarse en ello) ser el resultado de procesos de reestructuración productiva que han fracasado, o que no se ha llevado a cabo preventivamente y con la prudencia necesaria; o, en otro caso, puede ser resuelta a través de un proceso de reestructuración interna o externa (dentro o fuera del procedimiento concursal) que garantice su viabilidad. En este caso la reestructuración es un procedimiento reorganizativo preordenado a la “conservación” de la empresa. En esta perspectiva las reestructuraciones laborales externas (que se hacen acompañar de reestructuraciones laborales internas de organización del factor trabajo) se articulan a través de la descentralización productiva, la utilización sistemática de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), pero también a través de operaciones de fusión, absorción y “filialización” societaria, de concentración en la pluralidad mediante la formación de grupos de empresas.

En esta coyuntura sobresalen tres aspectos o dimensiones de la reestructuración empresarial. La reestructuración puede afectar a *empresas aisladas (reestructuración de empresa de estructura simple)* o en grupo (*reestructuración de grupos de empresas o empresas de estructura compleja*<sup>70</sup>), pero también a *sectores enteros* –cuando se ven afectados negativamente por crisis económicas o cambios en la estructura de la demanda- y/o *regiones* –por ejemplo, cuando están fuertemente especializadas en un único sector industrial-. La *gestión de estos cambios* será diferente a gran escala, existiendo distintos métodos y procedimientos de colaboración entre empresas, agentes sociales, actores locales y servicios de empleo públicos. La situación económica actual y los procesos de cambio acelerado, ponen de manifiesto las distintas dimensiones de la reestructuración. Sin embargo, *la reestructuración (a diferencia de lo que acontece de ordinario con las situaciones de insolvencia empresarial) no es normalmente –por utilizar el símil médico– un proceso patológico, sino fisiológico* y en muchos casos necesario para la *modernización* de los sistemas productivos. De ahí su normalización y “regularización” desde el punto de vista jurídico e institucional. En efecto, aunque presenta consecuencias sociales a menudo muy graves y traumáticas, la reestructuración empresarial puede ser útil y constituir un motor hacia un cambio positivo de mayor calidad. Puede contribuir a incrementar la productividad y a introducir en el aparato productivo las nuevas tecnologías, renovando empresas y sectores. Puede contemplarse esa dimensión positiva y necesaria, valorando correctamente la incidencia social y económica de la reestructuración. Ello implica –como ha advertido la Comisión Europea<sup>71</sup>– conjugar de

70 Es un dato relevante la configuración del grupo de empresas como instrumentos para la búsqueda permanente de mecanismos de flexibilidad de estructuración y reestructuración organizativa de la empresa. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Granada, Ed. Comares, 2002, *passim*.

71 Véase el Documento comunitario sobre la “Prever y gestionar el cambio: un enfoque dinámico de los aspectos sociales de las reestructuraciones de empresa”, cit.



manera efectiva y equilibrada los intereses de las empresas, sujetas a cambios en las condiciones que regulan su actividad, y los intereses de los trabajadores, que se ven amenazados con la pérdida de sus empleos o puestos de trabajo. No se trata, pues, de cuestionar la existencia del fenómeno y ni su posible utilidad renovadora del tejido económico y empresarial.

La apuesta es desarrollar un *enfoque preventivo, positivo y activo* de la reestructuración empresarial, en el sentido de que el desafío para la economía europea pasa por articular políticas de alta calidad que permitan anticiparse a los cambios, desarrollar la capacidad de adaptación y la integración ocupacional de los trabajadores, e involucrarlos en la marcha de las empresas mediante una colaboración social activa. Este es el punto de vista de la Comisión Europea, que entiende que las reestructuraciones orientadas de modo preventivo y eficaz son necesarias y pueden tener efectos decididamente positivos<sup>72</sup>. De ahí la importancia estratégica de una “participación en sentido fuerte”; esto es, desde la perspectiva institucional de la implicación y la corresponsabilidad en la gestión del cambio estructural. Dentro de sus fundamentos de adaptación, en la Estrategia Europea de Empleo, al igual que en las Directrices Generales de Política Económica, se recomienda el desarrollo de una combinación apropiada de flexibilidad y estabilidad, y se subraya la necesidad de promover, a través del diálogo con los agentes sociales, una organización del trabajo más flexible, y la reforma del marco regulador.

La competitividad en Europa se fundamenta en la investigación, la innovación y la capacidad de creación y adaptación de los trabajadores. La reestructuración –como también el saneamiento de las empresas– comporta ajustes o reorganizaciones de plantillas, que a menudo van acompañados de despidos colectivos. Ello exige establecer mecanismos de control y amortiguamiento del impacto negativo potencial de las reestructuraciones<sup>73</sup>. Se realza el papel protagonista de los agentes sociales, porque la gestión del cambio requiere compromisos y colaboraciones firmes. Está basada en el diálogo y en un entendimiento común de los retos y oportunidades que conlleva el cambio, lo que resulta especialmente importante en el contexto de la reestructuración. Por eso el objetivo de la Comisión es promover el diálogo social sobre la reestructuración empresarial en el ámbito comunitario. Dentro de la lógica de aproximación flexible por objetivos que viene siguiendo la Unión Europea (muy especialmente en materia de política social) se señala que la iniciativa comunitaria sobre la gestión del cambio no pretende impulsar la armonización normativa, sino más bien promover y divulgar, a todos los niveles, mecanismos que favorezcan la transformación de la economía y mejoren el rendimiento económico a resultas del permanente proceso de reestructuración.

72 Cfr. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: “Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005. COM (2005) 120 final.

73 Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2001, B-5-0089/2001. Véase Comunicación de la Comisión Europea sobre “Acompañar los cambios estructurales: una política industrial para la Europa ampliada”, COM (2004) 274 final. Puede consultarse el Dictamen del CES, “Transformaciones industriales y cohesión económica, social y territorial”, CES606/2004.



Atendiendo a este marco (modelo) normativo regulador, que responde la lógica del garantismo flexible, la solución más coherente no reside en asumir la estrategia de flexibilidad “defensiva” (de orientación neoliberal que otorga preferencia a la reducción de costes y a la individualización de las relaciones laborales) y de “competitividad” por la reducción de costes del factor trabajo.

En esa dirección “defensiva” se inserta paradójicamente la propuesta de Paul Krugman –premio Nobel de Economía y asesor económico del Gobierno Obama-, según el cual “en el pasado, España habría tratado de mejorar su competitividad devaluando su moneda. Pero ahora su moneda es el euro, y parece que la única forma de salir adelante es iniciar un demoledor proceso de recortes salariales. Esto habría sido difícil en la mejor de las épocas; y será casi inconcebiblemente doloroso si, como parece muy probable, la economía europea en su conjunto está en crisis y con tendencia a la deflación durante años. ¿Significa todo esto que Europa cometió un error al permitir una integración tan estrecha? ¿Significa, en concreto, que la creación del euro fue un error? Tal vez. Pero Europa todavía puede demostrar que los escépticos se equivocan, si sus políticos empiezan a dar muestras de una mayor capacidad de liderazgo. ¿Lo harán?”<sup>74</sup> .

Esta medida supone hacer recaer (trasladar) en la posición jurídico-económica de los trabajadores todo el peso fundamental del “Ajuste” económico. Precisamente cuando las “causas” de la crisis no residen en el mercado de trabajo, y menos aún el nivel de salarios, donde España no puede decirse que esté por encima de la media europea en ningún aspecto.

Tampoco reside en la *estrategia de “Abaratar” los costes del despido* por causas empresariales, o imponiendo la generalización del “despido libre” (“ad nutum” o sin causa; con el reconocimiento del derecho al libre desistimiento laboral del empresario), más o menos indemnizado:

El punto de partida para el tratamiento de la reestructuración de plantillas (despidos por causas empresariales) es el siguiente:

- Los procesos de reestructuración se han convertido en una *realidad permanente* –no marginal ni coyuntural-. Al fenómeno del cambio estructural inducido por las transformaciones tecnológicas y organizativas, la organización de “economías de escala” impulsadas por la apertura de los grandes espacios económicos (inherente a la globalización de la economía mundial y al avance del proceso de integración de la Unión Europea), se añade actualmente la coyuntura de la crisis económica (la de más envergadura después de la de 1929, con secuelas de todos conocidas).
- Tales procesos de reestructuración de las empresas se hacen *acompañar de reducciones de plantillas y supresión* de puestos de trabajo, afectando –con mayor o menor

74 KRUGMAN, P.: “Qué le pasa a Europa?”, artículo publicado en el periódico *El País*, domingo 22 de marzo de 2009, “Negocios”, pág.19.




intensidad- a los trabajadores de las grandes, medianas y pequeñas empresas. La Destrucción de empleo es una característica del tiempo de crisis.

- Las “causas” de la crisis –y, en particular, de las crisis empresariales - no están en el mercado de trabajo ni en la regulación jurídico-institucional de las relaciones laborales. Estamos ante una *crisis extralaboral* en su origen, y con consecuencias extraordinariamente negativas sobre el mercado de trabajo y el empleo. Tampoco residen en dicha regulación (el Derecho del Trabajo) las “soluciones” a la crisis, aunque siendo este sector del ordenamiento una variable autónoma –fuertemente condicionada, eso sí, pero no dependiente- del subsistema económico, tiene un papel relevante en la regulación jurídico-institucional de las relaciones e instituciones económicas.
- El Derecho del Trabajo puede tratar de *racionalizar* los procesos de reestructuración de plantillas procurando conciliar o armonizar la “razón económica” (necesidades objetivas de la empresa) con la “razón social” (protección de los trabajadores que forma parte de la organización productiva). Puede garantizar, al mismo tiempo, la “paz social” a través del fomento de soluciones negociadas entre los actores sociales implicados. Puede propiciar medidas de flexibilidad alternativas o elusivas de los despidos. Téngase en cuenta la última reforma que fomenta las regulaciones temporales de empleo.
- La ordenación jurídica de los despidos por causas empresariales *no es el único procedimiento de reestructuración de plantillas*. Uno de los principales tiene que ver con la utilización del trabajo temporal como fórmula de flexibilidad y de abaratamiento de las extinciones contractuales. Es de advertir, pues, que la mayoría de las recientes reducciones de plantilla no se han canalizado y tratado jurídicamente a través de EREs. También se utiliza el “*despido individual libre indemnizado*” (despido improcedente o ilegítimo)<sup>75</sup>, cuya utilización sistemática permite una reestructuración de plantillas eludiendo las garantías sustantivas (señaladamente, la exigencia del principio de causalidad) y procedimentales (de modo destacado, el control sindical y público) establecidas para los despidos por causas empresariales (despidos colectivos y despidos por circunstancias objetivas). Este cauce alternativo de despido resulta especialmente utilizado por las medianas y grandes empresas, las cuales –no sin ciertas contradicciones- parecen preferir realizar estos despidos para eludir el control causal considerado “externo” (donde incluyen a los agentes públicos y sindicales), a pesar de que la ruptura contractual unilateral resulta así más cara. Todo ello con el agravante de que nuestro sistema se basa en una estabilidad de eficacia no efectiva (o real), sino meramente obligatoria<sup>76</sup>. De ello se infiere que existe un amplio

75 Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Despidos colectivos y autorización administrativa”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2009), págs. 1 a 22; ID.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, en *RL*, núms. 15-16 (2009).

76 Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>. N.: *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Dir., Efrén Borrajo Dacruz, Madrid, Edersa, 1994, págs. 189 a 431, espec., págs. 192 y sigs.



espacio para el “despido material libre” (más o menos indemnizado); lo que en sí es criticable dada la necesaria protección frente al despido injustificado (art.35.1 CE –SSTCo 22/1981 y 20/1994- y 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –de eficacia normativa ex art.6.1 del TUE, en la versión del Tratado de Lisboa<sup>77</sup>-, a cuyo tenor, “Todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”). Del mismo modo, atendiendo a que muchas empresas utilizan la externalización también por la vía de la subcontratación, la reestructuración de personal se puede producir de forma indirecta mediante la resolución de contratos de servicios con otras empresas auxiliares, o con trabajadores autónomos (normalmente sin costes económicos en dicha extinción); o incluso, de manera no menos significativa, con trabajadores “económicamente dependientes”). De nuevo: la subcontratación (forma de descentralización productiva) permite que se pueda eludir las garantías de los Expedientes de Regulación de Empleo; se enmarcan los EREs –y la autorización administrativa que comportan- en inequívocos procesos de reestructuración de plantillas o ajustes de “trabajadores indirectos”.

- Es necesario llamar la atención sobre la existencia de un supuesto relevante de despido individual improcedente por causas objetivas compensable a través de una indemnización legal inferior a la prevista con carácter general. Se trata del contrato de fomento de la contratación indefinida regulado en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para reforma del mercado de trabajo para el incremento y la mejora de su calidad. Se establece, así, que “cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el art.53.5 LET, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el art.56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Si se procediera según lo dispuesto en el art.56.2 LET, el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el art.53.1 b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior”.
- Nuestros mercados y su regulación jurídico-laboral son muy flexibles, y en no pocos casos obedecen a técnicas de flexibilización “nociva” (negativa) y disfuncional respecto a la tutela de intereses más generales. No es un Derecho rígido, especialmente a partir de las reformas de la década de los noventa, con la formación de un “Derecho Flexible del Trabajo”. La estrategia de “goteo”, es decir, un paso regresivo más sobre lo ya andado en las reformas laborales precedentes de carácter *liberalizador*.

77 Conforme al art.6.1 del TUE, “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.




Así pues, en los hechos, se utilizan alternativas individualizándolas del despido típico por causas empresariales (no se olvide que está impregnado ex art.51 LET de una lógica colectiva que coexiste con el interés del empresario):

- 1º. Contrarios precarios (temporales y otras modalidades de empleo precario; trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal). Diversificación de tipos contractuales que supone una diferenciación de estatutos protectores respecto al estatuto tipo de referencia tutelar.
- 2º. Individualización del Despido por causas empresariales: el despido improcedente como modelo de tarificación del coste de la decisión extintiva. Solución que viene siendo impuesta por los propios empresarios (normalmente cara, porque se trata de un incumplimiento grave y culpable del empresario). Es, además, una “buena” solución para las medio-grandes y grandes empresas, porque pueden pagar esas indemnizaciones fácilmente con rapidez en el ajuste (el problema del tiempo) y sin controles ni colectivos ni público. Por ello se ha advertido, con razón, que la orientación de los empresarios a negociar de modo individualizado el despido ha contribuido decisivamente al incremento del coste del despido, existiendo un elevado grado de responsabilidad empresarial en ese aumento del coste, que lleva a la práctica un despido “ad nutum” encubierto (una libertad de despido) prefiere pagar un alto coste<sup>78</sup>. Lo que –no se olvide y téngase muy presente- que constituye una vía fraudulenta de las normas reguladoras de las extinciones colectivas a través de extinciones contractuales individuales en masa; despidos individuales improcedentes con abono de la indemnización de resarcimiento como modo de reducir plantilla sin sujeción a un control previo<sup>79</sup> (Fraude que formalmente está tipificado en el Modelo estatutario y comunitario de reestructuración de plantillas. Conforme al art.51.1.c)

78 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo “único””, en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009), págs.1 a 13, en particular pág.8. Para el cual la reducción de las indemnizaciones legales del despido no resuelve el problema de los procesos de ajuste de plantillas, siendo necesario atender al sistema global de garantías del despido, pues de lo contrario se plantearían gravísimas disfuncionalidades y se abriría la vía de posibles abusos y arbitrariedades. Por lo demás, el despidos individual improcedente ha visto facilitado por el hecho de que la doctrina judicial tiende a no computar para el umbral de los despidos colectivos los calificados ya de improcedentes y se ha indemnizado o los que su improcedencia fue reconocida por el empresario, y porque se mantiene una interpretación muy restrictiva y cuestionable del ámbito de aplicación de los artículos 51 y 52.c) LET (v.gr., STS de 22 de enero de 2008). Cfr. del mismo autor, “Despidos colectivos y autorización administrativa”, en *RL*, núm. 2 (2009), pág.7 y LAHERA FORTEZA, J.: “Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, recurso 1689/2007)”, en *RL*, núm. 2 (2009), págs.45 y sigs., para el cual la reforma laboral instrumentada en la Ley 45/2002 supuso que la regulación del despido en España responde a un modelo de despido individual libre pagado sustentado en la descausalización, desjudicialización y certidumbre económica de la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del empresario. Y precisamente la configuración legal de un despido libre pagado con tales rasgos, encaja en la categoría jurídica del desistimiento empresarial indemnizado. Una revisión sobre la figura del desistimiento empresarial del contrato de trabajo, en CEINOS SUÁREZ, Á.: *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), 2008, espec.,pág.39 y sigs.

79 Véase BAYLOS GRAU, A.: “El lugar del sindicato y de la acción sindical en la modernización del Derecho del Trabajo y de la flexiseguridad en Europea”, en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coords.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, pág.177 y sigs.



LET, “Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art.52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”).

3º. El propio modelo legal de despido individualizado por causa empresarial regulado en el art.5.2.c) LET permite que despidos materialmente colectivos –que no entran dentro de los umbrales cuantitativo numéricos del art.51.1 LET- queden dispensados no sólo de la autorización administrativa previa, sino también de la exigencia legal necesaria de una fase de consulta-negociación en vista de alcanzar un acuerdo sobre la reestructuración empresarial y sus consecuencias sociolaborales. Con esta forma de despido por causa empresarial se priva al proceso de ajuste o reestructuración de la función mediadora de la autoridad laboral y del control público y colectivo preventivo de la decisión de la dirección de la empresa.

No es poco lo que puede hacer el Derecho del Trabajo. Puede introducir medidas de racionalización y de flexibilidad –estructurales y coyunturales- y seguridad dentro de la lógica del “garantismo flexible”:

- a). Ha de tomar en consideración las transformaciones estructurales de las relaciones laborales europeas. Fenómeno de cambio cualitativo que es anterior a la crisis económica y que constituye el marco de referencia obligado para adoptar medidas de referencia de largo alcance. Debe atenderse al sentido del cambio en una perspectiva que sobrepasa la actual coyuntura y también la “tentación” de realizar reformas oportunistas y aisladas.
- b). Puede tratar de unificar estatutos reguladores reconducción hacia una mayor unidad de actuales modalidades de contratación (entre otras cosas garantizando la eficacia jurídica del principio de justificado motivo en la contratación temporal), pero rechazando la propuesta de instauración de un “contrato único de trabajo” por tiempo indefinido (donde se refundiría las modalidades vigentes de contratos de duración indeterminada y de duración determinada), que presupone un *debilitamiento* de las garantías laborales típicas del “garantismo flexible” y la vulneración de las normas fundamentales de garantía frente al despido injustificado (art.35.1 CE; 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, jurídicamente vinculante conforme al Tratado de la Unión Europea, art.6, tal como se infiere de la reforma operada por el Tratado de Lisboa; y el Convenio núm.157 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo)<sup>80</sup>. La dualización del mercado y la muy acusada individualización negociada del despido, que ha contribuido a su encarecimiento,

80 Un exposición sucinta sobre ese debate, en MERLATEAU, J.B.: “El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs.101 y sigs.




no se resuelven con la figura liberalizadora del contrato de trabajo único, pues el ordenamiento laboral garantista no puede limitarse a reducir la indemnización, sino contrarrestar las causas determinantes del abuso de la temporalidad y de la individualización negociada vinculada a las deficiencias de los instrumentos de control y protección del despido. Es ahí donde debe incidir el proceso de reforma legislativa<sup>81</sup>. Esas propuestas que pretenden instaurar un generalizado modelo de despido libre indemnizado, se situarían en la lógica del desplazamiento de la constitución social garantista del trabajo hacia la constitución flexible estricta.

Por lo demás, la reducción de las garantías del despido (y otras formas de flexibilidad laboral “fuerte”) no son en rigor “compensadas” por mayores garantías de seguridad en el mercado y en los sistemas de protección social, pues se trata de dos aspectos no comparables o sustituibles de la ciudadanía social pues operan en planos distintos, aunque funcionalmente conexos: la una que garantiza la “ciudadanía en la empresa” y la dignificación del trabajo, y la otra que garantiza la protección social de la persona del trabajador ciudadano en las transiciones profesionales y frente a las situaciones de necesidad, esto es, frente a los riesgos sociales dentro (empresa) y fuera (mercado de trabajo y ciclo de vida de las personas) del trabajo, asumiendo un papel activo y positivo mediante la activación de los dispositivos de protección sociales orientándolos hacia el gobierno del empleo y en combinación con el Derecho del empleo (lo que opera especialmente en tres ramas de protección pública: el desempleo, las rentas de inserción –dentro y fuera de la protección por desempleo- y las pensiones)<sup>82</sup>. De manera que existe un doble movimiento de las políticas de protección, en ese sentido, a saber: se pretende adaptar las protecciones sociales tanto a las exigencias de cobertura de riesgos/situaciones de necesidad durante las distintas fases del ciclo vital de las personas e interactuar (no meramente adaptación) con las políticas de flexibilidad del mercado de trabajo (que ya conoce manifestaciones de funcionalización de los dispositivos de protección social para el sostenimiento de mercados *flexibles transicionales*). Se trata de dos dimensiones de la ciudadanía social que tienen que operar con carácter complementario, y en las que no debe de existir una relación de sustituibilidad si se desea en verdad que se realice el programa civilizatorio del Estado social de Derecho. En otras palabras: es el modelo social europeo del garantismo jurídico flexible.

- c). En un contexto de crisis económica y empresarial debe protegerse a los trabajadores frente al despido injustificado, precisamente porque su mayor debilidad y sometimiento a los poderes empresariales. Como ya realizara Michael Kalecki, de

81 En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo “único””, en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009), págs.1 a 13.

82 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en *RMTAS*, núm. Monográfico Extraordinario, N°. E (2008), págs.49 a 134. Para los supuestos históricos estructurales, puede consultarse ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007.



hecho, en un régimen de pleno empleo permanente, el despido dejaría de desempeñar su papel de medida disciplinaria. La posición social del empresario se vería debilitada, y crecerían la seguridad y la conciencia de clase de los trabajadores. En la realidad, la “disciplina de fábricas” y la estabilidad política son más apreciadas que los beneficios por los dirigentes empresariales, cuyos intereses de clase les dicen que el pleno empleo duradero es poco conveniente desde su punto de vista, y que el desempleo es parte integrante del sistema del capitalismo normal. La coyuntura de crisis económica produce, en ese sentido, un incremento del poder empresarial<sup>83</sup>.

- d). Puede abundar en la diferenciación de reglas y costes extintivos entre la pequeña, la mediana y la gran empresa (atender, pues, a la dimensión de la empresa). Sin que ello tenga que suponer una reducción de las protecciones legales frente al despido.
- e). Puede, igualmente, *lege ferenda*, trasladarse –con las precisas garantías de control– parte de la indemnización de los despidos por causas empresariales al FOGASA (fondo financiado solidariamente por todas las empresas; art.33 LET), sin condicionarla a la acreditación de una situación de insolvencia en sentido técnico (concursal) y con un pago inmediato a los trabajadores.
- f). Puede llevarse a cabo políticas de Derecho propias del garantismo flexible a través de la democracia procedimental deliberativa: concertada (tripartismo entre los tres grandes actores del sistema de relaciones laborales) o convencional (negociación colectiva bilateral entre las organizaciones profesionales) a distintos niveles que es consustancial al modelo social europeo. Una democracia deliberativa que se enmarca en la realización de políticas públicas de intervención y control sobre la economía y las relaciones laborales. Una forma de democracia procedimental y deliberativa que tiene ante sí el reto de re-inventarse –re-institucionalizarse– a escala europea para hacer frente al proceso de internacionalización de la economía de mercado.
- g). La acusación/reproche empresarial de que en los ERES existen excesivas limitaciones institucionales, no parece que sea razonable, pues no está basada en argumentos objetivos. Es verdad que habría que acentuar mucho más la función mediadora y de impulso de la autoridad laboral en la línea postulada por la Directiva sobre despidos colectivos. Pero en sí el modelo de reestructuración de plantillas del art.51 LET es bastante razonable por varios motivos:
  - 1). Es homologable con las previsiones de la Directiva comunitaria, que exige, además, esa intervención necesaria de la autoridad administrativa. No sólo para conciliar, sino también –y en relación a ello– para buscar y proponer soluciones (mediar) y apoyar iniciativas de las partes sociales implicadas. La idea de “pro-

83 KALECKI, M.: “Political Aspects of Full Employment”, en HUNT, E.K. y SCHWARTZ, J.G. (eds.): *A Critique of Economic Theory*, Baltimore, Penguin Books, 1972, págs.420 a 430, en particular 424-425 (Traducción castellana, *Crítica de la teoría económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977).




cedimentalización” y de “plan social” en los despidos por crisis se sitúa en esa dirección<sup>84</sup>.

- 2). Pretende potenciar la solución negociada de la reestructuración, como procedimiento comunicativo más idóneo para llevarla a cabo.
- 3). Se basa en el principio de “justificado motivo” para la extinción contractual, en la línea comunitaria de protección frente al “despido injustificado” y en la lógica del “despido propuesta” (art.35.1 CE y doctrina del Tribunal Constitucional)<sup>85</sup>. Sobre esta base se exige un juicio de racionalidad de la decisión extensiva para la aceptabilidad jurídica de la decisión empresarial, que pone en conexión funcional la causa acreditada y medida extintiva proyectada. La idea-fuerza es objetivar e individualizar –en lo posible de modo consensual- el interés objetivo singular de la empresa en crisis o en reestructuración (en atención a la pluralidad de intereses en presencia), realzando que se apuesta por dicha identificación a través de un proceso de negociación colectiva gestional cuyo éxito (con acuerdo colectivo de reorganización productiva) determina que la autoridad administrativa sólo puede dictar un acto reglado normativamente, no discrecional.
- 4). Admite una pluralidad de soluciones alternativas negociadas para los despidos y de medidas de acompañamiento a través de medidas o Planes sociales, orientadas a las amortiguación social y, a menudo, a la recolocación (reinserción) laboral de los trabajadores expulsados de la organización productiva. En realidad, “no se debería de dramatizar en exceso el tema de la autorización administrativa, lo importante es el establecimiento de unas verdaderas garantías jurídicas de negociación de la reestructuración y, en su caso, el favorecimiento (como quiere la Directiva) de un plan social para los trabajadores afectados por despidos colectivos, cuya efectividad sea garantizada por el poder público”<sup>86</sup>. Es manifiesto que los representantes de los trabajadores deben cada vez más ostentar facultades de gestión en las decisiones de gestión empresarial, incluidas las que se operan en los procesos de reestructuración, ordinaria y extraordinaria.

84 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reestructuraciones empresariales y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006. Sobre los expedientes de regulación de empleo y los planes en los despidos por causas empresariales, véase BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; SERRANO GARCÍA, J.M<sup>a</sup>: *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova, 2002. Para el debate sobre la reforma del marco legal vigente, pueden consultarse las aportaciones de SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Medidas laborales para Empresas en Crisis*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009.

85 Véase PÉREZ REY, J.: “La modernización del régimen del despido: el debate europeo”, en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coords.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs.135 y sigs. Una reflexión global sobre la significación político-jurídica del despido, en BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

86 Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994, pág.141.

- 
- 5). Se garantiza una indemnización mínima razonable y modesta en su cuantía (veinte días de salarios por año de antigüedad en la empresa; que compensa el periodo de servicios y la pérdida del empleo de un trabajador que se ha dedicado más o menos tiempo al servicio de la empresa en cuya organización se inserta a través de un contrato de trabajo de causa compleja (de cambio y de organización). No es un despido precisamente “caro”; es barato. La indemnización tiene una doble finalidad: de resarcir al trabajador de la pérdida del empleo (resarcimiento del daño) y de compensarle por el período de dedicación del trabajador a una organización empresarial en cuya estructura organizativa estaba inserto.
- 6). La desviación hacia los despidos individuales de despidos que técnicamente deberían de calificarse como colectivos, deriva de que se pretende escapar a toda costa del control colectivo y público de las decisiones de gestión empresarial. El empresario busca –aunque sea más caro- el despido no sujeto a control “externo” (se tiende a verlo como una “intromisión” en las decisiones empresariales). Se trata de un sistema de “compra” individual del despido (culpa de los empresarios que lo fomentan). Son los llamados “despidos silenciosos” (en cuanto que no son objeto de “transparencia” pública o sindical. En este sentido pasan desapercibidos.

De ahí que se explique por sí mismo los pocos EREs que se tramitan, con o sin acuerdo colectivo de reorganización productiva. Pues la mayoría de las extinciones son realizadas por el cauce de un despido libre indemnizado (“ad nutum”, reconducible al desistimiento “ad nutum” del empresario)<sup>87</sup>.

- 7). Cuando las organizaciones empresariales demandan una reducción de costes de los despidos (y lo hacen en general no sólo para los despidos por causa de funcionamiento de la empresa), en realidad lo que buscan el despido libre (“ad nutum”) indemnizado minimamente; y a ser posible sin indemnización alguna. Su enfoque es decididamente sometido a la lógica de racionalización instrumental para la racionalización finalista de la rentabilidad de la empresa. En esa lógica el trabajo es solo factor de producción prescindible como los demás: el trabajador es un elemento extraño a la empresa, no parte integrante de la misma. La empresa es el capital y se identifica con su titular. Es la concepción absolutista de la empresa como esfera patrimonial del empresario la que subyace a este tipo de planteamientos y modos de razonar. Una concepción –y un modo de razonar- propio del liberalismo individualista radical, que desconoce que todo capital es trabajo acumulado (desde Carlos Marx hasta la misma Carta encíclica *Laborem exercens* de Juan Pablo II sobre el trabajo humano, en el noventa aniversario de la *rerum novarum*, 14 - IX- 1981)<sup>88</sup>. Desde este enfoque la respuesta al interro-

87 Puede consultarse LAHERA FORTEZA, J.: “Las paradojas del despido libre pagado”, en *RL*, núm.2 (2009), págs.45 a 52.

88 Una perspectiva general de la dicotomía flexibilidad-seguridad en materia de despido, en GIL Y GIL, J.L.: “Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs.143 y sigs.




gante de quién tiene que correr con el coste de la crisis empresarial es nítida: el trabajador como pretendido sujeto extraño y ajeno a la organización empresarial.

Con todo, el enfoque de residenciar las respuestas institucionales del Derecho del Trabajo a la gestión del cambio y a la crisis económica en el despido libre y en la reducción del coste del despido es desacertada y políticamente unilateral y desequilibrada respecto a la tutela de los intereses implicados. Las objeciones se magnifican por el visible cuestionamiento de valores constitucionales y la intensificación de la anomalía jurídica que supondría un modelo que pivote sobre el despido sin causa. En todo caso, es necesario estudiar las anomalías y enfocar las soluciones en el marco de un Derecho del Trabajo distribuidor de riesgos sociales. Téngase como premisa que las anomalías y disfuncionalidades efectivamente existentes no derivan de un pretendido exceso del coste de los despidos.

- Se plantea el problema de mantener el actual sistema de la autorización administrativa previa en los despidos colectivos o sólo consagrar la función mediadora de la autoridad laboral. En gran medida un falso problema: no reside ahí la gran cuestión. La autorización administrativa en los despidos colectivos no es un arbitraje obligatorio. Es un acto autorizante de comportamientos de interés público (la siempre decisión del empresario de despedir, que nunca es expropiada en el sistema de la LET; cuestión distinta pudiera ser la situación del sistema de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, donde el despido no se encauza a través de un expediente administrativo sino a través de un procedimiento judicial que termina con una decisión de Juez del Concurso), que resuelve un problema técnico-jurídico. Cuando ha habido acuerdo previo en el marco de la fase de consulta-negociación la decisión autorizante de la autoridad laboral es típicamente un acto reglado. La decisión es recurrible judicialmente. No parece conveniente suprimir en la actual coyuntura la autorización administrativa previa en los despidos colectivos. Aunque tampoco debe sacralizarse su mantenimiento a ultranza: sencillamente en ella no reside verdaderamente el núcleo de los problemas de los despidos por crisis empresariales. Realizar un traslado de la autorización administrativa a la autoridad judicial es poco realista en la coyuntura actual, porque, entre otras cosas, la judicialización acentúa el problema del tiempo en los despidos colectivos, aparte del dato relevante de que el Juez carece de una formación técnica especializada que no facilitaría una solución razonable de los despidos por crisis empresariales. Dentro de una opción racionalizadora del sistema vigente se podría pensar en la supresión del recurso de alzada y en atribuir el control judicial de la autorización administrativa al orden social de la Jurisdicción<sup>89</sup>.

- Es posible realizar típicas medidas racionalizadoras del marco jurídico vigente respecto al régimen de los despidos colectivos. Puede reconducirse las controversias jurídicas

89 En este sentido SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.: "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", en *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2009, tomo 1). Un exhaustivo estudio actualizado de la problemática que suscitan los expedientes de regulación de empleo puede encontrarse en BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, tirant lo blanch, 2009, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Civitas, 2009.



sobre despidos colectivos y reclamaciones contra los actos decisorios de la autoridad laboral. Es viable reconducir a *unidad la jurisdicción competente en la Jurisdicción Social*, superando las disfuncionalidades que viene planteando la dualidad actual de jurisdicciones intervinientes (orden social de la Jurisdicción y orden contencioso-administrativo). Pero evitar la excesiva “judicialización” y garantizar la eficacia de las soluciones adoptadas llevaría a mantener la exigencia de autorización administrativa previa en los despidos colectivos (autoridad laboral técnicamente especializada para esa tarea), atribuyendo el control de la decisión al orden social de la Jurisdicción. Eso sí, destacando el papel de la autoridad administrativa no sólo como instancia de control sino también y ante todo con funciones de mediación e impulso del proceso de negociación y de búsqueda de soluciones (planes sociales) para los trabajadores despedidos. El despido colectivo debe ser todavía bajo la modalidad de “despido propuesta” con control “ex ante”. La idea que prevaleció, críticamente, en el modelo individualizado (de individualización refractaria a la lógica de lo colectivo) del art.52.c) LET no fue sólo el rechazo a la autorización administrativa previa, sino también la des-sindicalización del procedimiento de despido, pues se hizo desaparecer la obligatoriedad legal del período de consulta-negociación. (Esto demuestra que muchos empresarios –y sus organizaciones de intereses- son refractarios al control sindical/colectivo de las decisiones sobre reestructuración o ajuste de la empresa derivada de causas de funcionamiento de la empresa).


Por otra parte, más allá de la pervivencia de régimen de autorización administrativa previa a los despidos colectivos, lo más importante es realzar la función mediadora, preventiva y de apoyo público a los procesos de reestructuración empresarial, que es lo que más obliga la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos<sup>90</sup>.

- Se puede instrumentar nuevos sistemas de despido objetivo. Se ha de rechazar la propuesta de suprimir el sistema del art.51 LET y reconducirlo sin más hacia el esquema del art.52.c) LET. Basta reparar en el hecho de que esa reconducción no respetaría el sistema de garantías sindicales y de intervencionismo público mínimo (función mediadora). Por el contrario, el problema del tiempo puede afrontarse recortando períodos y agilizando procedimientos. Para el despido objetivo por crisis (art.52.c) LET) se debería imponer *ex lege* un período de consulta-negociación abreviado que permitiera propiciar una solución negociada al despido; la experiencia ha demostrado que la negociación colectiva ha sido incapaz para implantarlo de modo generalizado minimamente. Lo cual tendría la ventaja no sólo de garantizar la paz social sino también de evitar una excesiva “judicialización” de los despidos por causas empresariales. Por otra parte, se debería unificar el elemento causal de estos despidos con el despido colectivo del art.51 LET.

90 Pero significativamente, es el criterio sustentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en su “Comunicación” sobre “Reestructuración y Empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: El papel de la Unión Europea”, Bruselas, 31.3.2005. COM(2005) 120 final. Véase MORNERO PÉREZ, J.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed.Comares, 2006, espec., págs.20 y sigs.



- Igualmente se podrían realizar políticas articuladas de mercado y de protección de las personas, para afrontar el hecho de las constantes transiciones profesionales (laborales o trabajo autónomo) y apoyos públicos fuera de un “empleo concreto”.
- Sería necesario establecer reformas del sistema normativo vigente que evitaran efectivamente la dualización de los mercados de trabajo. Ello exigiría la predisposición de medidas que hiciesen valer el principio de justificado motivo en la contratación temporal, evitando su sistemática utilización fraudulenta. Cualquier sistema de flexibilidad desde la perspectiva del garantismo flexible exige el respecto al principio de “justificado motivo” en la contratación, a la par que la prohibición del desistimiento “ad nutum” o sin causa (esto es, su reconducción a la esfera del despido ilegítimo). En este sentido la solución no puede consistir en la propuesta de un contrato único de trabajo que supusiera eliminar el principio de justificado motivo, tanto en su proyección en la contratación como en el despido. El justificado motivo se corresponde con la garantía de efectividad del derecho al trabajo como derecho de ciudadanía social operante en las relaciones intersubjetivas privadas.
- Una política del Derecho en la lógica del garantismo flexible exige una mejora del régimen de garantías sociales de los mecanismos de externalización, especialmente en lo relativo a la normativa en gran medida obsoleta (por inadaptación a las formas reales proteiformes en que aquélla se viene realizando). Tiende a hacerse compatible la flexibilidad laboral inherente a la técnica de subcontratación con la seguridad necesaria para la totalidad de los trabajadores fragmentados (directos e indirectos). De ahí la centralidad de una flexiseguridad garantista de las llamadas relaciones laborales triangulares. En el sistema normativo vigente existe un desequilibrio entre la flexibilidad laboral imperante en la subcontratación y el régimen de garantías de seguridad de los trabajadores afectados.
- Salir de la “trampa” actual: lógica de la individualización, cuando el problema es “colectivo” a resolver a través de soluciones típica e idóneamente colectivas. Lo que implica la predisposición de medidas normativas y de control que impidan la elusión de los procedimientos colectivos a través del recurso fraudulento a despidos individuales masivos.
- La reestructuración de empresas es un fenómeno permanente, lo que implica que ha de procederse a un marco institucional realmente preparado para una reestructuración constante. Es decir, la gestión permanente de cambio estructural, en situaciones críticas y en situaciones de reorganización. En este sentido sería necesario establecer medidas preventivas, curativas y evaluadoras de las reestructuraciones permanentes y las coyunturalmente críticas.
- Es necesario revisar la legislación concursal para afrontar mejor las crisis de insolvencia empresarial (situaciones críticas concursales): perfeccionando los mecanismos de prevención de los estados de insolvencia; potenciar el acuerdo colectivo y mejorar la tutela de los créditos laborales y de Seguridad Social. Acentuar el principio de



conservación de la empresa viable, manteniendo un equilibrio entre los principios de rendimiento y de protección social dentro de una visión pluralista de la empresa económica.

- Negociación colectiva “ad hoc” de todo el proceso de reestructuración o ajuste (cuyo objeto sería no sólo las indemnizaciones, sino también la protección del empleo en sí y de las transiciones profesionales o laborales). Es una apuesta por el modelo de flexibilidad negociada. La organización capitalista de la producción exige un cierto nivel de consentimiento activo: una participación –en términos de implicación y corresponsabilidad- limitada de los representantes de los trabajadores en la gestión de la organización<sup>91</sup>.

f). Se puede también, “lege ferenda” mejorar (con criterios de eficiencia y solidaridad social) la protección de Seguridad Social y los mecanismos de protección social pública “compensatoria” (v.gr., mejora del sistema de protección legal por desempleo; generalización de las renta de inserción o renta de ciudadanía como derecho social a nivel de todo el Estado, etcétera). La renta básica no sólo tiene la virtualidad en la coyuntura actual de atenuar los efectos dramáticos de la situación de desempleo, sino que supone una redistribución progresiva de la renta a favor de los más débiles.

Ahora bien: toda medida de reforma del mercado en sentido garantista-flexibilizador (por diferencia a la estrictamente liberalizadora) exige y presupone el garantismo legal laboral, y el garantismo legal de Seguridad Social compensador, pero nunca con carácter sustitutivo. No es correcto sustituir el estatuto del trabajador por el estatuto de Seguridad Social de la persona fuera de la empresa, pues de lo contrario ello supondría aceptar una progresiva “degradación” de las tutelas del trabajo contradiciendo el derecho al trabajo y su función de dignificación de la condición del trabajador y su funcionalidad integradora en la sociedad democrática. Esto significa que no se puede aceptar la concepción de la “flexiseguridad liberal” (“*Liberista*” propia de la concepción del liberalismo económico individualista<sup>92</sup>).

En este orden de ideas, la Unión Europea debe adoptar una política coordinada en la dirección del garantismo flexible. Se debe corregir la política evidente de “re-nacionalización” de la Unión. Ésta (dentro del proceso diacrónico de instrumentación normativa del Derecho social comunitario) está impulsando políticas flexibilizadoras, de desregulación sociolaboral y de contención del gasto público en protección social. Precisamente, el carácter mundial, global, de la crisis exigiría una intervención reguladora “fuerte”, de control y de coordinación de las iniciativas nacionales por las instancias políticas de la Unión, siendo decididamente insuficientes los instrumentos flexibles de aproximación del Derecho europeo. Ello supone evitar la fácil tentación de llevar a cabo una re-nacio-

91 Es clásico el estudio de BURAWOY, M.: *El Consentimiento en la producción :los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

92 Véase CROCE, B. y EINAUDI, L.: *Liberismo e liberalismo*, 2ª ed., Introduzione di Giovanni Malagodi, Milano-Napoli, Ricardo Ricciardi Editore, 1988.




nalización de las políticas sociolaborales (hacia donde transitaría el “método abierto de coordinación” basado en un Derecho débil (*Soft law*), no orientado hacia la armonización fuerte a través de instrumentos normativos, sino a la coordinación y aproximación por objetivos comunes y con el rasgo significativo de que escapa al control del TJCE)<sup>93</sup>. En cierta medida existe un “ocultamiento” de Europa, al no utilizarse todos los instrumentos de gobierno de la economía social de mercado que permite una constitución económica “fuerte” como es la diseñada en el sistema de los Tratados fundamentales. Ello no supone que no se estén realizando iniciativas, sino más bien que esas iniciativas son manifiestamente insuficientes y deficientes<sup>94</sup>. La superación del primado absoluto de la lógica económica exige postular la elaboración de una Constitución Europea “fuerte”, que supondría la garantía de los derechos fundamentales en su conjunto integrador y la plena competencia del TJCE para su protección, esto es, un Tribunal Europeo que se atenga efectivamente al garantismo jurídico defendiendo una Constitución de nuevo tipo respecto de la cual se considera necesariamente vinculado. De ahí que se puede decir que la frecuente tensión entre las libertades económicas y los derechos sociales tendrá su mejor solución jurídica en la reforma Constitucional europea, porque el problema principal reside en la fuente, es decir, en que estamos ante una Constitución europea en la cual “lo social” –la constitución social- está subordinada (y en gran medida “diluido”) a la constitución económica fuerte, tal como viene consagrada en el sistema de los Tratados fundacionales.

En España las reformas que se vienen realizando presentan un carácter esencialmente coyuntural y excesivamente disperso. Falta una programación o planificación del intervencionismo público (general y específicamente laboral) ante la crisis económica. Las reformas realizadas tratan de restablecer los equilibrios del sistema económico, crear puestos de trabajo incrementando la inversión pública, incentivando la contratación

93 Puede consultarse, en una perspectiva crítica, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, en *RL*, 2005/I; y la insuficiencia de esta forma de regulación a través de reglas blandas y no de normas de Derecho fuerte o imperativo para una garantía efectiva de los derechos fundamentales a escala europea (“constitución social europea”), MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

94 Entre las iniciativas adoptadas cabe destacar la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, “Un Plan Europeo de Recuperación Económica”, Bruselas, 26.11.2008 COM(2008) 800 final. En ella se establecen los objetivos estratégicos de dicho Plan de intervención económica: -.Estimular la demanda con celeridad y aumentar la confianza de los consumidores -.Amortiguar el coste humano del bache económico y su incidencia en los más vulnerables. Son muchos los trabajadores y sus familias que ya sufren o sufrirán en breve las consecuencias de la crisis. Se pueden tomar medidas que contribuyan a detener la pérdida de empleos y posteriormente a ayudar a los trabajadores a regresar rápidamente al mercado laboral en lugar de enfrentarse al desempleo de larga duración.- Contribuir a que Europea esté preparada para sacar cuando se reanude el crecimiento, de forma que la economía europea se adapte a las exigencias de la competitividad y las necesidades del futuro, como se señala en la estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. Ello supone llevar a cabo las reformas estructurales necesarias, apoyar la innovación y crear una economía del conocimiento.- Acelerar la transición hacia una economía con bajo nivel de emisiones de carbono. De esta forma, Europa estará en buenas condiciones para aplicar su estrategia de lucha contra el cambio climático y fomento de la seguridad energética: una estrategia que fomentará el uso de nuevas tecnologías, creará nuevos empleos “verdes” y abrirá nuevas oportunidades en los mercados mundiales que encuentran en rápida expansión, mantendrán a raya el coste de la energía para los ciudadanos y las empresas y reducirá la dependencia de Europa del suministro energético del exterior.



laboral mediante la reducción del importe de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores desempleados, en conjugación con otras medidas de carácter financiero y fiscal y fiscales. No se ha hecho una reflexión sobre las posibles exigencias de reformas estructuras del mercado de trabajo. Con ese carácter parcial y fragmentario se realizó la “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la progresividad y el progreso social”, firmada en la Moncloa el 19 de julio de 2008 por el Gobierno y los agentes sociales. La primera prioridad ha sido al relanzamiento económico con un conjunto de medidas instrumentadas a través del Real-Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la dinamización de la Economía y el Empleo, y en el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda<sup>95</sup>.

A ellas hay que añadir las previstas en el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. En él se recogen un conjunto de intervenciones anticrisis. Su punto de partida son los efectos de la actual crisis económica siendo especialmente significativos en el mercado de trabajo, como lo pone de manifiesto el importante aumento del desempleo y la destrucción de empleo que se ha producido. En la Exposición de Motivos se deja constancia de las dificultades para establecer medidas consensuadas. Así se expresa que “el Gobierno y los Interlocutores Sociales han analizado y valorado en el marco del diálogo social estas medidas, y aunque no ha sido posible alcanzar un acuerdo sobre las mismas, sí que ha habido coincidencia en la necesidad de ponerlas en marcha con carácter urgente”. Precisamente sería el momento para adoptar un gran *Pacto Social por la estabilidad económica y el empleo*, que busque soluciones equilibradas en el campo económico y sociolaboral. Entre las medidas previstas en el RDL. 2/2009 se incluye la de favorecer la *regulación temporal de empleo* en lugar de la extinción de los contratos, bonificando las cotizaciones empresariales por contingencias comunes de la Seguridad Social en un cincuenta por ciento en aquellos supuestos en que se proceda por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a un ajuste temporal del empleo con la perspectiva de garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, siempre que el empresario asuma el compromiso de mantener el empleo durante al menos un año después de finalizada la situación de suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada.

El fomento de la regulación temporal de empleo puede ser un instrumento para el mantenimiento del empleo, no sólo en sentido dilatorio de la medida, sino también porque en sí la suspensión puede ser una medida *preventiva* para la buena marcha posterior de la empresa y del mantenimiento de un nivel razonable de empleo dentro de la misma. Sin embargo, la suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales cuenta con un marco legal deficiente que ha impedido que se pueda utilizar de

95 CAVAS,F.: “El Derecho social ante la crisis”, en *Aranzadi Social*, núm.19 (2009), págs.11 y sigs.




modo eficiente. La institución suspensiva por crisis goza de un régimen laboral desajustado y de un sistema de protección de Seguridad Social descompensado. La mayor descompensación en los EREs suspensivos se operó con la promulgación de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que introdujo una reforma normativa de la prestación por desempleo “al servicio del despido”<sup>96</sup>. Es un hecho acreditado el que la protección por desempleo ha ayudado a las rotaciones laborales y la expulsión de los trabajadores (especialmente a través de los planes de prejubilaciones y otras formas de anticipación de la edad ordinaria de jubilación)<sup>97</sup>.

La segunda medida recogida en el Real Decreto-ley consiste en la modificación de la regulación del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal. Con ello se verifica, de nuevo, la estrecha colaboración institucional e internormativa entre el Ordenamiento laboral y el Derecho de la Seguridad Social en los procesos de reestructuración empresarial y la generación de una mayor complejidad normativa en dichas relaciones. Un tercer conjunto de medidas están dirigidas a mejorar la protección social de los trabajadores. La primera de ellas consiste en reponer la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada por un ERE y, posteriormente, se les extinga o suspenda el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Su finalidad es la de favorecer el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de ERE, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo. También se suprime el plazo de espera de un mes para el percibo del subsidio de desempleo que hasta ahora se aplicaba en determinados supuestos; se eliminan con ello periodos de desprotección de los trabajadores desempleados afectados. Por último, se establecen un conjunto de medidas para incentivar el empleo de las personas desempleadas. En este sentido el art.5 se regula una novedosa medida que tiene por objeto incentivar al empresario para la contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de las prestaciones por desempleo, como medida de política activa de empleo de aplicación preferente sobre las políticas meramente pasivas (art.5). Por lo demás, se establecen, entre otras, medidas encaminadas a impulsar la celebración de contratos indefinidos a tiempo parcial. Se trata, pues, de medidas “empleativas”, relativas al mantenimiento y al fomento del empleo y dirigidas a la protección de las personas desempleadas.

96 Véase la breve, pero excelente exposición, de CABEZA PEREIRO, J.: “Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas”, en *Cronista del Estado social y democrático de derecho*, núm.5 (2009), págs.34 a 41.

97 Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, tirant lo blanch, 1997; ID.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, tirant lo blanch, 2003 ; ID.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed.Comares, 2006; DE LA CASA, S.: *La protección por desempleo en España : configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed.Comares, 2008; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J. y DEL VALLE, J.M.: “Contratación laboral y desempleo. Perspectiva desde la flexiseguridad”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre flexiseguridad*, Madrid, La Ley, 2007, págs.243 y sigs.



Son medidas de urgencia o emergencia de intervención pública reguladora y de control–expresadas en la misma naturaleza del instrumento que las establece, el Real Decreto-ley-<sup>98</sup>, pero que adolecen del doble defecto que viene caracterizando a toda esta etapa de repuesta legislativa a la crisis económica: por un lado, la falta de una programación concertada de conjunto que valore los objetivos y tome en consideración las sinergias existentes entre los diversos ámbitos de intervención; y, por otro, la creciente convicción de que esas medidas aisladas son insuficientes para atender a los problemas derivados de la crisis económica y del empleo.

### III. La política europea de “modernización” del derecho del trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora

“La eliminación de la miseria y la indigencia no puede ser forzada en una democracia, ni puede serle dada. Ha de ser ganada por ella. Para ganarla necesita coraje y fe y un sentido de unidad nacional: coraje para enfrentarse a los hechos y las dificultades y superarlas; fe en nuestro futuro y en los ideales de juego limpio (*fair-play*) y la libertad por las que, siglo tras siglo, nuestros antepasados estuvieron dispuestos a morir; un sentido de unidad nacional que se sobreponga a los intereses de cualquier clase o sector”.

Lord Beveridge<sup>99</sup>

Las instituciones de la Unión Europea están impulsando la “flexiseguridad”. Dicho concepto –sobre el que no existe una base conceptual unívoca o generalizadamente aceptada– se presenta como un nuevo principio ordenador de las políticas laborales y sociales. Se trataría de reformar esas políticas renovando –suprimiendo o trasladando al plano de otras políticas (“extralaboralizando” la propia política laboral)– los instrumentos garantistas –jurídico-laborales– a favor de los trabajadores, trasladándolas hacia una más etérea “seguridad en el mercado de trabajo”. El objetivo es la acomodación del conjunto político e institucional de tutela del trabajador (tutela jurídico-laboral, política de empleo, política formativa, sistemas de seguridad y protección social) a las exigencias de los cambios tecnológicos, y de los sistemas de producción que el nuevo capitalismo exige. En realidad, por lo que respecta al Derecho laboral, se trata de renovar el tradicional equilibrio de intereses en que se mueve el mismo, de un lado garantizar seguridad

98 Entre ellas cabe destacar, el RDL 9/2008, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Económica y el Empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación; el RDL 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y el RDL 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

99 BEVERIDGE, L.: *Seguro social y servicios afines. Informe de Lord Beveridge I (1942)*, Madrid, MTSS, 1989, págs. 288-289.




jurídica y económica a los trabajadores, de otro, garantizar una utilización flexible de la mano de obra dentro de las organizaciones productivas<sup>100</sup>.

Respecto a este nuevo principio de política del Derecho Social, y cómo instrumentar las políticas jurídicas que lo implementen a través de los métodos abiertos propios de la nueva gobernanza europea, versan algunos documentos recientes (en forma de recomendación o de cierto *soft law*) de las instituciones comunitarias. Entre ellos se enmarca el “*Libro Verde*” de la Comisión de las Comunidades Europeas: “Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 de noviembre de 2006. Este documento se produce en cumplimiento del mandato del Consejo Europeo de la primavera de 2006, donde se encomienda a la comisión estudiar la posibilidad de establecer un conjunto de principios comunes sobre flexiseguridad. El documento ha abierto un renovado debate comunitario sobre “flexiseguridad” en el que han aparecido interesantes documentos tanto de las instituciones comunitarias, de los interlocutores sociales a escala comunitaria y nacional, de la doctrina jurídica y de la propia judicatura. El Libro Verde alienta reformas del marco normativo de los mercados de trabajo en la línea de una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las exigencias derivadas de un entorno económico extremadamente competitivo. La virtualidad del documento es situar en el orden del día de la agenda europea al Derecho del trabajo. Sus resultados podrían caminar hacia una convergencia que sea capaz de conciliar eficiencia y equidad social, pero también suscita el riesgo de un “régimen competitivo” si los Estados inician una “carrera de reformas a la baja”, lo que favorecería la ampliación de las diferencias sociales entre áreas de Europa. También debemos ser conscientes que las políticas de flexiseguridad integran distintas políticas y que afectan a intereses en conflicto, y que, además, no pueden dejar de tener en cuenta las características del sistema económico nacional, del mercado de trabajo y de las relaciones laborales ni las tradiciones de cada ordenamiento laboral interno.

En la dirección del Libro Verde se sitúa la Comunicación de la Comisión: “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final. El Libro Verde parece “culpabilizar” al Derecho del trabajo “clásico” de la incapacidad del sistema económico para generar empleo suficiente y de calidad, lo que conllevaría la necesidad de flexibilizar o desregular parte de los elementos básicos (sistema de derechos y garantías) que configuran este tipo de Derecho laboral. Se sobrevalora así el papel del Derecho del trabajo en la consecución de ambiguos objetivos previstos en la agenda de Lisboa. Aunque luego el texto presenta una cobertura en la que es observable un hilo conductor que –al menos en apariencia– pretende dotar de mayores garantías a los trabajadores ante el cambio productivo.

---

100 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Para una crítica del modelo de “flexiseguridad” liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008), págs. 9 y sigs., y ampliamente respecto al debate sobre la flexiseguridad, MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N.: *El debate sobre la flexiseguridad en Europa*, Ponencia temática primera del XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo de 2009. Para el marco de referencia de ese debate sobre el modelo de relaciones laborales en Europa, véase el completo estudio de ORTIZ LALLANA, M<sup>a</sup>.C.: *El futuro de los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Ponencia general de dicho Congreso Nacional.



Se estima que la “flexiseguridad” generará un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo ante la innovación y los cambios, y más inclusivo, y evitará los desfases existentes entre los marcos jurídico y contractual y la realidad del mundo del trabajo. Sin olvidar sus beneficios y costes globales, la mejora y modernización del Derecho del trabajo podría fomentar una flexibilidad asociada a la seguridad en el empleo, incrementar el empleo y reducir el desempleo, y conseguir que los distintos tipos de contratos y los derechos laborales favorezcan la creación de empleo, ayuden a los trabajadores y a las empresas, al facilitar las transiciones en el mercado de trabajo<sup>101</sup>, y permitir a las empresas y a los trabajadores comprender mejor sus derechos y obligaciones, ofreciendo incentivos a los trabajadores para explorar más oportunidades de empleo mediante un marco regulador que refuerce la capacidad de los trabajadores. Pero el *gran “déficit” del Libro Verde es estructurar un enfoque al margen de los derechos sociales fundamentales*. En efecto, es muy significativa una ausencia en el Libro Verde: las referencias a los derechos sociales fundamentales inherentes al constitucionalismo social. Se trata de unos derechos que *deberían* ineludiblemente ser el eje vertebrador de todo proyecto de reforma del Derecho social en la UE. El Libro Verde muestra una total indiferencia hacia el lenguaje de los derechos fundamentales, que ha penetrado en el ordenamiento de la UE a través de la jurisprudencia del TJCE, y que luego se ha recibido por los Tratados europeos y en particular por el art. 6 TCE, tal como resulta del Tratado de Lisboa. El razonamiento de la Comisión se ha desarrollado totalmente al margen de los Tratados internacionales donde se configuran derechos sociales como derechos fundamentales, como también respecto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>102</sup>.

Tales derechos fundamentales –específicos e inespecíficos- actúan en la “zona contractual” de la condición de trabajador y empresario, caracterizada por un contrato de intercambio económico, y actúan como límites –aunque sea “moralizados”- a la autonomía privada, y contribuyen decisivamente a la salvaguarda de un componente axiológico en la relación de trabajo. Las jurisprudencias constitucionales han jugado un papel fundamental en la ampliación material del campo de la constitucionalidad hacia las relaciones inter-privadas (eficacia horizontal de los derechos). Los derechos colectivos e individuales del trabajo han sufrido un proceso de extensión por la fuerza de irradiación de los derechos constitucionales a los diferentes sectores de la vida laboral tanto en aspectos sustantivos (libertad y dignidad personales v. subordinación) como procesales (indefensión)<sup>103</sup>. Tales derechos constitucionales, en tanto canalizan

101 Sobre la regulación social de los mercados de trabajo transicionales, puede consultarse, MARTIN, PH.: “Modernizar la protección social para garantizar los mercados de trabajo transicionales”, en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.): *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 159 y sigs. En la perspectiva económica, SCHMID, G. y SCHÖMANN, K.: “El concepto de mercados de trabajo transicionales y algunas conclusiones para la política de empleo: el estado de la cuestión”, en TOHARIA, L. (Comp.): *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Informes y Estudios, Serie Empleo núm. 29, Madrid, MTAS, 2006.

