

La reforma del Derecho del Trabajo en materia de empleo en Alemania Federal*

por

Wolfgang Däubler**

SUMARIO: I. Introducción. II. La estructura del mercado de trabajo y del empleo en la República Federal Alemana. III. La regulación de las relaciones laborales atípicas. IV. El cambio en la regulación del "Plan social". V. Otras materias. VI. Valoración final.

I. Introducción

El pasado 1 de mayo de 1985 entró en vigor en la República Federal de Alemania la denominada Ley de Fomento del Empleo¹. Esta Ley ha supuesto la modificación de una serie de normas jurídico-laborales y ha introducido importantes reglas en materia de flexibilización del tiempo de trabajo. A juicio del Gobierno federal, tanto esta Ley como otras medidas semejantes, debían servir para mejorar las condiciones de inversión y de crecimiento productivo². Para ello son modificados los preceptos jurídico-laborales que podrían constituir un obstáculo a la contratación de nuevos trabajadores, facilitándose, por ejemplo, la conclusión de contratos de trabajo por tiempo determinado o haciéndose más atractivo el recurso a la contratación a tiempo parcial³. Además el "plan social" (Sozialplan), se libera de sus "incalculables altos costes"⁴, para así eliminar también las trabas a las nuevas contrataciones.

El significado de esta Ley debe ser, en primer lugar, puesto de manifiesto en relación a la actual configuración del mercado de trabajo. Conviene, por lo tanto, proporcionar a continuación algunos datos fundamentales de ese mercado antes de detenernos en el concreto análisis de la Ley y en el juicio acerca de su hipotética operatividad en relación a los objetivos que se propone.

* La traducción del presente ensayo ha sido realizada por Santiago González Ortega, Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

** Catedrático de Derecho de Trabajo de la Universidad de Bremen (R.F.A.).

II. La estructura del mercado de trabajo y del empleo en la República Federal Alemana

Según las estadísticas oficiales, en marzo de 1985, el número de trabajadores desempleados alcanzaba los 2.474.000 de personas; lo que supone un 10 por ciento, aproximadamente, de la totalidad de la población trabajadora⁵. Siendo la media anual correspondiente a 1984 de un 9,1 por ciento, el año 1985 deberá producir una cifra más alta, si se tienen presentes los datos que corresponden a los siete primeros meses del año⁶.

A estas cifras oficiales de personas desempleadas debe añadirse la que podríamos denominar "reserva pasiva de mano de obra", esto es, aquellas personas que se han resignado a no encontrar empleo alguno y que no intentan siquiera obtenerlo. La Oficina Federal del Trabajo cifra este grupo en 1.349.000 personas⁷, aunque existen apreciaciones que elevan dicho número a 2 millones. En todo caso, el número total de desempleados alcanza los 4 millones de personas.

Las posibilidades, sin embargo, de convertirse en desempleado y de permanecer en esa situación durante largo tiempo están desigualmente repartidas. Los minusválidos y las personas con capacidad laboral limitada, por ejemplo, constituyen el 6,5 por ciento de los desempleados, pero son sólo menos del 5 por ciento de las personas que tienen un empleo; el 19,5 por ciento de los desempleados son personas con problemas de salud y de limitación de la capacidad profesional sin que sean reconocidas como inválidos para el trabajo⁸; los trabajadores extranjeros alcanzan un porcentaje de paro del 14 por ciento, sin que, a su vez, supongan apenas algo más del 8 por ciento de los ocupados. Más que proporcionalmente resultan también afectados los jóvenes entre 20 y 25 años, los trabajadores maduros de más de 55 años y las mujeres. Si se distingue no en razón de las características personales sino en función del lugar que ocupan en el proceso productivo, se comprueba que el porcentaje de paro en las personas que carecen de formación profesional es del 18 por ciento, mientras que entre los trabajadores cualificados sólo alcanza el 6 por ciento.

Dentro de las empresas existe también una diferenciación entre el que podría llamarse "personal de base, nuclear o troncal" (Stammbelegschaft), vinculado a la empresa a través de una relación laboral relativamente estable, y el "personal periférico o complementario" (Randbelegschaft), cuyo status es mucho más inseguro⁹. Para el primero rige la tradicional relación laboral a tiempo completo y previamente determinado, en duración y momento, y disfruta de una serie de derechos derivados de la antigüedad y la cualificación profesional¹⁰. Las oscilaciones productivas se cubren con los instrumentos tradicionales de la flexibilización, esto es, con las horas extraordinarias y la disminución colectiva y acordada de los tiempos de trabajo. Otras formas más extremas de flexibilización están, hasta ahora al menos, poco extendidas entre este tipo de trabajadores. Un ejemplo de lo anterior es el sector del metal.

Aunque el Convenio Colectivo de 1984 hizo posible para concretos trabajadores, grupos o secciones, tiempos de trabajo entre las 37 y las 40 horas semanales, sólo el 9 por ciento de los empleados realizan, según una reciente encuesta hecha pública por la organización patronal del sector "Gesamtmittel", una jornada semanal distinta de la normal o media de las 38,5 horas¹¹.

Algo totalmente distinto sucede con el denominado "personal periférico". La actividad de los trabajadores contratados por tiempo determinado y de los trabajadores que prestan su trabajo en calidad de cedidos a otras empresas, está limitada temporalmente dependiendo de las oscilaciones productivas. Para otros trabajadores, existiendo incluso una relación jurídico-laboral de duración establecida o fija, la ocupación efectiva (y, por lo tanto, la retribución) dependen de las variaciones de la actividad productiva. El ejemplo clásico es el trabajo a domicilio, que se ha incrementado notablemente en los últimos tiempos, incluso bajo la apariencia formal del trabajo autónomo. Una significación notable tiene la fórmula del llamado "Kapovaz" (Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit), que significa que la extensión en duración y el momento de desarrollo de la actividad laboral dependen de la concreta exigencia o demanda empresarial, que puede variar de un día a otro, de una semana a otra o de un mes a otro¹²; es, además, una fórmula de contratación normalmente referida a mano de obra femenina a tiempo parcial. Un potencial de flexibilización semejante se encuentra en el denominado "job sharing", según el cual un trabajador previamente determinado, en el caso de imposibilidad del primeramente obligado, está obligado, a su vez, a desarrollar el trabajo del otro: una especie de compromiso laboral colectivo¹³.

