



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**CONFLICTO Y CONTRATO DE TRABAJO
SIMULACIÓN, FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE
DERECHO EN LA CONTRACIÓN LABORAL**

Relatorio de Pós-Doutoramento apresentado à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do Certificado de Estudos Pós-Doutoriais.

Mariano Treviño Pascual

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Julho, 2020

**CONFLICTO Y CONTRATO DE TRABAJO
SIMULACIÓN, FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE
DERECHO EN LA CONTRACIÓN LABORAL**

Relatorio de Pós-Doutoramento apresentado à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do Certificado de Estudos Pós-Doutoriais.

Mariano Treviño Pascual

Orientadora: Catarina De Oliveira Carvalho

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Julho, 2020

**CONFLICTO Y CONTRATO DE TRABAJO
SIMULACIÓN, FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE
DERECHO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL**

© Mariano Treviño Pascual

ISBN: 978-84-121747-5-5

DEPÓSITO LEGAL: Z-1068-2020

Edita y distribuye:



Servicio de Reprografía Facultad de Economía y Empresa

Universidad de Zaragoza

Gran Vía 2

www.digicopy.com.es

A mis padres Antón y Cecilia, Cecilia y Antón in memoriam.
“Honrar padre y madre y ser dóciles para con ellos hasta la raíz del alma”
(La máxima del pueblo judío)

Resumen

El hábito que anima este trabajo de investigación es la creencia de su autor de que podemos alterar nuestros estilos de vida lo suficiente para escapar de cualquier violación de nuestra autonomía, de cualquier forma de vigilancia y de cualquier técnica de manipulación mental, exterioriza su rechazo a las oposiciones en simples términos unidireccionales y no en forma dialéctica -percibiendo claramente la interdependencia y connivencia de cada uno con el otro- que llevan a una mayor violencia y no a la otredad que es índice para cambiar dentro de la unidad, también explícita su rechazo a la abolición de los conflictos de interés y el cumplimiento de los requerimientos de la unidad perfecta [unidad del sociedad civil y la política que fue pensada como el equivalente social de la unidad de la persona (la confianza de aquellos que predicen que la contradicción entre el ser-así y la existencia del hombre quedará solucionada el día que el hombre realice plenamente su propia naturaleza) que permite concebir una comunidad que hace innecesario el poder político, pero una comunidad así es inconcebible]. Sin dejar, por ello, de creer que se experimentan cambios en la base del proceso de intimidación en que los oprimidos entran en complicidad con sus opresores que se manifiestan en una forma no depredatoria de vivir las relaciones con plena autonomía.

De ahí que el trabajo como necesidad vital se convierte en necesidad cualitativa en el momento que alcanza el nivel de actividad libre condicionada por la otra necesidad de *actuar-para-ser-diferente* de responsabilidad -responder socialmente de los propios actos desde la base de una conciencia colectiva que en definitiva defina la individualidad del que busca el conocimiento.

Consiguentemente, el derecho a la promoción a través del trabajo artículo 35.1 CE apunta hacia la vigencia del principio de estabilidad en el empleo, que solo se ofrece a través del contrato por tiempo indefinido, es tal perspectiva la promesa implícita o causa del contrato de trabajo por tiempo indefinido y no la ampliación de la tutela del interés económico-organizativo del empresario, esto es, la falsa “individualidad” del empresario de la “libre empresa” de las compañías multinacionales; la que nos permite atender a su dimensión contractual ligada a la causa del contrato, para lo que seguiremos la pista a las

maneras clásicas de eludirlos, y que se entreverán y solapan todas ellas, como la simulación, el fraude de ley y el abuso de derecho en la contratación laboral.

PALABRAS CLAVES. Evaluación, Filosofía dialéctica, Sociedad Política y sociedad civil, Conflicto y contrato, Simulación, Fraude de ley, Abuso de derecho.

Abstract

The breath that animates this research work is the belief of its author that we can alter our lifestyles enough to escape any violation of our autonomy, any form of surveillance and any technique of mental manipulation, it externalizes its rejection of oppositions in simple unidirectional terms and not in a dialectical way -clearly perceiving the interdependence and collusion of each with the other- that lead to greater violence and not to otherness that is an index to change within the unit, also explicitly rejecting the abolition of conflicts of interest and meeting the requirements of the perfect unit [unity of civil society and politics that was thought of as the social equivalent of the unity of the person (the confidence of those who preach that the contradiction between being-thus and the existence of man will be solved the day that man fully realizes his own nature) that allows to conceive a community that makes political power unnecessary, but such a community is inconceivable]. Without ceasing, therefore, to believe that there are changes at the base of the intimidation process in which the oppressed enter into complicity with their oppressors, who manifest themselves in a non-predatory way of living relationships with full autonomy.

Hence, work as a vital need becomes a qualitative need at the moment it reaches the level of free activity conditioned by the other need to *act-to-be-different* from responsibility -respond socially to their own actions from the basis of a collective conscience that ultimately defines the individuality of those who seek knowledge.

Consequently, the right to promotion through work, article 35.1 EC points to the validity of the right to work, which is only offered through the contract for an indefinite period, such perspective is the implicit promise or cause of the indefinite employment contract and not the extension of the protection of the economic-organizational interest of the employer, that is, the false "individuality" of the entrepreneur of the "free

"enterprise" of multinational companies; the one that allows us to attend to its contractual dimension linked to the cause of the contract, for which we will keep track of the classic ways of avoiding them, and that all of them are speckled and overlapped, such as simulation, fraud of statute and abuse of law in employment contracts.

KEYWORDS. Evaluation, Dialectical philosophy, Political Society and civil society, Conflict and contract, Simulation, Fraud of statute, Abuse of law.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	I
ABREVIATURAS.....	III
INTRODUCCIÓN.....	V
PRIMERA PARTE. DEL CONFLICTO DE INTERESES EN LA EMPRESA Y DE SU AUTOCOMPOSICIÓN.....	1
I. EN EL ORIGEN: IGUALDAD \perp MÉRITO \Leftrightarrow CAPACIDAD.....	2
II. LA EVALUACIÓN POR OBJETIVOS-LOS OBJETIVOS POR EVALUACIÓN. TANTO MONTA-MONTA TANTO.....	4
2.1. <i>La evaluación una impostura</i>	7
2.2. ... <i>que oculta un contrato de confianza</i>	10
III. DE LA DIALÉCTICA DE LO CONCRETO.....	16
3.1. <i>Qué es la alienación. De la dialéctica del amo y del esclavo: sobre la visión antropocéntrica en general.</i>	16
3.2. <i>Ser-así \perpexistencia del hombre \Leftrightarrowsociedad política \perpsociedad civil. El mito de la autoidentidad humana.</i>	33
3.3. <i>Sociedad política \perpsociedad civil \perpsociedad doméstica.</i>	37
IV. ¿ES EL TRABAJO LA ÚNICA FUENTE DEL VALOR? SOBRE EL DESARROLLO POR MARX DE LA SIGUIENTE TESIS ALTERNATIVA.....	45
V. UN MODELO MONETARIO DE CAPITALISMO.....	49
VI. EL TAMAÑO SÍ QUE IMPORTA. LA TEORÍA DE LA AGENCIA.....	62
VII. DE LOS EQUILIBRIOS PRECARIOS. LA AUTOCOMPOSICIÓN A TRAVÉS DEL CONTRATO.....	70
VIII. LO ESENCIAL: PROMESA DE TRABAJO DEPENDIENTE POR SALARIO.....	75

SEGUNDA PARTE. LA CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO: SIMULACIÓN, FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.....	83
I. LA CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	90
II. SIMULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.....	107
2.1. <i>Los grupos empresariales.</i>	118
2.2. <i>La cesión ilegal de trabajadores y las responsabilidades por contrata y subcontrata.</i>	132
2.3. <i>Las transmisiones no transparentes de la empresa.</i>	139
2.4. <i>La responsabilidad solidaria de las empresas usuarias.</i>	142
III. FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.....	145
3.1. <i>El fraude de ley en la contratación laboral.</i>	152
3.1.1. <i>Donde dije</i>	154
3.1.2. , <i>digo</i>	176
3.1.3. <i>Un “presunto” supuesto de fraude a la Constitución.</i>	185
3.2. <i>El abuso de derecho en la contratación laboral.</i>	191
3.3. <i>A modo de epílogo de este epígrafe.</i>	202
CONCLUSÕES.....	211

BIBLIOGRARÍA

AGRADECIMIENTOS

Deseo mostrar mi agradecimiento a todas aquellas personas que han contribuido a cumplimentar esta estancia investigadora en la Universidad Católica Portuguesa- O Porto.

Reconocer mi deuda con el Seminario de Vilar sin cuya ayuda hubiese sido imposible la culminación de la misma.

Un gran agradecimiento a la profesora Catarina De Oliveira Carvalho orientadora de este Relatorio de Pós-doutoramento por su acogimiento personal y sus consejos jurídicos e intelectuales, quiero darle las gracias por su paciencia y la minuciosidad de sus correcciones y porque ha puesto siempre a mi disposición generosamente su tiempo y saber.

ABREVIATURAS.

CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE	Constitución Española
CT	Código do Trabalho (Lei 7/2009, de 12 de febrero)
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre)
ET	Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/ 2015, de 23 de octubre).
LJCA	Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).
LOEPSF	Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril).
LPAC	Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).
LTFP	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/2014, de 20 de junho)

RCTFP Regime do contrato de trabalho em funções públicas (Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro)

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia Comunidades Europeas.

STJ Supremo Tribunal de Justiça

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

TRE Tribunal da Relação de Évora

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TRG Tribunal da Relação de Guimarães.

TRL Tribunal da Relação de Lisboa.

TRP Tribunal da Relação do Porto.

INTRODUCCIÓN

El interés por instituciones como la simulación, el abuso de derecho y el fraude de ley o la desviación de poder en la contratación laboral, pues de los mismos puede derivar un riesgo para la continuidad de la relación de servicios, se debe a que no es solo la expectativa a incorporarse a un puesto de trabajo el interés jurídicamente tutelado a los trabajadores por el derecho al trabajo, sino que también la continuidad y permanencia en él es garantizada por el principio de estabilidad en el empleo que no se ciñe exclusivamente a la regulación de la extinción.