102 *Vid.* en esta dirección, LOY, G.: “Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 47 y sigs.

103 CASAS BAAMONDE, M. E.: “¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo”, *RL*, núm. 11, 2004, pág. 12, y ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.



el respeto de los valores personales de que es portador el trabajador, actúan como correctivo a las exigencias de eficiencia y competitividad de las empresas y contribuyen a delimitar de manera racional y equilibrada lo que puede justificarse en la lógica de un contrato cambiario, de lo que debe respetarse por pertenecer al patrimonio de derechos fundamentales del ciudadano-trabajador. Cualquier operación remodeladora del Derecho laboral habrá de ajustarse a los cánones de constitucionalidad y el respeto por los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales<sup>104</sup>. Por lo demás, la *Carta de Niza* contempla los derechos socio-económicos como derechos *pleno iure* afirmando (en su Preámbulo) la indivisibilidad entre todas las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos. Tanto más teniendo en cuenta que el art. 6 del TUE –tal como resultad del Tratado de Lisboa- confiere a la CDFU una eficacia normativa vinculante análoga a la de los Tratados de la Unión Europea.

El Libro Verde parece establecer la necesidad –casi ineludible- de reducir los costes y la tutela de los despidos, pero no alude a su conjugación con límites –como la justificación del despido y la existencia de un resarcimiento adecuado del trabajador, que son manifestación del derecho al trabajo reconocido en la mayoría de los ordenamientos constitucionales europeos. La Carta de Niza (art. 30) no sólo reconoce el derecho del trabajador a la tutela contra el despido ilegítimo, sino también que la misma habrá de reconocerse en conformidad con el Derecho comunitario además de con el de las legislaciones nacionales. El documento de la Comisión implícitamente acepta la orientación más liberal por la que la “seguridad” existencial del trabajador es alcanzable exclusivamente por el *corpus* de reglas que disciplinan el contrato de trabajo, mientras que la propia Carta de Niza ha ampliado la visual al plano de la “ciudadanía social”, de los servicios públicos destinados a los procesos formativos y a la garantía de un mínimo vital, protegiendo así en parte al ciudadano frente a los eventos ocupacionales.

Es de advertir que el Libro Verde obvia la importancia de los principios constitucionales, los derechos anti-discriminatorios y los derechos fundamentales como el esquema conceptual que a nivel de la UE debería ser el referente para la venidera agenda de política social. En este sentido, parece alejado de las propuestas relativas a la conveniencia de abordar más convenientemente los riesgos de reducir la aplicabilidad de ciertos derechos o de excluir determinadas categorías de trabajadores de los derechos laborales básicos, que sería contraproducente para la expansión de la cobertura de los derechos fundamentales y preservar el propio carácter “autónomo” del Derecho laboral<sup>105</sup>.

El Derecho laboral europeo debería estructurarse a partir de un sistema de derechos fundamentales garantizados al máximo nivel, con atención especial al principio de igualdad real y efectiva que limite los presupuestos económicos y sociales de la fragmentación social. El Derecho laboral no puede funcionalizarse en exclusiva hacia el empleo y el mercado de trabajo, so pena de perder su carácter de sistema autorreferente. Ciertamen-

104 Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

105 SCIARRA, S. (dir.): *The evolution of Labour Law (1992-2003)*, vol. I: General Report, European Commission, Luxemburgo, 2005, págs. 62-63.



te, debe ser selectivo en sus prioridades (atendiendo a la posición del trabajador en el mercado de trabajo), quizá –en algunas facetas– algo menos protector y más proactivo (promoviendo el reparto de oportunidades, la calidad en el empleo y el desarrollo personal), y también estar más interconectado con las políticas sociales y económicas relativas a los mercados de trabajo y las instituciones sociales, pero tampoco debe olvidarse que su función clave es estructurar y ordenar la relación de trabajo sobre un *sistema –individual y colectivo–* de derechos y garantías, actuando una situación de equilibrio frente a los poderes empresariales, que dejan de estar así inmunes frente a la acción pública y la tutela colectiva. Esta es una vertiente que no aparece en el documento, el Derecho laboral es un mecanismo de juridificación del conflicto social, por tanto, desempeña una función igualadora entre trabajadores y empleadores, y también se funcionaliza hacia la productividad mediante las posibilidades jurídicas de gestión flexible de la relación contractual. Es una visión sesgada funcionalizar exclusivamente el Derecho del Trabajo a la política de empleo, obviando las demás finalidades político-jurídicas del mismo. Como ha señalado el CESE, el Libro Verde, “en ningún momento menciona el histórico papel protector y emancipador del Derecho laboral en sentido amplio, incluido el surgido de los convenios colectivos, con sus especificidades ligadas a las características culturales, sociales, económicas y jurídicas de los distintos Estados miembros”<sup>106</sup>; “... debe reafirmarse el papel fundamentalmente protector y emancipador del Derecho laboral y garantizarse mejor su aplicación para impedir que se ejerza presión sobre los trabajadores, teniendo en cuenta los nuevos desafíos de la globalización y el envejecimiento demográfico”; como también que: “Todo razonamiento que considerara el Derecho laboral protector un obstáculo al crecimiento y al empleo constituiría una visión reductora, en la que el Derecho laboral quedaría reducido a un simple instrumento de política del mercado laboral o a una variable económica”<sup>107</sup>.

Por otro lado, el documento comunitario obvia el dato de que en mercados de trabajo ampliamente *desregulados y segmentados* la inclusión por la vía del empleo deja de presentar un ineludible efecto integrador, sino que pueden darse situaciones de riesgo de exclusión social si el empleo no garantiza los mínimos económicos y de protección social para una vida digna (el “trabajador que vive por debajo del umbral de pobreza”). Precisamente, las políticas de flexibilidad laboral han erosionado la propia capacidad de integración social tradicionalmente atribuida a la inclusión por el trabajo, y la precarización aparejada tampoco ha demostrado un especial influjo en la creación de empleo (en algunos casos, ha supuesto un efecto de desplazamiento o sustitución de trabajo estable por trabajo precario). Como ha tenido ocasión de afirmar el Parlamento Europeo: “... los estudios recientes de la OCDE y otros organismos han mostrado que no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo”; señalando “que el ejemplo de los países escandinavos muestra claramente que un alto nivel de protección contra el despido y de normas laborales es plenamente compatible

106 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde – Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, cit., observación general 2.12.

107 *Ibid.*, observación general 2.14-15.




con un alto crecimiento del empleo<sup>108</sup>. El caso español es paradigmático en el sentido contrario, las reformas de 1994 y 1997 introdujeron numerosas medidas de flexibilidad interna y de salida, eliminando anteriores tutelas legales, las reformas laborales de 2002 y 2006 abarataron el coste del despido e impusieron límites máximos a la contratación temporal, pero todo ello no ha supuesto una reducción de la temporalidad en nuestro país, que continuó siendo de las más altas de Europa.

Es criterio de la Comisión europea (“Libro Verde”) que resulta obsoleto el *contrato laboral estándar*. El Libro Verde traza una panorámica sobre las bases en que se asentaba el Derecho del Trabajo “tradicional” basado: en un empleo permanente a tiempo completo; unas relaciones laborales regidas por el Derecho en torno al contrato de trabajo; la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores. El Libro Verde señala que el “modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica. Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva”. Se obvia que la seguridad y estabilidad en la relación laboral es también un prerrequisito importante para el progreso de la productividad. La repuesta que se propone en el libro Verde al dilema flexibilidad-seguridad se aborda en la perspectiva minimalista consistente en una reducción de los derechos y niveles de tutela, con contenidos mínimos de tutela. Ello implica la “re-mercantilización” del factor trabajo y la aceptación acrítica de la pérdida de derechos (seguridad) de amplias capas de trabajadores, generalizándose en cambio un núcleo mínimo de derechos que no garantiza un nivel suficiente de estabilidad laboral.

Nada puede aportar a estos objetivos un planteamiento que consista en el debilitamiento de la tutela laboral “en el trabajo”. Frente a este posicionamiento, parece ineludible mantener una opción clara por el fomento del empleo estable por tiempo indefinido como fórmula contractual que mejora el funcionamiento y favorece la implicación de los trabajadores en el proyecto empresarial amén de evitar los consabidos problemas que el exceso de precariedad laboral conlleva a la empresa, a los mercados de trabajo y a los sistemas de protección social. El caso español es un ejemplo preclaro de que la temporalidad no es el mejor instrumento para la creación de empleo, pues fomenta la precariedad (especialmente de los más débiles en el mercado de trabajo, con mayores dificultades de integración), afecta gravemente al principio de igualdad y resiente la productividad empresarial y la formación de los trabajadores, incrementa la siniestralidad laboral, y además, tiene un efecto que suele infravalorarse: introduce un elemento de disciplina empresarial (el “miedo a la no renovación” o la no renovación “como sanción o represalia”) que termina por reforzar los poderes empresariales y por debilitar la

---

108 Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007, apartado 13.



solidaridad colectiva intra-grupal de los trabajadores, su poder negociador y el potencial del activismo sindical. Desde el punto de vista empresarial parece absurdo un modelo defensivo de competitividad en Europa, mientras que la producción de alto valor añadido –la única que ofrece un futuro a los países más industrializados– ha de asentarse sobre instrumentos contractuales y de gestión opuestos a los contratos atípicos, es decir, que persigan la estabilidad, la fidelidad y la mejora continua de la cualificación de la mano de obra.

En verdad, lo que se propone es un intercambio en la articulación de las tutelas del trabajador, un intercambio de *flexibilidad laboral por “seguridad en el mercado”* (*transitando del ámbito tradicional del Derecho laboral a la política de empleo y los sistemas de protección social*)<sup>109</sup>. Frente a los postulados sostenidos por la Comisión, críticamente puede señalarse que la flexiseguridad no debe eliminar los estándares de tutela desde la perspectiva del Derecho laboral. *La seguridad “fuera de las relaciones laborales” no es propiamente una alternativa al Derecho laboral, salvo que el mismo pierda cualquier elemento de “autorreferencia” y pase a ser un mero instrumento o anexo incondicionante de la racionalidad de mercado.* Pero esta es la tesis de la seguridad, un nuevo compromiso social en el que, como contrapartida a las mayores dosis de movilidad en los mercados, se ofrezca a los trabajadores una mayor seguridad en el mercado y en los itinerarios laborales. Como contrapartida a la menor protección del puesto de trabajo, la flexiseguridad ofrece “una mayor seguridad en el decurso profesional, ampliar la seguridad y la protección de los trabajadores atípicos, políticas activas de mercado de trabajo que ofrezcan oportunidades de empleo y sistemas más flexibles de protección social que atiendan las necesidades de las personas que cambian de empleo o que dejan el mercado de trabajo temporalmente, lo que implica una regulación laboral legal y colectiva menos rígida que facilite la adaptabilidad en el mercado y en la organización del trabajo, y mayores niveles de seguridad de estar y de progresar en el mercado de trabajo y con adecuada y fuerte protección social, en particular mediante medidas activas y activadoras”<sup>110</sup>.

Conforme al modelo promovido por la OCDE<sup>111</sup>, las políticas de flexiseguridad se caracterizan por los siguientes elementos: una flexibilidad de las condiciones de trabajo y de la protección frente al despido (Derecho del trabajo), o dicho de otra forma, una legislación de protección “en el trabajo” moderada; una alta participación en el aprendizaje permanente; un nivel relativamente alto de subsidios por desempleo, para subvenir a las necesidades derivadas de la transición entre dos empleos (sistemas de Protección Social); una activación de los dispositivos de inserción profesional, con la finalidad de reducir el tiempo entre la pérdida de un empleo y la contratación en otro (políticas de empleo y de formación profesional continua). En realidad, como puede comprobarse,

109 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Para una crítica del modelo de “flexiseguridad” liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008), págs. 9 y sigs., y en particular, 22 y sigs.

110 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Flexiseguridad: el debate europeo en curso”, *RL*, núm. 15-16, 2007, pág. 9.

111 OCDE: *Boosting Jobs and Incomes, Policy Lessons from Reassessing the OECD Jobs Strategy*, 2006.



tales cuestiones nunca han estado –ni estarán– escindidas del Derecho del trabajo, como tampoco se puede culpabilizar a éste en exclusiva de las deficiencias de los mercados de trabajo.


El mensaje implícito en el Libro Verde tiene el riesgo de que también permite una lectura recondutora de la flexiseguridad a una flexibilidad por la vía de la “desregulación”, cuando lo más adecuado sería la adecuación de los derechos laborales a nuevos enfoques que eliminen rigideces, pero integren elementos suficientes de seguridad jurídica y económica. Esto es, la idea es reconciliar flexibilidad y seguridad, la flexiseguridad como alternativa a la desregulación y la flexibilidad estricta. En lugar de liberalizar los mercados de trabajo se necesita un nuevo tipo de seguridad basado también en un trabajo más flexible. En su conjunto la reflexión de la Comisión incurre en una simplificación ideológica sobre la función, estructura y contenidos de la legislación laboral<sup>112</sup>.

En el modelo que plantea la Comisión, se trataría de reducir significativamente la protección “dentro” de la relación laboral a cambio de una mejora de la protección y asistencia frente al desempleo. En la óptica de la Comisión, el binomio flexibilidad/seguridad se salda concentrando la primera en la relación de trabajo, dejando que la seguridad se alcance a través de los sistemas de protección frente al desempleo. En cierta medida, supone “externalizar” o trasladar el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, que asumirán el coste “social” derivado de una gestión flexible de la mano de obra que otorgue ventajas competitivas en el marco de la economía globalizada. La aceptación incondicionada de esta concepción supondría una crisis del modelo de trabajo con cierta protección y derechos (que actúan como límites al poder empresarial). Este espacio de protección pasaría a cubrirse con una política pública asistencial (compensar a través de instrumentos de tutela pública la falta de garantías dentro de la relación contractual de trabajo). También en este plano el documento obvia el lenguaje de los derechos sociales, pero el problema más relevante de este enfoque es no tener en cuenta que los sistemas de protección social tienen menor capacidad de tutela cuando son más necesarios, esto es, en las etapas de dificultad económica cuando las tasas de desempleo son más altas. Por ello, la mejor manera de garantizar el equilibrio financiero de tales sistemas, es una política jurídica que también fomente la estabilidad *en el trabajo*. Repárese de la complejidad de la operación, en sistemas de protección por desempleo que operan sobre una base prevalentemente contributiva el efecto de segmentación puede incrementarse, mientras que si se opta por una dimensión más universal y asistencialista, el sistema vendría gravemente afectado por su ineficiencia para una cobertura económica adecuada del desempleado.

Es lo cierto que en aquella lógica de instauración del Derecho flexible del Trabajo (que es la proyección en el campo jurídico-laboral del Estado “social” de competencia económica o “Estado de mercado”) se inserta la *Comisión de las Comunidades Europeas: “Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”* (Bruselas,

---

112 Véase VALDÉS DAL-RÉ,F.: “El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” y las relaciones laborales triangulares”, en *RL*, núm.3 (2009), págs. 1 a 11.



22.11.2006, COM (2006) 708 final) y la Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre “flexi-seguridad” de 27.6.2007<sup>113</sup>. En este documento se refleja la referida tendencia a pasar del Derecho del Trabajo Clásico –garantista en sentido fuerte- al Derecho flexible del Trabajo emergente de modo cada vez más patente<sup>114</sup>, donde las reformas postuladas son típicamente estructurales, pues se redefinen los fines, las instituciones y las estructuras normativas de este sector de ordenamiento jurídico. Debe retenerse, así, el carácter estructural de las políticas de flexibilidad.

Entiende la Comisión que el modelo tradicional de relación laboral puede no ser el adecuado para todos los trabajadores con contratos estables de duración indeterminada que han de afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización. Unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica (sic.). Otros modelos de relación contractual pueden reforzar la capacidad de las empresas para desarrollar la creatividad de su personal en su conjunto y aumentar su ventaja competitiva. Este enfoque es criticable por establecer una correlación discutible (por disolvente del garantismo jurídico-social y de las políticas de desmercantilización que le son inherentes) entre las protecciones sociales en el trabajo y el supuesto desincentivo de los empleadores para contratar. Es, éste, un típico enfoque “postsocial”. Se explica que el CES haya critica esta filosofía social liberalizadora que subyace al Libro Verde de la Comisión Europea<sup>115</sup>.

Constata la Comisión que, en efecto, las reformas de las legislaciones nacionales sobre protección del empleo iniciadas desde comienzos de los años noventa se centran fundamentalmente en la relajación de las normas vigentes para *aumentar la diversidad contractual, lo que acaba por incidir en la carrera profesional*. El objetivo de estas reformas era aumentar la flexibilidad “en los márgenes”, es decir, instaurar formas de empleo más flexibles acompañadas de una menor protección contra el despido, para facilitar el acceso de los solicitantes de un primer empleo y de los solicitantes de empleo desfavorecidos al mercado de trabajo y permitir, a los que lo desearan, disponer de un mayor número de opciones de empleo. Como consecuencia, los mercados de trabajo experimentaron una

113 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexiseguridad y la seguridad*, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones”, Bruselas, 27.6.2007 COM (2007) 359 final. La propia Comisión Europea ya había intervenido en este asunto. Así, de modo destacado, en la COMISIÓN EUROPEA: “El futuro de la Estrategia Europea de Empleo. Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos”, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. COM (2003) 6 final. Consúltese también la Consejo Europeo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, “Hacia los principios comunes de flexiseguridad”, diciembre de 2007.

114 Es la progresión de la tendencia ya advertida en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blanc, 1996.


115 Ello se inserta en la lógica interna a la nueva constitución flexible del trabajo. Respecto a los rasgos constitutivos de esa nueva constitución flexible del trabajo véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional...”, cit., págs.1527 y sigs.



creciente segmentación. Se establece de nuevo una correlación problemática entre la flexibilización del despido y la inserción laboral de los trabajadores jóvenes.

En realidad, su apuesta político-jurídica reside en la creación de un *mercado flexible e inclusivo*, partiendo del hecho de que la proliferación de distintos tipos de contratos se ha producido en ausencia de una adaptación más completa del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la rápida evolución de la organización del trabajo y de la sociedad. Al utilizar estos contratos atípicos, las empresas buscan mantener su competitividad en una economía mundializada, evitando, entre otras cosas, el coste que acarrea el respeto de las normas relativas a la protección del empleo, los plazos de preaviso y el pago de las correspondientes cotizaciones sociales. El objetivo, al parecer, es “normalizar” el trabajo atípico, con instrumento de flexibilidad y de reducción de costes del factor trabajo. Es, sin embargo, criticable que no se pretenda reconducir las formas anómalas de trabajo atípico al tipo contractual normal que permite una incorporación más plena de los derechos sociales de ciudadanía.

No es de extrañar la posición crítica del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde. El Parlamento Europeo, por su parte, ha aprobado su Resolución sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007. En dicha resolución –aparte de las indicaciones que ya han sido reseñadas– se expresan discrepancias de procedimiento y de concepto frente al contenido del Libro Verde. En todo caso, la Comisión Europea ha mantenido en lo principal su criterio. En efecto, el resultado del proceso de consulta abierto con el Libro Verde ha culminado –conforme a sus previsiones– con la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”*, de 27 de junio de 2007, COM (2007) 359 final. En este punto, la Comisión relanza una idea ya desplegada en el Libro Verde consistente en que los “ciudadanos necesitan cada vez más la seguridad del empleo, y no la del puesto de trabajo, ya que cada vez son menos los que conservan el mismo puesto de trabajo de por vida”. La Comisión se alinea con las exigencias de flexibilidad al señalar que las empresas “deben ser capaces de adaptar su mano de obra a unas condiciones económicas cambiantes. Han de poder contratar a trabajadores que dispongan de una mejor combinación de capacidades y que sean más productivos y adaptables, aumentando así su capacidad de innovación y competitividad”. Como se observa, nada nuevo respecto a los postulados ideológicos neoliberales, la necesidad de que los sacrificios correspondan a los trabajadores en función de las cambiantes exigencias empresariales determinadas por condicionantes de competitividad, que son precisamente los postulados que han conducido a una intensa precarización de los mercados de trabajo europeos. Paradójicamente, luego se añade que la UE y sus Estados miembros “deben avanzar hacia una economía del conocimiento dinámica y boyante, que reparta los dividendos de la prosperidad de una manera más homogénea entre el conjunto de la sociedad”. La Comisión parece ignorar que un status jurídico-laboral de derechos es tradicionalmente una garantía de seguridad económica y jurídica para los trabajadores, actuando una importante función redistributiva en el seno del *welfare*. ¿Cómo se favorece la movilidad social ascendente con la degradación



de derechos laborales? El documento es un nuevo “caballo de Troya” para el Derecho “clásico” del trabajo.

La Comunicación de la Comisión desarrolla lo que se denomina un “enfoque integrado” de la flexiseguridad, que profundiza en el enfoque del Libro Verde. Las decisiones estaban tomadas en el Libro Verde (no es de extrañar que muchos tacharan a sus planteamientos de falta de objetividad y a sus interrogantes de capciosos por prefigurar en sí mismos las respuestas) y el debate abierto no ha logrado modificar la idea originaria de la institución comunitaria. Este enfoque integrado consiste en abordar actuaciones conjuntas en los ámbitos de flexibilidad en los mercados de trabajo, organización del trabajo y de las relaciones laborales, y la seguridad, tanto del empleo como la proveniente de los sistemas de protección social.


La Comisión configura la “flexiseguridad” como estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. Y comienza a definirla por el primer elemento del binomio en una definición que podríamos calificar de *panflexibilidad*: “la flexibilidad hace referencia a los avances logrados (“transiciones”) en el curso de la propia vida: del colegio al trabajo, de un empleo a otro, del desempleo o la inactividad al trabajo y del trabajo a la jubilación”. Resulta cuando menos curioso que también el desempleo y la inactividad en el trabajo se considere un “avance” en la vida profesional, considerándolos componentes estructurales del modelo propuesto, cuando son conocidas las dificultades de ciertos colectivos para reincorporarse al mercado de trabajo con un empleo de calidad. La definición no puede ser más críptica en este punto, nos evangeliza en el adiós al mundo de las certezas, y el abandono de las seguridades proporcionadas por las tradiciones europeas de salvaguarda de los derechos laborales. Dicha flexibilidad –según el documento– “no se limita a la mayor libertad de las empresas para contratar o despedir” (con lo cual se quiere ir mucho más allá) y –paradójicamente– “no implica que los contratos por tiempo indefinido hayan quedado obsoletos”, sino que aludiría a una nuevo objetivo de referencia: “la progresión de los trabajadores hacia mejores empleos, a la “movilidad ascendente” y al desarrollo óptimo del talento”. Asimismo, en una perspectiva *micro* la flexibilidad se considera “característica de una organización del trabajo flexible, capaz de responder rápida y eficazmente a nuevas necesidades y de dominar las capacidades necesarias para aumentar la producción”, y –con un tinte bidireccional poco preciso– al añadirse que “es la que facilita la conciliación del trabajo y las responsabilidades privadas”. Ambas flexibilidades *no son las mismas*, la primera obedece a intereses empresariales y no conlleva automáticamente la consecución de la segunda si no es a través de la institucionalización de derechos socio-laborales que tutelen adecuadamente al trabajador en la adopción de decisiones para conciliar la vertiente laboral con las necesidades personales, familiares, formativas, etcétera.

Piensa la Comisión que todos los Estados miembros –dentro de sus diferentes situaciones nacionales– deben afrontar el mismo reto de la modernización y de adaptación al cambio. Por ello, para facilitar los debates nacionales en el marco de los objetivos comunes de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, se señala la necesidad de alcanzar un consenso en el seno de la UE sobre una serie de “principios comunes de la



flexiseguridad”, que podrán ser una referencia útil “para lograr unos mercados de trabajo más abiertos y con mayor capacidad de respuesta, y unos lugares de trabajo más productivos”. Según la Comisión, tales principios comunes podrían ser los siguientes:

1. “La flexiseguridad entraña disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde el punto de vista del empleador y el empleado, y de “los que están dentro” y “los que están fuera”), estrategias de aprendizaje permanente globales, políticas activas del mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad social modernos. Su objetivo es potenciar la aplicación de la Estrategia para el Crecimiento y el Empleo, mejorar cuantitativa y cualitativamente el empleo y reforzar los modelos sociales europeos, mediante el establecimiento de las nuevas modalidades de flexibilidad y seguridad encaminadas a aumentar la adaptabilidad, el empleo y la cohesión social”.
2. “La flexiseguridad se sustenta sobre el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, los trabajadores, los solicitantes de empleo y las autoridades públicas”.
3. “La flexiseguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros. La flexiseguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación”. Resulta paradójico que el documento se asiente en unos supuestos bien definidos sobre las reformas en las que profundizar, para luego señalar que no existe un único modelo o estrategia de actuación.
4. “La flexiseguridad debería reducir la brecha abierta entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él. Los que ahora están dentro necesitan apoyo para preparar las transiciones de un empleo a otro y estar protegidos mientras éstas duren. Los que ahora están fuera –incluidas las personas inactivas, entre las que las mujeres, jóvenes y emigrantes están excesivamente representados- necesitan puntos de entrada al empleo que les faciliten el acceso al mismo y puntos de apoyo que les permitan progresar hacia unas modalidades contractuales estables”.
5. “Debe promoverse la flexiseguridad interna (en una misma empresa), pero también la externa (de una empresa a otra). Un grado suficiente de flexibilidad en la contratación y el despido ha de ir acompañado de seguridad en las transiciones de un empleo a otro. Debe facilitarse la movilidad ascendente, así como entre el desempleo o la inactividad y el empleo. Unos lugares de trabajo de elevada calidad dirigidos por personal capaz, una buena organización del trabajo y la mejora continua de las capacidades son algunos de los objetivos de la flexiseguridad. La protección social debe apoyar la movilidad y no inhibirla”.
6. “La flexiseguridad debe apoyar la igualdad de género potenciando la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a empleos de calidad y ofreciendo posibilidades de conciliar la vida laboral y la familiar, así como dando las mismas oportunidades a los emigrantes, los jóvenes, las personas con discapacidad y los trabajadores de más edad”.

- 
7. “La flexiseguridad requiere un clima de confianza y diálogo entre las autoridades públicas y los interlocutores sociales, en el que todos estén dispuestos a asumir la responsabilidad del cambio y que produzca políticas equilibradas”.
  8. “Las políticas de flexiseguridad tienen repercusiones presupuestarias y su aplicación debería contribuir también a políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero. Deberían perseguir, asimismo, una distribución justa de los costes y los beneficios, en particular entre las empresas, los particulares y los presupuestos públicos, prestando especial atención a la situación específica de las PYME. Unas políticas de flexiseguridad eficaces pueden contribuir al mismo tiempo a este objetivo global”.

Para ayudar a implementar tales objetivos, la Comunicación contiene el diseño de cuatro itinerarios tipo (anexo I), desarrollados sobre la base de la situación de los Estados miembros y del informe del Grupo de Expertos sobre Flexiseguridad<sup>116</sup>. Se trata de propuestas para que los Estados miembros, en consulta con sus interlocutores sociales, y en función de sus situaciones particulares, puedan elaborar sus propios itinerarios detallados hacia la flexiseguridad. Tales itinerarios tipo “deberían servir también como instrumento de aprendizaje mutuo y de referencia en el marco de la Estrategia de Lisboa renovada”.

Todos los itinerarios coinciden en la necesidad de facilitar –procedimental y económica- el despido. Pareciera como –si a juicio de la Comisión- el elemento central de la modernización del derecho del trabajo pasaría indefectiblemente por la reducción de la protección frente al despido por razones empresariales. Este punto de vista es criticable, pues resulta importante reclamar una cierta autonomía, principios y valores básicos de los que es portador el Derecho del Trabajo. Una protección adecuada frente al despido ilegítimo es la propia base para que los trabajadores puedan reclamar frente a condiciones de trabajo ilegales o abusivas, y hacer oír su voz frente a los comportamientos arbitrarios o injustificados del empleador, como también es un elemento determinante en la propensión de los trabajadores hacia la afiliación sindical y la participación en acciones sindicales colectivas. Solamente cuando varios sistemas interrelacionados demuestren un funcionamiento eficaz para la tutela del trabajador podría aceptarse un rediseño de los niveles de protección en el trabajo, en concreto, sería necesario un sistema que provea a los trabajadores una política activa del mercado de trabajo con un elevado nivel de protección por desempleo en el marco de una implantación sindical adecuada o un marco de diálogo social desarrollado que garantice los instrumentos necesarios para una participación activa en la negociación de los cambios y las modificaciones institucionales que sean pertinentes. La flexiseguridad –al modelo danés- con normas liberalizadas del despido, no puede considerarse al margen del contexto del Estado del bienestar y de un sistema sindical y de diálogo social sólido, esto es, los interlocutores sociales deben desempeñar un papel central en el proceso decisorio político y en la aplicación

---

116 *Flexicurity Pathways. Turning hurdless into stepping stones*, Report by the European Expert Group on Flexicurity, junio de 2007.



de las políticas del mercado laboral y de la formación continua, y en el contexto de un sistema del Estado del bienestar financiado públicamente con niveles elevados de protección.


La idea-fuerza es introducir los componentes de la flexiseguridad en las políticas generales de los Estados miembros, a través de una especie de método abierto de coordinación (MAC)<sup>117</sup>. A tal fin, en el análisis de la Comisión sobre los Programas Nacionales de Reforma, en el marco de la Estrategia de Lisboa, dicho órgano incluirá sus primeros comentarios sobre la manera en que los Estados miembros podrían beneficiarse de los principios comunes y de los itinerarios de la flexiseguridad para elaborar sus propias políticas específicas<sup>118</sup>. A partir de ahí se han dado pasos sobre lo ya andado, en el marco de un interesante y controvertido debate –que alcanza a ser polémico– sobre el sentido, alcance y modelos de flexiseguridad. Debate en el que subyace la contraposición del modelo de flexiseguridad defensiva y neoliberal y el modelo de flexiseguridad ofensiva garantista y democrático-social.

A). El modelo de flexiseguridad neoliberal (que traduce la modernización de los mercado de trabajo por la liberalización del sistema de garantías sociales), se refleja en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia los principios comunes de de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, Bruselas, 27 de Junio de 2007. En el se defiende : a) la gestión del cambio mediante la adaptación que requiere un mercado laboral más flexible acompañado de niveles de seguridad que permitan abordar las nuevas necesidades de empleadores y empleados; b) la flexiseguridad se define como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral; y c) la flexiseguridad se vincula al crecimiento del empleo.

En esa onda neoliberal, básicamente pero con ciertas matizaciones, se inserta la Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2008/618/CE). Pero debe retenerse ya su crítica previa en el Dictamen del CESE sobre “La Propuesta de decisión del Consejo relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (en virtud del art.128 del Tratado CE), 13-14 febrero de 2008. En el dictamen se realza que se “deberían analizar la mejora de la adaptabilidad mediante la flexibilidad interna y convertirla en una dimensión viable y aceptable de la flexiseguridad; la flexibilidad interna puede ser clave para mejorar la productividad, la innovación y la competitividad y, por lo tanto, puede contribuir a alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa” (=flexiseguridad garantista).

117 Sobre el MAC, véase, en general, TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria”, en *RMTAS*, núm.72 (2008), págs.71 y sigs.

118 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Para una crítica del modelo de “flexiseguridad” liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (I y II), en *Tribuna Social*, núm. 206-207 (2008).



Lo mismo cabe decir, en lo principal, de la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI”, Bruselas, 2.7. 2008. COM (2008) 412 final.

B). El modelo de flexiseguridad garantista o democrático-social, es el que, simplificando, se acoge en el “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 22-23 de abril de 2008. EL CESE defiende un modelo sobre la base de las siguientes premisas:

- El concepto de flexiseguridad no significa un recorte unilateral e ilegítimo de los derechos de los trabajadores. Puede permitir una flexiseguridad laboral (en el interior de la empresa y en el mercado de trabajo), al mismo tiempo que nuevas formas de seguridad en el ámbito de la protección social y de las políticas activas de empleo (especialmente la formación profesional y las medidas de reinserción laboral).
- El CESE considera que Europa debe centrarse en su capacidad de innovación, la alta calidad de sus productos y servicios, en su mano de obra cualificada y su modelo social, y que debe competir con sus competidores mundiales en el terreno de la calidad. Esto debería reflejarse en las Directrices de Empleo. El CESE desearía que los debates sobre flexiseguridad y, especialmente, los relativos a los puestos de trabajo de calidad, produjeran cambios en las directrices. (Lo que implica la adopción de un modelo de competitividad por la calidad y la innovación en la lógica de la flexibilidad “ofensiva” o “garantista”).
- En relación a la conexión entre Flexiseguridad y Empleo subraya que las políticas macroeconómicas sanas que estimulan el crecimiento del empleo, así como un entorno empresarial favorable que apoye y explote plenamente las posibilidades de crecimiento, son condiciones previas importantes para el buen funcionamiento de la flexiseguridad. La flexiseguridad mejora el empleo, pero no está llamada a crearlo directamente.
- Sistema de protección social. Los sistemas generales de bienestar pueden mejorar la movilidad asegurándose de que los trabajadores no se vean perjudicados cuando afrontan cambios que afectan a su lugar de trabajo.
- El CESE destaca la importancia de asignar recursos económicos a la flexiseguridad. Llevar a cabo la flexiseguridad sin invertir en reforzar las instituciones, en las políticas activas del mercado laboral y en la formación continua no favorecerá el surgimiento de un mercado laboral de elevada calidad. Conviene, a este respecto, extender la seguridad a los puestos de trabajo precario. Las políticas deben centrarse en integrar en el mercado de trabajo a las mujeres, los jóvenes y las




personas mayores. La flexiseguridad debe aplicarse con un planteamiento holístico y coherente. A este respecto, resulta esencial asignar los recursos adecuados a fondos europeos como el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

- Defiende un planteamiento integrado, a varios niveles. Dada la naturaleza *multidimensional de la flexiseguridad*, es importante buscar una integración de los diversos niveles de las políticas. Es necesaria una política más coherente para abordar el problema, una interacción mayor entre los diversos actores y niveles para mejorar la cohesión económica y social.
- El CESE sostiene que en la aplicación de flexiseguridad deben tenerse en cuenta los nuevos riesgos y que las transiciones deben recomponerse. La mundialización aumentará los riesgos para los trabajadores y para las empresas. Tener en cuenta esos nuevos riesgos será esencial para afrontar el desafío de la mundialización. Resulta crucial promover la movilidad laboral de manera positiva, de alta calidad, invirtiendo en las personas y mejorando la portabilidad de derechos (es el enfoque típico de la flexiseguridad garantista).

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre dicha Comunicación, Bruselas, 14 de enero de 2009 (COM(2008) 412 final), constituye una réplica parcial a los diversos documentos de la Comisión Europea, se arguye:

- No puede hacerse abstracción de la cuestión de la orientación fundamental de la política macroeconómica, ya que en caso contrario se corre el peligro de que decisiones importantes sigan privadas de una dimensión social tangible.
- La dimensión social de Europa debería concretarse, entre otras cosas, en un verdadero programa de acción social. Una mera agencia social renovada no es suficiente.
- Es preciso trabajar activamente en la consecución de los objetivos sociales. No basta con adoptar una actitud de respuesta, en el sentido de considerar que la misión de la política social es reaccionar ante los cambios y adaptar a los ciudadanos a las nuevas exigencias de la economía. La atención debe focalizarse en las personas y en la inversión en las personas, el objetivo debe ser mejorar las condiciones de vida y de trabajo y la espina dorsal de una política social europea debe estar formada por instrumentos claros, eficaces y vinculantes.

En efecto, ante la *crisis actual* conviene no perder de vista que existe una responsabilidad del conjunto de la sociedad civilizada en relación con el bienestar de los individuos. Esto incluye, en particular, una distribución equitativa de las rentas, posibilidades suficientes de empleo en empresas competitivas, una protección social contra los riesgos de enfermedad, incapacidad, desempleo y vejez, el apoyo a las familias, oportunidades para todos, garantías contra la pobreza y servicios de interés general de calidad y asequibles.

- 
- La dinámica económica y el progreso social no son contradictorios, sino que se refuerzan mutuamente. Una economía de mercado social aúna competitividad y justicia social. Es importante otorgar la misma relevancia a los aspectos sociales, económicos y medioambientales.
  - Adoptar medidas en las que se deje claro que las libertades económicas y las normas sobre competencia no tienen primacía frente a los derechos sociales fundamentales.

Por su parte, el Parlamento Europeo insiste en que es indispensable un planteamiento europeo coordinado. Deben coordinarse mejor los esfuerzos de la Unión Europea y sus Estados miembros, y también las medidas adoptadas en el marco del plan de recuperación económica para abordar las crisis a corto plazo han de ser coherentes con los objetivos de la Unión Europea a largo plazo, según lo establecido en la Estrategia de Lisboa. Por otra parte, la asociación, la cooperación y el diálogo son una condición necesaria para el éxito de cualquier tipo. A este respecto, el *papel de los interlocutores sociales* es particularmente importante para impulsar la confianza en las medidas adoptadas y la toma en consideración de los distintos intereses legítimos en juego<sup>119</sup>. En la dirección del neocorporativismo democrático que se encuentra consagrada en el modelo social europeo, otorgando a los interlocutores una presencia significativa en las instituciones y en los procesos de elaboración de normas de relevancia comunitaria.

Para aquélla dirección de política del Derecho *liberalizadora* (correspondiente al modelo de flexibilidad neoliberal) y del sentido de la revisión de la constitución democrático-social del trabajo, resulta paradigmática la propuesta de modificación de la directiva reguladora del tiempo de trabajo. Ese enfoque liberalizador desemboca en la propuesta de directiva sobre el tiempo de trabajo, que supondría una revisión estricta de la vigente Directiva 2003/88/CE, sobre ciertos aspectos de la organización del tiempo de trabajo. La Comisión Europea el 30/12/03 y el 22/09/04 una Propuesta de modificación de la Directiva. Se proponían varias modificaciones y una rectificación a las definiciones del tiempo de trabajo (art.2) y a la jurisprudencia de la Corte de Justicia (Asuntos SIMAP y Jäger). En dicha propuesta inicial se postulaba, principalmente, las siguientes modificaciones: a). Mantener la figura del *op-out* individual (se permite que los trabajadores individualmente puedan optar libremente por renunciar el nivel que garantiza la norma europea), reforzando las condiciones de aplicación, cuando no haya o no pueda haber convenio colectivo. b). Permitir a los Estados Miembros que extiendan los períodos de referencia hasta los 12 meses, bajo la sola condición de que se consulte a los interlocutores sociales. c). Rectificar las definiciones del tiempo de trabajo, para *excluir los tiempos de espera inactivos*, como obligan las sentencias del TJCE de SIMAP y JÄGER.

No son pocas las dudas que se han suscitado desde entonces sobre si este tipo de regulaciones flexibilizadoras e individualizadoras mantienen el equilibrio que requiere una


119 Cfr. Parlamento Europeo, "Informe sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros", 16.2. 2009. COM(2008)0889.



estrategia de flexiseguridad ofensiva, en virtud de la cual la flexibilidad laboral puede ser positiva, siempre que existan normas mínimas y de salvaguardia así como los controles públicos y colectivos adecuados. En tal sentido la orientación dominante en el Parlamento Europeo ha sido la de considerar que el *opt-out* (“no aplicación”; *no es una técnica para flexibilizar la norma, sino para anularla completamente*)<sup>120</sup>. Es discutible que se acomode al texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), conforme a la cual “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas” (art.31.2 CDFUE). El *opt-out* cuestiona la realización de los objetivos de protección de la salud y seguridad en el trabajo y la efectiva posibilidad de una conciliación entre vida profesional y vida familiar. Por otra parte, la propuesta de modificar las definiciones sobre el tiempo de trabajo y anular la jurisprudencia del TJCE sobre los periodos de guardia inactivos, puede tener consecuencias tan graves como para desvirtuar el futuro del modelo social europeo y sobre los derechos y garantías sociales.

Este criterio de la Comisión no ha sido compartido en aspectos fundamentales ni por el Parlamento Europeo, ni por el Comité Económico y Social. En el Dictamen del Parlamento Europeo –aprobado el 11 de mayo de 2005- se defiende: la finalización de la base legal para el *op-out*; periodo transitorio (*phasing-out*): mientras dure el *phasing-out* se aplicarán normas más restrictivas, y se incrementarán controles y cautelas; anualización; todo el periodo de guardia es tiempo de trabajo, incluidos los períodos inactivos o de descanso. No obstante, por convenios colectivos o por ley se puede computar específicamente a efectos de la jornada máxima semanal; y, por último, reconciliación de la vida familiar y profesional, de manera que los trabajadores deberían tener el derecho a pedir cambios de su horario y de los modelos de trabajo y los empresarios deberían tener la obligación de considerar tales peticiones. En vista de este Dictamen, la Comisión presentó, el 1 de junio de 2005, una posición modificada acercándola levemente a la posición del Parlamento, proponiendo: mantener el *opt-out* bajo condiciones más severas, mediante su sometimiento en un marco más condicionado y bajo la premisa de una futura revisión y posible, aunque no segura, revocación; periodo de guardia: la Comisión rechazó los cambios del Parlamento Europeo, y, por consiguiente, mantiene su criterio

120 En relación a las condiciones para llevar a efecto la “no aplicación” (*opt-out*), el Consejo de la Unión Europea había señalado que la Directiva actual permite a los Estados miembros acogerse a la posibilidad de no aplicar el art.6 (tiempo de trabajo máximo semanal). En la propuesta de la Comisión, el recurso a esa excepción debe ser autorizado por un convenio colectivo o por un acuerdo entre los interlocutores sociales en el nivel adecuado. Cuando no hay en vigor un convenio colectivo y los trabajadores no están representados en la empresa, la no aplicación puede ser objeto también de un acuerdo entre el empresario y un trabajador determinado. En cualquier caso, es necesario el consentimiento del trabajador y ha de cumplirse una serie de condiciones, a saber: el consentimiento del trabajador ha de presentarse por escrito, no puede darse al comienzo de la relación de empleo o durante el período de prueba, su validez es limitada, se fija un límite máximo absoluto de horas de trabajo semanales (65 horas) y se impone la obligación de mantener, respecto de cada trabajador, registros actualizados del número de horas que han trabajado en realidad. Cfr. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: “Nota de la Presidencia al Comité de Representantes Permanentes, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/38/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”, Bruselas, 24 de septiembre de 2004 (Expediente interinstitucional: 2004/0209 (COD)).



de que los períodos de guardia inactivos no son tiempo de trabajo, pero acepta que este período inactivo no se tenga en cuenta para calcular los períodos de descanso previstos en los artículos 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal).

Ante esas discrepancias, el Consejo no ha sido capaz de alcanzar un acuerdo que refleje una posición común. El debate continúa abierto. Los intereses en juego en este debate sobre la flexibilidad y las fuertes de regulación, están en juego la función de la norma mínima en el Derecho social (el orden público laboral) y la subordinación de la autonomía individual a leyes y convenios colectivos.

Es lo cierto que la Propuesta Modificada de la Directiva 2003/88/CE, parece acogerse al concepto de flexibilidad liberalizadora (“liberista”) que había defendido el Libro Verde relativo a la “modernización del derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (en él se inquiría: “¿Cómo se podrían modificar las obligaciones mínimas en materia de ordenación del tiempo de trabajo para ofrecer mayor flexibilidad a los empleadores y a los trabajadores, garantizando al mismo tiempo un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores?”)<sup>121</sup>. La ampliación de la jornada máxima de trabajo, en una lógica individualizadora (pues se admite que la autonomía individual pueda modificar *in peius* el límite de duración máxima de la jornada de trabajo fijada por la ley y convenio colectivo), y la introducción del concepto de período inactivo de atención continuada (tiempo en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empresario pero sin prestar servicio, al cual se le niega la consideración de tiempo de trabajo; a pesar de la existencia de subordinación del trabajador a los poderes del empresario), respondería a ese modelo de flexibilidad, donde el garantismo queda diluido, neutralizando un posible modelo de “garantismo flexible” plenamente proponible en la lógica de una flexibilidad ofensiva (lógica ésta que admite el equilibrio ex art. 3 de la LET entre el garantismo legal y la flexibilidad por vía de los productos colectivos que encuadran el espacio de la autonomía individual expresada en el contrato individual de trabajo; frente a la mera opción por favorecer una posible “individualización” controlada). El garantismo de los derechos sociales es compatible con un tipo de flexibilidad laboral ofensiva y de equilibrio de poderes en el seno de las relaciones laborales. En sí la apuesta por un garantismo flexible constituye una de las plasmaciones posibles de articulación entre el Derecho vertical clásico y el llamado “Derecho reflexivo” estatal de apoyo a los procesos de autorregulación colectiva en las relaciones de colaboración internormativa existentes entre la Ley-convenios y acuerdos colectivos. En el cuadro legal del modelo de flexibilidad ofensiva en la organización jurídica de las relaciones laborales (especialmente en materia de tiempo de trabajo), se trata de combinar –no de sustituir– la clásica racionalidad centralizada (formal y material) del Estado Social moderno con formas plurales de racionalidad “autorreflexiva” (autorregulación colectiva) de los grupos sociales bajo la cobertura de una regulación legislación promocional

---


121 Véase también el documento “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26-7-2007; COM (2007) 359 final. En esta Comunicación se define la flexiseguridad “como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”.



(o de apoyo) de la autonomía colectiva (“técnica jurídica de alentamiento” en expresión de Norberto Bobbio, que se corresponde con la impronta de un Ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional, propio del constitucionalismo social que fomenta formas de cambio social activo)<sup>122</sup>.

Es manifiesto que las coordenadas político-jurídicas que inspira y pretende materializar jurídicamente el acuerdo político del Consejo Europeo de Empleo de 9 de junio de 2008 para modificar la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo, no se ajustan a esa lógica del “garantismo flexible”, sino que parece defender más la flexibilidad defensiva, que apuesta por las “normas blandas” y la individualización a través del *opt-out* como modelo de relaciones laborales en el presente siglo. No se trata de una modernización simple, sino de una orientación hacia un cambio de modelo en la dirección de instaurar una constitución flexible del trabajo de tipo “liberalista” (o de liberalismo individualista, que otorga un papel regulador al contrato individual hasta el punto de hacer disponible la norma estatal para el acuerdo individual). Esta lectura de la flexibilidad hace pasar a un segundo plano la lógica de la seguridad propia del garantismo (tributario del constitucionalismo democrático social). La flexibilidad defensiva supone una desviación de la constitución democrático social garantista por una constitución flexible del trabajo que subordina el trabajo a las exigencias del mercado y de las fuerzas operantes en dicho espacio económico. En su proyección al tiempo de trabajo conduce a la implantación de un modelo de regulación caracterizado por una marcada tendencia hacia la re-mercantilización de los derechos sociales vinculados al tiempo de trabajo y el individualismo en detrimento de la lógica social o colectiva, que supone la desmercantilización propia de los derechos sociales y la preferencia por la lógica colectiva como garantía de libertad real para todos los trabajadores. Contribuye también (además de la degradación de las condiciones de trabajo) a mermar la libertad del trabajador, reforzando la subordinación o dependencia efectiva (y la configuración del contrato de trabajo como un contrato de adhesión en sentido “fuerte”), la introducción de la noción jurídica de período inactivo de atención continuada, esto es, el tiempo en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empresario pero sin prestar servicios, porque se rechaza en la propuesta comunitaria la consideración de tiempo de trabajo a los ámbitos temporales donde el trabajador cumple con, al menos, dos de los tres requisitos enunciados en el art.2 de la Directiva 2003/88/CE (Sentencia SIMAP y JAEGER). Estos períodos de tiempo –donde no hay trabajo efectivo, sino disponibilidad- no serán computados como tiempo de trabajo a efectos del cómputo de la jornada máxima, a efectos salariales, ni tampoco respecto a los descansos diarios y semanales. En realidad, esto supone que una parte significativa del tiempo de trabajo como tiempo de subordinación o dependencia –y lo que comparte de esfera de dominio o poder- quedaría *opaca u occulta* para el Derecho regulador del tiempo de trabajo. Además, nuevamente, la posibilidad de introducir la cláusula *opting-out*, afecta también a la esfera de libertad jurídico-material del trabajador, porque le sitúa frente al empleador en la dimensión individual, ya que el contrato individual de trabajo puede modificar *in peius* el límite de duración máxima de la jornada de trabajo establecida por ley o convenio colectivo de aplicación.

122 BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, edición de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980, págs.367 y sigs.



Por tanto, no causa extrañeza que esa argumentación sea la que subyace al rechazo por el Parlamento Europeo de la Propuesta modificativa de Directiva sobre el tiempo de trabajo (Diciembre de 2008), a pesar de que varios gobiernos de los países de la Unión Europea apoyan la Propuesta de la Comisión Europea (Reino Unido, Francia, Italia y los países del Este). Este rechazo a ese modelo de flexibilidad defensiva (que es de hacer notar que no incorpora las garantías sociales mínimas que introduce la experiencia danesa) se insertaría en la propuesta de la OIT sobre el trabajo decente, que apuesta por la creación de empleos de calidad que impliquen un trabajo digno. Este modo de flexibilidad ofensiva se sitúa en la dirección de política del Derecho propia del “garantismo flexible” que compagine, de modo equilibrado, el garantismo de mínimos desmercantilizadores y la necesaria flexibilidad de adaptación a través de reglas propias del Derecho reflexivo, es decir, en el ámbito de las relaciones laborales: el derecho de negociación colectiva (a través de una diversificación de sus productos jurídicos, convenios colectivos y acuerdos de empresa).

Sin embargo, cabe postular una distinta política del Derecho de la flexibilidad –o en su versión renovada actual, flexiseguridad-. Caben otras alternativas viables para llevar a cabo un modelo de flexiseguridad de garantismo flexible. En este sentido cabe distinguir entre una flexiseguridad “defensiva” (que, según se indicó, comporta un traslado de riesgos y de costes a los trabajadores y supone la aceptación de un mayor mercantilización del trabajador en el ámbito de la empresa y una pérdida de poder en su interior) y una flexiseguridad “ofensiva” (que apuesta por el mantenimiento de las tutelas en el trabajo y por la incorporación adicional de nuevas protecciones sociales en el mercado de trabajo y en las transiciones profesionales, lo cual supone una renovación del ordenamiento laboral, orientándolo hacia la inserción laboral, la formación y la innovación; es, por lo demás, un modelo que acepta la lógica del garantismo flexible mediante la potenciación de la negociación colectiva de la crisis económica y de los procesos de reestructuración permanente, a través de la predisposición de “normas medida” de origen convencional y legal). Este modelo alternativo de garantismo flexible implica una reforma de adaptación de los instrumentos de protección sociolaboral.

La propuesta de los documentos comunitarios oficiales implica una transformación radical del derecho clásico del trabajo. La constitución “social” del trabajo se transforma en una constitución “flexible” de trabajo<sup>123</sup>. El proceso implica al tiempo una reforma implícita y profunda de las constituciones sociales europeas. El *soft law* (derecho débil; normas blandas) impulsor de las reformas fricciona con el constitucionalismo social y los derechos sociales fundamentales no aparecen como eje vertebrador del nuevo proyecto de “modernización” del Derecho laboral. Las soluciones propuestas para la reformulación del Derecho laboral son de corte neoliberal. Los problemas que aquejan el mercado de trabajo y las instituciones jurídico-laborales se abordan en una perspectiva

---

123 Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 1527 y sigs.; *id.*: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, especialmente págs. 68 y sigs.



“remercantilizadora”. El modelo de flexiseguridad neoliberal –por el que apuesta la Comisión Europea en el Libro Verde y en la Comunicación sobre flexiseguridad- renuncia a la construcción de una Europa Social basada en la garantía legal de los derechos sociales fundamentales. El constitucionalismo social –uno de cuyos exponentes es el Derecho Social del Trabajo- debería estructurarse a partir de un sistema normativo de derechos plenamente garantizados en la jurisdicción comunitaria que limite los presupuestos económicos de la fragmentación social. El modelo de constitución social del trabajo exige la creación de una Carta Constitución Europea que consagre derechos sociales de desmercantilización, y lo haga con fuerza normativa vinculante bilateral. Lo cual comporta la predisposición de intervenciones social “fuertes” sobre el mercado, es decir, una heterorregulación del mercado. Incorpora también la consideración del trabajo como sujeto político; esa subjetividad del trabajo se proyecta en el reconocimiento de las organizaciones de intereses. El modelo del garantismo social –que en sí es propiamente de “garantismo constitucional- es cabalmente incompatible con la mercantilización –o con una débil desmercantilización- del trabajo humano. Su premisa irrenunciable es la afirmación de que el trabajo no es una mercancía. De ahí la trascendencia para la política del Derecho de la garantía normativa de los derechos sociales de desmercantilización, y que en gran medida se realiza a través del Derecho Social del Trabajo. Este modelo de garantismo social ha permitido limitar las desigualdades sociales haciendo compatible la razón social con la razón económica, esto es, con la eficacia y rentabilidad económica. Dicho en otras palabras, el garantismo flexible ha permitido compaginar –conciliar- la flexibilidad y la seguridad laboral. El Derecho del Trabajo garantista no se ha mostrado precisamente como un obstáculo para el desarrollo económico, pues nunca ignoró las exigencias del orden público económico. En el ámbito del espacio europeo, el ordenamiento laboral ha tratado de evitar que los Estados compitan más que en la productividad, en la eficiencia y en la calidad del producto, que la reducción de las protecciones sociales (esto es, en la competitividad de los costes diferenciales)<sup>124</sup>. Ha rehusado el “dumping social” en entre los países de la Unión Europea, mostrando que es posible una competitividad leal basada en la innovación y en la calidad, por un lado, y por otro, que es posible conciliar flexibilidad y seguridad, dentro y fuera del trabajo.

Pero los documentos oficiales comunitarios sobre “modernización” y “flexiseguridad” no se limitan sólo a una re-mercantilización de los derechos sociales de la ciudadanía, sino que parten –explícita o implícitamente- de una des-sindicalización del sistema de relaciones laborales, dentro y fuera de las organizaciones productivas. En efecto, el plano colectivo del Derecho laboral no sale reforzado de los documentos comunitarios, que tampoco hacen el hincapié necesario los aspectos relativos a la introducción de *flexibilidad negociada*<sup>125</sup>, ni se hace referencia a las instituciones y derechos de representación y acción colectiva como necesario elemento reequilibrador en el sistema de

124 Véase LOY, G.: “Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Aportaciones al debate comunitario sobre “flexiseguridad”*, Madrid, La Ley, 2007, págs. 47 y sigs.

125 Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Para una crítica del modelo de “flexiseguridad” liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (II), núm. 2007 (2008).



relaciones laborales. El propio procedimiento seguido por la Comisión en la elaboración de sus documentos no ha sido especialmente respetuoso con el papel institucional de los interlocutores sociales y el diálogo social a escala comunitaria. En el Libro Verde el diálogo social y la negociación colectiva no aparecen a la altura del papel institucional y las funciones regulativas que a las partes sociales y al método contractual reconoce el propio Tratado. Es precisamente el diálogo social el instrumento clave para alcanzar los niveles adecuados de flexibilidad que requieren las organizaciones productivas, a través del consenso social proporcionado por la negociación colectiva, y sin que ello necesariamente signifique un retroceso o eliminación de los estándares de tutela, cuando el proceso se desarrolla con los equilibrios y contraprestaciones adecuadas. El sistema de gobernanza actual de la Unión Europea tiene una fuerte connotación neocorporativista, incorporando a los agentes sociales en su dinámica político institucional y en los procesos de elaboración legislativa<sup>126</sup>. Las organizaciones profesionales representativas aparecen como actores sociopolíticos, es decir, como sujetos políticos que intervienen en las decisiones de política pública a través de formas de intercambio político. Lo paradójico es que ello contraste con el hecho de que los modelos de flexiseguridad europeos más desarrollados –y ello no parece una coincidencia– se caracterizan por un alto desarrollo del diálogo social, donde los interlocutores sociales juegan un papel esencial en la negociación de los equilibrios entre flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo<sup>127</sup>. Pero para ello, conviene recordarlo, es necesario el soporte de políticas públicas y “legislación promocional” dirigidas a reequilibrar el balance de poder que ha evolucionado en sentido desfavorable a los sindicatos tras las mutaciones económicas, organizativas y productivas en curso<sup>128</sup>.

Hay que tener en cuenta que el Derecho –y en particular el Derecho del Trabajo– es también *una modalidad de racionalización, distribución y control del riesgo*. En cuanto instrumento de delimitación del reparto de riesgos, puede desempeñar un importante papel en la provisión de justicia distributiva. La definición de derechos constituye un importante modelo de seguridad, de manera que el tránsito de la seguridad a la “flexiseguridad” presupone una diferente distribución del riesgo entre los trabajadores, la empresa y la sociedad<sup>129</sup>. Una “modernización” del Derecho del trabajo debe tener también entre

126 Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994; SOLANS LATRE, M.A.: *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Comunidad Europea*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase la reflexión crítica contenida en SCHMITTER, P.H.C. y LEHMBRUCH, G. y STREECK, W. (coordinadores): *Neocorporativismo: más allá del Estado y el mercado*, 2 Vols., México, Alianza, 1995, Y STREECK, W. y KENWORTH, L.: “Theories and Practices of Neocorporativisme”, en JANOSKI, T. y otros.: *A Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies and Globalization*, New York, Cambridge University Press, 2005.

127 Vid. OZAKI, M. (dir.): *Negociar la flexibilidad: función de los interlocutores sociales y del Estado*, OIT, Ginebra, 2000.

128 Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Para una crítica del modelo de “flexiseguridad” liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (II), núm. 2007 (2008).

129 Vid. LOI, P.: “La función del riesgo en el paso de la seguridad a la “flexiseguridad””, *RL*, núm. 15-16, 2007, págs. 71 y sigs.




sus prioridades abordar los numerosos riesgos que pesan sobre el trabajador –regular e irregular- como la pérdida del puesto de trabajo (en gran medida como consecuencia de las reorganizaciones productivas que obedecen a la racionalidad financiera de distribución del riesgo)<sup>130</sup>, la incerteza retributiva, el riesgo de desvalorización de sus competencias profesionales, las dificultades que el nuevo modelo de relaciones profesionales presenta para la generación de pensiones adecuadas a las situaciones de necesidad. Ha llegado a decirse que estas transformaciones han expuesto a los trabajadores regulares a numerosos riesgos, y que tienden a asemejarse bajo muchos puntos de vista a los trabajadores con contrato atípico y a compartir con aquéllos los problemas ligados a la incerteza ya experimentada por los mismos<sup>131</sup>. Una cobertura satisfactoria de estos riesgos abre un debate muy similar al de la responsabilidad social de la empresa, pues se trata de abordar problemas en la que todos los agentes implicados en materia de trabajo y de empleo tienen “responsabilidades” (en sentido genérico) y corresponde al Derecho “normalizar” ese reparto de responsabilidades. Es fácilmente comprensible cómo se hace necesaria la “relectura” en clave de riesgo de algunos derechos como la formación.