La diferenciación del personal en los dos grupos mencionados sólo puede apreciarse cuantitativamente de forma limitada. No es fácil determinar, utilizando las fuentes generalmente accesibles, cuál sea el número de los contratos de trabajo por tiempo determinado. Lo cierto, sin embargo, es que ese grupo de trabajadores se ha incrementado notablemente. Según el número de ellos que se comunican a las Oficinas de Empleo, alcanzaban el 25 por ciento en 1980, siendo en 1984 el 39 por ciento de los contratos suscritos¹⁴. Esto no debe llevar a la conclusión, errónea, de que existe un segundo tipo, también normal, de relación laboral. Sólo alrededor de un tercio de todas las colocaciones se producen con la intervención de la Oficina de Empleo; la limitación del tiempo del contrato tiene frecuentemente como finalidad la prueba del trabajador, por lo que no da origen a ninguna relación de carácter estable. De relativamente escasa entidad cuantitativa es, con apenas 33.000 personas, el número de trabajadores cedidos a otras empresas, pero se estima que su número actual es de seis a diez veces mayor¹⁵. Los contratados a tiempo parcial son el 9,1 por ciento de todos los trabajadores¹⁶ pero se trata de datos recogidos en las estadísticas que se refieren sólo a los trabajadores dados de alta en la Seguridad Social. No se comprende en ese número el denominado pequeño trabajo a tiempo parcial cuyos ingresos no superen los 400 marcos mensuales

y no suponga un tiempo de trabajo superior a las 15 horas semanales. Su número debe ser tan grande como el del trabajo a tiempo parcial "oficial", ya que debe tenerse en cuenta que se trata, normalmente, de una actividad complementaria o de pluriempleo¹⁷.

Tampoco es un dato conocido el número de personas que trabajan con horario flexible. El número de trabajadores a domicilio asciende a algo más de 140.000 personas¹⁸, pero esta forma de ocupación posiblemente crezca de manera importante con la introducción de las fórmulas de trabajo a distancia permitidas por las innovaciones productivas de naturaleza electrónica o informática¹⁹. El número, en fin, de los trabajadores autónomos se ha incrementado, aunque insignificadamente, en un 0,2 por ciento frente a las cifras del año 1983²⁰.

El desempleo masivo producido desde 1974 ha reducido las posibilidades de actuación y limitado los instrumentos de los sindicatos. El número de trabajadores afiliados, bien por renuncia transitoria al trabajo sindical, bien por discrepancias en torno a la contratación del salario o de las condiciones de trabajo, bien por el paso a formas de no cooperación, ha disminuido de forma notable. La preocupación por el puesto de trabajo ha obstaculizado, en muchos casos, tomas de postura personales de naturaleza reivindicativa. Esta debilidad general se ha acentuado, además, porque la solidaridad intraempresarial, la experiencia cotidiana de la cooperación, también se ha debilitado significativamente. Ello sucede porque la diferenciación no es sólo entre el "personal de base" y el "personal periférico"; éste, a su vez, se compone de grupos extraordinariamente heterogéneos, no susceptibles de un tratamiento unitario. No es de maravillar que la autonomía colectiva haya sufrido, en los últimos años, un proceso de erosión²¹. En realidad el número de Convenios Colectivos no se ha reducido sustancialmente, pero numerosos trabajadores "atípicos" no son en absoluto, o no lo son plenamente, incluidos en el campo de aplicación de tales convenios. Es el caso de algunos tipos de contratos de trabajo a tiempo parcial que, en la hipótesis de que estén incluidos en el ámbito del convenio, no quedan afectados por éste en lo relativo a las cuestiones más relevantes para este grupo como son las de la flexibilización del tiempo de trabajo o las de pago de las horas que excedan de las contractualmente pactadas²². En estas circunstancias no debe sorprender que el número de afiliados a los sindicatos haya descendido, desde 1981, alrededor de un 2 por ciento; e incluso se podría uno preguntar por qué, a la vista de algunas experiencias en relación con los trabajadores extranjeros, la disminución de la afiliación no ha cobrado un significado más drástico²³.

De esta situación se ocupa la Ley de Fomento del Empleo, regulando, de un lado, la contratación por tiempo determinado y a tiempo parcial (III), de otro, el contenido del "plan social" (IV); y, en fin, medidas de fomento y protección de las pequeñas empresas (V). Se analizarán a continuación y por este orden.

III. La regulación de las relaciones laborales atípicas

1. Los contratos de trabajo por tiempo determinado

Según las reglas jurídicas vigentes hasta la Ley de Fomento del Empleo, la conclusión de un contrato de trabajo por tiempo determinado no era posible en cualquier caso. Para eludir la aplicación de las reglas en materia de extinción del contrato, la jurisprudencia había venido exigiendo un "motivo o fundamento real". Fundamento que debía existir tanto en el momento de dar por finalizado el contrato como en el de fijación misma de la duración de éste. El concepto clave de "motivo o fundamento real" no ha sido nunca definido por la jurisprudencia de forma acabada, produciéndose una amplia casuística en torno a una serie de supuestos que han ido orientando la práctica cotidiana. De esta manera, se ha considerado jurídicamente correcta la fijación de un término cuando el contrato de trabajo no tiene una duración superior a los seis meses; o cuando el trabajador ha sido contratado como sustituto de un trabajador enfermo; cuando se trata de un trabajo de temporada o de la contratación de artistas. No existe, por el contrario, "motivo o fundamento real" si el empresario sólo pretende conservar la facultad de dar por finalizada, unilateralmente, la relación de trabajo.

Cuando no quepan, en el caso concreto, ninguna de las causas mencionadas u otras de naturaleza similar, la extinción del contrato se considera ilegítima bajo sospecha de ausencia de ese "motivo o fundamento real"²⁴. Tampoco basta, en las empresas públicas, que la Ley de Presupuestos haya determinado un porcentaje de ahorro en materia de gastos de personal, para justificar el despido si no se concreta ese ahorro en específicos puestos de trabajo²⁵.