En este trabajo de investigación nos proponemos describir el hecho de que no hay nuevos derechos que puedan garantizar la protección de a las personas en precariedad ante los cambios constantes en los sistemas productivos y organizacionales de las empresas. O sea: transformar el trabajo precario, los contratos precarios en unos contratos que tengan garantías de encontrar una recolocación en mejores condiciones. Que supongan contrapartidas auténticas a la movilidad a la que están sometidos.

Que no sea solo la descripción de la admisión amplia de la contratación temporal, como uno de los aspectos de lo que se llama la “flexibilización” del Derecho del Trabajo, en que se opera una traslación de riesgos que venían manteniéndose formalmente en la esfera del titular de la organización del trabajo y que implica una extralimitación del marco de las nociones civilísticas a favor del titular del poder de dirección y su capacidad reorganizativa, sino también que la ampliación normativa del alea excepcional del contrato con posibilidad extintiva que opera un trasvase de riesgos en interés de la organización productiva, con la correlativa restricción del alea de riesgos normal que asume exclusivamente el empresario, nos permita hacer luz sobre los embates que ha sufrido el principio de estabilidad en el empleo garantizado constitucionalmente en los ordenamientos jurídicos español y portugués.

Por lo que ser refiere a la estructura y contenido del trabajo de investigación, formalmente se divide en dos partes de las que se va a dar cuenta a continuación.

La **Parte primera**, de un lado, nos muestra “*que el Ego/Yo no está ni formalmente ni materialmente en la conciencia: está afuera, en el mundo; es un ser del mundo, como el Ego/Yo del otro*”¹. Todo está afuera, en el mundo; no existe ninguna realidad detrás de las manifestaciones de la realidad, pero aunque digamos que todo está afuera, todo está también dentro del afuera.

“*El hombre toma conciencia de sí en el momento en que por “primera vez”, dice: “Yo”. Comprender al hombre por la comprensión de su “origen”, es comprender el origen de Yo revelado por la palabra. . . . Es el Deseo (consciente) de un ser el que constituye este ser en tanto que Yo y lo revela en tanto que tal y lo impulsa a decir: “Yo... ”. Es en y por, o mejor aún, en tanto que “su” Deseo que el hombre se constituye y se revela -a sí mismo y a los otros- como un Yo, como el Yo esencialmente diferente del no-Yo y radicalmente opuesto a éste.*

Por lo que debe prescindirse de comodidades verbales aparentemente indispensables, “el adentro y el afuera”, porque intrínsecamente forman parte de un sistema global que involucra nociones como “el yo” y “el inconsciente”, o sea un mundo de reflexión sobre la experiencia y no el encuentro directo de la experiencia con la experiencia, imponiéndose así una inmensa distancia entre la experiencia de una persona y la de otra en su libre interjuego.

Tal forma anticuada de pensar es opositora y antidialéctica. En la experiencia todo tiene que ser puesto adentro o fuera de ciertos yo. Este conveniente modelo se rompe cuando se comprende la nada específica del yo: la nada no puede contener nada, mucho menos un “objeto interno”. No queda nada del yo, salvo su especificidad, que se define mediante actos experienciales específicos que están en el mundo. Pero las diferencias contenidas por el lenguaje interior-exterior pueden ser experimentadas como muy reales (es decir, *ocurren* en el sentido de ser actuadas en la existencia); por ejemplo, la diferencia entre amo y esclavo, empresario y trabajador, salario y trabajo. La interdependencia entre

¹ Sartre J.P -*La transcendencia del Ego/Yo*, Ediciones Calden, Libera los Libros.

amo y esclavo, empresario y trabajador, salario y trabajo demuestra el carácter unitario del ser: uno no puede existir sin el otro, pero la otredad es el índice para cambiar dentro de la unidad.

Y es “... *¿Acaso no debemos considerar el valor como la unidad entre el valor de uso y el valor de cambio? Por sí solo, ¿es el valor como tal forma general, en oposición al valor de uso y al valor de cambio como formas particulares del mismo? ¿Es esto significativo para la economía?*”.

Por qué el trabajo incorporado difería del trabajo comandado/contratado, Marx lo explicaba así “*El valor del trabajo y la cantidad de mercancías que una específica cantidad de trabajo puede comprar no son idénticas*”, *¿Por qué no? ‘Porque el producto del trabajador no es igual al pago que percibe’. Es decir, que la identidad no existe, porque se da una diferencia -el valor del trabajo no es idéntico a los salarios por el trabajo-. Porque son diferente. Por lo tanto, no son idénticos. Extraña lógica, esta. Básicamente no hay ninguna razón para ello, excepto que en la práctica no es así*”.

Y deduce la plusvalía : “... *Lo que el capitalista adquiere a través del intercambio es capacidad de trabajo; este valor de cambio por el que paga. El trabajo vivo es el valor de uso que este valor de cambio tiene para él, y de este valor de uso emana la plusvalía y la suspensión del intercambio como tal*”.

En esta brecha se inserta y opera con coherencia la noción de causa del contrato que en el Derecho español se sitúa en el Código Civil (CC) bajo el expresivo epígrafe “De la causa de los contratos”, de manera que la *estructura contractual* está integrada porque la causa que supone la prestación del consentimiento que da lugar al contrato ha de ser: “sobre cosa y la causa que han de constituir el contrato” artículo 1262 CC; es decir que como paradigma negocio bilateral no solo incluye dos declaraciones de voluntad, sino que también genera dos obligaciones (la de prestar trabajo dependiente para el trabajador y la obligación salarial para el empresario), así deudora de trabajo una de las partes -y acreedora de salario- *dentro de la empresa*, queda configurada la otra, recíprocamente, como *acreedora de trabajo* y deudora de salario. Ahora bien, para que tenga sentido el artículo 1262 en relación con el anterior 1261 CC (acreditación de que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica

para el empresario y ha perdido su objeto y su causa), ha de entenderse no como la causa de cada obligación que se establezca, sino como diciendo causa de la relación obligatoria originada. Pues es cierto que el artículo 1274 CC se refiere a cada parte al tratar de la causa de los contratos onerosos, pero considera en ellos unitariamente como causa de todo contrato el oficio o beneficio.

Y de otro lado no hay razones para creer que puede ser restaurada la escisión entre las funciones sociales y personales de los individuos, entre el hombre y su entorno natural, entre los deseos y los deberes y entre la esencia y la existencia, pues la contradicción entre el ser-así y la existencia del hombre emana de la naturaleza humana, es la naturaleza humana por antonomasia, existencia humana que conlleva elementos patológicos como resultado de la oposición de esta a la naturaleza. Pese a asumir y ser conscientes del carácter inevitable de estas contradicciones, no puede insensibilizarnos frente a las posibilidades desconocidas del mundo y de la autorrealización personal mediante el esfuerzo que mitigue la distancia que separa el “ser” y el “existir” y en asuntos sociales/empresariales/organizacionales ante la posibilidad de que las decisiones sean tomadas directamente por la comunidad como un todo de una manera democrática. Tal sistema, si practicable, no aboliría los conflictos de interés y así no cumpliría los requerimientos de la unidad perfecta [unidad del sociedad civil y la política que fue pensada como el equivalente social de la unidad de la persona (la confianza de aquellos que predicen que la contradicción entre el ser-así y la existencia del hombre quedará solucionada el día que el hombre realice plenamente su propia naturaleza) y permitió concebir una comunidad que hace innecesario el poder político, pero una comunidad así es inconcebible] pero sería capaz de moderarlos sin crear cuerpos políticos separados para tal propósitos (objetivo casi seguro no deseable) y por razones técnicas obviamente impracticable en sociedades/empresas basadas en una interdependencia universal -y hasta generalizada- de todos los elementos de las estructuras tecnológicas y económicas destinadas a producir cuerpos separados tanto para la dirección económica como para la mediación de las aspiraciones conflictivas de los/as diferentes grupos de interés o secciones y estos cuerpos producirán siempre sus propios intereses y lealtades particulares.

Por tanto, si tales intereses son diversos, podemos obtener una composición a través del contrato, pero no una confusión de los mismos. Lo que significa, que debemos estar

dispuestos a hacer eso que se llama concesiones mutuas, cediendo unos ante otros en grados variables en situaciones específicas, esto es mantener un equilibrio precario que impida la aparición de situaciones desesperadas, de alternativas insoportables, que es la primera condición de una sociedad/empresa decente.

De manera que la participación-cooperación, pero también el conflicto dentro del proceso de adopción de decisiones dentro de la empresa y/o de las instituciones públicas, sería expresión de un nuevo comunitarismo, identificación entre participación-cooperación y conflicto que se presenta inconsistente, pues los intereses finales de los diversos grupos sociales son por definición distintos; en efecto, los diversos grupos son identificados justamente por los intereses que persiguen, por tanto, si tales intereses son diversos, podemos obtener una composición a través del contrato, pero no una confusión de los mismos. La participación-cooperación, en el sentido fuerte aquí propuesto, implica en cambio que el interés final sea único (supervivencia/viabilidad/adaptabilidad de la empresa-administración-sociedad), aunque aparentemente puede producirse solo en el interior del mismo grupo y no entre grupos y sujetos diversos. Toda la elaboración civilística de la noción de contrato se produce en este sentido como composición de intereses diversos que, en el momento de su ejecución, implica actitudes cooperativas, sin que esta cooperación esconda el conflicto entre los intereses de las partes.

De manera que el paradigma normativo del contrato bilateral en el Código civil, permite configurar con cierta independencia y autonomía las obligaciones de las partes, en virtud de las cuales devienen recíprocamente acreedoras y deudoras. Tal independencia de las obligaciones no perjudica esencialmente el equilibrio de las prestaciones ni la buena fe de los contratantes. Si bien, sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples de la bilateralidad para la teoría del sinalagma aparecen, en cambio, como aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia del contrato.

En la **Parte segunda** se estudian los embates que ha sufrido el principio de estabilidad en el empleo en los ordenamientos jurídicos español y portugués, para lo que se atiende

a su dimensión contractual ligada a la causa del contrato, por lo que seguiremos la pista a las maneras clásica de eludirlo, y que se entreverán y solapan todas ellas, como son la simulación, el abuso de derecho y el fraude a ley en la contratación temporal.