Por otra parte, la flexiseguridad debe implicar también una *flexibilidad bidireccional* en el contrato de trabajo. Deberían potenciarse las soluciones *win-win*, esto es, una utilización adecuada de la flexibilidad respecto de las necesidades de las empresas y las necesidades y demandas de los trabajadores, que puedan ser así dueños de sus proyectos de vida. Se trataría de una ruptura con el dato de que la introducción de flexibilidad ha tenido como prevalente finalidad el ajuste funcional o dinámico de las condiciones laborales o de la propia pervivencia del vínculo contractual a las necesidades y exigencias empresariales, como instrumento de salvaguarda y fomento de la productividad y la competitividad empresarial. Por ello, ha supuesto un reforzamiento de los poderes empresariales en la administración de las relaciones contractuales en la empresa y no ha supuesto una oportunidad positiva para los trabajadores, sino retribuciones más precarias, reducción en los niveles de cobertura de los sistemas de Seguridad Social y una mayor dificultad para programar la vida de cara al futuro, inseguridad personal que se añade al debilitamiento de lo colectivo. En tal sentido, la flexibilidad unidireccional dominante ha contribuido a incrementar las desigualdades como elemento estructural de las actuales transformaciones sociales y económicas. Los avances tecnológicos permiten una mayor autonomía a los empleados en el desarrollo de la prestación de servicios (el teletrabajo sería un ejemplo harto significativo), y ello puede permitir mayores posibilidades de disponibilidad del trabajador sobre la prestación de servicios. Se trata de que también los trabajadores tengan facultades para gestionar el tiempo (cuentas de tiempo trabajado y bancos de tiempo con los correlativos elementos de seguridad jurídica, permisos por cuidados, cuentas de tiempo de aprendizaje y de ahorro para la formación) y las condiciones de trabajo, de manera que se conjugue el adecuado cumplimiento de la prestación de servicios –principio de rendimiento- con los intereses formativos,

130 Vid. MORIN, M.-L.: “El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”, *RIT*, núm. 1, vol. 124, 2005, pág. 14.

131 Vid. STONE, K. V. W.: “Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuevo mercato del lavoro”, *RIDL*, núm. 4, 2005, págs. 395 y sigs.



personales o familiares del trabajador. Los denominados “derechos sociales de giro” están plenamente en consonancia con esta perspectiva, puesto que permiten dar espacio a la libertad individual en la definición de los derechos socio-profesionales, que no necesariamente están en función de un riesgo sobrevenido sino que su realización depende de una libre decisión del trabajador<sup>132</sup>. La flexiseguridad desde el modelo del garantismo flexible no supone, pues, un desplazamiento de estatutos protectores (no comporta el desmantelamiento de garantías en el trabajo, en la empresa y en el puesto de trabajo), sino un perfeccionamiento de las protecciones sociales mediante el establecimiento adicional de un estatuto protector de las personas en ciclos de vida des-cronologizados y las transiciones profesionales (garantías de protección social, formación profesional, reinserción laboral, etc.). Ese *enriquecimiento estatutario* en la lógica del garantismo flexible es indispensable para proteger a las personas en sus ciclos de vida profesional o laboral.

En todo caso, en el contexto de la crisis actual las medidas jurídico-laborales y de Seguridad Social deberían de insertarse en un conjunto más amplio de políticas públicas no sólo de “salvamento” del actual sistema económico, sino también replanteando el modelo económico, es decir, reformar el actual sistema económico capitalista en vista de una corrección estructural de sus disfuncionalidades económicas y sociales. El capitalismo siempre ha requerido del apoyo de intervenciones y valores institucionales, pues su capacidad de autorregulación siempre ha sido limitada. Aceptando la necesidad del mercado hay que decir inmediatamente que este es insuficiente por si mismo no sólo para garantizar al conjunto de las necesidades humanas, sino también para alcanzar un funcionamiento óptimo de equilibrio. Se ha observado, con razón, que “el fracaso más inmediato del mecanismo de mercado reside en las cosas que el mercado deja *sin hacer*”. En verdad, “lo que también hace falta es una percepción lúcida de cómo funcionan en realidad diversas instituciones, y de cómo una serie de organizaciones –desde el mercado a las instituciones estatales- pueden sobrepasar las soluciones a corto plazo y contribuir a crear un mundo económico más aceptable<sup>133</sup>”.

---

132 Vid. SUPLOT, A. (coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 98 y sigs.

133 SEN, A.: “Capitalismo: más allá de la crisis”, en *Claves de razón práctica*, núm.191 (2009), págs.16 y 19.



## CRISIS EMPRESARIALES Y DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

### D. Ángel Luis de Val Tena

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Zaragoza.

#### Sumario

- I. Introducción.
- II. Concurrencia de causas empresariales y fundamento de los despidos.
  1. Tipificación legal de las causas.
  2. Fundamento y prueba de la causa alegada por el empresario.
- III. Las dos modalidades de despido por causas empresariales y sus procedimientos.
  1. Factores delimitadores.
  2. El procedimiento a seguir en los despidos objetivos por causas empresariales y los efectos de la extinción contractual.
    - 2.1. La formalización del despido.
      - A) La comunicación por escrito al trabajador (carta de despido) y su contenido.
      - B) La obligación empresarial de poner a disposición del trabajador la indemnización legal mínima.
      - C) Preaviso e información a los representantes de los trabajadores.
      - D) El derecho a un permiso retribuido para buscar otro empleo.
    - 2.2. Los efectos jurídicos del despido.
      - A) Consecuencias directas de la decisión empresarial no impugnada: indemnización y prestación por desempleo.
      - B) Impugnación y calificación judicial.
  3. Los despidos colectivos: cauce legal imperativo y consecuencias jurídicas en las relaciones contractuales (remisión).
- IV. Garantías para los representantes de los trabajadores.
  1. La protección específica en los despidos por causas empresariales: ámbitos subjetivo y objetivo.
    - 1.1. Interdicción de los despidos por actuaciones representativas (despidos discriminatorios).
    - 1.2. Prioridad de permanencia en la empresa.
    - 1.3. El derecho de opción en los despidos improcedentes.
  2. Despidos lesivos de las garantías de los representantes: calificación jurídica.



## I. Introducción

Con frecuencia, la decisión de reestructurar la empresa repercute directamente en el volumen de empleo<sup>1</sup>, sobre todo cuando el objetivo empresarial es reducir la dimensión para hacer posible su saneamiento, ante una situación de crisis económica, y de esa manera asegurar su conservación; también si lo pretendido es mejorar la eficiencia de los recursos humanos y de los medios materiales utilizados para producir bienes o prestar servicios, introduciendo mejoras en los sistemas de organización o incorporando nuevos instrumentos técnicos que incrementen el rendimiento y, en paralelo, la productividad.

La determinación de suprimir uno, varios o, en casos extremos, todos los puestos de trabajo se toma –y parece lógico que así sea– siempre que las medidas de gestión o de ajuste ordinarias resulten insuficientes para alcanzar los objetivos perseguidos y se ampare aquélla en una justa causa que habilite el ejercicio de la libertad de empresa<sup>2</sup> para decidir la dimensión óptima de la organización productiva. Precisamente, la complejidad de los intereses<sup>3</sup> presentes en tales situaciones, pues no sólo se produce un conflicto de intereses entre el empresario y uno o más trabajadores en el plano de las relaciones individuales de trabajo, sino que también aparecen intereses públicos como la conservación de la empresa o la defensa del empleo, ha llevado al legislador a exigir la alegación y prueba de un elenco de causas: económicas, técnicas, organizativas o productivas. La tipificación legal de este conjunto de causas, sin duda, limita el poder empresarial de despedir<sup>4</sup>, manteniendo el ordenamiento jurídico-laboral una característica común del régimen extintivo de la relación contractual de trabajo, esto es, la justificación causal de los despidos por voluntad del empresario.

Desde el punto de vista de la protección dispensada por la regulación legal y de su función medial entre los intereses privados y sociales, el legislador no hace descan-

- 
- 1 Como ha destacado RIVERO LAMAS, J.: “Prólogo”, en VV.AA.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresa*, XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pg. 20, desde una perspectiva laboral, son muchas las repercusiones, no siempre negativas, que la reestructuración de empresas tiene sobre el volumen de empleo, sobre los derechos individuales de los trabajadores, sobre la tutela pública del empleo y sobre las funciones de intervención, consulta y negociación de los representantes de los trabajadores.
  - 2 En opinión de GAROFALO, M. G. y CHIECO, P.: “Licenziamenti collettivi e Diritto europeo, en VV.AA.: *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci Editore, Bari, 2001, pg. 1, “la posibilidad, para el empresario, de proceder a la expulsión de los excedentes (de personal) es un componente esencial de la libertad de empresa”. *In extenso*, vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “Libertad de empresa y despido por motivos económicos”, *Relaciones Laborales*, t. I, 2002.
  - 3 Sobre la complejidad de los intereses presentes en tales situaciones, vid. RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 26, 1997, pgs. 621-622; también, GAROFALO, M. G.: “Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici”, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 46, 1990, pgs. 237 y ss.
  - 4 Vid., en general, FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: “Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pgs. 73 y ss.



sar la legitimidad de estos despidos en la utilización exclusiva de un procedimiento, prescindiendo de un control sobre el fondo. Al contrario, tal regulación atiende a la objetividad de unos hechos determinantes que afectan a la adecuación de las decisiones extintivas para hacer frente a la incidencia de ciertas causas, con la finalidad de atribuir un mayor margen de disponibilidad a las empresas que les permita organizar la fuerza de trabajo y responder a las variaciones de la demanda, incorporar nuevas tecnologías e insertar los cambios organizativos oportunos para situarlas en condiciones de competir en el mercado.

Como no existe en el Derecho del Trabajo español un cuerpo de normas que, de manera integrada, tenga en cuenta las incidencias laborales de los procesos de reestructuración, si a consecuencia de éstos se ha de producir un ajuste de plantilla las vías disponibles para instrumentarlo son las extinciones objetivas [arts. 52.c) y 53 LET] y los despidos colectivos (art. 51 LET). Ambas modalidades extintivas de los contratos de trabajo tienen en común<sup>5</sup> las causas que legalmente justifican la decisión empresarial: las extinciones o los despidos han de estar fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Estas “causas empresariales”<sup>6</sup> constituyen el elemento objetivo común<sup>7</sup>, configurándose *ex lege*, a partir de este punto de intersección y sobre la base de los trabajadores afectados en un arco temporal de referencia, en relación con el volumen de la plantilla de la empresa, dos modelos extintivos, con finalidades –en apariencia– distintas y, sobre todo, con un procedimiento claramente diferenciado.

Pese a la regulación separada de los despidos por causas empresariales, éstos son un género extintivo que posee una configuración unitaria a partir de su tipificación causal<sup>8</sup>, si bien se diversifica en su ejercicio en dos especies, para cada una de las cuales se establece su propio marco legal: el que se ha podido llamar despido colectivo “menor”<sup>9</sup>, que es un despido individual o plural, incluido normativamente como una variedad específica entre las extinciones del contrato de trabajo por causas objetivas, y el despido


5 El artículo 51.1 LET, por una parte, establece que los despidos deben estar fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y, por otra, el artículo 52.c) LET posibilita la amortización de puestos de trabajo “por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta ley y...”.

6 Terminología utilizada por DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores]”, *Relaciones Laborales*, núm. 17-18, 1994.

7 Igualmente, esas mismas causas, todas o algunas, permiten justificar un amplio conjunto de decisiones empresariales para introducir alteraciones en el contenido de la relación contractual de trabajo, así: movilidad funcional (art. 39.2 LET), traslados y desplazamientos (art. 40.1 y 4 LET), suspensión del contrato [arts. 45.1.j) y 47 LET] e inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo aplicable (art. 82.3 LET).

8 RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, *Relaciones Laborales*, t. I, 1996, pg. 96, ha destacado, como elemento común en el régimen jurídico del despido, la exigencia de justificación, en estos supuestos el funcionamiento de la empresa.

9 Propuso esta calificación GARCIA FERNANDEZ, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, núm. 30, 1994, pg. 485, distinguiéndolos de los despidos colectivos “mayores”.



colectivo “mayor”, es decir, el despido colectivo en sentido propio, donde el interés social y público es objeto de una protección especial.

## II. Concurrencia de causas empresariales y fundamento de los despidos

### 1. Tipificación legal de las causas

Una forma de limitar el poder empresarial de despedir es tipificar las causas que pueden justificar la extinción de los contratos de trabajo, lo que impone *de facto* la exigencia de alegación y, en su caso, de prueba.

Con ocasión de la reforma de la legislación laboral en 1994 se amplió el elenco de causas, introduciendo una mayor variedad respecto de las anteriores causas económicas y tecnológicas, y ello con el propósito de tomar en consideración una diversidad de situaciones del funcionamiento empresarial que atiendan al entorno en el que la empresa desarrolla su actividad, así como de garantizar los elementos básicos de su competitividad, posibilitando que las decisiones extintivas se lleven a cabo “con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa”<sup>10</sup>. Las causas, en principio, son idénticas en ambas especies de despidos: de una parte, el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas organizativas o productivas (art. 51.1 LET); de otra, el despido objetivo “por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley” [art. 52.c) LET].

Ocurre, sin embargo, que no es posible proceder a una precisa identidad de las causas mencionadas con abstracción de la finalidad última de la medida extintiva adoptada por el empresario. Y es que la ley no define las distintas causas en sí mismas, sino que para su identificación recurre a los fines que persigue el empresario en cada caso con los despidos, de manera que “si con las medidas propuestas se cumplen las garantías de viabilidad de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos, se entiende cumplido también el requisito de acreditar la necesidad de amortizar determinados puestos de trabajo”<sup>11</sup>; fines que, como vamos a comprobar, revisten el carácter de verdaderos elementos reglados al objeto de valorar la adecuación y la razonabilidad de los despidos.

La identificación del alcance de estas causas empresariales no es posible hacerla reparando sólo en el sentido propio de los términos que califican en cada caso a tales causas, aunque su significado suministre un principio de clasificación de situaciones

10 Cfr. Exposición de Motivos, apartado III, de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 23 de mayo de 1994).

11 PRADOS DE REYES, F. J.: “Despidos colectivos”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pg. 229.



con el fin de adoptar decisiones de gestión laboral. El elemento fáctico que configura cada una de las causas está delimitado por otro dato de marcado carácter finalista que, a la postre, determina la concurrencia misma de la causa, de manera que las causas se sitúan en un doble plano: en el de la estricta necesidad de “reducir personal” y en el de la “urgente conveniencia”<sup>12</sup>.

En primer lugar, la extinción de los contratos de trabajo puede estar justificada en causas económicas, entendiéndolo el legislador que concurren esas causas cuando la reducción de personal “contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa” (art. 51.1, párrafo segundo, LET) o se decida “con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas” [art. 52.c. LET]. La causa económica, en consecuencia, se identifica como una situación de crisis o de dificultad económica de la empresa, determinante de una producción a pérdidas<sup>13</sup>, sin que pueda considerarse como situación económica negativa la disminución de beneficios<sup>14</sup>. Tan simple referencia a los resultados económicos de la actividad empresarial permite encajar en la causa económica una amplia gama de estados de perturbación económica que afectan a las empresas como consecuencia no sólo de la inflexión de los ciclos macroeconómicos o del propio desarrollo económico, sino también de situaciones deficitarias por las que atraviesa la empresa<sup>15</sup>.

A modo de notas características de la causa económica, la jurisprudencia ha señalado que aquélla debe ser real, objetiva, suficiente y actual, no siendo necesario que la situación económica negativa sea irreversible o definitiva, puesto que con los despidos se pretende sanear la empresa<sup>16</sup>. Ciertamente, la realidad de la situación de desequilibrio económico o de la producción a pérdidas es una exigencia sobre la que descansa la entidad de los hechos determinantes de la amortización de los puestos de trabajo. La nota de objetividad impone la valoración de la situación económica al margen de cuáles hayan sido las decisiones de gestión empresarial que han conducido al desequilibrio financiero. Y el requisito de actualidad lleva a constatar las pérdidas ya existentes; no a valorar lo que puede suceder en un futuro, más o menos próximo, según algunos indicadores ya conocidos, por más que sea previsible<sup>17</sup>. Sin embargo, no se determina

12 GARCIA FERNANDEZ, M.: “Razones económicas técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1995, pg. 79.


13 SSTS de 28 enero 1998 (RJ 1998, 1148), de 13 febrero 2002 (RJ 2002, 3787) y de 21 julio 2003 (RJ 2003, 7165).

14 Por todas, STSJ Andalucía/Granada de 5 julio 1995 (AS 1995, 2976) y STSJ Castilla-La Mancha de 17 febrero 2000 (AS 2000, 1138). En sentido contrario, STSJ Cataluña de 4 septiembre 1996 (AS 1996, 2639).

15 STSJ Castilla y León/Burgos de 14 septiembre 2004 (AS 2005, 215).

16 SSTS de 24 abril 1996 (RJ 1996, 5297) y de 15 octubre 2003 (RJ 2003, 4093).

17 Como ha destacado GOMEZ ALVAREZ, T.: “Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 420, quedan fuera de la concepción de situación económica negativa las situaciones de mejora de la situación económica, en la medida que se plantearían “despidos preventivos”.



*ex lege* –ni se ofrecen criterios referenciales– qué volumen de pérdidas económicas pueden justificar la decisión empresarial de extinguir uno o más contratos de trabajo, por lo que hay que estar a las circunstancias del supuesto concreto, de tal manera que la dimensión empresarial, en el sentido de capacidad económica, debe ser uno de los elementos a considerar<sup>18</sup>.

La crisis económica debe afectar a la empresa en su conjunto<sup>19</sup>, no a un centro de trabajo o a una unidad de producción; y de tratarse de un grupo de empresas, habrá que analizar la evolución económica de cada una de ellas<sup>20</sup>, como personas jurídicas independientes que son, no los resultados globales del grupo económico, salvo que existan indicios de actuación fraudulenta en relación con las otras empresas del grupo, en especial con la dominante.

Una singular causa económica, aunque con un régimen jurídico propio, es la relativa a la insuficiente consignación presupuestaria, que justifica también el despido objetivo de los trabajadores contratados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista [art. 52.e) LET]. Se trata, en realidad, de una causa de carácter empresarial no ligada a la finalidad concreta de saneamiento o de superación de una situación económica negativa, en tanto que se entiende que concurre de darse aquellas circunstancias sin necesidad de valorar la razonabilidad de la medida extintiva<sup>21</sup>. Se presume, en estos casos, una situación de dificultad económica, al margen de que se produzca o no un balance económico negativo en la cuenta de ingresos y gastos.

Además de las económicas, son causas extintivas empresariales, tipificadas legalmente, las técnicas, las organizativas y las de producción. La ampliación de causas en esta modalidad de despido –anteriormente sólo se aludía a “causas económicas y motivos

18 STSJ Canarias/Las Palmas de 22 abril 1997 (AS 1997, 1486), STSJ País Vasco de 10 febrero 1998 (AS 1998, 875) y STSJ Extremadura de 3 octubre 2002 (AS 2002, 9455). Con palabras de ALVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007, pg. 155, “con arreglo al principio de importancia relativa de los factores, determinadas pérdidas pueden considerarse ínfimas para una empresa de grandes dimensiones pero representar graves dificultades en una empresa débil”.

19 STS de 14 mayo 1998 (RJ 1998, 4650).

20 En la doctrina, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “Los despidos por causas empresariales en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pg. 25, y FERNANDEZ BERNAT, J. A.: “Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52.c) ET”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2003, pg. 22. Así, también, STSJ Galicia de 29 julio 1995 (AS 1995, 2820), STSJ País Vasco de 15 febrero 2005 (AS 2005, 633) y STSJ Castilla y León/Burgos de 14 septiembre 2005 (AS 2005, 215). Hay, sin embargo, pronunciamientos contradictorios; entre otros, STSJ País Vasco de 13 enero 1998 (AS 1998, 739), STSJ Extremadura de 28 mayo 1998 (AS 1998, 2351) y STSJ Navarra de 18 abril 2000 (AS 2000, 1016).

21 Sobre la naturaleza de esta causa, vid. GOERLICH PESET, J. M. y BLASCO PELLICER, A.: “La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de junio”, *Relaciones Laborales*, t. I, 2002, pgs. 709-710.



tecnológicos”– tiene un alcance fundamentalmente clarificador porque dentro de las causas tecnológicas, entendidas como “la necesidad de reestructurar o reconvertir la empresa para que siga funcionando o produciendo en mejores condiciones”<sup>22</sup>, se incluían las actuales causas técnicas y organizativas, mientras que las causas productivas eran fácilmente subsumibles en las de naturaleza económica<sup>23</sup>.

El legislador tampoco ha determinado qué se entiende por causas técnicas, organizativas o de producción; únicamente afirma que las extinciones por cualquiera de esas causas tendrán como objetivo bien “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos” (art. 51.1, párrafo segundo, LET) o bien “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos” [art. 52.c LET]. En suma, este conjunto de causas posibilitan la efectividad de la decisión empresarial de mejorar la organización de los recursos materiales y humanos, cuando ello obligue a amortizar algunos puestos de trabajo.

Las causas técnicas refieren a nuevos medios o instrumentos de producción y a la introducción de novedades tecnológicas que obligan a reestructurar áreas de la empresa y a revisar las especificaciones profesionales con las que se contaba, apareciendo excedentes de personal a consecuencia de las nuevas inversiones para la renovación o mejora del utillaje empleado. Así, por ejemplo, son supuestos aceptados por la doctrina judicial: la reestructuración y mejora de las instalaciones<sup>24</sup>, la informatización de las oficinas centrales y sus delegaciones<sup>25</sup> o la inversión en maquinaria que aumenta el rendimiento y disminuye la necesidad de mano de obra<sup>26</sup>, entre otras muchas.

No ha de confundirse esta causa de despido con la extinción del contrato por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo [art. 52.b) LET], que tiene un régimen jurídico diverso, por más que también sea un supuesto de despido objetivo, siempre individual.

Más difícil resulta deslindar el contenido de las causas organizativas y de producción.

Las primeras –causas organizativas– por derivar, generalmente, de las técnicas y productivas. No obstante, también tienen un ámbito propio de actuación cuando se toman


22 ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Servicios de Publicaciones-Facultad de Derecho. Universidad Complutense, 13ª ed., Madrid, 1993, pg. 412.

23 La STSJ Castilla y León/Valladolid de 2 mayo 1995 (AS 1995, 2037) destaca que las causas señaladas en los artículos 51 y 52.c) LET tienen un componente económico, ya que, en realidad, “lo técnico, lo organizativo y, desde luego, lo productivo forman parte de lo económico”.

24 STSJ Murcia de 14 enero 2002 (AS 2002, 2381).

25 STSJ Cataluña de 29 mayo 2002 (AS 2002, 2323).

26 STSJ Castilla-La Mancha de 27 marzo 2002 (AS 2002, 1612) y STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 22 mayo 2002 (AS 2002, 1980).



decisiones empresariales que afectan a los sistemas y métodos de organización del trabajo, con una finalidad razionalizadora<sup>27</sup> y de mejora de la eficiencia<sup>28</sup>, sin necesidad de que vayan acompañadas aquéllas de inversiones en medios técnicos. Podríamos pensar en diversos supuestos en los que la actividad productiva o de prestación de servicios, que era desarrollada por los trabajadores de la empresa, deja de realizarse<sup>29</sup>. Puede que, sin más, deje de ejercerse una actividad o una parte de la misma, que pase a ser realizada por el propio empresario<sup>30</sup> o, lo que suele ser habitual, que la ejecución de una parte del proceso productivo o la prestación de un determinado servicio se externalice mediante una contrata<sup>31</sup>. Respecto de este último supuesto, y como nuestro ordenamiento jurídico no prevé un tratamiento diferenciado para los despidos producidos en el marco de un proceso descentralizador<sup>32</sup>, la jurisprudencia<sup>33</sup> considera que la extinción de los contratos en tales casos únicamente tiene encaje en la causa organizativa<sup>34</sup> si se demuestra que la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa

- 
- 27 En el supuesto de fusión de empresas dedicadas a similar actividad, se justifica la amortización de algunos puestos de trabajo ante la duplicidad de redes comerciales [STSJ Andalucía/Málaga de 21 abril 2005 (AS 2005, 1342)].
- 28 Ciertamente, la terciarización del empleo en las sociedades industriales avanzadas sitúa al factor organizativo como clave, junto al tecnológico, de la eficiencia empresarial; así, MONEREO PEREZ, J. y FERNANDEZ AVILES, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg. 92.
- 29 En este sentido, GÓMEZ ALVAREZ, T.: "Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", cit., pg. 425.
- 30 SSTs de 29 mayo 2001 (RJ 2001, 5452) y de 30 septiembre 2002 (RJ 2002, 10679).
- 31 Sobre el marco jurídico-laboral de las contratas y subcontratas de obras y servicios, vid. DE VAL TENA, A. L.: "La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes", en VV.AA.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pgs. 83 y ss.
- 32 Destacan esta realidad, SOLA MONELL, X.: "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva", en VV.AA.: *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pg. 171, y ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas", en VV.AA.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pgs. 248 y 255.
- 33 STS de 4 octubre 2000 (RJ 2000, 8291). En la doctrina judicial, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana de 16 mayo 1997 (AS 1997, 1606) y STSJ Cataluña de 2 septiembre 1997 (AS 1997, 3585). Vid. LAHERA FORTEZA, J.: "Procedencia del despido objetivo por externalización de actividad: la juridificación del interés empresarial en el despido (STS de 10 mayo 2006)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pgs. 509-514.
- 34 También la doctrina coincide en esta apreciación: MONEREO PEREZ, J. y FERNANDEZ AVILES, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pg. 92; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: "Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", *Documentación Laboral*, núm. 51, 1997, pg. 41; FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: "Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa", VV.AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pg. 412; ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas", cit., pg. 249; y, recientemente, GORELLI HERNANDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo Difusión, Madrid, 2007, pg. 84. No faltan, sin embargo, referencias también a la causa productiva; así MORALES VALLEZ, C. E.: "La externalización productiva como causa en el despido objetivo", *Tribuna Social*, núm. 179, 2005, pg. 54.



o su competitividad<sup>35</sup>, siendo decisivo que la descentralización productiva constituya una medida racional en términos de eficiencia de la organización productiva<sup>36</sup> y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial<sup>37</sup>. El mero hecho de ahorrar en los costes de la mano de obra no justifica la extinción de los contratos<sup>38</sup>, salvo que ello vaya acompañado de una mejor organización de los recursos de la empresa.

Las segundas –causas de producción– se asocian a la capacidad productiva de la organización empresarial y a su rentabilidad en un momento temporal determinado, lo que puede originar excedentes de mano de obra por cambios que operan en el mercado. Se atiende a la capacidad productiva de la empresa para ajustarla a la demanda del mercado, y por ello se ampara la ineludible transformación o reducción de la dimensión de aquélla. Esta causa, aunque se aproxima a la de índole económica, tiene un ámbito de aplicación específico: se refiere al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien producido o al servicio prestado por la empresa<sup>39</sup>.

A diferencia de las causas económicas, las causas técnicas, organizativas o de producción pueden afectar a un solo centro de trabajo o a una sola unidad productiva de la empresa<sup>40</sup>, puesto que de la legalidad vigente no se deduce, y menos aún se impone, la obligación del empresario de reforzar con la mano de obra sobrante de un centro de trabajo o de una unidad productiva otros que se encuentre en situación de equilibrio. No entenderlo así conllevaría un desplazamiento de las dificultades empresariales de un ámbito a otro, sin solucionarlas. Basta, por lo tanto, con que se acredite “exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo”<sup>41</sup>.

35 Se ha considerado razonable que una empresa externalice la actividad de distribución de los productos de consumo producidos por ella misma para solventar las dificultades de gestión que le ocasionaba un inadecuado sistema de transporte y reparto, que afectaba, en mayor o menor medida, a su posición competitiva en el mercado en cuanto ocasionaba “demoras”, “falta de flexibilidad de horario”, “insuficiente capacidad de almacenamiento”, “insuficiente capacidad de distribución de mercancías a corto plazo” y “un incremento paulatino de los costes de distribución en los últimos años” (STS de 31 mayo 2006 [RJ 2006, 3971]).

36 Como ha señalado ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas”, cit., pg. 255, la mera externalización no es, en todo caso, causa suficiente para el despido, “siendo necesario que la descentralización productiva suponga (...) una respuesta que mejore el funcionamiento (de la empresa), ya sea para superar una situación económica negativa o para situarla en condiciones más favorables para competir, mejorando la organización de los recursos”. En esta línea, SOLA MONELL, X.: “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva”, cit., pg. 207, propone llevar a cabo una “depuración” de cada supuesto de descentralización productiva a efectos de legitimar o no los despidos.

37 SSTs de 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2615) y de 30 septiembre 1998 (RJ 1998, 7586).

38 STSJ Galicia de 30 abril 2001 (AS 2001, 744).

39 STSJ Comunidad Valenciana de 2 junio 2000 (AS 2000, 4117).

40 SSTs de 13 febrero 2002 (RJ 2002, 3787) y de 19 marzo 2002 (RJ 2002, 5212).

41 STS de 13 febrero 2002 (RJ 2002, 3787).

## 2. Fundamento y prueba de la causa alegada por el empresario

La ley no define, como hemos podido advertir, las causas extintivas que facultan al empresario a amortizar puestos de trabajo o a reducir la plantilla ante situaciones de ineficacia en la organización de los recursos de la empresa. Identifica, eso sí, las causas –económicas, técnicas, organizativas o de producción– pero las vincula a la consecución de determinados objetivos. Junto a las circunstancias fácticas que permiten identificar la causa, y como integrante de la propia causa, aparece siempre un “elemento teleológico”<sup>42</sup> o finalista<sup>43</sup>, que es el objetivo perseguido con la extinción de los contratos por una concreta causa, a valorar en términos de adecuación o razonabilidad entre la decisión extintiva y la finalidad empresarial a la que se da relevancia jurídica. Dicho de otra manera, porque existe la causa alegada deben adoptarse medidas laborales para alcanzar la finalidad tutelada por el ordenamiento jurídico; de lo contrario, aun siendo real la causa, la actuación empresarial carecerá de asidero legal.

La referencia a las finalidades, tras la reforma laboral de 1994, era común tanto para los despidos objetivos por causas empresariales como para los despidos colectivos. La remisión era, sin más precisión, “a las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley” [art. 52.c) LET]. Sin embargo, el legislador reformista de 1997 introdujo novedades sin modificar esa primera remisión. Lo hizo al precisar cuándo queda acreditada cada una de las causas.

Cuando se aleguen causas económicas, se entiende *ex lege* que concurren éstas si la decisión extintiva –despido o despidos objetivos– se adopta “con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas” [art. 52.c) LET] o si la medida propuesta –despidos colectivos– “contribuye a superar una situación económica negativa de la empresa” (art. 51.1, párrafo segundo, LET). Aunque se ha destacado<sup>44</sup> la diferente redacción dada a ambos preceptos –en concreto, la expresión en plural (“situaciones económicas negativas”) y la no referencia a la empresa en el caso de los despidos objetivos–, lo cierto es que estas diferencias no son relevantes jurídicamente<sup>45</sup>, pues no parece, por carecer de justificación, que la voluntad del legislador haya sido introducir

42 GOMEZ MUÑOZ, J. M.: “Las causas económicas y empresariales de despido”, en VV.AA.: *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 33. Insiste en ello ALVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, cit., pgs. 149 y 158.

43 MONEREO PEREZ J. L. y FERNANDEZ AVILES, J. A.: *El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, cit., pg. 90.

44 Vid. DEL REY GUANTER, S.: “El despido colectivo y la reforma laboral de 1997”, en VV.AA.: *Problemas aplicativos del despido en las reformas de 1994 y 1997*, Madrid, 1998, pg. 19. También, RODRIGUEZ CRESPO, M. J.: “Las causas técnicas, organizativas y de producción en el reformado artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 51, 1999, pgs. 124 y 137.

45 De esta misma opinión, DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997”, *Relaciones Laborales*, t. II, 1998, pgs. 101-102. En sentido contrario, MARTIN VALVERDE, A.: “La nueva redacción del artículo 52.c) del ET en el RD-L 8/1997”, en VV.AA.: *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*, Tecnos, Madrid, 1998, pg. 178, y DURAN LOPEZ, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pg. 1108.



diferencias en los ámbitos cuantitativo y objetivo de esta causa para determinar su suficiencia. Más aún, de exigirse varios ejercicios económicos con pérdidas, lo lógico sería imponerlo en los supuestos de despidos colectivos, dada la trascendencia que una decisión empresarial de esa naturaleza tiene, en particular, para el conjunto de los trabajadores de la empresa y, en general, para el empleo. De igual manera, no tiene razón de ser que la causa económica se valore en el conjunto de la empresa en unos casos y en otros en una sola unidad productiva de la empresa.


Por el contrario, el legislador sí ha introducido diferencias en la identificación de los objetivos que deben perseguir los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción. Si alegadas, el despido objetivo ha de “contribuir (...) para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos” [art. 52.c), *in fine*, LET], y el despido colectivo debe contribuir “a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos” (art. 51.1, párrafo segundo, LET). Tras la reforma de 1997, los objetivos que se persiguen con unas decisiones extintivas u otras son distintos, formulándose, en definitiva, las causas de diferente manera: mientras en los despidos individuales o plurales se exige únicamente que concurren dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, aun sin necesidad de riesgo de viabilidad<sup>46</sup>, en los despidos colectivos, por el contrario, esas dificultades han de suponer una amenaza para la viabilidad de la organización productiva. Ello conlleva una clara flexibilización<sup>47</sup> del régimen jurídico aplicable a los despidos objetivos por aquellas causas; de ahí la necesaria intervención legislativa para limitar la remisión que se hace desde el artículo 52.c) LET a las causas previstas en el artículo 51.1 LET.

Y, en efecto, así es. Con la regulación anterior a la reforma de 1997, la empresa que pasaba por dificultades, debidas a la deficiente organización de sus recursos, no podía alegar causas técnicas, organizativas o de producción para amortizar algún o algunos puestos de trabajo, excepto si sufría peligro de desaparición<sup>48</sup>. Debía tomar otro tipo de

46 Basta con la razonable necesidad de superar dificultades de competitividad o de mercado, inconvenientes que son para el buen funcionamiento de la empresa [STSJ Comunidad Valenciana de 2 junio 2000 (AS 2000, 4117)], sin que ello, por supuesto, exima a la empresa de acreditar que las dificultades existen y que la decisión extintiva está vinculada al mantenimiento de la posición competitiva de la empresa en el mercado o a las exigencias de la demanda [STSJ Cataluña de 21 marzo 2000 (AS 2000, 753)]. En la doctrina, destaca acertadamente la importancia de este cambio normativo, que introduce una mayor flexibilidad en el marco jurídico del mercado de trabajo, DURAN LOPEZ, F.: “El despido objetivo: causas, forma y efectos”, cit., pgs. 1108-1109.

47 Vid., GORELLI HERNANDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., pgs. 86 y 87. Ha destacado, también, ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despidos por causas económicas”, cit., pg. 253, que esa flexibilidad se traduce en una mayor facilidad para llevar a cabo despidos objetivos.

48 Como ya advirtiera VALDES DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pg. 405, resultada –en la práctica– imposible discriminar las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción según la finalidad perseguida, pues todas compartían un objetivo común.



medidas de gestión de los recursos personales, alternativas al despido, tales como movilidad funcional, traslados o desplazamientos de la mano de obra, modificación de las condiciones de trabajo,... Estas decisiones de gestión ordinaria, además de que en muchas ocasiones no son una solución definitiva a los problemas de la empresa, no siempre pueden adoptarse por las empresas, sobre todo si son de reducida dimensión. El cambio legislativo, al introducir una regulación más flexible, ha favorecido la posibilidad de recurrir al despido objetivo por causas técnicas, organizativas o de producción, lo que redundará a favor de las empresas de pequeña dimensión<sup>49</sup>, aunque también a las medianas y grandes empresas cuando pretenden llevar a cabo pequeñas reestructuraciones.

La mejor organización de los recursos permite, en definitiva, reestructurar la empresa mediante la amortización de los puestos de trabajo que resulten innecesarios. La puesta en práctica de estrategias de descentralización productiva, como opción empresarial que arranca de la libertad de empresa<sup>50</sup> reconocida en el texto constitucional (art. 38 CE), puede crear un excedente de mano de obra, al desaparecer alguna actividad que venía realizando la propia empresa. Las extinciones o los despidos por causas organizativas o, en menor medida, de producción van a facilitar la descentralización productiva, siempre que ésta suponga una mejor organización de los recursos de la empresa, bien si con ello se logra el buen funcionamiento de la empresa, mejorando su posición competitiva o su adaptación a las fluctuaciones de la demanda, o bien se garantiza su viabilidad futura<sup>51</sup>.

Aun con diferencias en los objetivos, las causas técnicas, organizativas o de producción, como ya se ha dicho, pueden afectar a una sola unidad productiva o centro de trabajo de la empresa<sup>52</sup>, en el entendido de que las dificultades para el buen funcionamiento o la puesta en riesgo de la viabilidad futura de la empresa pueden tener origen en un centro de trabajo y no en todas las unidades de producción que sean de titularidad de la empresa.

Cualquiera que sea la causa, de entre las legalmente tasadas, que motive la decisión de extinguir uno, varios o todos los contratos de trabajo, el empresario está obligado a acreditarla objetivamente. Por un lado, se impone al empresario "acreditar la decisión extintiva", esto es, probar la causa de la amortización de los puestos de trabajo, con el fin, según el tenor del propio precepto, de demostrar que la amortización es

---

49 En este sentido, ALVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, cit., pgs. 150-151.

50 Sobre este fundamento constitucional, vid. MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios", en VV.AA.: *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. VIII, EDERSA, 2ª ed., Madrid, 1988, pgs. 226-227.

51 Como ha destacado, acertadamente, GORELLI HERNANDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., pg. 91, se trata de una "posibilidad condicionada".

52 STS de 13 febrero 2002 (RJ 2002, 3787).



necesaria [art. 52.c) LET]. Por otro, se establece la obligación del empresario, en el momento de inicio del expediente administrativo, de acompañar con la comunicación a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores “toda la documentación necesaria para *acreditar* las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente<sup>53</sup> se determinen” (art. 51.2, párrafo segundo, LET). Tal acreditación tendrá lugar bien ante el Juez de lo Social, si el trabajador impugna el despido objetivo por causa empresarial, o ante la administración laboral autorizante, caso de instrumentar un despido colectivo.

Tanto en la fase judicial como en la administrativa, la prueba consiste en la justificación de la veracidad de unos hechos, es decir, se trata de una actividad dirigida a demostrar la realidad y la magnitud de éstos. Objeto de la prueba<sup>54</sup> han de ser, por consiguiente, las pérdidas económicas que acusa la empresa, el exceso de producción, la reducción de actividad, la reestructuración y mejora de las instalaciones, la introducción de nuevas técnicas, etc. Sin embargo, la ley parece conectar la prueba estricta sobre estos hechos con las alegaciones dirigidas a demostrar que los despidos pueden “contribuir”<sup>55</sup> a una más adecuada organización de los recursos que haga posible, bien superar una situación económica negativa de la empresa, en el supuesto de las causas económicas, o bien a superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa o a garantizar su viabilidad futura y la del empleo en la misma, respecto del resto de las causas. Es obvio, que la adopción de estas medidas con la finalidad descrita no puede ser objeto estrictamente de prueba<sup>56</sup>, sino de mera argumentación que pretenda justificar su necesidad o conveniencia para conseguir los


---

53 Vid. el artículo 6.1 RD 43/1996, que señala, entre los requisitos de la solicitud empresarial que inste el inicio del procedimiento de regulación de empleo, la necesidad de incluir una “memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo, acompañando a estos efectos toda la documentación que a su derecho convenga y particularmente, si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años, y si son de índole técnica, organizativa o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa”.

54 La STS de 14 junio 1996 (RJ 1996, 5162) señala que “es el empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador”.

55 En todo caso, la contribución de la medida pretendida por el empresario “ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota” [STS de 24 abril 1996 (RJ 1996, 5297)].

56 Este juicio de valoración de la proporcionalidad, o de adecuación de la medida de ajuste consistente en los despidos, opera sobre datos pasados relativos a la situación económica de la empresa y también sobre previsiones de futuro. Ello significa que “los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional (y en el supuesto del artículo 51, antes por la administración laboral), no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencias reconocidas en la vida económica” [STS de 14 junio 1996 (RJ 1996, 5162)].



objetivos previstos en la ley<sup>57</sup>. Pero en este terreno las estrategias empresariales pueden ser no sólo distintas, sino también contradictorias; por lo que no se alcanza a delimitar el papel que corresponde al Juez o a la Administración, que no pueden sustituir por la suya propia la decisión del empresario<sup>58</sup> por considerarla más adecuada o apropiada a la finalidad de la ley<sup>59</sup>. Consecuentemente, el órgano judicial o el órgano administrativo están obligados a analizar si las amortizaciones decididas guardan relación con los desequilibrios aducidos y si éstos han sido debidamente acreditados, así como si las extinciones pueden suponer un remedio. La primera de las actividades requeridas consiste en comprobar unos hechos, y como tal susceptibles de prueba plena, correspondiendo su carga al empresario<sup>60</sup>. La segunda, por contra, es una simple previsión de futuro sobre la cual no puede exigirse una rigurosa y estricta actividad probatoria<sup>61</sup>, en orden a obtener un “grado suficiente de seguridad o fiabilidad en el pronóstico”<sup>62</sup>.

Resulta impropio hablar de una prueba de las causas determinantes de los despidos por motivos empresariales, sobre todo si se atiende a que tales causas se identifican en su nueva formulación legal a partir de los fines y de las medidas que adopta el

- 
- 57 Con palabras de GORELLI HERNANDEZ, J.: *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., pg. 90, “debe demostrarse que la decisión extintiva va a tener incidencia sobre la recuperación o mantenimiento por parte de la empresa de su posición competitiva en el mercado, su buen funcionamiento o la superación de la situación económica negativa”.
- 58 La STSJ Galicia de 6 noviembre 1995 (AS 1995, 4155) indica que “la revisión judicial del ejercicio de estas facultades por el empresario no puede llegar a suplantarlas hasta el punto de alcanzar el modo en que aquél debe dirigir y organizar su empresa, deteniéndose en un juicio de razonabilidad y libertad de empresa”. Utilizando palabras distintas, la STSJ Galicia de 12 diciembre 1995 (AS 1995, 4584) afirma que “está fuera de lugar el que el juzgador sustituya al empresario en el diseño de su gestión y estrategias”; en los mismos términos, STSJ Baleares de 11 mayo 1995 (AS 1995, 1783).
- 59 Como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Supremo de los EE.UU., “el criterio de la razonabilidad no conduce de por sí, ni aún aplicado en el contexto de la *hard look*, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional”. En verdad, “sólo es utilizado en su dimensión de certeza jurídica (negativa) para hacer efectivos los límites externos del espacio de decisión discrecional de la Administración y, por tanto, sólo para anular por irrazonable la decisión de ésta, reenviando a ella de nuevo el asunto para su reconsideración y la adopción de una nueva y razonable decisión” (PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pg. 115).
- 60 Algún pronunciamiento judicial se atreve a decir que esa prueba “normalmente consiste en la aportación de los libros mercantiles y cuenta de pérdidas y ganancias de los tres últimos años y un informe sobre los aspectos financiero, productivo, comercial y organizativo, emitido por un perito, normalmente, censor jurado de cuentas” [STSJ Castilla y León/Valladolid de 2 mayo 1995 (AS 1995, 2037)]. No parece acertado, sin embargo, exigir distinto soporte probatorio dependiendo de la dimensión y capacidad de la empresa, tal y como ha sostenido la STSJ Cataluña de 30 junio 1995 (AS 1995, 2436).
- 61 STSJ Cataluña de 15 junio 1995 (AS 1995, 2398). Más aún, como determina la STSJ Asturias de 26 mayo 1995 (AS 1995, 1822), “el que la medida sea suficiente, adecuada, garantice la viabilidad futura de la empresa o el volumen de empleo o contribuya a superar el estado de cosas existentes no es un problema de prueba, sino de valoración, que podrá argumentarse o alegarse pero que es de imposible demostración, como todo lo que pertenece al futuro”. En idéntico sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 17 octubre 1995 (AS 1995, 4034) sostiene que “la necesidad de amortización no es un dato fáctico susceptible de prueba, sino un juicio de valor al que sólo se puede llegar mediante presunciones y dados los hechos probados”.
- 62 Lo exigen, sorprendentemente, las SSTSJ Andalucía/Sevilla de 2 octubre 1995 (AS 1995, 3838) y de 30 octubre 1995 (AS 1995, 3855).



empresario para alcanzar aquéllos. Por consiguiente, en este terreno, como en general para la prueba procesal, lo relevante es la prueba de los hechos<sup>63</sup> que fundamentan la existencia de un determinado supuesto para la aplicación de unas consecuencias normativas. La determinación de los hechos relevantes es una tarea que incumbe probar en cada caso al empresario ante el Juez, caso de que la medida sea cuestionada judicialmente, o ante la Administración. Pero la razonabilidad de las medidas consistentes en los despidos para corregir una situación de imposibilidad actual, irreversible o no, de ineficacia o de excesiva onerosidad que conducirá a un deterioro futuro, pertenece al ámbito de las medidas de gestión empresarial que superan la función judicial<sup>64</sup>. Así pues, se reconoce de manera implícita un margen de discrecionalidad empresarial para responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa, adoptando las proporcionadas medidas de despido conforme a los criterios de oportunidad y diligencia; por lo que termina la labor del juzgador tras verificar el juicio de razonabilidad de la decisión empresarial. Consecuentemente, de la decisión del Juez o de la Administración hay que excluir cualquier valoración sobre la gestión del empresario –aunque pueda entenderse mala o deficiente–, porque ello no “se compagina con la finalidad del precepto, que no radica en ‘premiar’ al buen empresario permitiéndole despedir, sino en autorizar a todo empresario, cualquiera que haya sido su gestión (salvo que fuera constitutiva de fraude de ley), a adoptar medidas que, aun traumáticas para algunos de sus trabajadores, evite males mayores a largo plazo para el conjunto de su plantilla”<sup>65</sup>.


En definitiva, la decisión del órgano juzgador incluye un estricto control de legalidad sobre los aspectos procedimentales, además de una verificación sobre la realidad de los hechos alegados por el empresario que se han debido probar cumplidamente. Pero, también, la ley impone al Juez o a la Administración realizar un juicio de razonabilidad sobre “la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de los contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos”<sup>66</sup>. En tal juicio se parte de los hechos probados

63 Según ha expresado la STS de 14 junio 1996 (RJ 1996, 5162) “esta concreción se fija normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etc.”.

64 Como advierte MONTROYA MELGAR, A.: “El nuevo artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 1996, pg. 29: “El Juez habrá de partir en su valoración de la presunción de corrección de las razones invocadas y las medidas decididas por el empresario, presunción que prevalecerá salvo que el juzgador adquiera la convicción de la ausencia o insuficiencia notoria de razones o de la evidente inadecuación o falta de lógica de las medidas”. De esta forma –concluye el mismo autor–, “la figura del Juez haciendo las veces de empresario es rechazable de plano”. También, en la misma línea, la STSJ Castilla y León/Valladolid de 29 noviembre 1994 (AS 1994, 4441), insiste en que la tarea judicial se ha de limitar a “controlar que tal medida no se adopta por motivos ajenos a la crisis económica empresarial o que la decisión organizativa adoptada no resulta manifiestamente contraria a criterios racionales”.

65 STSJ País Vasco de 14 noviembre 1995 (AS 1995, 4372).

66 STS de 14 junio 1996 (RJ 1996, 5162).



que originan las dificultades de funcionamiento de la empresa, para argumentar después, “de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica”<sup>67</sup>, sobre la adecuación de las medidas extintivas propuestas por el empresario para “contribuir a resolver”<sup>68</sup> aquellas dificultades y alcanzar los fines preestablecidos por el legislador.

Ni el Juez ni la autoridad administrativa laboral pueden decidir jurídicamente, partiendo de la acreditación de la causa económica alegada, sobre la estricta necesidad de una reducción del empleo en las empresas para resolver las dificultades de funcionamiento de éstas y lograr los fines que la ley pretende garantizar, porque argumentar sobre la funcionalidad y adecuación técnica de tal reducción ante un caso concreto no es una cuestión de hecho susceptible de prueba, ni la decisión se puede derivar por la subsunción del caso enjuiciado en un supuesto normativo configurado por conceptos jurídicos, porque la propuesta del empresario se basa en unos criterios técnicos de gestión económica o productiva que pueden no ser los únicos a utilizar en la situación sometida a revisión judicial o autorización administrativa, pero que responden al ejercicio libre de la gestión de la empresa (art. 38 CE). Por ello, el control no puede ir más allá de verificar la razonabilidad de la medida y, en consecuencia, la medida propuesta por el empresario debe ser considerada ajustada a derecho si es una, entre otras, de las que podía adoptar un empresario diligente actuando de buena fe. Este estándar decisorio elaborado por la jurisprudencia francesa con anterioridad al régimen actualmente vigente<sup>69</sup> parece cobrar aceptación y reconocimiento para nuestra jurisprudencia<sup>70</sup> y la doctrina científica<sup>71</sup>, habiéndose matizado en esta última algunos supuestos en los que procedía orillararlo ante la constatación de factores negativos: así, ante “la ausencia o insuficiencia de razones” o cuando el Juez o la Administración lleguen a la convicción “de la evidente inadecuación o falta de lógica de las medidas”<sup>72</sup>.

### III. Las dos modalidades de despido por causas empresariales y sus procedimientos

#### 1. Factores delimitadores

Desde el inicio, hemos afirmado que los despidos por causas empresariales, a pesar de su regulación formalmente separada, pertenecen al mismo género extintivo configurado

67 *Ibidem* nota anterior.

68 STS de 24 abril 1996 (RJ 1996, 5297), interpretando en núm. 6, párrafo segundo, así como el núm. 1, en su párrafo final, del artículo 51 LET.

69 NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos por causa económica en Francia*, CES, Madrid, 1994, pgs. 73-74.

70 Así, en la ya citada STS de 14 junio 1996 (RJ 1996, 5162).

71 Por todos, MONTOYA MELGAR, A.: “El nuevo artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones”, cit., pg. 29.

72 MONTOYA MELGAR, A.: “El nuevo artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones”, cit., pg. 29.



a partir de su tipificación causal. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que se reconozcan dos especies de despido, cuya regulación diversifica el ejercicio de la potestad empresarial de decidir la extinción de los contratos de trabajo, basada en una justa causa empresarial; a saber: los despidos objetivos, individuales o plurales, y los despidos colectivos.

El factor que delimita las dos especies de despidos por causas empresariales es el número de trabajadores afectados en un arco temporal de referencia, en relación con el volumen de plantilla de las empresas. Es posible decidir un despido objetivo cuando exista la necesidad de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 LET “y en un número inferior al establecido en el mismo” [art. 52.c) LET]. La clave, por lo tanto, son los umbrales establecidos *ex lege* para que el despido tenga naturaleza colectiva; la tendrá cuando, en un periodo de noventa días, resulten afectados:

- Diez trabajadores en las empresas que ocupan a menos de cien trabajadores.
- El 10 por 100 del número de trabajadores de las empresas en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- Treinta trabajadores en las empresas que den ocupación a trescientos o más trabajadores.

A *sensu contrario*, si el número de trabajadores afectados es inferior, tomando como referencia los mismos niveles de ocupación<sup>73</sup> en la empresa, podrán realizarse despidos objetivos por causas empresariales.


La diferenciación atiende, pues, a parámetros cuantitativos, más concretamente al número de trabajadores afectados<sup>74</sup>, ya que la fundamentación *in genere* es común a ambos modelos de despido. De ahí que tenga asidero legal el presumir<sup>75</sup> que la nueva regulación del despido objetivo por amortización de puestos de trabajo [art. 52.c) LET] está concebida, sobre todo, para beneficiar y facilitar a la pequeña empresa, remitiendo el uso principal del expediente de regulación de empleo a la mediana y gran empresa.

El legislador atribuye al empresario un poder de despido, de alcance individual o plural [art. 52.c) LET], en aquellos casos en los que exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el despido colectivo, si no se rebasan los umbrales fijados para este último, aunque la exigencia

73 No es posible excluir, aunque sólo sea temporalmente, una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados [STJCE de 18 enero 2007 (TJCE 2007, 14)].

74 Entre otras, STSJ Castilla y León/Valladolid de 2 mayo 1995 (AS 1995, 2037), STSJ Cataluña de 30 junio 1995 (AS 1995, 2436), y STSJ Canarias/Las Palmas de 16 noviembre 1995 (AS 1995, 4517).

75 CRUZ VILLALON, J.: “Alcance y efectos de la reforma legal de despidos por causas económicas y empresariales”, en VV.AA.: *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 19, apoyándose para sostener tal presunción en una serie de datos estadísticos.



de autorización administrativa se mantiene en algunos supuestos en los que concurre una circunstancia modificante o una causa diferenciada. En concreto, la exigencia del régimen de despido-propuesta, instrumentado a través del expediente administrativo de regulación de empleo, se mantiene en los tres siguientes supuestos: en primer término, respecto de las extinciones por causas empresariales en general que alcancen los límites previstos en el artículo 51.1 LET; también cuando los despidos por tales causas comunes supongan el cierre total de la empresa y el número de trabajadores afectados sea superior a cinco<sup>76</sup> (art. 51.1, párrafo tercero, LET); y, por último, si la causa extintiva es la fuerza mayor<sup>77</sup> impone la ley que la misma sea “constatada” por la autoridad laboral “cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados” (art. 51.12 LET).

La regulación de estos despidos delimita dos regímenes legales diferenciados, a través de los cuales se opera la juridificación de unos conflictos que tienen naturaleza económica y una proyección siempre colectiva<sup>78</sup>, que enfrentan a los empresarios no sólo con los trabajadores afectados, sino también con sus representantes legales. En efecto, aunque los despidos objetivos por causas empresariales aparezcan como un conflicto jurídico individual o plural, su verdadera naturaleza es la de un conflicto económico –o de regulación– que, en principio, no supone una discrepancia entre el empresario y un trabajador determinado, sino sobre condiciones de funcionamiento de la empresa en relación con el volumen de empleo, al igual que sucede con los despidos colectivos.

El resultado es la existencia de dos regímenes separados<sup>79</sup> en cuanto a su configuración sustantiva, a su formalización y a las formas de tutela jurisdiccional de los derechos. Así, la aplicación de la causa extintiva del artículo 52.c) LET supone el ejercicio por el empresario, de forma directa e inmediata, de un verdadero poder, si bien con sujeción a una justificación causal conectada al desarrollo de la empresa y al mantenimiento parcial del empleo en la misma. Por contra, para ejercitar el despido colectivo regulado en el artículo 51 del mismo texto legal es preciso remover previamente una prohibición a través de un procedimiento administrativo en el cual se sitúan, tanto una fase de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores, como un acto de autorización final. Existe, sin duda, una procedimentalización bastante más rígida que la exigida en el despido objetivo, la cual se constituye, además, en condición legal de validez para la decisión extintiva empresarial. Consecuentemente, mientras los despidos

---

76 En estos supuestos, el dato clave es el número de trabajadores que componen la plantilla [STS de 25 noviembre 1999 (RJ 1999/8745)].

77 Sobre el expediente administrativo de extinción en estos supuestos, vid. DE VAL TENA, A. L.: “Despido por fuerza mayor y otras formas de extinción colectiva”, en VV.AA.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, pgs. 561-566.

78 RIVERO LAMAS, J.: “La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales”, en VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Granada, Granada, 1996, pg. 63.

79 Incide GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 76, en el “abismo” que crea la nueva regulación “entre el gran despido colectivo, que requiere autorización, y el pequeño despido ‘plural’, que irá por las vías del despido objetivo”.




colectivos están sujetos a un entramado de garantías procedimentales externas, entre las que destacan la intervención de la representación de los trabajadores y el control administrativo como condiciones de validez, los despidos objetivos por causas empresariales, aunque precisan de idéntica motivación, excluyen tal tipo de garantías.

Esta bipartición del régimen de ejercicio de los despidos por causas empresariales está estrechamente vinculada al carácter imperativo de los criterios normativos que separan la utilización del procedimiento de regulación de empleo del despido objetivo por causas empresariales.

Por lo que se refiere a la utilización obligada del cauce procedimental del artículo 51 LET –expediente de regulación de empleo–, los términos del artículo 124 LPL son inequívocos al respecto: si no se hubiera obtenido la previa autorización administrativa en los supuestos en los que está legalmente prevista, el órgano judicial debe declarar nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva por las causas empresariales a que se refiere el artículo 51 LET. Este carácter imperativo se fundamenta, básicamente, en el reflejo público y social<sup>80</sup> que, por su número y secuencia temporal, tienen las extinciones que se canalizan por el procedimiento de regulación de empleo. Pero también en la protección “fuerte” que la ley dispensa a decisiones extintivas del empresario que no hayan obtenido una previa habilitación para su lícito ejercicio en la autorización administrativa, consistente en la sanción de nulidad<sup>81</sup> con “la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir” (113 LPL).