Fuera de los casos anteriores, el término, aunque fijado, es como si no existiera y la relación laboral se considera de carácter indeterminado en cuanto a su duración y sometida, por lo tanto, a las reglas generales de la extinción.

El artículo 1.1. de la Ley de Fomento del Empleo ha modificado hasta el 1 de enero de 1990, al menos parcialmente, la mencionada línea jurisprudencial. En él se establece que, en el caso de nuevas contrataciones, es legítima la fijación de un término en contratos que tengan una duración de hasta 18 meses. El concepto de "nueva contratación" es expresamente establecido en la Ley. Según ella, no se dan los presupuestos para una nueva contratación "si existe una conexión estrecha entre el nuevo contrato y otro precedente, ya sea por tiempo determinado o indeterminado, con el mismo empresario". Ello sucede, siempre, cuando entre los dos contratos de trabajo hay un espacio temporal inferior a cuatro meses. Lo que significa que, según las circunstancias del caso concreto, incluso cuando ese espacio temporal sea superior a cuatro meses, tampoco podrá hablarse, en algunos casos, de nueva contratación²⁶. Si no se trata de una nueva contratación, cobran de nuevo vigencia los

argumentos según los cuales el empresario necesita de una causa o fundamento real para dar por finalizado el contrato de trabajo. Esto es particularmente importante para los supuestos de contratación en cadena o de sucesión de dos o más contratos de trabajo entre los mismos empresario y trabajador en relación a los cuales cada eslabón debe también tener una justificación real en cuanto a su duración concreta.

En teoría, las nuevas formas de extinción deben permitir al empresario recurrir a la realización de horas extraordinarias y, en su lugar, proceder a la contratación de nuevos trabajadores en paro²⁷. Pero que este objetivo sea o no alcanzable depende en última instancia de la voluntad y decisión del empresario; en todo caso, es plenamente libre para suscribir contratos de duración determinada incluso para la ocupación de puestos de trabajo que impliquen el desarrollo de una actividad de naturaleza indefinida o permanente. En realidad, la nueva regulación contenida en la Ley de Fomento del Empleo lo que viene a permitir es un período de prueba de hasta 18 meses. El número de trabajadores contratados a través de estas formas de trabajo inestables puede, de esta manera, incrementarse notablemente.

2. La contratación a tiempo parcial en general

Para hacer más atractivo el contrato de trabajo a tiempo parcial prevé la nueva Ley (artículo 1.2 primer párrafo) que el empresario no debe dar un tratamiento diferente al trabajador contratado a tiempo parcial en relación a los contratados a tiempo completo, en razón precisamente, de la naturaleza especial del contrato, "salvo que, por causas o fundamentos reales, se justifique un tratamiento distinto". Con razón se ha dicho por la doctrina que este principio había sido reconocido hace años por la jurisprudencia, por lo que la Ley nada nuevo supone al respecto²⁸. También es criticable que no se hable para nada en la Ley de la discriminación solapada que se produce normalmente por razón del sexo, sobre todo cuando más del 90 por ciento de los trabajadores contratados a tiempo parcial son mujeres²⁹.

El alcance preciso del principio de igualdad de trato exige una tarea de determinación por parte de la jurisprudencia, particularmente acerca de cuándo existen "causas o fundamentos reales" para justificar un tratamiento desigual. Para el Gobierno federal, el empresario puede diferenciar correctamente en casos como el de cesión de vivienda por razón del trabajo o el de otorgamiento de prestaciones complementarias por enfermedad, en función, precisamente, de la duración y el tiempo de trabajo pactados³⁰. Esta es una afirmación que, contradicha por la doctrina, podría llevar a que, en realidad, el principio de igualdad de trato no sea aplicado³¹. Tampoco está regulado en qué medida el exceso sobre las horas de trabajo contratadas debe ser pagado o no como horas extraordinarias³². En la doctrina se ha sostenido hasta hace poco

que el mandato constitucional de igualdad de trato entre hombre y mujer (artículo 3.2 de la Constitución), así como el de igualdad de retribución (artículo 119.1 del Tratado de Roma) exigen la igualdad salarial³³. Finalmente la Ley de Fomento del Empleo prevé, en su artículo 1.6, que el principio de igualdad de trato puede ser eludido, a través de la contratación colectiva, cuando no venga directamente exigido por la Constitución o por las normas comunitarias³⁴. Difícilmente se puede, pues, afirmar que las nuevas normas hayan aportado un mayor grado de seguridad jurídica.

3. La regulación del llamado "Kapovaz"

Aceptado que trabajador y empresario puedan acordar que "la prestación laboral se llevará a cabo en función de las oscilaciones y necesidades productivas", el artículo 1.4 de la Ley de Fomento del Empleo ha introducido tres nuevas reglas:

a) En primer lugar, debe quedar establecida en el contrato de trabajo una determinada duración del tiempo de trabajo (artículo 1.4, primer párrafo). La Ley no permite, por lo tanto, el denominado "trabajo a llamamiento", en el cual la utilización del trabajador depende, plena y exclusivamente, de la voluntad del empresario. Tampoco son legales prácticas como la de establecer una banda horaria, por ejemplo, de 10 a 15 horas de trabajo semanales, entre cuyo máximo y mínimo el empresario puede determinar, libremente, el tiempo de trabajo a desarrollar por el trabajador. La flexibilidad y libertad del empresario en el uso de la fuerza de trabajo permanece, no obstante, íntegra, en la medida en que el momento concreto de aplicación de la fuerza de trabajo puede quedar sin determinar. La Ley permite que un acuerdo contractual de, por ejemplo, 80 horas mensuales pueda luego ser irregularmente distribuido en el espacio de dos, tres o cuatro semanas³⁵. Por otra parte, en el supuesto de que no se especifique en el contrato ninguna duración, la Ley entiende como pactadas 10 horas semanales (artículo 1.4, primer párrafo, último inciso). Con esta regulación el legislador ha reaccionado contra una decisión del Tribunal Federal del Trabajo, de 12.12.1984, que establecía que dejar a la discreción del empresario la medida del tiempo de trabajo, su duración, significaba una elusión de las reglas en materia de extinción de los contratos³⁶.