Sobre todo si se tiene en cuenta que la calificación de los actos realizados y pactos habidos entre las partes debe deducirse de su propia naturaleza y obligaciones que comporten que en modo alguno depende del nombre que le den las partes interesadas, supuestos en los que se presume iuris tantum la existencia de contrato de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo paga o debe pagar artículo 8.1 ET, y las terminantes declaraciones de la jurisprudencia tienen establecido y declarado que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones que constituyen su objeto y no del nombre que le hayan dado las partes (aplicación del principio de primacía de la realidad), siendo irrelevante la voluntad de estas, aun concordante y explícita -a fortiori si impuesta abusivamente por una a la otra-, de sustraer un contrato de trabajo a sus normas reguladoras (en este caso, por lo demás, el contrato simulado sería fraudulento), imponiéndose, por tanto, la “causa verdadera” conforme al artículo 1.276 CC.

Como necesariamente ha de tenerse en cuenta, la aspiración consagrada en la doctrina, la jurisprudencia y la ley sobre la continuidad en el empleo, propugnando la estabilidad para el trabajador de la relación laboral, mientras no concurren causas que la excluyan, y que aunque algunas veces aparecen plasmadas en el contrato celebrado, éstas se hallan limitadas por el artículo 6.4 del CC, que expresa que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se consideran ejecutados en fraude de la Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Otro tanto pasa con el artículo 7.2 del mismo cuerpo legal que determina que la Ley no ampara el abuso del derecho, el que ha sido configurado, como el uso de un derecho externamente legal en daño del trabajador, lo que se produce al no darse la concurrencia entre el plazo contractual o legalmente fijado más de cuatro años y la realidad, si la eventualidad atribuida a los trabajadores no se corresponde con el destino dado a los mismos, el que no viene a satisfacer una necesidad excepcional o esporádica sino que se dedica a los mismos a servicios normales y permanentes de la empresa y por tanto de duración indefinida.

Así que el juego de la causa especialmente interesante tanto en orden a la ampliación (tutela del interés económico-organizativo del empresario) cuanto a las limitaciones de las facultades empresariales (causa protectora-promocional). En este sentido, la identificación de la causa primaria, intercambio de trabajo dependiente por salario, de un determinado negocio determinará la calificación jurídica, incluyéndola o excluyéndola del ámbito laboral. El juego de la causa es importante porque, en realidad, está en la base de la tutela frente a diversas anomalías de la misma: simulación, fraude y abuso de derecho.

Se plante como primer problema en esta **Parte segunda** es, pues, el de las formas reticulares de organización del trabajo con la consiguiente distribución equitativa o no de las responsabilidades dentro de las redes empresariales, que permiten a quienes las controlan ejercer el poder económico y hacer dejación de sus responsabilidades sobre los contratistas.

Donde destaca la importancia indudable de la empresa grupo en el ámbito del Derecho del Trabajo, así como la duda sobre la identificación y determinación del *empresario-empleador* dentro de la empresa de grupo, a los efectos de *imputación de responsabilidad jurídica* por incumplimiento de las obligaciones laborales en el ámbito de las empresas agrupadas.

Constituyan o no fraude es regla adicional de conversión y de apoyo a la estabilidad del empleo y que manifiesta la preferencia del Estatuto de los Trabajadores por el contrato por tiempo indefinido la establecida en su artículo 43.3 ET que regula el supuesto de cesión ilegal de mano de obra: los trabajadores tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, bien en la empresa cedente o bien en la cesionaria.

Con la expresión cambios no transparentes haremos referencia a aquéllos que tienen lugar por factores o circunstancias “de facto”, advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial, que ponen de manifiesto la continuidad entre ambas empresas.

Finalmente la LETT dio carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico a las empresas de trabajo temporal, hasta entonces prohibidas, aunque de hecho toleradas, cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, pues la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

El segundo problema planteado en esta **Parte segunda** debería ser referido a la organización laboral de la empresa, con alusión a la figura del *buen empresario*, inspirada en la del *buen comerciante* o en la del *buen padre de familia*, así el uso indebido de la contratación temporal entrañaría, abuso de derecho; es decir, ejercicio del derecho subjetivo de manera no ordenada a la finalidad objetiva en la regulación del instituto jurídico en cuestión, en este caso la contratación a término, aunque cabría oponer a ella su sustitución por la ecuación *necesidad permanente-trabajador fijo*, porque la idea de las exigencias de la organización laboral de la empresa, unida al requisito de la justificación social y del buen empresario, además de difuminar de manera notable la objetivación del motivo, introduce elementos subjetivos, por el carácter de concepto jurídico indeterminado que encierra la noción “*standard de buen comerciante*”, esto es, si la contratación temporal es plausible o razonable en términos de gestión empresarial y administrativa.

Por tanto, la libertad contractual, manifestada al celebrarse un contrato temporal, solo se entiende lícitamente ejercida cuando la finalidad que se persigue sea precisamente la de establecer una vinculación temporal, por lo que se incurre en abuso de derecho si lo que se pretende en la realidad es una vinculación permanente, celebrándose para ello sucesivos contratos temporales con la intención de excluir los efectos que se derivan del contrato por tiempo indefinido.

Criterio que se considera excesivo y defectuoso: excesivo, porque podían existir supuestos justificados de contratación en cadena a los que la doctrina llevaría a calificarlos de abusivos.

Defectuoso, ya que el mismo no comprendía aquellos casos de contratación temporal única que se efectuarán para atender puestos de trabajo de naturaleza permanente, los

cuales podrían también ser reputados de abusivos, en los que creemos que debe apreciarse la existencia de fraude de ley.

Supuestos ambos de abuso de derecho y fraude de ley en la contratación laboral con los que cerramos la investigación emprendida.

PRIMERA PARTE

DEL CONFLICTO DE INTERESES EN LA EMPRESA Y DE SU AUTOCOMPOSICIÓN.

Un derecho basado en la autoridad doctrinal tiene su origen en que los juristas pueden llegar a un saber, sobre valores y normas, neutro y objetivo. Lo que sí es cierto es que traduce convicciones previas (pre-comprensiones) poco reflejadas/reflexivas/reflejas o que expresan puntos de vista interesados y parciales, y no perspectivas generalmente consensuadas/les. Y es que desde hace siglos se afirma como principio jurídico que “lo que toca a todos, debe ser aprobado por todos” (*quod ad omnes tangit, ab omnibus approbari debet*). Y eso implica un tipo de diálogo que todos dominen, para que lo puedan aprobar de forma reflejada/reflexiva/refleja. Esto lleva a que se propugnen e instituyan modelos constitucionales y jurídicos que promueven que el *imperium* de la comunidad, que se entendía haber sido delegado en el Estado, sea reasumido por la misma posibilitando que, sea ésta quien declara, de modos muy variados, sus sentimientos sobre el derecho¹

Pero la norma jurídica, a diferencia de la norma biológica o económica, no procede exclusivamente de la observación de los hechos. La teoría espontánea de los juristas está en la idea de que el derecho constituye una “forma” de percibir las relaciones sociales, que puede ser encarada separadamente de su materia (“la vida”), una idea que los juristas solemos expresar como la oposición “deber ser” (Sollen) y “ser” (Sein)². Ella no da por ver el mundo tal como es, sino como una sociedad cree que debería ser, y esta representación es uno de los motores de su transformación. Por lo tanto, la tarea adecuada del análisis jurídico no es aprehender directamente el mundo de los hechos, el del ser, sino el del deber de ser. No se trata de descuidar la dinámica que une en la acción de los hombres estos dos universos de ser y del deber ser. De hecho, muchas cosas se están desarrollando en la brecha entre estas representaciones formales y el estado real del

¹ Hespanha, Antonio M (2016)- *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospectivas do Direito no Século XXI*, Lisboa, ISBN-10:1530821549, pp. 124-125

² Hespanha, Antonio M.- Historia do Direito Anti-Formalismo, Anti-Estadualismo e Anti-Nacionalismo na Historia Jurídica Contemporânea, *e-Legal History Review*, 29 (2019), p. 2.

mundo. Si esta brecha es demasiado grande o se amplía, la realidad desfigura el orden normativo y socava su credibilidad³.

I. EN EL ORIGEN: IGUALDAD \perp MÉRITO \Leftrightarrow CAPACIDAD.

El acceso a diferentes trabajos depende de las diferencias en capacidad y talento, con lo que la jerarquía cambia de naturaleza al englobarse en el principio de igualdad de manera que la democracia deviene en meritocracia: mutación de la igualdad de oportunidades por la promesa de movilidad social basada en la educación. Con lo que no solo no se logra reducir el peso de las jerarquías en la división del trabajo, sino que desde el principio todos los ciudadanos ambicionan ascender lo más alto posible en la escala jerárquica, mediante la inserción en una competición desde muy temprana edad. De ahí la importancia que tienen la escuela y la universidad, y su misión ya no es tanto transmitir cultura y conocimiento a todos, sino clasificar a la población en diferentes niveles de la jerarquía política y económica. Esta mutación degradada a todos aquellos que no logran los objetivos exigidos en este proceso selectivo y además devalúa la experiencia práctica en favor de una experiencia aislada de las realidades experimentadas⁴.

La meritocracia como criterio para seleccionar individuos en el trabajo está de moda. Desde la Ilustración, la meritocracia que presupone la legitimación de la decisión discrecional de un “gobernante”, de un patrón, de un manager había sido rechazada como recambio de la formación y de la educación y solo se podía usar como criterio para reconocer la capacidad de cualquier trabajador para desempeñar la función para la cual era candidato o estaba contratado, solo se tenía en cuenta el conocimiento especializado para la calificación profesional, se rechazaba para evaluar el “valor” de la persona, pues esto último suponía reconocerlo como una mera expresión de un poder autoritario y discriminatorio.

La utilización del “mérito” (y no solo y no tanto para la calificación y la competencia comprobada) ha tenido siempre una función sancionadora o disciplinaria, desde la

³ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, París: Fayard, p. 17.

⁴ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la direction de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, pp.20-21

primera revolución industrial al fordismo, ha supuesto un redimensionamiento o reducción de cualquier evaluación basada en el conocimiento y el “saber-hacer”, con ello se valoran, como factores determinantes, criterios como los de lealtad, lealtad al superior, obediencia y, en el contexto de los años del fordismo, de la antigüedad en la empresa.

Con la crisis posterior del fordismo y la transformación de la filosofía de la empresa, con la flexibilidad pero también con la responsabilidad que incumbe al trabajador, sobre los resultados cuantitativos y cualitativos de sus trabajos, el imperio de la meritocracia regresa para las capas más frágiles de los socialmente dependientes en términos de conocimiento, concepto de meritocracia como sinónimo de obediencia y deber, en que las organizaciones militares han encontrado un punto de referencia para evaluar el comportamiento de sus subordinados de cara a su promoción y reconocimiento. Como si no hubiera llegado el momento en que las necesidades y los deseos, se conviertan en derechos universales, a través de los cuales los ciudadanos, los trabajadores (no un jefe o un estado ilustrado), mediante el conflicto social, logren promover la misma noción de democracia.

