

## LOS MODOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA FLEXIBILIDAD LABORAL\*

Por FRANCISCO JAVIER PRADOS DE REYES \*\*

**SUMARIO:** I. La extinción del contrato de trabajo en el ámbito de las medidas de flexibilidad laboral.—II. Caracterización general del sistema extintivo de las relaciones de trabajo en el modelo laboral español.—III. Valoración de los sistemas de despido en los modelos español y comparados: 1. *Despidos individuales*. 2. *Despidos colectivos*.

### I. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD LABORAL

No parece que merezca mayor comprobación el fenómeno de revisión profunda que la crisis económica y sus consecuencias en el empleo vienen produciendo en las instituciones consideradas tradicionalmente como angulares del Derecho del Trabajo. Porque esto es algo que de entrada ha de constatarse: la identificación de los caracteres que sustentaron la función política de este Ordenamiento se ha hecho bascular sobre la capacidad de recepción que la norma laboral había podido manifestar ante las exigencias de los principios de estabilidad en el puesto de trabajo, en la función, en el lugar de la prestación de servicios o en cualquiera de los parámetros que determinan sus condiciones y, en última instancia, en la propia conservación del vínculo con la empresa en cuanto que presupuesto para la efectividad de aquellas garantías. La situación habría de tener un doble reflejo: por una parte, en las técnicas jurídicas que hubieran de funcionalizar, entiéndase «legitimar» si se quiere expresar en clave política, el proceso de reformas. En gran medida el debate «regulación-desregulación», superpuesto a aquel otro sobre positivismo normativo o convencional (1) se

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Granada.

\*\* El presente trabajo reproduce la Ponencia que con el título: «Las formas de extinción del contrato de trabajo» fue presentada a las «V Jornades Catalanes de Dret Social» organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

(1) Un debate en el que la determinación de los mecanismos jurídicos a emplear no tiene por qué resultar incompatible con el ejercicio de la función normativa «ya que la juridificación no se opone a intervención de la norma estatal, pero sí a la desregulación», porque ésta última tampoco ha de implicar una «devolución» a la autonomía individual de una determinada materia que puede continuar siendo objeto de regulación por la autonomía colectiva (V. DEL REY GUANTER, «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo: notas para una caracterización jurídica» en *La Flexibilidad Laboral en España* Coordinac. RIVERO LAMAS, Zaragoza, 1993, en

encuentra en la base del planteamiento metodológico que permite desvelar el significado de determinadas posiciones. Por otra parte, la propia morfología del Derecho del Trabajo ha quedado también alterada mostrando hoy una transformación en sus contenidos detectable más allá de la mera aparición de nuevas instituciones o de la transformación de mecanismos complementarios de protección social. Como se dijo «la influencia más notable de la crisis económica en el Derecho del Trabajo no se encuentra seguramente en estas reformas o innovaciones institucionales, sino en la introducción de nuevas ideas o criterios de regulación que han ido impregnando progresivamente a los distintos elementos o componentes del mismo, y que incluso han desplazado o disputado el terreno a las ideas y principios clásicos del ordenamiento laboral» (2). Fenómeno que lejos de vincularse exclusivamente a la instituciones con cuyos contenidos colisiona directamente, afecta «al entero sistema de relaciones laborales de cada país y a la esencia misma del Derecho del Trabajo» (3), lo que indudablemente obliga a una apreciación del problema en términos de globalidad.

No cabe desconocer tampoco la pluralidad de intereses ni la distinta significación de los que concurren en la construcción polémica de un debate de esta naturaleza. Incluso es posible preguntarse si se trata de una cuestión que haya de valorarse en términos cuantitativos y coyunturales como si -valga la expresión- de un mero «ajuste» positivo se tratara o, por el contrario, la inestabilidad se presenta como una realidad inherente al sistema económico en cuyo caso «el aumento de la flexibilidad sería una necesidad estructural permanente» (4). «La flexibilidad -se afirma- es juncalidad», y la capacidad de atención a la realidad social se predica de un «Derecho del Trabajo juncal, flexible, moldeable y permeable» (5). Más aún, todavía cabe pensar si la superación de ambos términos no vendría impuesta por un proceso de «reconstrucción» global y profunda del Derecho del Trabajo en el que el debate de la flexibilidad pierda los condicionantes historicistas que suelen acompañarle tratando de encontrar soluciones o alternativas estables (6). Y, desde luego, tampoco se oculta la carga de intencionalidad

especial pag. 54). Observación que recoge la advertencia de que «en el debate de la flexibilidad, debe tratarse de distinguir más exactamente lo que cabría llamar objetivos de «desregulación», de los objetivos de «flexibilización, objetivos que no necesariamente coinciden ni se identifican» (V. RODRIGUEZ-PIÑERO «Flexibilidad, juridificación y desregulación», en R.L. V.I, 1987, pag.28).

- (2) MARTIN VALVERDE, «El Derecho del Trabajo de la crisis en España», *R.E.D.T.*, nº 26, 1986, pag.170.
- (3) CASAS BAAMONDE, BAYLOS GRAU, ESCUDERO RODRIGUEZ, «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español», R.L. 1987 II, pag. 317.
- (4) Un interrogante que ya figuraba en el Informe R.A. JENNESS de 1984 remitido a la O.C.D.E. sobre *Políticas Sociales y de mano obra. Ajuste Positivo*. Ministerio de trabajo, Madrid, 1984, pag. 57.
- (5) SAGARDOY BENGOCHEA, «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral», en *la flexibilidad laboral... cit.*, pag.192.
- (6) Proceso al que no sería ajena, entre otros aspectos, una revisión del papel asignado a la ley y a la autonomía colectiva (RIVERO LAMAS, «Política de convergencia...cit.», pag. 28.

más o menos oportunista con que determinadas posiciones pueden comparecer en el debate, conscientes de la situación de ventaja que la modificación en la correlación de fuerzas en el mercado de trabajo ha de producir en la dialéctica de las pretensiones («el chantaje histórico de la crisis» (7)). Ello, lejos de relativizar cualquier intento de contribución al desarrollo de la polémica, subraya la pluralidad de condicionantes que han de valorarse en el momento de detectar la carga de intencionalidad que cada oferta concreta de soluciones contenga. El planteamiento responde en definitiva a la última fase del proceso de determinación de los contenidos que deban predicarse de la «flexibilidad» o de las reformas positivas en que ésta pueda traducirse, vinculado todo ello a los mecanismos jurídicos o jurídico-normativos que se dispongan para su articulación. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, baste dejar enunciados los términos del problema dando por sentada la complejidad de cuestiones de la más diversa naturaleza que han incidir en su tratamiento. Actitudes y estrategias sindicales, capacidad de reacción y coste político para los gobiernos, oportunidad para la revisión de los modelos tradicionales de relaciones laborales o adaptación de los mercados de trabajo a la satisfacción de intereses económicos desvelados por las coordenadas que sitúan los nuevos espacios para su desarrollo -entre las múltiples valoraciones que pueden conjugarse-, constituyen aspectos a considerar desde un acercamiento al tema de fondo con mínimas intenciones de efectividad. La conexión entre este entramado de cuestiones y su traducción particular según sea la institución cuya revisión abordemos constituyen realidades que, no por obvias, deben desconocerse (8).

Es desde esta óptica como, entiendo, debe abordarse la revisión de cualquier ámbito de las relaciones de trabajo sobre las que pretenda proyectarse el argumento de la flexibilidad. Y desde luego, es desde estas consideraciones como debe producirse una reflexión efectuada en clave de reforma del mercado de trabajo y proyectada sobre el tema que en este caso concreto nos ocupa, es decir, el de los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. Decir esto supone advertir algo sobre el alcance de su tratamiento bajo el epígrafe de la flexibilidad. En efecto, no parece que tampoco requiera mayor constatación la multiplicidad y complejidad de los problemas, ahora de estricto carácter técnico-jurídico, que la finalización del contrato de trabajo plantea. Desde la propia caracterización del fenómeno extintivo, pasando por la sistematización de los supuestos que dan lugar al mismo, hasta la determinación del régimen jurídico de cada uno de ellos, incluidos los fenómenos evolutivos que la interpretación de los preceptos

- (7) SALA FRANCO, «El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo», en «La flexibilidad Laboral...cit.», pag. . 42.
- (8) Es el tema de la «pluridimensionalidad» del concepto de flexibilidad que operando sobre unas de las variables a tener en cuenta, se influyen directa o indirectamente también los restantes elementos que intervienen en el proceso productivo (DE LA ROSA, Michele «Flessibilità, lavoro e impresa: dal contributo sociologico all'approccio interdisciplinare». *Sociologia del Lavoro*, nº 38-39 1990, pag.15).

correspondientes ha podido producir desde los agentes encargados de la misma, integran un catálogo de cuestiones de alcance indudablemente superior al que señalan los objetivos de la revisión propuesta.

Por el contrario, la respuesta al tema planteado ofrece otra perspectiva de análisis cuya metodología viene determinada por una representación sesgada del conjunto de mecanismos extintivos disponibles, de tal manera que sea posible efectuar un balance de su eficacia no tan solo desde la perspectiva de su consideración individualizada sino en el contexto de la interconexión que en la práctica ha de producir el extenso listado de supuestos que el art. 49 E.T. ofrece. De esta forma será posible obtener una aproximación realista de las disponibilidades contenidas en la norma al mismo tiempo que una valoración sobre -y esto es algo que ya se anticipa- su aparente exhaustividad.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las conexiones funcionales del sistema extintivo no se agotan en su propia consideración, sino que con frecuencia suelen presentarse como el resultado de un conjunto de opciones consecutivas a determinadas vicisitudes de la relación laboral que, aun sin estar compendiadas inicialmente dentro del catálogo extintivo, encuentran su justificación normativa en situaciones de naturaleza distinta cuyo desarrollo puede conducir a la conclusión de la relación laboral (eufemística p.ej. podría resultar la clasificación dentro de la dimisión voluntaria del trabajador la resolución del contrato de trabajo a instancia de éste cuando se produzcan las circunstancias señaladas en el pfo.3 del art. 41 E.T. sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (9)). La selección de un adecuado enfoque obliga por tanto a un constante planteamiento de situaciones, si no marginales, si al menos conectables con la fenomenología particular de cada uno de los diversos supuestos extintivos.

En cualquier caso, un balance hoy en nuestro país sobre la eficacia de los sistemas de extinción del contrato de trabajo, ha atender necesariamente a la realidad que presentan los mercados exteriores y la respuesta que a similares problemas se ofrece desde ordenamientos jurídicos cercanos implicados en procesos de reforma urgidos por circunstancias similares y condicionados por los mismos imperativos establecidos en formulaciones y normas de carácter internacional (10). Desde esta realidad se plantea la oportunidad de comprobar el nivel de homologación que nuestro sistema mantiene con relación a los más significa-

- (9) Medida extraordinariamente drástica que prueba la debilidad del trabajador en estos procesos y que presumiblemente deberá seguir a un intento de impugnación de la autorización para despedir como última salida antes de acudir al «extremo y gravoso recurso de la resolución contractual» (MONTROYA MELGAR, «Poder del empresario y movilidad laboral» en «La flexibilidad laboral...cit.» pag.218).
- (10) Ello, siempre que se intente evitar aquel fenómeno de «desreglamentación progresiva» posibilitado por el desplazamiento de las actividades de la empresa dentro de una economía cada vez más europea evitando así determinados niveles de protección existentes en un territorio (H. MOSLEY «La dimensión social de la integración europea». *R.J.T.* 1990/I, vol. 109, pag. 106

tivos del entorno europeo. Cuando menos la referencia resulta más obligada en la medida en que la institución que se contempla ofrezca unos perfiles especialmente críticos tanto por su trascendencia social como por su capacidad objetiva para actuar como instrumento de transformación o reestructuración del sistema productivo. El análisis comparado de algunas experiencias recientes como el caso de Francia en materia de despidos colectivos o la reforma del sistema de despido en Italia, constituyen elocuentes ejemplos de ciertas referencias que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de reflexionar sobre aspectos concretos de los sistemas extintivos, claves en la reforma del mercado de trabajo.

Esto último conduce a otra apreciación más. Ni que decir tiene el protagonismo que en cualquier planteamiento sobre reforma del mercado de trabajo, hágase o no incluso -y si es que ello no resulta inevitable- desde la óptica de la flexibilidad, adquiere el tratamiento de la extinción del contrato de trabajo. Desde cualquiera de las vertientes que se consideren: la tipificación y causalidad de los supuestos que se seleccionen; la agilidad de los procedimientos a emplear; el coste económico de los mismos y el consiguiente traslado al ámbito extraempresarial de las cargas sociales que generan; o la multiplicación de los sistemas en función de su trascendencia o de los objetivos que se pretenden, etc.; incluso la propia estructura del mercado de trabajo o la mayor o menor transparencia del mismo pueden motivar el sentido de las reformas cuando se plantea la necesidad de impedir o limitar determinados fenómenos marginales o contrarios a una ordenación regular y una estructuración adecuada de la política de empleo (frente a la multiplicación de mercados ocultos (11)). El valor funcional del tema que nos ocupa proyectado en el ámbito argumental de la reforma del mercado de trabajo y más específicamente ante la flexibilidad como criterio de inspiración, y al margen de los argumentos que determinen la dialéctica de las respectivas posiciones, parece algo incuestionable. En gran medida los términos sobre los que se construye la polémica de la flexibilidad vienen determinados por la interacción de los dos ámbitos que polarizan el llamado «Derecho del Empleo», esto es la conexión entre mercado interno, vinculado esencialmente a la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores, y el externo que actúa sobre los mecanismos de incorporación a la empresa a través de las medidas que actúan la política de incentivos a la creación de empleo y la contratación laboral. Pues bien, en la fase final del primero se sitúa la extinción del contrato de trabajo de tal manera que, si bien permanece en el ámbito de lo interno dando por supuesta en ese momento

- (11) «el mantenimiento de una legislación protectora de la estabilidad en el empleo en exceso y que propicia incrementos no productivos de los costos laborales puede dar lugar, no sólo a que se recurra a formas de empleo oculto, ilegal o precario, sino también a que se desplacen del mercado de trabajo y pasen a formar parte de la población inactiva (con protección social o no) segmentos importantes de trabajadores en disposición de trabajar» (RIVERO LAMAS, «Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo», en «La flexibilidad Laboral...cit.»

la subsistencia de la relación laboral, queda no sólo influenciada por las vicisitudes que produzcan las medidas que se adopten sobre ella y por tanto sometida a las presiones extintivas que estas medidas puedan producir (conduciendo frecuentemente la posición del trabajador a situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida) (12), sino que también actúa como vehículo de flexibilidad externa permitiendo introducir por esta vía políticas de ajuste -entiéndase reducción- de personal («flexibilidad de salida» (13)), si es que en el supuesto más obvio no constituyen la propia garantía jurídica empleada para articular una flexibilidad externa basada en la rotación de mano de obra mediante contrataciones temporales de carácter coyuntural. En este sentido ha de recordarse que la llamada «flexibilidad de entrada», entendida como posibilidad de fijar un término no causal para la relación de trabajo, no supone más que una forma de articular la flexibilidad de salida, aunque diferenciada cronológicamente porque la disposición del mecanismo se hace en la fase inicial del contrato. Desde este punto de vista la confusión de ambos conceptos contiene un cierto ingrediente de contradicción cuando este tipo de flexibilidad de entrada se plantea como alternativa a la «rigidez de salida».