b) En segundo lugar, el artículo 1.4, segundo párrafo de la Ley de Fomento del Empleo prevé que el trabajador sólo está obligado a desarrollar su trabajo si el empresario le ha comunicado el momento concreto y la duración del mismo con una mínima antelación de cuatro días. Si el empresario no respeta este plazo de preaviso, el trabajador no está obligado a prestar su trabajo, aunque pueda, evidentemente, tener en cuenta la demanda del empresario y a, pesar de todo, trabajar³⁷. Lo que significa que un trabajador que, como

sucede normalmente con los contratados a tiempo parcial, puede ser fácilmente sustituido por otro, sólo excepcionalmente exigirá el cumplimiento de la Ley si no quiere, a corto o largo plazo, arriesgar su puesto de trabajo.

c) En tercer lugar, el artículo 1.4, tercer párrafo de la Ley de Fomento del Empleo se ocupa del supuesto de que la duración diaria del tiempo de trabajo no haya sido contractualmente fijada, con el peligro que ello supone de que el trabajador se vea forzado a prestar su trabajo por períodos de tiempo extremadamente cortos. Para evitarlo establece la Ley que el empresario está obligado a utilizar al trabajador al menos durante tres horas seguidas. Es posible, sin embargo, establecer en el contrato una duración diaria de una o dos horas, cuyo comienzo y final estén determinados conforme a las reglas del artículo 1.4, segundo párrafo, antes mencionadas³⁸. Evidentemente, el legislador ha dado poco significado al hecho de que la libertad contractual es, generalmente, un medio a través del cual el empresario consigue imponer sus intereses sobre los del trabajador; lo que cobra una especial importancia en momentos como los actuales en los que un gran número de trabajadores compiten en el mercado de trabajo a la búsqueda de una ocupación, estando dispuestos a sustituir al trabajador que rechace prestar su trabajo en las condiciones antes expresadas³⁹.

Las nuevas reglas jurídicas no tienen, por lo dicho, ninguna especial operatividad en la medida en que prácticas contrarias a ellas pueden ser legitimadas a través de la autonomía contractual⁴⁰. Frente a lo anterior, la doctrina ha subrayado que la libertad profesional del trabajador, garantizada por el artículo 12 de la Constitución, quedaría dañada si el tiempo de la puesta a disposición del trabajador en relación al tiempo efectivo de trabajo fuera excesivamente amplio: el trabajador vería limitado, en este caso, sus posibilidades de obtener un segundo empleo a tiempo parcial con el que asegurarse un nivel medio de ingresos⁴¹. También se ha puesto de manifiesto que el principio de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo se vería lesionado si sólo los primeros estuvieran obligados, sin una especial contraprestación o compensación, a estar una serie de horas a disposición del empresario, prestos a incorporarse al trabajo cuando sean llamados para ello⁴². Se trataría, además, de una ilegítima intromisión en los derechos de la personalidad del trabajador, en la medida en que éste viera fuertemente obstaculizada su posibilidad de planificar y desarrollar sus actividades privadas de naturaleza social, recreativa o familiar⁴³. Finalmente, el Tribunal Laboral de Oberhausen ha considerado ilegal un contrato de trabajo-Kapovaz en el que se había establecido la posibilidad de utilización del trabajador sólo a partir del día vigésimo de cada mes: las prestaciones económicas en el caso de enfermedad (de seis semanas) y la retribución de los días festivos vendría así, con una regulación semejante, eliminadas, puesto que la utilización del trabajador excluiría, por principio, tanto a los trabajadores enfermos como los días

festivos⁴⁴. Hasta qué punto y cómo estos principios pueden ser aplicados y qué sistema de protección del trabajador puede ser edificado sobre ellos es algo aún no previsible.

4. El puesto de trabajo compartido

Se trata del denominado "job sharing", a través del cual dos o más trabajadores comparten un solo puesto de trabajo. Ello puede plantear dos órdenes de problemas:

De un lado, está claro que el empresario tiene un interés objetivo, en el supuesto de imposibilidad de algún trabajador debido a enfermedad, vacaciones o cualquier otro impedimento personal, en poder recurrir a otro trabajador para que desarrolle el mismo trabajo. Cláusulas de sustitución de este tipo tendrían, de esta manera, un eficacia similar a los supuestos antes mencionados de "trabajo a llamamiento"⁴⁵. El artículo 1.5, primer párrafo de la Ley de Fomento del Empleo establece ahora como principio que la sustitución necesita en cada caso concreto un acuerdo o consentimiento específico del trabajador. Una cláusula general de sustitución sólo sería posible en el caso de una necesidad productiva urgente; el trabajador sólo podría ser obligado a la sustitución, en estos supuestos generales, en la medida en que pudiera serlo para el caso concreto antes descrito. La doctrina ha criticado esta innovación legislativa en la medida en que entiende que el legislador ha legitimado con ella una práctica contractual que hasta el momento había sido fuertemente discutida⁴⁶. De nuevo aquí hay que tener en consideración, además, la situación de inferioridad estructural del trabajador que le hace muy difícil rechazar una petición del empresario en este sentido⁴⁷.

De otra parte, pudiera surgir el problema de que uno de los trabajadores que comparten el puesto de trabajo decida desligarse del acuerdo y el empresario quiera, por esa causa, extinguir el contrato que todavía le vincula con el o los trabajadores que restan, en la medida en que se acepte que él ha contratado con un grupo de trabajadores y no con cada uno de ellos individualmente. El artículo 1.5, segundo párrafo de la Ley de Fomento del Empleo considera sin efectos una semejante resolución del contrato, pero deja al mismo tiempo intocado el derecho del empresario a la modificación de las condiciones de trabajo a causa de la retirada o renuncia de los otros trabajadores. Lo que significa que podrá ser ofrecido al trabajador que permanece un puesto de trabajo con peores condiciones tanto salariales como de desarrollo de la actividad productiva. En todo caso, no está claro si el trabajador puede verse forzado, como un posible contenido de la facultad de modificación de las condiciones de trabajo reconocida al empresario, a elegir entre trabajar a tiempo

completo o dimitir⁴⁸. La jurisprudencia deberá realizar una labor aclaratoria de estos extremos, tanto más importante cuanto que, hasta ahora al menos, el "job sharing" ha tenido muy poca relevancia en la práctica laboral y contractual alemana⁴⁹.