¿Méritos y necesidades o capacidad y derechos? Puede parecer una cuestión retórica, pero en realidad la meritocracia esconde el gran problema de afirmar los derechos individuales de una sociedad moderna. Y lo sorprendente es que la cultura de la meritocracia (quizás como antídoto contra la burocracia, cuando la meritocracia es el pilar de la burocracia) ha reaparecido en el discurso actual cuando los juristas y académicos de la economía y de la sociología más conocidos han identificado y redescubierto que los criterios de selección y oportunidades de trabajo cualificado, capaces de conciliar, no para unos pocos sino para todos, libertad y conocimiento e imaginar el crecimiento del conocimiento como un factor esencial, para alentarlo y prescribirlo e introducir así un elemento dinámico para crecimiento cultural de la sociedad contemporánea.

La capacidad, así entendida, no solo implica la garantía de una incansable movilidad profesional y social que debe inspirar a un gobierno la flexibilidad que no se traduzca en precariedad y regresión, sino que significa que la única oportunidad (solo esto; que no es poco) de posibilitar siempre en la persona las condiciones para la realización de uno mismo, por medio del “gobierno” de su propio trabajo.

Sin embargo, tanto la sociedad política como a la sociedad civil se detienen ante la elección, ciertamente costosa, de poner en práctica en todos los ámbitos educativos, y también en empresas y territorios, un sistema de formación permanente, abierto, durante toda la vida laboral, para todos los ciudadanos de todos los sexos, de todas las edades y de todos los orígenes étnicos (y no solo para una pequeña élite de técnicos e investigadores, de los que hay que partir), en vez de asumir el gobierno y la socialización del conocimiento como un factor insustituible de inclusión social⁵.

II. LA EVALUACIÓN POR OBJETIVOS-LOS OBJETIVOS POR EVALUACIÓN. TANTO MONTA-MONTA TANTO.

Inercia que sirve a la gobernanza impulsada por la imaginación cibernetica que se diferencia del gobierno, en que no se basa en la subordinación de los individuos, sino en su programación. Este desplazamiento se hace visible, cuando contrastamos la actuación con la intención (acción intencional) como la fuerza impulsora de la acción. El trabajador subordinado actúa de acuerdo con las reglas que se le han presentado, mientras que el trabajador programado reacciona a la información que le llega de su entorno. Este cambio de la subordinación a la programación es bastante determinante para representarnos el principio de la acción humana en la actualidad. A diferencia del plan, que implica la intervención heterónoma de un planificador, el programa permite pensar en sistemas homeostáticos y autorreferenciales. De ahí su éxito en biología (donde el programa genético reemplazó al plan divino), como en gestión (donde la programación reemplaza la economía por la figura del managers/*Management* o hacer de la figura del *Manangement* la economía)⁶.

Lo mismo que en el campo jurídico, en el que se pasa de un gobierno por leyes a un gobierno por números, sucede con los del individuo, la empresa y la nación, ahora es necesario que los hombres obedezcan las prescripciones para alcanzar objetivos cuyo logro es evaluado por indicadores cuantificados⁷.

⁵ Trentin, Bruno (2011)- *La sinistra e la sfida dell'Europa politica. Interventi al Parlamento europeo, documenti, testimonianze (1997-2006)*, Roma: Ediese, pp.449 a 452.

⁶ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par..., op.cit. p. 48.*

⁷ Ibídem., p. 216.

La gestión por objetivos es hoy el paradigma de la organización científica del trabajo, tanto en el sector público como en el privado. En lugar de someter al trabajador a las reglas que definen su tarea de antemano, se asocia con la definición de los objetivos asignados a esta tarea, objetivos en principio cuantificados, que reducen a su nivel las metas comunes de la organización. Cada trabajador está “objetivado”: puede medir y reducir la brecha entre los objetivos establecidos y su consecución real, de acuerdo con un proceso de autocontrol que se identifica absolutamente con la libertad, ya que satisface el “deseo de dar la medida completa de uno mismo en lugar de hacer simplemente lo adecuado”, se opone a la máxima (“lo mejor es enemigo de lo bueno”), porque si consideramos imposible la cuantificación de todos los objetivos, es irracional sustituir su facultad de juicio por la búsqueda de un único objetivo⁸.

Esto es debido a que el capitalismo tiene una capacidad de adaptación tremenda y muta permanentemente, y a través del flujo de información y comunicación, que otorga autonomía al proceso de producción, es un capitalismo destructivo e inhumano. Como resultado, los trabajadores, en lugar de ser el alma y la clave del proceso de producción, se convierten en observadores y reguladores⁹. Es decir, la inestabilidad inherente a las formas de organización de la industria moderna, por su propia naturaleza revolucionaria, “sujeta a las innovaciones técnicas de la producción las funciones de los trabajadores y las combinaciones sociales del trabajo, que constantemente no dejan de revolucionar la división establecida por la expulsión ininterrumpida de masas de capital y trabajadores de una rama de producción en otra” que “termina destruyendo todas las garantías de vida del trabajador, siempre amenazada, de verse eliminada porque la retirada de los medios de trabajo lleva aparejada la de los medios de existencia”. Esto ha permitido el retorno de la fuerza de trabajo como una mercancía, tras la destrucción durante los últimos treinta años del compromiso fordista¹⁰.

En cualquier caso, el alcance jurídico dado a los objetivos puede provocar una cierta transferencia del riesgo económico al trabajador, como veremos cuando desarrollemos la teoría de la agencia. El establecimiento de objetivos siempre implica el establecimiento

⁸ Ibídem., p. 218.

⁹ Rocard, Michel (2015), *Lettre aux générations futures en espérant qu'elles nous pardonneront. Entretien avec Mathias Thépot*, París, Ed. Bayar Culture.

¹⁰ Supiot, Alain (2012)- “La liberté au travail chez Bruno Trentin”, en *Bruno Trentin e la sinistra italiana e francese a cursa di Sante Cruciani*, École Francaise de Rome, p. 388.

de procedimientos para evaluar la consecución los objetivos asignados a los asalariados. Esta evaluación toma dos formas complementarias: de forma cuantitativa por la medición de la consecución de estos objetivos y la forma discursiva de entrevistas individualizadas en las que el asalariado y su gerente/managers analizan la consecución de los mismos y, si es necesario, revisar los objetivos a la luz de esta valoración.

Pese a que, desde el punto de vista jurídico “el empresario deriva de su poder de dirección que nace del contrato de trabajo, el derecho a evaluar el trabajo de los asalariados”¹¹, esto tiene su reflejo sobre la autonomía de la voluntad de las partes: son libres de querer, pero solo si su voluntad se somete a objetivos que van más allá de sus propios intereses. Su libertad está programada para lograr estos objetivos. No es sorprendente que el contrato pueda ser un instrumento de subyugación de la voluntad de una persona a la de otra. Este es todo el significado del vínculo de subordinación, característico del contrato de trabajo. Con el debilitamiento del criterio de subordinación, muchos empleados disfrutan de una cierta libertad, pero una libertad administrada o minuciosamente establecida, sujeta a objetivos suscritos de acuerdo con el Management. El poder se expresa luego a través de criterios “objetivos”, independientes del poder arbitrario de un jefe. Del gobierno de los hombres, pasamos a lo que hoy se llama “gobernanza”. La gobernanza es una técnica para normalizar el comportamiento, que tiende a cerrar la brecha entre la ley y el sujeto de derecho. Esta nueva forma de disciplinar a los hombres obviamente convierte a los trabajadores, en una palabra “Son objetivos”¹².

Esta es la palabra con la que se designa la sumisión los trabajadores a los nuevos formularios prestados por la administración de “recursos humanos”, que son técnicas de “gestión participativa” consisten en asignar al asalariado objetivos transparentes, vendibles y conocidos por todos, cuya implementación da lugar a un procedimiento de evaluaciones periódicas. Este procedimiento se utiliza para evaluar tanto el desempeño y la función del asalariado como la relevancia de los objetivos para adaptar ambos a la muestra de la experiencia. Rápidamente se planteó la cuestión de qué alcance jurídico dar a estos objetivos. Pues, el hecho de no conseguirlos no es, ipso jure, una causa de despido, para ello se han de cumplir tres condiciones: serlo en los habituales o pactados; que respondan a la capacidad profesional del trabajador, tanto en términos de formación como

¹¹ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 220.

¹² Supiot, Alain, “Un faux dilemme: la loi ou le contrat?”, *DROIT SOCIAL*, N° 1 (2003), p. 87.

de medios de acción; y finalmente, esté tipificado como una falta del trabajador que no logró conseguirlos. Lo que es totalmente coherente con los principios mismos de la gestión objetiva, cuyo objetivo es purgar el poder de los empresarios de todos los visos aparentes de arbitrariedad¹³. Y es que, desde el punto de vista jurídico, no existe un criterio “objetivo” del que uno pueda alejarse para escapar del principio de contradicción (Borrar las contradicciones, suprime el *pro* y el *contra*, persigue la gran idea cristiana de la Eficacia: que cada cual sea juzgado según sus obras y según la Fe¹⁴).

Así el consentimiento informado del trabajador ahora es una condición para la legitimidad de las decisiones de los empresarios, pues está sujeta al acuerdo del trabajador, la aplicación de una sanción que implique modificación del contrato de trabajo, que tiene efectos perversos innegables, ya que alienta al empresario a preferir siempre el despido a sanciones menos severas. Objetivar/Tipificar las faltas significa que dejan de ser la expresión del poder unilateral y se expresan mediante sanciones acordadas por quienes las sufren. En otras palabras, la contractualización participa aquí en la internalización de los incumplimientos/faltas¹⁵. Significa en la estructura de poder de la empresa lo que ha sido, la introducción histórica de la servidumbre/sumisión en los intereses de la sociedad feudal primero y capitalista después¹⁶. A través de, *la culpabilización* -haciendo que otras personas se sientan culpables para poder controlarlas- pero también por medio de la violencia agresiva de “sentirse culpable” uno mismo¹⁷.

2.1. *La evaluación una impostura ...*

Este fenómeno es objeto de estudio de la psicología profunda y ha dado lugar a una literatura muy interesante sobre la teoría y la práctica de estas evaluaciones en las empresas.

