

# CRÓNICAS DE LAS SEGUNDAS JORNADAS SOBRE CUESTIONES DE ACTUALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA ESCUELA UNIVERSITARIA DE RELACIONES LABORALES DE LA UPV/EHU

JAIME SEGALÉS FIDALGO

Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social (UPV/EHU)

## Presentación

El día 31 de Octubre de 2002 se celebró en la Escuela Universitaria de Relaciones laborales de Leioa la *Segunda Jornada sobre cuestiones de actualidad del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, con el objeto de consolidar en el calendario de actividades del centro un encuentro anual con la doctrina y práctica laboralista a propósito de temas especialmente caracterizados por su novedad o, en general, por su especial impacto sobre esta concreta sección del conocimiento jurídico.

La jornada distribuyó su tiempo en analizar cuatro temáticas con el apoyo de sendas ponencias. En el propósito de abordar sus singulares objetos de análisis, tres de las cuatro intervenciones pretendieron combinar como mínimo —a modo de binomios complementarios— dos componentes del conjunto total en que se agrupa la cuestión jurídico-social. Los diálogos implicaron, en concreto, Derecho Sindical con Seguridad Social («*Pensión de jubilación y negociación colectiva*»), Derecho Social Comunitario con Derecho del Empleo («*La política comunitaria en materia de empleo*») y Derechos Fundamentales y Derecho —individual— del Trabajo («*Nuevas tecnologías y organización de la empresa*»). A las anteriores se añadió un ensayo multidisciplinar que asociaba Derecho Mercantil

con Derecho del Trabajo («*Nuevas formas de participación de los trabajadores en la empresa*»). Por lo que hace al elenco de ponentes, la organización consideró oportuna otra combinación, esta vez en función del perfil y origen de aquellos. De esta forma, y con la intención de asegurar ese contraste de enfoques y opiniones a que aspira cualquier método científico, la jornada contó con laboristas doctrinarios y prácticos, tanto de la UPV/EHU como procedentes de otras Universidades.

Esta colaboración pretende trasladar un resumen crítico de lo allí debatido, con el ánimo de llegar a quienes no pudieron asistir al encuentro. Debo insistir en su carácter crítico, por no limitarse, a modo de crónica convencional, a dar fe siempre relativa de lo allí propuesto y debatido; al fin y al cabo, dos de las ponencias a que se hará alusión seguidamente aparecen publicadas junto con este estudio, por lo que el lector podría acudir directamente a aquellas y ahorrarse la lectura de éste. En efecto, sin que se asegure el objetivo, lo que se pretende con esta colaboración es entrar en diálogo con las tesis mantenidas por los cuatro ponentes, mediante el confronto de tales opiniones con otras, formuladas por quienes han tenido ocasión de abordar estas cuestiones con anterioridad, así como con la propia de quien confecciona esta colaboración, a modo de privilegio que compensa su labor también informativa.

## 1. El juego entre Derecho Sindical y Seguridad Social: «*La pensión de jubilación y la negociación colectiva*»

Correspondió a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Garbiñe Biurrun, con encargo en la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, el desarrollo de la primera ponencia, que combinaba el binomio negociación colectiva y Seguridad Social. Tradicionalmente, este binomio ha tenido como campo de convergencia la implantación de sistemas privados de pensiones dentro de las empresas, realidad que, si no cabría considerar generalizada, sí que caracterizaba algunas grandes empresas. En cualquier caso, la articulación de ambos elementos no resulta en modo alguno pacífica por combinar aspectos que, tal y como apuntó la ponente, podríamos considerar difícilmente conciliables. Se trata, por un lado, de la capacidad de disposición que presume cualquier proceso negociador y, por otro, de la existencia de determinados derechos de origen individual —el derecho al trabajo, y más en concreto la edad de acceso a la jubilación<sup>1</sup>— cuyos contenidos bien pudieran quedar vedados al negociador colectivo.

---

<sup>1</sup> Sobre la cuestión y con detalle, MARTÍNEZ GAYOSO, M.N., *Proyecto Docente*, ejemplar multicopiado, San Sebastián, 2002, pp. 220-221.

Precisamente, la incorporación a los procesos negociadores de sistemas de previsión complementaria internos a las empresas, auspiciados por procesos de crisis y destinados a compensar descensos transitorios de rentas, en espera de prestaciones por jubilación, ha acabado generando conflictos de intereses. No han sido pocos los casos en los que la misma negociación que ha constituido los derechos pasivos los ha eliminado posteriormente, en beneficio, nuevamente, de aquellos trabajadores que no fueron incluidos en el expediente de regulación.

Otra fuente de problemas, generada por este particular binomio, vino tras la proliferación de estrategias paliativas de la desocupación, dentro de las que se incluyeron programas de jubilación anticipada como medida de fomento del empleo. Aquellos se conectaron con el circuito negociador de la mano de la D.A. 10.<sup>a</sup> del ET que, antes de su derogación por la D.D. de la Ley 12/2001, posibilitó expresamente a los agentes negociadores el establecimiento de edades máximas de jubilación, todo ello con el beneplácito del TC (indirectamente, STC 22/1981 y, sobre todo, 58/1985). El problema, de nuevo, se basa en los límites relativos o absolutos que ha de respetar la negociación colectiva a la hora de abordar algunas cuestiones.

Este problema particular ha ocupado recientemente a la doctrina con ocasión de la promulgación de la Ley 12/2001. Según esta norma, por indicación de las nuevas estrategias de conservación del sistema de seguridad social<sup>2</sup>, se orienta a la prórroga de la edad de jubilación. No es extraño que el cambio en la estrategia afecte a la posibilidad de establecer edades para la jubilación forzosa a través de la negociación colectiva. Para algunos autores<sup>3</sup>, el margen dispuesto por la negociación colectiva en esta cuestión habría decaído, al depender expresamente de una norma, la D.A. 10.<sup>a</sup> del ET, ya derogada por la Ley 12/2001. Sin embargo, otros<sup>4</sup> han considerado que la D.D. única de la Ley 12/2001 no ha podido prohibir a la negociación colectiva una facultad que le resulta inherente, cual es la de disponer de los derechos individuales de cada uno de los sujetos representados.

Para esta posición doctrinal, la facultad de disposición por parte del trabajador de su derecho a la jubilación sería el fundamento para la ampliación de la negociación colectiva a estas cuestiones, de modo que la D.A. 10.<sup>a</sup> se limitaría a

---

<sup>2</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas, 2002, p. 52.

<sup>3</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., *op. cit.*, *Jubilación forzosa...*, p. 44.

<sup>4</sup> Señaladamente, MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, p. 154.

declarar una posibilidad y no a constituir la. De ahí que una eventual derogación de la misma no habría de afectar a la posibilidad de seguir insistiendo en el establecimiento por negociación colectiva de una jubilación forzosa. No obstante, la interpretación choca, al menos esto es indiscutible, con el hecho de la propia derogación. La Ley 12/2001 se integra dentro de un contexto incoherente con la posibilidad de abrir espacios a la jubilación, y no resulta extraño que haya deseado evitar que los agentes sociales sigan comunicando compromisos anticipados al sistema de Seguridad Social, máxime, aunque esto ya es objeto de análisis posterior —condicionado por el otro aspecto tratado por la ponente— cuando la propia negociación colectiva no responde de la efectividad de los sistemas compensatorios diseñados para dar cobertura a los trabajadores prejubilados en espera de causar derechos.

Cierto es que esta razón, marcada por la interiorización que el legislador hace de sus productos, no habría de desmentir la afirmación en que se sostiene la tesis en pro de la continuidad. Al fin y al cabo, el que el legislador interprete la D.A. 10.<sup>a</sup> del ET como una habilitación expresa y excepcional —de ahí que la retire con la intención de provocar un efecto derogatorio sobre la capacidad de la negociación colectiva en este punto— no tendría efectos prácticos si es que se considera que la citada habilitación, en contra de la percepción del legislador, era simplemente declarativa y no añadía nada a preceptos como el art. 85 del ET.

No obstante y de ser cierto lo anterior, parece extraño que el ET se preocupe en establecer expresamente una habilitación tan importante como la que permite al convenio fijar la edad de jubilación forzosa cuando la misma es innecesaria. Asimismo, si de lo que se trataba era de hacer un recordatorio, lo lógico, teniendo en cuenta la gravedad de la cláusula, habría sido hacerlo en el lugar más oportuno, privilegio que, con todo merecimiento, cabe reconocer al art. 85 ET.

La tesis que sostiene la ponente se ampara en la trascendencia que el derecho al trabajo tiene en este punto. Aquella facultad constituye un derecho individual del ciudadano —ex art. 35.1 CE— que le permite dedicarse a realizar una actividad profesional por cuenta ajena siempre en función de las circunstancias del mercado. El derecho a percibir una pensión por jubilación, también implicado aunque en un nivel menor, se ampara por una normativa específica, determinada por normas de derecho administrativo y conducente al establecimiento de una red de protección —de alcance variable, no como el derecho al trabajo— para quienes ya no desean seguir trabajando o, cumplidos los demás requisitos, no encuentran a nadie que los emplee. Y el que el trabajador pueda obtener una prestación por jubilación tras su cese en la actividad no puede facultar a terceros a abrogar su derecho al trabajo, a no ser que se considere que los derechos disponibles por el trabajador lo son también por sus representantes.