5. La cesión de trabajadores

La utilización de trabajadores cedidos por un empresario a otro estaba, hasta ahora, limitada por empresa a una duración de tres meses. Según el artículo 8 de la Ley de Fomento del Empleo, este espacio de tiempo puede ser aumentado hasta los seis meses. Ello pretende, evidentemente, hacer que el recurso del empresario a este tipo de trabajadores sea más fácil y desproblematizado.

IV. El cambio en la regulación del "plan social"

Las detalladas normas sobre el "plan social" contenidas en la Ley de Fomento del Empleo son sólo comprensibles si se tienen presentes las reglas jurídicas existentes hasta el momento.

Según el párrafo 112.1, apartado 2 en relación con el párrafo 111 de la Ley Fundamental de la Empresa (Betriebsverfassungsgesetz), el Comité de Empresa sólo puede exigir la conclusión de un "plan social" cuando existe un cambio empresarial. Ello se produce cuando la empresa o una parte sustancial de la misma queda afectada por una reducción o una paralización; en el caso de cambios fundamentales en la organización productiva, en los objetivos o en las instalaciones de la empresa así como el supuesto de introducción de nuevos métodos de trabajo. La delimitación conceptual no está clara en todo caso; tanto es así que incluso se discute si los supuestos mencionados por el párrafo 111, segundo apartado de la Ley Fundamental de la Empresa, son puramente ejemplificativos u ostentan el carácter de *numerus clausus*⁵⁰. La jurisprudencia ha realizado importantes concreciones en los más relevantes supuestos prácticos de reducciones empresariales, añadiendo que ésta existe cuando, permaneciendo inalterados los medios productivos básicos, sin embargo un número de, al menos, el 5 por ciento del personal queda afectado por despidos colectivos a consecuencia de las medidas empresariales adoptadas⁵¹.

Es importante determinar cuándo existe un cambio empresarial en el sentido antes descrito porque, produciéndose, deben negociar empresario y Comité de Empresa el "plan social", en virtud del cual se establecerán determinadas compensaciones para los trabajadores que sufren las consecuencias del cambio. En el caso de que no se llegue a un acuerdo, decidirá una comisión (Einigungsstelle) constituida por un número igual de representantes del

Comité de Empresa y del empresario (por regla general, tres personas por cada parte), así como por un presidente neutral (normalmente un juez laboral). Esta comisión determina, de manera vinculante, cuáles son las compensaciones que deben darse a los trabajadores afectados. Para ello la comisión está obligada a tener en cuenta tanto los intereses de los trabajadores, como las posibles repercusiones económicas de su decisión para el empresario. Sobre la base de esta fórmula tan general, se ha ido elaborando un conjunto de resoluciones según las cuales, por regla general, la cuantía de las indemnizaciones a pagar a los trabajadores afectados se calculan en razón de los ingresos mensuales, de la antigüedad en la empresa y de la edad del trabajador.

La nueva regulación contenida en la Ley de Fomento del Empleo deja intacta, en lo fundamental, la noción de cambio empresarial utilizada hasta el momento. Sin embargo, corrige la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo en los casos en los que sólo se trata de reducciones de personal. La hasta ahora vigente cifra mínima se mueve, a partir de la Ley, entre el 20 por ciento, para las pequeñas empresas, y el 10 por ciento, para las empresas con más de mil trabajadores⁵². Debe ser tenido en cuenta, sin embargo, que, en los casos en que, con independencia de la reducción de personal, quede afectada (por liquidación o paralización) la estructura productiva de la empresa, permanecen en vigor las reglas jurídicas antes transcritas. En realidad, es posible que la nueva regulación no introduzca cambios importantes en la práctica; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el número de trabajadores que pueden ser afectados por una reducción de personal es hasta cierto punto manipulable, a diferencia de la existencia de una repercusión en la estructura productiva de la empresa que es algo mucho más susceptible de controversia y discusión.

El artículo 2 de la Ley de Fomento de Empleo ha cambiado, además, los criterios de fijación de las compensaciones económicas en la comisión puesto que, según la Ley, "deben tenerse en cuenta, por regla general, las circunstancias de cada caso concreto", como, por ejemplo, las posibilidades y expectativas del trabajador afectado de obtener un nuevo empleo. Esto significa que la fórmula, un tanto esquemática y general, de fijación de las compensaciones económicas vigente hasta el momento, debe ser cambiada, ya que, se entiende que los trabajadores cualificados o con un alto nivel de formación tienen más posibilidades de encontrar empleo que los trabajadores descualificados. Aquellos podrán, por lo tanto, recibir compensaciones económicas de menor entidad. El que este nuevo criterio se aplique efectivamente, es algo dudoso. Según los criterios aportados por el Gobierno federal, la toma en consideración de las circunstancias del caso concreto no debe ser asumida al pie de la letra, de manera que provoque una actividad de evaluación, fuertemente burocratizada, que obstaculice un ágil desarrollo y aplicación del "plan social", establecer compensaciones con carácter global o general⁵³. En estas condiciones, puede dudarse que el esperado alivio de la "carga financiera del empresario" se produzca realmente.

V. Otras materias

La Ley de Fomento del Empleo contiene también una serie de normas que pretenden facilitar la creación de nuevas empresas y reducir el coste del factor trabajo en las pequeñas y medianas empresas. Así, por ejemplo, según la nueva redacción del párrafo 112, a), apartado 2 de la Ley Fundamental de la Empresa, las empresas de nueva creación no están obligadas, durante sus cuatro primeros años de existencia, a concluir el "plan social" con el Comité de Empresa en los casos antes mencionados; regla que se aplica, incluso, en el caso de cierre o desaparición.

Según el artículo 1.1, párrafo segundo de la Ley de Fomento del Empleo, pueden concluirse contratos de trabajo de duración determinada por un período de hasta, no 18, sino 24 meses, cuando la actividad empresarial se haya iniciado con una antelación al momento de la contratación no superior a seis meses y la empresa no ocupe a más de 20 trabajadores.