Tanto con el paradigma de la evaluación como con el paradigma del problema-solución nos encontramos con el hecho de la sustitución de una cosa por otra para que el

¹³ Ibídem., p. 87.

¹⁴ Legendre, Pierre (2008), *Dominium Mundi. El imperio del Management*, Buenos Aires: Amorrotu, p. 45.

¹⁵ Supiot, Alain, “Un faux dilemme:...”, op.cit. p. 87.

¹⁶ Cooper, David (1979), *El lenguaje de la locura*, Barcelona: Ariel, p. 81.

¹⁷ Ibídem., p. 13.

problema no exista, con la evaluación ya sea cuantitativa o cualitativa, siempre estamos en el paradigma de la medida, procede de la medida y de lo calculable: Sustitución, de la evaluación evaluante por la cosa evaluada, y el problema deja de existir¹⁸. Sin embargo, en el paradigma problema-solución la sustitución es por algo equivalente y si reunimos los dos paradigmas *problema-solución* y *evaluación*, encontramos pues un hiperparadigma, *equivalencia*. Es lo que se denomina el contrato¹⁹.

En cuanto hay evaluación hay contrato y, si bien, la ley es del orden de lo limitado la democracia ya ha entrado en la era de lo ilimitado. Resulta que ahora la democracia es el lugar del contrato, de los contratos, puesto que la fuerza de la forma contractual es que se puede multiplicar de manera ilimitada. Y si la ley no descansa sobre la igualdad de las partes. El contrato, sí que descansa sobre la igualdad de las partes²⁰.

Estamos ante la máxima “Se enlaza a los bueyes por los cuernos y a los hombres por las palabras”, la institución más característica del Occidente moderno, *el contrato*, que extiende las prácticas industriales de intercambio a la escala planetaria y continúa expresando la legitimidad de los Estados fundada idealmente en un contrato, este concepto de contrato, símbolo de la ideología liberal de Occidente encierra también: *la idea de yugo*, de un elemento coactivo indicador de algo que pone trabas a la libertad, o aun, en términos más radicales, que aliena al humano como la pieza de madera que enlaza a los bueyes por los cuernos. Si bien, en cuanto a los humanos, *enlazados por la palabra*, la coacción no es física sino de otro orden, y que justamente el lazo del lenguaje los distingue de los otros animales. El concepto lazo, significa también coacción y evoca, pues, lo normativo, *lo instituido*²¹: el contrato consiste finalmente en un esfuerzo para dar un estatuto simbólico a lo especular/al estadio del espejo²².

Y es que contrariamente a la Biblia judía y al Corán, *el texto originario del cristianismo (los Evangelios y los escritos de los apóstoles) está desprovisto de reglas sociales*. Y ¿dónde podía, entonces, encontrar esta religión en expansión las reglas

¹⁸ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser evaluado? Conversaciones sobre una máquina de impostura*, Málaga: Miguel Gómez Ediciones, p. 7.

¹⁹ Ibídem., pp 18 y 19.

²⁰ Ibídem., p. 20.

²¹ Legendre, Pierre (2008), *Lo que Occidente no ve de Occidente. Conferencias en Japón*, Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, pp. 67-68-71.

²² Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser evaluado?..., op.cit. p. 20.*

sociales que le faltaban? Inevitablemente, en el derecho de romano. Con el cristianismo y su alianza romana, estamos en la fuente de la dicotomía moderna cuerpo/espíritu (es decir, cuerpo y psique). Estamos en la fuente de un *racionalismo descorporizado*, que también podemos llamar “mito racional de Occidente²³, esta es nuestra firma cultural que *bajo la égida del Estado jurista, se inventó y difundió como el instrumento estándar del mercado: la institución del contrato*: la de que una simple conversación entre individuos pueda producir una norma sancionada por la justicia del Estado²⁴: paradigma de la bilateralidad, que permite configurar con cierta independencia y autonomía las obligaciones de las partes; si bien, la ley en la búsqueda de una mayor justicia del contrato de trabajo está operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, aunque no destruye la esencia de la bilateralidad (que una simple conversación entre individuos pueda producir una norma), que está referida al momento de la constitución del vínculo, a la formación de su estructura, mientras que el régimen de las obligaciones está embebido en la ley, componente mismo de la justicia del mismo contrato²⁵.

Lo que hay que retener como esencial (es el acuerdo de las parte dirigido inmediatamente a la creación de obligaciones, en que ambas son necesarias e integran el contenido pasivo del contrato) es su contexto que inaugura *la tendencia a la autonomía de la voluntad individual*, autonomía de la voluntad sometida al criterio del rendimiento, que reivindica el derecho a romper el compromiso libremente consentido, hasta ahora ley²⁶, pues la Ley reconoce que en tal supuesto el empresario puede extinguir el contrato, debate que se puede ubicar fuera de cualquier elaboración propia de la teoría general de contratos y obligaciones, con lo que el despido del trabajador atendiendo al criterio del rendimiento es consecuentemente un procedimiento reglado.

La ley supone un tercero, el gran Otro, mientras que el contrato consiste finalmente en un esfuerzo para dará un estatuto simbólico al estadio del espejo. Al emisor le devuelve el receptor su propio mensaje pero de forma invertida. La contribución del evaluador

²³ Legendre, Pierre (2008), *EL TAJO. Discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, p. 39.

²⁴ Ibídem., pp. 75-76.

²⁵ Rivero, Juan (2009), “Tipificación y estructura del contrato de trabajo” (1972), en *JUAN RIVERO LAMAS IN MEMORIAM*, Murcia: LABORUM, p. 48.

²⁶ Legendre, Pierre (2008), *EL TAJO. Discurso...*, op.cit. p. 77.

respecto de la experiencia y del saber a evaluar consiste precisamente en darle forma para el Otro, el Otro del discurso universal. El evaluador permite acceder al lugar del gran Otro. El evaluador reformula la solicitud del solicitante, le da forma²⁷.

Con la Ley, la cuestión de *nuestro lazo legalista con la realidad acreditada por mediación de las palabras* -dicho de otra manera, *la cuestión de la relación instituida de significación* (ligazón normativa de la palabra cosa) no se plantearía. Desde esta perspectiva, la institución de la significación quiere decir que las palabras, a semejanza de los billetes de banco, tienen un curso forzoso; y, por lo tanto, que nadie es libre de aceptar o rechazar este curso, y sin esto la condición del animal hablante se derrumbaría y nos encontramos, para aplicarla al lenguaje, con la idea de Valery sobre “la vida fiduciaria del mundo y de su estructura”: *las palabras son valores fundados en la confianza otorgada a la instancia que los garantiza*; esto es, que depende del crédito o confianza que merezca, dicho, también, de un contrato basado principalmente en la confianza entre las partes. Esta indicación da nuevo impulso a la pregunta por el poder: ¿Qué garantiza el valor de las categorías lingüísticas?, cuando se vive una “revisión de valores” que pone en tela de juicio la primacía del principio de no contradicción en los montajes sociales²⁸, la no existencia de un criterio “objetivo” del que uno pueda alejarse para escapar del principio de contradicción que se paga a la vez con la liquidación del cuestionamiento y con una concatenación de efectos de destrucción del sujeto [“*The thing I am*” (“*lo que soy*”)]. Lo que da cabida a la problemática del garante: El *imaginario del crédito*, que sustituye a “los ojos de Dios/al ojo de Dios”, que notifica a los intérpretes del *lugar de lo absoluto*, es decir, del lugar de un garante, *figura simbólica* (lo fiudiciario) *que se interpone entre el sujeto y la nada*²⁹.

2.2. ... que oculta un contrato de confianza.

El contrato -entendido en su sentido jurídico normal o en un sentido más amplio- en el que sólo cuenta lo que está expresamente estipulado, bien sea de manera positiva, bien de manera negativa. No vale lo que no está expresamente dicho. Nuestro dispositivo es transaccional. Sin embargo, hoy en día se intenta construir un sistema de transacciones

²⁷ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, pp. 20 y 44.

²⁸ Legendre, Pierre (2008), *EL Tajo. Discurso...*, op.cit. pp. 88 y 89.

²⁹ Ibídem., pp. 90 y 97.

entre lo limitado y lo ilimitado, entre la ley y el contrato. En consecuencia, nadie sabe nunca a qué atenerse entre lo que se dice y lo que no se dice³⁰. Y como, la evaluación no es una ciencia sino un arte de *management*. Porque se mide, se contrasta, se cifra, se compara, etc., se piensa que es científico. Sin embargo, no es nada científico. No porque haya cálculo, hay ciencia³¹. En que las ciencias y las técnicas no tienen ya nada que ver con el equilibrio de lo justo y lo injusto³².

La justicia somete la transgresión a la palabra. Así se organizan el derecho y la moral. La *Efficiency* -la *Performance*- es el nombre nuevo que da rostro humano al Abismo³³: la economía informatizada requiere que el cerebro obrero emita opiniones y tome decisiones, ejerciendo así la responsabilidad, la organización jerárquica le niega la legitimidad que cumpliría con sus responsabilidades. “Ser responsable sin ser legítimo” es una de las fórmulas del infierno. La economía informatizada, por lo tanto, implica que todos reciben una delegación de legitimidad proporcional a las responsabilidades asumidas por la empresa. La función de mando, que ciertamente es esencial, no es sagrada porque ya no tiene el monopolio de la legitimidad, donde el Management solo ve como un agente accionista, que somete a la empresa a las órdenes de un poder externo y no es dirigida por un verdadero emprendedor, de ahí las “decisiones absurdas” y la epidemia de “estupidez funcional” y aun cuando se pueden criticar los abusos del “taylorismo” necesitamos un nuevo Taylor, atento tanto a la relación entre el agente y su plantilla de trabajadores (simbiosis), como a que los niveles de responsabilidad y las especialidades cooperen en acción (sinergia)³⁴, para evitar reinventar el sacrificio humano, con suavidad; que hace reinar la armonía mediante el cálculo y que la evaluación se base ante todo en la intimidación.

La evaluación es una iniciación y se transmite como una iniciación, en que lo más importante es que el otro haya consentido la misma. Consentir ser evaluado es mucho más importante que la operación misma de evaluación³⁵. Conseguir del sujeto la

³⁰ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, p. 21.

³¹ Ibídem., p. 31.

³² Legendre, Pierre (2008), *Dominium Mundi. El ...*, p. 29.

³³ Legendre, Pierre (2008), *La fábrica del hombre occidental*. Seguido de *El hombre homicida*. Buenos Aires-Madrid, p. 31.