80 Por ello, como acertadamente destaca MONTALVO CORREA, J.: “Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral (Estudios dedicados al profesor M. ALONSO GARCIA)*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 336, es perfectamente lógico, desde la perspectiva del interés general que se adopta, que se diferencien las modalidades de despido y su régimen “en atención a su mayor o menor incidencia social. A partir de una misma causa (económica, tecnológica, organizativa, etc.), el despido puede ser individual o colectivo, es decir, someterse a un tratamiento distinto”. Sobre este argumento, sin embargo, se ha apuntado que no puede afirmarse, por definición, que en los despidos del artículo 52.c) LET “esté ausente un interés colectivo por la mera opción del legislador de evitar la fase de consulta. Lo que ocurre es que, con el objetivo de facilitar el despido, especialmente en las empresas de menores dimensiones, ha optado por individualizar situaciones extintivas que en principio, y bajo la legislación anterior, hubieran necesitado un procedimiento de definición del interés colectivo”, pues al determinar umbrales numéricos de aplicación se abarcan despidos auténticamente colectivos [DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores)”, cit., pg. 210]. También, ampliamente, DEL VALLE VILLAR, J. M.: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, ACARL, Madrid, 1996, pgs. 242-259, y NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 197-201.

81 Esta solución –en opinión de MARTINEZ EMPERADOR. R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral (Estudios dedicados al profesor M. ALONSO GARCIA)*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 369– no parece que deba merecer crítica negativa ni que rompa la necesaria armonía legislativa (dada la fragmentación del régimen jurídico de la forma en los despidos disciplinarios, objetivos y colectivos), puesto que “la trascendencia social que tienen estos ceses justifica que el procedimiento para acordarlos haya de acomodarse a determinadas reglas, cuya vulneración merece el máximo reproche, en tanto que establecidas en atención a aquéllas”. Tal inobservancia –prosigue el mismo autor– “no sólo perjudica el particular interés de quienes fueran así despedidos, sino que alcanza dimensión social, por lo cual parece oportuno acentuar sus consecuencias, mediante la calificación de nulidad de los despidos”.



En definitiva, la “estabilidad real” prevista para esta modalidad colectiva de despidos por causas empresariales, así como la protección del orden público social, impiden pensar que la regulación legal pueda conceptuarse derecho dispositivo<sup>82</sup>. Aún más, refuerza el carácter imperativo del régimen de despido colectivo la prolija regulación legal, que contiene muy concretas prescripciones de las cuales no pueden prescindir las partes utilizando cauces oblicuos sin incurrir en fraude de ley<sup>83</sup>. Cabe traer a colación una concreta previsión legal para evitar un uso fraudulento de este régimen legal: en particular, que la empresa realice extinciones utilizando el cauce del artículo 52.c) LET en número inferior a los umbrales señalados en periodos sucesivos de noventa días y sin que concurran causas nuevas que las justifiquen, con el objeto de eludir la utilización del procedimiento administrativo de autorización (art. 51.1, párrafo quinto, LET). En la misma dirección abunda la regla adicional sobre el cómputo del número de extinciones a partir de las cuales es exigible el expediente de regulación de empleo<sup>84</sup>; esto es, teniendo en cuenta, asimismo, “cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador”, siempre que su número sea, al menos, de cinco, excluyendo los supuestos extintivos correspondientes a la contratación temporal<sup>85</sup> (art. 51.1, párrafo cuarto, LET).

Ahora bien, la aplicación de estas reglas precedentes hace aparecer un supuesto diferente de obligada utilización del expediente de regulación de empleo para los despidos por causas empresariales, aun cuando no se hayan formalizado inicialmente utilizando tal cauce procedimental. En concreto, nada impide que legítimamente el empresario pueda iniciar un proceso de despidos plurales a lo largo de un periodo de noventa días utilizando el cauce que le brinda el artículo 52.c) LET, si bien no podrá seguir haciéndolo cuando agote este periodo de tiempo, salvo que pueda alegar causa distinta o rompa el tracto temporal del cómputo, esto es, no despidiendo por la misma causa alegada durante un ciclo de noventa días. De no poder evitar nuevos despidos por la misma causa *ex* artículo 52.c) LET, deberá utilizar para los futuros la vía del artículo 51 LET, cualquiera que sea el número de trabajadores que se vean afectados por las nuevas extinciones. En otro caso, su decisión podrá ser declarada nula<sup>86</sup>, por realizada en fraude de ley, en la sentencia del Juez de lo Social.

82 La ley no le concede al empresario un derecho de opción a utilizar, para reducir o eliminar su plantilla, cuando realmente concurre alguna de las causas legalmente previstas, bien el despido colectivo o los despidos individuales [STSJ La Rioja de 16 noviembre 2006 (AS 2007, 709)].

83 Aunque sin plantearse esta cuestión, GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “El despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 23, 1995, pg. 392, entiende, en el mismo sentido, “que la presentación de un acuerdo que no contemple los mínimos anteriormente indicados (número de trabajadores afectados) se sitúa al margen del despido colectivo, toda vez que no reúne los requisitos exigidos por la ley, y suponiendo ello no tanto la invalidez del acuerdo sino el explícito desistimiento del empresario a la petición inicialmente formulada”.

84 Al respecto, *vid.* VALDES DAL-RE, F.: “Los despidos por causa económica”, *cit.*, pgs. 406-413.

85 Sobre la inclusión o no de los trabajadores temporales en dicho cómputo, y principalmente a la hora de determinar la dimensión de la empresa, *vid.* MARTINEZ EMPERADOR, R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *cit.*, 362.

86 STSJ La Rioja de 16 noviembre 2006 (AS 2007, 709).



Tampoco plantea dudas el carácter imperativo del cauce extintivo cuando se alegan las razones empresariales del artículo 52.c) LET. Este precepto hace posible que la Jurisdicción Social actúe un territorio propio, ya que, a la postre, el despido objetivo es una cuestión litigiosa típica entre empresario y trabajador nacida a consecuencia del contrato de trabajo [arts. 9.5 LOPJ y 2.a) LPL]. Esta razón ya es bastante para justificar por sí sola la indisponibilidad del cauce procedimental previsto para el despido objetivo por causa empresarial. A ella, no obstante, se puede añadir también la necesidad de preservar con la fuerza de la ley el nuevo orden público social que introdujo la Ley de reforma 11/1994 en esta materia, al incluir entre sus objetivos explícitos el de hacer posible una mayor capacidad de adaptación de las empresas a la coyuntura económica y favorecer sus condiciones de competitividad en el mercado.

## 2. El procedimiento a seguir en los despidos objetivos por causas empresariales y los efectos de la extinción contractual

En general, el acto del despido materializa la voluntad extintiva del empresario, de origen unilateral y fundada en una justa causa, que, además, debe ser exteriorizada y, finalmente, llegar a conocimiento del trabajador<sup>87</sup>. En este contexto ha de situarse el despido fundado en causas objetivas, que en nuestro ordenamiento es un acto estrictamente formal y recepticio.

### 2.1. La formalización del despido

El procedimiento común establecido para los despidos objetivos está sujeto a un conjunto de reglas formales de observancia obligatoria para el empresario<sup>88</sup>. Su incumplimiento, como se expone más adelante, tendrá efectos, a modo de sanción, cuando se califique el despido en sede judicial, previa impugnación por parte del trabajador. Si comparado con el procedimiento de regulación de empleo previsto en los supuestos de despido colectivo, ciertamente el procedimiento a seguir en las extinciones por causas objetivas es más simple, sin control administrativo, pero esa característica no priva de garantías a los trabajadores afectados, cerrando ésta el control judicial *a posteriori*<sup>89</sup>.

87 GARCIA BECEDAS, G.: "El despido como acto recepticio", en VV.AA.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 2ª ed., Madrid, 1992, pg. 429, ha señalado que, "desde la perspectiva de su manifestación exterior, la acción de despedir presupone, en puridad y en consecuencia, una voluntad extintiva del empleador (acto unilateral), exteriorizada (acto declarativo), comunicada a su destinatario y por éste como tal conocida (acto recepticio)".

88 No basta, en efecto, con que concurren, de un lado, las causas empresariales y, de otro, la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos o exigencias [STS de 16 noviembre 2004 (RJ 2005, 188); STSJ Aragón de 31 octubre 2006 (AS 2007, 692) y STSJ Cataluña de 18 mayo 2007 (AS 2007, 2467)]

89 Destaca acertadamente DURAN LOPEZ, F.: "El despido objetivo: causas, forma y efectos", cit., pgs. 1096-1097, cómo la Ley de reforma 11/1994 trata de ampliar las posibilidades de actuación del empresario en los casos de despidos no fundados en el incumplimiento contractual del trabajador, abriendo un espacio para la libertad empresarial de despedir.

## A) La comunicación por escrito al trabajador (carta de despido) y su contenido

El empresario, como primera exigencia legal, debe consignar en la comunicación escrita que remita al trabajador la causa del despido [art. 53.1.a) LET]. La decisión de despedir opera por sí misma la extinción de la relación laboral<sup>90</sup>, sin precisar del complemento de ninguna otra voluntad, pues no requiere la aceptación del trabajador, ni la conformidad de los representantes de los trabajadores y tampoco una previa autorización administrativa o su confirmación por el órgano jurisdiccional; como efecto, en su momento, producirá la extinción del contrato directamente. Ahora bien, esta decisión empresarial debe formalizarse por escrito, siendo un requisito *ad solemnitatem*, y debe notificarse al trabajador o trabajadores afectados mediante cualquier medio que les permita conocer la voluntad del empleador. Por supuesto, la negativa del trabajador a recibir la comunicación, rehusando la entrega<sup>91</sup>, no supone la omisión de esta obligación por el empresario<sup>92</sup> y exime a éste de responsabilidad<sup>93</sup>, máxime cuando testigos acrediten la negativa<sup>94</sup>, aunque, en todo caso, le corresponde demostrar que intentó la entrega, así como la recepción de la carta y la fecha en que ocurrió.

Desde tiempo atrás se ha venido interpretando que aunque la ley no mencione que se deban consignar “los hechos que lo motivan”, como en el despido disciplinario<sup>95</sup>, hay que convenir que “causa equivale a hechos”<sup>96</sup>, debiendo, por lo tanto, alegarse éstos en la carta de manera clara y concreta<sup>97</sup>, no valiendo la mera referencia al precepto legal<sup>98</sup>. Así, algunos pronunciamientos judiciales recogen precisiones de interés: la obligación de la empresa de comunicar al trabajador por escrito la causa de su decisión únicamente se cumple mediante la especificación de los hechos que conforman la causa extintiva,

90 En el supuesto de la extinción de la relación laboral por causas objetivas también estamos ante un sistema de despido directo, en el que –con palabras de LOPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D.: “Aspectos formales y de procedimiento en los despidos *ipso iure* por causas económicas y empresariales”, en VV.AA.: *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Tecnos, Madrid, 1996, pg. 203– “la extinción realmente se produce, exclusivamente, por la manifestación unilateral del empresario”.

91 STSJ Cantabria de 31 mayo 1995 (AS, 1995, 1888) y STSJ Asturias de 17 mayo 1996 (AS 1996, 2265).

92 STSJ Galicia de 15 enero 1993 (AS 1993, 211).

93 STS de 10 abril 1989 (RJ 1989, 2951).

94 STSJ Cataluña de 16 enero 1995 (AS 1995, 259).

95 La *ratio* que preside el precepto –artículo 53 LET– es común a la que inspira el artículo 55.1 LET que, mediante la expresión “hechos que lo motivan”, impone al empleador el deber de información sobre los mismos al trabajador, en el caso del despido disciplinario.

96 STS de 10 marzo 1987 (RJ 1987, 1371). En la doctrina, por todos, GORELLI HERNANDEZ, J.: “Los requisitos formales del despido individual”, en VV.AA.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, pg. 138.

97 STS de 22 marzo 1993 (RJ 1993, 1266).

98 ORTIZ LALLANA, M. C.: “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y otras causas de extinción”, en VV.AA.: *La nueva Ley de Procedimiento Laboral (RD-Leg. 521/1990, de 27 de abril)*, EDESA, t. XIII, vol. 2º, Madrid, 1990, pg. 896. En la doctrina judicial, por todas, STSJ Asturias de 22 diciembre 1995 (AS 1995, 4600).



condición necesaria para que el trabajador pueda ejercer con garantías su derecho a reclamar contra la decisión empresarial<sup>99</sup>; aun más, la carta de despido constituye “una garantía que la ley otorga al trabajador para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los hechos que se le imputan y prepare los medios necesarios a su defensa”, de forma que “no sea sorprendido (...) con imputaciones para cuya refutación no se encuentre preparado”<sup>100</sup>.

Asimismo, se ha mantenido, con razón, que la información contenida en la carta de despido, debe ser más completa<sup>101</sup>, si cabe, que en el despido disciplinario, pues en este último el trabajador presumiblemente conoce la conducta que se le imputa, en cuanto supuesto autor de los hechos. Ello no tiene por qué acaecer en la extinción por causas objetivas<sup>102</sup>, en principio desconocidas por el trabajador, en cuanto insitas en el ámbito funcional de la empresa y en ocasiones ajenas a su quehacer; razón por la cual, la exigencia de comunicación escrita al trabajador con expresión suficiente de las causas que justifican la decisión empresarial debe cumplirse incluyendo en dicha notificación los datos y elementos fácticos necesarios para que el despedido conozca las razones esgrimidas y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición a los argumentos de la empresa<sup>103</sup>, limitándose de esta forma el debate judicial a sólo los extremos que figuran en la carta (art. 105.2 LPL), pues, en otro caso, “se produciría una indefensión de quien ve extinguido su contrato de trabajo por causas que le son totalmente ajenas y de las que, en no pocas ocasiones, carecerá de adecuado conocimiento”<sup>104</sup>. Este deber empresarial no implica, en ningún caso, “que se deba hacer un balance exhaustivo de la situación económica (u otra, según la causa alegada)”<sup>105</sup>; es suficiente una exposición razonada de las causas que provocan la extinción<sup>106</sup>; pero no lo es alegar, por ejemplo, que los trabajadores ya tenían conocimiento de tales datos, derivados del anterior expediente de regulación de empleo instruido<sup>107</sup>.

Podemos afirmar, en fin, que en esta modalidad de despido por circunstancias objetivas se refuerza la imperatividad de la obligación de proporcionar una información clara,

---

99 STSJ Cataluña de 29 marzo 1996 (AS 1996, 650).

100 STSJ Madrid de 13 febrero 1990 (AS 1990, 881M).

101 Sobre el contenido de la carta de despido según la causa alegada, vid. RIERA VAYREDA, C.: *La forma en el despido objetivo*, EDERSA, Madrid, 1998, pgs. 20 y ss.

102 Al respecto, la STSJ Cantabria de 1 junio 1995 (AS 1995, 2276) destaca cómo la significación de esta exigencia “es aún más ostensible en la extinción por causas objetivas que en el despido disciplinario, en cuanto aquéllas, sobre todo si son las del art. 52.c), carecen de relación con la conducta del trabajador y son, por ello, más difícilmente susceptibles de ser conocidas por parte de éste”.


103 STSJ Cataluña de 29 marzo 1996 (AS 1996, 650).

104 STSJ Cataluña de 18 abril 1995 (AS 1995, 1579) y de 14 julio 1995 (AS 1995, 3106).

105 STSJ Cataluña de 14 octubre 1995 (AS 1995, 3988).

106 STSJ Cataluña de 19 octubre 1995 (AS 1995, 4005).

107 STSJ Cataluña de 14 julio 1995 (AS 1995, 3106).



suficiente e inequívoca<sup>108</sup> sobre la causa. Y es que el legislador ha querido anudar a la omisión de los hechos motivadores del despido disciplinario sólo la declaración de improcedencia, en contraste con la más enérgica protección dispensada a la extinción por causas objetivas respecto de la cual dicha omisión tiene como consecuencia, según se dispone legalmente, la declaración de nulidad de la decisión extintiva empresarial (art. 53.4 LET). Esa severidad del legislador, exigiendo “una mayor concreción fáctica”<sup>109</sup>, se puede considerar lógica atendiendo a la razón del despido por causas objetivas, bien distinta de aquélla que justifica un despido disciplinario, que, por definición, se fundamenta en un incumplimiento previo del trabajador, porque “obvio es que éste, en principio, debe tener cabal conocimiento en cuanto no se trata de circunstancias ajenas al mismo”<sup>110</sup>.

No se exige consignar en la carta de despido la fecha en que tendrá efectos la extinción. La ausencia de esta exigencia obedece a la obligatoriedad de conceder a favor del trabajador un plazo de preaviso de treinta días, haciéndose coincidir con la finalización<sup>111</sup> del referido plazo la verdadera fecha del despido; de manera que, fácilmente, podrá deducirse el momento a partir del cual surtirán plenos efectos la decisión extintiva empresarial, si a la fecha de la entrega de la comunicación escrita han de sumarse los consabidos treinta días de imperativo preaviso.

Con todo, dicha omisión resulta inoportuna y, en aras de una mayor seguridad jurídica, el legislador debió aprovechar algunas de las leyes de reforma para añadir el requisito de la constancia expresa de la fecha del despido en la comunicación escrita; máxime si se tiene en cuenta que el incumplimiento del plazo de preaviso no genera la nulidad del despido. Con ello se evitarían, asimismo, problemas sobre el cómputo del plazo para interponer la demanda contra la resolución empresarial comunicada<sup>112</sup>. No en vano “la finalidad legal de esta exigencia –en relación con el artículo 55.1 LET– no es otra que la de que el trabajador despedido conozca el momento preciso a partir del cual comienza a computarse el plazo de caducidad para interponer la correspondiente demanda”, esto es, “conozca con precisión y exactitud el *dies a quo* a partir del cual comienza a contar el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción correspondiente ante los Tribunales”<sup>113</sup>.

---

108 SSTs de 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 10498) y de 10 enero 2000 (RJ 2000, 1059).

109 STSJ Murcia de 28 julio 1995 (AS 1995, 2835).

110 STSJ Cataluña de 1 septiembre 1995 (AS 1995, 3484).

111 Así lo entiende, sin reparar en otras cuestiones, GORELLI HERNANDEZ, J.: “Los requisitos formales del despido individual”, cit., pg. 139.

112 STSJ Murcia de 28 de julio de 1995 (AS, 1995, 2835).

113 STSJ Extremadura de 10 de mayo de 1993 (AS 1993, 2301).



## B) La obligación empresarial de poner a disposición del trabajador la indemnización legal mínima

Simultáneamente, junto a la comunicación escrita expresando la causa objetiva, el empresario debe poner a disposición del trabajador “la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades” [art. 53.1.b) LET]. Por lo tanto, sólo quedará cumplido este mandato legal cuando el trabajador, en el mismo acto –sin retraso alguno<sup>114</sup>– en que se sabe despedido, puede disponer efectivamente del importe dinerario a que ascienda la indemnización<sup>115</sup>, sin condición alguna<sup>116</sup>, y menos aún la firma del documento de saldo y finiquito donde se haga constar que queda saldada cualquier deuda anterior de la empresa con el trabajador<sup>117</sup>.

El importe exacto de la indemnización debe figurar en la carta de despido, tomando para su cálculo todos los conceptos retributivos de naturaleza salarial<sup>118</sup> que perciba el trabajador. Únicamente el “error excusable”<sup>119</sup> en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador impide la declaración de nulidad (art. 122.3 LPL), de donde se sigue que el cálculo es, en todo caso, obligado<sup>120</sup>. La simultaneidad desaparece

114 Ni siquiera se admite una demora mínima de tres días [STS 23 abril 2001 (RJ 2001, 4874)].

115 SSTS de 29 abril 1988 (RJ 1988, 3042) y de 17 julio 1998 (RJ 1998, 7049). En este sentido, “la simple manifestación de tal puesta a disposición no resulta suficiente si no sigue a ello una actuación positiva de la empresa que evidencie inequívocamente su voluntad de pago inmediato” [STSJ Cataluña de 14 julio 1995 (AS 1995, 3102)], incumpléndose también el mandato legal cuando en la comunicación escrita únicamente se dice al trabajador que la indemnización correspondiente será a cargo de otra determinada persona [STSJ Castilla y León/Burgos de 12 febrero 1996 (AS 1996, 1041)]; tampoco se cumple el requisito de simultaneidad cuando se entrega un pagaré con vencimiento más allá de la fecha de efectividad del despido [STSJ Comunidad Valenciana de 5 julio 2002 (AS 2002, 3106)]. En cambio, hay puesta a disposición simultánea de la indemnización cuando ésta se ingresa en la cuenta bancaria del trabajador despedido, aunque no pueda disponer de ella hasta el día siguiente de entregarle la carta [STSJ Cataluña de 16 julio 1999 (AS 1999, 3153)]; o cuando se señala el lugar y el momento –sin solución de continuidad– en el que el trabajador puede hacer efectivo el pago, tal como los locales de la empresa [STSJ Galicia de 30 septiembre 2000 (AS 2000, 3018), el despacho del abogado [STS Madrid de 16 julio 2002 (AS 2000, 3106)] u otros similares.

116 A salvo, claro está, de la firma de un recibo con la cantidad abonada [STSJ Andalucía/Sevilla de 18 octubre 1996 (AS, 1996, 4902)].

117 STSJ Cataluña de 22 marzo 2001 (AS 2001, 1467).

118 Se incluirán las pagas extraordinarias, los complementos en especie y las comisiones que se perciben de forma habitual, y ello porque la indemnización se calcula sobre el cómputo anual del salario percibido por el trabajador [STCT de 11 mayo 1983 (RTCT 1983, 4182) y SSTSJ Cataluña de 14 julio 1995 (AS 1995, 3107) y de 4 marzo 1997 (AS 1997, 1049)].

119 No lo es, en ningún caso, poner a disposición del trabajador una indemnización inferior a la legal [STSJ Aragón de 30 abril 2001 (AS 2001, 1150) y STSJ Andalucía/Granada de 29 mayo 2001 (AS 2001, 2877)]. Sobre el “error jurídico” y sus consecuencias, vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El ‘error jurídico’ en el cálculo de la indemnización por despido objetivo (comentario a la STS de 24 octubre 2006)”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, vol. VII, 2006, pgs. 21299-21306.

120 STSJ Murcia de 28 julio 1995 (AS 1995, 2834).

cuando, tras la entrega de la carta, se hace preciso, al no haberse fijado en ella la indemnización, una operación posterior como es la cuantificación<sup>121</sup>.

En cualquier caso, el rechazo por el trabajador de la indemnización faculta al empresario para consignar la cantidad ofrecida, cumpliendo así con su obligación<sup>122</sup> y, de igual manera, la ausencia de firma del trabajador en el recibí o su firma con la expresión adherida “no conforme”, si verdaderamente se puso a disposición la indemnización, no condiciona la válida actuación del empresario-deudor, puesto que, de lo contrario, se desvirtuaría la naturaleza estrictamente unilateral de la obligación empresarial<sup>123</sup>.

Se excepciona la inmediatez en la puesta a disposición del trabajador de la correspondiente indemnización en un único supuesto<sup>124</sup>: cuando en la decisión empresarial se alegue la causa económica prevista en el artículo 52.c) LET, “y como consecuencia de tal situación económica no le fuera posible al empresario poner a disposición del trabajador la indemnización”<sup>125</sup> legalmente establecida. En este caso, siempre que el empresario lo haga constar en la comunicación escrita, podrá diferir el momento de pago hasta –como plazo límite y máximo– el preciso instante en que sea efectiva su decisión de dar por concluida la relación laboral [art. 53.b) LET]. Atendiendo a la difícil situación económico-financiera de la empresa, que le imposibilite la puesta a disposición<sup>126</sup>, y cumplido el requisito de hacerlo constar en la carta de despido, con la determinación de las causas específicas determinantes de la imposibilidad y el montante de la indemnización, el legislador faculta al empresario a diferir en el tiempo el abono de dicha indemnización, trasladando el momento de la puesta a disposición desde la comunica-

121 Así lo afirma ARCE, J. C.: *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despido colectivo. Régimen jurídico y tratamiento procesal*, Comares, Granada, 1997, pg. 42.

122 STSJ Castilla y León/Valladolid de 13 febrero 1996 (AS, 1996, 362).

123 LOPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D.: “Aspectos formales y de procedimiento en los despidos *ipso iure* por causas económicas y empresariales”, cit. pg. 212.

124 No se permite “hacer excepciones por razón de la naturaleza del empleador”, en el caso de una Administración Pública [STS 28 mayo 2001 (RJ 2001, 5445)].

125 Téngase en cuenta que “en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52” (art. 33.8 LET). La obligación de pago del Fondo de Garantía Salarial, principal y directa [STS de 14 diciembre 1999 (RJ 1999, 9814)] sólo y exclusivamente alcanzará ese porcentaje de la indemnización, con los límites legales del artículo 33.2 LET [STS de 15 marzo 1999 (RJ 1999, 2916)], a pesar de que puedan estipularse pactos interpartes que eleven tal indemnización [STS de 31 octubre 1996 (RJ 1996, 8185)]. Un amplio estudio en LOPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D.: “Aspectos formales y de procedimiento en los despidos *ipso iure* por causas económicas y empresariales”, cit. pgs. 216-219.

126 Vid. ALVAREZ ALCOLEA, M.: “La reforma del mercado de trabajo: la causa c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Proyecto Social*, núm. 3, 1995, pg. 50. Para eximirse de la puesta a disposición no basta con alegar causa económica; es preciso, además, que la dificultad económica sea de tal entidad que implique la no disponibilidad en metálico o de bienes realizables de inmediato suficientes para cubrir la indemnización [STSJ Castilla y León/Valladolid de 14 enero 1997 (AS 1997, 41)].



ción hasta la efectividad de la extinción<sup>127</sup>, es decir, concediendo un aplazamiento de treinta días, coincidente con el plazo de preaviso.

El incumplimiento de la obligación de poner a disposición del trabajador la indemnización en el mismo acto en que se comunica la decisión extintiva o, excepcionalmente cuando la causa alegada se de carácter económico, la falta de abono de la indemnización en la fecha de efectividad de la extinción traerá como consecuencia, tras la reclamación en vía judicial del trabajador, la declaración de nulidad del despido<sup>128</sup>.

Por último, y sin perjuicio de que más adelante pueda volverse sobre ello, conviene recordar que la disposición efectiva por parte del trabajador de esta indemnización no enerva, en ningún caso, la acción correspondiente, (art. 121.2 LPL), ya que no supone la conformidad de aquél ni con la decisión extintiva de la relación contractual ni tampoco con la cuantía calculada por el empresario.

### C) Preaviso e información a los representantes de los trabajadores

Para la correcta formalización del despido objetivo, otro requisito que debe cumplir el empresario es conceder “un plazo de preaviso de treinta días” [art. 53.1.c) LET], al que acompañará, también, una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas (art. 49.2 LET). Con la finalidad de que el trabajador pueda comenzar cuanto antes la búsqueda de un nuevo empleo, se debe anticipar la decisión extintiva fundada en causas empresariales objetivas, al menos, treinta días antes de que la extinción se haga efectiva. Del tenor del precepto ha desaparecido la expresión “como mínimo”<sup>129</sup>, si bien ello no impide entender que las partes, según lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable o lo pactado en el contrato de trabajo<sup>130</sup>, pueden fijar un plazo de preaviso superior al formulado en la norma legal, que deberá respetarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1.c) LET, por ser más beneficioso para el trabajador. El plazo, en cualquier caso, se computa desde la entrega de la carta de despido y concluye con la extinción del contrato, de manera que el *dies a quo* para el inicio de su cómputo coincide con la entrega de la comunicación escrita.

El conocimiento previo de la extinción del contrato de trabajo, además de permitir al trabajador iniciar la búsqueda de un nuevo empleo, le abre la posibilidad de “anticipar el ejercicio de su acción (de impugnación judicial del despido) a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso” (art. 121.1 LPL). Como es sabido, el trabajador tiene un plazo de veinte días, contados a partir del día siguiente a

127 STSJ La Rioja de 6 octubre 1995 (AS 1995, 3737).

128 SSTS de 26 julio 2005 (RJ 2005, 7046) y de 13 octubre 2005 (RJ 2005, 8010).

129 Una interpretación sobre la base del texto anterior, ya derogado, en ORTIZ LALLANA, M. C.: “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas y otras causas de extinción”, cit., pg. 912.

130 Así, CORTE HEREDERO, N.: “Forma y efectos del despido por causas objetivas”, en VV.AA.: *Estudios sobre el despido (Homenaje al Profesor A. MONTOYA MELGAR en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Servicio de Publicaciones-Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1996, pg. 192.



la fecha de extinción de su contrato, para el ejercicio de la acción contra el despido, siendo los días hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos (art. 59.3 LET); pues bien, resultando aplicable este plazo común también a los despidos objetivos por causas empresariales (art. 121.1 LPL), la anterior previsión normativa permite adelantar la presentación de la demanda de despido, favoreciendo una más pronta resolución por el órgano judicial y, a la postre, un acortamiento del periodo de incertidumbre acerca de la calificación del despido y de sus consecuencias sobre la continuidad o no del vínculo contractual.

La no concesión del preaviso, en su totalidad o en una parte, no anula la extinción del contrato o de los contratos de trabajo decidida por el empresario, por cuanto no constituye un requisito esencial para la formalización del despido objetivo<sup>131</sup>. El incumplimiento de esta obligación se sanciona con una indemnización tasada a favor del trabajador, equivalente a los salarios<sup>132</sup> correspondientes a dicho periodo (arts. 53.4 LET y 123.1 LPL). Como no se trata propiamente de un salario, sino que más bien constituye un resarcimiento de daños y perjuicios<sup>133</sup>, una vez declarado el despido improcedente, los salarios de tramitación no pueden deducirse de la indemnización correspondiente al periodo de preaviso incumplido<sup>134</sup>, de modo que se devengarán los salarios de tramitación desde que se extinguió el contrato y, además, incumplido el preaviso exigido, se generará el derecho del trabajador a la indemnización correspondiente, aplicando el modo de cálculo legalmente establecido.

Del “escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento” [art. 53.1.c), *in fine*, LET]. La redacción de este precepto es, sin duda, errónea, por lo que es plenamente congruente entender que la copia que se debe entregar a los representantes de los trabajadores no es la del escrito de preaviso sino de la carta de despido<sup>135</sup>; y es que ni siquiera hay una obligación formal de comunicar el preaviso por escrito, aunque no podemos pensar en otro supuesto que no sea incluirlo, tácita –señalando la fecha de efectos– o expresamente, en la comunicación remitida al trabajador expresando la causa. Esta comunicación formal y anticipada a los representantes de los trabajadores es una pieza esencial para que resulte operativo el sistema legal de control de los despidos objetivos y así poder examinar, primero, si realmente se dan las circunstancias objetivas expuestas que fundamentan la amortización de los puestos de trabajo y, después, comprobar la correcta utilización del este cauce o, en caso contrario, advertir la obligatoriedad de seguir el procedimiento de despido colectivo.

131 STSJ Comunidad Valenciana de 13 enero 1999 (AS 1999, 189).

132 Los salarios correspondientes al periodo de preaviso incumplido incluyen la parte proporcional de pagas extraordinarias [STSJ Madrid de 19 febrero 1998, (AS 1998, 505)].

133 STSJ Andalucía/Málaga de 31 mayo 1995 (AS 1995, 2117).

134 STS de 28 febrero 2005 (RJ 2005, 2042).

135 STS de 18 abril 2007 (RJ 2007, 3770). Vid. el comentario de SEMPERE NAVARRO. A. V.: “Nulidad del despido objetivo económico por no entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 1, 2007, pg. 34.



Por lo demás, ninguna especificación contiene la ley respecto del momento en que debe producirse la entrega de la copia del preaviso. Aunque ésta puede hacerse llegar simultáneamente a la comunicación de la decisión extintiva al trabajador interesado, incluso haciendo constar que así se lleva a cabo en la carta de despido, ante la laguna legal existente también podría entenderse que –por analogía con lo dispuesto en el artículo 8.3 LET sobre la entrega de la copia básica de los contratos que deben formalizarse por escrito– su entrega podrá producirse dentro del plazo de diez días siguientes al momento en que tenga lugar la recepción de la comunicación de despido por el trabajador.

En cuanto a los efectos anudados al incumplimiento de ese requisito, y aunque la ausencia de preaviso –obligación principal– no genera la nulidad del despido, cuando el empresario no informa en los términos prescritos a la representación de los trabajadores la calificación otorgada al despido, una vez impugnado, será de nulidad<sup>136</sup>, ya que la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento del deber de información<sup>137</sup> sino que es un elemento clave para proceder a la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo en orden a la correcta utilización del cauce extintivo.

#### D) El derecho a un permiso retribuido para buscar otro empleo

Como medida complementaria al periodo de preaviso, en las extinciones por causas objetivas, el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido, tiene “derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales” con la misma finalidad de encontrar una nueva ocupación (art. 53.2 LET). El ejercicio de este derecho se condiciona a que esas seis horas semanales se utilicen efectivamente para buscar otro empleo<sup>138</sup>, bastando para disfrutarlo el aviso previo<sup>139</sup> al empresario, evitándose con ello eventuales perjuicios para el funcionamiento ordenado de la actividad productiva. No obstante, si el empresario se opusiera a la elección horaria efectuada por el trabajador para la utilización de este tiempo, la controversia deberá resolverse por el Juez de lo Social, si bien la sustanciación del procedimiento, podía sobrepasar en el tiempo el periodo de preaviso<sup>140</sup>.

---

136 STS de 18 abril 2007 (RJ 2007, 3770). SENRA BIEDMA, R.: “Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación”, en VV.AA.: *La Reforma Laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pg. 263, ya advirtió que una jurisprudencia o doctrina legal que “trivialice” dicho incumplimiento o lo traslade al ámbito puramente administrativo de la responsabilidad empresarial pondría en grave peligro en no pocas ocasiones cualquier control de la posibilidad de existencia de fraude a la ley contemplado como causa de nulidad de estos despidos.

137 Este daría lugar a una sanción administrativa ex artículo 7.7 LISOS; por todos, GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*, cit., pg. 73.

138 STS de 3 julio 1989 (RJ 1989, 5422).

139 Se seguirá aquí, en tanto permiso retribuido que es, el régimen jurídico prefijado en el artículo 37 LET.

140 Ponen el acento en esta cuestión, MONTOYA MELGAR, A. y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson-Aranzadi, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2007, pg. 597.



El titular de este derecho adicional es el trabajador despedido, si bien, si está incapacitado jurídicamente, podrá hacer uso del permiso retribuido su representante legal. En este último supuesto, si el representante legal no trabaja tampoco podrá exigir el abono de una retribución; en cambio, cuando preste servicios por cuenta ajena podrá disfrutar de ese permiso, siendo responsable de abonar la retribución o el coste económico del permiso el empleador del trabajador incapacitado, ya pertenezca a la misma empresa o a una tercera. Limitar el ejercicio de aquel derecho al representante legal que trabaje en la misma empresa que lo hace el disminuido conllevaría una reducción injustificada<sup>141</sup> de un derecho no condicionado *ex lege*. Y en cuanto a la fijación del momento de disfrute de este permiso, si no hay acuerdo entre las partes, parece lógico que sea su titular quien lo decida libremente, salvo que se acrediten necesidades empresariales<sup>142</sup> que condicionen esa elección.

Como el periodo de disfrute de este permiso retribuido coincide con la extensión temporal del preaviso, esto es, durante treinta días, si el empresario incumple la obligación de preavisar no podrá ejercer su derecho el trabajador o, si es disminuido, su representante legal, de ahí que, no estando prevista sanción específica alguna que compense al titular del derecho, éste pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios al empresario incumplidor, siendo un parámetro válido para determinar la cuantía indemnizatoria el valor de la hora de trabajo; indemnización que sería, lógicamente, acumulable a la tasada por falta de preaviso.

Por supuesto, tanto la percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario como el uso del permiso para buscar un nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción de despido ni suponen conformidad con la decisión empresarial (art. 121.2 LPL).

Estas son las exigencias formales previstas en la ley para el despido objetivo por causas empresariales. La negociación colectiva<sup>143</sup>, por su parte, puede ampliar estos requisitos de forma, dando mayor garantía a los trabajadores individualmente considerados. Incluso, en el plano colectivo, está llamada a articular procedimientos de información y

141 Con palabras de ALMANSA PASTOR, J. M.: "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas", en VV.AA.: *Comentarios a la Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. IX, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1983, pg. 332, entender que queda supeditado el permiso a que se presten servicios en la misma empresa es "inaceptable por tratarse de una interpretación restrictiva no amparada ni en la letra ni en el espíritu del precepto, que constituye una reducción de la intención finalista protectora de los trabajadores disminuidos".

142 Como ha advertido ARCE, J. C.: *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despido colectivo. Régimen jurídico y tratamiento procesal*, cit., pg. 46, la libertad de elegir el momento de disfrute del permiso de seis horas retribuidas se limitará en los supuestos excepcionales en que por necesidades empresariales acreditadas por el empresario pueda concederle sólo en una determinada franja horaria.

143 Sobre la intervención de la negociación colectiva en esta materia, vid. FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: "Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo", cit., pgs. 78 y ss., y también RIERA VAYREDA, C.: *La forma en el despido objetivo*, cit., pgs. 81 y ss.



seguimiento de los despidos objetivos (art. 85.2 LET), tomando como punto de partida la copia de la carta de despido que ha de entregar obligatoriamente el empresario a los representantes de los trabajadores.

## **2.2. Los efectos jurídicos del despido**


### **A) Consecuencias directas de la decisión empresarial no impugnada: indemnización y prestación por desempleo**

Comunicado el despido objetivo por cualquiera de las causas empresariales reconocidas en la ley, el trabajador puede consentir o aceptar la decisión empresarial, conservando la indemnización que, de manera simultánea a la entrega de la carta de despido, puso a su disposición el empresario, en cuantía equivalente a veinte días de salario<sup>144</sup> por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades [art. 53.1.b) LET], o una más elevada cuando así se hubiera pactado colectiva o individualmente; sólo alegada una causa económica para fundamentar la extinción, el derecho de crédito del trabajador nace cuando tenga efectividad la decisión extintiva. En el caso de incumplir el plazo de preaviso de treinta días, el trabajador también es acreedor a una indemnización adicional por una cantidad equivalente a los salarios correspondientes a los días de preaviso no respetados (art. 53.4 LET). Y, por último, tiene derecho a cobrar las cantidades adeudadas –retribuciones mensuales, parte proporcional de pagas extraordinarias, vacaciones devengadas y no disfrutadas, complementos salariales de vencimiento superior al mes, ...– hasta que sea efectiva la extinción; no se olvide que, en el momento de comunicar el despido y de inicio del periodo de preaviso, el empresario está obligado a acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas (art. 49.2 LET).

La extinción del contrato por causas objetivas es una de las situaciones legales de desempleo [art. 208.1.1.d) LGSS], pudiendo acceder el trabajador despedido, de reunir los requisitos legalmente establecidos, a la correspondiente prestación de Seguridad Social. Y ello porque la decisión del empresario de extinguir la relación laboral por causas objetivas empresariales es, por sí misma y sin necesidad de impugnación, origen de la situación legal de desempleo (art. 209.4 LGSS); con la carta de despido se acreditará el despido por causas objetivas, sin que se exijan otros particulares requisitos formales para probar la extinción del contrato. Recuérdese que, aun encontrándose en esta situación, para causar derecho a la prestación por desempleo el trabajador despedido debe manifestar su disponibilidad para buscar activamente empleo y suscribir el compromiso de actividad [arts. 208.2.2 y 231.1.h) LGSS].

---

144 En los supuestos de reducción de jornada por hospitalización de un hijo prematuro (art. 37.4 bis LET), cuidado de un menor (art. 37.5 LET) o por ser víctima de la violencia de género (art. 37.7 LET), el cálculo de la indemnización debe realizarse tomando como referencia el salario que le hubiera correspondido percibir al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción (disp. adic. decimoctava LET). Idéntica regla de cálculo se aplica en los casos en que estuviere disfrutando de los permisos de maternidad (art. 48.4 LET) o paternidad (art. 48 bis LET) a tiempo parcial.



Las vacaciones devengadas hasta el momento de la extinción efectiva de los contratos de trabajo y no disfrutadas condicionan el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, en tanto la situación legal de desempleo surge una vez ha transcurrido el periodo correspondiente a vacaciones, siempre que se solicite dentro de los quince días siguientes a la finalización del mismo (art. 209.3 LGSS). A estos efectos, ese periodo, de estar pendiente su disfrute, debe constar en el Certificado de Empresa.

## B) Impugnación y calificación judicial

El trabajador que considere injustificada la decisión empresarial, o que ésta se ha producido incumpliendo algún requisito esencial del procedimiento legal establecido para la válida adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas, puede acudir a los órganos de la Jurisdicción Social en demanda de tutela judicial, por ser competentes para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo [art. 2.a) LPL], y lo hará impugnando la decisión empresarial “como si se tratase de un despido disciplinario” (art. 53.3 LET). Sobre el ejercicio de esta acción judicial ninguna limitación tiene que se haya percibido la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso de seis horas semanales para buscar un nuevo puesto de trabajo (art. 121.2 LPL).

Para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva dispone el trabajador de un plazo de veinte días, que comienza a contarse a partir del día siguiente a la fecha<sup>145</sup> de extinción del contrato de trabajo (art. 121.1 LPL); no obstante, el trabajador puede anticipar el ejercicio de su acción desde el momento en que reciba la comunicación empresarial escrita que, además, abre el periodo de preaviso, es decir, puede adelantar la presentación de la demanda hasta treinta días antes de que sea efectivo el despido. En el plano estrictamente procesal, más que el hecho de poder anticipar la acción, que tendrá como consecuencia –cabe suponer– la obtención de una resolución más pronta, interesa destacar que indirectamente se amplía el plazo de caducidad<sup>146</sup> para ejercer la

145 La dificultad puede surgir cuando no conste la fecha de efectos del despido en la propia carta, iniciándose el cómputo del plazo en cuanto exista un acto empresarial que revele claramente la voluntad extintiva [STSJ Galicia de 20 septiembre 1993 (AS 1993, 3974); así, cuando efectivamente prescinda de los servicios del trabajador [STSJ Andalucía/Málaga de 18 marzo 1991 (AS 1991, 1086)] o cuando se da de baja al trabajador en la Seguridad Social [STSJ Cataluña de 14 febrero 1992 (AS 1992, 829)]. Si el trabajador se coloca en una situación que impide la notificación de la decisión empresarial, rehusando por ejemplo la carta remitida por correo certificado presentada en su domicilio, esa fecha será la que inicie el cómputo del plazo de caducidad [STSJ Murcia de 10 junio 1991 (AS 1991, 2643)].

146 Coincide la doctrina en calificar el plazo de veinte días para ejercer la impugnación del despido como de caducidad; así, entre otros, RIVERO LAMAS, J.: “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: criterios jurisprudenciales”, *Revista General de Derecho*, núm. 573, 1992, pg. 5515; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1995, pg. 329; o DE LA VILLA SERNA, L. E.: “Consideraciones prácticas acerca del despido objetivo”, *Documentación Laboral*, núm. 48, 1996, pg. 125.



acción de despido, pues el plazo común de veinte días<sup>147</sup> puede resultar insuficiente ante la dificultad de preparar adecuadamente la estrategia de defensa frente a determinadas causas empresariales, en particular si son económicas las alegadas.

Tal anticipación de la acción impugnatoria del despido por circunstancias objetivas, sin que sea preciso cesar en la prestación del trabajo para evitar que la acción quede enervada, no parece anómala<sup>148</sup>, si se tiene en cuenta que la decisión extintiva ya ha sido tomada y comunicada por el empresario, permaneciendo vivo el contrato, pero en fase terminal; de modo que el empresario no podrá extinguir efectivamente el contrato de trabajo antes de la fecha indicada, “so pena de calificarse ese acto como despido nulo por atentatorio a un derecho fundamental, en este caso, el del ejercicio del de la tutela judicial efectiva”<sup>149</sup>. En consecuencia, el legislador ha precisado dos momentos a partir de los cuales el trabajador queda facultado para impugnar el despido: uno, primero, desde el instante en que se tenga conocimiento de esa decisión conclusiva, cuando haya sido antes preavisada, y otro, posterior, tras la cesación efectiva de los servicios, haya sido preavisado o no el despido; precisamente ese último hecho –el cese real– determina el *dies a quo* para iniciar el cómputo de la caducidad de la acción.

Exteriorizada la decisión extintiva empresarial, será el Juez de lo Social, a partir de la interposición de la demanda por el trabajador, quien lleve a cabo la calificación del despido. Las calificaciones posibles del acto empresarial, como en el despido disciplinario, son: procedencia, improcedencia o nulidad.

#### a) *Despido procedente*

El despido se califica como procedente cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales y de procedimiento, acredite la concurrencia de la causa legal expresa y concretada en la comunicación escrita. La sentencia que estime procedente la decisión del empresario “declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del periodo de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido” (art. 123.1 LPL). La extinción del contrato conlleva la

---

147 Sobre la extensión de este periodo de veinte días, se ha destacado –MONEREO PEREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, en VV.AA.: *El despido. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, t. II, Madrid, 1994, pg. 338– su brevedad, que “acaba perjudicando a la parte que aparece como más especialmente necesitada de protección judicial en estos casos”; y añaden que “probablemente hubiera sido más correcto establecer plazos de caducidad diferenciados en función del específico acto empresarial en que se concrete la lesión”.

148 BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, cit., pgs. 329-330, añadiendo que, aunque hipotéticamente pudiera imaginarse una eventual revocación de su decisión por el empleador, durante el periodo de preaviso, resulta dudoso que ésta pueda eliminar la virtualidad del despido previamente realizado, habida cuenta del carácter irreversible de la denuncia.

149 ALBIOL MONTESINOS, I. y otros.: *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pg. 281.



consolidación de la indemnización recibida, que fue puesta a disposición del trabajador al tiempo de la comunicación del preaviso, pues la extinción no obedece a un incumplimiento culpable del trabajador y, por tanto, no constituye una sanción impuesta sobre la base del mismo<sup>150</sup>. Únicamente podrá haber diferencias entre la indemnización abonada al trabajador despedido y la fijada en la sentencia que califique el despido procedente, si hubo un error excusable en el cálculo de la cuantía indemnizatoria puesta a disposición del trabajador.

Si el trabajador no hubiera solicitado la prestación por desempleo tras la extinción de la relación laboral –recuérdese que la decisión del empresario de extinguir la relación laboral es por sí misma origen de la situación legal de desempleo–, la resolución judicial que declare la procedencia del despido constituye una situación de desempleo por causa no imputable al trabajador [arts. 53.5.a) LET y 208.1.1.d) LGSS], lo que le permite acceder a la prestación establecida para esta contingencia, caso de reunir los requisitos y cumplir las exigencias que fija la ley.

#### *b) Despido improcedente*

Se califica como improcedente el despido cuando el empresario no pueda acreditar la causa alegada en la comunicación escrita trasladada al trabajador (art. 122.1 LPL). Impugnado el despido, el órgano judicial debe entrar a conocer, estudiar y valorar la causa o causas que han sido alegadas por el empresario en la comunicación escrita, y que en última instancia fundan la extinción; y si en el ejercicio de ese control judicial<sup>151</sup> se concluye la ausencia del motivo objetivo que ha justificado formalmente el acuerdo extintivo, el Juez de lo Social –al igual que sucede con el despido disciplinario– calificará éste de improcedente. Le corresponde al empresario la carga de probar en el juicio la realidad, en el sentido de ser ciertos, los hechos indicados en la carta de despido, como causantes del mismo, para así lograr el objetivo perseguido de contribuir a superar la situación de crisis económica o las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Sólo se impone, en definitiva, la obligación de acreditar objetivamente la necesidad de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas empresariales; no se exige, sin embargo, que el empresario haya presentado un plan de viabilidad de la empresa<sup>152</sup>.

150 Así, CORTE HEREDERO, N.: «Forma y efectos del despido por causas objetivas», cit., pg. 196.

151 Sobre el control judicial de la decisión empresarial de extinguir el contrato sobre la base de las causas previstas en el artículo 52.c) LET, vid. DEL REY GUANTER, S.: “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores)”, cit., pgs. 210-214; RAMIREZ MARTINEZ, J. M.: “El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo”, en VV.AA.: *El despido. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, EDESA, t. II, Madrid, 1994, pgs. 76-78; y GARCIA FERNANDEZ, M.: “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial”, cit., pgs. 83-86.

152 No se exige presentar, al mismo tiempo de comunicar la decisión extintiva, un plan de viabilidad de la empresa, a diferencia de lo requerido en los despidos colectivos, por lo que el despido no se podrá calificar como improcedente ante la ausencia de aquel plan [STS de 30 septiembre 2002 (RJ 2002, 10679)].



Cuando se declare improcedente la decisión extintiva, “se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario” (art. 123.2 LPL), que podrá optar<sup>153</sup> –en el plazo de cinco días tras la notificación de la sentencia, sin esperar a la firmeza de la sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social– entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación<sup>154</sup>, o el abono de una indemnización por cuantía equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades [art. 56.1.a) LET]. Esta indemnización se calcula de manera diversa en los contratos para el fomento de la contratación indefinida<sup>155</sup>, pues la cuantía, en el caso de despido objetivo improcedente, incluso cuando el empresario haya reconocido la improcedencia<sup>156</sup>, “será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades” (disp. adic. primera.4, párrafo primero, Ley 12/2001). De todos modos, una y otra indemnización se consideran mínimas y pueden verse incrementadas por pacto colectivo o individual.

Aquel derecho de opción entre la readmisión o la indemnización sustitutoria se atribuye *ex lege* al trabajador despedido siempre que sea representante legal o sindical de los trabajadores o haya ostentando esa condición en el año inmediatamente anterior al despido y no la haya perdido por dimisión, revocación o destitución (arts. 56.4 LET y 110.2 LPL); de no efectuar la opción, se entiende que lo hace por la readmisión. Se pretende, así, dar al trabajador una protección eficaz y que no pueda ser despedido, durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración del mandato<sup>157</sup>, por el ejercicio de la actividad representativa [art. 67.c) LET]. Esta garantía se aplica a todos los supuestos extintivos que merezcan la calificación de improcedentes; también, como es lógico, en los despidos por causas objetivas<sup>158</sup>, pues no olvidemos que esta calificación por el Juzgado de lo Social produce “iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario” (arts. 53.5 LET y 123.2 LPL).

Se ocupa el legislador de prever las consecuencias que la opción empresarial tiene sobre la previa satisfacción al trabajador de la indemnización que le fue puesta a disposición al tiempo de notificarle el despido, según concluya la extinción inicialmente decidida con la readmisión o con el derecho a percibir una cuantía indemnizatoria superior. Caso

---

153 En el supuesto de que el empresario no realice la opción entre la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera (art. 56.3 LET).


154 Son los salarios dejados de percibir desde la fecha efectiva del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que se encontró otro empleo, si tal colocación fue anterior a dicha sentencia y el empresario prueba lo percibido, para su descuento [art. 56.1.b) LET].

155 Se abonará la indemnización común, más elevada, cuando se transforme un contrato temporal en otro indefinido, celebrado este último en fraude de ley [STSJ Cataluña de 29 mayo 2001 (AS 2001, 2596)].

156 STSJ Castilla y León/Valladolid de 23 noviembre 1998 (AS 1998, 4489).

157 STS de 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2607).

158 STS de 23 mayo 1995 (RJ 1995, 5897); STSJ País Vasco de 3 marzo 1998 (AS 1998, 1293).



de que el empresario proceda a la readmisión, el trabajador tendrá que reintegrarle la indemnización cobrada por anticipado [arts. 53.5.b) LET y 123.3 LPL], pero no la cantidad que hubiera percibido, en su caso, por el incumplimiento del plazo de preaviso<sup>159</sup>. Si, por el contrario, el empresario opta por la compensación económica, se deducirá<sup>160</sup> de la indemnización superior que corresponde por despido improcedente la cantidad ya puesta a disposición del trabajador [art. 53.5.b) LET], de manera que el Juez acordará la compensación<sup>161</sup> entre la indemnización percibida y la que fije la sentencia (art. 123.4 LPL).

El empresario queda exonerado del pago de los salarios de tramitación<sup>162</sup> cuando reconozca<sup>163</sup> la improcedencia del despido y deposite<sup>164</sup> en el Juzgado de lo Social, en las cuarenta y ocho horas<sup>165</sup> siguientes a la efectividad del despido, la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador y la que legalmente corresponda al trabajador, según la modalidad contractual (art. 56.2 LET y disp. adic. primera.4, párrafo segundo, Ley 12/2001). Asimismo, los salarios de tramitación quedan limitados cuando el empresario reconozca la improcedencia y deposite la indemnización correspondiente después de ser efectivo el despido pero antes de que se celebre el acto de conciliación; en este caso, sólo se devengan salarios de tramitación hasta la fecha del depósito de la indemnización.

El trabajador se encuentra en situación legal de desempleo por despido basado en causas objetivas [art. 208.1.1.d) LGSS]. Como se ha dicho, ha podido solicitar la prestación por desempleo una vez producido el despido, por cuanto la decisión del empresario de extinguir la relación laboral es por sí misma y sin necesidad de impugnación, origen de una situación legal de desempleo.

Ahora bien, la percepción de la prestación por desempleo es incompatible con el abono de los salarios de tramitación<sup>166</sup>. Sobre esta premisa, puede suceder, como primera

---

159 STSJ Madrid de 18 junio 1998 (AS 1998, 2596).

160 STS de 12 mayo 2005 (RJ 2005, 7318)].

161 STSJ Castilla y León/Valladolid de 1 marzo 1999 (AS 1999, 1276) y STSJ Madrid de 8 febrero 2000 (AS 2000, 2378).

162 STSJ Cantabria de 17 noviembre 2005 (AS 2005, 3427) y STSJ Cataluña de 24 enero 2006 (JUR 2006, 84278).

163 El reconocimiento de la improcedencia puede ser expreso o tácito [STS de 13 marzo 2001 (RJ 2001, 3837); se entiende tácito cuando se proceda directamente al depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social [SSTS de 30 mayo 2005 (RJ 2005, 6022) y de 23 noviembre 2006 (RJ 2006, 9115)].

164 Reconocido el despido como improcedente por la empresa, el abono de la indemnización mediante transferencia en la cuenta bancaria del trabajador no equivale al depósito judicial de la indemnización, al efecto de limitar los salarios de tramitación [SSTS de 25 mayo 2005 (RJ 2005, 6510) y de 21 marzo 2006 (RJ 2006, 2095)].

165 Este plazo es procesal y no civil, computándose exclusivamente los días hábiles para actuaciones ante los órganos judiciales, por lo que se excluyen los sábados [STS de 16 octubre 2006 [RJ 2006, 7749]].

166 STS de 24 marzo 1998 (RJ 1998, 3007).




hipótesis, que se califique el despido como improcedente, habiéndose optado por la indemnización: en tal caso, si el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación, continuará percibiendo la prestación por desempleo o, si no la viniera percibiendo, comenzará a percibirla con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo; por el contrario, si el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo la prestación por desempleo, comenzará a percibirla con efectos desde la fecha en que finalice la obligación de abonar dichos salarios; y si estuviera percibiendo la prestación por desempleo, dejará de percibirla, considerándola indebida, si bien podrá volver a percibirla con efectos desde la fecha en que finalice la obligación de abono de los salarios de tramitación, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de la prestación y efectuando la compensación correspondiente por las cantidades indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador [art. 209.5.a) LGSS]. En todos estos supuestos, el trabajador debe solicitar el reconocimiento de la prestación económica en el plazo de quince días, tomando como fecha inicial la del acta de conciliación o providencia de opción por la indemnización o, en su caso, la de la resolución judicial, y acreditar, con el Certificado de Empresa, el periodo que corresponde a los salarios de tramitación.

Como segunda hipótesis, cuando el resultado final es la readmisión del trabajador, las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al beneficiario. La Entidad Gestora debe cesar en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamar a la Tesorería General de la Seguridad Social la devolución de las cotizaciones efectuadas durante ese tiempo. Por su parte, el empresario debe ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido al trabajador, con el límite de la suma de tales salarios. Si, en última instancia, la cuantía de las prestaciones hubiera superado la cuantía de los salarios de tramitación, se reclamará la diferencia directamente al trabajador. En todo caso, el empresario debe instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha de la extinción inicial, cotizando por ese periodo, que se considera de ocupación efectiva a todos los efectos [art. 209.5.b) LGSS].

No se debe olvidar, en fin, que, aun encontrándose en esta situación y reuniendo los requisitos legales de acceso al desempleo, para causar derecho a la prestación el trabajador despedido, además, debe manifestar su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, mediante la suscripción del compromiso de actividad [arts. 208.2.2 y 231.1.h) LGSS].

### *c) Despido nulo*

El despido objetivo fundamentado en causas empresariales se declarará nulo por el Juez de lo Social tanto si responde a razones ocultas discriminatorias o que atenten contra derechos fundamentales y libertades públicas como en los supuestos de reacción empresarial ante el ejercicio de los derechos que facilitan la conciliación de la vida laboral



y familiar; asimismo, y en este punto observamos una clara divergencia con el despido disciplinario, se contempla la posibilidad de declarar nula la decisión extintiva que incumpla alguno de los requisitos de forma y procedimiento.

Como regla común podemos afirmar que el incumplimiento de los requisitos de forma y procedimiento establecidos en la ley conlleva la declaración judicial de nulidad<sup>167</sup>. En primer lugar, el despido será nulo cuando no se hubiesen cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, por ausencia o redacción insuficiente de la causa [art. 122.2.a) LPL]. En segundo lugar, la decisión extintiva será nula cuando no se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente<sup>168</sup>, salvo en aquellos supuestos –despido por causas económicas en los que se puede aplazar su abono hasta que tenga efectividad la decisión empresarial– en los que no se exija este requisito [art. 53.1.b), párrafo segundo, LET], o bien se hubiese hecho de manera extemporánea o bien, en fin, si la indemnización dispuesta hubiera sido inferior<sup>169</sup>, existiendo un error inexcusable<sup>170</sup> en el cálculo (art. 122.3 LPL). No procede, sin embargo, la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso, ya que la única previsión legal para ese caso es que el empresario abone una indemnización adicional

167 No parece que pueda aplicarse la previsión legal propia de los despidos disciplinarios que permite realizar un nuevo despido, subsanando los defectos formales advertidos, en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido (art. 55.2 LET), y tampoco aquella otra que posibilita decidir, en el plazo de siete días tras la notificación de la sentencia, un nuevo despido cuando el primero haya sido declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma, si se optó por la readmisión (art. 110.4 LPL). Y ello a pesar de que contemplan supuestos de incumplimientos de las formalidades del despido, pues no hay que olvidar que en los despidos objetivos los defectos formales, por lo general, no acarrear la improcedencia sino la nulidad de la decisión extintiva, siendo insubsanables. Así lo ha señalado expresamente el propio legislador: “la posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha” (art. 53.4, *in fine*, LET). En definitiva, solamente cabe pensar en que el empresario que haya incumplido los requisitos formales pueda decidir un nuevo despido objetivo, dando pleno cumplimiento a éstos, sobre la base de la continuidad o vigencia de la causa en que se fundamentó el primer despido [STSJ Madrid de 5 diciembre 2006 (AS 2007, 891)]. A mayor abundamiento, tampoco hay una remisión general a los artículos 55 y 56 LET; tan sólo se dice que “contra la decisión extintiva por causas objetivas se podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario” (art. 53.3 LET), que la calificación del despido, según cual sea, “producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario” (art. 53.5 LET) y que los procesos de despido por causas objetivas “se ajustarán a las normas contenidas en el capítulo relativo a los procesos por despido” (art. 120 LPL). Parecen llegar a esta misma conclusión: CASAS BAAMONDE, M. E.: “La nulidad del despido y sus efectos”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral (Estudios dedicados al profesor M. ALONSO GARCIA)*, AEDTSS-Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 455; MOLERO MANGLANO, C.: “La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) ET a la luz de su primer tratamiento jurisprudencial”, *Actualidad Laboral*, núm. 27, 1995, pg. 468; y DE LA VILLA SERNA, L. E.: “Consideraciones prácticas acerca del despido objetivo”, cit., pg. 128.