Llevada a los extremos, la anterior afirmación lleva a resultados absurdos. La disponibilidad de un derecho por parte de su titular no siempre faculta a su representante a transaccionarlo. Por ejemplo, la norma constituye un derecho individual del trabajador a optar por la extinción indemnizada ante un traslado —art. 40 ET—. Pero ello no lleva a considerar que la negociación colectiva quede habilitada para realizar la opción por la indemnización o por el traslado. Sin embargo, si el derecho es disponible para el trabajador y la representación de éste puede tomar la decisión en su nombre, ¿qué impediría al convenio determinar *a priori* la concreta opción que sus representados «prefieren» en tales casos?

Existe una evidente diferencia entre la negociación de una materia como la jornada y la edad de jubilación. En el primer caso, el trabajador no dispone de un derecho subjetivo a una determinada jornada máxima, más allá del mínimo necesario que se fije por la norma heterónoma. Y aunque el operario no tenga derecho a que la jornada sea de 38, ni de 37 ni de 35, sí que lo tiene a jubilarse cuando lo desee. La diferencia en uno y otro caso es sustancial. Mientras que los defensores de una negociación colectiva capaz de intervenir sobre la edad jubilación nunca aceptarían un convenio que estableciera una jornada de 41 horas, por atacar un mínimo establecido por ley sin excesivas presiones desde la CE —ésta ha convivido con una jornada de 43 horas hasta 1984—, no presentan objeciones a que el pacto intervenga sobre el derecho al trabajo del ciudadano, bajo la justificación de ampliar el ámbito de intervención de los agentes sociales. En efecto, cuando la negociación colectiva dispone sobre la jornada, no afecta —a salvo de rebasar al mínimo necesario— a un derecho subjetivo del trabajador, pero si establece una edad de jubilación forzosa, esa negociación dispone de un derecho perfecto del trabajador en beneficio de una política de empleo particular, caracterizada por proteger ante todo al empresario, que renueva su plantilla con coste cero, facilitando la entrada a un trabajador más barato y precarizado en comparación con quien ha cesado. Todo el sacrificio tiene como única contrapartida para el lado social —que no lucra quien es jubilado por la fuerza— el permitir a la negociación colectiva colaborar en la política de gestión del empleo<sup>5</sup>.

La segunda cuestión que ocupó el interés del debate fue, como ya se ha adelantado, la relativa a la posibilidad de la negociación colectiva para intervenir sobre derechos pasivos creados con anterioridad por ella misma, de la mano de los arts. 84.2 y 86.4 ET. La justificación última de este tipo de manipulaciones se basa en lo inadecuado del procedimiento escogido para generar el derecho. Y

---

<sup>5</sup> CAMOS VICTORIA, I., «La reforma de la pensión de jubilación y su incidencia sobre la política de empleo», *REDT* n.º 110, 2002, p. 211.

ello porque, tal y como señala la Magistrada Biurrún, los intereses de quien gestiona el acuerdo se oponen a los de quienes ya no están en la empresa, pre-jubilados a la espera de incorporarse a una prestación normalizada del sistema de Seguridad Social.

El trasfondo de una crisis continuada, la adopción de medidas paliativas y la posterior demostración de que las mismas se revelaron ineficaces, actúan a modo de ingredientes del problema. En una primera fase, ante el desbalance, la empresa pacta con la representación de los trabajadores una reducción de plantilla, cuyos destinatarios son aquellos trabajadores más cercanos a la edad de jubilación, a quienes se les complementará su renta hasta el momento de alcanzar una prestación que efectivamente sustituya sus niveles de ingresos. El complemento transitorio queda a expensas de una reserva no bloqueada, bajo la forma de simple depósito a la vista. La reiteración de la crisis, pasado un periodo más o menos prolongado, lleva a las representaciones que pactaron el plan social a replantearse sus consecuencias, tomando como determinación la de cesar en los abonos a quienes abandonaron la empresa. Para ello, los representantes pactarían con el empresario una alteración de las cláusulas convencionales sobre las que se asientan las prestaciones, con destino a emplear los fondos sociales a compensar el nuevo desbalance.

No necesariamente tiene que ser así. Al fin y al cabo, la costumbre de algunas empresas de disponer mecanismos de previsión social basados en fondos propios ha tenido su respuesta en normativas restrictivas, condicionadas por la gravedad de la cuestión, como la Ley de planes y fondos de pensiones, que, de la mano de principios como el de irrevocabilidad de las aportaciones, evitan que el empresario, sólo o en compañía de otros, acabe con las provisiones de destino social. Sin embargo, cuando estamos hablando de compensaciones no necesariamente incluibles en la referida norma, por no responder a sistemas normalizados de previsión, sino a planes sociales coyunturales, los operadores recuperan todas sus facultades de disposición.

La Magistrada, sin discutir las posibilidades derogatorias del convenio posterior, entiende que es preciso distinguir entre derechos consolidados, como cabría considerar a los que disfrutaban los ya prejubilados, y derechos en expectativa, imputables a aquellos que, pudiendo estar en la misma situación más adelante, aún no la han alcanzado. Según la ponente, una norma derogatoria incluida en un convenio posterior y relativa a estos sistemas de previsión sólo habría de afectar a quienes conservan no más que una expectativa de derecho, quedando a salvo quienes ya disfrutaban efectivamente de las prestaciones.

La tesis se opone a la manejada por el TS, en pronunciamientos reiterados (por todas 11-3-1997, RAJ 2.309), y que justifica su decisión en haber considerado a los trabajadores jubilados dentro del ámbito personal del nuevo conve-

nio. Ciertamente, como señala la Magistrada Biurrún, el considerar incluidos en el convenio a los trabajadores jubilados se asienta en la observación empírica que el mismo les ha afectado expresamente, razonamiento circular donde los haya, ya que justifica la afectación en el hecho de que la misma se ha producido, y no en si la misma debía o no darse.

Para resolver el problema de si los derechos consolidados son revocables por convenio no basta con observar que ello es así; la lógica exige explicitar las razones para que tal efecto se produzca. Y como acertadamente señala la ponente, los trabajadores jubilados no están representados por las unidades de negociación posteriores ni por los sindicatos que las encabezan, cuando éstos han optado, y cito textualmente a la ponente, *«por la defensa de los intereses de quienes están llamados a sostener su actividad, esto es, a sus clientes, que no son otros que los activos, que contribuyen a su legitimación para seguir negociando, a través de la elección de los órganos unitarios y de la consecuyente audiencia electoral de las organizaciones sindicales»*.

## 2. Derecho Social Comunitario y Derecho del Empleo: *«La política comunitaria en materia de empleo»*

El Dr. José Luis Monereo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, a quien resulta imposible atribuir una línea de investigación única dado lo extenso de su obra y sus innumerables aportaciones científicas, dedicó en esta ocasión su ponencia a analizar el desplazamiento producido en las iniciativas en materia de empleo hacia las instancias comunitarias. Tal y como anota el Dr. Monereo, la propia consecución del *mercado interior* ha exigido de los Estados comprometidos en el propósito una renuncia a su autonomía en el momento de arbitrar medidas que afectaran a la economía<sup>6</sup>. Claro es que la configuración de ese ámbito de interdependencia europeo propiciará, en un futuro, o al menos ese es el objetivo, una protección frente a los naturales competidores norteamericanos o asiáticos. Su desarrollo, en el plazo más corto posible, puede tenerse como una de las terapias adecuadas a la superación de las crisis motivadas por la debilidad de los mercados nacionales frente a aquellas grandes referencias. La armonización requerida en la actualidad por ese incipiente escenario se sostiene en acuerdos adoptados por los Gobiernos de cada uno de los Estados miembros en sucesivas cumbres comunitarias.

---

<sup>6</sup> Claramente a partir de Maastrich, ORTIZ LALLANA, M.C., «La Unión Europea y las políticas activas de empleo», *RMTAS* n.º 17, 1997, p. 13.

Las estrategias meramente monetaristas, determinadas por la consecución de aquel mercado, han sido dulcificadas por lo que se ha venido en llamar la *Política social comunitaria*, cuyo origen cabe localizar en los años 80 y que cristalizan en 1986 a partir del Acta Unica europea<sup>7</sup>. Ya no se trata de armonizar un conjunto de sistemas y mercados atomizados, sino de asegurar el juego uniforme de un mínimo marco social, que, a la vez de procurar cierta tasa de reconocimiento político y legitimación a la nueva realidad supranacional, establezca el fundamento para el diseño de directrices, de signo unificador, encomendadas a construir un espacio económico común. No cabe negar a los planteamientos *sociales* de los años 80 sus evidentes buenas intenciones, si bien no puede tampoco negarse que la Europa Social no ha de discurrir, necesariamente, en la dirección de abastecer el progreso social por la vía de apuntalar los mínimos sociales ya asegurados por las legislaciones estatales.

Un ejemplo de lo anterior cabe encontrarlo en las políticas comunitarias dirigidas al empleo<sup>8</sup>, articuladas a lo largo de los últimos tiempos. Sin duda que la Europa Social<sup>9</sup> se ha planteado como uno de sus objetivos el de la contención de las tasas de desempleo, seguramente acuciada por el peso de las políticas paliativas que, en mayor o menor medida, todos los países de la Comunidad adoptan en relación con las clases desempleadas. En cualquier caso, y a salvo de las verdaderas intenciones de los Estados miembros, lo cierto es que los contenidos incorporados al Tratado de la Comunidad Europea (TCE) a partir del Tratado de Amsterdam<sup>10</sup> (art. 125 TCE) han desencadenado una actividad institucional, ya en el marco de la Comunidad, dirigida a compeler a los Estados miembros a la adopción de políticas terapéuticas, que, a la vez que comprendan las peculiaridades propias de cada Estado, sean capaces de actuar de forma coherente con los objetivos marcados tanto por el Tratado de Amsterdam, como con el resto de las disposiciones que justifican al TCE.