³⁴ Vollem Michel (2018)- “De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre”, en *Qu’est-ce qu’un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, pp. 347 y 348.

³⁵ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, p. 38.

confesión de sus pecados. Esta forma de dominación no es posible sin el consentimiento del dominado³⁶, y es que en la gobernanza numérica, los resultados del trabajo se miden esencialmente mediante indicadores numéricos, pero el sujeto debe tomar posesión de esta evaluación para reaccionar reactivamente y retroactivamente a la brecha que hay entre su desempeño/funciones y sus objetivos. Este es el propósito de la evaluación, que el asalariado “dé sentido a su trabajo y comprenda su lugar en la empresa” y “movilice al máximo su compromiso individual que es la fuente de desempeño/funciones”. Las viejas técnicas religiosas y judiciales de confesión se metamorfosan para fines económicos, con lo que nos encontramos con nuevas técnicas de dependencia y desposeimiento³⁷.

Además, el sujeto: acepta ser comparado, se vuelve comparable, accede al estado estadístico, operación que permite llegar a la estigmatización. La evaluación es un método de eliminación, pero no cualquier método³⁸. La evaluación apunta a esta auto-condenación del sujeto, como ya hemos apuntado en la nueva formulación de causas de despido. Es la lógica misma de un gobierno por el saber³⁹. Porque si algo no funciona, se cambia, en esto se funda el contrato de confianza, porque depende del crédito o confianza que merezca. Porque una parte actúa en interés de otra sin hacerlo público.

Esta contabilidad de cifras sin rostro, es un drama sin palabras, terror despersonalizado, donde el juicio se vuelve abstracto y desprovisto de toda referencia personal, con lo que sufrimiento de la persona castigada es un hecho arbitrario y gratuito, para dar una falsa sustancialidad a un sistema etéreo⁴⁰. Se trata de la ley homeostática del grupo, según la cual una o más personas -consideradas desviadoras del objetivo grupal- tienen que ser ofrendadas en sacrificio a los otros miembros del grupo, para mantener la integridad grupal que es fuente de una ilusoria fortaleza⁴¹: el trabajo ya no está para “justificar nuestra tarea de existir”⁴².

Sin embargo, nadie se pregunta de dónde proviene la noción de evaluación, ni tampoco quién las inventó. Existen dos modelos del ciframiento. Por un lado, está el

³⁶ Ibídem., p. 46.

³⁷ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. pp. 257-258.

³⁸ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, p. 45.

³⁹ Ibídem., p. 46.

⁴⁰ Cooper, David (1978)- *La Muerte de la Familia*, Barcelona- Caracas-México: Ariel, pp. 40 y 41.

⁴¹ Cooper, David (1978)- *Gramática de la vida*, Barcelona-Caracas-México: Ariel, p. 100.

⁴² Legendre, Pierre (2008), *Dominium Mundi. El ...*, p. 43.

modelo de ciframiento bajo la forma de voto y que siempre se ha presentado en los tiempos modernos, como signo distintivo de la democracia. Y, por otro lado, está el ciframiento que podemos llamar estadístico. Se trata de un ciframiento en el sentido pleno de la palabra y no en el de signo distintivo de la democracia, aun cuando cobra una importancia creciente en la gestión de la democracia. Merece la pena que nos detengamos en el modelo el ciframiento por el voto, frente a la democracia antigua, en la que el signo distintivo era precisamente que se sorteaba a los representantes políticos. En la democracia moderna, el signo que distingue democráticamente es el voto⁴³; por haber arrancado la *loi de famille* del Antiguo Régimen, del ámbito “doméstico” a las clases socialmente dependientes, incorporándolas a la sociedad civil de libres e iguales, nueva *loi civil*⁴⁴.

Y si bien, la democracia social no tiene una base individual y cuantitativa (un hombre, un voto), sino colectiva y cualitativa (un grupo de intereses, un voto). Restablecer así formas antiguas de representación (como los estados generales del Antiguo Régimen), que pretendían dar una imagen fiel de la diversidad de condiciones sociales, más que fundar la ficción de una unanimidad a partir de la técnica del voto mayoritario. Al fundar una legitimidad de *reflexividad*, no aspira a poner de relieve mayorías, sin más bien consensos acerca de lo que es más justo o lo menos injusto posible en un momento dado y en circunstancias determinadas. Al proceder a la comprobación de las diferencias cualitativas entre los grupos de intereses que tienen una experiencia diferente de los mismos hechos, no *postula* la igualdad entre grupos, sino que la *construye*, instituyendo entre ellos un equilibrio de fuerzas⁴⁵.

Construye un derecho sobre la base de su legitimidad democrática y orientado a obtener consensos amplios y estabilizadores que se caracteriza por un proceso de producción muy regulado, dialógico, expuesto al escrutinio público, y que tiende a generar consensos amplios, reflexionados y reflexivos, y por lo tanto muy legitimadores⁴⁶. Se garantizan normas jurídicas más consensuadas, más estabilizadoras y, por tanto, más capaces de realizar las expectativas de los destinatarios y el valor

⁴³ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, pp. 50 y 51.

⁴⁴ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la fraternidad*, Barcelona: Crítica, p. 94.

⁴⁵ Supiot, Alain (2011)- *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona: Península, pp. 12-124.

⁴⁶ Hespanha, Antonio M (2016)- *Pluralismo Jurídico e...*, op.cit. p. 105.

fundamental de la seguridad⁴⁷; que se corresponde a la vieja idea de que el derecho debe corresponder a una voluntad general (*generale iussum*), pues sólo puede pretender vincular todo aquello que haya sido o sea decidido por todos (*quod omnes tangit ab omnibus approbari debetm*); en el sentido de que, no es derecho más que lo que resulte de (expresar) consensos amplios e inclusivos⁴⁸, un consenso general también de buena calidad, en particular, inclusivo y reflejado/relejo/reflexivo.

Una norma consensual, muy probablemente, será generalmente seguida y hará más estables las relaciones sociales. Y, reflexivamente/reflejadamente, una norma que estabiliza y crea confianza es, de cierto, ampliamente consensual⁴⁹. Por lo tanto, derecho es aquello (1) que es reconocido como tal; (2) que resulta ser consensual (evaluada/validada la consensualidad en función de su inclusividad y reflexividad); (3) que resulte ser estabilizador y corresponda a las expectativas más generales de la generalidad de los interesados⁵⁰.

No es ese el caso de las formas de representación típicas de la “gobernanza”, que pretenden cuantificar los hechos más que reflejar las experiencias y en las que no se trata de hablar, sino de contar. La contabilidad, la estadística y los indicadores son las tres formas principales de esta representación numérica del mundo. Cada una de ellas tiene su legitimidad y su propio ámbito de validez, que llevan aparejados un riesgo el del fetichismo del signo, que, al confundir el número con la cosa misma, expone a los espejismos de la cuantificación y orienta la acción hacia la mejora de las puntuaciones estadísticas o contables cada vez más desconectadas de las realidades. Evitarlo es la cuestión urgente de las distintas relaciones que se han de establecer entre, por un lado, estas dos formas de representación deliberativa y, por otro, las representaciones cuantificadas del estado del mundo que la ideología de la gobernanza fetichiza y sustrae a cualquier proceso deliberativo⁵¹.

Tenemos un nuevo ejemplo de transacción: transacción entre la noción de sufragio por mayoría (representación deliberativa) -la mayoría que se constituye con la diferencia

⁴⁷ Ibídem., p. 114.

⁴⁸ Ibídem., p. 118.

⁴⁹ Ibídem., pp. 212-213.

⁵⁰ Hespanha, Antonio M (2016)- *Pluralismo Jurídico e...*, op.cit. p. 293.

⁵¹ Supiot, Alain (2011)- *El espíritu de Filadelfia. La...*, op.cit. pp. 124 a 126.

de un voto- y la noción estadística de mayoría, que no contempla la diferencia de un voto⁵², que con la revolución del procesamiento de datos y la gestión que hace pasar el mundo del trabajo desde la edad de la “mano de obra” al “cerebro del trabajo”, es decir, al trabajador “conectado”: ya no esperamos que obedezca las órdenes mecánicamente, sino que cumpla con los objetivos asignados al reaccionar en tiempo real a las señales que le llegan⁵³ y si en la ley que atañe al régimen de mayoría cada voto cuenta, aunque sea rechazada con la diferencia de un voto, cuando se trata de consentir la evaluación, el cómputo es muy diferente, ahí la respuesta, que queda en la sombra, en lo oscuro, es “la mayoría de sus compañeros lo han aceptado”, se entiende que es la noción de mayoría en sentido estadístico, que no contempla la diferencia de un voto⁵⁴.

Lo que nos sumerge en *los abismos de la identidad*, en la *especularidad*, palabra formada sobre el latín “*speculum*”-Espejo-, estamos en la raíz del pensamiento humano sometido al mecanismo de la *reflexividad*, donde volvemos a hallar la misma lógica ternaria: *La mirada del sujeto y su imagen “contraen un lazo”*, lazo que se traduce en la *evidencia dogmática*, en la certeza de la adhesión: el sujeto no necesita ninguna prueba para plegarse a la verdad de su imagen, a la cosa evaluada. Pero, ¿qué contiene esta imagen de sí que envía al humano a la ajenidad, a la *desgarradura de una división*? Esta imagen contiene la *figura primera de la alteridad*: el otro de sí que es uno mismo. La apropiación de la alteridad para sí no es efecto mecánico de una relación dual que emanaría de la semejanza, sino que comporta para el humano la *mediación del tercer elemento*: una mediación sostenida por la palabra⁵⁵: *El contrato*.

La alienación/alteridad es la invasión de lo que consideramos como “nosotros mismos” por la alteridad humana deformada -la alteridad consiste en toda la masa de relaciones humanas, desde las experiencias microsociales “personales”, hasta las institucionales y macrosociales. La deformación se produce porque la existencia social humana está perpetuamente confundida y frustrada por la relación de opresión (oprimido/opresor-gobernados/gobernantes) con toda la zona de mistificación que se encuentra entre los dos polos opuestos. La eliminación de estos rastros de alteridad que, si se hace

⁵² Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, p. 52.

⁵³ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail...”, op.cit. p. 24.