Pero si el debate de la flexibilidad -y por tanto, también la instrumentación de los mecanismos extintivos-, presenta una vertiente objetiva u objetivable en términos de mercado de trabajo y su reforma, existe otro aspecto que actúa como mecanismo de compensación a la hora de valorar el alcance de las opciones que se contemplen. Y es que no puede olvidarse que detrás de todo este planteamiento late la dimensión constitucional del principio de estabilidad en el empleo formulada a través del derecho al trabajo «esto es del empleo como un bien jurídico protegido en el plano constitucional» (14), y simbolizada en este caso en la defensa del puesto de trabajo, porque «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo» (15). De esta manera se hacen patentes los extremos que tensionan la revisión de los mecanismos extintivos. La positivación normativa del sistema que se adopte o que pretenda adoptarse, no puede realizarse al margen de determinados postulados constitucionales que por su origen actúan como puntos de referencia en el diseño de un sistema de relaciones laborales. En realidad el problema no es más

(12) Medidas que han de tender «esencialmente a reducir la inevitabilidad de la extinción del contrato de trabajo, eliminando o reduciendo limitaciones anteriores en la configuración dinámica por el empresario del contenido de dicha prestación: mayor movilidad geográfica, funcional, reestructuración de la clasificación profesional...», etc., (DEL REY GUANTER, «Desregulación...juridificación y flexibilidad cit.», pag.60).

(13) SALA FRANCO, «El debate sobre las políticas de flexibilidad...cit.» pag. 45.

(14) RIVEROLAMAS, «Técnicas modernas de garantía del empleo», en «La flexibilidad laboral...cit.», pag. 113.

(15) BAYLOS GRAU, «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio», R.L.1985, V.II, pag.470.

que la reproducción, al nivel que ahora nos planteamos, de la tensión que el modelo de economía diseñado por la constitución, de un lado, y la protección social individualizada o colectiva y acordada también en el texto constitucional, de otro, generan cuando las exigencias de conservación de uno u otro principio pasan inevitablemente por la afectación de alguno de sus extremos. En ese momento, el equilibrio de concesiones mutuas se altera, siendo preciso entonces buscar en la crisis del bien por cuya tutela se actúa, el fundamento político-jurídico que deba amparar la legitimidad de las transacciones.

Desde esta perspectiva, un repaso al conjunto de elementos que conforman nuestro sistema extintivo de relaciones de trabajo, presenta un catálogo de supuestos cuyos contenidos no pueden medirse exclusivamente por razón de sus objetivos funcionales; ello supondría limitar su trascendencia al mero desencadenamiento del efecto extintivo una vez que concurren los presupuestos para ello. Por el contrario, no puede olvidarse que la articulación del sistema aludido supone, o ha de suponer, la representación en negativo de las exigencias que impone el derecho al trabajo, materializable aquí a través de las garantías del principio de estabilidad en el empleo; en otros términos, la realización a nivel normativo de un postulado constitucional cuya intervención se materializa tanto en espacios de actuación directa imponiendo obligaciones o conductas positivas, como indirectamente estableciendo límites a la hora de regular situaciones que impidan la supervivencia de los presupuestos necesarios para la aplicación de aquellas garantías. Ello significa cuando menos, la generación de un marco heteronómico para la regulación de los sistemas de extinción del contrato de trabajo (16) cuya inderogabilidad «in peius» no debiera ofrecer dudas cada vez que el tema se plantee como mero ejercicio de reformulación de los niveles de protección normativa alcanzados.

El planteamiento anterior es válido cualquiera que sea el mecanismo de intervención que se utilice; es decir, incluida por tanto la eventual legitimidad que pudiera introducir la actuación por medio de la autonomía colectiva supeditada, como es sabido, a la realización de los objetivos sociales y económicos que la constitución encomienda a la norma estatal. Sin embargo, examinado el tema desde una óptica global y urgida por las apremiantes circunstancias de empleo (17), la revisión del sistema vuelve a encontrar la legitimidad pretendida si se

(16) En todo lo esencial, e incluida en ello la tasación de causas de extinción de las relaciones de trabajo concertadas por tiempo indefinido (M.R.ALARCON CARACUEL, «Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo», en «La flexibilidad laboral...cit.», pag.442).

(17) Aspectos que inevitablemente introducen un cierto relativismo histórico en el planteamiento del tema pues, «en una materia tan cargada de sentido social como es la terminación del contrato de trabajo no (pueden) plantearse a nivel legislativo las mismas soluciones técnicas en periodos de normalidad que en periodos de crisis económica con fuertes tasas de desempleo» (SAGARDOY BENGOCHEA, *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1980, pag. 18).

observa desde el mandato que el último inciso del art. 40.1 de la Constitución dirige a los poderes públicos de orientar su política hacia el pleno empleo (en este sentido son clásicas ya las S.S.T.Co. de 2 de Julio 1981 sobre constitucionalidad de la Disposición adicional 5ª E.T., o la de 30 de Octubre 1985 sobre posibilidad de negociar colectivamente la jubilación forzosa). Otra cosa distinta será la determinación de los espacios sobre los que se hagan vascular las orientaciones de la reforma y la intensidad de la misma, porque es en este momento cuando ha de lograrse el equilibrio que comporte la mayor satisfacción de los intereses que tensionan la dialéctica de los compromisos. Pero esta es una cuestión que remite ahora el debate al ámbito político o político-sindical.

Planteada en estos términos, la determinación de los instrumentos necesarios para proceder a una modificación del sistema extintivo de la relación de trabajo pasa, si no a un segundo plano, sí a un estadio posterior en el proceso para su ejecución. La cuestión ahora no es de fondo sino metodológica, valorando si el procedimiento requiere una intervención de la autonomía colectiva o es la norma quien deberá diseñar el marco para el desarrollo del sistema por el que se opte (18); o, lo más probable, si esta última no ha de expresar otra cosa más que el consenso sindical y político obtenido en sede extraparlamentaria. Y ello, porque los procedimientos que en la actualidad desarrollan las distintas formas de extinción del contrato de trabajo encierran suficientes cauces para la intervención de la autonomía negociada, en cualquiera de sus vertientes, como para ofrecer un amplio espacio para el ejercicio de la misma, con no pocas válvulas de escape a la rigidez formalista con que aparecen descritas en el enunciado de las normas (ejemplo significativo de ello ha sido la concisión del pfo.14 del art.51 E.T. sobre reconversiones industriales y el amplio juego de intervenciones autónomas y heterónomas que su procedimiento ha posibilitado (19)).

Finalmente, una cuestión más. La flexibilidad como criterio para el trata-

(18) Cuestión de indudable trascendencia hasta el punto de que «todo el tema de la flexibilidad va a estar no tanto en el qué -qué se cambia, qué se transforma, qué se pierde- sino en el cómo -ley, negociación, acuerdos individuales- y el «a cambio de qué» -contrapartidas equilibradoras» (SAGARDOY BENGOCHEA «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral» en *La flexibilidad Laboral...*cit., pag.182).

(19) Fenómeno que manifiesta la «crisis del Estado del capitalismo maduro que ve cuestionada su función mediadora necesitando el apoyo sindical mediante su corresponsabilización para asegurar los fines de la política gubernamental» (MONEREO PEREZ, *Las Reconversiones Industriales en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Granada 1988, pags. 77-78). Fenómeno que habría de correr por los cauces de un nuevo corporativismo, reflejo tanto del «menoscabo de la Ley» como de la actitud de estas prácticas «para suplir su crisis regulativa» (PEREZ DE LOS COBOS, «La política de reconversión española como política neocorporativa» *R.E.D.T.* nº42, pag.261). Un análisis del desarrollo de la reconversión industrial en España, GARCIA BECEDAS, *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral* Madrid, 1989.

miento de la crisis de empleo y sus derivados aparece mediante una relación casi de consecuencia vinculada a la reforma del mercado de trabajo y conectada a los elementos característicos del mismo: contratación, organización del sistema de colocación y en especial, flexibilidad interna y externa a la relación de trabajo. De esta forma parece como si en las circunstancias actuales todo intento de articulación de una política de empleo debiera contener un ingrediente flexibilizador poco menos que de carácter esencial a la misma. Un adecuado tratamiento del tema debiera, no obstante, diferenciar la metodología de las propuestas que pertenecen al ámbito de las soluciones. En este último debe situarse la opción de la flexibilidad; ello implica cuando menos, aceptar que ni sea la única ni probablemente precluya otras alternativas planteadas en sede política, económica y seguramente también laboral, que corrijan los desfases a que pudiera conducir un planteamiento monodireccional de la reforma del mercado de trabajo. Es desde esta perspectiva como debe obtenerse una aproximación más exacta, y posiblemente también menos apasionada, a la hora de determinar el alcance que se otorgue a la flexibilidad y su eficacia respecto de los objetivos que se persiguen.

\* \* \*

Situado en estos términos, el análisis del sistema extintivo del contrato de trabajo en nuestro país tiene por objeto detectar aquellos extremos que más inmediatamente se vinculan a una revisión del modelo efectuada en clave de flexibilidad, conjugando el concepto de ésta con la valoración que merezca el régimen jurídico de la terminación del contrato de trabajo. En qué medida se apliquen los parámetros de intensidad, garantías, formalización, legitimación para intervenir en el proceso, etc., son cuestiones que se sitúan en un estadio posterior y que requieren una previa decisión sobre el fondo, no ajena en muchas ocasiones al credo social que la inspire. La ilustración del criterio debe pues, venir determinada por la valoración que ofrezca el diseño normativo actual y su grado de coherencia con las demandas sociales y económicas que se formulan. Flexibilizar o no, en qué medida, qué aspectos y con qué procedimientos representa una decisión posterior. Inicialmente pues, debe partirse de una caracterización del modelo extintivo configurado por nuestro sistema normativo de relaciones de trabajo.

## II. CARACTERIZACION GENERAL DEL SISTEMA DE EXTINTIVO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN EL MODELO LABORAL ESPAÑOL

Una primera observación del extenso listado de supuestos extintivos que contiene el art. 49 E.T. produce la impresión de que con su prolijo enunciado se han pretendido relacionar de forma exhaustiva las situaciones que pueden dar lugar a la terminación del contrato de trabajo. El precepto, según ello, tendría una cierta *vocación tipificadora* de tal manera que la enumeración de situaciones

previstas tendría por objeto acotar los límites a la resolución del contrato de trabajo. Aunque su redacción comienza advirtiendo que «el contrato terminará» por cualquiera de las causas que a continuación se recogen, lo que no necesariamente configuraría una descripción taxativa, lo cierto es que finalmente cualquier fórmula imaginable acabaría reconduciéndose a cualquiera de los doce supuestos que el precepto incorpora.

Sin embargo, este carácter totalizador del enunciado de causas resulta eficaz tan sólo desde un punto de vista formal: es decir, las situaciones que el art. 49 E.T. prevé reproducen en su conjunto la pluralidad de criterios que tradicionalmente han servido para clasificar los fenómenos extintivos en las relaciones obligatorias comunes, vigentes en sus epígrafes generales para el contrato de trabajo. Así, realización del contrato por llegada del término, cumplimiento de la condición y mutuo acuerdo de las partes, de un lado y de otro, imposibilidad de satisfacer los intereses articulados a través de la relación debidos a incumplimientos objetivos o no imputables a las partes -fuerza mayor, excesiva onerosidad sobrevinida- e incumplimientos subjetivos o culpables (20), sintetizan los esquemas proporcionando cobertura formal al conjunto de supuestos localizables en el ámbito laboral. Sin embargo, y al margen de otras críticas que ha suscitado la propia redacción del precepto en torno a la ambigüedad literaria de alguna de sus formulaciones (21), lo cierto es que en conjunto presenta un cierto tono de desconexión con la propia dinámica de las relaciones de trabajo diseñada en el mismo texto legal. El pragmatismo que requiere la observación de determinadas situaciones típicas en el desarrollo de la relación de trabajo abocadas a la conclusión del contrato no aparece recogido con su exacta virtualidad en el formalista enunciado del art. 49. Baste, como ejemplo recordar la extinción consecuente a una modificación sustancial de determinadas condiciones de trabajo o la que tiene su origen en fenómenos de movilidad geográfica que concluyen con el traslado del trabajador. En ambos casos la decisión extintiva permanece en la esfera de la voluntad individual de éste y en ambos casos el régimen indemnizatorio previsto revela una evidente compulsión en la adopción de la decisión de extinguir su relación. Sin embargo, muy remotamente podrían los supuestos aludidos equipararse a la terminación del contrato por «dimisión del trabajador» como se recoge en el n.º 4 del art. 49 o la extinción por voluntad del trabajador a que se refiere el n.º 10 cuando esta se fundamenta «en un incumplimiento contractual del empresario». En el

(20) En este sentido la clasificación ofrecida por F. SUAREZ en su obra *La terminación del contrato de trabajo*, Bolonia, 1967, págs. 3-13.