<sup>7</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», *RMTAS* n.º 17, 1997, p. 56.

<sup>8</sup> Tenues según la consideración de SEMPERE NAVARRO, A.V., «El Tratado de Amsterdam y el Derecho Social Europeo», *AS*, Tomo 1998-V, p. 29.

<sup>9</sup> Lo que resulta claro a partir del Informe *Delors* y llega a consolidarse a partir del Tratado de Amsterdam, ORTIZ LALLANA, M.C., *op. cit.* «La Unión Europea...», pp. 15-17.

<sup>10</sup> Abiertamente dirigido no sólo a procurar el establecimiento de la política común en materia de seguridad y exteriores, sino sobre todo a insistir en una mayor legitimidad de la Unión ante sus ciudadanos por la vía de paliar lo que se venía en considerar, según recuerdan PELAZ LÓPEZ, J.V. y PÉREZ LÓPEZ, P., en «Europa occidental», de AA.VV. *Historia del Mundo actual (desde 1945 hasta nuestros días)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, p. 269, como un «déficit democrático de sus instituciones». Asimismo, el más que dificultoso avance de la Comunidad en tanto su dimensión política, superadora de la soberanía de cada Estado miembro, podría compensarse con el desarrollo de una política de signo social, dirigida a generar una ciudadanía social en alternativa a una más complicada ciudadanía política, así se percibe desde *Trabajo y empleo, Transformaciones del Trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 243.



Los objetivos diseñados por el Tratado de Amsterdam e incorporados al TCE (art. 125) se orientan a la consecución del pleno empleo de acuerdo con un inicial propósito, que sirve para asociar el anterior objetivo, de raíz social, a los que justifican la propia existencia de la Comunidad europea. Esto es, tal y como pone de manifiesto el prof. Monereo, el mecanismo para la creación de empleo pasa por potenciar una mano de obra formada y polivalente, cualidades que se consideran apropiadas para asumir el cambio económico. El TCE, por tanto, decide proyectar un nuevo sesgo sobre las políticas sociales tradicionalmente asumidas por los Estados miembros. De acuerdo con esta nueva orientación, lo más importante no es la intervención directa sobre el empleo, esto es el desarrollo del sector público o las inversiones dirigidas a la creación de puestos de trabajo, sino más bien la adaptación del trabajador a las exigencias de cada ciclo económico<sup>11</sup>.

Sin embargo, el considerar que la responsabilidad del desempleo la tiene la precaria formación de los trabajadores pasa por un análisis parcial del problema. De ser cierto lo anterior, sería difícil comprender el éxito industrial y económico vivido en la Europa de la posguerra gracias al desarrollo de la siderometalurgia, habitualmente apoyada en trabajadores poco o nada cualificados y, por lo común, emigrados desde otros países cuyo denominador común era la ausencia de estructuras financieras capaces de liderar sus respectivos crecimientos económicos. Tampoco explicaría el éxito comercial de Estados como Taiwán o Corea del Sur, cuyos trabajadores difícilmente podrán alcanzar el nivel formativo que obtienen los jóvenes europeos<sup>12</sup>. Sin ánimo de pretender pontificar en cuestiones tan polémicas y que, por ello, admiten el juego a posiciones demagógicas, lo cierto es que cabe poner de manifiesto, siquiera sea ello, la opción de la Comunidad por intervenir de forma activa sobre el empleo, dejando de lado lo que se vinieron en llamar políticas pasivas<sup>13</sup>, mucho más propias de diseños coyunturales, tan vinculados a los temores de los gobiernos nacionales a perder pie en la batalla electoral. Por decirlo de una manera simple, se trata de apostar por estrategias consolidadas, no sólo en el espacio, sino también en el tiempo.

Las facultades reconocidas al Consejo desde el art. 99.2 del TCE en la orientación de las políticas sociales han acabado cristalizando, sobre todo a partir de

<sup>11</sup> La orientación de las políticas sociales europeas abandona el paradigma keynesiano e impulsa a los Estados miembros a seguir su camino por la vía de las políticas de contención del déficit.

<sup>12</sup> Por mucho que reputados autores como LANDES, D.S., en su obra *La riqueza y la pobreza de las naciones*, Crítica, Barcelona, 1998, p. 433, atribuya el mejor acabado y precisión para la micro-tecnología característicos de la mano de obra japonesa o de los tigres asiáticos (Singapur, Hong Kong, Corea y Taiwán) a algo tan prosaico como la costumbre de sus naturales de manejar desde la infancia palillos para comer.

<sup>13</sup> ORTIZ LALLANA, M.C., *op. cit.* «La Unión Europea...», p. 29.

la Cumbre de Luxemburgo de 1998<sup>14</sup>, en un conjunto de indicaciones perfectamente encuadrables en torno a cuatro objetivos<sup>15</sup> que cabe identificar con la mejora en la capacidad de inserción profesional, el desarrollo del espíritu de empresa, la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas y, por último, el refuerzo de la política de igualdad de oportunidades<sup>16</sup>. De los cuatro aspectos indicados, el último de ellos sí que cabe ser imputado a cierta motivación garantista, o puramente social<sup>17</sup>, en tanto en cuanto no admite una implicación directa en la superación del ciclo económico adverso, máxime cuando precisamente, las situaciones materiales que propician la ausencia de representación femenina, por ejemplo, en un sector económico dado, se justifican en las inercias protagonizadas por los encargados de administrar sus poderes directivos y sancionatorios. En definitiva, este último objetivo deja de implicarse con la relación marcada por el art. 125 TCE entre generación de empleo y superación de la crisis económica para instalarse, quizá en ese mismo ámbito, a modo de contrapeso garantista. A salvo de esta determinación, los demás aspectos relacionados junto a la misma pueden considerarse fuertemente asociados a ese magma que constituye lo que se ha venido en llamar cultura de la flexibilidad, a la que tampoco es ajena la Comunidad Europea<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> ORTIZ LALLANA, M.C., *op. cit.* «La Unión Europea...», pp. 19-21.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>16</sup> Estas líneas dan los primeros pasos en hacia la consecución de un Estado de Bienestar supranacional, tal y como advierten ADELANTADO, J. y GOMA, R., en «Las políticas sociales: entre el Estado del bienestar y el capitalismo global», de AA.VV., *Políticas públicas en la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 214.

<sup>17</sup> La preocupación por la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas europeas aparece como una «tradicional preocupación» para las instancias comunitarias, como recuerda SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, «El Tratado de Ámsterdam...», p. 34.

<sup>18</sup> No en vano la Unión europea ha tenido en las inercias aislacionistas de Gran Bretaña uno de sus tradicionales oponentes, justo al punto de las discrepancias abiertas por las estrategias monetaristas desarrolladas a lo largo de la época THATCHER, a esta conclusión llega MAMMARELLA, G., *Historia de Europa contemporánea desde 1945 hasta hoy*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 411. Por otra parte, la progresiva integración del Gran Bretaña en la Europa del mercado interior no ha sido tanto fruto de una conversión del Gran Bretaña al europeísmo, cuando más se trata de una aceptación del cambio de paradigma por parte de los socios comunitarios que, junto con el propio laborismo británico, han acabado por asumir un cierto pragmatismo político seguramente impulsado por las exigencias de la unión monetaria. En el mismo sentido, el propio programa social demócrata de SCHROEDER, Canciller en 1998 gracias al pacto con los verdes, se vio frenado por la contestación ciudadana manifestada en los comicios europeos que sucedieron a los primeros momentos de su mandato. Precisamente, tal giro hacia las políticas de contención del déficit, impulsadas asimismo por el reto de la Unificación alemana, llevó a la dimisión de LAFONTAINE, el ministro de finanzas del gabinete SCHROEDER, así como secretario general del SPD, sobre estas cuestiones ver PELAZ LÓPEZ, J.V. y PÉREZ LÓPEZ, P., en *op. cit.*, «Europa occidental...», p. 269, así como, por lo que hace a la conversión estratégica del laborismo británico, GIDDENS, A., *La tercera vía*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 35-38.

Tal y como señala el Dr. Monereo, si a lo largo de los años 90 los programas de convergencia europea sirvieron a la justificación de regresiones en el terreno de las políticas pasivas, puede decirse ahora que la definitiva puesta en marcha de la unión monetaria requiere de otro proceso de armonización decidido a igualar (lo que sólo es posible por debajo) las condiciones laborales de los trabajadores. De alguna manera quedan así al descubierto los planteamientos clásicos<sup>19</sup> (que sí dan respuesta al auge económico de la antigua China Nacionalista) que sin duda pasan por hacer más competitivo al trabajador europeo a costa de sus propios derechos<sup>20</sup>. El ponente observa la distancia entre una política defensiva y la ofensiva, si bien reconoce que esta última se queda en el plano de las intenciones sin que las políticas efectivamente puestas en marcha sean las más apropiadas para lograr esos objetivos ofensivos. Por otra parte, indica que las intervenciones sobre las denominadas políticas pasivas pueden considerarse en realidad verdaderas políticas activas o de repercusión sobre ellas.