168 La puesta a disposición de la indemnización debe ser simultánea a la entrega de la carta de despido; de manera que si se pone a disposición del trabajador cuatro días después de comunicar la decisión extintiva será nulo el despido, sin que obste a la conclusión contraria que aquélla tuviese lugar antes de la fecha de efectos de la extinción del contrato, puesto que la literalidad de los preceptos legales exige la simultaneidad de la notificación escrita y de la puesta a disposición de la indemnización [STS 13 octubre 2005 (RJ 2005, 8010)].

169 SSTs de 17 julio 1998 (RJ 1998, 7049) y de 15 febrero 2000 (RJ 2000, 2040).

170 STS de 17 junio 1998 (RJ 1998, 7049).




equivalente a los salarios correspondientes a dicho periodo (arts. 53.4 LET y 122.3 LPL). La jurisprudencia liga este efecto únicamente al defecto formal que consiste en la omisión del preaviso, con el objeto de deducir y confirmar que la no entrega de una copia de la carta de despido<sup>171</sup> a los representantes de los trabajadores conlleva la nulidad del despido objetivo, y ello porque la omisión de esta exigencia va más allá del aparente incumplimiento de un deber simple de información, resultando un elemento decisivo para el control de los despidos objetivos en fraude de ley, que –como vamos a decir de inmeditado– resultan nulos.

También son nulos los despidos por causas empresariales que tengan como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien que violen derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (art. 53.4 LET); dicho con otras palabras, es nula la extinción que “resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” [art. 122.2.c) LPL].

Merecen la misma calificación de nulidad: 1) el despido objetivo realizado durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, así como el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de aquel periodo [art. 122.2.a) LPL]; 2) el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha del inicio del embarazo hasta el periodo de suspensión del contrato por maternidad, o que hayan solicitado el permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses, el de los trabajadores que demanden el permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalización subsiguiente al parto, así como la reducción de jornada con reducción proporcional de salario por razones de guarda legal por tener a su cuidado directo un hijo menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, y cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de parentesco, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida [art. 122.2.b) LPL]; 3) el despido de los trabajadores que hayan solicitado, o estén disfrutando, la excedencia para atender al cuidado de cada hijo natural, adoptado o acogido por un periodo no superior a tres años, o para el cuidado de un familiar que por edad, enfermedad o accidente no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, por un periodo no superior a dos años [art. 122.2.b) LPL]; 4) el despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo tras finalizar los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad o paternidad, siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo [art. 122.2.c) LPL]. En todos estos casos, se declarará la nulidad<sup>172</sup>, y no está de más

171 STS de 18 abril 2007 (RJ 2007, 3770).

172 En el correspondiente proceso, como afirman MONTROYA MELGAR, A. y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pg. 599, “el trabajador o la trabajadora despedidos no tienen que ofrecer un indicio de discriminación, en la manera que refleja el art. 96 LPL para la de carácter sexual. Bastará con que quede constancia clara de la situación ‘familiar’ de los afectados, para que corresponda al empresario justificar con suficiencia la causa extintiva que alega”.



acclararlo, salvo que pueda calificarse el despido como procedente por acreditar motivos o razones no relacionados con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato de trabajo. Ello supone que el despido por circunstancias objetivas de los trabajadores en esas concretas circunstancias no puede ser calificado como improcedente, tan sólo, alternativamente, procedente, por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos o excedencias enumerados, o nulo.

Es nulo, igualmente, el despido de una trabajador víctima de la violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral [arts. 53.4.b) y 122.2.b) LPL]. Hay que recordar que son titulares de estos derechos las mujeres que hayan sufrido violencia de género (art. 1 LO 1/2004), previa obtención de la Orden de Protección, en los términos de la Ley 27/2003, aunque en casos excepcionales y hasta que se dicte dicha Orden es suficiente el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género (art. 23 LO 1/2004).

Finalmente, se consideran realizados en fraude de ley y, en consecuencia, deben declararse nulos los despidos formalizados ex artículo 52.c) LET para eludir<sup>173</sup> las normas establecidas en los despidos colectivos [arts. 51.1, *in fine*, LET y 122.2.d) LPL]; en concreto, cuando en periodos sucesivos de noventa días la empresa realice extinciones objetivas en un número superior a los umbrales del artículo 51.1 LET y sin que concurran causas nuevas que las justifiquen<sup>174</sup>. Fácilmente el empresario podrá destruir esta presunción legal de fraude de ley si demuestra la concurrencia de nuevas causas que justifiquen sus últimas decisiones. En todo caso, también será nula la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla, cuando supere el número de cinco trabajadores, caso de acudir al cauce del despido objetivo<sup>175</sup> y no a la vía del despido colectivo.

La nulidad, como en el despido disciplinario, tiene como efecto la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (arts. 55.6 LET y 113 LPL). No es posible deducir de los salarios de tramitación los correspondientes al periodo de preaviso, de haberse incumplido (art. 123.2 LPL) y el trabajador debe devolver la indemnización ya recibida, excepto cuando, lógicamente, la causa de nulidad haya sido no poner a disposición del trabajador la indemnización tasada en la ley en el momento de la comunicación del despido. De manera específica, la sentencia que declare la nulidad por vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios<sup>176</sup> que, en su

173 Una crítica acertada a la necesidad de valorar la intencionalidad fraudulenta del empresario en OJEDA AVILES, A.: "Configuración del despido colectivo", en VV.AA.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 501, pareciendo más adecuado "haber dado por cumplido el elemento intencional en tales conductas, en tanto presunción *iuris tantum* o incluso *iuris et de iure*".

174 STSJ Galicia de 6 marzo 1995 (AS 1995, 960), STSJ Cataluña de 20 marzo 1996 (AS 1996, 645) y STSJ La Rioja de 16 noviembre 2006 (AS 2007, 709).

175 STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 14 junio 2006 (AS 2006, 3163).

176 SSTs de 23 marzo 2000 (RJ 2000, 3121) y de 12 junio 2001 (RJ 2001, 5931).



caso, le corresponda al trabajador por haber sufrido discriminación, siendo compatible esa indemnización con la que le corresponde por la extinción del contrato (art. 181, párrafo segundo, LPL).

### 3. Los despidos colectivos: cauce legal imperativo y consecuencias jurídicas en las relaciones contractuales (remisión)

Correspondería, a continuación, analizar el régimen jurídico de los despidos colectivos, completando así el marco normativo de los despidos por causas empresariales. Esta tarea, sin embargo, ya ha sido realizada en la anterior ponencia, de manera exhaustiva y brillante, por el profesor Monereo Pérez, de ahí que tengamos que remitir el contenido de este apartado a cuanto se ha expuesto.


## IV. Garantías para los representantes de los trabajadores

Para facilitar el ejercicio responsable de las competencias atribuidas a los representantes de los trabajadores se reconocen *ex lege* un conjunto de garantías que protegen la posición del representante como trabajador frente a posibles decisiones ilícitas del empresario<sup>177</sup>.

Así, con carácter general, el artículo 68 LET dispone un conjunto de garantías de actuación, unas que lo son en sentido estricto y otras que son propiamente prerrogativas o medios que facilitan aquella función. Son garantías mínimas, mejorables por convenio colectivo<sup>178</sup>, comunes para los representantes de los trabajadores y diferentes de las sindicales; garantías *ad personam*, en definitiva. De entre todas, tres tienen como finalidad preservar al trabajador que es representante frente a la decisión empresarial que implique la extinción de su relación laboral; en concreto: la “apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves (incluyendo el despido), en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o los restantes delegados de personal” [art. 68.a) LET]; la “prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de (...) extinción por causas tecnológicas o económicas” [art. 68.b) LET], y “no ser despedido (...) durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido (...) se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su

177 *In extenso*, DE VAL TENA, A. L.: “Despido y representación de los trabajadores”, en VV.AA.: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, pgs. 575-594. Desde una perspectiva general, vid., entre otros, TUDELA CAMBRONERO, G.: *Garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1991; SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pgs. 1317-1339; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Garantías de los representantes del personal”, en VV.AA.: *Derecho vivo del Trabajo y Constitución (Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González)*, La Ley, Madrid, 2003, pgs. 195-213.

178 Vid. SAN MARTIN MAZZUCONI, C.: “El tratamiento en la negociación colectiva de las garantías de los representantes de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, t. V, 1999, pgs. 830-834.



representación” [art. 68.c) LET]. Sin embargo, no son sólo éstas las garantías legales asignadas a los representantes de los trabajadores en este orden; a las anteriores se añade, separadamente, el derecho de opción a su favor entre la readmisión o la indemnización en los casos de despido improcedente (art. 56.4 LET).

### 1. La protección específica en los despidos por causas empresariales: ámbitos subjetivo y objetivo

En principio, las garantías legales sólo se atribuyen a los miembros del comité de empresa y a los delegados de personal, “como representantes legales de los trabajadores” (art. 68 LET). No obstante, también se extienden a los delegados sindicales<sup>179</sup>, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, “las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa” (art. 10.3 LOLS). Se equiparan en derechos, por lo tanto, los representantes legales o unitarios y los representantes sindicales<sup>180</sup>. No podía ser de otra forma, puesto que, según establece el Convenio núm. 135 de la OIT, ratificado por España, la expresión “representantes de los trabajadores” comprende las personas reconocidas como tales, ya se trate de representantes sindicales –nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos– o de representantes electos –libremente elegidos por los trabajadores de la empresa– (art. 3).

179 La ley no consiente la extensión de esas garantías a otros representantes sindicales fuera de los delegados [SSTS de 13 octubre 1989 (RJ 1989, 7170) y de 19 junio 1990 (RJ 1990, 5485)]. La solución adoptada por el legislador es criticada por APARICIO TOVAR, J.: “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato”, en VV.AA.: *Estudios sobre el despido*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1996, pg. 281, puesto que “si se hace una opción por favorecer la acción del sindicato en la empresa, no se entiende por qué la ley da más facilidades a la acción del sindicato en las grandes empresas, esto es, en las de más de 250 trabajadores, que son las que pueden elegir dichos delegados según el artículo 10.2 LOLS”.

180 Además de la extensión a los delegados sindicales de las garantías comunes de los representantes unitarios de los trabajadores, también gozan de idénticas garantías los “delegados de prevención, en su condición de representantes de los trabajadores” (art. 37.1 LPRL), así como los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa y los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio (art. 30.4 LPRL). Por otra parte, la Ley 10/1997, de 24 de abril, reguladora de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, protege a los representantes de los trabajadores que sean miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen en los procedimientos alternativos de información y consulta, gozando en el ejercicio de sus funciones “de la protección y de las garantías establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, salvo en lo relativo al crédito horario previsto en la letra e) del artículo 68 del mismo”, cuando los centros de trabajo o las empresas están situados en España (art. 28). Finalmente, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, extiende la protección a los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación y a los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta que sean trabajadores de la SE, de sus centros de trabajo y empresas filiales o de una sociedad participante; esa misma protección y garantías tienen, en el ejercicio de sus funciones, los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o administración de la SE (art. 23).



Como se ha dicho, el núcleo de garantías dispuestas a favor de los representantes de los trabajadores se recoge, bien que desordenadamente, en el artículo 68 LET, en sus tres primeras letras, si bien el artículo 56.4 LET reconoce una garantía adicional, no menos importante para asegurar la estabilidad en el empleo. De todas ellas, la garantía formal o de procedimiento que consiste en la “apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves” [art. 68.b) LET] sólo se aplica, lógicamente, en los despidos disciplinarios<sup>181</sup>, sin que pueda exigirse igual trámite en los despidos objetivos<sup>182</sup>. En efecto, hay que concluir con la jurisprudencia<sup>183</sup> que su exigencia permanece circunscrita al ámbito del despido disciplinario, sin que se aplique en las restantes modalidades de despido, que están sujetas a sus propios requisitos formales y garantías para los representantes.

### 1.1. Interdicción de los despidos por actuaciones representativas (despidos discriminatorios)


Se prohíbe el despido –o cualquier otra sanción– del representante de los trabajadores “durante el ejercicio de sus funciones (y) dentro del año siguiente a la expiración de su mandato” [art. 68.c) LET]. Esta inmunidad material amplia<sup>184</sup> no limita el ejercicio del poder disciplinario ante incumplimientos laborales del representante –de ahí que se diga: “sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54 (LET)”–, ni tampoco la posibilidad de despedir por causas objetivas o situaciones de crisis empresarial.

181 No así, por ejemplo, cuando la extinción del contrato no se atribuye a faltas laborales, sino que está fundada en la finalización de la contrata o en la terminación del contrato temporal [SSTS de 6 julio 1990 (RJ 1990, 6030), de 18 junio 1993 (RJ 1993, 4915), de 23 mayo 1995 (RJ 1995, 5897) y de 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2607); también, STSJ Madrid de 8 junio 2001 (AS 2001, 2937)].

182 A favor de esta interpretación extensiva: ORTIZ LALLANA, M. C.: “Extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción”, cit., pg. 902; TUDELA CAMBRONERO, G.: *Garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., pgs. 65 y ss.; MONEREO PEREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “Forma y procedimientos del despido disciplinario”, cit., pgs. 252-254; y APARICIO TOVAR, J.: “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato”, cit., pg. 293. También, aunque con matices, OJEDA AVILES, A.: *Derecho sindical*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, pg. 411, y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*, cit., pg. 41.

183 SSTS de 6 julio 1990 (RJ 1990, 6070), de 23 mayo 1995 (RJ 1995, 5897) y de 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2607); también, en la doctrina judicial, STSJ País Vasco de 14 noviembre 1993 (AS 1993, 5119), SSTSJ Andalucía/Sevilla de 29 diciembre 1993 (AS 1993, 5517) y de 9 mayo 1997 (AS 1997, 3860), SSTSJ Cantabria de 8 junio 1994 (AS 1994, 2436), de 10 mayo 1995 (AS 1995, 1877) y de 12 enero 1996 (AS 1996, 812), y STSJ Comunidad Valenciana de 4 octubre 2001 (AS 2002, 1778). En la doctrina, vid. PALOMEQUE LOPEZ, M. C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, E. U. Ramón Areces 15ª ed, Madrid, 2007, pg. 733; DEL VALLE VILLAR, J. M.: “El expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones a los representantes de los trabajadores en la empresa”, *Documentación Laboral*, núm. 32, 1990, pgs. 57 y ss., y RIERA VAYREDA, C.: *La forma en el despido objetivo*, cit., pg. 80-81.

184 Se podrían distinguir tres niveles de protección: el primero, que protege al representante “contra cualquier intento del empresario de sancionarle en el ejercicio de sus funciones”; el segundo, “determinado por las negativas consecuencias que de la actuación representativa pudieran derivarse para un regular cumplimiento de la relación laboral”; y tercero, constituido por la necesaria incoación del expediente por actos del representante que supongan incumplimientos contractuales ex artículo 54 LET. Vid., al respecto, TUDELA CAMBRONERO, G.: *Garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., pg. 75.



Interesa destacar la prolongación de dicha tutela más allá de la expiración del mandato representativo<sup>185</sup>, salvo que ésta se produzca por revocación o dimisión. Únicamente en los supuestos de dimisión<sup>186</sup> o revocación, por decisión de los trabajadores que eligieron al representante, no se extiende la garantía legal durante el año siguiente a la conclusión del mandato.

Se puede decir que, exceptuando la extensión temporal de la garantía, el artículo 68.c) LET no prevé nada nuevo<sup>187</sup>, por cuanto a tenor del artículo 58 LET las sanciones sólo se admiten por incumplimientos laborales. En verdad, recoge una especie de “garantía de indemnidad”<sup>188</sup> frente a los despidos decididos sobre la base de la actuación representativa del trabajador, que no dejan de pertenecer a la categoría de despidos discriminatorios. Así, también opera el desplazamiento de la carga de la prueba al empresario (art. 96 LPL), para lo que –como ha reiterado el Tribunal Constitucional<sup>189</sup>– no basta simplemente con que el trabajador denuncie el despido por discriminatorio, sino que debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Presente esta prueba indiciaria, al empresario se

185 Cfr. artículo 67.3 LET. La extensión alcanza al año siguiente a la expiración del mandato [STSJ Madrid de 8 junio 2001 (AS 2001, 2937)]. Sobre la extensión temporal de esta garantía más allá de la finalización del mandato y, en tal caso, el ejercicio del derecho de opción, vid. DEL JUNCO CACHERO, M.: “Despido objetivo: algunas garantías de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, núm. 63, 2002, pgs. 184-187 y 191-192.

186 Afirma la jurisprudencia que “la dimisión, como una de las causas de extinción del mandato representativo, sólo debe considerarse producida por el cumplimiento de dos requisitos: uno de carácter material, que es la manifestación de voluntad, y otro de carácter formal, que es la comunicación de aquella voluntad a los trabajadores representados, al empresario y a la Administración” [STS de 26 marzo 1991 (RJ 1991, 1900)]. Aplicando esta doctrina, la STSJ Comunidad Valenciana de 10 febrero 2000 (AS 2000, 2188) considera que “la dimisión no llegó a materializarse pues ni se notificó a los trabajadores a quienes representaba, ni a la Administración”; antes al contrario, pese a que el trabajador llegó a comunicar su intención de dimitir (el 3 de febrero de 1997) a la dirección de la empresa y al sindicato por cuyas listas resultó elegido representante, “continuó ejerciendo las funciones representativas inherentes a su condición de miembro del comité de empresa”, por lo que a la fecha del despido (10 de agosto de 1998) mantenía la condición de representante y, por tanto, debió tramitarse el expediente previo a su despido.

187 Así, OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical*, cit., pg. 410.

188 En sentido amplio, significa que el trabajador tiene derecho a no ser represaliado por su empresario tras el efectivo ejercicio de sus derechos laborales. Propiamente, la garantía de indemnidad se recoge en el artículo 5 del Convenio núm. 158 de la OIT, declarando nula “la medida disciplinaria del despido como respuesta al ejercicio de una acción judicial”. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que los protagonizan, por lo que en el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos” (SSTC 7/1993, de 18 enero, 14/1993, de 18 enero, 54/1995, de 24 febrero, 197/1998, de 13 octubre, y 199/2000, de 24 julio, entre otras).

189 SSTC 38/1981, de 13 noviembre, 55/1983, de 22 junio, 104/1987, de 17 junio, 114/1989, de 22 junio, 135/1990, de 19 julio, 42/1992, de 30 marzo, 136/1996, de 23 julio, 87/1998, de 21 abril, 29/2000, de 31 enero, 114/2002, de 20 mayo, y 98/2003, de 2 junio, entre otras muchas.



traslada la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente ajenos a todo móvil discriminatorio<sup>190</sup>.

Téngase en cuenta además que la jurisprudencia ha establecido una presunción *iuris tantum* de uso correcto de las funciones representativas<sup>191</sup>, rechazando una vigilancia singular por parte del empresario respecto a su leal cumplimiento<sup>192</sup>. Más aún, cualquier actuación contraria al ejercicio regular de esas funciones no supone una lesión directa de una obligación contractual, sino un perjuicio indirecto o reflejo en tanto se defraudan los derechos de los trabajadores representados. En definitiva, la facultad sancionadora no se justifica propiamente en el sinalagma comprometido en el contrato, sino en el abuso de un derecho legal ajeno al interés empresarial, y por ello no susceptible de control directo por el empleador (art. 20.3 LET)<sup>193</sup>. De ahí que, ocasionado algún perjuicio para el empresario en el ejercicio de las funciones representativas, la vía adecuada no sea recurrir al poder sancionador, sino exigir una responsabilidad que no tiene origen en el contrato de trabajo, por lo tanto extracontractual<sup>194</sup>.

Al margen de esta garantía general ante despidos –y también sanciones– por actuaciones relacionadas con el ejercicio de las funciones de representación, estos trabajadores no pueden ser discriminados en su promoción económica<sup>195</sup> o profesional por razón, precisamente, del desempeño de aquellas funciones<sup>196</sup> [art. 68.c), *in fine*, LET]. Lo que denota, en el fondo, una tutela amplia y reforzada frente a las decisiones del empleador que encubran un móvil discriminatorio, por la mera condición de representante de los trabajadores.

## 1.2. Prioridad de permanencia en la empresa

Para que el trabajador pueda seguir desempeñando las funciones representativas, reforzando al mismo tiempo la protección frente a una posible decisión extintiva del

190 Vid. MONEREO PÉREZ, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, *passim.*; también, específicamente, BALLESTER PASTOR, M. A.: “El alcance de la distribución de la carga probatoria en el despido objetivo supuestamente discriminatorio: STC 41/2002, de 25 febrero”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2002, pgs. 877-884.

191 SSTS de 19 septiembre 1990 (RJ 1990, 7027) y de 21 enero 1991 (RJ 1991, 66).


192 SSTS de 7 mayo 1986 (RJ 1986, 2499) y de 14 junio 1990 (RJ 1990, 5075).

193 SSTSJ Madrid de 3 diciembre 1998 (AS 1998, 4377) y de 14 octubre 1999 (AS 1999, 4620), y STSJ Cataluña de 3 marzo 2000 (AS 2000, 748)

194 Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pgs. 189 y ss.; también, APARICIO TOVAR, J.: “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato”, *cit.*, pg. 283.

195 STC 95/1996, de 29 mayo.

196 La prohibición de discriminación salarial y profesional se aplica también entre representantes de los trabajadores de distintos sindicatos, que no pueden recibir un trato diverso según pertenezcan a uno u otro sindicato (STC 74/1998, de 31 marzo).



empresario sobre la base de su actuación como representante, se establece “la prioridad de permanencia (del representante) en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas” [art. 68.b) LET]. Prescindiendo de la deficiente técnica legislativa, en la medida que sigue refiriéndose el precepto a sólo dos causas –tecnológicas o económicas– cuando se han ampliado las llamadas causas empresariales –incluyendo las organizativas y las de producción–, lo cierto es que esa garantía reitera lo expresado respecto de la regulación singular de los despidos colectivos (art. 51.7 LET) y de la extinción del contrato por causas objetivas [art. 52.c), párrafo segundo, LET]. Prioridad, en el sentido de “ultimidad”<sup>197</sup>, en aquellos supuestos extintivos donde puedan verse potencialmente afectados varios trabajadores<sup>198</sup>, lo que es factible sólo en los despidos colectivos que no conlleven la cesación total de la actividad y en los despidos objetivos. Dicho con otras palabras, únicamente en el caso de que los trabajadores posiblemente afectados sean varios y el despido solamente afecte a alguno o algunos de ellos, se limita el alcance de la libertad empresarial de selección, por cuanto debe respetar la prioridad de permanencia de los representantes del personal<sup>199</sup>. Fuera de este supuesto, y salvo previsiones de la negociación colectiva en esta materia, la selección de los trabajadores afectados corresponde al empresario, siendo revisable su decisión por los órganos judiciales cuando resulte apreciable el fraude de ley o el abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios<sup>200</sup>.

Los convenios colectivos, en efecto, pueden establecer reglas que ordenen la prioridad de permanencia en la empresa para favorecer, junto a los representantes del personal, a otros trabajadores que cumplan determinados requisitos –antigüedad, edad, ...– o reúnan circunstancias personales –discapacitados, miembros de familias numerosas– dignas de protección. Siempre que el orden de preferencia respete el derecho reconocido por la ley a los representantes de los trabajadores, que gozan en primer lugar de ese derecho frente a cualquier otro trabajador, lo pactado en el convenio colectivo tiene plena validez y eficacia. Es obligado, por ser norma imperativa e irrenunciable<sup>201</sup>, preservar la “prioridad prioritaria en el caso de los representantes”<sup>202</sup>, bajo sanción, de lo contrario.

197 ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 245.

198 STS de 27 julio 1989 (RJ 1989, 5926); también, STSJ Cataluña de 20 febrero 1998 (AS 1998, 1485), STSJ Madrid de 17 septiembre 1998 (AS 1998, 3352), STSJ Extremadura de 27 octubre 1998 (AS 1998, 4305) y SSTSJ Comunidad Valenciana de 13 enero 1999 (AS 1999, 189) y de 5 noviembre 2001 (AS 2001, 2832).

199 STSJ Asturias de 28 julio 2000 (AS 2000, 2133).

200 STS de 19 enero 1998 (RJ 1998, 996).

201 STC 191/1996, de 26 noviembre. Vid. el comentario de MIÑARRO YANINI, M.: “Garantía de prioridad de permanencia en la empresa de los representantes unitarios de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo”, *Tribuna Social*, núm. 79, 1997, pgs. 77-82.

202 TUDELA CAMBRONERO, G.: “Las garantías de los representantes de los trabajadores”, *Tribuna Social*, núm. 51, 1995, pg. 41.



El derecho de prioridad en la permanencia, caso de reducción de plantilla o amortización de puestos de trabajo, implica, conceptualmente, la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional del representante para su desempeño<sup>203</sup>, supuesto en el que se impone la permanencia y preferencia de éste. Aquel derecho opera en relación con los demás trabajadores de la misma categoría o grupo profesional<sup>204</sup>, no frente a toda la plantilla. De todos modos, la categoría o grupo profesional es un límite relativo, ya que se posibilita *ex lege* la movilidad funcional entre categorías equivalentes (arts. 22.3 y 39.1 LET), de ahí que el criterio de la categoría o el grupo, como elemento reductivo del juego de la prioridad de permanencia entre los representantes, no sea adecuado<sup>205</sup>. El elemento de valoración, en definitiva, no sólo debe ser la categoría o grupo profesional, sino que se debe atender también a la cualificación y la aptitud profesional de los trabajadores concurrentes.

El reconocimiento de este derecho no conlleva la obligación empresarial de ofrecer un nuevo puesto de trabajo al representante, distinto del que venga desempeñando, en perjuicio de otro trabajador. No es una garantía absoluta e incondicionada, pues su eficacia es exclusiva respecto de aquellos trabajadores que se encuentren en las mismas circunstancias objetivas. Se entiende así que cuando el representante es trabajador eventual el derecho de prioridad de permanencia opera únicamente respecto de los trabajadores temporales y no respecto de los que tienen condición de personal fijo, ya que “otra interpretación significaría un desmesurado privilegio de quienes ostentan o van a ostentar funciones representativas, aunque se trate de personal unido con contrato temporal, respecto a quienes han adquirido la condición de fijeza” y “haría de la permanencia de los representantes no una garantía de los derechos de los demás trabajadores sino un verdadero inconveniente para su ejercicio en cuanto iba a pugnar con el principal de ellos, el derecho al trabajo estable, de quienes no son representantes, pero, sin embargo, son trabajadores fijos”<sup>206</sup>. Con todo, es cierto que el legislador no ha condicionado la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores y que la defensa del interés colectivo asignado a todo representante podría ser acreedora de ese derecho ante cualesquiera circunstancias.

La clave de esta garantía, que no privilegio<sup>207</sup>, es la concurrencia de distintos trabajadores para el mismo o los mismos puestos de trabajo. La empresa dispone de plenas

---


203 SJS núm. 1 Castellón de 29 diciembre 2000 (AS 2001, 3267).

204 OJEDA AVILES, A.: *Derecho sindical*, cit., pg. 412.

205 Vid. TUDELA CAMBRONERO, G.: *Garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., pg. 241, y APARICIO TOVAR, J.: “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato”, cit., pg. 287.

206 STSJ Cantabria de 12 enero 1996 (AS 1996, 812).

207 Ciertamente, no estamos en presencia de privilegios sino de garantías con una determinada finalidad, de ahí que no se deba incluir a los representantes entre los trabajadores afectados en cuanto les coloca en una situación límite: o renunciar al derecho de prioridad en la permanencia, para beneficiar a otros trabajadores no representantes, o hacer valer su derecho, con perjuicio de estos otros trabajadores (STC 191/1996, de 26 noviembre).



facultades para seleccionar al personal afectado por el despido colectivo o la extinción por causas objetivas, sin otras limitaciones que –primero– respetar la preferencia legal de permanencia de los representantes de los trabajadores y –segundo– aquéllas que se hubieran pactado en sede colectiva, además de las genéricas de no discriminación o lesión de derechos fundamentales<sup>208</sup>. Corresponde, en principio, al representante probar la concurrencia de que otros trabajadores desarrollan funciones similares a la suya, más cuando entre ellos haya existido movilidad funcional; de alegar móvil discriminatorio, y a los efectos de la traslación de la carga de la prueba, aquellos datos constituyen un indicio suficiente.

### 1.3. El derecho de opción en los despidos improcedentes

Pretende el legislador completar la “protección eficaz”<sup>209</sup> contra toda decisión empresarial extintiva que pueda perjudicar a los trabajadores por su condición de representantes. Con esa finalidad incorpora una garantía “instrumental”<sup>210</sup> respecto de la inmunidad relativa [art. 68.c) LET], impidiendo que el representante pueda ser desvinculado de la empresa y de la representación por una decisión injustificada o que no respete las formalidades exigidas *ad casum*. Así, en concreto, cuando el despido de un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical sea declarado improcedente, “la opción (entre la readmisión o la indemnización sustitutoria) corresponderá siempre a éste” (arts. 56.4 LET y 110.2 LPL). La regla general en los despidos declarados improcedentes es la atribución al empresario del derecho de opción, que debe hacerla efectiva en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia (art. 56.1 LET); sin embargo, como excepción, el derecho de opción pasa al trabajador siempre que éste ostente o haya ostentado en el año inmediatamente anterior al despido la condición de representante<sup>211</sup> y no haya perdido esa condición por dimisión, revocación o destitución<sup>212</sup>.

Esta garantía –a diferencia del expediente contradictorio que se exige solamente en

208 STSJ Baleares de 11 mayo 1995 (AS 1995, 1783) y STSJ Murcia de 20 noviembre 1995 (AS 1995, 4398).

209 Cfr. artículo 1 del Convenio núm. 135 de la OIT.

210 STS de 15 mayo 1990 (RJ 1990, 4331).

211 STS de 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2607); también, STSJ Cataluña de 9 diciembre 1999 (AS 1999, 466) y STSJ Madrid de 8 junio 2001 (AS 2001, 2937). El derecho de opción “corresponde a quien en el momento del despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical e, igualmente, al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores” [STS de 20 junio 2000 (RJ 2000, 7172)]; lo relevante es, por tanto, “el momento del despido” [STS de 30 octubre 2000 (RJ 2000, 9659)].

212 Como el fundamento de la garantía es el interés colectivo protegido [STS de 26 diciembre 1990 (RJ 1990, 9838)], no se aplica a quienes hayan cesado en sus funciones representativas por dimisión o revocación [STS de 3 mayo 1983 (RJ 1983, 2333)], situaciones a las que se asimila la destitución [STS de 29 diciembre 1998 (RJ 1999, 447)]; STSJ Cataluña de 20 septiembre 2002 (AS 2002, 3013)]. La STC 229/2002, de 9 diciembre, plantea el distinto alcance de la destitución como causa de finalización del mandato representativo, según se trate de representantes unitarios o sindicales; vid. el comentario crítico a esta sentencia de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El derecho de opción en caso de despidos improcedentes de exdelegados sindicales”, *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, pgs. 36-55.



los despidos disciplinarios– se aplica siempre que haya sido calificado improcedente el despido o la decisión extintiva, resultando “indiferente la causa que haya conducido a tal calificación judicial de la extinción del contrato”<sup>213</sup>. Es decir, el derecho de opción es ejercitable por el representante en cualesquiera extinciones que puedan merecer la calificación de improcedencia; también, por consiguiente, en el despido objetivo<sup>214</sup> y no sólo en el disciplinario. Y es que la calificación como improcedente del despido objetivo por parte del órgano judicial produce “iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario” (arts. 53.5 LET y 123.2 LPL).

La opción debe ejercitarse mediante escrito o comparecencia del trabajador ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia. Todavía se refuerza más la estabilidad en el empleo del representante en cuanto dispone el precepto legal que “de no efectuar la opción” en ese plazo, “se entenderá que lo hace por la readmisión”, añadiendo, y es lo más importante, que “cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada” (art. 56.4, *in fine*, LET). Si el empresario no readmite o readmite irregularmente podrá plantear el representante “el incidente de no readmisión” que llevará al cumplimiento de la sentencia “en sus propios términos” [art. 280.1.a) LPL]<sup>215</sup>, requiriendo el Juez, previa solicitud del representante, que se reponga al trabajador en su puesto en el plazo de tres días (art. 280.2 LPL). De persistir la negativa a la readmisión, el Juez, tras la solicitud de parte y siguiendo un procedimiento abreviado para verificar la resistencia del empresario, ordenará reponer al trabajador en su puesto dentro de los cinco días siguientes, advirtiéndole que de no proceder a la reposición o de no hacerlo en la debida forma vendrá obligado a pagarle la retribución, manteniendo el alta y la cotización a la Seguridad Social, y a permitirle el acceso a la empresa o centro de trabajo para que continúe desempeñando las funciones y actividades propias de su cargo representativo (art. 282 LPL).


Con esta última previsión se logra sustraer al empresario la posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización, de manera que, además de atribuir la titularidad del derecho de opción al representante de los trabajadores, una vez efectuada la opción por la readmisión ésta debe producirse en sus propios términos. Se configura, en suma, un derecho del representante a la “estabilidad real”<sup>216</sup> en su trabajo, de todo punto necesaria para la tutela efectiva de los intereses colectivos. Sólo en el caso de cese o cierre obligado de la empresa se admite sustituir esta ejecución en sus propios términos por el abono de “las indemnizaciones y salarios dejados de percibir que señala el

213 STS de 23 mayo 1995 (RJ 1995, 5897).

214 STSJ País Vasco de 3 marzo 1998 (AS 1998, 1293).

215 *In extenso*, en relación con el procedimiento para obtener la ejecución en sus propios términos y su contenido técnico, vid. ORTIZ LALLANA, M. C.: *La ejecución de sentencias de despido*, ACARL, Madrid, 1995, pgs. 244-272.

216 STS 142/1985, de 23 octubre. Vid., ampliamente, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Civitas, Madrid, 1995, *passim*.



apartado 2 del artículo 279 LPL” (art. 284 LPL), después de declarar el Juez extinguida la relación laboral.

## 2. Despidos lesivos de las garantías de los representantes: calificación jurídica

De las garantías frente al despido que se atribuyen en exclusiva a los representantes de los trabajadores, la primera de ellas –según el orden expositivo anterior– es de naturaleza material o sustantiva, a diferencia de la segunda que es de carácter formal, pero no por ello de menor consideración; la última, que sin duda es una garantía más, despliega sus efectos una vez decidida la extinción contractual por el empresario si, impugnada ante el órgano judicial, es declarada improcedente. La diversa naturaleza de las garantías legales, así como su distinto modo de operar, implica un tratamiento diferenciado, no homogéneo, en orden a la sanción de su incumplimiento. Así, mientras la lesión de las primeras se proyecta sobre la calificación del despido, la última, por el contrario, persigue hacer efectivo el principio de estabilidad real en el empleo, caso de improcedencia del despido. Según cuál sea la calificación del despido, los efectos sobre la continuidad de la relación de trabajo serán unos u otros: mientras el despido procedente convalida la extinción del contrato de trabajo y el improcedente da derecho a optar –en este caso al representante– entre la readmisión o el abono de la indemnización tasada, en el despido nulo el trabajador tiene derecho a la readmisión inmediata, con el correspondiente abono de los salarios dejados de percibir.

En general, es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas discriminatorias prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En esta línea, el artículo 68.c) LET establece una prohibición específica, complementaria de la más extensa del artículo 17 LET, que protege a los representantes contra los despidos cuyo fundamento no sea un incumplimiento laboral. La garantía de inmunidad en el ejercicio de las funciones representativas, sin embargo, no impide al empresario ejercer su poder disciplinario cuando el trabajador incurra en un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones contractuales. No es que el legislador incorpore *ex novo* una garantía para la representación de los trabajadores; simplemente insiste en lo ya dispuesto en el artículo 58.1 LET, con la finalidad de remarcar la tutela de los intereses colectivos. Sin duda, la decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato de trabajo de un representante contraviniendo la garantía de inmunidad es discriminatoria, cuando no lesiva del derecho de libertad sindical<sup>217</sup>, de ahí que se imponga la calificación de nulidad del

<sup>217</sup> Aunque, con acierto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el artículo 28.1 de la Constitución en su vertiente colectiva pertenece a los sindicatos y no a otros sujetos colectivos –como los representantes de los trabajadores–, que son de creación de la ley y no emanan directamente del texto constitucional (arts. 7 y 28.1 CE), encontrando sólo una indirecta vinculación con el artículo 129.2 CE” (STC 197/1990, de 29 noviembre), en la práctica la mayor parte de los miembros de las representaciones unitarias proceden de listas elaboradas por sindicatos en su condición de afiliados a los mismos, comprendiendo la libertad sindical todas las actividades realizadas en representación y defensa de los trabajadores dentro de la empresa (SSTC 38/1981, de 23 noviembre, y 114/1989, de 22 junio). Sobre el tema, ampliamente, BADIOLA SANCHEZ, A. M.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pgs. 191-196.



despido. Con seguridad, igual conclusión hubiera alcanzado la jurisprudencia desde la aplicación de los preceptos generales que prohíben las conductas discriminatorias<sup>218</sup>, de ahí que la admonición del artículo 68.c) LET contra arbitrariedades resulte “pleonástica”<sup>219</sup>.

Sobre la prioridad de permanencia en el empleo hay que distinguir según dicha garantía no se haya cumplido en el despido colectivo o en el despido objetivo por causas empresariales.

De una parte, se reconoce expresamente aquella garantía a los representantes de los trabajadores en los supuestos de despidos colectivos (art. 51.7 LET), siendo nula toda extinción que no haya obtenido la previa autorización administrativa (art. 124 LPL). Así, finalizado el expediente de regulación de empleo con la preceptiva autorización administrativa –bien porque durante el periodo de consultas se llegó a un acuerdo incorporando un listado concreto de trabajadores afectados o bien porque, aun concluido sin acuerdo previo, se aceptó la solicitud del empresario que adjuntaba una relación de trabajadores afectados–, el despido de un representante de los trabajadores no incluido en el expediente será nulo por falta de autorización. Por el contrario, de estar incluido en el expediente autorizado deberá impugnar la resolución, primero en sede administrativa y después ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>220</sup>, para una vez reconocido su derecho preferente y anulada<sup>221</sup> la resolución solicitar la readmisión al empresario. Sucede, sin embargo, que sólo se exige al empresario que en la solicitud indique el “número y categorías (...) de los trabajadores que vayan a ser afectados por el expediente, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores afectados y periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo” [art. 5.b) RD 43/1996], de modo que conforme a esta previsión normativa puede ocurrir que se autorice la extinción de un cierto número de trabajadores, en un determinado periodo de tiempo y en unas condiciones, sin especificación de personas afectadas. En tal supuesto, dado que la competencia del Orden Contencioso-Administrativo de la Jurisdicción sólo alcanza a los aspectos a los que llegó la resolución administrativa, toda cuestión que se refiera a la concreta determinación de los


---

218 Como señala APARICIO TOVAR, J.: “Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato”, cit., pg. 282, esta garantía se añade a la prohibición de discriminación prevista en los artículos 14 CE y 17 LET, además de la establecida en los Convenios 111 y 135 de la OIT.

219 OJEDA AVILES, A.: *Derecho sindical*, cit., pg. 410.

220 Afirma RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, cit., pg. 332, que “si el trabajador no impugna la decisión administrativa no podrá en vía jurisdiccional laboral subsanar esta pasividad, por lo que la extinción de su contrato será inatacable, ya que no se tratará de una extinción arbitraria e infundada sino basada en una previa autorización administrativa”. Vid. SSTSJ Asturias de 29 abril 1994 (AS 1994, 1552) y de 20 enero 1995 (AS 1995, 33).

221 Vid. MONEREO PEREZ J. L. y FERNANDEZ AVILES, J. A.: *El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, cit., pg. 238 (nota 281); también, GORELLI HERNANDEZ, J.: “Las nulidades en la extinción colectiva”, *Relaciones Laborales*, t. II, 1997, pgs. 229-231.



trabajadores afectados pasa a ser competencia de la Jurisdicción Social<sup>222</sup>, que resolverá sobre si determinadas extinciones pueden o no ser consideradas incluidas en el ámbito de la autorización administrativa. De este modo, las extinciones –por cualesquiera razones, entre ellas no respetar la prioridad de permanencia de los representantes– que no se ajusten a los parámetros extintivos autorizados se equiparan a las extinciones sin autorización con la sanción de nulidad *ex artículo 124 LPL*<sup>223</sup>; igual calificación que si se colige discriminación en la selección de los trabajadores afectados<sup>224</sup>.

La misma garantía, de otra parte, se reconoce a los representantes del personal en los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 52.c), párrafo segundo, LET]. Ciertamente, el incumplimiento de algunos requisitos formales –la comunicación escrita expresando la causa o la puesta a disposición de la indemnización en los términos exigibles– determina la nulidad del despido, al igual que la decisión extintiva discriminatoria [arts. 53.4 LET y 122.2.a) y b) LPL]. No se incluye entre los supuestos de nulidad el despido realizado sin respetar el derecho de permanencia prioritaria de los representantes del personal en la empresa, de ahí que ese incumplimiento provoque la improcedencia<sup>225</sup> del despido; de ser otra la conclusión, el legislador hubiera confirmado la sanción de nulidad expresamente, y no lo ha hecho. En cualquier caso, como los efectos de la calificación –procedente, improcedente o nulo– del despido objetivo son –con modificaciones– los indicados para el despido disciplinario, la improcedencia supone *de facto* que es el representante el que tiene reconocido el derecho de opción (arts. 53.5 LET y 123.2 LPL), garantizándole así la estabilidad en el empleo. Salvo que la selección de los trabajadores resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas, supuestos específicos de nulidad de la decisión extintiva, el mero incumplimiento de aquella garantía acarrea la improcedencia<sup>226</sup> y, consiguientemente, la aplicación del derecho de opción a favor del representante.

222 STS de 17 marzo 1999 (RJ 1999, 3002), con cita de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 29 diciembre 1988 (RJ 1988, 10314) y de la STS de 25 junio 1996 (RJ 1996, 4979). También, posteriormente, SSTS de 28 julio 1999 (RJ 1999, 7485), de 28 y 30 septiembre 1999 (RJ 1999, 7758 y 7489) y de 5 octubre 1999 (RJ 1999, 7544), entre otras. La STS (C-A) de 22 septiembre 1999 (RJ 1999, 7940), sin embargo, se muestra partidaria en todo caso del conocimiento por el orden contencioso de la Jurisdicción. Sobre “la escisión en cuanto a la revisión jurisdiccional”, vid. RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, cit., pgs. 620-621.

223 En este mismo sentido, BADIOLA SANCHEZ, A. M.: *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, cit., pgs. 500-501 (y nota 206).

224 RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La selección de trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control”, cit., pgs. 31-32, y GONZÁLEZ-POSADA MARTINEZ, E.: “La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal”, en VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pg. 808.

225 Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Las garantías de los miembros del comité de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., pg. 1327.

226 STSJ Andalucía/Sevilla de 29 diciembre 1993 (AS 1993, 5517), STSJ Extremadura de 27 octubre 1998 (AS 1998, 4305), STSJ Andalucía/Málaga de 30 marzo 2001 (AS 2001, 973) y STSJ Asturias de 21 diciembre 2001 (AS 2001, 4598). Sin embargo, la STSJ Castilla y León/Burgos de 8 marzo 1996 (AS 1996, 464) considera en todo caso nulo el despido, por vulnerar el derecho de libertad sindical.



## LA FUNCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL EN LA CRISIS ECONÓMICA

### D.<sup>a</sup> Remedios Roqueta Buj


Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Valencia.

El Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) es un Organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que, de conformidad con los arts. 33 y 51.12 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (DOF), que se financia con las aportaciones de los empresarios y se hace cargo de las siguientes prestaciones:

- 1<sup>a</sup>) En los supuestos de insolvencia o concurso de los empresarios, si concurren determinados requisitos y dentro de los límites legales, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos extintivos del contrato de trabajo (art. 33.1 y 2 ET).
- 2<sup>a</sup>) Con independencia de la situación de solvencia o insolvencia empresarial, de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor de cuyo pago sea liberado el empresario por decisión de la autoridad laboral (art. 51.12 ET), y del 40% de la indemnización legal derivada de la extinción de los contratos de trabajo por las causas previstas en los arts. 51 y 52.c) del ET y 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), en aquellas empresas que cuentan con menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET).

### I. La responsabilidad del fogasa en las situaciones de insolvencia empresarial

Según lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET, en las situaciones de insolvencia o concurso del empresario el FOGASA responde, si concurren los requisitos legales y dentro de determinados límites, de los salarios puros y de tramitación adeudados y de las indemnizaciones derivadas de algunos supuestos de extinción de la relación laboral. La responsabilidad que adquiere el FOGASA en virtud del antecitado precepto



deriva de una obligación ajena, que en principio corresponde al empresario -con la consiguiente facultad de subrogarse en los créditos satisfechos al trabajador para su posterior recuperación-, tratándose de una responsabilidad subsidiaria o sustitutoria de la del empresario, supeditada a la previa declaración de insolvencia singular o concursal de éste, y limitada en su cuantía<sup>1</sup>.

De este modo, la institución de garantía salarial protege los créditos laborales frente a las insolvencias de los empresarios, asegurando su cobro por los trabajadores<sup>2</sup>. Se trata, además, de un instrumento que contribuye al mantenimiento de la paz social, en la medida en que los trabajadores tienen la seguridad de que, aún en el caso de que su empresa sea declarada insolvente, cobrarán parte de las cantidades que ésta les adeude<sup>3</sup>. Por otra parte, al facilitar el saneamiento financiero y la conservación de las organizaciones productivas, puede evitar la desaparición de los puestos de trabajo subsistentes y los despidos consiguientes<sup>4</sup>. Téngase en cuenta a estos efectos que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad subsidiaria, si bien perteneciente al modelo de subsidiariedad simple y no cualificado. Y ello es así porque la insolvencia empresarial que la desencadena tiene un carácter eminentemente formal, quedando relegada a un segundo plano la situación patrimonial del empresario deudor. Efectivamente, la insolvencia puede derivar de la iliquidez transitoria o de la insuficiencia patrimonial de éste. Es más, el art. 275 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), contempla la eventual declaración de la insolvencia empresarial a los solos efectos de reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial en aquellos supuestos en los que exista activo empresarial, pero éste se encuentre afecto al sistema de producción.

De acuerdo con el art. 33.1 del ET, el FOGASA *“abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario”*, y a tales efectos *“se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días”*. De este modo, la

- 1 Ver, por todos, GARCÍA MURCIA, J., *El fondo de garantía salarial*, Madrid, 1983, págs. 164 y ss; y GARCÍA MÁIQUEZ, J.M<sup>a</sup>., *Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial*, Madrid, 1992, págs. 52 y 53.
- 2 GARCÍA MURCIA, J., “La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Comentarios a la nueva Legislación Laboral (Coord. RODRIGUEZ- PIÑERO)*, Madrid, 1985, pág. 156.
- 3 POYATOS VILLENA, J., “El Fondo de Garantía Salarial...”, cit., pág. 262.
- 4 GARCÍA MURCIA, J., “El Fondo de Garantía Salarial ante la crisis empresarial”, en AA.VV., *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 156.



garantía salarial cubre los salarios devengados y no satisfechos los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan<sup>5</sup>.

Según el art. 33.2 del ET, el FOGASA garantiza el pago de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo por las siguientes causas: a) el despido disciplinario; b) la voluntad del trabajador fundada en un incumplimiento empresarial; c) las causas previstas en el art. 51 del ET; d) el despido objetivo; e) la extinción del contrato de trabajo de conformidad con el art. 64 de la Ley Concursal; f) la finalización de los contratos temporales.

En las páginas que siguen, sin embargo, nos vamos a centrar en aquellas indemnizaciones vinculadas a la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

### **A) Extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores**

El art. 33.2 del ET responsabiliza al FOGASA del abono de las indemnizaciones derivadas de las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en el art. 51 del ET, a saber<sup>6</sup>: 1ª) Fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo [art. 49.1.h) ET]; 2ª) despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 49.1.i) ET]; 3ª) extinción de la personalidad jurídica del empresario social [art. 49.1.g) ET].

Deben tenerse en cuenta, no obstante, las siguientes situaciones particulares:


- a) Si el contrato de trabajo se extingue en virtud de expediente de regulación de empleo, cuando el trabajador se haya en situación de excedencia voluntaria, procede la responsabilidad del FOGASA, ya que el trabajador excedente conserva derechos en relación con la empresa, en la que puede obtener el reingreso si a la finalización de la excedencia existe vacante, con lo que la relación jurídica no se ha llegado a extinguir<sup>7</sup>.

5 Hay que subrayar que la normativa actualmente en vigor, a diferencia de la anterior, ha excluido de la responsabilidad del FOGASA el abono de las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social por el mismo período de los salarios no satisfechos por el empresario (SANCHEZ-CERVERA SENRA, "El Fondo de Garantía Salarial", En, *El ET* (dir. E. BORRAJO), Tomo VI, Edersa, Madrid, 1982, pág. 403).

En cuanto al ámbito objetivo de la cobertura del FOGASA, véanse, por todos, GARCÍA MÁIQUEZ, J.Mª., *Régimen jurídico...*, cit., págs. 69 y ss; ROQUETA BUJ, R., *Las prestaciones del FOGASA*, Valencia, 1997, págs. 16 y ss; CANTOS ABERASTURI, E., *El fondo de Garantía Salarial, Régimen jurídico de prestaciones y su intervención en el procedimiento laboral*, Valencia, 2000, págs. 79 y ss; y RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo*, Granada, 2000, págs. 245 y ss.

6 Por todos, GARCÍA MÁIQUEZ, J.Mª., *Régimen jurídico...*, cit., págs. 71 y 72.

7 SSTCT de 15 de noviembre y 14 de diciembre de 1988 (AR/7395 y 8235), 3 de marzo de 1989 (AR/2162); y SSTSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 1989 (AS/2352) y 6 de mayo de 1991 (AS/3468), y de la Comunidad de Madrid de 5 de febrero de 1990 (AS/730).

- 
- b) Si el trabajador se halla en situación de incapacidad temporal o de incapacidad permanente revisable al tiempo de la resolución contractual por el expediente de regulación de empleo, el FOGASA resulta responsable subsidiario en caso de insolvencia de la empresa respecto de la indemnización por regulación de empleo, aunque el trabajador sea declarado en situación de incapacidad permanente total con posterioridad a la resolución de la autoridad laboral<sup>8</sup>. Pero, si el trabajador es incluido entre los afectados por el expediente de regulación de empleo tras haber sido declarado en situación de invalidez permanente total o absoluta, no procede la responsabilidad del FOGASA, ya que producida la extinción por esta causa resulta inocua la autorización para resolver lo ya inexistente<sup>9</sup>.
- c) Aunque por la propia literalidad, contenido y finalidad de lo dispuesto en el art. 51.2 del ET no cabe duda que la solicitud de extinción de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción presupone la existencia de relación laboral, sin embargo el simple hecho de que el trabajador no se encuentre de alta en la empresa no implica necesariamente la ausencia de prestación de servicios y por lo tanto de relación laboral. Por ello, si, a pesar de que el trabajador fue dado de baja en la Seguridad Social, se siguieron efectuando las correspondientes cotizaciones, instándose tras ello expediente de regulación de empleo, siendo tramitado con todas las garantías legales, dictándose resolución administrativa en la que se autoriza la extinción de la relación laboral del trabajador, el FOGASA no encuentra amparo legal alguno para denegar la prestación indemnizatoria<sup>10</sup>.
- d) Las indemnizaciones derivadas de un expediente de regulación de empleo no gozan de la cobertura del FOGASA cuando con anterioridad los trabajadores causaron baja voluntaria en la empresa, por cuanto la autoridad laboral *“nunca podrá resucitar una relación laboral muerta con anterioridad por propia voluntad de los trabajadores”*<sup>11</sup>.

Por lo demás, es indiferente que el expediente sea promovido por el empresario o por los trabajadores, según permite el art. 51.9 del ET. También es irrelevante que el expediente termine con o sin acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Ahora bien, en el primer caso debe tenerse en cuenta que el FOGASA, dentro de los límites indemnizatorios a su cargo, sólo responde de las cuantías legalmente establecidas en el ET, esto es, de las cantidades que resulten de aplicar los 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite de una anualidad (arts. 33.2 ET y 19.1 DOF), y no de las

8 SSTS de 3 de julio de 1987 (RJ/5075) y 27 de noviembre de 1992 (Recud. núm. 2212/1991); SSTSJ del Principado de Asturias de 15 de diciembre de 1989 (AS/1064) y de la Comunidad de Madrid de 8 y 30 de enero de 1990 (AS/276 y 431); y SSTCT de 4 de noviembre de 1988 (AR/7330), 31 de enero, 20 de febrero y 29 de marzo de 1989 (AR/653, 1427 y 2243).

9 SSTSJ de Cataluña de 29 de junio de 1991 (AS/4182), de las Islas Baleares de 9 de marzo de 1994 (AS/1196) y de Andalucía de 23 de noviembre de 1996 (AS/3885).

10 STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 1994 (Rec. núm. 685/1994).

11 SSTSJ de Aragón de 17 de octubre de 1990 (AS/883) y de Cataluña de 27 de octubre de 1997 (AS/3916).




superiores -o exceso- que libremente acuerden las partes sin su intervención<sup>12</sup>. Es más, si la empresa en virtud de tales acuerdos ha satisfecho a los trabajadores en concepto de indemnizaciones cantidades que superan los módulos legales, el FOGASA no abonará cantidad alguna y, si no los han alcanzado, sólo la diferencia<sup>13</sup>. Y ello es así porque la responsabilidad del citado Organismo público es subsidiaria, autónoma y limitada legalmente, de forma que, aunque, en principio, no resulta afectada por los pactos que hayan mediado entre la empresa y los trabajadores, sólo es exigible mientras esté viva la que pueda ejercitarse contra la empresa, para hacer viable la subrogación derivada del pago, y está limitada a los módulos legalmente establecidos, sin que puedan desbordarse aquellos que figuran como máximo. Por consiguiente, una vez abonada por la empresa cantidad igual o superior a la establecida en el ET, ninguna responsabilidad subsidiaria resta por asumir al FOGASA, que en ningún caso responderá de las diferencias impagadas por la empresa aunque estén por debajo de los límites de su responsabilidad. Por último, el Fondo se hace cargo de la indemnización, dentro de los límites legales, con independencia de la modalidad de pago acordada por las partes, esto es, ya consista en una cantidad fija o en un complemento periódico<sup>14</sup>.

## B) Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas

Aunque no se mencionase este supuesto en la normativa laboral anterior, sin duda, era uno de los que originaba indemnizaciones protegidas por el FOGASA cuando la decisión empresarial fuera judicialmente calificada como improcedente o nula. En primer lugar, porque el art. 33.2 del ET hacía referencia al “*despido*”, sin distinciones, para incluir todas sus variantes<sup>15</sup>. En segundo lugar, porque el art. 53.5 del ET dispone que la calificación por la autoridad judicial de la improcedencia o nulidad de la decisión extintiva produce “*iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario*”, sin que en las modificaciones que seguidamente establece se exonere al FOGASA de la responsabilidad

- 
- 12 SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de junio de 1989 (AS/424) y 2 de febrero de 1990 (AS/706). ALBIOL MONTESINOS, I., “Las prestaciones del FOGASA: criterios normativos y jurisprudenciales (I)”, *A.L.*, nº 38, 1989, pág. 505, afirma que cuando el art. 33.2 del ET responsabiliza al FOGASA del abono de las “*indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa*”, la expresión comprende no sólo las indemnizaciones legales mínimas del art. 51 del ET, sino también las que en cuantía superior pudiesen estar establecidas en convenio colectivo o contrato individual, siendo sintomática la diferente redacción existente entre los párrafos 2 -“*indemnizaciones reconocidas*”- y 8 -“*indemnización legal*”- del art. 33 del ET. Por ello, el art. 19.1 del DOF, al establecer que la cuantía de la indemnización “*se calculará a razón de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad*”, efectúa una reducción -la de los 20 días de salario por año de servicio- no prevista en el art. 33 del ET, que cabría considerar ilegal. Por ello, sostiene que la conclusión podría ser la de que, si en el pacto colectivo o individual está fijado un mayor número de días de salario, a ese habrá de estarse, y no al de 20 días por año de servicio.
- 13 SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 21 de marzo de 1995 (Rec. núm. 440/1994), de Cataluña de 9 de mayo de 1995 (AS/1953), de Castilla-León de 14 de enero de 1996 (Rec. núm. 2251/1995), de Aragón de 11 de diciembre de 1996 (AS/4639) y de la Comunidad Valenciana de 23 de febrero de 1999 (Rec. núm. 1052/1996).
- 14 STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de febrero de 1999 (Rec. núm. 1052/1996).
- 15 STCT de 7 de febrero de 1989 (AR/1386).



subsidiaria. De todo ello se infería que en la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, si la correspondiente decisión empresarial se calificaba de improcedente o nula, aquél asumía la responsabilidad que señalaba el art. 33.2 del ET<sup>16</sup>, incluso en aquellos casos en los que el trabajador despedido estaba sujeto a un contrato temporal vencido al dictarse la sentencia resolutoria del juicio de despido o el auto que ponía fin al incidente de no readmisión<sup>17</sup>. Así lo entendía el propio FOGASA, ya que en la Instrucción nº 5/1995 de la Secretaría General del citado Organismo se disponía que cuando la extinción se producía por causas objetivas, si contra la comunicación del empresario se había interpuesto demanda de despido y se dictaba sentencia declarando dicho despido improcedente, o nulo, cabía *“el reconocimiento de prestaciones de garantía salarial, con sus límites, en caso de insolvencia de la empresa”*.