(21) De la que constituye un claro ejemplo el n.º 12 que se refiere a la terminación por «causas objetivas legalmente procedentes» que «permitiría suponer que las restantes causas del art. 49 son subjetivas o improcedentes» (F. SUAREZ, «La Extinción del Contrato de Trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *II Ponencia del Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Málaga 1980,

primer caso es claro que la situación no se corresponde exactamente con la facultad de libre resolución que tutela la recuperación de la libertad profesional del trabajador, al tener su origen en una situación que altera de forma sustancial los parámetros que inicialmente determinaron los límites espaciales de la prestación de servicios, alejando el supuesto de un acto de dimisión libremente decidida; en el segundo, el incumplimiento del empresario quedaría fuera del régimen extintivo previsto en el art. 50 cuya calificación y consecuencias indemnizatorias no se corresponden con los supuestos aludidos (22). Y algo similar podría decirse respecto de aquellas facultades extintivas que sin estar tipificadas de modo directo, encuentran sin embargo legitimidad en autorizaciones concedidas mediante procesos de delegación legislativa e instrumentados mediante la combinación de diversos mecanismos extintivos sometidos a regímenes particulares (jubilaciones anticipadas e incentivadas y fondos de promoción de empleo entre otras, forman parte de un cúmulo de situaciones contempladas por los planes de reconversión industrial).

Puede afirmarse por tanto, que la formulación del conjunto de mecanismos extintivos compendiados en el art. 49 E.T. queda algo distante en sus planteamientos formales, de la realidad a que en ocasiones conduce la dinámica de las relaciones de trabajo (23). Sólo admitiendo una metodología quizás excesivamente academicista en la expresión de los supuestos recogidos por la norma, podría aceptarse que agota la descripción no sólo de las causas directas, sino también de aquéllos otros mecanismos que abocan, igualmente, en la extinción del contrato de trabajo. Porque esta es una situación a la que puede llegarse desde múltiples itinerarios aunque estos no aparezcan directamente reflejados en la

(22) Tan solo aquellas situaciones en que la modificación sustancial atente contra la dignidad del trabajador o perjudique gravemente su formación profesional podrían entrar en la órbita del art. 50 E.T. lo que viene a confirmar que las que no produzcan estas consecuencias quedarían fuera del precepto. La gravedad de las consecuencias que la decisión empresarial acarrea para el trabajador obliga a fijar un tratamiento indemnizatorio especial como el que se recoge en el art. 50 E.T. (V. VIQUEIRA PEREZ, *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Madrid, 1994, pag. 35).

(23) La propia elaboración de un concepto de despido a efectos de iniciar el procedimiento de tutela judicial frente a actos del empresario que si en sí mismos no concuerdan con la tipicidad de aquél, sí concluyen sin embargo en la terminación del contrato de trabajo, constituye una elocuente muestra de las observaciones anteriores. Sobre el tema, GARCIA MURCIA «Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales», *R.E.D.T.* n.º 52, Marzo-Abril 1992, págs. 191 y ss.. Aunque como advierte, «parece encerrarse aquí una paradoja, pues si la asimilación al despido de todo acto empresarial en el que se detecte voluntad empresarial de romper el contrato dota al trabajador de un mecanismo ágil y adecuado para la defensa de sus intereses, al mismo tiempo hace pender sobre el mismo los riesgos que se derivan de la brevedad del plazo dentro del cual han de ejercitarse las acciones de despido» (ibid. pag. 216).

norma. Ello, cuando menos ha de suscitar alguna reflexión sobre la eficacia taxativa del listado contenido en el art. 49 E.T.. Precisamente en conexión con este tema se plantea otro de los caracteres que conforman nuestro sistema extintivo.

En efecto, si aquella diversidad de procedimientos es susceptible de converger en idéntica situación, tampoco resulta ajena a dicho fenómeno la *multiplicidad funcional* con que pueden ser instrumentados en la práctica. Quizás el caso más frecuente venga determinado por la utilización de fórmulas negociales que bajo la cobertura jurídica de contratos extintivos encierran auténticas situaciones de despidos negociados. El mutuo disenso o mutuo acuerdo sirve aquí como medio de formalización de extinciones que tienen su origen en la iniciativa empresarial y cuyas condiciones vienen determinadas por la capacidad de negociación que las situaciones invocadas o la valoración de costos económicos del despido permitan a cada una de las partes. De esta forma, los términos del acuerdo van a quedar comprendidos dentro de las coordenadas que señalen, por un lado, la alegación de causas que el empresario invoque como alternativa a la frustración de un eventual convenio (desde la imputación de incumplimientos laborales al trabajador, hasta situaciones objetivas de la empresa que pudieran amparar en su momento la formalización de expedientes de extinción colectiva, pasando por toda la gama de situaciones subjetivas que pudieran legitimar la decisión de extinguir). Desde este punto de vista, es claro que se produce un fenómeno de distorsión entre la realidad de los motivos que se invocan y la formalización negocial del acuerdo de extinción bajo cuya cobertura, aquellas realidades no sólo no emergen, sino que quedan fuera de los fenómenos que puedan ser objeto de captación jurídica. Y, aunque la mayor frecuencia en la utilización de estos expedientes se corresponda con la utilización del mutuo acuerdo extintivo, tampoco se puede descartar la cobertura formal que otros mecanismos permiten, al resolver con expedientes distintos los eventuales conflictos que derivarán de extinciones unilaterales de dudosa aceptación judicial.

Por otra parte -segunda de las coordenadas que delimitan el contenido de los pactos extintivos-, la valoración de los términos económicos que sustancien el acuerdo. Ha de recordarse en este punto el carácter determinante con que interviene el alcance de la indemnización por despido. Puesto que la diversidad de situaciones invocables se ha de traducir, vía amparo judicial, en la resolución de un procedimiento de esta naturaleza con las declaraciones que le son inherentes (arts. 55.1 E.T. y 110.1 L.P.L.), resulta fácilmente determinable la cuantía de las indemnizaciones a que pudiera conducir una eventual resolución que calificara la improcedencia del despido. Más aún, el importe de los salarios de tramitación a cargo del empresario resulta también cuantificable al venir fijadas las responsabilidades que el estado contrae en esta materia (art. 56.5 E.T. y R.D. 924/82 de 17 de Abril). Ello permite conocer de forma bastante aproximada, el alcance económico de la desvinculación de una relación laboral que por sus caracteres objetivos (antigüedad, dificultad para someter la prestación a determinados cambios, etc.) o por la propia singularidad del trabajador no interesa mantener. Solamente la viabilidad de una declaración de nulidad del despido extendida hoy a los supuestos del art. 108.2 L.P.L., introduce algún factor corrección en la

valoración de las consecuencias de la decisión de extinguir que, sometidas no obstante a un proceso negocial, son susceptibles de proporcionar un cálculo bastante aproximado. La instrumentación de este «economicismo» en la resolución del contrato de trabajo conduce a una nueva observación sobre los caracteres de nuestro sistema extintivo.

Se ha dicho que las distintas modalidades de extinción son susceptibles de reconducirse mediante el ejercicio de la acción por despido a resultados indemnizatorios. Ello se traduce en un fenómeno de valoración económica del puesto de trabajo que deja la supervivencia de la relación, básicamente vinculada al coste del despido. Este fenómeno impregna de tal manera los mecanismos extintivos, que la valoración de costos no sólo se predica de las decisiones extintivas a iniciativa del empresario, sino que acaba conectándose con los supuestos de extinción causal a instancias del trabajador previstos en el art. 49.10 E.T. En efecto, la asimilación que el art. 50.2 efectúa entre el incumplimiento del empresario y la resolución indemnizada mediante el despido improcedente, conjugan a nivel normativo dos tipologías de incumplimientos contractuales de naturaleza bien distinta. De un lado, la resolución abusiva -aunque «regularizada» a través de tasación indemnizatoria- y de otro, la que indirectamente se obtiene mediante el incumplimiento de las obligaciones que impone el normal desarrollo de la relación. En ambos casos (24) la conclusión del contrato recibe el mismo tratamiento en cuanto a su valoración (25). Excluida la facultad del trabajador de reclamar por los perjuicios que los incumplimientos empresariales le hubieran producido (lo que no es materia de extinción sino de devolución a una de las partes de la posición contractual lesionada), tal equiparación ofrece desde luego una doble alternativa en orden a procurar el mismo efecto, si bien recurriendo a procedimientos distintos (26).

Un último carácter vendría determinado por las *exigencias formales* que presenta el sistema extintivo del E.T.. El valor de este requisito opera con eficacia

- (24) Y excluido naturalmente que el trabajador optara por exigir su cumplimiento de acuerdo con la alternativa que el art. 1124 C.Cv. ofrece (V. PENDAS DIAZ, *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Madrid 1982, pag. 31).
- (25) Quizas porque las «indemnizaciones tasadas legalmente no tienen por objeto resarcir la pérdida del trabajo o, mejor dicho, no tienen la estructura propia del resarcimiento de daños, aunque según sea la razón de esa pérdida (incumplimientos) el ordenamiento laboral contempla un tipo concreto de indemnización que, en algunos casos, puede incluso alcanzar un aspecto punitivo, de disuasión» (ALVAREZ DE LA ROSA, *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1990, pag. 19).
- (26) «En todos estos casos, el legislador opta por la fijación de una indemnización a tanto alzado (coincidente con la prevista para el despido improcedente), que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, eximiendo de la prueba de los mismos pero impidiendo también que pueda pretenderse indemnización superior a la legalmente tasada» (DURAN LOPEZ, «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», *R.L. I.*, 1990, pag. 371).

distinta dependiendo de la parte que ejercita la facultad de resolución. En el caso del trabajador, tan sólo la dimisión causal basada en el incumplimiento del empresario requiere de una formalidad estricta: la solicitud de la extinción del contrato. El alcance de esta facultad se interpreta, como es sabido, en el sentido de que sólo al órgano judicial competente le corresponde la valoración del incumplimiento alegado y la determinación de sus consecuencias en orden a justificar su resolución, lo que excluye cualquier decisión unilateral por parte de aquél (S.T.C.T. 8-3-88) (27). La evidente disparidad de tratamiento que la norma otorga a estos supuestos si se relacionan con los incumplimientos laborales del trabajador, facultando al empresario a resolver directamente el contrato, no ha suscitado más dudas desde el punto de vista de su legitimidad al entenderse que las garantías que proporciona su posterior revisión judicial, a más de la facultad de libre resolución que el trabajador ostenta en virtud del art.49.4 E.T., compensan este eventual desajuste (S.T.S., S<sup>3</sup>6<sup>a</sup>, 22 de octubre 1986). Aunque tampoco se puede olvidar que el plazo para el ejercicio de la acción resolutoria a instancia del trabajador queda sometido a la caducidad de los veinte días que se fijan para el despido disciplinario, en virtud de aquella equiparación de efectos que se establece entre incumplimiento contractual del empresario y despido del trabajador; mientras que el ejercicio directo del despido por parte del empresario dispone del plazo más amplio de seis meses establecido para la prescripción de las faltas laborales del trabajador en el párrafo 2<sup>o</sup> del art.60 E.T.. Ello, sin desconocer la distinta operatividad procesal que ambas instituciones -caducidad y prescripción- presentan.

Las restantes causas que afectan al trabajador no someten su eficacia a ningún rigor formal. Tan sólo permiten distinguir su tipicidad de aquellas situaciones que pudieran dar lugar a su consideración como supuestos de abandono definitivo del puesto de trabajo. Pero aún así, la voluntad resolutoria es suficiente para producir efectos, limitando sus consecuencias a lo sumo, a la determinación de perjuicios previa su demostración (28). Conclusión que ha de seguirse manteniendo para el caso de la dimisión voluntaria no preavisada o sin respetar el plazo de preaviso «que señalen los convenios o la costumbre del lugar» (art. 81.3 L.C.T.). De todas formas no se oculta la escasa trascendencia de estos supuestos ya que en la práctica será la fórmula negociada, formalizada incluso en acto de conciliación que permita el acceso a las prestaciones de desempleo, la que se utilice más frecuentemente. Posiblemente su mayor exponente se encuentre hoy en el hermetismo de ciertos contratos concertados especialmente a nivel de altos

(27) Sobre el tema V.PENDAS DIAZ, «La extinción causal...cit», en especial, pags.38-40 y S.S. allí cit..

(28) En tal caso ha de tenerse en cuenta que «las indemnizaciones que pueden derivar de la extinción del contrato de trabajo... (no constituyen) efectos jurídicos de la extinción sino meras consecuencias añadidas por la vía de la restauración de situaciones jurídicas y económicas por el ordenamiento jurídico» (MONTROYA MELGAR, *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla 1967, pag.59).

cargos o trabajadores de muy especial cualificación. Y, aún en el primer caso, la cuantía de la indemnización por ruptura anticipada se hace depender de los salarios correspondientes al plazo de preaviso incumplido (art.10.2, R.D.1382/85 de 1 de Agosto).

En cuanto a las fórmulas negociadas, e incluidos por tanto todos los supuestos que encuentren cobertura en el recurso a la misma, la formalización del acuerdo no presenta en principio mayores exigencias. Tan sólo se frecuenta la documentación en acto de conciliación, como si de la formulación de un conflicto previo por esta causa se tratara; sin embargo, es sabido que la documentación del acta ante el órgano correspondiente persigue más el reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido y la expresa reclamación por el trabajador, a efectos de obtener el derecho a las prestaciones por desempleo (art.1,c), R.D.625/85 de 2 de Abril), que la propia documentación del acto extintivo en si, aunque de esta forma se obtenga un elemento de prueba de indudable valor.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la L. 2/91 de 7 de Junio ha reconocido al trabajador la facultad de «solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad» (art.3). Esta formalidad no altera la libertad anunciada en cuanto a la documentación de los acuerdos extintivos negociados, cuya eficacia a estos efectos permanece inalterada ya que la previsión normativa se proyecta exclusivamente sobre la validez del «negocio jurídico liberatorio que el finiquito documenta» (29).