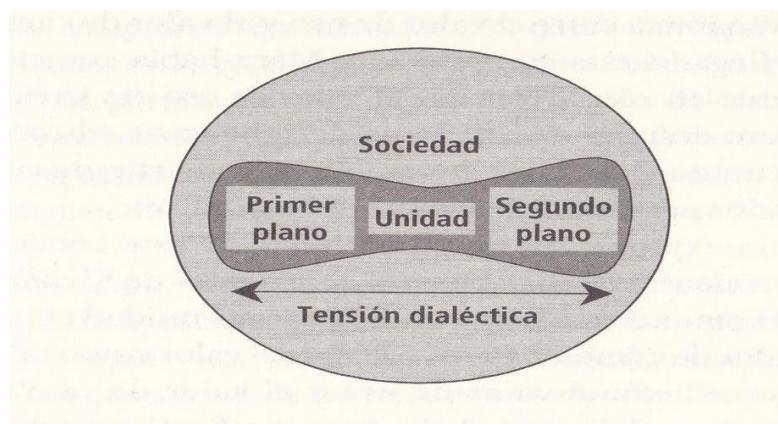
⁵⁴ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, p. 52.

⁵⁵ Legendre, Pierre (2008), *Lo que Occidente no ve...*, op.cit, pp. 84-85-86.

minuciosamente, pasa a un punto cero, un punto de existencia vacía, la anulación de la mente que señala el inicio de la fase siguiente: la reestructuración⁵⁶, para responder con nuestra propia voz, no con todas las voces y sus mensajes que nos han sido inculcadas en nuestra mente a lo largo de nuestra historia⁵⁷.

III. DE LA DIALÉCTICA DE LO CONCRETO.

La filosofía dialéctica cuya representación gráfica ponemos ante sus ojos:



Es una filosofía de cambio. Parte de la proposición de que cualquier ente existe en un entorno social. El entorno enfatizará algunos aspectos de la entidad, poniendo necesariamente menos énfasis en los demás aspectos. Sin embargo, para poder existir, la entidad necesita tanto los aspectos del primer plano (los que el entorno enfatiza) como los del segundo (los que el entorno pasa por alto). Esto crea una tensión en el seno de la entidad, y posiblemente entre la entidad y el entorno. Dicha tensión puede transformar la naturaleza de la entidad, e incluso el entorno mismo⁵⁸.

3.1. Qué es la alienación. De la dialéctica del amo y del esclavo: sobre la visión antropocéntrica en general.

Nosotros, los seres humanos sentimos y sabemos que estamos alienados en ese sentido de que, nuestra vida empírica no coincide con nuestra verdadera esencia, evidencia que

⁵⁶ Cooper, David (1979), *El lenguaje...*, op. cit. p. 42.

⁵⁷ Ibídem., p. 107.

⁵⁸ Keen, Steve (2015)- *La economía desenmascarada*, Madrid: Capitan Swing, p. 701.

se constata en el hecho de que no nos entendemos a nosotros mismos nada más que a través de la mediación del pasado y del futuro⁵⁹.

Así que la abolición de la alienación, supone una situación en la que no hay oposición entre la especie y el individuo. En otras palabras, diferencia entre sujeto y el objeto. En este estado se elimina toda mediación entre el individuo y la especie: las instituciones tanto racionales (es decir, desarrolladas conscientemente) como irrationales – los Estados y las organizaciones políticas, el derecho y las normas morales, las naciones y las tribus - son inútiles y carentes de validez. Sueño prometeico que se concilia mal con las premisas normativas de los que significa el concepto de alienación un estado en el que la vida humana empírica está reñida con *la esencia* del hombre⁶⁰.

Lo peor de este sueño es que prevé la abolición de todas las instituciones de mediación que parecían oponerse a esta unidad, pero la idea liberal tradicional de la libertad presupone que los intereses y necesidades de las personas con frecuencia entran en conflicto y la mediación de la ley y el derecho es, por tanto, necesaria para limitar el campo de la libertad de cada uno en nombre de la seguridad de todos.

La idea de la reconciliación de los hombres empíricos con su naturaleza “real”/“verdadera”, lo que implica la eliminación de lo que se supone que son “necesidades falsas”, vieja distinción entre necesidades reales y falsas necesidades (o “artificiales”) no deja de ser tan (también) arbitraria, aparte de las necesidades estrictamente fisiológicos para la supervivencia pura y simple, todas las demás necesidades son “artificiales” y producto de los hombres, porque no tenemos más que criterios arbitrarios para separar las “reales/verdaderas” necesidades de las “falsas” o las necesidades “reales” de las necesidades “puramente subjetivas”⁶¹.

Debemos salir del error de esta calificación: necesidades “necesarias”, que se suponen primarias y otras necesidades, muy deseables solamente, que se suponen secundarias y hablar, en primer lugar, de las necesidades *a tener*, necesidades que dependen de la naturaleza y de la formación de nuestra sociedad, necesidades cuantitativas, necesidades

⁵⁹ Kolakowski, Leszek (1986)- *Le Village introuvable*, Belgique: Complexe, p. 73.

⁶⁰ Ibídem., p. 74 a 76.

⁶¹ Ibídem., p. 80.

que son proceso y pasividad, necesidades expresadas en la negación de las presentes como carencia (no tenemos lo que no está allí para tenerlo), necesidades expresadas como simple negación considerada falsamente como un proceso que se objetiva a sí mismo. Bajo este título se incluyen grandes cantidades de objetos experimentados como lo que nos falta a nosotros mismos -nosotros como carencia-, la necesidad de alimento, refugio y calor, necesidades de placer cortadas en pedazos expresadas en una especie de términos de mantenimiento de la energía corporal⁶².

Lo que ha sido desafiado por un concepto reconocible de justicia social, que da prioridad a la lucha contra las desigualdades de facto, basadas no en la riqueza, sino en el género, el color de la piel, religión, origen u orientación sexual. Este cambio de la justicia social de *tener* (la distribución de la riqueza) a *ser* (el reconocimiento de las personas) ha resultado en la extensión de la no discriminación y la disminución correspondiente de la igualdad económica. De manera tal, que el estatuto de los trabajadores que no ha dejado de fragmentarse y precarizarse, no es el resultado del azar y supone la misma búsqueda de una flexibilidad generalizada del estado de las personas, dirigida tanto al estado económico y social y como al estado civil de las aquellas⁶³.

En segundo lugar, después de estas necesidades que tenemos, existen las necesidades de *actuar-para-ser diferente*, la negación de la negación como una superación hacia otra forma de vida. El nivel de estas de actuar es cualitativo. Su base material, su motivación (fuerza motriz del mundo) es la toma de conciencia de la persona individual en relación con toda la sociedad. Estas necesidades también podrían denominarse: necesidades de tomar la iniciativa, la necesidad de empezar algo nuevo, la necesidad de cambiar algo en el mundo social en términos, simultáneamente, de una transformación personal, la necesidad de encontrar una expresión espontánea que no tenga nada que ver con el hallazgo de fuentes de seguridad para uno mismo⁶⁴.

Pero si se trata de focalizar sobre *tener* o sobre *ser*, la definición de justicia social deja en la sombra la cuestión del *actuar* o del *hacer*, es decir, del trabajar en sí mismo. Sin embargo, la cuestión de la justicia no puede limitarse a la distribución de la riqueza ya

⁶² Cooper, David (1979), *El lenguaje...*, op. cit. pp. 52 a 62.

⁶³ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail..., op.cit. p. 9.

⁶⁴ Cooper, David (1979), *El lenguaje...*, op. cit. pp. 52 a 62.

producida, o al reconocimiento de identidades ya afirmadas. Implica la posibilidad de que cada uno logre lo que es en lo que hace, forjar a su persona en la prueba del trabajo. Un orden para ser justo, debe dar esta posibilidad a todos los seres humanos⁶⁵.

Pero volvamos a la necesidad que expresa la relación dialéctica hombre-naturaleza con la mediación del trabajo. Porque, sobre todo, las necesidades significan todo lo que uno debe hacer a través del trabajo para alcanzar una manifestación total del ser humano y todo lo que se experimenta como una necesidad interna. Pues la necesidad nunca ha estado simplemente relacionada con la producción de mercancías “más razonables” para el mercado, sino más bien con la autosatisfacción⁶⁶.

Encontramos dos teorías de la contradicción/oposición. Primero la negación de la negación como una ley natural y necesaria, el cambio de la/del sociedad/entorno social se producirá de forma natural siguiendo un misterioso movimiento de la historia. En segundo lugar, que la historia solo se mueve en términos de praxis, por la lucha de un sujeto colectivo, constituido, en virtud de las necesidades radicales (de actuar para ser), en garante del paso a una sociedad futura⁶⁷. Aun cuando algunos pocos ya puedan alterar sus estilos de vida lo suficiente como para escapar, aunque sea parcialmente, de un entorno social depredatorio (de usar y tirar) y relacionarse con otros en plena humanidad⁶⁸.

Se habla de cómo la progresión del trabajo como necesidad vital se convierte en necesidad cualitativa en el momento en que alcanza el nivel de actividad intelectual libre,

⁶⁵ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail..., op.cit. p. 10.

⁶⁶ Cooper, David (1979)- *El lenguaje...*, op. cit. pp. 52 a 62. La progresión del trabajo como necesidad vital se convierte en necesidad cualitativa en el momento en que alcanza el nivel de actividad intelectual libre. Que haya tiempo *creado* para la libre especulación científica reconocida como necesidad radical condicionada por la necesidad radical de responsabilidad -responder socialmente de los propios actos desde la base de una *conciencia colectiva* que en definitiva define la individualidad del que busca el conocimiento, en oposición a la falsa “individualidad” del empresario de la “libre empresa” de la compañía multinacional, con toda su violencia económica y ecológica. Lenguaje.

Méda, Dominique (2018)- “Simone Weil et Hanna Arend, deux philosophes du travail post-modernes” en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, p. 38. En la perspectiva abierta por Marx, al anunciar que cuando fue liberado, el trabajo se convertiría en la primera necesidad vital, de manera que el trabajo se ha convertido en el escenario principal donde los individuos pueden demostrar sus capacidades y generar admiración. Ahora estamos viviendo bajo el estándar de trabajo satisfactorio. Libro 3, 17

⁶⁷ Cooper, David (1979)- *El lenguaje...*, op. cit. p. 59.