Las orientaciones indicadas pasan en primer lugar, al menos en mi interpretación, por la desaparición, en la medida de lo posible, del trabajador tradicional, lo que puede intentarse a través de su conversión en un pequeño empresario, cuya actividad se dirigirá tanto a la economía social como a nuevos yacimientos. Las reservas tradicionalmente referidas a las políticas de fomento del empleo «tradicional» no son reiteradas con ocasión del fomento para la creación de empresas al alcance del pequeño capital, aunque sí que es preciso reconocer que los mecanismos que se reclaman para dar cumplimiento a esta estrategia difieren de los habitualmente empleados para favorecer la contratación. Todo pasa, en cualquier caso, por las recurrentes exigencias de miniaturización del Estado, en tanto en cuanto lo que se pretende es la rebaja de los impuestos y cargas sociales que habitualmente ha de sufrir el empresario (o trabajador autónomo), lo que podrá compensarse, por lo visto, con la desaparición de un gran contingente de desempleados, describiendo un proceso de transición, como apunta el Dr. Monereo, del *welfare* al *workfare*. Se trata, en cualquier caso, de dar un salto al vacío imposible de asumir en el nivel nacional por parte de cualquier partido político dados los evidentes riesgos electorales. Ni siquiera los partidos más conservadores, ello a salvo de experiencias paradigmáticas (la Gran Bretaña de Thatcher<sup>21</sup>), han asumido un repliegue sustancial de sus políticas paliativas en los Estados de la Comunidad.

---

<sup>19</sup> Al fin y al cabo, en sus orígenes, el proceso de integración europea se articulaba en torno a la consecución no tanto de cierta unidad política sino sobre todo económica, tal y como indica RUIPÉREZ, J., *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 34.

<sup>20</sup> LANDES, D.S., *op. cit. La riqueza...*, p. 433.

<sup>21</sup> El acceso del neoliberalismo thatcheriano se hubo de ver favorecido por la previa sensación de cataclismo socio económico imputada a las políticas de expansión del gasto público asumidas por los antecesores laboristas; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J.F., *El Thatcherismo, Historia y análisis de*

En segundo lugar, las indicaciones del Consejo se ordenan sobre las medidas recurrentemente invocadas como remedio al desempleo y que pasan tanto por nuevas exigencias formativas, como por la reducción del excesivo garantismo laboral, a quien se responsabiliza de colocar en situación no competitiva a las empresas europeas. Precisamente, la necesaria adaptación del trabajador a las nuevas tecnologías es responsable de generar importantes bolsas de empleo dentro del pujante negocio de la formación, sostenido, no en pocas ocasiones, por subvenciones estatales e incluso comunitarias<sup>22</sup>. En cualquier caso, es necesario apuntar que los resultados económicos que generan estas empresas provienen en la mayor parte de las ocasiones del caudal público, ya sea a partir de las consabidas subvenciones de apoyo a la formación o de las prestaciones por desempleo. Por todo ello, la formación supone, de alguna manera, una nueva fórmula de desplazamiento de los ingresos públicos hacia la empresa privada, destinada a subvencionar indirectamente a ciertas iniciativas caracterizadas, en este caso, por su objeto social<sup>23</sup>.

La reducción en el garantismo laboral se asocia a las exigencias de adaptación de las empresas en función de la competencia en el mercado<sup>24</sup>. De modo que, las exigencias de la integración monetaria y asimismo, de la creación del mercado interior, pasan por asimilar las condiciones de trabajo de los europeos a las propias de otros Estados con los que es necesario entrar en

---

*una época*, Universidad de Almería, Almería, 1999, pp. 39-54, aporta una cumplida reseña sobre lo que se vino en llamar «*winter of our discontent*», que acabó por hacer fortuna en la expresión popular y que sirvió para definir el momento histórico en el que el cabe certificar la quiebra de la confianza entre el electorado británico y las políticas de inspiración keynesiana (invierno 78-79), a lo que sin duda también contribuyeron las huelgas salvajes promovidas por los sindicatos británicos.

<sup>22</sup> Como el Programa *Leonardo Da Vinci*, destinado, como indican ADELANTADO, J. y GOMA, R., *op. cit.*, «Las políticas sociales...», p. 205, a constituir «*el embrión de una verdadera política común de formación ocupacional*».

<sup>23</sup> Puede apreciarse algún paralelismo entre estas empresas dedicadas a la formación y las estrategias adoptadas por las grandes entidades financieras a propósito de la crisis estructural del sistema de pensiones y el relanzamiento de los planes de previsión particulares, aunque haya de reconocerse que, en este último caso, se observa una directa relación entre la instalación del nuevo circuito de ahorro a largo plazo y un mayor crecimiento económico, algo que, no parece tan evidente en el caso de los planes de formación, cuyo desarrollo favorece, casi en exclusiva, a la persona que gestiona (por medio de subvenciones públicas) la empresa dedicada a ofertarlos.

<sup>24</sup> Que, como indica MONTOYA MELGAR, A., «Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa», *RMTAS*, n.º 23, 2000, p. 17, incide en la organización externa de la empresa antes de afectar a la interna, que es en la que se escenifican las relaciones laborales.

competencia<sup>25</sup>. Esta solución pretende abundar en la clásica estrategia defensiva, dirigida hacer depender los derechos del ciudadano de los ciclos económicos, lo que no es del todo equivocado dado que, precisamente, existe, y siempre ha existido, una relación directa entre la capacidad económica y el disfrute de la condición de ciudadano<sup>26</sup>. Lo que falla en este conjunto de formulaciones es, precisamente, el consciente olvido del papel que corresponde no ya a los Estados, sino a una instancia como la Comunidad Europea, aparentemente cada vez más decidida a ir supliendo a las iniciativas nacionales dirigidas a posibilitar el disfrute de derechos a aquellos que no poseen medios propios para su sostenimiento.

Las directrices<sup>27</sup> que articula el Consejo con ocasión del capítulo relativo a la necesidad de adaptación que tienen las empresas y los trabajadores a la competencia en el mercado dejan entrever una cierta llamada a la flexibilidad, concepto totémico que, cuando se asocia a contrato de trabajo, suele conducir a postulados como los de contratación temporal acausal o abaratamiento del despido<sup>28</sup>. Superado el auge y caída de la contratación temporal<sup>29</sup>, hoy en día se promociona la contratación por tiempo indefinido favoreciendo su extinción por cualquier causa (incluso sin ella) a precio razonable<sup>30</sup>. Resulta muy difícil abandonar

---

<sup>25</sup> Lo que requiere previamente la convergencia entre los estados europeos, si bien este resultado lo garantiza la propia globalización económica, ya que, como indica MUÑOZ DE BUSTILLO, R., «Retos y restricciones del Estado del Bienestar en el cambio de siglo», de AA.VV. *El Estado de Bienestar en el cambio de siglo*, Alianza, Madrid, 2000, p. 84, este contexto retrasa la aplicación de políticas anticíclicas en cada uno de los estados miembros ante cualquier atisbo de crisis, ya que aquellas, directamente responsables de elevar el gasto público y por ende la presión fiscal, no harían sino que provocar una huida de capitales hacia los estados que se mantuvieran firmes.

<sup>26</sup> O dicho de otra forma, el Derecho del Trabajo es sensible a los ciclos económicos, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Derecho del Trabajo y crisis económica», de AA.VV., *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la crisis de los 80, III Coloquio sobre Relaciones Laborales*, Universidad de Zaragoza, 1983, p. 248.

<sup>27</sup> ORTIZ LALLANA, M.C., *op. cit.* «La Unión Europea...», pp. 35-41.

<sup>28</sup> Lo que da la razón a BAYLOS GRAU, A.P., cuando habla en «Por una (re)politicación de la figura del despido», *RDS* n.º 12, 2000, p. 10, de «*autoreferencialidad del poder unilateral de rescisión del contrato por parte del empleador*», como crítica a lo que constituye un enfoque fragmentario que desprecia contemplar los efectos directos e indirectos que el despido tiene sobre la posición del trabajador en la relación obligatoria.

<sup>29</sup> Previa la consideración de que en nuestro país la temporalidad alcanzó mayores cotas que en el resto de Europa, como recuerdan RIVERO LAMAS, J., «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», *REDT* n.º 80, 1996, p. 976, y MONTROYA MELGAR, A., «Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento», *DL* n.º 58, 1999, p. 19.

<sup>30</sup> Como apunta GORELLI HERNÁNDEZ, J., en «La reforma del mercado de trabajo: una valoración crítica», *TL* n.º 30, 1994, pp. 80-81, «*Hoy en día no se exige justa causa para extinguir, sino para no indemnizar*».

la tesis de que a mayor flexibilidad en el empleo, lo que por lo general se concreta en una exageración de las facultades directivas del empleador, mayores posibilidades para la contención del estatuto ciudadano del trabajador. En efecto, a mayores posibilidades de actualización del poder empresarial le corresponde una menor combatividad en quien resulta fácil destinatario de la represalia, disimulable cada vez con mayor facilidad dentro de un acto de disposición «ordinario» del poder empresarial.

En cualquier caso, las directrices comunitarias no tienen por qué reducirse a los anteriores tópicos, e incluso resulta indicado observar que no parece coherente con los objetivos del TCE el adoptar una política social que, pese a su carácter bienintencionado, llegue al extremo de propiciar un vaciado de las facultades tutelares de los trabajadores<sup>31</sup>. Si se repara en las directrices concretas, se ve cómo las mismas no imponen necesariamente la versión más gruesa del concepto «flexibilidad»<sup>32</sup>, aunque en ocasiones sea muy dificultoso distinguir cuándo se está hablando de adaptabilidad del contrato de trabajo a las situaciones cambiantes que pudieren afectar a la empresa o de despido libre. Máxime cuando, desde algún punto de vista, no resulta exagerado afirmar que el contrato de trabajo soporta sin complicaciones aquellos sucesos económicos directamente implicados con la supervivencia de la relación obligatoria, arbitrando medidas que van desde las establecidas en los arts. 40 y 41 ET, hasta las más abruptas que se recogen en los arts. 51 y 52 c) ET, todo ello pasando por estadios intermedios, como los contemplados en el art. 47 ET.