Si la decisión extintiva era calificada como procedente, el trabajador habría ya percibido la indemnización legalmente establecida para este caso, en aplicación de lo ordenado en

16 El Tribunal Central de Trabajo, durante la vigencia del art. 56.4 del ET, equiparó, fundándose en lo establecido en los arts. 143 de la anterior LPL y 53.3 y 5 del ET, la resolución del contrato por causas objetivas calificada como improcedente al despido disciplinario improcedente, incluso a efectos del FOGASA. En esta línea, la STCT de 19 de octubre de 1982 (AR/5511) afirmaba lo siguiente: *“a este respecto se ha de tener en cuenta que el art. 143 de la L. Pro. Lab., que trata de la intervención y llamada a juicio del F.G.S., establece en su párr. 3º que “en los procesos por extinción objetiva del contrato de trabajo...ocurridos en empresas de menos de 25 trabajadores será llamado a juicio, como parte, el F.G.S., quien responderá de cuanto le incumba, aún en el caso de incomparecencia”, responsabilidad que de declararse tal decisión extintiva como improcedente y en el supuesto de empresas de menos de 25 trabajadores, no es otra que la que señala el art. 56 del Estatuto, dado que el art. 53.5 de dicho Texto dispone que la calificación de improcedencia “producirá iguales efectos que las indicadas para el despido disciplinario”, sin que en las modificaciones que seguidamente establece exonere al Fondo de la responsabilidad contenida en el mentado art. 56, de todo lo cual se infiere que en la extinción del contrato por causas objetivas, si la correspondiente decisión se califica de improcedente y se trata de empresas de menos de 25 trabajadores, el F.G.S. asume la responsabilidad que, en su caso, señala el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores”*. Por su parte, la STCT de 23 de febrero de 1983 (AR/1534) afirmaba que no es cierto *“que la condena del organismo recurrente tan sólo pueda derivarse del hecho de haberse declarado improcedente un despido notificado por razones disciplinarias, ya que, además, de que el art. 143 de la L. Pro. Lab. atribuye una responsabilidad, en estos casos, el F.G.S., el art. 53.5 del E.T., aludiendo a la extinción por causas objetivas, dispone que “la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva, producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario”, y en virtud de ello resuelve que “la declaración de improcedencia y la condena al F.G.S. han sido aplicadas con justeza al supuesto de autos, en virtud de lo establecido por el art. 56 del E.T.”*. En el mismo sentido, la STCT de 19 de febrero de 1983 (AR/1430). Tras la reforma operada por la Ley 32/1984, la mayoría de la doctrina entiende que éste es uno de los supuestos que originan indemnizaciones garantizadas por el FOGASA. Así se expresan, entre otros, GARCÍA MÁIQUEZ, J.Mª., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 70; y ROMERO DE BUSTILLO, S., *“El Fondo de Garantía Salarial: Puntos críticos (y II)”*, A.L., nº 3, 1994, pág. 40. Por su parte, MOLINER TAMBORERO, G., *“La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial”*, A.L., nº 4, 1986, pág. 161, estima que, dada la analogía entre el despido disciplinario y la extinción por causas objetivas, es posible sostener su asimilación y la garantía, si bien admite que el hecho de que el art. 14.2 del DOF repita la terminología del texto legal puede justificar una interpretación gramatical restrictiva. En la línea apuntada por este autor, la STSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1993 (AS/3804) afirma que el art. 33.2 viene referido *“a indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, con los límites que en el mismo se señalan; no incluyéndose la extinción del contrato de trabajo o despido por causas objetivas (art. 52 Estatuto de los Trabajadores)”*.

17 En sentido contrario, la STSJ de Andalucía de 27 de marzo de 1998 (Rec. núm. 3573/1997).



el art. 53.1.b) del ET, por lo que lógicamente no se planteaba la cuestión de su abono por el FOGASA<sup>18</sup>.

Sin embargo, los problemas surgían cuando la decisión extintiva se fundaba en causas económicas, ya que en este caso si la situación de la empresa no lo permite, el empresario puede dejar de poner a disposición del trabajador la indemnización, haciéndolo constar en la comunicación escrita y sin perjuicio del derecho del trabajador de exigirle su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva [art. 53.1.b) ET]<sup>19</sup>. De este modo, como en este caso la no puesta a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización legal no determina la nulidad de la decisión extintiva, se planteaba la cuestión de si procedía o no el reconocimiento de prestaciones indemnizatorias de garantía salarial derivadas de la insolvencia de la empresa.

Pues bien, según la Instrucción nº 5/1995 de la Secretaría General del FOGASA, la respuesta había de ser negativa, dada “*la no inclusión de la extinción prevista por el art. 52.c) del ET en los puntos 1 y 2 del artº. 33 del ET*”. Ciertamente, este último expresamente sólo se refería al art. 51 del ET<sup>20</sup>. Además, como la reforma operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, no procedió a la modificación del apartado 2 del mencionado precepto y sí, en cambio, a la del apartado 8 del mismo artículo, incluyendo expresamente dentro de su ámbito de aplicación las extinciones derivadas del art. 52.c) del ET, se podía entender que, de haber existido voluntad legislativa de ampliar la responsabilidad subsidiaria del FOGASA a tales supuestos, los mismos se habrían mencionado y citado de modo expreso en el art. 33.2, cosa que no se hizo.

Con todo, la interpretación literal que se apuntaba no era de recibo<sup>21</sup>. A este respecto había que señalar que el apartado 2 del art. 33 del ET, a diferencia del apartado 8 de este mismo artículo, no delimitaba los supuestos extintivos determinantes de la responsabilidad del FOGASA por referencia al procedimiento que se siguiese para llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo, sino en atención a las causas en virtud de las cuales se llevaba a cabo dicha extinción<sup>22</sup>. En efecto, cuando este artículo establecía que el FOGASA abonaba las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de


18 Así, GARCÍA MÁIQUEZ, J.Mª., *Régimen jurídico...*, cit., pág. 71.

19 Cfr. STSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2006 (Rec. núm. 9248/2005).

20 En esta línea, se pronuncian ROMERO DE BUSTILLO, S., “El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (y II)”, cit., pág. 40; y STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 1997 (AS/1833).

21 ROQUETA BUJ, R., *Las prestaciones del FOGASA*, cit., págs. 66 y ss.

22 En esta línea, se sitúan las sentencias nº 117 del Juzgado de lo Social nº 1 de Zaragoza de 16 de abril de 1996 y la nº 479 del Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia de 27 de septiembre de 1996, si bien esta última se basa para ello en que el art. 33.2 del ET, al hablar de “*despido*”, se refiere implícitamente al art. 53 (despido por causas objetivas) y al art. 56 (despido disciplinario), quedando perfectamente recogido el caso previsto en el art. 52.c). Sin embargo, tal argumentación tan solo tiene virtualidad para el caso de que la decisión extintiva del empresario sea calificada como nula o improcedente.



sentencia o resolución a favor de los trabajadores *“a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 51 de esta Ley”*, lo que estaba diciendo era que el mencionado Organismo público respondía de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el art. 51 del ET, esto es, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por ello, aunque expresamente sólo se refería al art. 51 del ET, no excluía el supuesto extintivo previsto en el art. 52.c) del mismo texto legal, puesto que las causas en virtud de las cuales dicha decisión extintiva podía alcanzar sus efectos eran objeto de única regulación en el art. 51, pues a él se remitía concreta y específicamente el art. 52.c).

Siendo esto así, el art. 33.2 del ET no quedó afectado por el hecho de que la Ley 11/1994, de 19 de mayo, diversificase el procedimiento a seguir en el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en función del volumen de los despidos, no siendo necesaria, por consiguiente, su modificación. En cambio, el art. 33.8 del ET, según la redacción derivada de la Ley 32/1984, como se refería al procedimiento, al hablar de extinciones *“como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley”*, sí hubo de ser modificado, incluyendo expresamente en su ámbito de aplicación las extinciones derivadas del art. 52.c) del ET, pues, de lo contrario, se corría el riesgo de que una interpretación literal del mismo dejase fuera de su ámbito de cobertura las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por la vía del procedimiento del art. 52.c).

Ciertamente, como se dice en la STS de 26 de enero de 1998 (Recud. núm. 2673/1997), *“al llenar dicha laguna legal aplicando la analogía, la extinción contractual prevista en el art. 52. c) del ET tiene igual naturaleza que la del art. 51 estando en ambos casos ante supuestos de despido, concurriendo los demás requisitos exigidos legalmente para que nazca la obligación impuesta al Fondo de Garantía Salarial, produciendo la tesis de éste una total desprotección del trabajador en tales casos que iría contra el espíritu y finalidad del art. 33 del ET”*<sup>23</sup>. Esta interpretación, por lo demás, es la seguida por el legislador en la Ley 60/1997, de 19 diciembre, de naturaleza interpretativa al modificar la redacción del apartado segundo del art. 33 del ET, comprendiendo expresamente las causas de despido o extinción de los contratos en virtud del art. 52.c) del ET, además de los arts.

23 SSTS de 26 de enero de 1998 (Recud. núm. 2673/1997), 16 de febrero de 1998 (Recud. núm. 2913/1997), 4 de enero de 1999 (Recud. núm. 1741/1998), 8 de febrero de 1999 (Recud. 1592/1998), 15 de marzo de 1999 (Recud. núm. 403/1998), 14 de abril de 1999 (Recud. 2396/1998), 4 de junio de 1999 (Recud. 976/1998), 23 de junio de 1999 (Recud. 2253/1998), 30 de junio de 1999 (Recud. núm. 2003/1998) y 12 de julio de 1999 (Recud. 3526/1998); y SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 7 de octubre de 1997 (Rec. núm. 150/1997), de La Rioja de 27 de enero de 1998 (Rec. núm. 316/1997), de Cataluña de 9 de marzo de 1998 (AS/1507), de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2000 (Rec. núm. 2166/1997), de Cataluña de 26 de julio de 2000 (Rec. núm. 4277/2000), de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 166/1998), de Galicia de 14 de mayo de 2001 (Rec. núm. 4425/1997), y de Andalucía de 5 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 2571/2002). Cfr. las SSTSJ de Cataluña de 20 de febrero de 1997 (AS/1833), de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 30 de junio de 1997 (Rec. núm. 2896/1996), de La Rioja de 4 de septiembre de 1997 (Rec. núm. 198/1997), de la Comunidad de Madrid de 11 de marzo de 1998 (Rec. núm. 558/1998), y de Cataluña de 27 de marzo de 1998 (AS/2475).



50 y 51, como supuestos en los que FOGASA debe abonar las indemnizaciones reconocidas a favor de los trabajadores<sup>24</sup>.

El art. 33.2 del ET condiciona el abono por el FOGASA de las prestaciones indemnizatorias a que éstas vengan reconocidas por “sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa” a favor de los trabajadores. Y es evidente que la “carta de despido” no tiene encaje de ningún tipo entre los títulos habilitantes antes reseñados, pues tal documento únicamente recoge y expresa una decisión unilateral, una manifestación de voluntad de la empresa que por sí sola difícilmente puede vincular al FOGASA, si no da lugar a alguno de los títulos ejecutivos que el citado precepto menciona<sup>25</sup>.


Pues bien, a estos efectos cabe distinguir dos supuestos distintos, a saber:

- a) Si la extinción por despido objetivo procedente se funda en el art. 52.c) del ET, con alegación de causa económica, y la comunicación del despido indica al trabajador que por tal causa no puede poner a su disposición la indemnización, el FOGASA se responsabiliza del pago de la indemnización legal correspondiente pese a que el trabajador no haya impugnado el cese. En efecto, como subraya la STS de 24 de marzo de 2004 (Recud. núm. 3380/2003), el art. 33.2 del ET parte de la exigencia de que las correspondientes indemnizaciones se hayan reconocido como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido conforme al art. 52.c) del propio ET, y este reconocimiento por sentencia ha de entenderse cumplido en el presente caso por la condena a la empresa al abono de la indemnización por despido prevista en el art. 53.1.b) del ET en un proceso ordinario, en el que se reclame el pago de aquélla ante su falta de abono por parte de la empresa. Es cierto que el art. 25.c.1 del Real Decreto 505/1985 exige el testimonio de la resolución judicial en la que se declare o autorice la extinción del contrato de trabajo, lo que excluye obviamente la sentencia dictada en un proceso de reclamación de cantidad. Pero, aparte de que esta norma es más restrictiva que el precepto legal y podría, por tanto, operar «ultra vires», lo cierto es que el precepto reglamentario es anterior a la reforma de 1994 que

---

24 Así, entre otras, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2000 (Rec. núm. 4222/1997), 10 de julio de 2000 (Rec. núm. 4561/1997), 10 de mayo de 2000 (Rec. núm. 2809/1997) y 10 de mayo de 2000 (Rec. núm. 2166/1997), y de Andalucía de 22 de diciembre de 1999 (Rec. núm. 1122/1998) y 14 de enero de 2000 (Rec. núm. 1892/1999). En cambio, la STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 1998 (AS/1507) sostiene lo siguiente: “El legislador ha cubierto tal situación mediante Ley 60/1997, de 19 diciembre (BOE del día 20 siguiente), por virtud de la que se incluye entre los supuestos de protección contenida en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, el de extinción contractual amparado en el art. 52, c) del Estatuto de los Trabajadores, especificando en la disposición transitoria única que «los expedientes de solicitud de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial que se presenten, por las causas del art. 52, c) del Estatuto de los Trabajadores, surtirán efecto desde la entrada en vigor de esta Ley», que se produjo el día 21 de diciembre de 1997 (disposición final única). No existe previsión de efecto retroactivo y rige por tanto la norma general del art. 2.3 del Código Civil”. En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 11 de marzo de 1998 (Rec. núm. 558/1998).

25 SSTs de 31 de enero de 2008 (Recud. núm. 3863/2006) y 3 de febrero de 2009 (Recud. núm. 2226/2008); y STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2008 (Rec. núm. 5052/2007).



introduce el despido objetivo económico, en el que carece de sentido condicionar de forma absoluta la prestación de la garantía del FOGASA a una previa calificación judicial del despido, pues la indemnización, aunque en cuantía distinta, se reconoce tanto si el despido es procedente, como si es improcedente o nulo y no sería lógico obligar al trabajador a reclamar contra un despido procedente con la única finalidad de prevenir algún efecto perjudicial para la prestación de garantía. La calificación judicial del despido será necesaria cuando se trate de la indemnización por despido improcedente o nulo, pero no cuando el despido se ha considerado procedente. Y la puesta a disposición de la indemnización no afecta al despido en sí mismo, al no resultar exigible en todos los casos, pues el párrafo 2 del apartado b) del art. 53.1 del ET indica que *“cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52, c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”*. De este modo, aunque la indemnización, tal y como exige el art. 33.2 del ET ha de estar reconocida como consecuencia de sentencia, auto o acto de conciliación judicial, el trabajador puede optar a tales efectos entre reclamar dicha indemnización mediante un proceso de reclamación de cantidad o accionar contra el despido, ya que para el supuesto de falta de puesta a disposición de la indemnización por dificultades económicas el art. 53.1.b) del ET indica la vía de la reclamación de cantidad.

- b) Si el empresario no cumple el resto de exigencias formales del art. 53 del ET<sup>26</sup> o no respeta con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1 del ET, a los trabajadores les conviene recurrir la decisión extintiva empresarial a efectos de obtener la correspondiente declaración judicial de la improcedencia o nulidad del despido económico y conseguir una mayor indemnización (45 ó 33 días de salario por año de servicio, en lugar de 20) y una superior prestación de garantía salarial (30 días de salario por año de servicio, en vez de 20). Ahora bien, si los trabajadores consideran que su cese es conforme a ley, no tienen por qué ejercitar ninguna acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción no les puede privar de las prestaciones de garantía salarial, siempre y cuando las indemnizaciones vengan reconocidas en alguno de los títulos habilitantes que la norma exige. Por consiguiente, al igual que en el supuesto anterior, los trabajadores pueden optar a tales efectos por impugnar el despido o reclamar en sede judicial al empresario el pago de las indemnizaciones por despido previstas en el art. 53.1.b) del ET<sup>27</sup>. En todo caso, como subraya la STS de 31 de enero de 2008 (Recud. núm.

26 A juicio de la STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2003 (Rec. núm. 4389/2002), no respeta las exigencias formales del art. 53 del ET una comunicación extintiva que omite la exigible constancia escrita de la imposibilidad de la puesta a disposición del trabajador de la indemnización como condición legal necesaria para que pueda eludirse su cumplimiento.

27 STS de 3 de febrero de 2009 (Recud. núm. 2226/2008). En el mismo sentido, las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2008 (Rec. núm. 415/2007), del Principado de Asturias de 27 de junio de 2008 (Rec. núm. 3288/2007) y 11 de julio de 2008 (Rec. núm. 3870/2007), y de la Comunidad Valenciana de 17 de octubre de 2008 (Rec. núm. 4235/2007).




3863/2006), *“la sentencia determinante de la existencia de la responsabilidad subsidiaria del Fogasa conforme al art. 33-2 del ET, tiene que haberse dictado antes de que se haya exigido a este organismo el cumplimiento de esa responsabilidad, lo que significa que también tiene que ser anterior a la presentación de la demanda formulada al objeto de hacer efectiva tal responsabilidad”*, dado que *“sin esa sentencia previa no hay título habilitante, y sin éste no existe la responsabilidad subsidiaria del Fogasa”* y *“lo mismo cabe decir de los restantes “títulos” que recoge el tan mencionado art. 33-2”*. Pero, aunque éste sea el planteamiento que mantiene el Tribunal Supremo en sus sentencias de 31 de enero de 2008 (Recud. núm. 3863/2006) y 3 de febrero de 2009 (Recud. núm. 2226/2008), no es seguro que sea el definitivo. En efecto, no pueden pasarse por alto las consideraciones vertidas en la primera de las sentencias citadas en el sentido de que *“no ha existido ningún despido objetivo, pues se superaron los topes que para esta clase de despido fijan los arts. 52-c) y 51-1 del ET”* y *“si no se respetan estos topes, no existe despido objetivo alguno, y en consecuencia el Fogasa no puede ser declarado responsable del pago de una indemnización correspondiente a un despido objetivo que no existió como tal”*<sup>28</sup>.

En este contexto, los firmantes del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 9 de mayo de 2006 (AMCE) convienen en modificar el art. 33.2 del ET para incluir también entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA en caso de insolvencia empresarial *“las debidas por extinción por las causas objetivas previstas en los artículos 52.a), b) y e) del Estatuto de los Trabajadores”*, se sobreentiende que en los casos en que el despido deba ser calificado de procedente, por cuanto que si el despido es declarado improcedente o nulo, las indemnizaciones ya gozan de la cobertura de la institución de garantía salarial. Y así, el art. 12.4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, modifica el art. 33.2 del ET para referirse a las indemnizaciones reconocidas a favor de los trabajadores a causa de la extinción de los contratos conforme al art. 52 de esta Ley. Por consiguiente, el FOGASA abonará las indemnizaciones derivadas del despido objetivo por las causas previstas en las letras a), b) y e) del art. 52 del ET, tanto si el despido es calificado como improcedente o nulo como procedente, si bien las prestaciones indemnizatorias se calcularán a razón de 30 días de salario por año de servicio en el primer caso y de 20 días en el segundo. Es más, como el nuevo art. 33.2 del ET se refiere a las indemnizaciones reconocidas a favor de los trabajadores a causa de la extinción de sus contratos conforme al art. *“52 de esta Ley”*, sin matización alguna, el FOGASA también se hará cargo de la indemnización legal correspondiente a la extinción por despido objetivo procedente cuando se funde en el art. 52.e) del ET<sup>29</sup>. Pero, en cualquiera de las hipótesis anteriores, si los trabajadores recurren al FOGASA es porque el empresario no ha puesto a su disposición la indemnización. Y, en este sentido, debe advertirse que si el empresario, en el mismo acto en que el trabajador se sabe

28 Cfr. la STSJ de la Comunidad de Madrid de 3 de noviembre de 2008 (Rec. núm. 2743/2008)

29 GÓNZALEZ ORTEGA, S., “Protección y prestaciones sociales en la reforma laboral: Desempleo y Fondo de Garantía Salarial”, *T.L.*, nº 85, 2006, pág. 159; y FERNÁNDEZ-COSTALES MUNÍZ, J., “Mejora de la protección dispensada a los trabajadores en los supuestos de insolvencia empresarial. La reforma de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”, *A.S.*, nº 7, 2007, [www.westlaw.aranzadi.es](http://www.westlaw.aranzadi.es), pág. 9.



despedido y sin solución de continuidad, no pone a su disposición el importe dinerario a que asciende la indemnización legal [art. 53.1.b) ET], la decisión extintiva será nula (art. 53.4 ET). El mandato legal no consiente otra excepción que la prevista en el art. 53.1.b), párrafo segundo, del ET para el caso de que la decisión extintiva se funde en el art. 52.c) del ET con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pueda poner a disposición del trabajador la indemnización legal, haciéndolo constar en la comunicación escrita<sup>30</sup>. En este contexto, la Ley 43/2006 no aporta realmente ninguna novedad.

Por último, la indemnización por falta de preaviso está excluida de la cobertura del FOGASA<sup>31</sup>. En efecto, el importe correspondiente al período de preaviso, aunque se cuantifique en salario (art. 53.4 ET), no es salario, sino indemnización, y como tal carece de la cobertura contemplada en el apartado 1 del art. 33 del ET, relativo a los salarios. Pero también de la prevista en el apartado 2 del referido precepto respecto de las indemnizaciones, pues no deriva de la extinción de la relación laboral, sino del incumplimiento de un deber legal impuesto al empresario, y no se cuantifica en función de los años de servicios, que es el único criterio para fijar las indemnizaciones de que responde el FOGASA.

### C) Extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal

El juez del concurso, mediante auto, puede acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo en el sentido que posee en el art. 51 del ET y resolver las acciones extintivas ex art. 50.1.b) del ET en aquellos supuestos en los que se superen determinados umbrales cuantitativos (art. 64 LC)<sup>32</sup>, planteándose la cuestión de si el FOGASA asumía o no la responsabilidad del abono, con los topes establecidos en el ET, de las indemnizaciones que correspondían en estos casos.

En principio, si nos ateníamos al tenor literal de los apartados 2 y 8 del art. 33 del ET, en su versión anterior a la Ley 43/2006, la respuesta a la pregunta antes formulada, había de ser negativa, pues los mismos no incluían las extinciones previstas por el art. 64 de la LC. Ciertamente, aquéllos sólo se referían a las indemnizaciones producidas por la vía de los arts. 50, 51, 52.c) y 54 del ET. Además, la LC no modificó ni adaptó los apartados 2 y 8 del art. 33 del ET y sí, en cambio, el art. 208.1.1.a) de la LGSS. En efecto, la Ley 22/2003 tras aclarar que el auto del juez del concurso que acuerda la extinción colectiva de los contratos de trabajo *“producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo,*

30 STS de 26 de julio de 2005 (Recud. núm. 760/2004).

31 SSTSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1993 (AS/3804), de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2000 (Rec. núm. 2842/1997), de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 22 de mayo de 2001 (Rec. núm. 752/2001), de Castilla y León de 24 de marzo de 2003 (Rec. núm. 715/2002) y de Andalucía de 23 de julio de 2008 (Rec. núm. 727/2008). En sentido contrario, las SSTSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2002 (Rec. núm. 7202/2001) y 13 de noviembre de 2003 (Rec. núm. 438/2002).


32 Cfr. el art. 51.1 de la LC y la STSJ de Galicia de 15 de julio de 2005 (Rec. núm. 2938/2005).



*a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo” (art. 64.7 LC), da una nueva redacción al art. 208.1.1.a) de la LGSS que establece que los trabajadores se encontrarán en situación legal de desempleo cuando su relación laboral se extinga “en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal” (Disposición Final 16ª.3). Por todo ello, se podía entender que el legislador, de haber querido extender la responsabilidad del FOGASA a las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales previstas en el art. 64 de la LC, las habría mencionado y citado de modo expreso en los apartados 2 y 8 del art. 33 del ET, cosa que no hizo. A mayor abundamiento, estas indemnizaciones no se verifican por medio de sentencia o resolución administrativa, tal y como exigía el art. 33.2 del ET, sino mediante auto judicial. Por todo ello, se podía entender que la responsabilidad del FOGASA no se extendía a las indemnizaciones que se pudieran derivar de los despidos colectivos y de las acciones extintivas ex art. 50 ET, individuales, convertidas en colectivas, resueltos por el auto del juez del concurso.*

Sin embargo, la interpretación literal que se apunta no era de recibo<sup>33</sup>. A este respecto, hay que recordar una vez más que el art. 33.2 del ET delimitaba los supuestos extintivos determinantes de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA por referencia, no al procedimiento que se siguiera para llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo, sino a las causas en virtud de las cuales se verificaban dichas extinciones. En efecto, cuando este precepto establecía que el FOGASA abonaba las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores *“a causa de {...} extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) de esta Ley”*, lo que estaba diciendo es que el mencionado Organismo respondía de las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo por las causas previstas en los referidos preceptos, esto es, por voluntad del trabajador fundada en alguno de los incumplimientos empresariales previstos en el art. 50.1 del ET y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por ello, aunque expresamente sólo se refería a los arts. 50, 51 y 52.c) del ET, no excluía los supuestos extintivos previstos en el art. 64 de la LC, puesto que las causas eran las mismas que las previstas en los antecitados preceptos. A mayor abundamiento, el art. 57 bis del ET, añadido por la Disposición Final 14ª.2 de la LC, establece que *“en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”*, y el art. 64.11 de la LC dispone que *“en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral...”*. Por consiguiente, como quiera que la normativa concursal nada establecía a propósito de las indemnizaciones que correspondían en estos casos ni de su régimen jurídico, había de aplicarse el régimen general. Por lo demás, y en cuanto a la exigencia de que las indemnizaciones fueran reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 14.2 del DOF, a cuyo tenor *“se considerará crédito por indemnización la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial*

33 En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G., “Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal”, T.S., nº 166, 2004, pág. 20.



*complementaria de éstas*". Por ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial consideraban que no debían descartarse los diversos supuestos contemplados en la legislación laboral, en que la extinción de la relación laboral y la fijación de la pertinente indemnización se realizaban por órgano judicial, pero no a través de sentencia, sino mediante resolución judicial fundamentada en otro tipo, como en auto<sup>34</sup>.

En definitiva, y a modo de conclusión, se trataba de un mero error técnico, de un descuido del legislador que se había olvidado de reformar el art. 33 del ET, adaptándolo al nuevo marco legal<sup>35</sup>. Error que en cualquier caso debía ser subsanado, sobre todo a propósito del apartado 8 de este precepto legal, pues, aunque, con los mismos argumentos que se han esgrimido respecto de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, se podía sostener que también en estos expedientes la entidad pública asumía a fondo perdido el 40% de la indemnización legal en aquellas empresas que contaran con menos de 25 trabajadores<sup>36</sup>, lo cierto es que este apartado, a diferencia del apartado 2 del mismo precepto, sí se refería al procedimiento, al hablar de extinciones *"como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley..."*. Por ello, debía ser modificado, incluyendo expresamente en su ámbito de aplicación las extinciones acordadas en los expedientes de extinción colectiva de las relaciones laborales tramitados conforme al art. 64 de la LC. De lo contrario, se corría el riesgo de que una interpretación literal del mismo dejase fuera de su ámbito de cobertura las indemnizaciones derivadas de los mismos. Pues bien, en la línea que se apunta, los firmantes del AMCE acuerdan modificar los apartados 2 y 8 del art. 33 del ET para incluir entre las indemnizaciones protegidas por el FOGASA *"las debidas por extinción del contrato de conformidad con el artículo 64 de la Ley Concursal"*, lo que se ha llevado a cabo por medio de la Ley 43/2006.

Por último, durante la tramitación del concurso también pueden extinguirse los contratos de trabajo del personal de alta dirección, si bien esta posibilidad se contempla en el art. 65 de la LC; precepto al que no alude el nuevo art. 33.2 del ET. De este modo, salvo que se trate de un mero olvido, se vendría a terciar en la polémica suscitada a propósito del ámbito de la cobertura del FOGASA respecto del personal de alta dirección<sup>37</sup>. De conformidad con la Disposición Adicional 5ª del ET, *"las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos*

34 SSTS de 1 de junio de 1999 (Recud. núm. 3425/1998), 28 de febrero de 2000 (Recud. núm. 1037/1999), 10 de marzo de 2000 (Recud. núm. 4005/1998) y 17 de abril de 2000 (Recud. núm. 2768/1999). Sobre esta cuestión ver, por todos, ROQUETA BUJ, R., *Las prestaciones del FOGASA*, cit., págs. 17 y ss y 59 y ss, y *Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA*, cit., págs. 259 y ss; RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral", *R.M.T.S.S.*, nº 38, 2000, págs. 38 y ss; y MORALA GÓMEZ, A., "Los salarios conciliados en la cobertura del FOGASA. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 12 de diciembre de 2002", *I.L.*, nº 4, 2003, págs. 3 y ss.

35 En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J., "Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales", *R.L.*, nº 23-24, 2003, pág. 142.

36 En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J., "Despidos y suspensiones del contrato...", cit., pág. 141.

37 Por todos, ROQUETA BUJ, R., *Los beneficiarios de las prestaciones del F.O.G.A.S.A.*, Valencia, 2000, págs. 77 y ss.




27.2, 29, 32 y 33 de esta Ley”, no quedando claro cuáles son los créditos que garantiza el FOGASA. En efecto, esta disposición alude a las “retribuciones”, lo que puede hacer dudar sobre si se refiere exclusivamente a los salarios pendientes de pago, en la forma que los conceptúa el art. 33.1 del ET, o también a las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo previstas en los arts. 33.2 y 8 y 51.12 del ET. Sin embargo, el art. 3 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, obliga a los Estados miembros a asegurar “el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno”. En principio, la referencia a “las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno”, nos indica que corresponde al Derecho nacional precisar qué indemnizaciones están comprendidas en el ámbito de cobertura de la institución de garantía salarial. Sin embargo, a la vista del tenor del art. 1 de la Directiva 2008/94/CE, no parece que el Derecho nacional pueda establecer en este ámbito distinciones entre los trabajadores por razón de la naturaleza, común o especial, de su relación laboral. Por consiguiente, la cobertura del FOGASA debe extenderse también a las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección previstas en los arts. 33.2 y 8 y 51.12 del ET<sup>38</sup>, incluidas las debidas por extinción del contrato de trabajo de conformidad con el art. 65 de la LC<sup>39</sup>. En este último supuesto, sin embargo, salvo que el juez del concurso modere la indemnización (art. 65.3 LC)<sup>40</sup>, el reconocimiento de ésta no se verifica mediante auto judicial, sino por la administración concursal (art. 65.1 LC). Por lo tanto, si el alto directivo quiere cobrarla del FOGASA, como los únicos títulos idóneos para la garantía de las indemnizaciones son la sentencia, el auto o el acto de conciliación judicial en los que se declare extinguida la relación laboral y fije la indemnización correspondiente, y la “resolución administrativa” que ponga fin al expediente de regulación de empleo, deberá interponer el correspondiente incidente concursal laboral (art. 195 LC), que resolverá el juez del concurso por sentencia, contra la que, por otra parte, cabrá el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la LPL (arts. 197.7 LC y 189.5 LPL)<sup>41</sup>. Téngase en

38 Cfr. STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 1998 (AS/5537).

39 En el mismo sentido parece que se pronuncia CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato...”, cit., pág. 142.

40 Por todos, LÓPEZ AHUMADA, E., “La moderación de la indemnización pactada en el contrato de alta dirección en las empresas insolventes”, *T.S.*, nº 176-177, 2005, págs. 13 y ss; y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.S., “La moderación judicial de las indemnizaciones extintivas a favor del alto directivo en el concurso”, *A.L.*, nº 17, 2005, págs. 2013 y ss.

41 ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Valencia, 2004, págs. 124-125. Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., “Despidos y suspensiones del contrato...”, cit., pág. 115; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F., “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, Concursal”, *R.D.S.*, nº 26, 2004, págs. 44-45; DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M., “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, *A.S.*, nº 17, 2004, págs. 73 y ss; VIGUERA RUBIO, J.M<sup>a</sup>., “Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos del personal de alta dirección”, *R.L.*, nº 14, 2004, págs. 9 y ss; RÍOS SALMERÓN, B. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El procedimiento concursal y los contratos de trabajo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, 2004, pág. 128; y BARRIO CALLE, M<sup>a</sup>.A. y LOUSADA AROCHENA, J.F., “El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales”, *A.L.*, nº 13, 2005, págs. 1507 y ss.



cuenta, no obstante, que el art. 65.4 de la LC establece que la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de la indemnización “se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación”<sup>42</sup>. Si éste accede a dicha petición, el FOGASA podrá aducir la excepción de pago de prestaciones establecida en el art. 28.3 del DOF. Una vez la sentencia de calificación sea firme, si declara el concurso como fortuito o, declarándolo como culpable, no aprecia que el alto directivo haya incurrido en responsabilidad, deberá procederse al pago de la indemnización o, en su defecto, de la prestación de garantía salarial. Por el contrario, de calificarse el concurso como culpable y los altos directivos quedaran afectados por dicha declaración o fueran declarados cómplices, la sentencia habrá de contener, entre otros, el pronunciamiento de “la pérdida de cualquier derecho {...} que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados” (art. 172.2.3º LC).

## II. La responsabilidad del FOGASA como medida de protección a la pequeña empresa

Según el art. 33.8 del ET, “en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal” y “el cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo”. La modificación del art. 33 del ET, efectuada por la Ley 32/1984, tuvo “su causa en la supresión de la responsabilidad directa, del citado Fondo, establecida para los supuestos de despido disciplinario en el 56.4 del referido Estatuto y que al efectuarse la reforma se alegó como causa primordial el haberse convertido el despido disciplinario en un despido encubierto por causas económicas, tranquilizando, no obstante, a las pequeñas empresas al manifestarse que si efectivamente existían tales causas económicas o tecnológicas se mantendría el abaratamiento del despido y correría el Fondo de Garantía con el abono del 40% a que se refería el suprimido art. 56.4, surgiendo así como contrapartida el 33.8<sup>43</sup>”.

La responsabilidad del FOGASA que se establece en el antecitado precepto más que una garantía de cobro para el trabajador, constituye una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas - cualquiera que sea su actividad, pues la Ley no establece distinción alguna entre ellas en razón de su objeto social<sup>44</sup>-, que, sea por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, precisan de una reestructuración

42 Por todos, TAPIA HERMIDA, A., “Efectos del concurso de acreedores sobre la relación laboral de alta dirección”, *R.T.S.S., C.E.F.*, nº 264, 2005, págs. 101 y ss.

43 STSJ de las Islas Baleares de 21 de diciembre de 1992 (AS/6143).

44 Así lo subrayaba la STCT de 9 de febrero de 1983 (AR/1065) en relación con el antiguo art. 56.4 del ET.



de la plantilla, pues su efectividad no se supedita a supuestos de insolvencia de la empresa (art. 2.2 DOF)<sup>45</sup>. No obstante ello, el trabajador también puede resultar beneficiado, ya que, si el empresario es insolvente, puede obtener del FOGASA una parte de la indemnización sin necesidad de hacerse con un título procesalmente ejecutivo ni de tramitar la declaración judicial de insolvencia.

De esta manera, los objetivos que se persiguen son, básicamente, dos<sup>46</sup>: - En primer lugar, proteger a las pequeñas empresas, reduciendo los costes que han de asumir por los despidos que decidan fundadamente y con observación de los requisitos legales; - En segundo lugar, ayudarles en el establecimiento de unas plantillas operativas, ajustadas a las necesidades del mercado y a los avances de la técnica productiva, que las hagan competitivas y así aseguren su futura viabilidad económica, y a la postre el mantenimiento del nivel del empleo. De ahí, que se objetiven los datos en que se enmarca el nacimiento de la comentada obligación del FOGASA, eludiendo cualquier análisis individualizado o particularizado de la situación real y actual de la empresa o de las empresas que, en su caso, puedan quedar afectadas por la aplicación del precepto<sup>47</sup>. Ahora bien, la responsabilidad del FOGASA no exige la pervivencia económica de la empresa, de suerte que tras la extinción contractual la empresa puede cerrar<sup>48</sup>, lo que resulta discutible. Ciertamente, si no se mantiene la actividad empresarial, la medida de apoyo no es otra cosa que una subvención a la destrucción de empleo<sup>49</sup>. Es más, el abaratamiento de los costes del despido puede incentivar las reestructuraciones de las pequeñas unidades productivas y la pérdida de puestos de trabajo. Por ello, en lugar de premiar a las empresas que se desprenden de sus trabajadores, lo que habría que hacer es apoyar con ayudas económicas a las empresas que acometen procesos de reestructuración, reorganización y renovación tecnológica de la organización productiva, pero sin destruir puestos de trabajo. A mayor abundamiento, la presunción automática de la debilidad de las empresas por la mera aplicación del criterio cuantitativo del número de trabajadores no resulta adecuada a la realidad del tejido empresarial español<sup>50</sup>.

La responsabilidad que el citado artículo establece con cargo al FOGASA es, en palabras del Tribunal Supremo, “*pura, directa y limitada*”, ya que<sup>51</sup>: “*a) no está sujeta a condición*

45 Así, las SSTS de 27 de junio de 1992 (Recud. núm. 1931/1991) y 24 de noviembre de 1992 (Recud. núm. 2410/1991), el ATS de 19 de abril de 1993 (Recud. núm. 2286/1992), y las SSTSJ de las Islas Canarias de 17 de septiembre de 2003 (Rec. núm. 586/2001) y 29 de marzo de 2004 (Rec. núm. 648/2003).

46 GARCÍA MÁIQUEZ, *Régimen jurídico...*, cit., pág. 124.


47 STS de 27 de junio de 1992 (Recud. núm. 1931/1991), y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 24 de junio de 1991 (AS/3596).

48 STSJ de Andalucía de 24 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1143/2000).

49 RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía...*, cit., pág. 136.

50 ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y Extinción de la Relación de Trabajo en las Pequeñas Empresas*, Madrid, 2007, págs. 397-398.

51 SSTS de 27 de junio de 1992 (Recud. núm. 1931/1991), 24 de noviembre de 1992 (Recud. núm. 2410/1991) y 12 de diciembre de 1992 (Recud. núm. 679/1992) y ATS 19 de abril de 1993 (Recud. núm. 2286/1992); y STCT de 29 de noviembre de 1988 (AR/7451).



*o término, de modo que puede exigirse “sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario” (art. 2.2 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, y en el mismo sentido el art. 33, apartado octavo, en relación con los apartados primero y segundo, “a contrario sensu”); b) los términos imperativos del precepto, al igual que los del precitado Real Decreto, explícita y exclusivamente referidos al Fondo, ponen de manifiesto que éste tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores; c) la significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento) de la indemnización legal, no de la pactada”.*

Para que surja la responsabilidad anterior han de concurrir los requisitos siguientes (art. 33.8 ET): 1º) La extinción de la relación laboral “como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”; y 2º) Que la empresa tenga “menos de veinticinco trabajadores”.

# 3

IX JORNADAS TÉCNICAS DE LA INSPECCIÓN  
DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---





## INSPECCIÓN DE TRABAJO Y PROCEDIMIENTO DE OFICIO

**D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga**

Magistrada del Tribunal Supremo - Sala IV.

### I. Introducción

El Capítulo VII del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, artículos 146 a 150, regula el denominado procedimiento de oficio, que es una modalidad procesal diferenciada del proceso ordinario, entre otras, por una peculiar característica, que es que el proceso se inicia por la Autoridad Laboral o por la Inspección de Trabajo.

Adquieren así, tanto la Autoridad Laboral como la Inspección de Trabajo, un enorme protagonismo en el ámbito del proceso laboral. La Autoridad Laboral ya lo venía desempeñando en el seno de las relaciones laborales en las que era tradicional la intervención de la Administración. A diferencia de lo que ha ocurrido con la presencia de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales, que ha disminuido –actualmente no se exige la autorización administrativa para los traslados, artículo 40 E.T., ni para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, artículo 41 E.T.- su presencia en el proceso, como demandante de oficio, se ha visto incrementada, si bien a través de las comunicaciones de la Inspección de Trabajo, a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, que ha añadido una nueva letra, la d), al artículo 146 de la L.P.L. disponiendo que el proceso podrá iniciarse de oficio mediante comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo en la que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador.

La atribución de competencia al orden social para conocer de estas materias deriva de la regulación contenida en el artículo 9.5 de la L.O.P.J. –“los Juzgados y Tribunales (del orden jurisdiccional social) conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de seguridad social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”-, artículo 1 de la L.P.L. – “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho en conflictos tanto individuales como colectivos”- artículo 2 de la L.P.L. –enumera las cuestiones litigiosas competencia del orden social de la jurisdicción– y artículo 3 de la LPL –“No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social..a) de las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral”-



Esta exclusión ha generado una gran polémica pues estos actos de la Administración forman parte del orden social.

Para tratar de resolver dicha cuestión la Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su disposición adicional quinta procedió a modificar el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, atribuyendo al orden social de la jurisdicción el conocimiento de determinadas pretensiones sobre actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral. La Ley procedió a modificar el artículo 3 de la L.P.L. añadiendo un nuevo apartado, el 2, en el que se señalaba lo siguiente:

“Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, en todo caso y previa reclamación en los términos previstos en los artículos 69 a 73 del presente texto refundido, ante la Administración Pública correspondiente, de las pretensiones sobre:

- a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones del orden social, con la excepción prevista en la letra b) del apartado 1 de este artículo.
- b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

La D.F. tercera establecía que la Ley entraría en vigor a los cinco meses de su publicación en el B.O.E. -14-07-98- excepto la atribución de competencia a la jurisdicción social de las materias comprendidas en la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de la L.P.L. que lo haría al año de la entrada en vigor del resto de la ley.

La nueva atribución de competencias al orden jurisdiccional social, establecida en la letra b) del apartado 2 del artículo 3 de la L.P.L., apenas estuvo en vigor quince días. La Ley 50/98, de 30 de diciembre, añadió un nuevo apartado, el 3, al artículo 3 de la L.P.L. del siguiente tenor literal: “En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales, correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la jurisdicción del orden social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo”.

Tal Proyecto de Ley hasta la fecha no ha sido elaborado, a pesar de que han pasado más de diez años, plazo manifiestamente superior a los nueve meses previstos en la norma, con lo que continúa la compleja distribución de competencias respecto de los actos de la Administración Pública sometidos al derecho administrativo entre la jurisdicción contenciosa-administrativa y la social.

Persiste, por lo tanto, la confusa regulación de la distribución de competencias. Se ha apuntado que la situación actual, a la postre, puede originar una posibilidad de



contradicción entre dos órdenes jurisdiccionales, lo que vulneraría el principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, por lo que lo lógico sería atribuir el conocimiento de la materia a un solo orden jurisdiccional.

Fracasado el intento de atribución a la jurisdicción social de la competencia para conocer de las pretensiones de impugnación de las resoluciones administrativas relativas a la imposición de sanciones por todo tipo de infracciones del orden social, se regula una posibilidad de control por parte de la jurisdicción laboral de algunas actuaciones de la Administración Laboral en materia sancionadora –artículo 149 de la L.P.L-a través de la vía indirecta del procedimiento de oficio a que se refiere dicho precepto. Consecuencia de esta regulación es que, si bien en la jurisdicción contencioso-administrativa continúa residenciándose el control de la potestad sancionadora de la Administración, tal competencia se ve seriamente limitada por la competencia atribuida en esta materia a la jurisdicción social, cuyas decisiones pueden condicionar seriamente las que en su día ha de adoptar la jurisdicción contencioso-administrativa

## II. Antecedentes

El actual proceso de oficio tiene unos precedentes en normas de carácter reglamentario, que atribuían a la Inspección de Trabajo competencia para remitir, a las entonces Magistraturas de Trabajo, las actas que habían levantado sobre determinadas materias. Así, la O.M. de 7 de junio de 1942, disponía que “cuando la Inspección de trabajo estime, en virtud de denuncia o en el ejercicio de sus funciones, que un empresario incumple sus deberes en materia de vacaciones anuales retribuidas, con respecto a uno o más trabajadores a su servicio, levantará la correspondiente acta que elevará a la Magistratura de Trabajo o al Decanato de Magistraturas, si hubiese mas de una en la provincia”. El acta producirá los mismos efectos de una demanda que deberá tramitarse por el Magisterado de Trabajo. Era, por tanto, el acta de la Inspección, sin que interviniera la Autoridad Laboral, la que producía los efectos de una demanda.

La O.M. de 30 de septiembre de 1942 atribuye competencia a la Inspección en materia de accidentes de trabajo, disponiendo que cuando la Inspección de Entidades Aseguradoras competente aprecie un incumplimiento empresarial de deberes normativos en materia de accidentes de trabajo, deberá remitir la oportuna comunicación a la Magistratura de Trabajo, produciendo los mismos efectos que una demanda, que habrá de ser tramitada por la correspondiente Magistratura. Se exigía la conformidad de la superioridad, pero era el Inspector de Trabajo, no la Autoridad Laboral, el que remitía la comunicación.

El Decreto de 11 de noviembre de 1943 prevé la intervención de la Autoridad Laboral al disponer que, sin perjuicio de la sanción administrativa que pueda imponer al empresario responsable de la infracción laboral, la Autoridad Laboral que aprecie que se causó un perjuicio económico para los productores asalariados remitirá copia certificada, dentro de los diez días siguientes al de su firmeza, al Magisterado de Trabajo



correspondiente. Dicha copia producirá idénticos efectos que una demanda contra la empresa infractora, formulada por los trabajadores perjudicados económicamente, considerándose que las referidas copias equivalían a demandas formuladas por los lesionados en su derecho, tramitándose el juicio, en todo caso, de oficio.

El Decreto establece que las resoluciones administrativas harán fe, a todos los efectos, en cuanto a los hechos determinantes del perjuicio económico de los trabajadores y fecha en que tales hechos se produjeron. En la regulación del procedimiento se contiene la previsión de la nulidad de acuerdos privados celebrados entre la empresa y los trabajadores sobre las materias que dieron lugar al acta de infracción, salvo que aquellos se lleven a efecto mediante comparecencia ante el Magistrado de Trabajo con su aprobación y previa existencia del acto pertinente.

En esta disposición encontramos el germen de la regulación actual de los procesos de oficio, ya que los mismos se inician por la Autoridad Laboral y en su tramitación se tienen en cuenta similares principios que en la regulación actual.

El Decreto de 13 de abril de 1945 completa la regulación de las demandas de oficio al disponer que las resoluciones administrativas surtirán efecto ante la Magistratura de Trabajo, si se presentan con su copia ante el Magistrado competente, entendiéndose las mismas diligencias con el denunciado y la persona que apareciera perjudicada por la infracción, tramitándose el juicio, en todo caso, de oficio.

Aparecen así determinadas las partes, que serán el trabajador perjudicado y la empresa o entidad sancionada, procediendo los perjudicados a nombrar un representante, si son más de diez.

El Decreto de 8 de noviembre de 1946, que aprueba el Reglamento de la Inspección Técnica de Previsión Social, fija entre las funciones de la Inspección, la de cursar a la Magistratura de Trabajo las comunicaciones que a juicio de la superioridad se estimen necesarias, a fin de garantizar la plena efectividad de los derechos y acciones de los accidentados o sus beneficiarios, surtiendo dichas comunicaciones, los mismos efectos que una demanda.

El Decreto de 4 de julio de 1958 que aprueba el Texto Refundido de Procedimiento Laboral reguló, como proceso especial, el denominado "procedimiento de oficio", enumerado los instrumentos y los sujetos que pueden activar el mismo, así, las certificaciones de los Delegados Provinciales de Trabajo, los acuerdos de los Delegados de Trabajo; las comunicaciones de la Inspección Técnica de la Previsión Social, en materia de accidentes de trabajo y cualquier otro a los que la legislación vigente conceda la cualidad de demandada.

Las normas que regulaban este procedimiento han pasado al texto actual, como resulta del examen de las mismas que, a continuación, se transcriben:



- Los documentos que inician el proceso han de respetar las exigencias previstas para las demandas.
- Si hay más de 10 trabajadores afectados han de designar un representante.
- El Juez ha de advertir los defectos u omisiones de la demanda para que sean subsanados.
- El proceso se sigue de oficio, aún sin asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la condición de parte, aunque no podrán desistir ni solicitar la suspensión del procedimiento.
- La conciliación únicamente será autorizada por el Magistrado si fueran cumplidamente satisfechos la totalidad de los perjuicios causados por la infracción.
- Las afirmaciones de hecho contenidas en la resolución o comunicación, hace fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo a la parte demandada toda la carga de la prueba.
- La sentencia se ejecutará de oficio.
- En cualquier momento del procedimiento el Magistrado podrá, antes de dictar sentencia, solicitar del organismo que remitió la comunicación las ampliaciones o aclaraciones oportunas, así como informe sobre los hechos a que la misma se refiere.

Los textos procesales posteriores de 1963, 1966 y 1973 mantuvieron la regulación anterior.

La L.P.L. de 1980 dispuso que el procedimiento de oficio podría iniciarse como consecuencia de las certificaciones de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y los acuerdos de las Delegaciones de Trabajo, así como los de la Autoridad Laboral a que se refiere el párrafo segundo del número 5 del artículo 51 del E.T., o cualquiera otros a los que la legislación vigente conceda la cualidad de demandas.

La L.P.L. de 1990 limitó la legitimación activa para formular demanda de oficio a la Autoridad Laboral.

La regulación actual, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, expresamente incorpora a su texto, tras la reforma operada por la Ley orgánica 3/07, de 22 de marzo, la legitimación activa de la Inspección de Trabajo, lo que también resulta de la regulación contenida en la Ley 42/97, de 14 de noviembre de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como de su reglamento de desarrollo, aprobado por R.D. 138/00, de 4 de febrero.



### III. Denominación

Se ha criticado mucho la denominación de esta modalidad procesal ya que, en términos procesales, el proceso de oficio es el que se inicia a instancia del propio órgano jurisdiccional, lo que no sucede en el procedimiento ahora examinado, en que el inicio del mismo corresponde a la Autoridad Laboral o a la Inspección de Trabajo.

No obstante, a lo largo de la tramitación de este procedimiento, el órgano judicial actúa de oficio, así, tal como dispone el artículo 148. 2 a) de la L.P.L. “el procedimiento se seguirá de oficio”, señalando, por su parte, la letra d) de dicho artículo que “ las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio”.

### IV. Regulación

El Capítulo VII, del Título II, del Libro II, artículos 146 a 150 de la L.P.L., se ocupa del procedimiento de oficio.

El artículo 146 distingue cuatro supuestos de procedimiento de oficio, consignando el sujeto y el instrumento iniciador del mismo. Son los siguientes:

- a) las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la Autoridad Laboral, derivadas de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, en las que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados.
- b) Los acuerdos de la Autoridad Laboral competente cuando ésta apreciara dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores.
- c) Las comunicaciones de la Autoridad Laboral a las que se refiere el artículo 149 de la Ley. Dicho precepto comprende dos apartados, el primero se refiere a la comunicación que deberá dirigir la Autoridad Laboral al Juzgado, cuando cualquier acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social haya sido impugnada por el sujeto responsable, con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. El apartado 2 se refiere al supuesto en que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2 ,6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 de la LISOS, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción, según el artículo 9.5 de la L.O.P.J.
- d) Las comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.



## V. Certificaciones de las resoluciones firmes de la autoridad laboral derivadas de actas de infracción

Es el primer supuesto de proceso de oficio que aparece recogido en el apartado a) del artículo 146 de la L.P.L. Para iniciar el proceso de oficio ha de haber concluido la tramitación del expediente administrativo sancionador y ha de haber recaído en el mismo resolución de la Autoridad Laboral que haya ganado firmeza.

La cuestión radica en determinar si la firmeza a la que alude el precitado precepto se refiere a la firmeza administrativa o se exige también que se haya agotado el cauce jurisdiccional, a través de los recursos procedentes o, por el transcurso de los plazos establecidos sin interponer dichos recursos.

La opinión mayoritaria de la doctrina (García Blasco, Martín Jiménez, Sempere Navarro) se inclina por considerar que la exigencia de firmeza se refiere a la resolución administrativa, pues carecería de sentido que la demanda de oficio hubiera de esperar a la firmeza judicial de una resolución administrativa.

La resolución hábil para promover el proceso es una resolución sancionadora, careciendo la Inspección de Trabajo de potestad para iniciar el proceso. No obstante, la Inspección tiene la facultad de propiciar la presentación de demandas, tal como resulta del artículo 7.12 de la Ley 42/97, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que dispone, entre las medidas que pueden adoptar los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, la de “proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social, en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho orden jurisdiccional”. El procedimiento aparece regulado en el artículo 6.1 del R.D. 928/98, de 14 de mayo que dispone que los Inspectores podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de demandas de oficio ante los Juzgados de lo Social.

Han de existir perjuicios económicos para los trabajadores afectados y será el órgano jurisdiccional del orden social el que decida si existen estos y su cuantificación. El artículo 14 R.D. 928/98, de 14 de mayo, regulador del contenido de las actas de infracción, expresamente señala en su apartado 3 que “cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que levante el acta considere que de la presunta infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados, a los efectos de lo previsto en el artículo 146 a) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, podrá incluirlos en las actuaciones consignándolos, en tal caso, con los requisitos exigidos para la validez de las demandas”. Como ya se señaló con anterioridad al no ser el Inspector de Trabajo el sujeto legitimado para interponer esta demanda de oficio, el hecho de que haya consignado en el acta la existencia de perjuicios económicos, no acarrea la presentación de la demanda, sino que es preciso la resolución de la Autoridad Laboral competente que aprecie la existencia de dichos perjuicios y acuerde la interposición de la demanda.



Paralelamente a la actuación administrativa puede el trabajador perjudicado por la actuación empresarial interponer demanda en reclamación de sus intereses, lo que determinará la acumulación de las mismas, tal como dispone el artículo 31 de la Ley de Procedimiento Laboral. Dicho precepto impone la acumulación a los procesos de oficio iniciados en virtud de comunicación de la autoridad laboral, de las demandas individuales en que concurren identidad de personas y de causa de pedir respecto de la demanda de oficio, aunque pendan en distintos juzgados de la misma circunscripción. La acumulación ha de efectuarse de oficio, aunque cabe también que medie petición de parte.

Se ha planteado si la Autoridad Laboral está obligada a iniciar el proceso de oficio en el supuesto de que concurren las circunstancias legalmente previstas o si, por el contrario, estamos ante un acto discrecional de la Administración. Dada la clara dicción del precepto "el proceso podrá iniciarse de oficio.." parece que estamos ante una potestad discrecional de la Administración, que apreciará la oportunidad de presentar o no la demanda.

Como todo acto emanado de la Administración cabe un control judicial de la decisión del citado organismo de no promover demanda de oficio, control que ha de efectuarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuestión especialmente polémica es la relativa a la posición que ocupa la Administración en el proceso, si es o no parte y qué facultades de intervención tiene a lo largo de la tramitación del mismo.

Una parte de la doctrina entiende que la Administración no es parte, atendiendo a los siguientes argumentos:

- El objeto del proceso es la existencia de perjuicios económicos de los trabajadores afectados, cuestión de índole privada, teniendo en cuenta que la Administración ya ha sancionado por la infracción cometida.
- Los trabajadores tienen la consideración de parte, tal como dispone el artículo 148.2 a) de la L.P.L. por lo que parece que la Administración no es considerada como parte.
- El procedimiento "se seguirá de oficio", según dispone el artículo 148.2 a) de la L.P.L. lo que carecería de sentido si la Administración fuera parte.
- La Administración inicia el proceso pero en defensa, no de un interés propio, sino ajeno, el de los trabajadores perjudicados, por lo que actúa como sustituto procesal.

Otros autores (Baylos, Cruz Villalón, Fernández López) consideran que la Administración es parte porque interviene en el proceso en nombre e interés propio.

La sentencia de la Sala Cuarta de 10 de octubre de 1975, configuró la actuación de la Administración en el proceso de oficio "como un supuesto peculiar de sustitución procesal, limitado al inicio del proceso, negándose la intervención posterior en él por



entender que la Administración, ni representa a los trabajadores perjudicados ni les asiste en el acto del juicio, ni siquiera interviene a sostener la acción cuando los trabajadores no intervienen, estando debidamente citados, lo que lleva a la conclusión de que la Administración no es parte en el proceso". Esta sentencia fue dictada durante la vigencia de la L.P.L. de 17 de agosto de 1973, que solo contemplaba en el procedimiento de oficio el supuesto que hoy se incluye en el apartado a) del artículo 146 de la L.P.L. Respecto del actual apartado c) de dicho precepto y del 149.1 L.P.L., la Sala Cuarta ha entendido que la Administración es parte ( S. de 5-05-94, 4-10-94 y 17-94-96).

El hecho de que se haya iniciado un procedimiento de oficio no impide la ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras que hayan adquirido firmeza, tal como establece el artículo 6.1 del R.D. 928/98 de 14 de mayo.


La sentencia, caso que sea estimatoria, condenará a la empresa al abono a los trabajadores del importe de los perjuicios económicos.

## **VI. Acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando apreciara dolo, coacción o abuso de derecho en los acuerdos de suspensión o extinción de los E.R.E.**

Esta modalidad de demanda de oficio aparece contemplada en el artículo 146 b) de la L.P.L.