La notificación de la *denuncia* del término (o condición) y en su caso, plazo de *preaviso* para la misma, tampoco ofrecen duda sobre el relativo valor de su operatividad. Por lo que respecta a la denuncia, el E.T. atenuó los efectos de su ausencia al disponer la presunción de prórroga del contrato por tiempo indefinido «salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación» (art.49.3 E.T.); criterio que la jurisprudencia sólo ha desestimado en aquellos supuestos en que el momento de la denuncia se contradice con la voluntad que manifiestan los hechos concluyentes de la parte ante una excesiva dilación del

(29) Lo contrario supondría «alterar las reglas generales sobre eficacia de los contratos y obligaciones, al tiempo que requeriría una expresa previsión que no se ha incorporado al ordenamiento.» (GALIANA MORENO-SEMPERE NAVARRO, *El control sindical de los contratos*, Murcia 1991, pag.92). y, por supuesto que tratándose de una facultad, su no ejercicio tampoco incide en el valor liberatorio del documento (MARTIN VALVERDE, «La Ley sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación» en «Derecho de los Negocios», n<sup>o</sup>5, Madrid 1991, pag.8). En cualquier caso ha de recordarse que se trata de un derecho individual del trabajador que solo derivativamente ofrece un acceso a la información de los representantes de los trabajadores porque lo que se tutela es la posición individual de aquél (V.MONEREO PEREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid,1992, pags.459-460 y bib. allí cit.).



tiempo transcurrido (30). La eficacia del mecanismo de la conversión queda de esta forma bastante limitada, al quedar condicionada a la prueba de la temporalidad de la prestación (31), sin que de la llegada del término se haga derivar ningún otro tipo de consecuencias en orden a la conservación del contrato. Por lo demás, tampoco la denuncia se somete a ningún tipo de formalidad, por lo que su notificación por escrito no implica más que la disposición de un medio de prueba, más eficaz, pero sin que obste la validez de la efectuada verbalmente (32), bastando a tal fin cualquier medio de notificación, siempre que permita conocer suficientemente la voluntad de extinguir.

Y lo mismo ha de recordarse sobre la exigencia de un plazo de preaviso. Exigido con carácter general tan solo cuando el contrato tiene una duración superior a un año (art. 49.3), el incumplimiento del mismo -que en ningún momento ha perjudicado el derecho de resolución del contrato de trabajo por el empresario (tan solo «difiere por un periodo más o menos largo los efectos de la ruptura» (33)- se valora en términos económicos por el equivalente indemnizatorio del salario correspondiente a los días de preaviso incumplido. Esta vinculación de efectos entre preaviso e indemnización, constituye una opción diametralmente opuesta a la construcción que considera el preaviso como un periodo de tiempo que ineludiblemente ha de preceder la extinción del contrato de tal manera que esta no vendría tanto determinada por la llegada del término, actuado por medio de la denuncia, sino por el cumplimiento exacto del periodo establecido para aquél, lo que supondría aceptar que el concepto de denuncia queda subsumido en el cumplimiento del preaviso. La realidad normativa ofrece sin embargo una imagen del preaviso de carácter adjetivo a la denuncia reforzando así la idea de su no esencialidad al proceso extintivo, al vincularse tan solo a las garantías de seguridad jurídica, pero siempre sobre la base del desencadenamiento previo de dicho proceso (34). Quizás consecuente con ello sea el hecho de que nuevamente tampoco se exijan especiales formalidades para la notificación del mismo (35).

(30) S.T.S 20-7-88. Dilaciones que encuentran mayor justificación cuando son debidas a la lentitud burocrática de la Administración (S.T.S. 1-3-88). En cualquier caso para que operara una eventual conversión del contrato en otro por tiempo indefinido es indispensable que el trabajador continúe prestando servicios de forma efectiva, lo que excluye las situaciones de suspensión del contrato de trabajo (S.T.S. 12-2-85 y T.C.T. 4-12-84).

(31) El carácter «*uris tantum*» de la presunción no ha ofrecido dudas en ningún momento (S.T.S. 10-6-86; 20-1-87 y 7-3-88).

(32) S.T.C.T. 12-6-86 y 3-3-89 y T.S. 21-9-88.

(33) Efecto que nunca llegó a cuestionarse, V.P.DURAN, *La stabilità dell'impiego nel Diritto dei Paesi Membre della C.E.C.A.*, Luxemburgo 1958, pag.34.

(34) «De esta manera, y sobre todo por lo que afecta al despido, se mantiene inalterado el poder de extinción del empresario; aun cuando no pueda desconocerse que, a través de la imposición del respeto a un determinado plazo de preaviso, se otorga una protección indirecta al trabajador» (PEREZ ESPINOSA, *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Madrid 1980, pag.25).

(35) S.T.C.T. 30-9-87 y 7-2-89.

Ha de recordarse, no obstante, que en los casos que se acaban de citar la terminación del contrato de trabajo se produce a instancia de una parte (más hipotéticamente de ambas) de la relación pero actuando una facultad implícita (y técnicamente acordada) en el momento de su celebración según la modalidad temporal que se hubiera seleccionado. Sin embargo, es en la resolución unilateral donde aparecen las mayores rigideces. En el caso del trabajador ya se ha visto en qué términos según la causa que se alegue. La resolución por parte del empresario remite a los dos supuestos comunes de despido; el individual -en el sentido más amplio, y por tanto comprensivo de la extinción por circunstancias objetivas- y el despido colectivo. En definitiva, se trata de los dos extremos que vienen fundamentando el debate de fondo sobre la «flexibilidad de salida» en el mercado de trabajo y sobre cuya eventual rigidez se achacan, nuevamente en el ámbito de dicho debate, importantes disfunciones de nuestro sistema laboral. Su tratamiento desde esta perspectiva requiere un análisis en paralelo con las experiencias de algunos sistemas de nuestro entorno en esta materia.

### III. VALORACION DE LOS SISTEMAS DE DESPIDO EN LOS MODELOS ESPAÑOL Y COMPARADOS

#### 1. Despidos individuales

Sin desconocer las dificultades conceptuales que en determinadas ocasiones se plantean ante supuestos fronterizos (los llamados «despidos plurales» (36)), la clasificación que distingue entre despidos individuales y colectivos, no sólo responde a la titularidad del interés afectado, sino que predispone la existencia de un régimen jurídico con garantías procedimentales distintas de acuerdo con la trascendencia de dicho interés. La legitimación reconocida a determinados sujetos, incluídos los poderes públicos, para intervenir en las correspondientes acciones de tutela tiene su origen en la fenomenología que encierra la clasificación propuesta.

Un punto de partida para el análisis de esta materia se obtiene de los postulados establecidos con carácter general en el Convenio 158 y la Recomendación nº 166 de la O.I.T., ambas de 22 de Junio de 1982 sobre «terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador» (37). Limitando por ahora su observación a las normas de aplicación general -y

(36) Caso en que, afectando a una pluralidad de trabajadores el lapsus de tiempo transcurrido entre unos y otros, su tratamiento, jurídicamente, queda fuera del régimen de los despidos colectivos (V. DURAN LOPEZ, «Análisis de la Regulación Jurídico-positiva de los Despidos Colectivos en España», en la *Flexibilidad Laboral...cit.*, pags.333-334).

(37) Adoptados en la sexagésima reunión de la Conferencia General el 22 de Junio de 1982 sustituyeron a la Recomendación nº 119 de 5 de Junio de 1963 con el mismo epígrafe.

referidas a los despidos individuales- los criterios básicos se sintetizan en los siguientes: causalidad, garantías procedimentales y compensaciones indemnizatorias.

El primero de ellos, formulado negativamente al determinar que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador sin que exista «una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» (art. 4). En todo caso, no constituyen causa justificada los motivos que se relacionen con actitudes discriminatorias del trabajador por razón de su actividad sindical o representativa, por circunstancias de índole personal o por el ejercicio de acciones frente al empresario basadas en incumplimientos de este (art. 5). De igual forma quedan excluidos los supuestos de ausencia del trabajo por maternidad y «las de carácter temporal por motivo de enfermedad o lesión», si bien la definición de estas últimas y la posibilidad de exigir certificado médico que demuestre dicha situación se delegan en el derecho interno (art. 6). Por su parte, la Recomendación 166 añadió a estas exclusiones la relativas a la edad, «sin perjuicio de la legislación y prácticas nacionales con respecto a la jubilación» y el cumplimiento del servicio militar u obligaciones cívicas de conformidad también con la legislación interna (nº 5). Nada se dice, como ocurría en La Recomendación 119, sobre la «gravedad de las faltas o su determinación. Sin embargo dos importantes previsiones se contienen en esta materia: la primera, relativa a la insuficiencia de aquellas causas que en virtud de la legislación o práctica nacionales sólo justificarán la resolución en caso de reincidencia «una o varias veces», a menos que el empresario hubiera advertido «por escrito al trabajador de manera apropiada» lo que es tanto como insistir en uno de los factores determinantes de la gravedad de las mismas; la segunda, parece más bien dirigida a los supuestos de incumplimientos objetivos o involuntarios por parte del trabajador en la obligación de rendimiento, ya que ante las situaciones denominadas de «desempeño insatisfactorio» del trabajo, el empresario debe advertir por escrito al trabajador proporcionándole las instrucciones oportunas y respetando un plazo razonable antes de despedir (nºs. 7 y 8, Recom.), situación que resulta cercana a los supuestos tipificados en nuestro ordenamiento bajo los epígrafes de ineptitud o falta de adaptación del trabajador a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 52, a) y b), E.T.).

Las garantías procedimentales se han hecho gravitar sobre la notificación por escrito de la decisión de despedir y en la facultad reconocida al trabajador para exigir constancia, también por escrito, del motivo o motivos de la terminación (a excepción de los supuestos basados en circunstancias económicas, estructurales, etc.); si bien ha de subrayarse que estas garantías no aparecen incorporadas al texto del Convenio, por lo que quedan sometidas a la relativa fuerza vinculante de la Recomendación. En tales circunstancias el trabajador dispone de la facultad de recurrir contra dicha decisión (con derecho a ser asistido por otra persona (nº 9, Recom.)) ante un organismo imparcial de carácter jurisdiccional o arbitral quien deberá pronunciarse sobre la justificación de lo motivos invocados para el despido, apreciando además las restantes circunstancias que concurran en el caso (art. 9); en todo caso, el ejercicio de esta acción queda impedido si hubiese

transcurrido un periodo de tiempo superior al que se considere razonable desde la terminación de la relación (art. 8.3). De la misma forma que para el caso de faltas del trabajador, se autoriza a entender que el empresario renuncia al ejercicio de su derecho a dar por terminada la relación si no adopta esta medida en un plazo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta (nº 10, Recom.). Por otra parte, como expresión procesal del requisito de causalidad, se establece un mecanismo de equilibrio de la carga de la prueba mediante un régimen (disponible para el derecho interno alternativa o acumulativamente) por virtud del cual el empresario, sin perjuicio de las actuaciones que lleve a cabo el trabajador, queda obligado a demostrar la justificación de los motivos invocados, otorgando asimismo a los órganos encargados de resolver de una facultad de libre apreciación de la prueba (art. 9.2). En cuanto al plazo de preaviso, se establece para todos los casos de extinción del contrato si bien se exceptúan los supuestos basados en la comisión de faltas graves «de tal índole que sería irrazonable pedir al empresario que continuara empleando al trabajador durante el plazo de preaviso». De todas formas esta obligación se dispone con carácter alternativo, por lo que puede ser sustituida por el pago de una indemnización (art. 11). Durante este tiempo el trabajador debe disponer de las licencias oportunas, sin pérdida del salario y «en los momentos convenientes para ambas partes» con el fin de buscar un nuevo empleo (nº 16 Recom.). En cuanto a la posibilidad de imponer un trámite de audiencia ante los representantes legales de los trabajadores y a excepción de los casos en que se trate de extinción fundada en causas económicas o estructurales, queda reducida a una mera posibilidad de consulta prevista en la Recomendación nº 166 («el empleador podría consultar a los representantes...», nº 11). Otra cuestión -polémica que fue en nuestro país-, es la relativa al carácter ejecutivo o no de la decisión empresarial. El Convenio 119 había previsto la posibilidad de suspender los efectos del despido hasta tanto el trabajador no hubiese podido formular -por sí mismo o con la asistencia de otra persona- los descargos frente a las imputaciones del empresario (art. 5); en la actualidad, el Convenio 158 desarrolla el contenido de aquella garantía estableciendo que en los casos de despidos fundados en la conducta del trabajador o en su rendimiento, no podrá darse por terminada la relación «antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad»; sobre el tema tendremos ocasión de volver después.

Finalmente, el régimen indemnizatorio de los despidos individuales se determina en función de los parámetros habituales de antigüedad y salarios del trabajador, aunque autorizando la posibilidad de que dicha indemnización y, en su caso, las prestaciones por desempleo pudieran perderse cuando se trate de despidos fundados en faltas graves (art. 12) (38).

Hasta aquí las reglas básicas del modelo extintivo de relaciones individuales de

(38) Ha de recordarse, en el momento en que se proyecta la incompatibilidad entre ambas en la reforma del sistema de desempleo, que la acumulación o combinación entre el régimen indemnizatorio por terminación del contrato y, en su caso, la percepción del

trabajo en la normativa de la O.I.T.. Aunque la formulación de principios se atiene a los postulados de generalidad y relativa ambigüedad interpretativa característica de este tipo de normas, resulta oportuno efectuar un análisis comparativo con el modelo español. A tal fin se puede seguir el mismo esquema de tratamiento empleado con anterioridad para la descripción de aquellos principios.