Las directrices de la Comunidad, en opinión del Dr. Monereo, abundan en la idea de la transformación del trabajador en un ente cualificado, apto para el manejo de las tecnologías de última generación y, a su vez, dispuesto a asumir una tercera revolución industrial<sup>33</sup> que acabe con el trabajo en las fábricas y lo sustituya por alternativas<sup>34</sup> seguramente más propias de la imaginación que de la realidad. En cualquier caso, resulta coherente con los planteamientos anteriormente indicados el postular la desaparición definitiva del estereotipo de trabajador metalúrgico que se considera en contradicción con su empresario. Lo anterior se persigue a través de diversas fórmulas.

La primera de ellas pasa por la flexibilización de las relaciones de trabajo, lo que se pretende incluso a costa de la estructura jurídica que la alberga desde los

<sup>31</sup> Así lo ven BLANPAIN, R., HEPPLÉ, B., SCIARRA, S. y WEISS, M., «Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión europea», *REDT* n.º 74, 1995, p. 876.

<sup>32</sup> Entendida, como se anota desde AA.VV., coord. SUPLOT, A., *op. cit.*, *Trabajo y empleo...*, p. 272, por «obtener todos los frutos de la coordinación social y económica, sin ninguna contrapartida».

<sup>33</sup> Una revolución impulsada por las «máquinas pensantes» a que se refiere RIFKIN, J., en *El fin del trabajo*, Paidós, Barcelona, 1994, p. 86.

<sup>34</sup> ORTIZ LALLANA, M.C., *op. cit.* «La Unión Europea...», p. 41.

comienzos que no es otra que el contrato como fuente de obligaciones. El resultado pasa por una superación fragmentaria de la ajenidad, si bien cabe admitir que los efectos de este proceso de relativización se dejan notar más en su proyección sobre los riesgos<sup>35</sup> que sobre los frutos. Efectivamente, la obligada inmersión del individuo (ya no digo ciudadano porque no creo que pueda hablarse de ello en estas circunstancias) en un ámbito absolutamente ajeno a la vez que provisto de sus propias reglas, no siempre compatibles con el orden público, no deja de aparecer como una renuncia desde los poderes públicos a regular la cuestión obrera. Siempre en la línea de estos programas de implicación del trabajador con su empresario, en una reedición de los planteamientos comunitaristas, se añaden figuras como las contenidas en el Plan PEPPER<sup>36</sup>, emitido por la Comisión en 1996, destinadas a trasladar las cada vez mayores relaciones entre riesgo empresarial y trabajador al terreno de los beneficios. A salvo de quienes pueden considerar estas estrategias como meros mecanismos defensivos destinados a propiciar que las empresas no acaben siendo exclusiva propiedad de los empresarios, de modo que determinadas decisiones hayan de consensuarse, lo cierto es que siguen implicándose con un proceso, más o menos disimulado, de transformación del trabajador desde su versión clásica, antagonista a la del empresario, a otra, consecuencia de su mayor formación y responsabilidad, absolutamente implicada con el desarrollo de la empresa ajena como si de la propia se tratara<sup>37</sup>.

La segunda de las fórmulas señaladas parte de un cambio en las estrategias tutelares del propio ordenamiento jurídico, a quien se le reclama una mayor preocupación por el pequeño empresario. Se trata de proteger al promotor de una iniciativa empresarial, cuanto más pequeña sea ésta, mejor, y así propiciar el refugio del desempleado en el autoempleo, que, por las mismas razones, encontrará su primer impulso financiero en recursos detraídos del ahorro familiar. Las nuevas tecnologías permiten la puesta en marcha de iniciativas empresariales no demasiado costosas, que si bien no son lo suficientemente poderosas como para generar puestos de trabajo, sí que permiten la obtención de recursos suficientes para un conjunto más o menos amplio de asociados.

Ya se ha adelantado, con ocasión de aludir a las políticas estatales, el habitual desequilibrio que sobre los derechos subjetivos laborales acaba propiciando una excesiva atención al fomento del empleo. No se sabe si por necesidad de

---

<sup>35</sup> Entendiéndose la flexibilidad en tanto pérdida de seguridad para el trabajador, AA.VV., coord. SUPLOT, A., *op. cit.*, *Trabajo y empleo...*, p. 277.

<sup>36</sup> Sobre la cuestión, DE JUAN, A. «A vueltas con el Plan Pepper. El fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa», *RMTAS*, n.º 17, 1997, pp. 111-129.

<sup>37</sup> De la mano de los sistemas de organización racionalizada o *Toyotistas*, RIFKIN, J., *op. cit.* *El fin del trabajo...*, p. 138.

cierta legitimación o porque es lo adecuado, los gobiernos de todos los Estados comunitarios parecen haber llegado a ponerse de acuerdo en que el fomento del empleo ha de imponerse a la salvaguarda de la posición del trabajador, hasta el punto de no despreciar la posibilidad de que esta figura vaya pasando a un segundo plano. Si el tratado de Amsterdam puede sugerir otras interpretaciones, la anterior es la mía. No creo que ese Tratado suponga un avance en la Europa Social, más bien creo que se sigue insistiendo sobre las mismas orientaciones que han ido inspirando las políticas de retroceso en el garantismo laboral en función de un mayor desarrollo del mercado<sup>38</sup> y de sus principales protagonistas entre los que nunca se han contado los trabajadores<sup>39</sup>. Claro es que, como se ha indicado, estos temas propenden a generar discursos demagógicos, siendo éste un riesgo del que no puede uno excluirse, pero, a salvo de ello, he de reconocer que no llego a vislumbrar qué consecuencias puede tener esta nueva política sobre los reconocimientos hechos al más alto nivel desde las Constituciones de cada uno de los Estados miembros<sup>40</sup>, y más en concreto desde la española de 1978<sup>41</sup>, cuyo objeto es todo un conjunto de derechos subjetivos implicados, de manera más o menos directa, con el ciudadano-trabajador<sup>42</sup>.

De todos ellos, bien parece que al TCE sólo le interesa la protección del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo así como una vez en él, algo que hasta la fecha ya ha sido superado con creces por el ordenamiento español. Podría parecer que no es interés del TCE el

---

<sup>38</sup> Nuevamente, BLANPAIN, R., HEPPLE, B., SCIARRA, S. y WEISS, M., *op. cit.*, «Derechos sociales fundamentales...», p. 876. Sin perder de vista que el mercado como entidad caracterizada por su eficiente funcionamiento no pasa de ser un mito, como recuerda TORRES LÓPEZ, J., «Sobre la ida y vuelta al liberalismo de la economía y el derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de Granada*, n. 3, 2000, p. 30. el citado autor concluye afirmando (*ibidem*, p. 45) que «dejar que sea el mercado quien actúe como privilegiado o único mecanismo de asignación de los recursos supone aceptar soluciones que, en la realidad, son inevitablemente imperfectas e ineficientes desde el punto de vista de la asignación».

<sup>39</sup> Su contribución al nuevo mercado pasará por su reducción a meros «agentes económicos», TORRES LÓPEZ, J., *op. cit.*, «Sobre la ida y vuelta...», p. 33

<sup>40</sup> En lo que constituye a juicio de BLANPAIN, R., HEPPLE, B., SCIARRA, S. y WEISS, M., *op. cit.*, «Derechos sociales fundamentales...», p. 878, el reflejo de una tradición jurídica común.

<sup>41</sup> Puede encontrarse un aviso sobre el peligro de desvanecimiento de las construcciones garantistas nacionales a causa de la integración comunitaria en APARICIO TOVAR, J. «¿Ha incluido el Tratado de Maastrich a la negociación colectiva entre las fuentes del derecho comunitario?», *REDT* n.º 68, 1994, p. 920.

<sup>42</sup> Al fin y al cabo, las cargas constitucionales que pesan sobre los estados miembros no son compartidas por las instancias supranacionales europeas, lo que lleva a algunos como GIDDENS, A., *Un mundo desbocado*, Taurus, Madrid, 2000, p. 93, a advertir que «la UE no cumple los criterios democráticos que exige a sus miembros».



adoptar una especie de catálogo de Derechos Fundamentales<sup>43</sup>, lo que obliga a conciliar, definitivamente, los aportados por cada uno de los Estados miembros y las determinaciones de la Comunidad. Si bien es posible aceptar que en el plano del debate aséptico las políticas de fomento no inciden sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, resulta mucho más complicado descartar que una flexibilización en los resortes extintivos del contrato de trabajo no contradiga las indicaciones contenidas en el art. 9.2 de la CE. En cualquier caso, habida cuenta la escasa operatividad *procesal* de preceptos como el anotado (me temo que mucho más indicado para hacer discursos académicos que judiciales), lo más sencillo es que las políticas indicadas acaben imponiéndose a falta de un circuito adecuado para la actualización de unas grandes determinaciones *constitucionales* de las que, hoy por hoy, carece el Derecho Comunitario<sup>44</sup>, en abierto contraste con el resto de la Comunidad internacional, que, incluso desde sus primeros pasos, mostró su preocupación por la cuestión social.