Es la regulación procesal del supuesto contemplado en los artículos 47 y 51 del E.T. Este último, que regula el despido colectivo y a cuya tramitación se remite el artículo 47, regulador de la suspensión de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en su apartado 4, dispone que el empresario habrá de negociar con los representantes de los trabajadores las medidas propuestas -al menos durante 30 días, si la empresa tiene mas de 50 trabajadores y durante 15 días, si tiene menos- con vistas a alcanzar un acuerdo. Por su parte, en el numeral 5 se dispone que si la Autoridad Laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la Autoridad Judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Se plantea qué sucede en los supuestos en que se produce dolo, coacción, etc. , si los convenios colectivos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85.1 de la L.P.L., tienen previsto un procedimiento para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta, teniendo en cuenta que el precepto otorga a los laudos la misma eficacia y tramitación que a los acuerdos en los períodos de consulta. Una parte de la doctrina



(Baylos, Cruz Villalón) se inclina por entender que en estos supuestos también es posible la presentación de una demanda de oficio.

Hay que poner de relieve que la Administración se limita a remitir el acuerdo al Juzgado y éste examina si concurre alguno de los vicios anteriormente enumerados, sin que la Administración pueda pronunciarse sobre los mismos, ni autorizar o no el expediente, ya que si existe acuerdo en el período de consultas, la Autoridad Laboral procederá a dictar resolución en el plazo de 15 días, autorizando la extinción de las relaciones laborales, entendiéndose autorizada la medida si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, pudiendo no autorizar únicamente si aprecia dolo, fraude... en cuyo caso ha de suspender el plazo para dictar resolución y remitir lo actuado a la Autoridad Judicial.

El dolo es un vicio del consentimiento que, como tal aparece contemplado en el artículo 1265 del Código Civil, definiéndose en el artículo 1269 de dicho texto legal, señalando que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no se hubiera hecho”.

El artículo 1267 del Código Civil define la violencia y la intimidación. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

El abuso de derecho aparece contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil, que dispone que la Ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo, considerando tal todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho.

Hay que señalar que mientras el artículo 51.5 del E.T. habla de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, el 146.b) de la L.P.L. únicamente se refiere a dolo, coacción o abuso de derecho.

La sentencia de la Sala Cuarta de 15-07-94, entendió que no procedía tramitar una demanda de oficio, a instancia de la Autoridad Laboral, en la que se alegaba fraude, pero tal sentencia se dictó cuando el texto vigente del artículo 51.5 del E.T. establecía que la Autoridad Laboral remitiría a la Autoridad Judicial el acuerdo alcanzado si en él apreciara dolo, coacción o abuso de derecho. En la redacción actual del ordinal 5 del artículo 51 del E.T. se alude también al fraude como causa de nulidad del acuerdo alcanzado, contemplándose además un supuesto específico de fraude, cual es el que los trabajadores intenten la obtención indebida de las prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, por lo que ha de entenderse que, en el caso de fraude, también procede la demanda de oficio.



Tanto el artículo 51.5 del E.T. como el artículo 6 del R.D. 43/96, de 19 de enero, reglamento de los E.R.E y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, prevén que la Autoridad Administrativa que aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, suspenda el plazo para dictar resolución, remitiéndolo a la Autoridad Judicial.


## VII. Comunicaciones reguladas en el artículo 149 L.P.L.

Este precepto contempla dos tipos de comunicaciones diferentes, si bien en ambos supuestos el sujeto legitimado para interponer la demanda es la Autoridad Laboral, tal como parece deducirse del artículo 150.1 de la L.P.L. que señala que “a la demanda de oficio a la que se refiere el artículo anterior, la Autoridad Laboral acompañará copia del expediente administrativo”. Uno de los supuestos surge cuando un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora. La otra modalidad procesal surge cuando las actas de infracción versan sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 de la LISOS. y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción, según el artículo 9.5 de la L.O.P.J.

### 1. Supuestos del artículo 149.1 de la L.P.L.

Aunque el artículo 149.1 emplea la dicción “se podrá iniciar el proceso de oficio en virtud de comunicación”, no parece que deba entenderse como una facultad discrecional de la Administración el iniciar o no el proceso, sino que, dadas las características del mismo, si se efectúa por el sujeto responsable de la infracción una impugnación, con base en alegaciones y pruebas que puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación, la Autoridad Laboral ha de formular demanda de oficio. En la impugnación del acta de infracción el sujeto responsable ha de formular alegaciones y proponer pruebas que acrediten que la relación existente entre él (empresario) y las personas que prestan servicio, que es objeto del acta de la Inspección, no tiene carácter laboral y, por lo tanto, no es sancionable su actividad por la Autoridad Laboral. Estas alegaciones han de efectuarse antes de la efectiva imposición de la sanción administrativa.

La intervención de la jurisdicción social, que se inicia mediante la demanda de oficio antes de que se haya impuesto la sanción, ha sido equiparada por algunos autores a una “cuestión previa o prejudicial”, o a un “informe vinculante o dictamen” que, en palabras de Baylos/Cruz-Fernández, “se presenta como una cuña dentro del expediente administrativo”. Se señala que existen semejanzas con la cuestión prejudicial, ya que el conocimiento de la existencia o no de relación laboral se encomienda a un órgano jurisdiccional distinto del que va a enjuiciar la existencia de la infracción y la adecuación de la sanción, pues estas cuestiones, en su caso, serán apreciadas por la



jurisdicción contencioso-administrativa. Ocurre, sin embargo, que no siempre intervendrá la jurisdicción contencioso-administrativa, como puede ser en el supuesto en que la jurisdicción social entienda que no existe relación laboral, lo que impedirá que se siga adelante con el acta de infracción y que se imponga la subsiguiente sanción. También puede ocurrir que el sujeto responsable al que se impone la sanción no impugne la misma, con lo que no habrá intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Intervendrá dicha jurisdicción, si la sentencia del Juzgado de lo Social entiende que existe relación laboral, la Autoridad Laboral impone una sanción y el sujeto responsable la impugna ante el orden contencioso-administrativo.

Por esta vía indirecta, pese a conocer la jurisdicción social de forma limitada de una materia –resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracción del orden social – cuyo conocimiento estaba reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución de la jurisdicción social condiciona la posibilidad de que se imponga una sanción administrativa pero, sin embargo, no conoce ni resuelve acerca de si la conducta del sujeto responsable constituye o no una infracción, qué tipo de infracción y qué sanción corresponde, en su caso. La sentencia de la Sala Cuarta de 17 de abril de 1996, se ha pronunciado acerca del alcance de la intervención de la jurisdicción social razonando que “si la sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Cáceres se hubiera limitado a declarar la inexistencia de la relación laboral, la referida sentencia no hubiera contradicho sus propios pronunciamientos. Lo que ocurrió es que declaró la inexistencia de la relación jurídico-laboral y absolvió seguidamente a los demandados, padre e hija, y de esa forma invadió la función sancionadora de la Administración”.

Se plantea la cuestión de cuál es la posición de la Administración en este proceso, si es parte o si actúa por sustitución.

Existe una consolidada jurisprudencia, entre la que podemos citar las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5-05-94, 4-10-94 y 17-04-96, que han entendido que la Administración es parte en estos procesos. En la primera de las sentencias citadas se razona lo siguiente: “Es cierto que la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1975 configuró la actuación de la Administración en el proceso de oficio como un supuesto peculiar de sustitución procesal limitado al inicio del proceso, negándole la intervención posterior en él por entender que la Administración “ni representa a los trabajadores perjudicados ni les asiste en el acto del juicio, ni siquiera interviene a sostener la acción cuando los trabajadores no intervienen, estando debidamente citados”, lo que lleva a la conclusión de que la Administración no es parte en el proceso, pero esta sentencia, dictada durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Laboral de 17 de agosto de 1973, que sólo contemplaba en el procedimiento de oficio el supuesto que hoy se incluye en el apartado a) del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, se pronuncia sobre un caso que en este punto difiere de manera sustancial con el que aquí se examina, como con acierto pone de relieve el Abogado del Estado. En efecto el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque bajo el epígrafe genérico de procedimiento de oficio, contempla tres tipos de acciones que es necesario diferenciar en el plano sustantivo



y en el procesal. 1) La reclamación de oficio de perjuicios económicos ocasionados a los trabajadores por infracciones sancionadas por resoluciones administrativas firmes {apartado a); 2) la denuncia de determinados vicios en los acuerdos previstos en los artículos 41,47 y 51.5 del Estatuto de los Trabajadores (apartado b), y 3) las pretensiones de un pronunciamiento previo del orden social sobre determinadas calificaciones que operan como presupuestos jurídicos de decisión para la actividad sancionadora de la Administración Laboral (apartado c) . La sentencia recurrida ha aplicado a un supuesto comprendido en el apartado c) del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral una doctrina que fue establecida para los supuestos comprendidos en el apartado a). La diferencia entre ambos es, sin embargo, esencial. En el apartado a) se contempla un proceso cuyo objeto afecta exclusivamente a la reparación de lesiones patrimoniales que corresponden a la esfera privada de los trabajadores afectados. La única diferencia respecto al proceso ordinario se produce, con las especialidades consiguientes, porque la ilicitud de la conducta que ha causado el daño patrimonial ha sido objeto ya de una sanción firme administrativa. En el proceso a que se refiere el apartado c), no sólo no existe una decisión administrativa de carácter sancionador anterior, sino que la finalidad que se persigue es establecer previamente una declaración a partir de la cual pueda imponerse la sanción, con independencia de que existan o no perjuicios económicos para el trabajador, perjuicios cuya reclamación es el objeto de este proceso, aunque en muchos casos puedan resultar exigibles por otras vías, si existe un incumplimiento contractual. Esto se advierte claramente en el presente caso, en el que no se ejercita una acción en nombre del trabajador, ni necesariamente en interés del mismo que, por cierto se ha opuesto a la pretensión de la Administración en la instancia y en el recurso de suplicación. Lo que se pretende por la vía del apartado c) del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 148.1 de la misma Ley, es únicamente que se constate que la persona a la que se refiere el acta de infracción había prestado servicios para la empresa desde la fecha en que se cursó su baja hasta el día en que se realizó la visita de inspección y que esa prestación de servicios constituía un trabajo por cuenta ajena incluido en el artículo 1ª del Estatuto de los Trabajadores, y ello exclusivamente para establecer el presupuesto de la procedencia de la imposición de la sanción que se propone en el acta de infracción impugnada por la empresa , configurando así una especie de prejudicialidad devolutiva respecto de la decisión del procedimiento administrativo”.

Existe, por lo tanto, una distinta consideración de la intervención de la Administración en el proceso de oficio, atendiendo a que la modalidad sea la del artículo 146 a) de la L.P.L. -la Administración actúa como sustituto procesal- o 146 c) de la L.P.L. – La Administración es parte en el proceso.-. Al tener la Autoridad Laboral la condición de parte, tendrá el tratamiento procesal que se dispensa a las partes, es decir, se le notificarán todas las actuaciones, será citada a juicio, intervendrá en el juicio, formulará alegaciones, proponiendo pruebas y formulando conclusiones, podrá interponer recursos... En cuanto a las pruebas que ha de practicar el sujeto responsable de la infracción para desvirtuar la naturaleza laboral de la relación apreciada por la Inspección de Trabajo, podrá valerse de todos los medios de prueba que se encuentren regulados en la Ley, tal como señala el artículo 90 L.P.L., que le sirvan para acreditar los hechos en los que fundamenta el carácter no laboral de la relación.



Se plantea si es posible que, tras la imposición de la sanción por la Autoridad Laboral se interponga una demanda de oficio. Por alguna Sala de lo contencioso del T.S.J. se ha entendido que si era posible, procediendo a declarar la nulidad de la sanción impuesta, a fin de que se plantee por la Autoridad laboral una demanda de oficio, a la vista de las alegaciones y pruebas del responsable, en orden a desvirtuar la naturaleza laboral de la relación, que le era atribuida por la Inspección de Trabajo.

El proceso finaliza con sentencia que puede contener uno de estos dos pronunciamientos:

- Declarar la inexistencia de relación laboral, en cuyo caso se pondrá fin al procedimiento sancionador.
- Declarar la existencia de relación laboral, en cuyo caso el procedimiento sancionador continuará.

## **2. Supuesto del artículo 149.2 de la L.P.L.**

La Autoridad Laboral podrá iniciar el proceso de oficio cuando las actas de infracción versen sobre determinadas infracciones de carácter grave -apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 de la LISOS- y muy graves -apartados 2, 11 y 12 del artículo 8 de la LISOS- y el sujeto responsable las impugne con alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción, según el artículo 9.5 de la L.O.P.J.

El responsable no impugna el carácter laboral de la relación, sino que cuestiona que el conocimiento del fondo de la cuestión sea competencia de la Administración, entendiéndose que corresponde a la jurisdicción social.

Al igual que en el supuesto anterior, no es facultad discrecional de la Administración el iniciar este proceso, sino que, ha de iniciarlo si se cumplen los requisitos establecidos. El responsable únicamente puede ser el empresario, dado que las materias sobre las que puede versar este procedimiento están encuadradas en el Capítulo II "infracciones laborales". Por otro lado hay que señalar que constituyen "numerus clausus", por lo que en el supuesto de que se apreciara una infracción tipificada en preceptos diferentes de los enumerados en el artículo 149.2. de la L.P.L., no daría lugar al proceso de oficio. Las materias enumeradas en dicho precepto presentan la nota común de que existen trabajadores perjudicados por la conducta empresarial infractora, por ello el artículo 148.2 a) ordena seguir de oficio, aún sin asistencia de los trabajadores perjudicados.

El objeto del proceso consiste en que por el órgano jurisdiccional se resuelva si ha habido o no trasgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, modificación sustancial de condiciones de trabajo, establecimiento de condiciones de trabajo inferior a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, actos contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 del E.T., cesión ilegal de trabajadores, actos contrarios al respeto de



la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores o actos del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables, por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores, como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación, artículo 7 apartados 2, 6 y 10; artículo 8, apartados 2, 11 y 12 de la LISOS.

Solo estos supuestos dan lugar al proceso de oficio, caracterizándose porque existen trabajadores perjudicados.

Se ha criticado por la doctrina la selección de supuestos que dan lugar a este proceso de oficio, manteniendo que no existe justificación objetiva y razonable para la selección de materias objeto del mismo, ni tampoco para la exclusión de materias contempladas en otras infracciones distintas a las laborales, como seguridad social, prevención de riesgos laborales etc...

En este supuesto no se discute el carácter de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora, sino, al contrario, dada la índole de la relación laboral existente entre las partes y la materia, que es objeto del expediente sancionador, el sujeto responsable mantiene que el conocimiento del asunto corresponde a los órganos de la jurisdicción social.

Si finalmente la resolución de la Autoridad Laboral, imponiendo una sanción, es recurrida ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, éste se verá vinculado por los hechos declarados probados por la jurisdicción social, en aras a la tutela judicial efectiva y a la doctrina constitucional plasmada en la STC 158/85, de 26 de noviembre, que ha señalado : "Los resultados contradictorios alcanzados son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y laboral, sin que pueda hablarse de una extralimitación de los Tribunales Laborales que hubieran invadido el ámbito de otra jurisdicción "competente", es decir, en este caso la contencioso-administrativa.

Pero, si todo lo dicho es cierto, y si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24-1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema:



(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm 3 , de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24-1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios”.

Este proceso de oficio equivale, como el regulado en el artículo 149.1 de la L.P.L., a una cuestión previa o prejudicial, a un informe vinculante o dictamen que se inserta en el expediente administrativo. Existe cierta semejanza con las cuestiones prejudiciales, que serían devolutivas, puesto que el conocimiento de las mismas viene atribuido a un órgano jurisdiccional distinto del que ha de resolver la adecuada tipificación de la infracción y la subsiguiente sanción. Hay dos notables diferencias con la cuestión prejudicial, a saber, la cuestión no la plantea un órgano jurisdiccional sino la administración, y puede suceder que no intervenga otra jurisdicción, (en concreto si se aprecia que no existe relación laboral no cabe la imposición de una sanción. Tampoco si la Administración impone una sanción y el sujeto responsable no la impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

La sentencia que se dicte en el proceso de oficio únicamente resolverá sobre la existencia o inexistencia del hecho imputado al presunto infractor pero sin pronunciarse sobre la actuación de la Inspección de Trabajo.

### **VIII. Comunicación de la inspección de trabajo y seguridad social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo**

Esta modalidad de demanda de oficio, que aparece recogida en el apartado d) del artículo 146 de la L.P.L., ha sido introducida por la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su disposición adicional decimotercera ha procedido a modificar la L.P.L. en lo que ahora interesa, el artículo 146, al que ha añadido un nuevo apartado, el d).

El proceso se inicia por comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en la que se recogen las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de determinación de las indemnizaciones.



Hay que poner de relieve que este supuesto es el único de todas las variedades de procedimientos de oficio que se inicia por la Inspección de Trabajo y no por la Autoridad Laboral.

La comunicación que dirige la Inspección de Trabajo no aparece vinculada a que previamente se haya levantado acta de infracción, sin embargo, parece que la constatación por la Inspección de Trabajo de la existencia de una discriminación por razón de sexo, necesariamente ha de originar que, además de remitir comunicación al órgano jurisdiccional correspondiente, se levante acta de infracción. Parece difícil que haya un supuesto de discriminación por razón de sexo que no resulte incardinable en alguna de las faltas tipificadas en el artículo 7 –apartados 10 y 13- y artículo 8 –apartados 12, 13, 13 bis y 17- de la LISOS.

Hay que poner de relieve que la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modificó la LISOS, añadiendo el apartado 13 al artículo 7, modificando los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y añadiendo un nuevo apartado, el 17.

Todos los preceptos a los que se ha hecho referencia tipifican conductas empresariales que entrañan una discriminación por razón de sexo, que pasamos a examinar a continuación.

*Infracciones graves: artículo 7 LISOS:*

**Apartado 10:** “Actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 E.T., salvo que proceda calificarlos como muy graves. Dentro del artículo 4 del E.T. aparece en el apartado 2 c) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de sexo. Por su parte el apartado e) de dicho artículo proclama el derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

**Apartado 13:** “No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establece el E.T. o el convenio colectivo que sea de aplicación”. Son exigibles planes de igualdad en empresas de más de 250 trabajadores o en aquellas otras en que así se haya dispuesto por convenio colectivo. El incumplimiento en materia de planes de igualdad puede suponer el no cumplir lo previsto en los mismos, lo que en ocasiones puede entrañar una discriminación por razón de sexo.

*Infracciones muy graves: artículo 8 LISOS:*

**Apartado 12:** “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas, favorables o adversas, en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada a la empresa o ante una acción administrativa



o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación". El contenido del precepto está contemplando conductas discriminatorias por razón de sexo, bien sea en la imposición de condiciones laborales, bien ante una reclamación del trabajador que exige la igualdad de trato y no discriminación, que puede referirse a no discriminación por razón de sexo.

**Apartado 13:** "El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma". Como luego se expondrá el acoso sexual es una forma de discriminación.

**Apartado 13 bis:** "El acoso por razón de sexo, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo". Como luego se expondrá el acoso por razón de sexo constituye siempre una discriminación.

**Apartado 17:** "No elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley –empresas a las que se imponen sanciones por discriminación por razón de sexo cuando las sanciones accesorias son sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad"- . Como ya se puso de relieve al comentar el apartado 13 del artículo 7, el incumplimiento de un plan de igualdad en ocasiones, puede constituir una discriminación por razón de sexo.

Para apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo se ha de partir de la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo.

Debe entenderse que la conducta discriminatoria por razón de sexo, que el Inspector ha constatado, se puede referir tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

La definición de las mismas aparece en el artículo 6 de la precitada Ley Orgánica 3/07. A tenor de la misma se considera discriminación directa, por razón de sexo, "la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".

Se considera discriminación indirecta, por razón de sexo, "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".

El acoso sexual aparece contemplado en el artículo 7 de la Ley que dispone que "sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo".



“Constituye acoso por razón de sexo “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto, de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

“El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”.

La Ley considera discriminación por razón de sexo lo siguiente:

- Toda orden de discriminar directa o indirectamente por razón de sexo (artículo 7.3).
- El acoso sexual y el acoso por razón de sexo (artículo 7.3).
- Todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (artículo 8).
- Cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación o a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (artículo 9).

Para que la Inspección de Trabajo pueda formular la demanda de oficio, además de la constatación de la existencia de una discriminación por razón de sexo, tienen que existir perjuicios para el trabajador, debiendo recogerse en la comunicación las bases de los mismos, a efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. Hay que poner de relieve que en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en el contemplado en el apartado a) del artículo 146 de la L.P.L., no se exige que se aprecien perjuicios económicos, sino tan solo perjuicios. Ello obedece a que las conductas discriminatorias, en este caso por razón de sexo, pueden originar perjuicios de distinta índole, materiales y morales, en ocasiones ambos, en otras solo alguno de ellos, debiendo la Inspección sentar las bases para fijar la indemnización procedente.

En estos supuestos el trabajador podrá formular demanda en solicitud de la pertinente indemnización o reparación de perjuicios, que se acumulará a la demanda de oficio, tal como prevé el artículo 31 de la L.P.L. pues, si bien se refiere a las comunicaciones de la Autoridad Laboral ha de entenderse -por identidad de razón- que también se incluyen las comunicaciones de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, si el trabajador acciona por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, esta demanda no es acumulable, en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la L.P.L.

Expresamente prevé el artículo 146 c) de la L.P.L. un supuesto de acumulación, a saber, si con posterioridad se inicia el proceso de oficio al que se refiere el apartado 2 del artículo 149 de la L.P.L., habrá de acumularse al iniciado al amparo del artículo 146 d) de la L.P.L. Para que se tenga conocimiento por parte de la Autoridad Laboral de la presentación de esta última demanda, a efectos de ponerlo en conocimiento del Juzgado



de lo Social, con la finalidad de acumulación, el inciso segundo del artículo 146 d) de la L.P.L. dispone que la Jefatura de la Inspección correspondiente informará a la Autoridad Laboral de la presentación de la demanda de oficio, a la que se refiere el artículo 146 d) de la L.P.L., para conocimiento de ésta, con el fin de que por la misma se de traslado al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones, si se iniciara con posterioridad el procedimiento de oficio, a que se refiere el apartado 2 del artículo 149 de la L.P.L.

La sentencia que se dicte, si es estimatoria de la demanda –por analogía con las sentencias dictadas en los procesos de tutela de derechos fundamentales– habrá de declarar la existencia de la conducta discriminatoria, la nulidad radical de dicha conducta, el cese inmediato del comportamiento antidiscriminatorio, la reposición a la situación anterior y la fijación de la indemnización correspondiente, teniendo en cuenta las bases de los perjuicios fijados en la comunicación de la Inspección de Trabajo.

## IX. Proceso

La regulación aparece contenida en los artículos 147 y 148 de la L.P.L. y se aplica a todas las modalidades de los procesos de oficio, si bien limitadamente a los procesos contemplados en el artículo 149 de la L.P.L., ya que a estos únicamente se les aplican las previsiones contenidas en los párrafos a) y d) del artículo 148.2 de la L.P.L.

La tramitación es la siguiente:

- Si la demanda afecta a más de diez trabajadores, el órgano judicial les requerirá para que designen representante en la forma prevista en el artículo 19 de la L.P.L. Dicho precepto prevé que el representante deberá ser necesariamente abogado, procurador, graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario Judicial, por escritura pública o mediante comparecencia ante el servicio administrativo que tenga atribuidas las competencias de conciliación, mediación y arbitraje, o el órgano que asuma estas funciones. A la demanda de oficio han de acumularse las demandas individuales que los trabajadores hayan presentado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la L.P.L. En este caso la designación de representante, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la L.P.L., supone que si alguno de los trabajadores no comparece el día que se les cita, ante la Secretaría del Juzgado, a fin de nombrar un representante, se entenderá que acepta la designación del representante común. En todo caso, cualquiera de los demandantes podrá expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo o de designar un representante propio, diferente del designado de forma conjunta por los restantes actores.
- En los documentos por virtud de los cuales se inicia el proceso, se consignarán los requisitos generales exigidos por la Ley para las demandas de los procesos ordinarios, es decir, los requisitos exigidos en el artículo 80 de la L.P.L.



- El Juez examinará la demanda antes de decretar su admisión, al efecto de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos, advirtiendo a la Autoridad Laboral, en su caso, los defectos u omisiones de que adolezca, a fin de que sean subsanados en el término de diez días. En el proceso ordinario el plazo que se concede a la parte demandante para subsanar la demanda es de cuatro días, a tenor del artículo 81 de la L.P.L.
- El procedimiento se seguirá de oficio, aún sin la asistencia de los trabajadores perjudicados, que tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.
- La conciliación tan solo podrá autorizarse por el órgano judicial cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción.
- Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan solo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados a presencia del Inspector de Trabajo que levantó el acta o de la Autoridad Laboral.
- Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe, salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.

La D.A. cuarta de la Ley 42/97, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social establece que los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de la liquidación, observando los requisitos legales pertinentes tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan aportar los interesados.

El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados o informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos – que se refieren los apartados 5, 6, 7, 8 y 11 del artículo 7 de la presente Ley, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinan las normas procedimentales aplicables.


Con una dicción similar el artículo 53.2 de la LISOS reconoce presunción de certeza a las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- La sentencia que se dicte en estos procesos habrá de ejecutarse siempre de oficio.

## **X. Procesos del artículo 149 L.P.L.**

A estos procesos se les aplica lo dispuesto en los párrafos a) y d) del artículo 148.2 de la L.P.L. además de las siguientes reglas:

- A la demanda de oficio, la Autoridad Laboral acompañará copia del expediente administrativo.

- 
- La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo.
  - Cuando se entienda que las alegaciones del sujeto responsable pretendan la dilación de la actuación administrativa, el órgano judicial impondrá en la sentencia la multa por temeridad prevista en el artículo 97.3 en su máxima cuantía -100.000 pts.-
  - La sentencia firme se comunicará a la Autoridad Laboral

# 4

## ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

---





## JORNADAS SOBRE ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

### D. Rafael Gómez Gordillo


Prof. Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid.

#### I. Presentación

El pasado día 8 de mayo se celebró, la primera de las jornadas previstas para el presente año 2009 en el ámbito de la colaboración que mantiene el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide. Dirigidas por el prof. Santiago González Ortega, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide, las Jornadas Sobre Organización y Competencias de la Administración Laboral han permitido a sus asistentes aproximarse al conocimiento del papel que desempeñan las Administraciones Públicas en el sistema de relaciones laborales en España y, particularmente, al momento actual que la intervención de las administraciones públicas en materia de inspección de trabajo y políticas de empleo registra en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Este acercamiento se ha producido mediante un mejor conocimiento de la actividad de los órganos de la administración pública y del desarrollo de las funciones desarrolladas por tales instancias en materia laboral y de seguridad social. Las jornadas, dirigidas fundamentalmente a alumnos que cursan titulaciones universitarias relacionadas con la materia social y a los profesionales del Derecho Social en todos sus ámbitos, tomaron como punto de partida la intervención de las Administraciones Públicas en el sistema de Relaciones Laborales español desde un punto de vista panorámico y general, para progresivamente ir descendiendo a aspectos más concretos como los relacionados con la división competencial entre el Estado y las CC.AA. en materia de Seguridad Social, la actividad de la Inspección de Trabajo en Andalucía y las competencias de la Administración Laboral Autonómica, con una especial atención a las políticas de empleo. La inauguración de las Jornadas corrió a cargo de la Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Dña. Mercedes Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, quien señaló la importancia de la intervención de las AA.PP. en la materia, particularmente en momentos como el presente, en que la situación económica requiere una intensa reacción del conjunto de la sociedad y, por supuesto, de los poderes públicos.

#### II. Primera Conferencia

El profesor D. Jesús Mercader Uguina, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, ofreció con particular detalle una



síntesis completa sobre la evolución y realidad de la participación de las AA.PP. en el sistema de Relaciones Laborales. Su conferencia, titulada "La intervención administrativa en las relaciones laborales: una visión general", puso de manifiesto la realidad e intensidad variable del protagonismo intervisor de la administración, a sus diferentes niveles comunitario, central, autonómico y local, en la ordenación y desarrollo de las relaciones laborales. La exposición oral realizada por el prof. Mercader se inició planteando una de las cuestiones que tuvieron un mayor protagonismo en el nacimiento del Derecho del Trabajo como cuerpo jurídico especial y, que en el plano ideológico no en el plano jurídico, presenta plena actualidad. ¿Debe o no intervenir el estado en las Relaciones Laborales? Se trata de una cuestión resuelta históricamente a favor de la intervención del estado, al menos en lo que se refiere al estado español y a los países de nuestro entorno. Precisamente, es la intervención estatal como respuesta a la cuestión social el dato histórico que protagoniza el nacimiento de la legislación laboral, la decisión política que permite el nacimiento del Derecho del Trabajo, como derecho especial frente al Derecho Civil. El reconocimiento expreso de la desigualdad de las partes que intervienen en el contrato de trabajo determina y condiciona la decisión de intervenir desde lo público, con el objetivo de equilibrar los poderes contractuales de trabajador y empresario. La intervención normativa a favor del contratante débil fue posteriormente completada con el reconocimiento de una dimensión colectiva de la disciplina laboral, que promueve e impulsa el derecho de autonomía colectiva y las libertades sindicales. Como colofón del sistema, la cláusula del estado social funciona como una declaración contraria al abstencionismo estatal, pues obliga a los poderes públicos a mantener una participación activa en la remoción de los obstáculos que impiden el desarrollo pleno de los individuos. Resuelto el dilema sobre la intervención, la cuestión central desde hace años es la discusión sobre la intensidad con que la intervención pública debe manifestarse en cada momento, a partir de la premisa de que un exceso de intervención provoca limitaciones injustificadas de las libertades sindicales y empresariales, mientras que la escasa intervención estatal determina la ineficacia de la normativa laboral.

Superado el momento de nacimiento de la disciplina jurídica laboral, para centrarnos en el sistema de relaciones laborales nacido con la Constitución Española de 1978, sobre el mismo cabe ofrecer alguna conclusión previa, la intervención pública en el sistema de relaciones laborales ha sido objeto de una intensa y constante evolución hacia un sistema más democrático y participado por los agentes sociales. Durante estos años, las Administraciones Públicas han protagonizado un movimiento de retirada progresiva cediendo espacios de intervención normativa a los agentes sociales, mediante el reenvío de materias concretas a la negociación colectiva. Esta retirada progresiva se produce mediante dos manifestaciones instrumentales: de un lado, algunas materias, inicialmente vetadas a la autonomía colectiva, quedan con posterioridad abiertas a la intervención convencional sobre algunos aspectos concretos de su ordenación; en otros supuestos, aspectos sobre los que anteriormente no se pronunciaba la normativa estatal, son desde su primera ordenación encomendados a la negociación colectiva. En paralelo, el diálogo social ha estado en la gestación de la mayoría de las modificaciones legales en materia laboral y de Seguridad Social, elemento que ha me-



orado la eficacia de la regulación normativa. Adicionalmente, el sistema de relaciones laborales que nace de nuestra Constitución responde a un modelo de descentralización política y administrativa, que implica la asunción de responsabilidades públicas a distintos niveles y, que en materia laboral, permite la intervención administrativa a nivel Autonómico y Estatal. El proceso de transferencias en materia laboral de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha sido dilatado y lleno de obstáculos y, si bien, en los últimos años pudiera considerarse casi concluido, la aprobación de los llamados estatutos de autonomía de segunda generación deja abierta nuevamente esta cuestión.

En esta visión general de la actividad pública en materia laboral obligado es referirse al órgano de la administración general que tradicionalmente ha concentrado la actividad del estado central en dicho ámbito. El Ministerio de Trabajo, bajo distintas denominaciones, viene ejerciendo dichas funciones por razón de materia. En la actualidad, el Ministerio de Trabajo e Inmigración realiza funciones de ordenación normativa, registrales, de recepción de comunicaciones, de autorización, de conformación de derechos, arbitrales, prestacionales y de servicios públicos, de fomento y, por supuesto, actividades de inspección del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social. Por su parte, ejerciendo las competencias que le corresponden en cada caso conforme a lo dispuesto en sus estatutos de autonomía, las CC.AA. realizan funciones de ejecución de la normativa laboral, conocido el dato jurídico de que la competencia sobre la legislación laboral corresponde en exclusiva al estado central, mientras que en materia de Seguridad Social a la administración autonómica le corresponde la ejecución de los servicios de Seguridad Social y las políticas de Asistencia Social. En este sentido, conviene reseñar que la transferencia de las políticas activas en materia de fomento del empleo ha supuesto un importante impulso a la intervención administrativa autonómica en materia laboral.

Con todo, el desarrollo futuro de la intervención administrativa en el plano social durante los próximos años seguirá, en opinión del prof. Mercader, la siguiente senda: En primer lugar, continuará el proceso de retirada de la normativa de origen legal a favor de la normativa de origen convencional; en segundo lugar, las actividades de fomento del empleo relacionadas con la facilitación de ayudas económicas públicas puede quedar seriamente limitada por la aplicación más rigurosa de la normativa comunitaria europea sobre libre circulación de servicios, si bien, la actual situación económica puede retrasar de manera coyuntural esta evolución. En tercer lugar, será puesta nuevamente a discusión y, quizás se produzca una modificación importante del régimen jurídico de la intermediación en el mercado de trabajo y, particularmente, puede estar en cuestión la intermediación obligatoria encomendada a la Administración Pública. Por último, la actualidad económica sitúa en el centro del debate político la posibilidad de eliminar la autorización administrativa preceptiva en materia de despidos colectivos, aspecto este último que protagonizó la mayor parte del debate abierto tras la finalización de la conferencia ofrecida por el prof. Mercader.



### III. Segunda Conferencia

La segunda conferencia, a cargo del prof. D. Manuel García Muñoz, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide, bajo el título "Las competencias estatales y autonómicas en materia de Seguridad Social: la gestión del sistema", permitió ofrecer a su autor una visión general de las competencias y organización administrativa en materia de gestión del complejo sistema español de Seguridad Social. La exposición oral se inició con la fijación de una serie de elementos previos o configuradores, que dan sentido al conjunto del sistema, como la determinación de los sujetos protegidos, el objeto de la protección, la financiación del sistema y, por último, la gestión del conjunto de recursos de los que dispone el sistema español de Seguridad Social. Este sistema de gestión, prácticamente desde que es puesto en marcha a partir de la aprobación de la Ley de Bases de 1963, manifiesta algunas características que le han dado un alto grado de continuidad. La gestión del sistema debe ser pública, a partir de la combinación de dos modalidades de gestión, mediante el uso de organismos especializados y el uso de la administración general del estado. Desde otro punto de vista, se trata de una gestión que progresivamente tiende a la unificación, mediante la creación de un instituto con funciones de organización y administración del conjunto del sistema. Pero también se trata de una gestión participada, en la medida en que se encuentra abierta a la intervención de los agentes sociales, principales protagonistas del sistema. Por último, la gestión del sistema de seguridad social español se lleva a cabo sin ánimo de lucro, pues no conlleva la búsqueda u obtención de ganancia económica alguna.

La gestión del sistema español de Seguridad Social puede estudiarse también desde un punto de vista evolutivo, en el que el prof. García Muñoz destaca cuatro fases diferenciadas: preconstitucional, constitucional, Pacto de Toledo, actualidad y líneas de desarrollo futuro. En dicho proceso, la Constitución Española marca un punto de inflexión particularmente acusado en materia de gestión del Sistema de Seguridad Social, a partir del reparto competencial realizado por la norma constitucional. Conforme al mismo, al estado central le correspondería la legislación básica y el régimen económico de Seguridad Social y a las CC.AA. la legislación que no tenga dicho carácter y la ejecución de los servicios. Este reparto, formalmente realizado por la norma constitucional, ha ido completándose con las numerosas interpretaciones sobre aspectos concretos realizadas por el Tribunal Constitucional, y con el desarrollo de una no poca intensa actividad prestacional de las CC.AA, como es el caso de Andalucía con relación a las prestaciones no contributivas. Superada la fase de aplicación de la norma constitucional aprobada en el año 1978, una nueva etapa ya de madurez tiene como punto de partida el conocido como Pacto de Toledo, que se propone el objetivo de avanzar en la integración orgánica de la gestión del sistema, la intensificación y la corresponsabilidad social, si bien, no se atiende la demanda de transferir la gestión de las prestaciones económicas a las CC.AA. De todo lo dicho, puede concluirse que, en la actualidad, la gestión del sistema de la Seguridad Social es pública, racionalizada funcionalmente, descentralizada territorialmente, participada por los interesados, no lucrativa, tutelada administrativamente y sometida al procedimiento administrativo común.




La evolución futura de la gestión del sistema pasa, en opinión del prof. García Muñoz, por la posible y largamente esperada unificación orgánica mediante la creación de la Agencia de la de la Seguridad Social, que integraría el conjunto de las entidades gestoras, de intervención, los servicios comunes y la gerencia de informática, con el objetivo de optimizar los recursos y mejorar la información suministrada a los ciudadanos y a disposición de la Administración de la Seguridad Social. Junto a ello, se persigue mejorar la eficacia de la gestión, mediante la implantación de un nuevo sistema de liquidación de las cotizaciones por las empresas (Sistema CRET@) y la extensión de ya existente sistema RED para la realización telemática del conjunto de los actos de encuadramiento.

#### IV. Tercera conferencia

Uno de los instrumentos de intervención administrativa en el ámbito laboral en los que la evolución de las formas e intensidades se ha producido a menor ritmo, y del que ya se hablaba en la primera de las conferencias, es el relativo a las competencias y formas de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Al momento actual y al futuro inmediato de las funciones encomendadas por el legislador a este importante órgano de la Administración Pública se dedicó la tercera de las conferencias, a cargo de D. Víctor de Santos Sánchez, Director territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, que realizó la exposición titulada “La Inspección de trabajo y de Seguridad Social: Actualidad y Perspectivas”. Parte D. Víctor de Santos en su exposición de algunas cuestiones que considera básicas: ¿Es o no conveniente la existencia de la propia Inspección? ¿Es preferible la intervención administrativa o la autotutela privada? ¿Es preferible la intervención administrativa o la judicial?

Resueltas las cuestiones previas a favor del mantenimiento del sistema de inspección tradicional en nuestro país, a partir de la constatación de que el cambio de sistema no aportaría ventajas considerables, se continúa la exposición oral analizando algunas otras cuestiones de actualidad. En primer lugar, se exponen las virtudes y defectos de los modelos de inspección generalistas y especializados, análisis que permite explicar la opción integral recomendada por la Organización Internacional del Trabajo. Posteriormente, se enumeran las competencias de la Inspección, destacando las relacionadas con las infracciones de la normativa laboral (RR.LL., PRL, Empleo, ETT), las infracciones de la normativa de seguridad social y las infracciones en materia de extranjería. También en materia de inspección de trabajo puede observarse el reflejo de la distribución competencial estado autonomías. Particularmente interesante resultó la exposición relativa a las formas de iniciación de la actividad inspectora que, según se dijo, puede producirse por propia iniciativa de la inspección conforme a su planificación anual (actualmente centrada en aspectos tales como la economía irregular, siniestralidad, contratación, cotización en sucesión de empresas y diferencias con AEAT, discriminación y trabajo a tiempo parcial), a petición judicial o de otros órganos de la Administración Pública o por denuncia de los trabajadores. Los medios de actuación de la Inspección de Trabajo también gozaron de atención específica, así como un estudio práctico sobre



la apreciación judicial de la presunción de certeza de las actuaciones del inspector. Finalmente, como líneas de actuación que marcarán el futuro inmediato de la Inspección de trabajo se individualizaron algunas materias que ya, en la actualidad, concentran la preocupación de la dirección de la Inspección de Trabajo. Entre otras cuestiones no menores, como elementos de especial preocupación se señalaron los relacionados con los desplazamientos transnacionales de trabajadores para la realización de un servicio, el respeto al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación, el fraude en las subvenciones o bonificaciones concedidas a los empresarios por motivo de fomento del empleo, la conexión relaciones laborales seguridad social, la aplicación de lo pactado en los convenios colectivos y en los expedientes de regulación de empleo, las relaciones entre el orden jurisdiccional laboral y el orden jurisdiccional penal, la extensión de la responsabilidad empresarial (contratas, cesión ilegal, sucesión de empresas y los administradores de las sociedades), el concepto de trabajador, las prestaciones de la Seguridad Social y el concepto de arraigo laboral. Para terminar, resulta particularmente interesante entre las líneas de evolución de la actividad inspectora a nivel de principio de actuación, aplicable a partir de la selección de determinadas empresas, persiguiendo el cumplimiento de las normas laborales desde el convencimiento de la benignidad de éstas, alejándose del tradicional principio sancionador.

## V. Cuarta conferencia

La cuarta y última conferencia, titulada “Las competencias de la Administración Laboral Autónoma: una especial atención a las políticas Activas de Empleo”, que corrió a cargo de Dña. Clara Carmona Salgueiro, Asesora Técnica en empleo de la Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo. El Estatuto de Andalucía recoge entre sus objetivos básicos la consecución del pleno empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida familiar y laboral, la garantía de empleo para mujeres y jóvenes, y el acceso a una educación permanente y de calidad, el acceso a los servicios públicos y gratuitos de empleo y a la formación profesional. En cumplimiento de estos objetivos, el SAE ejerce su actividad con respeto a los principios de igualdad de oportunidades, participación de los agentes sociales y económicos, transparencia del mercado de trabajo, integralidad, complementariedad y coordinación de la gestión de las políticas de empleo, solidaridad territorial, gratuidad, universalidad y personalización. Junto a estos principios, la actividad de este servicio tienen como eje central la concertación social, y como marco de referencia la Estrategia Europea por el Empleo, el Programa Nacional de Reformas de España, el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la estrategia para la competitividad de Andalucía. La estructura organizativa del SAE cuenta con una serie de herramientas complementarias que facilitan la materialización de las políticas públicas de empleo en Andalucía, como es el caso de Andalucía Orienta, los Instrumentos de Desarrollo Local y los Centros de Formación. Esta estructura de gestión permite facilitar un buen número de servicios, entre los que pueden destacarse: los itinerarios personalizados para la inserción y acompañamiento, formación y reconocimiento de las cualificaciones para el empleo, experiencias profesionales para el empleo, acciones de empleo y formación, acciones experimentales, intermediación laboral, fomento del empleo de calidad, fomento del



trabajo autónomo y su consolidación, promoción y desarrollo del empleo local, fomento del espíritu empresarial y mejora de la adaptabilidad de trabajadores, empresas y empresarios, programas comunitarios, promoción en la igualdad en el empleo, prospección y estudio sobre el mercado de trabajo. Con el objetivo de mejorar estos servicios, el SAE ha puesto en marcha una serie de instrumentos que afectan a tres bloques diferenciados de tareas. Por lo que respecta a la atención y gestión de la demanda de empleo, se presentaron algunos instrumentos como los Puntos de Empleo, que permiten realizar renovaciones telemáticas de las demandas de empleo, la creación de un Área personal del demandante, a la que éste podrá acceder, la creación de Áreas de Autogestión de la Demanda, o la posibilidad de utilizar el soporte vídeo para la realización del Currículum Vitae. Por lo que respecta a la atención y gestión de las ofertas de empleo, ámbito en el que se reconoció que era preciso realizar un mayor esfuerzo, se señaló la creación del Área de difusión de Ofertas en la Oficina Virtual del SAE, la posibilidad de comunicar las contrataciones por vía telemática a través del programa Gescontrat@, la atención específica por territorios mediante la implementación del programa ATIPES, y la creación del Observatorio Argos. Toda esta maquinaria administrativa al servicio del fomento del empleo, se completa con algunos otros instrumentos de Gestión Mixta, mediante la creación del sistema Eurek@ de intermediación por Internet, el sistema de gestión del empleo agrario GEA, la posibilidad de realizar comunicaciones a los administrados vía SMS o los sistemas de gestión de turnos en las oficinas del SAE.

Especial atención merecieron las Agencias Territoriales de Empleo, como marco geográfico de acceso a los servicios y a la atención continuada. En estas agencias se integrarán tres tipos de oficinas que, según su tamaño, serán los Centros de Empleo, las Oficinas de Empleo y, por último, las Oficinas Locales de Empleo. Por otra parte, la especial situación de alza del desempleo ha sido contestada con la elaboración de una serie de medidas de carácter extraordinario que se engloban en dos planes diferenciados que reciben la denominación de Plan MEMTA (Medidas Extraordinarias para el Mercado de Trabajo en Andalucía) y el Plan PROTEJA (Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía). En ambos casos se trata de actuaciones a completar a corto plazo, de carácter extraordinario y mediante tramitación urgente, que tienen como objetivo la mejora de las condiciones de empleabilidad, la creación de empleo y reducir el período de transición. La dotación económica de estos programas asciende a un total de 462 millones de euros. Ambos planes para el empleo elaborados por el SAE presentan objetivos a corto, medio y largo plazo. A corto plazo, se pretende el impulso de la actividad y del empleo en las pequeñas y medianas empresas del sector de la construcción y el incremento del capital social; a medio plazo, se persigue la mejora de la empleabilidad de las personas que hayan participado en las actuaciones y potenciación de su inserción laboral; por último, a largo plazo, se espera la creación de sinergias de crecimiento y desarrollo mantenido.



# 5

EL FACTOR HUMANO COMO ESTRATEGIA  
DE DESARROLLO COMPETITIVO DEL  
TEJIDO PRODUCTIVO

---





## LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN COMO PUNTO ESENCIAL DE LA ESTRATEGIA DE LISBOA

**D.<sup>a</sup> Lourdes López Cumbre**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Cantabria.

- I. LA ESTRATEGIA DE LISBOA COMO MARCO DE DESARROLLO DEL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN SUPERIOR.
  1. Ambiciosos objetivos pretendidos con la Estrategia de Lisboa.
  2. Antecedentes y consecuentes de la Estrategia de Lisboa: del Informe Delors al Informe Kok.
  3. La eterna discusión sobre el binomio productividad-innovación tecnológica.
- II. EL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN SUPERIOR.
  1. La creación de una zona europea de investigación e innovación: el Espacio Europeo de Investigación Superior.
    - 1.1. Razones por las que surge el Espacio Europeo de Investigación Superior.
    - 1.2. Exigencias básicas para la existencia de un Espacio Europeo de Investigación Superior.
    - 1.3. El Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013).
  2. Los investigadores como centro de referencia del Espacio Europeo de Investigación Superior.
    - 2.1. Vínculos entre Universidad, empresas y centros de investigación.
    - 2.2. Bolonia y los investigadores.
    - 2.3. La Carta Europea del Investigador. La contratación de investigadores de terceros países.
    - 2.4. La escasa presencia de investigadoras en el ámbito científico europeo.
- III. MEDIDAS A ADOPTAR PARA ALCANZAR EL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN SUPERIOR COMO UNO DE LOS OBJETIVOS PREVISTOS POR LA ESTRATEGIA DE LISBOA.
  1. Una rápida valoración de los resultados alcanzados.
  2. Propuestas de la Comisión y del Consejo para mejorar los resultados.
    - 2.1. Incrementar y mejorar las inversiones en investigación y desarrollo.
    - 2.2. Facilitar la innovación, la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación y el uso sostenible de los recursos.
    - 2.3. La iniciativa de la Sociedad Europea de la Información para 2010.
    - 2.4. Contribuir a implantar una base industrial europea sólida.
    - 2.5. Tendencias en Políticas de Investigación.
    - 2.6. Cambio en la función investigadora de las Universidades.
    - 2.7. Mejora en la transferencia de conocimiento.
    - 2.8. Movilidad del personal investigador.
    - 2.9. Consideración final de la Comisión Europea.
    - 2.10. Consideración final.
- IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS Y DOCUMENTALES CONSIDERADAS EN LA EXPOSICIÓN DE ESTA INFORMACIÓN SOBRE EL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN SUPERIOR.
  1. Referencias bibliográficas básicas empleadas.
  2. Referencias normativas de interés utilizadas.
  3. Referencias documentales sobre la materia examinadas.



## I. La estrategia de Lisboa como marco de desarrollo del espacio europeo de investigación superior

### 1. Ambiciosos objetivos pretendidos con la Estrategia de Lisboa

1. Hace casi diez años, en marzo de 2000, el Consejo Europeo fija en Lisboa una estrategia mediante la cual anota una agenda de actuaciones con el propósito más ambicioso hasta el momento de la Unión Europea (en adelante, UE). Se pretende lograr, en diez años, esto es, con el horizonte de 2010, la economía más dinámica y competitiva del mundo. Una economía basada en el conocimiento, capaz de crecer de manera sostenible y con más y mejores empleos junto con una mayor cohesión social. Para ello se admite todo un conjunto de reformas estructurales que suponen cambiar no sólo infraestructuras e instituciones sino el entramado sobre el que se sustentan las relaciones de producción y, en una dimensión mayor, las relaciones económicas, sociales y políticas. La euforia europea que impulsa esta dinámica se basa en el éxito alcanzado con la consecución de un mercado interior y una unión económica y monetaria tras la implantación del euro, por un lado, y, por otro, por las perspectivas macroeconómicas favorables que los economistas vaticinan en los próximos años. Sin embargo, el año 2000 constituye un año difícil por dos razones básicamente. La primera, porque la tendencia creciente del PIB de la UE-15 se interrumpe y de un 3.7% pasa a un 2.3% señalando un viraje importante en la economía. Y la segunda, porque Francia y Holanda rechazan la Constitución Europea y la unión política europea se tambalea.

Lisboa supone un compendio y una superación de anteriores procesos. Aquellos, limitados a un objetivo concreto –así, Luxemburgo en políticas de empleo o Cardiff en la reforma económica–, no interiorizaban una comprensión global de medidas que, aquí, sí se recogen. La pretensión central, el aumento del crecimiento potencial de la economía de la UE, sólo se conseguirá si las actuaciones estratégicas se centran en cuatro grandes ejes: empleo, reforma económica, cohesión social y sociedad del conocimiento.

2. La UE reconoce el horizonte de una década para lograr tan ambicioso objetivo: convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social. Su estrategia global se dirige a preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I+D así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación junto con la culminación del mercado interior, a modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social y a mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento mediante la aplicación de un conjunto de medidas políticas macroeconómicas adecuadas.




Parte de una idea clara y es que el Consejo de Europa necesita establecer el objetivo del pleno empleo en Europa en el marco de una nueva sociedad emergente que esté más adaptada a las opciones personales de mujeres y hombres. Si las medidas que se establecen se aplican en un marco macroeconómico sólido, un índice medio de crecimiento económico de alrededor del 3% podría constituir una previsión realista para los diez años en los que se plantea el desarrollo de esta Estrategia (de 2000 a 2010). Para conseguirlo se introducirá un nuevo método abierto de coordinación a todos los niveles que deberá ir acompañado de una función de guía y coordinación más firme por parte del Consejo Europeo a fin de garantizar así una dirección estratégica más coherente y un control efectivo de los trabajos.

3. Desde una perspectiva descriptiva la Estrategia de Lisboa se basa en una serie de políticas principales. De una parte, la consecución de una reforma económica a fin de preparar la economía del conocimiento. Se trata de liberar el potencial innovador y emprendedor en Europa, consiguiendo la ansiada e-Europe. No en vano, el aumento de la productividad se fundamenta en la promoción de una economía basada en el conocimiento con acciones concretas en el ámbito de la I+D y la innovación, avanzando en los procesos de reforma de mercados de bienes y servicios, completando el mercado interior y culminando la liberalización en los sectores recientemente abiertos a la competencia, especialmente las denominadas industrias en red.

Por otra parte, la consolidación del modelo social europeo mediante la inversión en las personas. Lograrlo supone priorizar el aumento de los conocimientos y cualificaciones de todo ciudadano, estableciendo como meta, entre otras, la formación continua a lo largo de toda la vida o la plena participación en la sociedad también sin distinción de edad. Con ello se logrará, a su vez, un doble objetivo consistente en una mano de obra más adaptable y en una protección social de mayor calidad. A tal fin, la Estrategia de Lisboa pretende conseguir en 2010 un 70% de nivel de empleo, la reducción del desempleo al 4% y el incremento del número de mujeres con empleo al 60% del total. A tal fin, se intentará incrementar el empleo con políticas activas, modernizando los sistemas de prestaciones, flexibilizando el mercado de trabajo y mejorando la formación de capital humano. Hasta 2007 el balance ha resultado positivo con una tasa de empleo del 66% y con un descenso en la tasa de desempleo del 7%, a partir de esa fecha y como consecuencia del estancamiento y retroceso mundial en la economía las cifras han comenzado a variar en sentido inverso.

## **2. Antecedentes y consecuentes de la Estrategia de Lisboa: del Informe Delors al Informe Kok**

1. Cuando la UE decide emprender este empeño busca entre sus antecedentes soportes sólidos que le permitan afianzar sus decisiones. Y los halla. En concreto, dispone de uno de los documentos más influyentes de la década de los noventa, el popularmente conocido como Informe Delors (1994), el Informe sobre *“Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI”*. Este Informe gira en torno a



cuatro ejes de actuación, la mejora del contexto en el que se desarrolla la actividad industrial, la promoción de la competencia para hacer bajar los precios, la mejora de la calidad de los servicios de comunicación y el fomento en la aparición de nuevos servicios.

La adopción de alguna medida sustancial en el ámbito de la sociedad de la información se produce precisamente en el año 2000, tras privatizar y generalizar internet y la telefonía móvil y una vez alcanzado el éxito mundial por parte de la finlandesa Nokia o la británica Vodafone. De ahí que la UE fije el contenido de la e-Europe compuesto por el desarrollo de una infraestructura adecuada, de la banda ancha, alta velocidad y acceso permanente a Internet, del fomento de la prestación de servicios avanzados sobre todo en el sector público (administración, salud, enseñanza, etc), de la promoción de la gestión de negocios electrónicos con el dominio eu., clave para garantizar el mercado único, entre otras muchas actuaciones dirigidas a conseguir una economía basada en la sociedad del conocimiento.

2. Pero, a su vez, la UE se autoimpone un control de su actuación y decide someter a revisión los avances logrados casi en el ecuador de su cita. De ahí que en 2004 solicite un Informe sobre el cumplimiento de la estrategia al que fuera primer ministro de los Países Bajos. El "Informe Kok", a la luz de lo analizado, efectúa una serie de propuestas susceptibles de realización por parte de la Unión. Entre las más importantes destacan las siguientes: a) realizar la sociedad del conocimiento, creando sectores de alto valor añadido, innovadores y basados en la investigación que sean capaces de competir con los mejores del mundo; b) cumplir los compromisos para el mercado interior, asegurando una transposición más rápida de las normas, suprimiendo obstáculos para los servicios, eliminando las barreras a la competencia, avanzando en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, consiguiendo unas infraestructuras de calidad para el mercado interior más grande; c) crear el correcto entorno empresarial; d) construir un mercado de trabajo flexible para una mayor cohesión social, consiguiendo inversiones más eficaces en capital humano, aumentando la capacidad de adaptación de trabajadores y empresarios, preparando a la UE para los efectos del envejecimiento de la población; y e) trabajar por un futuro medioambientalmente sostenible, explotando las oportunidades que la protección del medio ambiente pueden ofrecer a la mejora de la competitividad, asegurando que Europa siga ejerciendo su liderazgo internacional en materias medioambientales, pero teniendo en cuenta el impacto que ello pueda tener en el crecimiento y en el empleo.

La consecución de estos objetivos supone, en primer lugar, que el Consejo de Europa ejerza su liderazgo en la Estrategia de Lisboa; en segundo término, se requiere que los Estados miembros elaboren unos programas nacionales de cumplimiento en cuya redacción han de estar involucrados los actores sociales y la ciudadanía, programas que, para asegurar la coherencia europea, serían posteriormente revisados por la Comisión quien deberá analizarlos en el ámbito de su informe de síntesis, pudiendo incluir recomendaciones específicas; en tercer lugar, la Comisión Europea deberá




revisar y favorecer los progresos con sus políticas y sus acciones; y, por último, será el Parlamento Europeo el que deba jugar un papel proactivo en su labor de control sobre los resultados.

### 3. La eterna discusión sobre el binomio productividad-innovación tecnológica

1. Quizá de entre todas las claves para la consecución de estos ambiciosos objetivos destaque la necesidad de mejorar la productividad. El aumento de la misma en EEUU no ha resistido la comparación con Europa que ha sufrido un considerable descenso, ya sea en hora trabajada o por persona empleada o en una combinación de capital-trabajo, pasando de un 2% en los años ochenta a un 1% en el año 2000 a diferencia de EEUU que, si bien en los años ochenta la productividad suponía un 1.25%, ahora se ha incrementado al 2.5%.

Para algunos, la razón de esta diferencia se encuentra en el nivel de empleo que constituye la causa de una mayor o menor productividad. En efecto. No falta quienes consideran que es el nivel de empleo el que ralentiza la productividad: a un mayor nivel de empleo menor productividad y viceversa. Esto es así porque con una menor utilización de capital por trabajador se tiende a emplear a un mayor número de trabajadores pero menos cualificados. Esta idea que contrapone productividad a empleo encuentra su apoyo en la historia económica de la postguerra. En los años setenta y ochenta, la UE registra un rápido incremento de la productividad en un período en que el empleo desciende mientras que, a la inversa, EEUU reduce en ese mismo período sus cifras de productividad cuando precisamente opta por incrementar el empleo. Se intenta encontrar una justificación en el hecho de que durante esta época las subidas del petróleo generaron incrementos salariales en muchos países de la UE en los que los trabajadores decidieron repercutir los precios más altos de la energía a los empresarios mediante reivindicaciones salariales. Por esta razón, los empresarios optaron por sustituir el trabajo por el capital produciéndose una oleada de despidos acompañada de un fuerte incremento de la productividad.

Sin embargo, existen dos argumentos que empañan esta teoría. Por un lado, que la experiencia norteamericana demuestra precisamente todo lo contrario puesto que EEUU ha obtenido buenos resultados de forma paralela en empleo y productividad. El incremento de la productividad derivado de la innovación y de la mejora en las prácticas laborales han constituido la seña de identidad del comportamiento económico norteamericano durante las pasadas décadas, incrementándose la demanda tanto del trabajo como del capital a la par. Por otra parte, el desarrollo y la difusión de las nuevas tecnologías relativizan la relación entre ambos factores siempre que la adaptación tecnológica se produzca con cierta celeridad pues, de este modo, y siempre que los mercados de trabajo y de productos funcionen bien, un incremento del empleo será siempre compatible con un incremento de la productividad. Con todo, conviene subrayar cómo el desglose de la contribución del capital muestra que en EEUU se pasa del capital convencional al capital relacionado con las TIC mientras que en Europa esta tendencia no se observa por lo que quizá sea ésta también una explicación del diferencial de productividad entre ambas economías.