A tenor del artículo 23.1 de la Ley reguladora de la extinción del contrato, de trabajo, sus normas afectan sólo a las empresas que ocupan a más de 5 trabajadores. Según la jurisprudencia, en este número quedaban integrados tanto los trabajadores a tiempo completo como los contratados a tiempo parcial, aunque, como sucede por ejemplo con el personal de limpieza, su prestación laboral se concrete en un escaso número de horas a la semana. Para estimular la contratación de trabajadores a tiempo parcial, el legislador ha corregido este criterio, estableciendo que aquellos trabajadores cuyo tiempo semanal de trabajo no supere las 10 horas semanales, no serán contabilizados a los efectos de la aplicación de las normas de protección en el caso de extinción del contrato. Ello significa que, a partir de la Ley de Fomento del Empleo, un mayor número de empresas quedarán excluidas de la aplicación de tales normas de protección, con la sola excepción de que los ya ocupados a la entrada en vigor de la Ley que conservan su derecho.

En la misma dirección se orientan las nuevas reglas en materia de prestaciones económicas en el caso de enfermedad. Según el artículo 10 de la ley reguladora de estas prestaciones, éstas son compensadas al empresario por la Seguridad Social hasta un 80 por ciento de su coste (resultante de aplicar un máximo de 6 semanas por año de prestaciones de este tipo, por cada trabajador). Para beneficiarse de esta compensación por parte de la Seguridad Social es necesario que en la empresa no estén ocupados un número de trabajadores superior a 20. La Ley de Fomento del Empleo ha ampliado el círculo de las empresas beneficiarias al establecer que, para la fijación del número total de trabajadores, no se computan los contratados a tiempo parcial cuyo tiempo de trabajo semanal no supere las 10 horas, mientras que los trabajadores que prestan su trabajo en un espacio de tiempo comprendido entre las 10 y las 20 horas semanales o las 20 y 30 horas semanales, se computan, respectivamente, como 0,5 y 0,75; por último, los minusválidos no entran en absoluto en el cómputo.

VI. Valoración final

1. ¿Desaparición de la relación laboral "normal"?

Una visión superficial de las innovaciones normativas hasta ahora descritas podría llevar a la conclusión de que, en realidad, sólo significan correcciones puntuales de determinadas normas jurídico-laborales, sin que, sin embargo, las instituciones básicas del Derecho del Trabajo hayan sido afectadas. Contentarse, no obstante, con una conclusión de este género, puede significar representarse erróneamente la operatividad real de las modificaciones estudiadas. La nueva Ley refuerza la separación entre "personal de base o nuclear" y "personal periférico", asegurando al empresario mayores posibilidades de utilización de formas de contratación de carácter precario. Esto es evidente en relación a los contratos de trabajo de duración determinada, pero es válido también, en general, para el supuesto de contratación a tiempo parcial: las normas de protección del trabajador han devenido, en general, menos efectivas en la medida en que se ponen a disposición de la voluntad de las partes del contrato convirtiéndose en algo simplemente dispositivo. Al mismo tiempo, el trabajo a tiempo parcial se ha hecho particularmente atractivo para el empresario medio. El legislador, en lugar de proponerse limitar o eliminar los supuestos de elusión de las normas de protección del trabajador a través de relaciones laborales atípicas, ha fomentado conscientemente la estrategia de personal del empresario. Ciertamente, el legislador no crea un Derecho del Trabajo de segunda clase, pero permite y asegura su existencia, en la medida en que no actúa contra el renacimiento de la libertad contractual que es el instrumento que permite al empresario escoger el tipo contractual y el contenido que mejor se adecúa a sus exigencias y necesidades productivas.

Estas indiscutibles desventajas para los trabajadores ocupados no se traducen, de ninguna manera, en beneficios comparables para los trabajadores desempleados, cuyas posibilidades de encontrar empleo deberían, en teoría al menos, incrementarse a partir de la aplicación de la Ley de Fomento del Empleo. La reducción de los costes laborales se traducen, evidentemente, en un mayor beneficio empresarial, pero no hay ninguna garantía que ello suponga necesariamente un incremento del número de puestos de trabajo disponibles. Es perfectamente posible que tales beneficios se destinen a inversiones en mercados de capitales extranjeros, o en inversiones de racionalización productiva que significan, frecuentemente, una mayor pérdida de puestos de trabajo. Incluso si las innovaciones normativas llevan a un incremento de la demanda global de trabajo, ello no tiene por qué significar, de manera automática, un incremento del número de contrataciones ya que tal demanda podría satisfacerse con el recurso a las horas extraordinarias. Desventajas seguras para los trabajadores ocupados se traducen, pues, en beneficios muy inciertos para los trabajadores desempleados. La erosión de la relación laboral "normal" es el precio de una simple expectativa de mejora.

2. ¿Corrección a través de la jurisprudencia y la contratación colectiva?

La legislación estatal es, en el derecho alemán, sólo una fuente del derecho pero en su aplicación práctica cobra un papel importante, de un lado, las resoluciones jurisprudenciales y de otro, la contratación colectiva. Dato expresivo de esta realidad es que gran parte de la Ley de Fomento del Empleo sólo es comprensible teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada hasta el momento. Así, por ejemplo, la nueva regulación del tiempo del contrato o del "plan social" vienen a corregir, en favor del empresario, una determinada línea jurisprudencial de signo contrario; los preceptos relativos al "Kapovaz" suponen una reducción de la protección frente a la exigencia jurisprudencial de que la duración del tiempo de trabajo sea establecida de forma concreta y específica en el contrato de trabajo. No es descartable, por lo tanto, que la marginalización de determinados grupos de trabajadores a consecuencia de las innovaciones contenidas en la Ley de Fomento del Empleo, sea atenuada por la jurisprudencia. Determinados criterios jurisprudenciales, ya antes expresados en materia de trabajo a tiempo parcial o en materia de contratación por tiempo determinado encontrarán, sin embargo, graves dificultades a la vista de la clara regulación introducida.