### 3. Los derechos fundamentales y la relación obligatoria laboral. Un nuevo escenario de conflicto: «*Nuevas tecnologías y organización de la empresa*»

La Dra. Belén Cardona, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social la Universidad de Valencia, con fructíferas líneas de investigación ocupadas de analizar, desde diversos puntos de vista, el binomio ciudadanía y condición trabajadora, asumió el encargo de trasladar sus últimas conclusiones en torno al impacto que la tecnificación de la organización empresarial tiene sobre la posición del ciudadano trabajador. Dentro de este contexto, llegando incluso a trascender al debate mediático, ha adquirido especial interés el estudio de las condiciones que el trabajador debe observar en el manejo de los recursos telemáticos de la empresa.

---

<sup>43</sup> Más allá del *zócalo* mínimo a que se refiere GONZÁLEZ ORTEGA, S., en «La carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», de AA.VV. *Política social internacional y europea*, MTAS, Madrid, 1996, p. 313. RUIPÉREZ, J., *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 36-37 considera que el modelo adoptado por la Unión Europea está claramente inspirado en el Estado liberal y que, por lo tanto, es susceptible de soportar las mismas dificultades. Por último, la fundamentalidad habría de entenderse en función de que tales derechos habrían de ser, a juicio de BLANPAIN, R., HEPPLER, B., SCIARRA, S. y WEISS, M., *op. cit.*, «Derechos sociales fundamentales...», p. 877, «*Manifiestos, claros e indiscutibles, globales y permanentes*», .

<sup>44</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., «Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales», *RL*, 1996-I, p. 72.

El abuso en el acceso a *internet* por parte de los trabajadores ha llevado a algunos intérpretes a formular un debate que comprende, por una parte, el alcance de los poderes empresariales en relación con el control y vigilancia del proceso productivo y, por otra, las posibilidades de que el trabajador, aun dentro de la empresa, conserve una cierta privacidad. El debate pertenece a uno mayor, centrado en la resistencia que puede oponer el derecho fundamental a la protección de la intimidad ante las consecuencias de la relación obligatoria laboral. Este gran debate presenta otros puntos de fricción, determinados, sin ir más lejos, por el reconocimiento al empresario por el Estatuto de los Trabajadores de ciertos poderes asociados (adicionales) a su libertad de empresa.

En el elenco de tales facultades, que no pretende ser exhaustivo, figurarían: el manejo por la empresa de datos personales del trabajador —de índole sindical o médico—, la disposición de mecanismos de vigilancia del proceso productivo, la posibilidad de controlar los periodos de recuperación y enfermedad de los trabajadores e incluso la de someter a los trabajadores a cuestionarios sobre los que basar posteriores decisiones —desde la contratación a la extinción, pasando por los ascensos y demás alteraciones de la relación obligatoria—. A estos derechos, que insisto, reconoce el Estatuto de los Trabajadores, se le oponen otros cuyo origen se localiza en el derecho fundamental a la protección de la intimidad, en ocasiones especializado, o acompañado por otros derechos, como la no-discriminación o la libertad sindical.

La competencia entre derechos ciudadanos y facultades empresariales ha tomado cuerpo en dos manifestaciones complementarias. En algunos casos el conflicto se concibe por el legislador y se manifiesta en la existencia de ciertas reglas establecidas por la norma laboral, destinadas a asegurar la convivencia de ambos estatutos en el espacio controlado por el empresario<sup>45</sup>. En otros, a falta de estas normas que acercan la compatibilidad de los derechos implicados, tiene el TC que decidir entre la defensa o la restricción, en función de las circunstancias, del derecho a la intimidad en sus disputas con las facultades de dirección y control de la actividad laboral.

---

<sup>45</sup> Insisto una vez más en la utilidad de la diferencia aportada por FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», de AA.VV., *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 47, entre espacio vital efectivo y espacio vital dominado. La necesidad por proteger al ciudadano trabajador no se sustenta precisamente en otra cosa que en la existencia de cierta dependencia organizativa, justificada en el reconocimiento al empresario de determinados poderes. El desempeño de la actividad laboral en un entorno controlado fuerza al Estado a procurar —art. 9.2 CE— la supervivencia del ciudadano dentro de aquel entorno, al que ha de acudir obligatoriamente el trabajador para la satisfacción de unas necesidades humanas cada vez más complejas.

La norma laboral se enfrenta con una serie de cometidos poco o nada discutibles entre los que, y sin ánimo de proponer un orden de mayor a menor importancia, podrían citarse los siguientes. En primer lugar, la norma laboral ha de procurar la eficiencia de los derechos ciudadanos en el seno de la relación de intercambio, tal y como lo exige el pórtico del propio texto constitucional (arts. 9.2 y 53.2 CE) en coherencia con la propia esencia del Estado Social y Democrático (art. 1.1 CE); en segundo lugar, aquélla ha de encargarse de fijar ciertos mínimos protectores (concretamente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, jornada laboral y descanso, art. 40.2 CE) destinados a compensar el libre juego de la autonomía individual o colectiva; ha de fomentar, en tercer lugar, la negociación colectiva como circuito complementario para la determinación de la norma laboral (art. 37.1 CE); y ya en cuarto lugar, ha de encargarse de favorecer la creación de empleo (art. 40.1 CE).

Aunque cada cual puede ordenar sus preferencias, no parece fácil discutir que esos cuatro bloques conforman lo que podrían considerarse como las grandes referencias condicionantes para cualquier política social. Los objetivos anotados coinciden en esencia también con pronunciamientos supranacionales, contenidos en normas como el TCE o el TUE. Es posible que, en ocasiones, aquellos textos puedan llegar a alterar el orden en el que la CE clasifica a todos aquellos objetivos (ya que no es lo mismo alcanzar la plenitud en el estatuto ciudadano a partir de la eficiencia del mercado, tal y como parece advertir el art. 2 del TCE, que lo contrario<sup>46</sup>), no obstante, no es necesario ocuparse de ese problema ahora. Lo cierto es que, de acuerdo con las normas fundamentales que presionan al legislador laboral, éste ha de asumir el encargo de procurar un Derecho del Trabajo comprensivo de la desigualdad originaria, lo que obliga a que aquél sea asistido tanto de normas de Derecho necesario como de aquellos mecanismos que proporcionen una mayor fuerza contractual a la parte débil, todo ello sin olvidar la misión estructuradora que presenta una sección del ordenamiento cuyo ámbito de aplicación interesa a la práctica totalidad de los ciudadanos y, por supuesto, la importancia del trabajo como medio para el sustento integral del ciudadano.

A la hora de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales dentro de la relación obligatoria laboral, el legislador laboral ha optado primordialmente por asegurar la indemnidad del trabajador ante reacciones represivas protagonizadas por el empleador, cuando aquéllas son motivadas por una voluntad dirigida a evitar los perjuicios que el ejercicio de los derechos fundamentales puede ocasionar a su explotación. Sin embargo, las cláusulas de indemnidad sirven a una

---

<sup>46</sup> BLANPAIN, R., HEPPLER, B., SCIARRA, S. y WEISS, M., *op. cit.*, «Derechos sociales fundamentales...», p. 876. Asimismo, BAYLOS GRAU, A.P., *op. cit.* «Por una (re)politización...», p. 19.

protección relativa del estatuto ciudadano. Téngase en cuenta que aquéllas interviene frente a actos del empresario posteriores al pleno ejercicio del derecho fundamental por parte del trabajador, pero no solucionan los supuestos en los que el primero puede evitar anticipadamente el ejercicio del derecho. El empresario puede privar al trabajador de las posibilidades materiales para ejercer su libertad —sindical, especialmente— o, mediante extralimitaciones, intervenir sobre espacios cuyo dominio corresponde a la intimidad de sus empleados.

Por lo que hace al primer caso, las posibilidades de impedir directamente al trabajador el ejercicio de sus derechos y libertades depende del nivel de desarrollo que el legislador pretenda atribuir a la facultad en cuestión. Si se compara el nivel afección potencial que puede tener el derecho a la libertad sindical con el que puede llegar a tener otro derecho, como por ejemplo, el derecho a la educación, resulta obligado reparar en el hecho de que al primero le acompaña, en contraste con el segundo, un aparato normativo prolijo, especializado y, asimismo, interesado en definir, con la mayor exactitud posible, de qué forma han de ejercitarse los derechos sindicales. Al servicio de este afán se encuentran no sólo las normas verticales de desarrollo, monográficas y especializadas (LOLS), sino que a lo anterior se añade todo un conjunto de reglas de conflicto, cuya contravención llega a propiciar, no en pocas ocasiones, la misma respuesta desde el ordenamiento que la que se produciría si se tratara de los enunciados consignados en la misma ley orgánica que desarrolla el derecho fundamental. Seguramente que todo tiene que ver con el carácter *específico* que al derecho a la huelga y a la libertad sindical se le ha atribuido con ocasión de su tratamiento desde la norma laboral general; ahora bien, la especial atención que aquellos derechos reciben dentro del Estatuto de los Trabajadores no hace sino que poner de manifiesto el interés del legislador laboral por explicitar el régimen que habrá de considerarse adecuado para el ejercicio de aquellos derechos. Esa mayor preocupación no siempre redundan en una menor conflictividad, pero sí que propicia una Jurisprudencia mucho más asentada y garantista.