- 
2. En el ámbito europeo se impone, pues, un impulso para incrementar la productividad a través de la innovación, la inversión en capital humano, el aumento del capital asociado a las TIC. Entienden los expertos que para ello se requiere el fomento de la competencia y una simplificación de la normativa que regula los mercados de trabajo, capital y producción. En general, el bajo nivel de inversión en investigación y desarrollo observado en el sector privado europeo en términos comparativos con el norteamericano se deriva de las diferencias en la estructura industrial y en el menor tamaño de la industria de alta tecnología existente en Europa.

Conviene subrayar, no obstante, que Europa no ha obtenido aún los beneficios de la revolución de las TIC y que, para lograrlo, se considera imprescindible que trabajadores y empresarios se adapten a nuevas formas organizativas en las que quepa aprovechar las ventajas reales y potenciales de las TIC. Hoy se impone, sobre la antigua fabricación en masa de bienes homogéneos, una producción de alto grado de diferenciación en bienes y servicios.

## II. El espacio europeo de investigación superior

### 1. La creación de una zona europea de investigación e innovación: el Espacio Europeo de Investigación Superior

#### 1.1. Razones por las que surge el Espacio Europeo de Investigación Superior

1. En el esquema trazado por la Estrategia de Lisboa existe un apartado específicamente destinado a la creación de una zona europea de investigación e innovación. Hasta el momento, la actuación de la UE en esta materia se había venido basando en la cooperación entre socios de distintos países pero en un mundo globalizado, investigación y desarrollo progresan a un ritmo excesivamente acelerado por el intercambio de investigadores, al compartir la información, al difundir resultados científicos sin traba fronteriza alguna, en definitiva, al intercambiar los éxitos investigadores en libertad. Pese a ello, Europa no ha consolidado una política europea de investigación y además ha permitido que la inversión en investigación caiga en los últimos años en un 1.8% del PIB frente al incremento del 3% en Japón o en EEUU.

Por eso surge la necesidad de construir y constituir el Espacio Europeo de Investigación Superior (en adelante, EEIS –también conocido por su traducción en inglés European Research Area –ERA-). A través de él se pretende establecer una zona de investigación sin fronteras en la que los recursos científicos se utilicen mejor al efecto de fomentar el empleo y la competitividad en Europa. En el EEIS se combinan tres conceptos. En primer lugar, la necesidad de crear un mercado interior de la investigación (verdadero espacio de libre circulación de los conocimientos, los investigadores y las tecnologías) dirigido a reforzar la cooperación, estimular la competencia y sacar el máximo partido a la asignación de los recursos. En segundo término, se impone una reestructuración del tejido europeo de investigación, con-



sistente fundamentalmente en una mejor coordinación de las actividades y políticas de investigación nacionales ya que éstas representan la mayor parte de la investigación realizada y financiada en Europa. Y, por último, el fomento de una política europea de investigación que vaya más allá de la mera financiación de las actividades de investigación y que incluya todos los aspectos de las demás políticas nacionales y europeas relacionadas con la misma.

2. Como reconoce la UE, el EEIS se crea para lograr distintos objetivos. Entre los más importantes destacan los siguientes: a) desarrollar mecanismos adecuados para la creación de redes de programas nacionales y conjuntos de investigación sobre una base voluntaria y con objetivos elegidos libremente, con el fin de aprovechar mejor los recursos concertados dedicados a la I+D de los Estados miembros y asegurarse de que se informe regularmente al Consejo de los avances logrados; b) establecer en todos los Estados miembros un mapa sobre la excelencia de I+D con objeto de fomentar la difusión de la misma; c) mejorar las condiciones para la inversión privada en investigación, las colaboraciones en I+D y las nuevas empresas de tecnología punta, recurriendo a políticas fiscales, a la financiación mediante capital riesgo y al apoyo del Banco Europeo; d) fomentar el desarrollo de un método abierto de coordinación para efectuar una evaluación comparativa de las políticas nacionales de investigación y desarrollo y establecer indicadores para medir los resultados en distintos sectores en especial en lo que respecta a recursos humanos; e) facilitar la creación de una red transeuropea de muy alta velocidad para las comunicaciones científicas electrónicas que ponga en contacto las instituciones de investigación y las universidades, así como las bibliotecas científicas, los centros científicos y progresivamente las escuelas; f) hacer lo necesario para suprimir los obstáculos a la movilidad de los investigadores y atraer y conservar los talentos investigadores de alta calidad en Europa; y, en fin, g) garantizar que se disponga de una patente comunitaria, incluido el modelo de utilidad, de forma que la protección de patentes de ámbito comunitario en la UE sea tan fácil y barata de obtener y su cobertura tan amplia como la protección otorgada por los principales competidores.

### ***1.2. Exigencias básicas para la existencia de un Espacio Europeo de Investigación Superior***

1. Conseguir los objetivos propuestos con la creación del EEIS implica coordinar un conjunto de recursos materiales e infraestructuras optimizado a nivel europeo lo que, a su vez, requiere la creación de centros de excelencia, esto es, por la reagrupación en redes de las instituciones de investigación puntera. En prácticamente todos los ámbitos existen centros europeos que destacan mundialmente, sin embargo sus especializaciones precisas no siempre son suficientemente conocidas fuera de las fronteras europeas. Las formas de trabajo a distancia que permiten las redes electrónicas hacen posible crear centros virtuales de excelencia científica, multidisciplinar y que podrían asociar a Universidades y empresas. Las redes electrónicas abren a los investigadores toda una nueva gama de posibilidades de trabajo: laboratorios virtuales, manipulación de instrumentos a distancia o acceso casi ilimitado a base de datos complejos, etc.



Convendría asimismo utilizar los instrumentos y medios públicos con mucha más coherencia. Hasta ahora los programas nacionales de investigación han sido muy independientes los unos de los otros. Se trata de adoptar criterios que permitan la apertura mutua de los programas nacionales. La Comisión puede desempeñar un papel catalizador, proporcionando a los Estados miembros medios logísticos e instrumentos jurídicos para coordinar mejor las actividades de investigación realizadas en Europa. Para ello se crean una serie de organizaciones europeas: la Fundación Europea de la Ciencia, la Agencia Espacial Europea, la Agencia de Cooperación Europea en el ámbito de la investigación científica y técnica que deberán aplicar con mayor coordinación los programas de investigación nacionales y europeos y reforzar las relaciones entre las organizaciones de cooperación científica y tecnológica europeas. En una Comunicación elaborada por la Comisión en 2000 y titulada *“Hacia un espacio europeo de investigación”* señala aquélla cómo, para conseguir mayor eficiencia, la inversión privada ha de ser mucho más dinámica. Para ello se prevé una mejor utilización de los instrumentos de apoyo indirecto a la investigación; la creación de instrumentos eficaces para la protección de la propiedad intelectual, estimulando la creación de empresas y las inversiones de capital de riesgo. Se concibe como necesario también un sistema común de referencia científico y técnico para la ejecución de las políticas. Las investigaciones deberían ajustarse a las grandes preocupaciones de los ciudadanos y de los responsables políticos, fomentándose en mayor medida las investigaciones necesarias para la toma de decisiones políticas, así como un sistema común de referencia científico y técnico. Por lo demás y por último, se denuncia que el actual sistema europeo de patentes cuyo elemento clave es la Oficina Europea de Patentes y las oficinas nacionales se basa en la expedición de patentes nacionales, válidas solamente en los Estados miembros para los que se expide. Por eso, sería necesario crear una patente comunitaria única que cubra el conjunto del territorio de la Unión Europea.

2. En esta línea y en los últimos años, tanto el Consejo de la UE como algunos grupos consultivos tales como el CREST (Comité de Investigación Científica y Técnica de la UE), el EURAB (Comité Consultivo Europeo de Investigación), el ESFRI (Foro Estratégico Europeo sobre Infraestructuras de Investigación) o la Comisión de Industria, comercio exterior, investigación y energía del Parlamento Europeo, han emitido recomendaciones para reforzar las sinergias entre las políticas de investigación, innovación y cohesión. En su opinión, las autoridades nacionales y regionales deberían elaborar una estrategia específica para una utilización coordinada de los programas marco y los programas de la política de cohesión en el seno de su estrategia de investigación, desarrollo tecnológico e innovación. Asimismo deberían aprovecharse las posibilidades que ofrece la política de cohesión y los programas marco para reforzar la gobernanza de las estrategias de investigación e innovación a través de los intercambios y la creación de redes. En todo caso, sería conveniente establecer sinergias eficaces, como el refuerzo de la capacidad de innovación e investigación, el desarrollo de la excelencia, la participación de las pymes, la mejora de la cooperación a escala europea e internacional, así como la explotación de los resultados de I+D. Resulta además necesaria la optimización de la comunicación y la colaboración entre los agentes nacionales y regionales y debería hacerse más hinc-




pié en la complementariedad entre el programa específico y los programas generales de cohesión así como la relación entre las políticas de cohesión y el Programa Marco para la Innovación y la Competitividad que a continuación se expone en la confianza de localizar una forma efectiva de actuación de los Estados miembros para lograr la mejora de las infraestructuras dedicadas a la investigación.

### **1.3. El Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013)**

1. Se trata de un Programa que, aprobado y diseñado dentro de la Estrategia de Lisboa y con el fin de desarrollar el EEIS, reúne una serie de acciones tendentes al desarrollo de la sociedad del conocimiento, al desarrollo sostenible y al crecimiento económico equilibrado. Con objeto de tener en cuenta la diversidad de sus objetivos y de garantizar su visibilidad, el Programa contiene tres subprogramas específicos.

El primero es el *“Programa para la iniciativa empresarial y la innovación”* y contiene todas aquellas acciones dirigidas a promover la iniciativa empresarial, la competitividad industrial y la innovación. Se dirige expresamente a las pymes, ya sean empresas gacela o de crecimiento rápido de alta tecnología hasta las microempresas o empresas familiares que constituyen la mayor parte de empresas europeas. Facilita el acceso de las pyme a la financiación y a las inversiones en su fase inicial y de crecimiento. Asimismo, hace posible que las empresas puedan acceder a información y asesoramiento sobre el funcionamiento del mercado interior y sus posibilidades así como sobre la legislación comunitaria que les es aplicable y sobre la legislación futura para así poder prepararse y adaptarse de manera rentable. El segundo es el *“Programa de apoyo a la política en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC)”*. Tiene como objetivo principal la incorporación y explotación de las TIC, eje de la economía del conocimiento. La incorporación de las TIC tanto en el sector privado como en el público permite mejorar el rendimiento europeo en materia de innovación y competitividad. Por último, el *“Programa energía inteligente-Europa”* contribuirá a acelerar la consecución de los objetivos en el ámbito de la energía sostenible. Así, a través del mismo, se pretende fomentar la mejora de la eficiencia energética, la adopción de fuentes de energía nuevas y renovables, una mayor penetración de dichas fuentes de energía en el mercado, la diversificación de la energía y de los carburantes, el incremento del porcentaje de la energía renovable y la reducción del consumo energético final.

2. El Programa Marco tiene una duración de siete años, 2007-13, y cuenta con una dotación presupuestaria de 3.621 millones de euros para toda la duración del programa. En un reparto orientativo, un 60% del presupuesto global (2.170 millones de euros) se atribuye al Programa para la iniciativa empresarial y la innovación, la quinta parte de la cual (430 millones de euros) se dedica a la promoción de la innovación ecológica. Un 20% (730 millones de euros) del presupuesto global se asigna al Programa de apoyo a la política en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones y el último 20% (730 millones de euros) al programa Energía inteligente-Europa.



## 2. Los investigadores como centro de referencia del Espacio Europeo de Investigación Superior

### 2.1. Vínculos entre Universidad, empresas y centros de investigación

1. Como indica la Comisión en la mencionada Comunicación sobre el Espacio Europeo de Investigación de 2000, es necesario disponer de recursos humanos más abundantes y dotados de movilidad. En este sentido, conviene aumentar la movilidad de los investigadores, mejorar el lugar y el papel de las mujeres en la investigación y estimular el interés de los jóvenes por carreras científicas. Los investigadores son, en general, una población que ejerce la movilidad. Sin embargo, los investigadores europeos no están muy familiarizados con las culturas de investigación de los demás países. Quizá la explicación se halle en el hecho de que los métodos de contratación favorezcan en Europa a los ciudadanos del país para las carreras académicas o científicas. La ausencia de unas estructuras de carrera adecuadas para los investigadores de otros países europeos priva a los organismos de investigación de la posibilidad de aprovechar esta experiencia. Las mujeres suman un 50% de los licenciados universitarios pero paradójicamente su participación en la investigación científica sigue siendo marginal. Existe, por lo demás, una pérdida de interés de los jóvenes por las carreras de investigación por lo que se impone un reforzamiento de las enseñanzas en ciencias.

Todos estos datos propician que el EEIS deba desarrollarse en torno a un territorio europeo dinámico, abierto y atractivo para los investigadores y las inversiones. De ahí que sea necesario promover estrechos vínculos entre Universidad, empresa y centros de investigación. Se trataría de analizar y establecer las condiciones de una territorialización real de las políticas de investigación adaptando éstas al contexto socioeconómico de cada territorio. Europa no ofrece a los investigadores de terceros países condiciones materiales administrativas especialmente ventajosas. Para atraer a los laboratorios europeos a los mejores investigadores del mundo podría crearse un sistema europeo de becas para científicos de países terceros. En el caso de los países en vías de desarrollo y con el fin de lograr una potencia de investigación local, este sistema debería concebirse como fórmula óptima para fomentar la vuelta de los investigadores beneficiarios a su país de origen.

2. Esta interrelación Universidad, empresa y centros de investigación ha de tener como elemento nuclear la innovación. Como es sabido, innovar significa producir, asimilar y gestionar con éxito una novedad. La innovación permite a las empresas conquistar nuevos mercados o hacer frente a la competencia. Presenta formas muy distintas que van desde la invención que resulta de la investigación y el desarrollo hasta la creación de nuevos conceptos de comercialización, pasando por la adaptación de procedimientos de producción, la explotación de nuevos mercados o la utilización de nuevos enfoques organizativos. Así pues, las empresas han de desempeñar un papel activo en este ámbito, en concreto a la hora de recibir los resultados de la investigación y de contribuir al crecimiento de la competitividad en la UE. Para ello




y en primer lugar, es necesario mejorar el entorno de las empresas a través del fortalecimiento de la interacción con otras políticas como la competencia, el mercado interior, la política regional, las medidas fiscales, la educación, la formación profesional, el medio ambiente, la normalización o la patente comunitaria. Asimismo, y en segundo término, la innovación requiere la aceptación del mercado analizando la reacción de los consumidores a través de los denominados “mercados piloto” que, debido a sus características, puedan ser especialmente receptivos en el seno de la UE. Este procedimiento también ayudará a las empresas europeas a implantarse en el mercado mundial. Conviene no olvidar, en tercer término, que el sector público de la UE también es fuente y consumidor de innovación, a pesar de que sigan existiendo barreras como ocurre en la gestión electrónica, imprescindible en la e-Europe.

Cabe constatar en este ámbito que el apoyo público a la inversión en I+D y en educación está motivado por los efectos positivos que tales actividades tienen sobre la riqueza y el crecimiento. Un apoyo a la inversión en I+D podrían aumentar significativamente el crecimiento económico y la productividad. Si se alcanzase el 3% de I+D pretendido por la Estrategia de Lisboa se conseguiría un crecimiento del PIB y un aumento de la productividad en un 0.2% cada año. La competencia es fundamental para el nivel y la tasa de incremento de la productividad. La posibilidad de acceder libremente al mercado incita a las empresas a la innovación y favorece la rotación de las empresas, al promover la entrada en el mercado de empresas competitivas y la salida del mismo de las menos competitivas. Parece infundada la preocupación de que una competencia intensa disuadirá a las empresas de innovar debido a que la presión sobre los márgenes de beneficio dificultaría la generación de los fondos necesarios, y ello aunque la realidad indica que la empresa más innovadora de un mercado suele ser la empresa dominante.

En todo caso, las políticas de la UE tendentes a intensificar la competencia se articulan en torno a tres ejes, y aunque es posible que su objetivo principal no sea aumentar la productividad, contribuyen claramente a este fin. En concreto, un mercado único en pleno funcionamiento estimula la productividad aumentando la exposición de las empresas a la competencia internacional, permitiendo las economías de escala particularmente las actividades de I+D y propiciando la transferencia internacional de tecnología y capacidad de gestión. Por otra parte, la liberalización y la regulación de las industrias de redes tales como telecomunicaciones, electricidad, gas, servicios postales y transporte ferroviario, por carretera y aéreo, han contribuido a aumentar la productividad. Por último, la propia política de competencia ha contribuido a reducir las barreras de entrada y ha aumentado los costes de las prácticas contrarias a la competencia.

Y en esta línea y a fin de propiciar esa relación Universidad-empresa, la Comisión realiza una invitación a los Estados miembros sumamente sugerente y les propone debatir sobre la instauración de un marco fiscal coherente favorable al lanzamiento de proyectos transnacionales de I+D, propicio a las jóvenes empresas innovadoras, que fomente la financiación filantrópica de la investigación, que facilite



la movilidad transfronteriza de los investigadores, que facilite la subcontratación transfronteriza de las actividades de I+D en la UE, que simplifique las normas sobre IVA y su aplicación en materia de I+D por los organismos públicos, que fije una definición fiscal común de la I+D, que prevea el tratamiento fiscal de la I+D en el marco de la base imponible consolidada del impuesto de sociedades, en fin, que sirva para mejorar esa relación Universidad-empresa tan imprescindible en el desarrollo de esta Estrategia.

No hay que olvidar, también en este sentido, que en el año 2008 se crea el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología [Reglamento 294/08 del Parlamento de 11 de marzo] que servirá de acicate para impulsar esta Estrategia de investigación. Para garantizar su independencia, tendrá carácter de organismo autónomo, característica que se reflejará en su gestión, en sus procesos de selección, supervisión y evaluación así como en su financiación. Su función consistirá principalmente en identificar sus ámbitos prioritarios, fomentar la difusión de buenas prácticas en aras de la integración del triángulo del conocimiento, convertirse en un organismo de primer nivel a escala mundial por su excelencia, concienciar a las organizaciones potencialmente socias, garantizar la complementariedad y la sinergia entre sus actividades y otros programas comunitarios, seleccionar, designar y coordinar las comunidades del conocimiento y de la innovación en los ámbitos prioritarios, movilizar los fondos necesarios de fuentes públicas y privadas y gestionarlos, promover el reconocimiento de los títulos y diplomas del Instituto en los Estados miembros y, en fin, impulsar todo lo que supone el estudio y la aplicación en el ámbito científico-tecnológico.

3. Como señala la Comisión, en la actualidad la colaboración transnacional se percibe como demasiado complicada debido a las diferencias legales y culturales y, por otra parte, en la era de la comunicación instantánea a nivel global, las proximidades importan y los centros públicos de investigación juegan un papel clave en la promoción de la competitividad regional. La calidad y proximidad de las conexiones entre centros públicos de investigación, incubadoras de negocios locales, clusters (agrupaciones) financieros e industriales, a menudo condicionan la eficiencia del proceso de transferencia de tecnología. Esto significa que hace falta avanzar en lo que se podría calificar como alineamiento de intereses. Además, la investigación pública europea está por detrás de otras regiones del mundo en la generación de patentes, licencias y spin offs. Nuestros centros públicos son percibidos como menos profesionales que sus equivalentes en EEUU y Japón en la gestión de su conocimiento (incluyendo su propiedad intelectual). Desde que se identificó el problema de la explotación de los resultados de la investigación pública y la necesidad de mejorar las relaciones entre los centros públicos de investigación y la industria hace una década se ha avanzado poco en la UE aunque sí se han adoptado algunas iniciativas de interés a nivel nacional. Entre ellas se incluyen los cambios legislativos y el desarrollo de contratos modelo para promover la transferencia de conocimiento de los centros públicos de investigación a la industria de manera efectiva.




La proximidad entre los centros públicos de investigación y las empresas a menudo facilita la transferencia de conocimiento, lo cual confirma el papel clave que pueden jugar los gobiernos locales y regionales. Estos gobiernos invierten cada vez más en actividades de investigación e innovación y esto ha dado lugar al desarrollo de una serie de clusters de alta tecnología como son los parques científicos o tecnológicos, que han demostrado ser un instrumento efectivo de transferencia de conocimiento. Los clusters redundan en un mejor conocimiento del mercado, constituyen una concentración de talento especializado y facilitan la aplicación de nuevos conocimientos.

## **2.2. Bolonia y los investigadores**

1. Dentro de la Declaración de Bolonia (1999) se destaca la importancia de la educación superior para incrementar la investigación y la importancia de la investigación para sostener la educación superior, bases del desarrollo económico y cultural de nuestra sociedad y de la cohesión social. Investigación e innovación se consideran clave para la calidad, el atractivo y la competitividad europeas. El EEIS determina que la posible escasez de investigadores, especialmente en disciplinas fundamentales, planteará en un futuro próximo una grave amenaza para la fuerza innovadora, capacidad de conocimiento y el crecimiento de la productividad de la UE.

La disponibilidad de recursos humanos suficientes y bien formados en I+D será la piedra angular de los avances en los conocimientos científicos, el progreso tecnológico, la mejora de la calidad de vida, la garantía del bienestar de los ciudadanos europeos y la contribución a la competitividad de Europa. De ahí que se entienda fundamental para el presente y futuro de Europa el aprendizaje a lo largo de toda la vida (life-long-learning), la presión para responder a las demandas del mercado, la necesidad de mejorar la empleabilidad, la responsabilidad y gestión en las unidades de educación superior e investigación, el desarrollo de áreas de investigación multidisciplinar y la dinámica y funcionamiento de las Universidades.

2. Alcanzar estos objetivos supone apostar por un mejor desarrollo del tercer nivel educativo promoviendo Doctorados de calidad con programas que incluyan la industria, el estudio de impacto socio-económico del impacto de actividades educativas y de investigación en el marco del desarrollo industrial y del sector de servicios, el establecimiento de programas de investigación tecnológica enfocados a grandes, medias y pequeñas empresas, el desarrollo de redes de excelencia en investigación y docencia con desarrollo de programas de diseño curricular, métodos docentes, evaluaciones y criterios de calidad, el establecimiento de redes multidisciplinares de educación e investigación en el ámbito regional que impulse sectores específicos. La Universidad ha de asumir, por todo lo anterior, una responsabilidad directa e inmediata en esta evolución y en la intensa relación entre el futuro que representa la Declaración de Bolonia y el EEIS.



Los dos ciclos de Postgrado, tanto el Máster como el Doctorado, deberán ser diseñados dentro de un perfil de innovación y excelencia que permita crear un valor añadido en aquellas Universidades capaces de ofrecer una formación de calidad y áreas de investigación prioritarias. Será necesario definir Programas de Postgrado interdisciplinares con colaboraciones entre distintas Universidades españolas y extranjeras, potenciado la relación con la industria y otras instituciones de servicios que permitan una formación integral de los futuros titulados facilitando su inserción laboral. Las prácticas tuteladas en empresas y la preparación y presentación de proyectos en el nivel de Máster cobran especial relevancia así como la formación de doctores en colaboración con la empresa. Si las Universidades realizan correctamente su planificación estratégica docente e investigadora lograrán los objetivos prioritarios propuestos por la Estrategia de Lisboa. No cabe duda que la Universidad, en su doble vertiente investigadora y docente, se encuentra en una encrucijada y deberá tener un papel determinante en la definición de la nueva dimensión europea.

### ***2.3. La Carta Europea del Investigador. La contratación de investigadores de terceros países***

1. Esta Carta [Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y un código de conducta para la contratación de investigadores, COM (2005) 576 final –no publicada en el Diario Oficial] recoge el papel, las responsabilidades y los derechos de los investigadores y de las entidades que los emplean y/o financian. Se trata de un documento que pretende ser un marco dentro del cual se invita a investigadores y empleadores a actuar con responsabilidad y profesionalidad en su entorno de trabajo, con el necesario reconocimiento mutuo. Se entiende necesario un Código de Conducta para la contratación de investigadores.
2. Pero en esta materia alcanza un interés especial la Directiva 71/2005, 12 octubre, relativa al procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica [D.O.L. 289, 3 nov.05]. Desde su aprobación al 2010, la UE deberá contratar a un mínimo de 700.000 nuevos investigadores para alcanzar el objetivo de Lisboa. La Directiva se aplica a nacionales de terceros países, teniendo siempre en cuenta las disposiciones que prevean condiciones más favorables en virtud de acuerdos bilaterales o multilaterales concluidos entre la UE y los Estados miembros o terceros países. Todo organismo de investigación que desee acoger un investigador deberá contar con la autorización previa del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre. Deberá firmar con el investigador un convenio de acogida, esto es, un acto jurídico de carácter contractual por el que el investigador se compromete a realizar el proyecto de investigación y el organismo a acoger al investigador previa concesión a este último del permiso de residencia. Este convenio se anulará automáticamente en caso de que se deniegue la admisión al investigador o que se ponga fin a la relación jurídica existente entre el investigador y el organismo. La condición para firmar dicho convenio es que el proyecto de investigación sea aceptado por los órganos competentes tras averiguar el objeto de la investigación y su duración y comprobar la disponibilidad de los medios financieros y las



cualificaciones del investigador y que el investigador disponga de recursos mensuales suficientes durante su período de residencia y esté cubierto por un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos con el fin de evitar el recurso al sistema de asistencia social del Estado de acogida. Y siempre que los convenios de acogida especifiquen la relación jurídica y las condiciones laborales de los investigadores.


A tal efecto, los Estados miembros emitirán un permiso de residencia de una duración igual o superior a un año y renovable por un año cada vez. El investigador disfrutará del derecho a entrar y residir en el territorio del Estado miembro que le haya admitido y a llevar a cabo el proyecto de investigación y gozará de igualdad de trato con los nacionales en cuanto a obtención de títulos, condiciones de trabajo, seguridad social, ventajas fiscales, acceso a bienes y servicios y suministro de bienes y servicios a disposición del público. Este permiso de residencia le permitirá efectuar parte del proyecto en otro Estado miembro. En virtud del principio de subsidiariedad, los Estados deberán regular cuestiones tales como las de los recursos financieros de que deberán disponer los investigadores para poder ser admitidos, la duración del permiso de residencia y la posibilidad de adoptar disposiciones más favorables y de ampliar el beneficio del procedimiento de admisión.

El Borrador del Anteproyecto de la Ley de la Ciencia y la Tecnología (Febrero 2009) recoge en su Título II una referencia expresa a los recursos humanos dedicados a la investigación. En él se regula el desarrollo profesional del personal investigador comprendiendo tanto la etapa de formación predoctoral como postdoctoral, las figuras contractuales de aplicación, el desarrollo profesional del personal técnico, la posibilidad de celebrar contratos laborales para la realización de proyectos de investigación científica y técnica así como todas las reglas de procedimiento para facilitar la movilidad del personal investigador o el trato a los investigadores "distinguidos". Este Título, entre otros aspectos, está suponiendo una serie de dificultades por la resistencia sindical a su redacción. Por lo demás, y en la actualidad, se tramita la "Ley para el impulso a una economía sostenible", cuyo proyecto de ley pretende presentarse en Septiembre de 2009 y que posiblemente podrá significar un retraso en la presentación de la Ley de la Ciencia, según se deduce de la reunión de la Comisión Sectorial de I+D de la CRUE celebrada en Julio de 2009.

#### ***2.4. La escasa presencia de investigadoras en el ámbito científico europeo***

1. La presencia de la mujer en la mayoría de los campos de la vida económica, social y política es cada vez más amplia, pero sigue siendo particularmente escasa en la investigación científica y en el desarrollo tecnológico. Aunque la proporción de mujeres es significativa y a veces mayoritaria entre quienes concluyen sus estudios universitarios, va disminuyendo en los peldaños de la carrera científica hasta convertirse en casi simbólica en lo más alto de la jerarquía.

La Comunicación de la Comisión sobre "Mujeres y ciencia" señala la necesidad de movilizar a las mujeres en beneficio de la investigación europea y ya indicó en 1999



la obligación social de corregir esta tendencia por respeto al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como exigencia democrática y como prioridad de la UE. Resultaría muy perjudicial prescindir del enriquecimiento que supone una mayor implicación de las mujeres en la investigación, desde el punto de vista metodológico, de los temas de interés y de los objetivos asignados al esfuerzo científico. A tal fin, deberán tenerse en cuenta los factores socioeconómicos y el papel esencial de la educación y la formación en la promoción de una participación más activa de las mujeres en la investigación científica. Por lo demás, la integración de la igualdad de oportunidades no debe limitarse a promover la participación de las mujeres como investigadoras, sino que también debe velar para que la investigación se oriente hacia las necesidades de todos los ciudadanos ya sean éstos hombres y mujeres. En este sentido se impone la consecución de dos objetivos de forma prioritaria, uno, estimular el debate y el intercambio de experiencias entre Estados miembros y, dos, promover la participación de las mujeres en la investigación comunitaria desde un enfoque coherente basado en los programas marco de investigación.

2. Con el fin de adecuar la investigación a las necesidades de las mujeres, la Comisión estima necesario alcanzar el 40% de participación femenina en todos los niveles de aplicación y de gestión de los programas de investigación (especialmente en las becas de investigación Marie Curie), en las asambleas consultivas y en los grupos de evaluación del Programa Marco. Las redes constituyen una herramienta fundamental para difundir la voz de las mujeres de la ciencia en Europa. Uno de los factores que se derivan de la subrepresentación de las mujeres en las ciencias y en la investigación es precisamente la sensación de aislamiento y la falta de apoyo que, a nivel individual, encuentran aquéllas en sus diferentes ramas. Invita la Comisión a los Estados miembros a facilitar los datos estadísticos existentes sobre la participación de las mujeres en las actividades de investigación y desarrollo y a tomar parte activa en el diálogo propuesto por la Comisión, mediante el análisis de la situación y la evaluación conjunta de las políticas en curso así como a utilizar los medios adecuados, incluso a través de otras políticas nacionales para promover la participación de la mujer en la investigación.

### **III. Medidas a adoptar para alcanzar el espacio europeo de investigación superior como uno de los objetivos previstos por la estrategia de Lisboa**

#### **1. Una rápida valoración de los resultados alcanzados**

1. Los resultados a medio año del inicio de 2010, por cierto con la presidencia española de la UE de por medio, no son muy halagüeños: dificultades en las finanzas públicas, la excesivamente débil contribución del empleo y la productividad del crecimiento, la dinámica decepcionante del mercado interior y la falta de sostenibi-



lidad de dicho crecimiento. El escaso aumento de la productividad global en Europa se explica, en particular, por dos factores principales: la contribución de las TIC está siendo muy escasa y, por otra, las inversiones son inadecuadas. Comisión y Consejo reconocen que la contribución de las TIC al crecimiento de la productividad representa menos de la mitad de la observada en los EEUU.

Esto se debe, en gran medida, al hecho de que la adopción e implantación de estas tecnologías siguen siendo demasiado lentas en algunos sectores de servicios (financiero y comercio) y en determinados sectores industriales. Por otra parte, la ralentización global de las inversiones resulta más preocupante aún por el hecho de ir en detrimento de los ámbitos prioritarios de Lisboa: proyectos de interés europeo como las redes transnacionales y el sector de conocimiento (investigación, innovación, educación y formación).


2. La inversión global en I+D de la UE se aproxima a un 2% PIB alejada del 3% pretendido para 2010 y que era el que tenían en 2000 Japón y EEUU. Pocos países han sido capaces de traducir estos objetivos comunes en términos presupuestarios. Además, el EEIS sigue sin haberse desarrollado plenamente. En caso de persistir las tendencias actuales, Europa deberá afrontar una importante escasez de personal altamente cualificado. Aunque el número de investigadores de la UE experimentó un ligero aumento, no supera el 5.7% de la mano de obra a diferencia del 8.1% en EEUU o del 9.1% en Japón. También fallan los frentes de la educación y la formación. Mientras que el nivel de gasto público en educación, expresado en porcentaje de PIB (4.9) es comparable al del EEUU (4.8) o Japón (3.6) el nivel de la inversión privada es muy inferior. La contribución del sector privado es tres veces superior en Japón y cinco veces superior en EEUU.

En la actualidad Europa no sólo sigue tan distanciada de EEUU como en el 2000 sino que le han surgido emergentes pero dinámicos competidores en Asia e Iberoamérica (China, India, Corea del Sur y Brasil, donde las inversiones en TIC crecen desde hace quince años cuatro o cinco veces más que las europeas). Las reformas de Lisboa, con ser necesarias han resultado ser muy insuficientes, porque el resto de los países se han movido con mayor celeridad en la misma dirección.

## **2. Propuestas de la Comisión y del Consejo para mejorar los resultados**

### ***2.1. Incrementar y mejorar las inversiones en investigación y desarrollo***

1. La UE sigue invirtiendo en I+D en torno a un tercio menos que los EEUU. De esta diferencia, el 80% se debe a la infrainversión en I+D procedente del sector privado, fundamentalmente en las tecnologías de la información y de la comunicación. En la actualidad, la UE solamente gasta el 2% del PIB, lo que supone un ligero aumento respecto del momento en que empezó el proceso de Lisboa. El objetivo del 3% se antoja difícil. Para ello habrá de incrementarse el gasto público y hacerlo más eficiente, un marco más favorable para las empresas o fuertes incentivos para que las



empresas se lancen por la senda de la innovación y la I+D, así como un mayor número de investigadores cualificados y motivados.

2. Los 25 han establecido objetivos individuales para intensificar su inversión en I+D. Si se lograran, estaríamos en el 2.6% en 2010. Algunos países podrán alcanzar dicho objetivo (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Alemania, Austria), otros deberán hacer un esfuerzo intensificando sus políticas (Bélgica o Francia) y otros será difícil que lo consigan (Polonia, Eslovaquia, Malta, Letonia o Grecia). A pesar de que el esfuerzo doméstico en I+D de los países más desarrollados depende en gran medida de la financiación privada, el papel del gobierno no puede ser infravalorado. La I+D financiada por el gobierno suele ser prioritaria en los Estados pioneros como los países nórdicos, Alemania, Francia y Austria, lo que pone de manifiesto que la financiación pública no sustituye al gasto privado. En realidad, políticas y programas públicos bien diseñados estimulan el gasto privado. Es más, en países de baja intensidad de I+D, el porcentaje de la I+D financiada por el Gobierno es más alto que el gasto privado. La financiación gubernamental de la I+D en la UE se ha estabilizado en torno al 0.65% del PIB desde finales de los años noventa pero se ha de indicar que medidas indirectas como las medidas fiscales usadas cada vez más para estimular la I+D privada no se incluyen en este dato. Cabe esperar que el gasto público en I+D alcance el 1% del PIB. En cuanto a la financiada por el sector privado ha permanecido estable en torno al 1% del PIB si bien con fluctuaciones dependiendo de la coyuntura económica.

## ***2.2. Facilitar la innovación, la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación y el uso sostenible de los recursos***

1. Debe reforzarse la contribución de las Universidades a la creación y difusión del conocimiento a través de la Unión. La Comisión ha propuesto ideas para incrementar el potencial y la calidad de la investigación y la ciencia realizada en las Universidades para ganar atractivo o establecer mejores contactos con la industria. Propondrá orientaciones para mejorar la colaboración en la investigación y la transferencia de tecnología a la industria. La Comisión abordará la cuestión de cómo capacitar a las Universidades europeas para la competencia internacional. Se ha comprobado la inadecuación de los actuales enfoques de la financiación, la gobernanza y la calidad para hacer frente al reto del mercado mundial de los investigadores, los estudiantes y el mundo del conocimiento como tal.
2. Para poder conseguir más sinergias entre la financiación de la investigación y los fondos estructurales o de cohesión, conviene invertir más en instalaciones para la investigación y el desarrollo que permitan una mayor participación en las actividades en este campo en la UE. Al igual que la competencia y la política fiscal, la rapidez de adopción de las nuevas tecnologías ejerce una influencia considerable en la innovación, sobre todo en un contexto en que las tecnologías evolucionan rápidamente. En términos más generales, la capacidad de innovación depende estrechamente de un aumento de la inversión en nuevas tecnologías, principalmente



las tecnologías de la información y la comunicación, y de su utilización tanto por el sector privado como por el público. Las tecnologías de la información y la comunicación constituyen la espina dorsal de la economía del conocimiento. Representan alrededor de la mitad en el crecimiento de la productividad de las economías modernas. No obstante, las inversiones en las tecnologías de la información y la comunicación en Europa han sido menos importantes y se han producido más tarde que en los Estados Unidos, en particular en los sectores de los transportes, la venta al por menor o los servicios financieros.

### **2.3. La iniciativa de la Sociedad Europea de la Información para 2010**


1. Aunque la primera responsabilidad incumbe siempre a las empresas y a las Administraciones Públicas cuando elaboran sus programas de inversión, Europa intenta estar presente para ayudarles. Una nueva iniciativa (2010, Sociedad Europea de la Información) estimulará la adopción de las tecnologías de la información y la comunicación, a fin de proseguir el programa e-Europe que respalda la estrategia de Lisboa. Se llevará a cabo favoreciendo un entorno claro, estable y competitivo para las comunicaciones electrónicas y los servicios digitales, la intensificación de la investigación y la innovación en las tecnologías de la información y la comunicación, y una sociedad de la información consagrada a la inclusión y a la calidad de vida.

Las ayudas estatales constituyen una herramienta política indispensable para el desarrollo de la investigación y de la innovación. Con el fin de mantener y optimizar sus efectos, la Comisión publica un documento de consulta sobre las ayudas estatales a la innovación. El documento contiene propuestas concretas destinadas a regular mejor estas ayudas a escala comunitaria y a aumentar de este modo las posibilidades de financiación y la seguridad jurídica. La promoción de la innovación ecológica forma parte de estos objetivos.

2. Para conseguir éxitos a largo plazo, la UE debe afrontar una serie de retos relacionados con los recursos y el medio ambiente que, si no se tienen en cuenta, frenarán su crecimiento. Esto afecta al desarrollo sostenible mismo. Al contrario que en Europa muchas regiones del mundo tienen altos índices de crecimiento económico, junto con un aumento rápido de su población. Europa debe hacer frente a este reto y ser la primera en adoptar modelos más sostenibles de producción y consumo. Por otra parte, al obtener mejores resultados de unos determinados recursos, la innovación, factor de crecimiento de la productividad, puede también contribuir significativamente a que el crecimiento económico sea más respetuoso del medio ambiente. Por eso conviene fomentar intensamente las innovaciones ecológicas, en particular en el ámbito de los transportes y la energía.

### **2.4. Contribuir a implantar una base industrial europea sólida**

1. El hecho de ocupar el primer puesto a escala internacional en materia de I+D e innovación supone una ventaja que además puede ser duradera máxime si se tiene



en cuenta que los avances tecnológicos tales como la experiencia adquirida en telefonía móvil permiten a Europa establecer normas internacionales. Para mantener y consolidar su liderazgo económico y tecnológico, Europa debe contar con una sólida capacidad industrial, derivada especialmente de la plena explotación de su potencial tecnológico. Se debe adoptar un enfoque integrado y anticipatorio basado en el desarrollo de los sectores industriales en función de las necesidades de mercado.

2. No se han explotado plenamente en todos los casos las sinergias que permiten hacer frente conjuntamente a los desafíos que se plantean a escala europea, en aquellos casos en que los Estados no pueden subsanar por sí solos las carencias del mercado, por motivos de escala o alcance. El Proyecto Galileo y la aeronáutica constituyen ejemplos convincentes de puesta en común de la excelencia europea, de los que se derivan importantes beneficios para la economía europea en ambos casos. Este tipo de planteamiento, basado en la colaboración entre el sector público y el sector privado, debe implantarse a fin de tratar los casos en que la sociedad obtiene mayores beneficios que el sector privado, como por ejemplo la obtención de energía a partir de hidrógeno. La reactivación de la Estrategia de Lisboa debería crear las condiciones adecuadas necesarias para aprovechar este potencial y facilitar los cambios estructurales necesarios, incidiendo al mismo tiempo en el ámbito externo para lograr la apertura de los mercados.

### ***2.5. Tendencias en Políticas de Investigación***

1. Una primera tendencia generalizada en los Estados miembros es la importancia otorgada a I+D dentro de las agendas políticas generales. Bajo la influencia de la Estrategia de Lisboa, la I+D es considerada como uno de los instrumentos clave para asegurar un crecimiento y bienestar sostenidos. Además hay una serie de objetivos de política de I+D compartidos en el marco de las Directrices Integradas utilizadas por los Estados Miembros para desarrollar sus programas nacionales de reforma. Una tendencia estructural es la integración de la política de I+D con la política de innovación por lo que en los Estados miembros se alude a los sistemas de I+D+i. En el R.Unido la política de ciencia y tecnología se halla incluida en un sistema nacional de innovación como en Dinamarca de tal forma que se integre la investigación con las políticas de innovación para las empresas. Como se ha puesto de manifiesto en el aprendizaje mutuo que tiene lugar en el contexto de la aplicación del método abierto de coordinación de políticas de investigación, más allá de la integración de las políticas de I+D e innovación se reconoce que las políticas de competencia, de licitaciones públicas, reglamentarias, medioambientales, seguridad e higiene, tienen que tener en cuenta la dimensión I+D.
2. En cuanto a los investigadores europeos, la tendencia es positiva y aumenta en un 3.5% aproximadamente cada año. El crecimiento es regular en la UE pero en algunos países es prácticamente nulo (Alemania, Francia, Italia y R.Unido); es más sólido en el sector privado que en el público; es mayor en las Universidades que en los centros públicos de investigación; y es mayor en la industria que en el sector servicios.




Aumenta el número de doctorandos y doctores si bien en las ciencias e ingenierías con menor rapidez. No obstante, el número de investigadores en la UE debería crecer más rápidamente si se quiere absorber de manera efectiva los incrementos esperados en las inversiones en I+D del sector público y privado en los próximos años. Muchos Estados miembros están adoptando medidas encaminadas a los jóvenes investigadores, para atraer a investigadores extranjeros o expatriados, para la mejora de las calificaciones y de la excelencia de los investigadores. En general, los países más avanzados en políticas de I+D como son los países nórdicos, Alemania, Austria, Francia, dan prioridad a las medidas encaminadas a mejorar la excelencia de los investigadores mientras que los países más rezagados dan prioridad a las medidas para apoyar a los nuevos investigadores.

### ***2.6. Cambio en la función investigadora de las Universidades***

1. Las Universidades y su papel en el desarrollo de la Sociedad del Conocimiento han adquirido mucha relevancia política en los Estados miembros. Los datos indican que las Universidades europeas están perdiendo terreno en relación a la Universidades de otras regiones del mundo en áreas estratégicas como pueden ser la formación de las futuras élites de investigadores, la excelencia de la investigación o en la transmisión efectiva de conocimiento a la sociedad, en particular, a la industria. Una de las principales razones de este declive es que las Universidades europeas reciben una financiación insuficiente y los recursos puestos a su disposición no crecen el mismo ritmo que las expectativas sobre su contribución a la sociedad. Además, la investigación universitaria en Europa está muy fragmentada, lo cual se manifiesta en que, por ejemplo, hay muchas más universidades en Europa que en EEUU y en que hay muchas más universidades que conceden doctorados en Europa que en EEUU.
2. En los últimos años algunos Estados miembros han introducido nuevas políticas encaminadas a mejorar los resultados de las Universidades, en particular en el campo de la investigación pero el camino seguido es diferente. Los objetivos de estas políticas entran en las siguientes categorías: autonomía, financiación, reforma de la Universidad, aumento de la financiación competitiva, excelencia en las redes colaborativas y creación de Universidades de élite, refuerzo de la tercera misión de las Universidades, esto es, el papel de las Universidades en la innovación.

### ***2.7. Mejora en la transferencia de conocimiento***

1. Hoy en día la sociedad basada en el conocimiento se asienta en la transferencia de conocimiento desde las organizaciones que lo generan hacia los usuarios y clientes potenciales con el objeto de desarrollar nuevos productos y servicios. Se trata de un mecanismo de trascendencia vital para la competitividad en la economía de la UE y Europa reconoce que tiene un fallo sistemático en esta área. La colaboración ciencia-Universidad es una necesidad. El sistema abierto de innovación es una realidad, lo que significa que las empresas, universidades y centros de investigación tienen que trabajar estrechamente. Al mismo tiempo tienen que preservar sus aportaciones



diferenciadas y hay una necesidad de avanzar en el desmantelamiento de las barreras que todavía impiden esta colaboración.

Es necesario, por tanto, promover la creación de un marco europeo de transferencia de conocimiento con el fin de eliminar estas barreras y hacer más atractiva la colaboración entre los centros públicos de investigación y la industria. Hacer partícipes de este conocimiento al tejido industrial y a toda la sociedad es particularmente importante en Europa donde los centros públicos contribuyen a un tercio de la actividad investigadora. Los centros públicos de investigación juegan un papel clave en la creación de recursos humanos altamente cualificados y en la producción de nuevo conocimiento relevante desde el punto de vista económico y social. Europa es el líder mundial en la generación de graduados e ingenieros *per capita* y en la publicación de artículos científicos, lo cual debe ser aprovechado por la industria europea.

2. Pues bien, la Comisión pretende establecer un marco claro de ayudas del Estado a la investigación, al desarrollo y a la innovación. Para ello se propone que cuando los centros públicos de investigación realicen actividades económicas (investigación bajo contrato, asesora, alquiler de instalaciones, etc) y actividades no económicas, la financiación de actividades no económicas no constituya ayudas de Estado si los dos tipos de actividades se pueden separar claramente y si el centro público de investigación puede diferenciar los costes de estas dos actividades. Estas condiciones se pueden cumplir con un uso sensato de la contabilidad de costes totales. La Comisión considera, en este sentido, que las actividades principales de los centros públicos de investigación, sobre todo la realización de una investigación independiente y la diseminación de estos resultados, son de carácter no económico. Cualquier actividad de carácter económico debería realizarse en condiciones de mercado normales y la financiación pública de tales actividades constituiría ayuda de Estado y estaría sujeta a la legislación correspondiente.

Se observa asimismo que la transferencia de conocimiento tácito o implícito es diferente a la transferencia de tecnología. Este es el caso de la transferencia de conocimiento en el sector servicios. El desarrollo de mejores servicios de incubación es necesario, incluso para la gestión de la innovación en nuevas compañías del sector servicios. La Comisión tiene previsto lanzar una iniciativa para anticipar mejor las necesidades de financiación durante la fase de incubación. También promocionará el mejor uso de los resultados de la investigación a través de una mejor identificación y apoyo a las *spin-offs* basadas en la investigación. Asimismo contribuirá al desarrollo y difusión de nuevos modelos de negocio en el sector servicios, a través del barrido de los resultados de la investigación para detectar ideas prometedoras y apoyándolas a través de la incubación y el capital riesgo.

3. Especial consideración merece en este punto las reglas que gobiernan la propiedad de los resultados de I+D financiados por el sector público y que constituyen un elemento clave del entorno reglamentario que afecta a la transferencia de conocimiento. En este sentido hay dos grandes tendencias: el régimen de la propiedad



institucional, aplicado en la mayoría de los países de todo el mundo, según la cual los resultados de la I+D pertenecen a los centros públicos de investigación y el régimen del privilegio del profesor, según el cual los investigadores del sector público pueden ser propietarios de sus propios resultados I+D. La asistencia profesional es imprescindible para la transferencia de conocimiento entre centros públicos de investigación e industria. Hay una carencia general de personal especializado en transferencia tecnológica en Europa, y a menudo se contrata personal poco cualificado para estas tareas. Existe, por lo demás, un número limitado de cursos de formación continua que suelen ser caros y poco frecuentes. Una solución sería la creación de un curso internacional para nuevos responsables de transferencia de conocimiento y el reconocimiento mutuo de los Estados. Otro, la acreditación de conocimientos de los responsables a nivel europeo.

Particular atención requiere la protección de la propiedad intelectual. La mayor parte de las empresas de alta tecnología la consideran su capital más valioso. Por tanto, para atraer a estas empresas, la UE necesita contar con un sistema de protección adaptado. La introducción de una marca comunitaria y la regulación sobre modelos comunitarios suponen un gran avance. De ahí que se decida reforzar sistemas de apoyo como el Servicio de Asistencia sobre Derechos de Propiedad Intelectual e intensificar la cooperación entre las agencias nacionales competentes en materia de propiedad intelectual.

### **2.8. Movilidad del personal investigador**

1. La movilidad del personal investigador constituye una clave principal para la realización del EEIS, tal y como se ha indicado en páginas anteriores. De ahí que la Comisión estime que los centros públicos necesitan tener suficiente flexibilidad para reclutar de forma competitiva personal con experiencia tanto en el sector público como en el sector privado. El aumento de la movilidad entre los sectores tanto de los investigadores como de los gestores de los centros públicos facilitará la identificación de necesidades compartidas con la industria. Sin embargo, ciertas reglas sobre estancias cortas, los permisos de trabajo, las normas de seguridad social, a veces dificultan este intercambio. En algunos países, los investigadores del sector público no pueden trabajar para la industria a tiempo parcial o incluso como consultores.

Con todo, la UE se enfrenta a un reto más importante, el de atraer a más investigadores. El objetivo es crear un mercado laboral europeo abierto y competitivo para los investigadores, valorando la diversificación en las competencias y los currículos profesionales a nivel transnacional. Pese a los progresos realizados a nivel nacional y europeo, la movilidad sigue siendo fuente de dificultades para los investigadores desde el punto de vista informativo y administrativo. De ahí que se proponga proseguir con la aplicación y el desarrollo de medidas que permitan salvar los obstáculos persistentes que afrontan los investigadores que se desplazan, fomentar la mejora de la imagen de los investigadores e incitar a los Estados miembros a que adopten esta misma forma de actuar.



## 2.9. Consideración final de la Comisión Europea

La Comisión realiza una reflexión final de sumo interés. Entiende que el carácter definitivo de la Estrategia de Lisboa respecto de otras iniciativas comunitarias se encuentra, por una parte, en que se refiere a áreas donde las competencias recaen sobre los Estados miembros y, por otra, en que dado que se trata de una iniciativa muy reciente, no existe todavía suficiente evidencia empírica para demostrar el impacto positivo que las reformas estructurales adoptadas en un Estado miembro tienen sobre los demás países o sobre la UE en su conjunto. Como consecuencia, faltan instrumentos legales de alcance comunitario que puedan obligar a la puesta en marcha de las reformas en los países.

La teoría económica y la experiencia nacional prueba que las reformas estructurales y otras acciones recomendadas en la Estrategia de Lisboa generan ciertos beneficios a medio plazo pero, en la práctica, hay una resistencia a acometerlas debido, entre otras razones, a la incertidumbre respecto a su adecuado diseño, a la resistencia de determinados grupos cuyos intereses se ven específicamente afectados, siendo uno de los más importantes el de los trabajadores, mientras los beneficios se diluyen entre todos los ciudadanos y, sobre todo, debido al desfase entre el momento en que se producen los costes de la reforma, un plazo normalmente corto, y los beneficios, a medio o largo plazo. Todo esto supone un importante precio político que muchos gobiernos no están dispuestos a pagar y si además se consideran los calendarios electorales de los diferentes países de la UE, sincronizar la introducción de las medidas se estima prácticamente imposible.

## 2.10. Consideración final

1. Del análisis expositivo, informativo y descriptivo anterior podría deducirse una fácil expresión de fracaso en la política comunitaria. Ni la Estrategia de Lisboa va alcanzar los frutos pretendidos ni se ha logrado el EEIS. Pero alentar esta sensación de decepción constituye el mismo error que considerar perjudicial para las políticas nacionales la existencia de la UE. La UE se enfrenta al reto de sobredimensionar los intereses nacionales, garantizando la soberanía de los Estados miembros y eso en políticas tan sensibles como las que contiene la Estrategia de Lisboa agudiza más la dificultad para alcanzarlas. Ya el marcado aspecto ambicioso de la pretensión de la Estrategia auguraba la complejidad del objetivo. Pretender ser la economía más dinámica y competitiva del mundo no resulta fácil. Pero si a eso se le suma el cataclismo económico y financiero mundial de 2008, el resultado no podía ser exitoso.
2. No obstante, de esta pretensión comunitaria y en referencia específica al tema que nos ocupa, esto es, la creación y consolidación del EEIS, conviene extraer enseñanzas positivas. A saber, la necesidad de invertir en las personas para consolidar el modelo social europeo lo que conlleva una formación permanente y continua a lo largo de toda la vida (long life learning) que repercutirá en una mejor cualificación profesional y en una mayor calidad en el empleo; la obligación de potenciar el entorno e-Europe con una infraestructura adecuada, la expansión de la banda ancha, la garantía de seguridad en las telecomunicaciones, la universalización de la alta



velocidad y su aplicación a la gestión de los servicios públicos; la conveniencia de corregir el bajo nivel de inversión en investigación y desarrollo observado en el sector privado europeo debido al escaso tamaño de la industria de alta tecnología existente en Europa; la exigencia de incentivar un espacio de investigación que facilite la libre circulación de conocimientos, de investigadores, de tecnología, estimulando la cooperación, la creación de una red transeuropea de investigación y agilizando la creación de empresas y la protección de sus patentes a fin de garantizar la propiedad intelectual de la innovación; la capacidad de, en fin, convencer sobre la eficiencia que el apoyo público y privado en inversión de I+D supone sobre la riqueza y el crecimiento económico de la UE a fin de lograr, si no plenamente, sí parcialmente los objetivos pretendidos en la Estrategia de Lisboa. En todo ello, las Administraciones Públicas, estatales, autonómicas y locales, pueden ser determinantes y el reto de la Universidad española apasionante.

#### **IV. Referencias bibliográficas, normativas y documentales básicas consideradas en la exposición de esta información sobre el espacio europeo de investigación superior**

##### **a) Referencias bibliográficas básicas empleadas**

GOENAGA, X., "La importancia de la investigación y de la transferencia de conocimiento en la Estrategia de Lisboa", *Revista Madrid más D*, núm.38, 2006.

MATÍAS CLAVERO, G., "La Estrategia de Lisboa sobre la sociedad del conocimiento: la nueva economía", *Revista ICE*, núm. 820, 2005, pp. 169-193.

MONTALVO SANTAMARÍA, A., "La estrategia de Lisboa: de la política económica a la economía política", *ICE*, núm. 826, 2005, 505-529.


YBÁÑEZ RUBIO, I., "Revisión de la Estrategia de Lisboa en la UE. Trabajar juntos para el crecimiento y el empleo", *ICE*, núm. 829, 2006. pp. 165-174.

##### **b) Referencias normativas de interés utilizadas**

Reglamento (CE) núm. 294/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008 por el que se crea el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología

Directiva 2005/71/CE del Consejo de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica [D.O.L. 289 de 3 de noviembre de 2005].

Resolución del Consejo de 20 de mayo de 1999 sobre "La mujer y la ciencia" [D.O. C. 201 de 16 de julio de 1999].



Decisión 2006/163/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 2006 por la que se establece un Programa Marco para la Innovación y la Competitividad (2007-2013).

Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007-2013).

Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y un código de conducta para la contratación de investigadores [COM (2005) 576 final –no publicada en el Diario Oficial].

### **c) Referencias documentales sobre la materia examinadas**

Comunicación de la Comisión de 17 de febrero de 1999 “Mujeres y ciencia-Movilizar a las mujeres en beneficio de la investigación europea [COM (1999) 76 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Hacia un espacio europeo de investigación” [COM (2000) 6 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 200 “Realización del espacio europeo de investigación: orientaciones para las acciones de la UE en el ámbito de la investigación” [COM (2000) 612 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 20 de junio de 2001 “Una estrategia de movilidad para el espacio europeo de investigación [COM (2001) 331 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 25 de junio de 2001 “La dimensión internacional del espacio europeo de investigación” [COM (2001) 346 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 3 de octubre de 2001 “La dimensión regional del espacio europeo de investigación” [COM (2001) 549 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 2002 “Más investigación para Europa-Objetivo 3% del PIB” [COM (2002) 499 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 16 de octubre de 2002 “El espacio europeo de investigación: un nuevo impulso. Reforzar, reorientar, abrir nuevas perspectivas” [COM (2002) 565 final- no publicada en el Diario Oficial].



Comunicación de la Comisión “El papel de las universidades en la Europa del conocimiento” [COM (2003) 58 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión “Invertir en investigación: un plan de acción para Europa” [COM (2003) 226 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2003 “Política de innovación: actualizar el enfoque de la UE en el contexto de la Estrategia de Lisboa” [COM (2003) 112 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 18 de julio de 2003 “Los investigadores en el espacio europeo de la investigación: una profesión con múltiples carreras” [COM (2003) 436 final- no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 12 de octubre de 2005 “Más investigación e innovación-Invertir en el crecimiento y el empleo: Un enfoque común” [COM (2005) 488 final-DO C. 49, 28 de febrero de 2006].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 25 de octubre de 2005 “Contribución de las políticas fiscal y aduanera a la Estrategia de Lisboa” [COM (2005) 532 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 13 de septiembre de 2006 “Poner en práctica el conocimiento: una estrategia amplia de innovación para la UE” [COM (2006) 502 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de 22 de noviembre de 2006 “Hacia una utilización más eficaz de los incentivos fiscales a la I+D” [COM (2006) 728 final-no publicada en el Diario Oficial].

Comunicación de la Comisión de 16 de agosto de 2007 “Regiones europeas competitivas gracias a la investigación y la innovación. Una contribución para un mayor crecimiento y más y mejores puestos de trabajo” [COM (2007) 474 final-no publicada en el Diario Oficial].

Informe de la Comisión de 2 de agosto de 2004 “Actividades de investigación y desarrollo tecnológico de la UE- Informe anual 2003” [COM (2004) 533 final-no publicada en el Diario Oficial].

Documento de trabajo de los servicios de la Comisión “Las mujeres y la ciencia: utilidad de la dimensión del género para impulsar la reforma científica” [SEC (2001) 771-no publicado en el Diario Oficial].