En primer lugar la aplicación del principio de causalidad. A través de dos mecanismos se incorporan sus exigencias en el sistema del E.T.. Por una parte, mediante la tasación de causas que legitiman la decisión empresarial en función de la naturaleza de los motivos invocados. En el caso de incumplimientos culpables del trabajador, mediante la fijación de los supuestos recogidos en el art.54. El antiguo debate sobre el carácter tasado o no del listado de este tipo de preceptos (referido al art.77 L.C.T.), hace tiempo quedó superado mediante la observación de la generalidad de sus enunciados, capaz de incluir la pluralidad de situaciones que la práctica ofrece (39) [su mejor exponente se encuentra hoy en el nº1.d) del art.54 E.T.: «transgresión de la buena fé contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo»]. La función tipificadora del precepto relativiza su eficacia precisamente en base a la propia formulación de los tipos contenidos en el mismo. Por otra parte, los incumplimientos no culpables del trabajador aparecen hoy recogidos bajo los supuestos de ineptitud, falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas introducidas en el puesto de trabajo y el absentismo del trabajador en la condiciones establecidas en el art.52 d), E.T.). Con el primero de ellos se corrigió el tratamiento normativo escasamente coherente que la L.C.T. había previsto para esta situación al incluirla dentro de las causas del despido disciplinario. Advertida inicialmente la sustancial diferencia entre estas situaciones y las que obedecen a incumplimientos voluntarios del trabajador (40), el E.T. ratificó la corrección introducida por el R.D.L.4-3-77, integrándola dentro de la extinción por circunstancias objetivas, identificándose ahora «con referencia exclusiva a las faltas de rendimiento, producidas por causas no imputables a la voluntad del trabajador y sobrevenidas con posterioridad a la celebración del contrato» (41).

desempleo, aparecen recogidas de forma directa («todo trabajador...tendrá derecho») en el Convenio 158, conservando una sustancial autonomía entre ellas, de tal manera que la inexistencia de la primera tampoco afecta a la existencia de la segunda (art.12).

- (39) Advertido inicialmente por ALONSO OLEA al recordar, refiriéndose al art.77 L.C.T., que el precepto «coloca conductas, caracteres y actitudes del trabajador de tal vaguedad y tan elásticas que resulta difícilmente concebible un incumplimiento contractual que no quepa dentro de alguna de ellas» (*El despido*, Madrid,1958, pag.126).
- (40) Calificada entonces como «incumplimiento objetivo de la objetivamente valorable obligación de rendimiento que se sitúa en el modo de la prestación de hacer» (VIDA SORIA, «La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado» en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid 1969, pag. ).
- (41) GONI SEIN, «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *R.E.D.T.* nº11, 1982, pag.426

Simultáneamente, dos efectos paralelos se producirían: el primero de ellos, permitiendo considerar incluida dentro de la ineptitud la situación de incapacidad permanente parcial del trabajador que si bien no alcanza a legitimar por sí misma la extinción del contrato por las causas previstas en el art.49.5 E.T. (gran invalidez e invalidez permanente total o absoluta), si queda posibilitada a través del mecanismo de la extinción por circunstancias objetivas en la medida en que se consiga acreditar la conexión entre la incapacidad y la disminución del rendimiento (42). Lo cual dicho sea de paso, dejó en situación de inferioridad el tratamiento de los otros grados de invalidez al no disponer de las garantías formales e indemnizatorias del art.52 E.T. (43). El segundo efecto consistió en la apertura de un nuevo epígrafe de causas de terminación que, con todas las correcciones habidas sobre su calificación («despido» inicialmente y «extinción» después) facilitaron la resolución del contrato por iniciativa del empresario sin necesidad de acudir a un proceso complejo de construcción jurídica sobre supuestos no expresamente contemplados proporcionando ahora cobertura jurídica para los mismos. Y ni que decir tiene que esta fue la orientación del legislador al diseñar el precepto. Baste recordar en este sentido, la doble intencionalidad puesta de manifiesto en el caso del absentismo «permitiendo su uso tanto para dar por finalizado un contrato de trabajo de un trabajador aquejado de morbilidad excesiva (...) como para reprimir el absentismo laboral (...) responda o no la apariencia de enfermedad a causa seria y efectiva» (44); y lo mismo en el caso de la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas en el puesto de trabajo o la amortización de un puesto de trabajo cuando «no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad», el conflicto de intereses se resuelve normativamente en beneficio de los objetivos de productividad valorando las exigencias de conservación del puesto de trabajo desde la exclusiva óptica de las garantías de efectividad de estas medidas o a lo sumo de la racionalidad en el uso de las mismas (la limitación del absentismo a las situaciones en que afecte a más del cinco por ciento de la plantilla, la «razonabilidad de la modificaciones tecnológicas o la «objetiva acreditación» de la necesidad de amortizar un puesto de trabajo, sitúan los términos de la composición del conflicto y el alcance del compromiso asumido por el legislador).

El segundo elemento de los que intervienen en la valoración de la causalidad

(42) T.S. 7-7-86 y 14-4-88.

(43) «la declaración de invalidez total se convierte en una causa directa de extinción del contrato de trabajo y no en mero presupuesto de resolución voluntaria, como era en la práctica judicial anterior» (GONI SEIN, *La ineptitud...cit.*, pag.430).

(44) GONZALEZ ORTEGA, *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona 1983, pag.91). Por más que existieran intentos de minimizar el efecto de la norma al intentar extender los supuestos excluidos («La ley nos dice que no se computaran como faltas de asistencia las expresamente mencionadas, pero no indica que sólo ellas queden excluidas», F.DURAN LOPEZ, «La excesiva morbilidad como causa de despido», *R.E.D.T.*, nº6, 1981, pag.227).

de la extinción por iniciativa del empresario ha sido aludido con anterioridad. Se trata también de la relativa eficacia que la injustificada decisión del empleador tiene en orden a limitar los efectos del despido. No es preciso detenerse aquí en la caracterización jurídica de esta figura o en su sistema de aplicación. Baste indicar solamente que la incorporación del régimen previsto para el despido improcedente, en el cual además se resumen distintas tipologías extintivas, incluidos los supuestos de incumplimiento empresarial, permite cuestionar el alcance de las pretensiones tipificadoras, en cuanto que expresión de la causalidad, como no sea para situar los efectos de las mismas en un ámbito distinto y ajeno a la neutralización de la decisión de extinguir. Es decir, en el contexto de los mecanismos indemnizatorios como único o fundamental efecto de la terminación del contrato de trabajo cuando ésta excede de los límites que impone el respeto a la tipicidad de la norma. Indemnización e inexistencia -probada- de causa suficiente para despedir constituyen respectivamente efecto y presupuesto de una relación secuencial directa en la cual la causalidad del despido se desplaza a un segundo plano.

Pero lo anterior no constituye una peculiaridad tan solo de nuestro ordenamiento jurídico (45). La modalidad de despido ordinario en virtud de decisión unilateral -mero desistimiento (46)- se admite en el derecho alemán para los contratos de duración indefinida respetando determinados plazos de preaviso (47). Para su validez es preciso que se valore como «socialmente justificado» lo que puede ocurrir por motivos imputables al trabajador (condiciones, idoneidad, diligencia, siempre que no constituyan incumplimientos graves y culpables del trabajador) como por necesidades urgentes de la explotación de la empresa. El despido extraordinario no precisa de preaviso. Aunque las causas no aparecen tasadas (art. 626 Cod.Civ.), la elaboración dogmática y jurisprudencial las ha reconducido a incumplimientos de tal naturaleza que hacen «irrazonable» exigir la continuidad de la relación, correspondiendo al empresario la prueba de las mismas. En cualquier caso, la inexistencia de causas o su insuficiencia no

(45) Un análisis comparado en PEREZ AMOROS, ALMENDROS MORCILLO, ROJO TORRECILLA, *Régimen sindical, participación, regulación legal del despido en el derecho europeo*, Barcelona 1980, pags.235-236. V. también para los modelos comparados que se refieran, SAGARDOY BENGOCHEA, *La terminación...cit.* y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La regulación legal del contrato de trabajo en los países de la Comunidad Económica Europea*, Madrid 1989. Aunque con las oportunas salvedades sobre su actualización pero muy específico también sobre el tema, V.V.A.A. *La stabilità dell'impiego...cit.*

(46) Forma de extinción normal del contrato de trabajo prevista en la ley (V. SAGARDOY BENGOCHEA, *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid 1980, pag.28).

(47) Siempre que además se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la ley de 1951, modificada por las disposiciones posteriores sobre órganos de representación en la empresa, lo que entre otros casos supone la exclusión de trabajadores contratados por empresas de menos de cinco trabajadores, o los que tengan una antigüedad en la misma inferior a seis meses.

conduce, a excepción de determinados supuestos protegidos (48), al mantenimiento del puesto de trabajo ya que ambas partes disponen de la facultad de solicitar la extinción del contrato de trabajo (graves problemas para la marcha de la empresa si se readmite al trabajador o temor por parte de éste a represalias si se reincorpora a su puesto de trabajo) abonando si fuera a instancia del empresario una indemnización en función de la edad y antigüedad del trabajador en la empresa, siempre que se trate de despidos protegidos.

Similar clasificación se mantiene en Francia donde el despido ordinario se reserva para los supuestos de causas reales y objetivas que perturben gravemente la producción; el extraordinario nuevamente se remite a los casos de incumplimiento grave del trabajador. En ambos casos la declaración de su improcedencia acarrea la condena a la readmisión o al abono de una indemnización, pero queda en la facultad de las partes la posibilidad de optar por esta última, aunque con mayores exigencias procedimentales y coercitividad de la obligación de readmitir en el caso de los representantes de trabajadores (despidos especialmente protegidos). Aunque siguiendo similares pautas el despido en Gran Bretaña diversifica más aún sus tipologías. Con carácter general (y al igual que en los casos anteriores, salvo lo que se disponga en los convenios colectivos) el empresario dispone de una facultad de resolución respetando un plazo de preaviso o sin necesidad de éste cuando se imputan al trabajador incumplimientos graves de sus obligaciones esenciales. No obstante la inexistencia de causa (o el carácter injustificado de la medida -que en el caso de la L.191 aparecen recogidas-) o la no observancia del plazo de preaviso; no generan para el trabajador más que la posibilidad de ejercitar una acción por daños (en el sistema común) o la obligación para el empresario de readmitir o celebrar un nuevo contrato de trabajo (según las reglas de la L. 1971), aunque sustituibles por el pago de una indemnización. Finalmente en Italia, la L.11-5-1990 nº108, ha modificado en parte el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a la tutela frente al despido, extendiendo el ámbito de aplicación de ésta. En el nuevo sistema se diferencian la denominadas áreas de «tutela real» y de «tutela obligatoria» (49). La primera, conduce a la reincorporación obligatoria del trabajador cuando el empresario no demuestre la justificación del despido, pero siempre que el trabajador preste servicios en empresas que por su magnitud (16 trabajadores en el centro de trabajo -cinco para las agrícolas- o entre distintos centros si radican en el mismo Ayuntamiento y sesenta como mínimo computando todos los centros de la empresa) se encuentren sometidas al área de tutela real o cumplimiento obligatorio de la readmisión.

(48) Representantes de los trabajadores, disminuidos físicos, trabajadoras en estado de gestación y dos meses después del alumbramiento y por supuesto los despidos discriminatorios.

(49) La L. 604 diferencia ambos tipos de tutela en base a una distinta consideración de la posición del empresario. Obligado a no despedir sin justa causa el incumplimiento genera el resarcimiento de los daños (tutela obligatoria), mientras que en la tutela real se parte de la nulidad radical del despido injustificado, discriminatorio o sin respetar los requisitos de forma (V. NAPOLI, «La nueva disciplina del despido en Italia: nuevas reflexiones», D.L. nº 35, pags.182 y 189).

El análisis de los modelos comparados arroja pues un saldo similar al caso de nuestro país claramente favorable a la eficacia relativa de la exigencia de causalidad. Salvo el sistema italiano y para los supuestos protegidos, la readmisión obligatoria en los despidos improcedentes resulta meramente facultativa para el empresario, al reconducir los efectos de su incumplimiento al abono de una indemnización sustitutiva de aquélla.

El segundo aspecto a considerar viene determinado por las exigencias de forma en los despidos individuales. No es preciso tampoco detenerse más sobre este extremo y sobre su regulación en nuestro E.T.. Los arts.55.3 E.T. y 108 b) L.P.L. consagran entre los supuestos de despido nulo el que se produce sin respetar los requisitos de forma. A su vez esta exigencia se ha extendido a la notificación por escrito, la expresión de la causa suficientemente descrita y la invocación de causas que tengan acogida en los supuestos tipificados normativamente. De carácter más estrictamente procesal, aunque vinculada esencialmente al conjunto de garantías previas a la decisión de despedir, es la relativa al ofrecimiento al trabajador de la posibilidad de defenderse de los cargos que contra él se formulan antes de producirse el despido, a menos que «no pueda pedirse razonablemente al empresario que le conceda esta posibilidad» (Convenio 158 O.I.T., art.7). Las dudas que planteó la aplicación nuestro ordenamiento jurídico de este precepto a raíz de la ratificación por España de dicho Convenio (18-2-85 y entrada en vigor el 26-4-86) tanto por razón de su aplicabilidad directa o condicionada a su incorporación normativa (art.1) (50) como por la exigencia (conectada con lo anterior) de que el trámite de audiencia se corresponda o no con determinados actos previos al despido, recogidos para algunos supuestos por nuestra legislación (preavisos, expedientes contradictorios, conciliación previa al trámite judicial), se ha saldado en el primer sentido entendiendo que dicho requisito ante la genericidad de su formulación se encuentra suficientemente cumplido por nuestro derecho interno, por lo que no resulta obligada una modificación del mismo (51).

Así pues la ausencia de los requisitos antes señalados, así como la presencia de motivos discriminatorios o la situación suspensiva del contrato conducen a la declaración de su nulidad. Es indudable que tales formalidades representan un esquema de garantías para el trabajador consideradas desde la naturaleza de los derechos que se protegen. Sin embargo, a poco que se reflexione sobre su

(50) «La norma interna debe decir cuando y como se aplica no ya el art.7º, sino todos los artículos de este complejísimo Convenio, fijar cuales son los efectos de su cumplimiento o incumplimiento, y proceder a las exclusiones e inclusiones en sus preceptos que el propio Convenio autoriza» (ALONSO OLEA, «Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la O.I.T., Ginebra,1982), sobre la terminación de la relación de trabajo», *D.L.*nº20, pag.48).