Por el contrario, si se repara en el nivel de preocupación que el legislador ha mostrado con relación a los derechos fundamentales de filiación no laboral es fácil detectar importantes diferencias. Si bien es cierto que, tradicionalmente, las propias actividades profesionales descartaban la necesidad de atender a los conflictos entre el poder de dirección y derechos como la intimidad, la propia imagen o el honor, en la actualidad el escenario va cambiando progresivamente. Como ya se indicó por la doctrina<sup>47</sup>, el progresivo protagonismo que dentro de las relaciones laborales van alcanzado los empleos en los que existe un trato directo

---

<sup>47</sup> DEL REY GUANTER, S., «Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo. Notas para una teoría general», *RL*, 1988-I, p. 201.

entre el operario y el público propicia colisiones entre los intereses del empleador y un conjunto de derechos cuyo protagonismo parecía sustraído del mundo laboral.

Si la cláusula de indemnidad protege al trabajador frente a la represalia del empresario una vez que el primero ha ejercitado el derecho fundamental, una normativa pormenorizada puede establecer los procedimientos para compatibilizar el ejercicio del derecho fundamental, con el respeto debido a su contenido así como a las inherentes facultades empresariales. Sin embargo, estos mecanismos de garantía no sirven en los casos en los que la intervención del empresario pasa desapercibida para el trabajador o estamos ante derechos cuyo contenido no se materializa en una conducta activa, sino que se agotan en una protección ante la injerencia. El derecho a la intimidad, por tanto, no siempre se protege desde la cláusula de indemnidad —aunque en ocasiones así pueda ser— ni se beneficia de forma suficiente de normas que clarifiquen protocolos hábiles para su ejercicio, ya que la facultad se ejercita de forma pasiva, asegurando a su titular el quedar a salvo de la curiosidad del empresario.

Este escenario condiciona la manifestación de dos problemas a los que la ponente, Dra. Cardona, concedió la mayor importancia. Por un lado, y en lo que ha constituido un debate de trascendencia más allá del ámbito científico, el de la posibilidad de que el empresario tome medidas por el empleo por parte del trabajador del correo electrónico o de la red. Y por otro, los controles a que ha de someterse el manejo por parte del empresario de determinados datos sensibles de sus trabajadores, obtenidos ya sea con ocasión de la gestión de la cuota sindical, *check-off*, o en relación con la vigilancia de la salud.

El control en el manejo del correo electrónico y, más en concreto, la posibilidad de administrar el poder sancionatorio como consecuencia de un presunto exceso en su manejo, supone una escenificación más del antagonismo provocado por la presencia de dos estatutos dentro de la relación obligatoria laboral. Seguramente fue la STC 98/1985, y su tantas veces repetido F.J. 2.º, la responsable de mostrar que la ciudadanía no decaía dentro de la empresa. De ese pronunciamiento han partido todos aquellos que posteriormente han opuesto poderes empresariales a derechos fundamentales.

El manejo del correo electrónico suscita, no obstante, tal y como puso de manifiesto la Dra. Cardona, dos tipos de problemas. Uno, el que ha trascendido a la opinión pública, relativo a si tal mecanismo de comunicación puede o no servir para fines personales del trabajador. Y otro, seguramente anudado al anterior, aunque perfectamente diferenciable, cual es el de considerar si su derecho de propiedad faculta al empresario a acceder a las comunicaciones que el trabajador entable y, en tal caso, operar algún tipo de control en relación con un uso indebido de los recursos informáticos.

Ambas cuestiones están interrelacionadas por el poder sancionatorio. Si al empresario se le permite un control sobre los trabajadores en relación con el manejo del correo electrónico, será porque aquellos pueden abusar en su empleo, siendo tal circunstancia conducente a la interposición de sanciones o, al menos, a la formulación de advertencias. No parece razonable, como advierte la Dra. Cardona, que la justificación para habilitar el control sea la de permitir al empresario acceder al contenido de las comunicaciones digitales de sus empleados a la búsqueda de ciertas informaciones, por mucho que aquellas pusieran de manifiesto irregularidades conducentes a la imposición de sanciones (concurrentia desleal, incitación a la huelga ilegal o a cualquier otro incumplimiento...). El empleo del correo electrónico, por tanto, no habría de suscitar un trato distinto al de otros mecanismos tradicionales, como el teléfono o el correo ordinario.

El empresario, por tanto, quedaría perfectamente habilitado a comprobar si el trabajador hace un uso razonable del correo electrónico, si bien esa vigilancia no propicia al empresario a violar el secreto de las comunicaciones del trabajador. Es preciso encontrar un término medio, coherente con las orientaciones del TC y su doctrina sobre el principio de proporcionalidad (STC 98/2000 y 186/2000). En este sentido, resulta proporcional que el empresario controle el tiempo que el trabajador dedica al acceso a la red, dado que tal información le permite conocer si el empleado hace un uso racional de los recursos puestos a su disposición.

Si de la mano de este control el empresario no satisface su interés en impedir que el trabajador acceda a determinados *web site*, la Dra. Cardona entiende que el respeto al derecho a la intimidad obliga a la adopción de estrategias preventivas, descartando aquéllas que aspiren a un control directo de presuntos accesos inadecuados. Se trataría de evitar, mediante una adecuada manipulación, que el terminal del operario pudiera acceder a determinados lugares, lo que aseguraría la protección del interés del empresario sin años colaterales sobre la intimidad del trabajador. En efecto, cualquier control *a posteriori* de los accesos realizados por el trabajador podría poner a disposición del empleador datos añadidos, cuyo conocimiento podría desencadenar represalias más o menos justificadas.

En cualquier caso, tampoco pasa desapercibido para la Dra. Cardona el hecho de que, aun pudiendo el empresario, de la mano de otros recursos no necesariamente enfrentados con la intimidad del trabajador, llegar a descubrir un uso indebido del correo electrónico, no necesariamente por tal motivo le sería posible llegar a desencadenar las peores manifestaciones de su poder sancionatorio. El que un uso indebido del correo electrónico resulte una conducta reprochable no lleva necesariamente al despido, ya que para ello habrá de superarse el control de proporcionalidad que reclama el art. 54.1 del ET. Esto es, habrá de

comprobarse si esta conducta incorrecta ha acarreado —o puede acarrear— perjuicios al empresario y, sobre todo, cuál es la medida o alcance de aquéllos, sean reales o potenciales<sup>48</sup>.

El otro aspecto a que prestó su atención la Dra. Cardona queda referido a otra cuestión puntual, también vinculada a la defensa de la intimidad por parte del trabajador. Si la implantación del correo electrónico o el trabajo en red permiten al empresario establecer reglas para la utilización de tales mecanismos, las facultades de vigilancia de la salud, así como determinadas fórmulas de cooperación del empresario con las representaciones sindicales, señaladamente el *check-off*, obligan a aquél a someterse a determinadas reglas. Es hoy por hoy la STC 11/1998<sup>49</sup> y no una decisión del legislador, la referencia que puede manejarse para conocer los límites que se somete el empresario en el manejo de los datos puestos a su disposición. Sin embargo, la ayuda que presta la citada sentencia resulta relativa ya que únicamente sirve para contener aquellas actuaciones empresariales que se justifiquen expresamente en el conocimiento de tales datos, quedando al descubierto aquellos supuestos en los que el empresario se sirva de tal información para adoptar decisiones acausales (renovación de contratos, desistimientos, ascensos, selección de trabajadores para el despido económico...). Como establece la Dra. Cardona, es precisamente ahí donde las tutelas sustantivas deben complementarse con otras procesales, como por ejemplo las inversiones de la carga de la prueba.

#### 4. El acceso del trabajador a la titularidad o al control de la empresa: «Nuevas formas de participación de los trabajadores en la empresa»

La última de las cuestiones analizadas dentro de esta segunda jornada sobre cuestiones de actualidad quedó encomendada al Dr. Juan Pablo Landa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UPV, experto en Derecho Sindical y siempre preocupado por la delimitación de esas zonas grises que circundan al sujeto protagonista del Derecho del Trabajo. La elección del tema, así como la propia línea de investigación, denota el interés por poner de manifiesto un proceso de relativización de la nota de ajenidad, y en especial en su manifestación sobre los frutos de la explotación, cuando a estas alturas es

<sup>48</sup> No resulta proporcionado despedir a un trabajador que envía 200 correos electrónicos de contenido jocoso a su lista de contactos y amonestar simplemente a aquél que ha empleado el teléfono de la empresa para poner una conferencia con el extranjero.

<sup>49</sup> Puede disponerse de un comentario a la misma, a cargo precisamente de la Dra. CARDONA, en «Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo», *RDS* n.º 6, 1999, pp. 23-54.

muy posible que la relativa a los riesgos no sea más que una fórmula escolástica carente de respaldo práctico. La normativa que acompaña a la crisis ha conseguido repercutir el factor del riesgo empresarial sobre el contrato de trabajo, haciendo a éste más sensible a las situaciones cambiantes de la economía y consiguiendo que el riesgo se manifieste antes al trabajador que al accionista. En cualquier caso, las fórmulas de participación económica en la empresa a que hace referencia el Dr. Landa intervienen sobre la ajenidad en el fruto, e insisten en llevar a aquella nota definitoria a una crisis final, que certificaría su definitiva derrota como elemento característico de la laboralidad en favor de la dependencia organizativa.

La novedad de las propuestas del Dr. Landa radica en la finalidad a que orienta la presencia obrera en la empresa —participación financiera— y no tanto a los instrumentos de colaboración en cuanto tales. Sigue siendo útil, en cualquier caso, recordar esos mecanismos tradicionales de participación, para posteriormente entrar en diálogo con el elenco confeccionado por el ponente.