Ello no quiere decir que el comportamiento empresarial esté absolutamente libre de toda vinculación legal, de todo obstáculo normativo. La prohibición de discriminación (a causa del sexo o de las opiniones políticas) debe ser, en todo caso, respetada. Duraciones determinadas del contrato arbitrariamente fijadas están también excluidas, incluso por la propia nueva regulación. En algunos casos, los contratos colectivos podrían proporcionar una cierta protección en la medida en que hagan depender la duración del contrato de la existencia de un "causa o fundamento real", regla ésta que, en opinión de la mayoría de los autores, puede aplicarse con preferencia a las disposiciones de la propia Ley de Fomento del Empleo. Finalmente, podría incluso pensarse que la nueva regulación del término en el contrato es inconstitucional, en la medida en que supone una excesiva intromisión en la libertad profesional del trabajador y porque puede tener consecuencias discriminatorias. En el supuesto de que un tribunal laboral, lo que no está en ningún caso excluído, comparta esta opinión, la prescripción normativa debería sufrir el control del Tribunal Constitucional. Ello significaría que el empresario sólo podría hacer uso de las nuevas normas de manera limitada.

En todo caso, la propia existencia de la controversia jurídica demuestra cómo es muy difícil intentar cambiar el Derecho del Trabajo exclusivamente a través de un acto del legislador. Esto lo ha experimentado muchas veces la coalición social-liberal, cuyos proyectos de reforma han fracasado ante el Tribunal Constitucional, de la misma manera que la actual contrareforma

podría encontrar contestación en la jurisdicción laboral. Una de las ideas claves en la jurisprudencia ha sido siempre la de integración, tanto del trabajador concreto como del sindicato, en el sistema económico y político. Una disminución excesiva de los niveles de protección podría generar una contestación social incontrolada en la medida en que la propia función del sindicato como factor de integración y disciplina estaría en discusión. La jurisprudencia tiene hoy día un mayor grado de sensibilidad a este fenómeno que la actual mayoría parlamentaria. Y los sindicatos alemanes no carecen de capacidad conflictiva, como lo han demostrado los acontecimientos y conflictos sociales de principios del verano de 1984. A ellos corresponde, en gran medida, conservar su espacio de conflictividad y su capacidad de presión para dar un giro distinto a la evolución normativa comentada.

NOTAS

- 1 Publicada en el Boletín Oficial de la República Federal, I, pág. 710.
- 2 Los argumentos del Gobierno pueden verse, con más amplitud, en el Boletín del Parlamento Federal 10/2102, pág. 14.
- 3 En el Boletín del Parlamento Federal, 10/2102, pág. 14.
- 4 Expresión literal que se encuentra en el informe de la Comisión parlamentaria de ordenación socio-laboral, Boletín del Parlamento, 10/3206. El Sozialplan o "plan social" es un acuerdo entre empresario y Comité de Empresa en caso de crisis de la empresa, donde se determinan las compensaciones económicas que habrán de recibir los trabajadores afectados por las medidas de reducción o reestructuración que se adopten. Véase el apartado IV de este trabajo.
- 5 "BetriebsArbeitsBlatt", núm. 5/1985, p. 80.
- 6 En julio de 1985 era el número de desempleados de 2.221.000, algo superior a la cifra de julio de 1984. Cfr. "Suttgarter Zeitung" del 3 de agosto de 1985, p. 1.
- 7 Vid. BOSCH, "El mercado de trabajo", en el "Anuario sindical" de 1985, preparado por KITTNER, Colonia, 1985, p. 283.
- 8 BOSCH, op. cit. pp. 286 y ss.
- 9 Cfr. HOFF, "La política empresarial de trabajo, entre el acortamiento y la flexibilización del tiempo de trabajo", 1983, pp. 307 y ss.
- 10 Sobre ello, detenidamente, MUCKENBERGER, en la Revista, "Zeitschrift für Sozialreform", 1985, núms. 7 y 8.
- 11 Vid. en la "Handelsblatt" de 11-7-1985, p.1.
- 12 Cfr. BOBKE, en "ArbeitsBetried", 1983, p. 123; LOWISCH-SCHUREN, en "BetriebsBerater", 1984, p. 925 y MALZAHN, "Arbeit und Recht", 1985, pp. 137 y ss.
- 13 Sobre ello, con amplitud, SCHUREN, "Job sharing. Su régimen jurídico a la luz de la experiencia americana". Heidelberg, 1983.
- 14 SEIFERT, en "WSI-Mitt", 1985, p. 290.
- 15 Datos en BOSCH, op. cit. pp. 309 y 312.