(51) En este sentido, GALIANA MORENO, «El Convenio nº158 de la O.I.T. y su incidencia en los despidos individuales», *Rev.Jur.Región de Murcia*, nº4 1986, pags.103 y ss; también, GOMEZ ENTERRIA, «Reflexiones sobre el Convenio 158 de la O.I.T.», *D.L.*, nº20, pags.69 y ss.).

alcance, se observa que en el caso de los requisitos de forma, éstos no lo son tanto en beneficio de la conservación específica del puesto de trabajo cuanto mecanismos dirigidos a facilitar la articulación de su defensa por parte del trabajador. La prueba más elocuente la constituye la autorización para proceder a nuevo despido en el plazo de los siete días siguientes a la declaración de nulidad, si ésta es debida a defectos formales (52). La posibilidad de que para ese momento la falta hubiese prescrito, es el único efecto de inmunidad que proporciona; aunque también ha de recordarse que no se trata tanto de un efecto derivado de una específica protección del empleo, cuanto de la mera aplicación de un instituto común en el ejercicio de acciones resolutorias que encuentra su propio fundamento también en el ámbito del derecho común. En los casos de despido discriminatorio, improcedente durante el periodo de suspensión del contrato e invocación de causas no tipificadas o en absoluto acreditada la existencia de las mismas (53), y salvando las lógicas diferencias de fondo y los diferentes medios de protección frente a ellos, la reacción normativa en favor de la obligación de readmitir no sustituible por compensación indemnizatoria, tiene su origen en la consideración de las motivaciones fraudulentas de la decisión del empresario, aunque los derechos, situaciones protegidas y medios de tutela sean obviamente de distinta naturaleza. Es decir, se trata en última instancia de reconducir estos supuestos al efecto de nulidad que corresponde aplicar a los actos cometidos en fraude de ley (art.6.3 C.Cv.). La naturaleza de las situaciones frente a las que se actúa [protección de derechos fundamentales, utilización de fórmulas extintivas más allá de los límites autorizados por la norma o la proyección arbitraria en los sistemas de protección social de costos que corresponde asumir a la empresa estando vigente el vínculo jurídico (54)] han justificado la no aplicación de la excepción a la nulidad prevista para los actos realizados en contra de las normas. Sistema que desde luego no resulta incoherente con el postulado básico de la no obligatoriedad en la readmisión del trabajador como criterio general de solución de los conflictos de esta naturaleza.

En cuanto a los plazos de preaviso, su carácter no esencial para la cobertura de formalidades fue criterio consagrado por la jurisprudencia anterior al E.T., tanto en el caso de extinción por circunstancias objetivas como para la extinción

(52) Lo que «se explica porque un despido que fue nulo por incumplimientos (formales si no en cuanto al fondo), no será ya reprochable si no se incurre en tales defectos formales» (GARCIA-PERROTE, «Causas del despido nulo» en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ªed. Madrid 1992, pag.548).

(53) «ejercicio arbitrario de facultades empresariales tendentes a conseguir finalidades opuestas a las perseguidas por el ordenamiento jurídico, haciendo víctima al trabajador de un despido por hechos ficticios, irreales, desorbitados...»(S.T.S. 11-3-89 y 27-7-88, entre otras).

(54) Por ello la nulidad del despido queda referida tanto al momento de efectuarse por el empresario como al de su calificación jurisdiccional (ALBIOL MONTESINOS, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Bilbao, 1990 pag.93 y S.S. allí cit.).

por llegada del término. Criterio que la nueva norma, así como las reguladoras de las distintas modalidades contractuales, vinieron a ratificar incorporando así un tratamiento similar al que esta institución recibe en otros ordenamientos. En tal caso el conflicto de intereses nuevamente se hace radicar en la seguridad jurídica del trabajador más que en la búsqueda de mecanismos dirigidos a potenciar la estabilidad en el puesto de trabajo. Opción que, por otra parte, los arts.11 y 7 del Convenio 158 de la O.I.T. posibilitan, al determinar que ninguna extinción debiera producirse sin que el trabajador disponga de un plazo de preaviso razonable, pero que nuestro derecho interno ha recogido sólo para los supuestos ajenos al despido disciplinario (55), como si las razones de la excepción recogida en dichos artículos («faltas graves de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso») se presumieran existentes en todos los supuestos de despido disciplinario lo que además significa anticiparse así, por esta vía presuntiva a la declaración que finalmente merezca. En cuanto al requisito de la puesta a disposición del trabajador de la indemnización fijada para la extinción por circunstancias objetivas, constituye la excepción al carácter insustancial de los trámites formales.

Por último el sistema indemnizatorio. Su tratamiento parte del reconocimiento de la función asignada al mismo como opción equiparada en el plano legal, en los supuestos en que no se excluye, a la obligación de readmitir prevista en la Sentencia de condena como opción alternativa en favor del empresario («a elección de aquél», art.110.1 L.P.L.). La cuantía se hace depender de la inexistencia o no de culpa por parte del trabajador, de tal manera que el legislador equipara en poco más del doble de su cuantía las indemnizaciones por incumplimientos voluntarios (culpables) del trabajador a las indemnizaciones debidas cuando tal elemento de subjetividad no interviene (circunstancias objetivas del art.52 y otros supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida equiparados en su cuantía y criterios de determinación). Por otra parte los salarios de tramitación, sin desconocer la polémica que suscitan en orden a la determinación de su naturaleza jurídica, responden en su configuración y en los criterios para su valoración al hecho impeditivo de su devengo motivado por la negativa del empresario a recibir la prestación de servicios (56) más que a compensar la extinción del contrato de trabajo en sí, aunque sea en torno al fenómeno extintivo, pero no siempre en la extinción definitiva, donde tengan su origen.

De todas formas la adecuación de las cuantías es un tema siempre abierto a debate y difícilmente medible, no ya con criterios objetivos (trascendencia social

(55) «La posibilidad de exigir la aplicación en esta materia del art.11 del Convenio va a depender de la eficacia que al mismo Convenio se le asigne» (SALA FRANCO et al. *Derecho de Trabajo*, 7ª ed. Valencia 1993, pag.639).

(56) Quizás por ello «esos «salarios» sólo son exigibles por el trabajador cuando procuran resarcir un perjuicio producido, y no por tanto en los supuestos en que dicho perjuicio no ha existido» (refiriéndose a las ocasiones en que el trabajador prestó servicios durante la tramitación para otra empresa) (DE LA VILLA GIL «Los efectos del despido nulo», en *Estudios sobre el despido...cit.*, pag. 587).

de estas situaciones) o subjetivos (situación del trabajador), sino también por la pluralidad de argumentos que intervienen en su determinación y el relativismo que introduce la diversidad de circunstancias a considerar. Baste, por tanto, subrayar la función que el legislador les atribuye y la clara determinación por una cuantía fijada a tanto alzado y medible tan solo con criterios de antigüedad y salario como únicos parámetros a tener en cuenta, de tal manera que no se aceptan más valoraciones que las que en estos (y sólo en estos) conceptos sean susceptibles de sintetizarse.

La situación no difiere grandemente de la de otros países de nuestro entorno donde, con ciertas salvedades, se mantienen fórmulas similares, al menos en lo referente a los criterios para su medición; aunque ha de reseñarse que en determinados casos se establece un límite mínimo (Francia, seis meses) o éste se hace variar según las circunstancias del despido y la edad del trabajador (en Gran Bretaña, un mínimo de trece o veintiseis semanas ante la negativa del empresario a readmitir, elevándose al doble en los motivados por razones sindicales o circunstancias personales del trabajador; para el despido injustificado la cuantía oscila entre dos y cincuenta y dos semanas); también se combinan aquéllos factores con las circunstancias y magnitud de la empresa (discrecionalmente por el juez se fija una indemnización mínima de 2.5 semanas y máxima de catorce mensualidades para los trabajadores con antigüedad superior a veinte años).

Así pues, en líneas generales el panorama indemnizatorio en los modelos comparados ofrece algunas diferencias con relación al nuestro. Básicamente éstas radican, primero, en la cuantía de las indemnizaciones cuya fijación máxima, como se ha visto, resulta algo inferior a las establecidas en el E.T. para el despido improcedente; segundo, en la intervención de una mayor pluralidad de condicionantes -antigüedad, tamaño de la empresa o centro de trabajo y, en ocasiones, cualificación del trabajador- en el momento de su determinación; y tercero, en la disponibilidad de un cierto margen en la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso que convierte a dichos topes en máximos, frente al carácter fijo que adoptan en nuestro sistema.

Es difícil traducir a términos cuantitativos el concepto de flexibilidad en esta materia. Decidir si flexibilizar equivale a establecer una indemnización de un número determinado de días por año de antigüedad, probablemente sea un planteamiento que convierta la cuestión en valores de carácter numérico; ello, además de enfocar el debate bajo la asepsia de los parámetros estrictamente económicos, tampoco aporta por sí misma suficientes elementos de información al estar vinculado al manejo de otras muchas variables. Y aún así quedaría por ver si una eventual reducción de la cuantías indemnizatorias tendría asegurada un aceptable nivel de eficacia en la supresión de determinados tabúes tradicionalmente considerados contrarios a la creación de empleo. Incluso es posible que las reglas que se adopten no puedan o no deban ser las mismas para todos los casos. El tema, desde luego, queda planteado sin desconocer la trascendencia que obtiene en la polémica sobre la flexibilidad. Pero, por otra parte, posiblemente merezca una consideración más amplia que la típicamente cuantitativa. Así,

cabría diferenciar los supuestos en que la terminación se produce por circunstancias no imputables al trabajador de aquéllos otros en que de alguna forma pudiera encontrarse un elemento de culpa por parte de éste, aunque los hechos no fueran de entidad suficiente como para calificar la procedencia del despido; cuantificar las indemnizaciones en función del tamaño de la empresa, lo que si por un lado atiende presumiblemente a las circunstancias financieras de cada empresa, por otro generaría un fenómeno de rotación mayor en las empresas pequeñas a más de contribuir a la incorporación de un nuevo factor determinante de la dualidad en el mercado de trabajo; trasladar los topes máximos de indemnización a la duración del contrato de trabajo de forma que aquéllos se reduzcan a medida que lo hace ésta (nuevamente con el riesgo de incrementar la sectorialización de la estabilidad laboral), sin excluir la posibilidad de combinar éstos u otros criterios. He aquí algunas alternativas que se barajan en el momento de abordar la flexibilidad de salida en clave indemnizatoria. Si la opción que se adopte supone realmente o no flexibilizar; si la flexibilidad se vincula o no a la estricta cuantía de las indemnizaciones; si, caso de que se aceptara lo anterior, el problema radicaría sólo en el «quantum» de flexibilidad que se pretenda introducir por esta vía, etc., constituyen interrogantes cuya formulación remite a una pluralidad de cuestiones complementarias con las que han de conjugarse mostrando el extraordinario particularismo que ofrecen. Baste pues con dejar aquí constancia de su enunciado, aunque sin desconocer desde luego que no por su carácter típicamente cuantitativo hayan de resultar menos polémicas en la construcción del debate sindical.

## 2. Despidos colectivos

Con anterioridad se hizo referencia a la distinción entre despidos colectivos y despidos plurales. Estos últimos implican un fenómeno de pérdida de puestos de trabajo valorable cuantitativamente por razón del número de trabajadores sobre los que se ejercita una pluralidad de acciones resolutorias de forma que, aún cuando el sustrato de base sea similar en uno y otro caso, los despidos colectivos suponen el ejercicio por el empresario de una decisión de extinguir que afecta a una pluralidad de puestos de trabajo, que por su trascendencia social y por su fundamentación en procesos de racionalización productiva (parámetro de adecuación de objetiva) reciben una tipicidad y régimen jurídico propio pretendidamente en respuesta a aquellas exigencias. Los despidos plurales suponen, desde su consideración jurídica, fenómenos individualizados cuya trascendencia radica en que la multiplicación de efectos que los acompaña -siendo asimilable por sus caracteres externos a los colectivos- implica sin embargo la elusión de los procedimientos de control y regularización previstos para éstos. En nuestro sistema, al no venir recogida la posibilidad de despidos que afecten a un conjunto de trabajadores al margen de los procedimientos comunes previstos para las extinciones colectivas [como indirectamente se deduce de la Directiva C.E.E. 75/

129 (57)], el problema se remite a la posible detección de actuaciones fraudulentas cuando a través de una pluralidad de despidos individuales se pretende obtener un ajuste o regularización de plantillas al margen de las exigencias establecidas para aquéllos.

Si por otra parte, el tema se contempla desde la óptica de las posibles actuaciones exigidas por un proceso de flexibilización laboral, la identidad de las situaciones afectadas por este tipo de despidos queda circunscrita, en el ámbito de nuestro ordenamiento, a la trascendencia de las extinciones colectivas por fuerza mayor y crisis tecnológica o económica. Quedan fuera por tanto, las relativas a los supuestos descritos en el art. 49 sobre muerte, jubilación e invalidez del empresario y desaparición de la personalidad jurídica contratante que constituyen situaciones opuestas a la continuidad empresarial y por tanto a la pretendida adopción de medidas sobre productividad. Y concretándonos a estas situaciones, es claro que el debate de la flexibilidad es el debate acerca de la disponibilidad empresarial sobre los puestos de trabajo y la capacidad para adecuar la magnitud de la empresa a las exigencias de la productividad. La interpretación de los conceptos de productividad, la apreciación de las circunstancias en la que inciden, la posibilidad de imponer el examen de medidas alternativas y por supuesto la intervención sindical en este proceso como mecanismo corrector de un tratamiento unilateral del problema, constituyen puntos de referencia en el tratamiento del tema.