En este sentido, puede comenzarse afirmando que el apreciable desarrollo que las fórmulas de participación en la empresa mantuvieron en occidente a lo largo del periodo posterior a la revolución soviética indica el interés de sus promotores por contener una cuestión social excitada por el sugerente modelo puesto en marcha en la URSS. Y a pesar de que tales fórmulas adquirieran un desarrollo más o menos generalizado, si con algún estado se asocia la participación en la empresa es con la República Federal Alemana. Por variadas circunstancias coyunturales, que van desde la orientación social del partido en el poder desde 1949 a la preocupación por deshacer los *cartels* que controlaban su siderurgia, aquel estado asumió la puesta en marcha de diversas normativas de cogestión, orientadas a constituir mecanismos de control y vigilancia en poder de los trabajadores.

Las normas de gestión alemanas no eran novedosas por constituir mecanismos de participación obrera, ni siquiera por poner en marcha un consejo de vigilancia mancomunado, sino por abrir a esas representaciones la preocupación sobre determinadas decisiones estratégicas. La fórmula superaba los viejos modelos, en los que la actividad de las representaciones obreras alcanzaba, como mucho, a recibir información acerca de las decisiones *sociales* adoptadas por los órganos gestores.

A este punto es posible caracterizar la participación de los trabajadores en la empresa cuando no va acompañada del acceso al capital —accionariado obrero—. Cuantitativamente, la participación se define por la materia a la que afecta; puede tratarse de cuestiones meramente sociales, entre las que se encontraría la gestión de recursos humanos en general, tanto en situación ordinaria y de crisis; a las exclusivamente sociales se les podrían añadir las relativas a la organización del proceso productivo, dentro de las que se incluiría el conjunto habitual



de los contenidos que engrosan la negociación colectiva en su versión más tradicional: jornada, horarios, turnos, vacaciones, permisos, etc... A las anteriores podrían acompañarles las decisiones de naturaleza socio-económica, siendo inevitables las relativas a la determinación de la masa salarial, sin perder de vista otras, como la posible ampliación de indemnizaciones sobre los supuestos perfilados por la Ley, o las cláusulas de moderación e incluso de descuelgue salarial en función de circunstancias críticas.

A estas materias, que podríamos considerar socio-económicas, podrían sumárseles otras de índole estratégico, algo más alejadas del contacto con el factor trabajo y que interesarían aspectos íntimamente relacionados con el poder del capital. Se trata de las decisiones estratégicas que la dirección de la empresa ha de adoptar para mejorar o, al menos, conservar su posición en el mercado.

En el orden cualitativo, la participación se caracteriza en función de la capacidad de la representación obrera para condicionar la toma de decisiones en la empresa. En el escalón inferior, la representación de los trabajadores se habría de conformar con recibir información y en el superior su responsabilidad alcanzaría a poder vetar determinadas decisiones; los mecanismos de consulta preceptiva corresponderían a un justo término medio. Asimismo, la cogestión podría asentarse bien en circuitos informales, procurados por los procesos ordinarios de negociación colectiva o, de forma más elaborada, sobre instancias permanentes paritarias, creadas al efecto o nacidas de la integración de las representaciones obreras en los órganos de control societarios, como sería el caso en la R.F.A. del Consejo de vigilancia.

Resumiendo, las características que definirían a la cogestión serían las siguientes. En primer lugar, se trataría de un mecanismo de participación en el poder del capital que no exige el disponer de acciones. La facultad quedaría reconocida al trabajador gracias a una alteración del concepto de empresa y no de la mano de su transformación en propietario. En segundo lugar, la participación se proyectaría sobre materias variadas, desde las exclusivamente sociales a las puramente económicas, alcanzando quizá, en estadios superiores, a las puramente estratégicas. En tercer lugar, los niveles de cogestión podrían variar en función de las materias afectadas, siendo directamente proporcional el nivel de responsabilidad con la mayor cercanía a la cuestión social. Una progresiva lejanía de este núcleo más duro, cual sería el caso de las cuestiones estratégicas, acarrearía a la representación obrera una menor capacidad de condicionamiento.

No obstante, y aquí comienza el diálogo con el Dr. Landa, sus posturas, que parten de una cierta observación empírica, se remiten a una participación en el capital y no, por tanto, a las manifestaciones tradicionales de la cogestión alemana. Esta última, a pesar de que en algunos momentos no descartara el acceso del trabajador al capital, no se caracterizó precisamente por ello. Fue segu-

ramente el interés del Dr. Erhardt en recuperar para el capital nacional alemán algunas empresas y así procurar el desarrollo de la economía social de mercado, lo que llevó a aquél a impulsar proyectos de accionariado obrero. Pero si en algo se caracteriza la cogestión dentro de las fórmulas de participación obrera es por conseguir que los trabajadores condicionen la política de las empresas sin necesidad de acceder al capital de las mismas.

El análisis empírico del Dr. Landa localiza una serie de manifestaciones de la participación del trabajador en el capital de la empresa. Cuenta, por un lado, con los fondos internos generados por los beneficios de las empresas y las aportaciones de los trabajadores, cuya utilidad, a tenor del Dr. Landa podría superar las tradicionales, dedicadas sobre todo a la previsión social complementaria de la mano de los planes de pensiones del sistema de empleo. Por otro lado, el Dr. Landa se detiene en la contemplación de las conocidas por *stock options*, cuyo gran impacto mediático en modo alguno se justifica por su proliferación. Y finalmente, dentro de estas fórmulas de participación en el capital, destaca el ponente las experiencias de algunas empresas en la constitución de carteras de acciones dispuestas a favor de sus trabajadores, como retribución complementaria a la propia del salario.

Esta última de las manifestaciones se ve respaldada por la tradición, ya que no presenta excesivas diferencias con el accionariado obrero. Este ha tenido distintas finalidades a lo largo de la historia, siempre coyunturales, y en muy pocas ocasiones ha facilitado al trabajador un verdadero acceso al poder del capital. Unas veces ha sido el Estado el que ha propugnado la transmisión de acciones al trabajador, tal y como lo demuestra la señera experiencia alemana de postguerra, empeñada en que el capital alemán, aunque fuera el familiar, recuperara tanto el interés por los negocios como, siendo esto lo principal, las empresas incautadas tras la capitulación por las administraciones de los aliados. En otras ocasiones más comunes, el accionariado obrero ha servido para asegurar una mayor implicación del trabajador con su empresa, especialmente en momentos de crisis, como también ha pretendido evitar desembarcos hostiles sobre el accionariado por parte de terceros —fidelización de capital—, confiando en el escaso interés del trabajador por vender parte de su empresa a un especulador. Más recientemente, las fórmulas de accionariado, así como otras ventajas sociales complementarias, pretenden conseguir beneficios en el mercado mediante campañas publicitarias, dirigidas a justificar las diferencias en los costes con relación a los producidos por los habituales competidores. El aparecer ante el consumidor final como una empresa socialmente responsable puede constituir, y de hecho así es en determinados contextos, una importante ventaja comparativa, cuando otras resultan ya imposibles de alcanzar.

Las *stock options* u opciones sobre acciones sin duda deben su notoriedad a su empleo por *Telefónica* en el trance de su privatización y no a que las mismas

sean masivamente utilizadas como mecanismo de fidelización. Son los altos directivos de las empresas sus habituales beneficiarios, quienes, llegado el momento de su marcha a otra empresa, lucrarán tanto el principal de la acción como la tasa de apreciación positiva que la misma haya experimentado durante el período en el que aquéllos se encargaron de la gestión. La expectativa por ese beneficio añadido que reporta la plusvalía de la acción o, al menos, la conservación de su nominal, da sentido a esta fórmula como medio no tanto de fidelización como de estímulo a la gestión de quienes manejan el capital sin acusar los riesgos del propietario.

Finalmente, y es aquí donde radican las propuestas más discutibles del Dr. Landa, las manifestaciones de ahorro obrero en combinación o no con planes de empresa no constituyen, al menos así lo creo, un mecanismo de participación del obrero en el capital. Más bien describen un movimiento a la inversa, ya que, por emplear una afirmación gráfica, estaríamos ante la participación del capital en el poder del obrero. Esto es, si los sindicatos o sus representados constituyen planes de resistencia orientados a compensar crisis de empresa o a garantizar prestaciones sociales, la gestión de los mismos no tiene porqué interesar al capitalista. Y si se invierten los términos la respuesta no es distinta. Esto es, si es el capital el que promueve la creación de los fondos, el destino a que estos se encomiendan obliga a separar las provisiones sociales de las reservas patrimoniales de la empresa sometidas a riesgo, tal y como exigen actualmente las directivas europeas.

Asimismo, no debe perderse de vista que la presencia de la empresa, sea cual sea su intensidad, en la financiación de necesidades exclusivamente obreras, como planes de pensiones, créditos, ayudas a la vivienda, al estudio, etc... lleva a una prolongación difusa del poder empresarial a aspectos que habrían de quedar fuera del mismo, en lo que de negativo tiene ese factor para el sustento de la ciudadanía. Insisto, estas manifestaciones, lejos de corresponder a nuevas fórmulas de participación en el capital, recuerdan viejos esquemas de dominación de la clase obrera, propugnados por modelos fuertemente planificados y caracterizados por ceder toda la iniciativa y ventaja a las grandes empresas, a cambio de trasladar a éstas la responsabilidad en la promoción y gestión de determinados servicios sociales. Beneficios estos, asociados al salario y propiciados por las escasas restricciones al capital, que fueron imputados por la tradicional dogmática laboralista al conocido como deber de protección del trabajador por parte del empresario.