- 16 "BetriebsArbeitsBlatt", núm. 5/1985, p. 87.
- 17 BERTELSMANN-RUST, en "Recht der Arbeit", 1985, p. 147.
- 18 KITTNER, "Regulación socio-laboral", 10 ed., Colonia, 1985, p. 657.
- 19 BAHL-BENKER, en "Mitb." 1983, p. 572.
- 20 Datos en "BetriebsArbeitsBlatt", núm. 5/1985, p. 80.
- 21 ESTEINBRUCK-WAHSNER, en "Demokratie und Recht", 1985, p. 166.
- 22 Amplios datos sobre las desventajas y perjuicios de los contratados a tiempo parcial vía convenios colectivos, en BERTELSMANN-RUST, en "Recht der Arbeit", 1985, p. 150.
- 23 En 1981 estaban afiliados a la DGB (principal sindicato de la R.F.A.) 7.957.512 trabajadores. En 1983 disminuyó ese número a 7.745.913 que era el nivel de afiliación de 1978, año hasta el cual el número de afiliados había ido creciendo constantemente.
- 24 Los criterios anteriores son, básicamente del Tribunal Federal del Trabajo. Para más concreción, cfr. PLANDER, en "BetriebsBerater", 1984, pp. 1897 y ss y DAUBLER, "Crisis actual del empleo y división del trabajo", Informe alemán en "Schweizerische Beiträge zum Europarecht", Ginebra, 1984, pp. 25 y ss.
- 25 "Der Betrieb", 1980, p. 982.
- 26 DUTTMANN-HINRICHS-KHERMANN-OBERHOFFER, en "AiB.", 1985, p. 69; FIEDHOFENWEBER, "NZA", 1985, p. 337; HOYNINGEN-HUENE, "NJW", 1985, p. 1808.
- 27 Expresamente en el Boletín del Parlamento Federal, 10/2102, p. 14. En el año 1982 se realizaron en la República Federal de Alemania alrededor de dos mil millones de horas extraordinarias, lo que, aritméticamente suponen 1.200.000 trabajadores a tiempo completo con una jornada semanal de cuarenta horas.
- 28 DUTTMANN-HINRICHS-KEHERMANN-OBERHOFER, en "AiB.", 1985, p. 71; ROSE-OBERHOFER, en "BetriebsRecht", 1985, p. 185; SCHUREN, "Recht der Arbeit", 1985, p. 23.
- 29 SCHUREN, en "Recht der Arbeit", 1985, p. 23; WLOTZKE, "NZA", 1984, p. 218.
- 30 Boletín del Parlamento Federal, 10/2102, p. 24.
- 31 BERTELSMANN-RUST, "Recht der Arbeit", 1985, p. 157.
- 32 WLOTZKE, "NZA", 1984, p. 218.
- 33 SCHUREN, "Recht der Arbeit", 1985, pp. 28 y ss.
- 34 WLOTZKE, en "Der Betrieb", 1985, p. 757. Sobre las desventajas introducidas a través de convenios colectivos en relación a los contratados a tiempo parcial, cfr. BERTELSMANN-RUST, 1985, p. 150. Acerca de las interpretaciones retractivas de las reservas convencionales, LOWISCH, en "BetriebsBerater", 1985, p. 1203.
- 35 Tribunal Federal del Trabajo, en "BetriebsBerater", 1985, p. 731 y en "Der Betrieb", 1985, p. 1240. De la misma manera, el Tribunal del Trabajo de Hamburgo, en "NZA", 1984, p. 358. Acerca del "Kapovaz", también el Tribunal del Trabajo de Oberhausen, en "AiB.", 1985, p. 112.
- 36 LOWISCH, en "BetriebsBerater", 1985, p. 1204, considera también jurídicamente admisible el acuerdo de fijación de la duración anual del tiempo de trabajo; vid. MALZAHN, en "Arbeit und Recht", núm. 9, 1985.
- 37 DUTTMANN-HINRICHS-KEHRMANN-OBERHOFER, cit. p. 72, LOWISCH, cit. p. 1204 y WLOTZKE, cit. p. 219.
- 38 DUTTMANN y otros, cit. p. 72 y ss.
- 39 Una crítica de la libertad individual de contratación en el ámbito del Derecho del Trabajo, cfr. KAHN-FREUND, "Arbeit und Recht", Colonia, 1979.

- 40 MALZAHN, "Arbeit und Recht", núm. 9, 1985, y WLOZTKE, cit, p. 218.
 41 MALZAHN, cit, p. 138 y ss.
 42 SCHUREN, en "Recht der Arbeit", 1985, p. 24. Un proyecto de ley del Ministerio de Trabajo había previsto una indemnización por cada hora de puesta a disposición de la llamada del empresario (véase el proyecto de Ley sobre el trabajo a tiempo parcial en "Recht der Arbeit", 1984, p. 172).
 43 MALZAHN, cit, p. 142 y ss.
 44 Tribunal del Trabajo de Overhausen, en "AiB", 1985, p. 112.
 45 HANAU, en "WZA", 1984, p. 347 y STEINBRUCK-WAHSNER, en "Demokratic und Recht", 1985, p. 156.
 46 KITTNER, "Comentario a la Ley de Fomento del Empleo", Colonia, 1985, p. 16. KNIGGE, en "Arbeit und Recht", 1985, p. 120. ULBER, en "BetriebsBerater", ha considerado ilegales las cláusulas de sustitución.
 47 DUTTMANN y otros, cit. p. 75. Por poco utilizable en la práctica considera la nueva legislación en este punto, HOYNINGEN HUENE, en "NJW", 1985, p. 1805
 48 A favor de ello, LOWISCH, cit. p. 1204; en contra, DUTTMANN y otros, cit. p. 73.
 49 BERTELSMANN-RUST, en "Recht der Arbeit", 1985, p. 147.
 50 Una visión general en DAUBLER, "Arbeitsrecht", tomo 1, 7.ª edic. Reinbek, 1985, pp. 488 y ss.
 51 Tribunal Federal del Trabajo, en "Der Betrieb", 1983, p. 2776.
 52 Véanse las tablas en WLOTZKE, cit. p. 221.
 53 Boletín del Parlamento Federal, 10/2102, p. 17.

La gestión de carreras en las organizaciones

por

Ramón Valle Cabrera y
Manuel Alcaide Castro*

SUMARIO: I. Introducción. II. El "deber ser" de la gestión de carreras. III. El "Ser" de la gestión de carreras.

I. Introducción

El término carrera ha recibido una gran cantidad de significados en la literatura especializada permitiendo que su ámbito de aplicación sea muy variado. Cuando se habla de carrera se hace referencia al avance en el estatus jerárquico, a una profesión, a una secuencia de trabajos, etc.¹. Al menos hay cuatro perspectivas desde las cuales podría abarcarse el estudio de este tema²: una perspectiva económica, centrándose en los factores institucionales que promueven o inhiben la movilidad social; una perspectiva sociológica, en la que se estudia el papel de la movilidad en la estructura social; una perspectiva individual en la que se abordan temas como las etapas por las que pasa la persona a lo largo de su vida, el análisis de los escenarios de la carrera, los aspectos psicológicos de la misma, el proceso de decisión individual sobre la carrera..., y sus consecuencias sobre el comportamiento y actitudes del individuo; por último, nos encontramos con la perspectiva organizacional, en la cual se considera a la carrera como un atributo de la organización y que, por tanto, es manejada por ésta.

En su acepción más amplia, entendiendo la carrera como la promoción y el desarrollo del individuo, el concepto de carrera aparece recogido en algunas

* Profesores Titulares de Economía de la Empresa y de Política de la Empresa, respectivamente, de la Universidad de Sevilla.