Planteado sin embargo, desde la perspectiva de la flexibilidad, el núcleo de la cuestión vuelve a estar en la dialéctica entre disponibilidad y poderes empresariales a la hora de adoptar decisiones o rigidez y control de su eficacia mediante la introducción de procedimientos cuyo significado consiste precisamente en cuestionar la eficacia unilateral de aquellas facultades. Porque el tema de fondo vuelve a ser siempre el mismo y el debate, así planteado, vuelve a incidir en la misma cuestión: en la eficacia directa que haya de otorgarse a la decisión empresarial (58). No se trata de neutralizar la objetividad que debe fundamentar

(57) Así se deduce cuando conceptúa los despidos colectivos mediante una combinación de criterios sobre número de trabajadores y periodos en los que se produce el despido a más de la objetividad de las razones del mismo que debe fundamentarse en causas independientes de la voluntad del trabajador (sobre el tema, LOPEZ LOPEZ, «La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: La Directiva de 17 de Febrero de 1975 sobre despidos colectivos», *R.E.D.T.*, nº27, 1986 pags.352 y ss.). De todas formas la Directiva 92/56 de 24 de Junio, que modifica la anterior, ha incluido en su ámbito de aplicación las extinciones a iniciativa del empresario y no basadas en motivos inherentes al trabajador, siempre que los despidos afecten como mínimo a cinco trabajadores.

(58) La necesaria actuación posterior del empresario ejecutando la facultad de resolver según la «habilitación» obtenida de la Administración, califica esta intervención como de «mera ejecutividad (potencialidad de eficacia caso de ser actuada por el empresario)», FERNANDEZ DOMINGUEZ, *Expedientes de Regulación de Empleo*, Madrid 1993, pag.211.

estas medidas porque aún dándose por supuesta queda siempre la posibilidad de su revisión jurisdiccional y la declaración en esta instancia de su ajuste o no a los postulados legales. Pero sí de decidir sobre la oportunidad de unos procedimientos que situándose entre la invocación del supuesto presuntamente extintivo y la eficacia de la decisión consiguiente, reconducen los poderes empresariales en esta materia al ejercicio de una mera facultad de propuesta. Si ello supone una especie de expropiación o limitación de aquellos poderes o si, por el contrario, tales poderes no existieron nunca porque nunca excedieron del ámbito de los intereses públicos que planean sobre el fenómeno de las extinciones colectivas y consiguiente pérdida de puestos de trabajo, constituyen planteamientos que pueden fundamentar las respectivas posiciones pero que pierden relieve en la dialéctica de los argumentos.

La cuestión es clara. Flexibilidad de salida es desde esta óptica la supresión o atenuación de trámites antes de proceder a la amortización de puestos de trabajo. Probablemente no sea la determinación de los supuestos la cuestión controvertida. La alusión a la fuerza mayor o las causas económicas o tecnológicas de los arts. 49.8 y 9 y 51 E.T. resultan suficientemente descriptivas de situaciones comunmente acogidas dentro de la racionalidad de estos procesos («motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos», en terminología del art. 13 Conv. 158 O.I.T.) por lo que los problemas se remiten al control -previo o posterior, y nuevamente el problema es de tramitación- sobre la realidad y trascendencia de los supuestos que se invoquen.

En nuestro ordenamiento jurídico, ya se sabe, las extinciones colectivas pasan por el control administrativo previo. Las exigencias formales del art. 51 E.T. y el R.D. 14-4-80 se sintetizan en una actividad de comprobación por parte de la Administración laboral en orden a determinar la veracidad y eficacia extintiva de las situaciones que supuestamente amparan la decisión de extinguir. Incluso la facultad de intervención en el caso de la fuerza mayor y en la crisis tecnológica o económica el E.T. ha sentado las bases para una eventual diferenciación en los márgenes de discrecionalidad administrativa. La «constatación» prevista para la primera «quiere decir que la autoridad laboral ha de comprobar la existencia de la fuerza mayor alegada, y el carácter definitivo de sus efectos; y que si comprueba ambos extremos la autorización para la extinción de las relaciones de trabajo resulta obligada; no puede, esto es, no autorizar las extinciones solicitadas» (59). Es decir, el proceso de constatación no introduce realmente ninguna limitación en cuanto a la eficacia extintiva que se otorga a la fuerza mayor; lo único que ocurre es que la excepción que esta circunstancia introduce a la prohibición genérica de despedir queda condicionada «bajo reserva de autorización, que aquí es mera comprobación» (60). Esta actividad supone el ejercicio de una potestad administrativa que no teniendo carácter discrecional o

de «estimación subjetiva» supone el desarrollo de «un proceso aplicativo de la ley en el que apenas cabe apreciación subjetiva de parte de la Administración, pudiendo calificarse la actividad desarrollada por aquélla como el ejercicio de un potestad reglada» (61). De todas formas el problema en estas situaciones lo constituye la detección de aquellos supuestos en que la aplicación de medida «reparadoras» permitan un proceso de «reinstalación» de la empresa, tarea que por su carácter investigador y su eficacia subsidiaria puede resultar sumamente compleja (62).

Por el contrario, es en la «autorización» prevista para la crisis económica tecnológica de la empresa (o la extinción de la personalidad jurídica contratante si el criterio de la flexibilidad se extiende también a la reducción de límites por la desaparición de empresas) donde la intervención administrativa dispone de facultades discrecionales en orden a la apreciación de las circunstancias invocadas. Los trámites fijados se sintetizan en las fases de consulta y expediente ante la Administración laboral. Y aquí es donde radica el fondo de la cuestión. La pretensión de reducir o suprimir determinadas actuaciones se fundamenta en la necesidad de operar con cierta agilidad ante situaciones que demandan intervenciones urgentes. Por otra parte, las dilaciones en la tramitación generan un devengo de costos sociales, incluido el propio incremento en la cuantía de las indemnizaciones que a la larga pueden conducir a la ineficacia de las medidas propuestas para el momento de su autorización, o cuando menos a una mayor onerosidad de las mismas. Además, se insiste, la rigidez de los trámites no ha impedido la caída del empleo en los trabajadores con contrato fijo (63), contribuyendo por otra parte a la consolidación de la dualidad del mercado de trabajo por el continuo aumento de la tasa de rotación; fenómeno que resultaría más intenso en la medida en que el horizonte legislativo apuntara hacia una recuperación de la causalidad en la definición de los contratos temporales. La garantía de control en la determinación de situaciones normalmente complejas, la investigación sobre alternativas que resulten menos drásticas, el mantenimiento de determinadas intervenciones sobre la empresa que posibiliten el afianzamiento de los créditos de los trabajadores, sin olvidar las consecuencias en orden a la protección social subsiguiente o la aparición de responsabilidades subsidiarias del Estado forman parte de los argumentos favorables al mantenimiento del trámite de autorización ante la Administración Laboral.

Desde luego el contexto normativo en el que se sitúa nuestro ordenamiento no presenta dificultades en orden a la homologación de una eventual medida de

(59) DURAN LOPEZ «Análisis de la regulación...cit», pag.339.

(60) ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de*

(61) ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo...cit.*, pag.153.

(62) Sobre el tema, FERNANDEZ DOMINGUEZ, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, 1993, págs. 188 y ss..

(63) Desde el tercer trimestre de 1991 la pérdida de empleo indefinido ha supuesto el 80 del total de la destrucción de empleo (392.700 frente a 89.900 con contrato de duración determinada) según el Documento remitido por el Gobierno al Consejo Económico y Social en 1993 sobre la reforma del mercado de trabajo.



este sentido. El convenio 158 O.I.T. tan solo impone como trámite previo para la terminación de la relación de trabajo por motivos tecnológicos, económicos estructurales o análogos, de un lado, la obligación de proporcionar en tiempo oportuno, a los representantes de los trabajadores la información pertinente con indicación del número de trabajadores afectados, categoría de los mismos y periodo en que se hayan de producir las correspondientes extinciones; de otro, la apertura de un periodo de consultas con dichos representantes sobre la posibilidad de evitar, limitar o atenuar los despidos (art.13). En cuanto a los trámites ante la Administración Laboral se limitan a la mera notificación «lo antes posible» acompañando la información pertinente que se extiende a los extremos anteriores (art.14). Así pues, no está prevista al menos de forma imperativa ninguna intervención limitativa de la decisión de extinguir. Incluso se faculta a los Estados para aplicar dichas disposiciones sólo en aquellos procesos que afecten a un número o porcentaje de trabajadores, limitándose la intervención administrativa a la mera recepción de informes o a la colaboración posterior a los ceses para atenuar las consecuencias de éstos (n.ºs. 25 y 26, Recom. 169).

Por otra parte, la Directiva C.E.E. 75/119 de 17 de Febrero, modificada por la 92/56 de 24 de Junio, comienza por fijar su ámbito de aplicación mediante la combinación de los criterios de magnitud del centro de trabajo, número de trabajadores afectados y periodo de tiempo en el que se llevaran a cabo los despidos. En todo caso las razones en que se fundamenten los despidos deben ser independientes del trabajador aunque tampoco se especifican la causas que los justifiquen, cuestión que se remite a lo que se disponga en las legislaciones nacionales (64). La tramitación prevista nuevamente se diversifica en la iniciación de un periodo de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores, de carácter previo y obligatorio, potenciado en la Directiva 56/92 (65), durante el cual el empresario está obligado a proporcionar suficiente documentación (66) y de similares contenidos a los que se recogen en el Convenio 158, y una fase ante la Administración Laboral. Lo que ocurre, es que tampoco

- (64) La inexistencia en nuestro ordenamiento de un concepto de despido colectivo ni de una cuantificación del mismo obliga a acudir a la «dimensión plural que impide la aplicación del concepto cuando se trata de la extinción singular de un contrato» (LOPEZ LOPEZ, «La aplicación de las normas comunitarias...cit.» pag.355).
- (65) Cuestión en la que parece situarse el alcance de las pretensiones de la Directiva en esta materia. De aquí que su contenido se resuelva esencialmente en lo procedimental, de tal manera que «no existe pues, una tutela directa de los trabajadores afectados por los despidos colectivos sino que más bien se establece una tutela de carácter indirecto que se logra a través de la procedimentalización de la decisión empresarial de despedir» (GOERLICH PESET, «Informe técnico-jurídico sobre: El despido colectivo en la Europa Comunitaria», A.L. n.º 11-15, 1993, pag.172).
- (66) Más amplia aún en la Directiva C.E.E. de 24 de Junio de 1992 n.º56 por la que se modifica la n.º75/129 al incluir la indicación de las categorías profesionales, criterios de selección de los trabajadores que vayan a ser despedidos y base propuesta para cualquier tipo de indemnización de despido.

en la Directiva se otorga a esta última ninguna facultad de decisión en la materia al limitarse a ser informada por el empresario del proyecto de despido pudiendo también recibir información de los representantes de los trabajadores. En cualquier caso los despidos no son efectivos hasta que transcurra un plazo de treinta días desde la notificación, periodo durante el cual la autoridad laboral intentará buscar soluciones a la situación planteada. No existen, pues, competencias decisorias si se excluye la facultad atribuida a la autoridad laboral de ampliar dicho plazo hasta un máximo de sesenta días si con ello se facilita la búsqueda de soluciones (art.4.3).

Este sería el primer punto de referencia normativa a la hora de reivindicar la supresión del trámite administrativo. Sin embargo no existen desajustes entre el procedimiento previsto en el art. 51 E.T. y las previsiones de la directiva que por su carácter mínimo facultan a los Estados a introducir disposiciones de cualquier tipo más favorables para los trabajadores, por lo que «desde este punto de vista, puede decirse que el ordenamiento español supera con amplitud las exigencias de la normativa comunitaria» (67). Ni siquiera debe ofrecer dudas la declaración contenida en el art. 17 cap.1 del A.E.S. sobre la voluntad del Gobierno de «adaptar y armonizar la legislación interna española, en materia laboral, al acervo comunitario del que forma parte la Directiva» citada, ya que la salvedad de disposiciones más favorables (art.5) actúa también como parte integrante de la referencia adoptada, resultando ilógico interpretar esta última en un solo sentido -el de los mínimos- y no en el conjunto de las previsiones que contiene -la posibilidad de su superación-.

El otro referente vendría determinado «por las normas habituales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea en esta materia»(68). Aquí si puede afirmarse que la situación en la materia arroja un saldo ciertamente diferenciado al de nuestro país en lo que respecta a las facultades de la Administración Laboral. En principio, al igual que ocurre en nuestro sistema, característica común a los modelos cercanos es la previsión de un periodo de consultas previo (69) entre el empresario y la representación de los trabajadores, de duración variable (70) y de carácter obligatorio, al objeto de negociar sobre el número de

- (67) DURAN LOPEZ, «Normativa laboral de la C.E.E. en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencias de empresas», *Economía y Sociología del Trabajo*, n.ºs.4-5, Junio 1989, pag.163).
- (68) Un análisis comparado, además de los citados con anterioridad, específico sobre esta materia en GOERLICH PESET «Informe técnico-jurídico sobre: los despidos colectivos...cit.» pags.181 y ss.; también, TREU, T. «La flexibilidad laboral en Europa», *R.I.T.*, n.1/1993, Vol. 112, págs. 217-234.
- (69) Expresivo de «un régimen jurídico autónomo gracias a la intervención combinada de la ley y del derecho contractual colectivo» (LYON-CAEN,PELLISIER *Droit du Travail*, París 1990, 15ª ed. pag. 301).
- (70) Un mes excepcionalmente ampliable por otro más, en el caso de Alemania (L. 25-8-69, modificada por la de 13-7-88); treinta días en Bélgica, ampliables por otros tantos en situaciones justificadas o reducibles cuando los despidos suceden a cierre de la

despidos y condiciones de los mismos (71). Sin embargo, por lo que respecta a la facultad de autorizar los despidos, son escasas las referencias que se encuentran en los sistemas europeos. Únicamente Grecia y Los Países Bajos prevén una intervención de la Administración laboral determinante de la efectividad de los despidos y aún así ésta es subsidiaria de los acuerdos que no llegaran a alcanzarse. En el primer caso, la L. 19 Agosto 1983, sobre Control de los Despidos Colectivos dispone que concluida la fase de consultas sin acuerdo, la autoridad laboral puede aceptar o rechazar, total o parcialmente, los planes de la empresa (72). En los Países Bajos los acuerdos eventualmente adoptados con la representación de los trabajadores han de ser autorizados por el Director de la Oficina Regional de Empleo en un plazo de treinta días prorrogable en función de los intereses afectados. En los restantes modelos la intervención administrativa no es determinante de la autorización para despedir; tan solo se condiciona a la superación del periodo de consultas sin acuerdo y consiguiente notificación a la autoridad laboral o, en última instancia al transcurso de un nuevo plazo que se inicia a partir de este momento (73), lo que únicamente actúa como mecanismo de dilación para la efectividad de los despidos.

La reciente experiencia del Derecho francés es reveladora de la evolución hacia el sistema de supresión de la autorización administrativa. Las reformas introducidas sucesivamente por las L.L.3 de Julio y 30 de Diciembre de 1986 (74) han venido a desplazar ahora la responsabilidad de la decisión de extinguir al ámbito estrictamente empresarial -incluso si se llegara a un acuerdo negociado- limitando las facultades administrativas al ejercicio de un mero control sobre la regularidad del procedimiento y las medidas del «plan social» propuestas por el

empresa no motivado por resolución judicial o se trate de empresas portuarias, de astilleros o construcción (R.D.24-5-76, modificado en 26-3-84 y C.C.nº 24 de Oct. 1975, modificado por el nº 24 de 6 de Diciembre 1983 y R.D. 7-2-84 relativo a la aplicación del anterior); de catorce a veintiocho días en Francia según el número de trabajadores afectados y siempre que éstos sean un mínimo de diez; cuarenta y cinco días en Italia o la mitad si los afectados son menos de diez (L.223, de 23 de Julio 1991, sobre Reforma del Mercado de Trabajo); al menos treinta días antes de que se produzca el primer despido, en el caso de Irlanda (L. de Protección de Empleo de 15-4-77); quince días en Portugal (D.L. nº64-A/89 de 27 de Febrero).

- (71) Solamente en el caso de Gran Bretaña la obligación de desarrollar el periodo de consultas puede quedar frustrada al fijarse como interlocutor del empresario a un sindicato independiente reconocido por aquél, lo que deja en sus manos la viabilidad de esta fase (Employment Protection Act. 1975, P.IV).
- (72) No obstante, se excluyen las empresas dedicadas a la ejecución de obras a tanto alzado cuando la terminación de la actividad sea imputable a las adjudicatarias y, en todo caso, al Estado y personas de derecho público.
- (73) Treinta días en Dinamarca, desde la notificación de los nombres de los trabajadores afectados (L. 38/77 de 26 de Enero; Circular M.T. de 14-3-77 sobre intervención de las Comisiones de Empleo en los despidos que revistan especial importancia; D.nº73, de 4-3-77).
- (74) Para una génesis de las mismas, v.D.L. nº 19, pags.163 y ss.

empresario. Es decir, ni tan siquiera se extienden a la comprobación de la realidad y entidad de los motivos económicos alegados por la empresa. Y aún así las irregularidades advertidas tan solo condicionan la efectividad de los despidos hasta que el empresario no responda a las advertencias que hubiera recibido. El control se ejerce únicamente a posteriori si el trabajador -o las organizaciones sindicales más representativas sin más requisito que la notificación a aquél sin oposición del mismo- impugna la regularidad del despido; en tal caso la intervención judicial se limita a la comprobación de la «realidad» del motivo económico y a la «seriedad» del mismo; limitadas competencias que inicialmente hicieron dudar sobre la viabilidad de un control de oportunidad por parte de los jueces acerca de los despidos, frente a la simultánea reivindicación por algunos sectores de la doctrina de, al menos, un cierto «control de proporcionalidad (...) compatible con el espíritu del liberalismo» (75). La evolución jurisprudencial posterior, así como la propia reforma del art.L. 122.14,3 del C.T. (L.3 de Agosto de 1989 (76) han venido a recoger esta última tendencia al permitir una valoración judicial de la decisión del empresario en función de su adecuación a las necesidades de la empresa, por lo que éste «ya no es el único juez de la realidad económica de la empresa» (77).

En cuanto a los regímenes indemnizatorios en los despidos colectivos las cuantías vuelven a fijarse en función del número de trabajadores de la empresa, antigüedad de los mismos y cuantía del perjuicio sufrido (Francia (78), igual cuantía que en los individuales [Alemania y Portugal, si bien en este último se combina con la cualificación profesional del trabajador afectado (79), edad del trabajador (Irlanda (80) y Gran Bretaña (81)], estableciéndose también límites máximos en cuanto al tiempo computable (no cuantía total de la indemnización, como ocurre en España) a efectos de determinar la base cálculo por antigüedad (veinte años en Inglaterra).

Nuevamente pues, se reproducen en este ámbito las consideraciones anteriores sobre el valor que deba atribuirse al régimen indemnizatorio en el marco de la flexibilidad laboral de salida. La pluralidad de factores a considerar en el cálculo de la indemnización, la fijación de topes máximos, la posible vinculación

- (75) LYON-CAEN-PELLISIER, *Droit du Travail* cit., pag.387.
- (76) Las dudas sobre la adecuación de la medida deben resolverse de acuerdo con lo más favorable al trabajador.
- (77) PEREZ DE LOS COBOS «El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo», *A.L.*,n.11,1993, pag.221.
- (78) Aunque la inexistencia de motivos apreciada judicialmente genera una indemnización mínima de seis meses de salario.
- (79) Un mes de salario por cada año de antigüedad en las más elevadas.
- (80) Una semana de salario, más media semana por cada año trabajado hasta la edad de 41 años y a partir de ahí una semana más por cada año de trabajo.
- (81) La media es de una semana de salario para los trabajadores con edades comprendidas entre los 18 y 21 años, una semana completa para los 22 a 40 años y semana y media por cada año para los comprendidos entre 41 y 65 años.

de éstos a la tipología de las extinciones según el número de trabajadores afectados, magnitud de la empresa, periodo de tiempo en el que se han de producir y circunstancias personales del trabajador, medidas reparadoras y de reintegración sobre los colectivos afectados, el carácter contingente o estructural de las determinaciones que se adopten y su conexión con otras estrategias exigidas por la reforma del mercado de trabajo, incluso la propia validez de los mecanismos indemnizatorios como medio para articular un proceso de flexibilidad, constituyen un catálogo de cuestiones cuya consideración se desplaza hacia momento político de la valoración de decisiones. Baste nuevamente, dejar apuntado aquí su enunciado.

La cuestión, ya se ha dicho, está en la conservación, reforma o supresión del trámite de autorización administrativa previa para proceder a la extinción colectiva de relaciones de trabajo en nuestro país. También quedaron antes apuntados los argumentos que enfrentan el debate. Quizás ahora merezca la pena plantearlos desde otra reflexión. Esto es, considerando que la intervención administrativa previa permite un desplazamiento del conflicto desde el propio ámbito en que se origina hacia una instancia cuya posición, se entiende, no es la que corresponde a una parte en el mismo, o lo que es igual, no viene condicionada por el interés específico que deba orientar los contenidos de las soluciones que se propongan. Lo cual, no significa -por supuesto- la negación de intereses públicos en la solución del conflicto pero sí que estos intereses no se sitúan en el antagonismo de posiciones que caracterizan a la situación de las partes en el mismo.

A partir de ahí se puede extraer otra consecuencia: el trámite administrativo se convierte en en una especie de resorte frente a la radicalización de posiciones permitiendo instrumentar un lenguaje de fundamentación vinculado a la búsqueda del equilibrio entre racionalidad productiva y costos sociales. Por otra parte, ello no necesariamente debe implicar una legitimación de dilaciones artificiales y consiguiente pérdida de efectividad de las medidas a adoptar o multiplicación de los costos indemnizatorios. Posiblemente el problema se reduzca a una cuestión de plazos y, posiblemente ello se traduzca también en una simplificación de trámites. Simultáneamente, ello permitiría un reforzamiento de la eficacia del periodo de consultas y de las respectivas actitudes negociadoras, reconduciendo la solución del conflicto a la propia sede del debate intersindical, a más de subrayar un aspecto, especialmente crítico, para la responsabilidad colectiva en la gestión de la empresa (82). La desaparición en el horizonte negociador de la complejidad de trámites y dilaciones que actualmente acompañan a la fase administrativa permitiría al mismo tiempo, una mayor sustantivación en el

(82) Los «elementos que caracterizan sobre el plano de las relaciones sociales el despido colectivo por reducción de personal hacen inmediatamente evidente la relevancia de la medida sobre el plano de las relaciones colectivas» (GAROFALO, G. «Excesos de personal e conflictos. Prácticas jurídicas», *Rev. Española del Trabajo y de Relaciones*

contenido de las posiciones negociadoras, suprimiendo consecuencias que por su carácter procedimental debieran resultar periféricas a las claves esenciales para la solución del conflicto.

El rechazo a la intervención de la Administración laboral no puede legítimamente aceptarse si se fundamenta sobre la base de eludir mecanismos de control que aseguren la realidad de las circunstancias que se denuncian y la eficacia de las medidas que se plantean. Por el contrario, si se arbitran procedimientos ágiles en la fase administrativa -y a ello no sería ajena probablemente una intensificación de la actividad administrativa desde el momento en que comienza el periodo de consultas previo que descargara de actuaciones la fase posterior evitando los inconvenientes de la excesiva dilación, es posible plantear el tema desde una metodología de compatibilidad y no de alternativa que permita la corrección de los desfases que afectan a un sistema de garantías sin necesidad de acudir a su supresión (83). Si ello ha de vincularse a la presunta mayor complejidad que determinadas empresas presentan en razón a su magnitud o si tal complejidad es menor, o no existe, cuando la extinción afecta a un número más reducido de trabajadores y, en definitiva, cual es el límite numérico que establezca la frontera del régimen aplicable, es cuestión a valorar en el momento de buscar el equilibrio de las soluciones.

\* \* \*

Se ha dicho al principio. La flexibilidad, en cualquiera de los ámbitos señalados que se proyecte, no puede desprenderse de una serie de consideraciones que son las que están influyendo constantemente sobre el propio concepto de mercado de trabajo. Un tratamiento coherente del tema requiere una intervención global que contraste sus consecuencias en los distintos aspectos que lo integran. Por el tanto se puede realizar un diagnóstico basado exclusivamente en los mecanismos formales de salida que la norma en su tipicidad arbitra, siendo preciso acudir a una valoración sistemática y completa del sistema que permita apreciar las posibilidades que éste ofrece en su conjunto. Y aun si las circunstancias urgen a acometer una rectificación de determinados niveles de protección, tampoco parece metodológicamente adecuado acudir a un planteamiento unidireccional como si una revisión de las cuantías indemnizatorias por despido o la simplificación de trámites en alguna de sus modalidades contuvieran en sí mismas los ingredientes de la flexibilidad más eficaz o sintetizaran las posibles opciones de tratamiento.

Una visión parcelaria de determinados aspectos de la relación de trabajo y

(83) «La exigencia de racionalidad económica no implica la supresión o enajenación de cualquier otro criterio no economicista, el sacrificar todas las reglas del mercado de trabajo a la eficiencia del sistema económico y mediatamente a la maximización del interés empresarial» (RODRIGUEZ-PIÑERO, «Racionalidad empresarial y mercado de trabajo», *R.L.*, nº págs.1 y 2).

su regulación puede conducir a una apreciación distorsionada de su régimen jurídico y a una escasamente fiable valoración de las posibilidades de actuación implícitas en el sistema. En el tema de la extinción del contrato de trabajo se hace preciso conectar el conjunto de los mecanismos existentes, apreciando las implicaciones sistemáticas que presentan entre sí y su ponderación, no sólo con las experiencias que presentan los modelos comparados sino con los resultados obtenidos por los mismos. A partir de ahí será posible conocer de forma más exacta cual es el grado de flexibilidad existente en nuestro sistema y que nivel de eficacia se pretende obtener cuando ésta aparece necesariamente implicada en un programa eficaz de reforma del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva no debe olvidarse que el concepto de eficacia pasa necesariamente por una ponderación de intereses ajena por supuesto a una mera abdicación de los niveles de protección obtenidos. Y menos aún si las opciones son múltiples y los éxitos tampoco se garantizan.

## RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS

Por CARMEN MORENO DE TORO \*

**SUMARIO:** I. Planteamiento.-II. Aproximación al concepto de responsabilidad civil.-III. El artículo 1.903 del Código Civil: 1. Su fundamento y supuestos contemplados en el mismo.-2. El párrafo 4º del artículo 1.903 del Código Civil. Criterios jurisprudenciales: 2.1. Requisitos: a) Relación de dependencia o subordinación. b) Acto dañoso generado en la actividad o servicio encomendado. c). Culpa «in operando» del dependiente.-2.2. Fundamento.-2.3. Carácter de la responsabilidad.-2.4. Teoría del riesgo.-2.5. Derecho de repetición.

### I. PLANTEAMIENTO

La cuestión que se va a abordar en este estudio es una de las de mayor trascendencia en el campo jurídico. Hay que partir al analizar el tema enunciado de la importancia que la responsabilidad de las partes tiene en toda relación jurídica y, en consecuencia, en la relación laboral.

Ello hace que el estudio se realice partiendo de las premisas establecidas en el Derecho Civil y de los criterios asentados, en conexión con el tema, por la doctrina civilista.

De esta manera, será necesario un previo análisis del concepto de responsabilidad como elemento fundamental de la obligación, ya haya nacido ésta de un acuerdo contractual o no haya habido acuerdo alguno, en cuyo caso la ilicitud se fundamenta en la propia ilicitud de la acción o de la omisión.

La responsabilidad, en el ámbito del Derecho Privado, constituye la obligación de rendir cuentas por el autor de un hecho que ha causado daño a otro, de forma que dicha lesión va a exigir una reparación.

El problema radica en determinar a quién corresponde efectuar esa reparación: Hay ocasiones en que alguien ajeno a la acción va a responder de estos actos dañosos de una persona y es aquí donde se centra el tema de estudio. Así la responsabilidad va a alcanzar no ya a la derivada de actos propios, sino también a la derivada de actos ajenos que causen daño.

Si esta cuestión es llevada al terreno laboral, nos encontramos con la responsabilidad del empresario por actos de sus empleados. ¿Hasta dónde alcanza esta responsabilidad? ¿Cuándo se va a responder? ¿Cuándo el empresario no está obligado a responder de los mismos?

\* Profesora Titular de Escuela Universitaria de la Universidad de Córdoba