⁶⁸ Cooper, David (1978)- *Gramática....*, op. cit. p. 137.

que progresan desde otro aspecto más escondido de la subjetividad-la conciencia-praxis⁶⁹, conjunto de ideas, lo bastante unificados como para ser prácticamente eficaces en el mundo, y que apuntan a la transformación de entidades sociales tanto a nivel microsocial (personas, grupos de personas) como macrosocial (colectividades) ya sea para “mejor” o para “peor”. Este conjunto de ideas que surgen de “conciencias-praxis” autodirigidas en el mundo (la conciencia y la praxis son dos caras de la misma moneda), generan modos de conciencia-praxis que generan más conjuntos de ideas que generan más conciencias-praxis y así sucesivamente⁷⁰.

[El hombre es autoconciencia. Es autoconsciente; consciente de su realidad y de su dignidad humana, y en esto difiere esencialmente del animal, que no supera el nivel del simple sentimiento de sí. El hombre toma conciencia de sí en el momento en que por “primera vez”, dice: “Yo”. Comprender al hombre por la comprensión de su “origen”, es comprender el origen de Yo revelado por la palabra. ...]

Es el Deseo (consciente) de un ser el que constituye este ser en tanto que Yo y lo revela en tanto que tal y lo impulsa a decir: “Yo...” Es el deseo el que transforma al Ser revelado a él mismo por él mismo en el conocimiento (verdadero), en un “objeto” revelado a un “sujeto” por un sujeto diferente del objeto y “opuesto” a él. Es en y por, o mejor aún, en tanto que “su” Deseo que el hombre se constituye y se revela -a sí mismo y a los otros- como un Yo, como el Yo esencialmente diferente del no-Yo y radicalmente opuesto a éste. El Yo (humano) es el Yo de un Deseo o del Deseo.

El ser mismo del hombre, el ser autoconsciente, implica pues y presupone el Deseo. Por tanto, la realidad humana no puede constituirse y mantenerse sino en el interior de una realidad biológica, de una vida animal. Mas si el Deseo animal es la condición necesaria de la Autoconsciencia, no es la condición

⁶⁹ Cooper, David (1979)- *El lenguaje...*, op. cit. p. 60.

⁷⁰ Cooper, David (1978)- *Gramática....*, op. cit. p. 22.

suficiente de ella. Por sí solo ese Deseo no constituye más que el Sentimiento de sí⁷¹.

Al contrario del conocimiento que mantiene al hombre en una quietud pasiva, el Deseo lo torna inquieto y lo empuja a la acción. Nacida del deseo, la acción tiende a satisfacerlo, y sólo puede hacerlo por la “negación”, la destrucción o por lo menos la transformación del objeto deseado: Así toda acción es “negatríz”. Lejos de dejar lo dado tal como es, la acción lo destruye si no en su ser, por lo menos en su forma dada. Y toda “negatividad-negatríz” por relación a lo dado es necesariamente activa. Más la acción negatríz no es puramente destructiva. Porque si la acción que nace del Deseo destruye una realidad objetiva para satisfacerlo, crea en su lugar, en y por esta destrucción misma, una realidad subjetiva. ...

Para que haya Autoconciencia es necesario que el Deseo se fije sobre un objeto no-natural, sobre alguna cosa que supere la realidad dada. El Deseo, por ser revelación de un vacío, la presencia de la ausencia de una realidad, es esencialmente otra cosa que la cosa deseada, distinto de una cosa, de un ser real estático y dado, pues se mantiene eternamente en la identidad consigo mismo. El Deseo que conduce hasta otro deseo, tomado en tanto que Deseo, creará entonces por la acción negatríz y asimiladora que lo satisface un Yo esencialmente otro que el “Yo” animal. Ese Yo, que se “nutre” de Deseos, será el mismo Deseo en su ser mismo, creado en y por la satisfacción de su Deseo. Y puesto que el Deseo se realiza en tanto que acción negadora de lo dado, el ser mismo de ese Yo será acción. Él es el acto de trascender lo dado que le es dado y que es él mismo. Ese Yo es un individuo (humano), libre (frente a lo real dado) e histórico (con relación a sí mismo). Y es ese Yo y ese Yo solamente el que se revela a sí mismo y a los otros en tanto que Autoconciencia⁷².

Pues, aunque la existencia del hombre es un producto de la naturaleza, no vive en estado de simbiosis con el resto de ella. No trabaja en

⁷¹ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*, Buenos Aire, Ediciones Fausto, p. 11.

⁷² Ibídem., p. 12.

combinación con las demás especies -a lo sumo las domina o las destruye. Todo lo que existe en el mundo o fuera de él, se le presenta como resistencia pasiva o como fuerza enemiga. Se ha liberado de los cuidados bondadosos, pero también inmisericordes de la naturaleza, y lo que en su vida -como ser biológico- es fenómeno natural e inevitable, suele sentirlo como sufrimiento o desdicha: el nacimiento, la muerte, la vejez, el amor físico. Está abandonado exclusivamente a sí mismo y enraizado solo en sí, porque el mundo externo no le brinda ninguna protección natural ya que su historia consiste en el desarrollo de necesidades que solo pueden ser satisfechas por la destrucción sistemática del equilibrio natural del mundo orgánico. Solo a sí mismo debe agradecer lo que es y lo que puede llegar a ser; por grande que sea el daño que pueda acarrear sobre sí mismo, él es el único culpable⁷³.

La actitud autónoma es la toma de conciencia de esta situación y de todas sus consecuencias, es la conciencia de que el hombre no puede contar con otra ayuda que no sea la del hombre y de que ningún otro puede asumir su conducción/dirección/acción; de que al mismo tiempo tiene derecho sobre todo lo que está fuera de él y que nada fuera de él mismo puede obligarlo en nada⁷⁴.

Ahora bien, para que la Autoconciencia pueda nacer del sentimiento de sí, para que la realidad humana pueda constituirse en el interior de la realidad animal, es menester que esa realidad sea esencialmente múltiple. Por eso la realidad humana solo puede ser social. ... y si es una realidad social, la sociedad solo es humana en tanto que conjunto de Deseos que se desean mutuamente como Deseos. El Deseo humano, o mejor, antropógeno, que constituye un individuo libre e histórico consciente de su individualidad, de su libertad, de su historia y, finalmente, de su historicidad, el Deseo antropógeno difiere pues del Deseo animal (que constituye un ser natural, solo viviente y que no tiene más

⁷³ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre la mortalidad de la razón*. Caracas: Monte Ávila, p. 236.

⁷⁴ Ibídem., p. 236.

sentimiento que el de su vida) por el hecho de que se dirige no hacia un objeto real, positivo, dado, sino sobre otro Deseo...⁷⁵.

.... Todos los Deseos del animal son en última instancia una función del deseo que tiene de conservar su vida. El Deseo humano deber superar ese deseo de conservación. Y por eso hablar del “origen” de la Autoconciencia es necesariamente hablar del riesgo de la vida (con miras a un fin esencialmente no vital)⁷⁶.

.... Dicho de otro modo, todo Deseo humano, antropógeno, generador de la Autoconciencia, de la realidad humana, se ejerce en función de un deseo de “reconocimiento”. Y el riesgo de la vida por el cual se “reconoce” la realidad humana es un riesgo en función de tal Deseo. Hablar del “origen” de la Autoconciencia implica por necesidad hablar de una lucha a muerte por el reconocimiento⁷⁷.

.... En efecto, el ser humano no se constituye sino en función de un Deseo dirigido sobre otro Deseo, es decir, en conclusión, de un Deseo de reconocimiento. El ser humano no puede por tanto constituirse si por lo menos dos de esos deseos no se enfrentan⁷⁸.

Si bien, *Para que el ser humano pueda realizarse y revelarse en tanto que Autoconciencia no basta entonces que la realidad humana naciente sea múltiple. Es necesario aún que esa multiplicidad, esa “sociedad”, implique dos comportamientos humanos o antropógenos esencialmente diferentes⁷⁹.*

.... y que ambos adversarios queden con vida después de la lucha, lo que exige de ello que adopten comportamientos opuestos en esa lucha. Uno de ellos, debe negar el riesgo de su vida con miras a la satisfacción de su Deseo de

⁷⁵ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y ...*, op.cit. p. 13.

⁷⁶ Ibídem., p. 14.

⁷⁷ Ibídem., p. 15.

⁷⁸ Ibídem., p. 15.

⁷⁹ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y ...*, op.cit. p. 16.

“reconocimiento”. Debe abandonar su deseo y satisfacer el deseo del otro: debe “reconocerlo” como Amo y reconocerse como Esclavo del Amo⁸⁰.

.... Y por eso hablar del origen de la Autoconciencia es necesariamente hablar de la “autonomía de la dependencia de la Autoconciencia, de la Tiranía y la Esclavitud”⁸¹.

.... Si el hombre sólo es su devenir, si su ser humano en el espacio es su ser en el tiempo o en tanto que tiempo, no es otra cosa que historia,...historia de la interacción Tiranía y Esclavitud:.... Oposición de la “tesis” y de la “antítesis” que no tiene sentido sino en el interior de la conciliación de la “síntesis, ... si el Deseo debe culminar en la satisfacción,..., la interacción del Amo y del Esclavo debe culminar en su “supresión dialéctica”⁸².

Por lo que es la [“supresión” “dialéctica”. “Suprimir dialécticamente quiere decir: suprimir conservando lo suprimido, que es sublimado en y por esta supresión que conserva o esta conservación que suprime. La entidad suprimida dialécticamente es anulada en su aspecto contingente (y desprovista de sentido, “sin significado”) de entidad natural dada (“inmediata”): pero ella es conservada en lo que tiene de esencial (de importante, de significativo); estando así mediatizada por la negación, ella es sublimada o elevada a un modo de ser más “comprendible” y comprensible que aquel de su realidad inmediata de dato puro y simple, positivo y estático que no es el resultado de una acción creadora, es decir, negatriz de lo dado.

[Es decir: el hombre real y verdadero es el resultado de su interacción con los otros; su Yo y la idea que se forma de él mismo son “mediatizados” por el reconocimiento obtenido en función de su acción. Y su verdadera autonomía es la que él mantiene en la realidad social por el esfuerzo de esta acción.]⁸³

⁸⁰ Ibídem., p. 16.

⁸¹ Ibídem., p. 16.

⁸² Ibídem., p. 17.

⁸³ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y*, op.cit. p. 23.

Lo que supone que si transferimos el principio de emancipación de la existencia del hombre como producto de la naturaleza **a cada uno de los individuos/personas en particular, en su relación con la comunidad humana, implica que en su existencia individual cada individuo/persona, cualquiera que sea el caso, no intenta desembarazarse del impulso de la iniciativa personal para pasársela a otro, ..., en realidad, nada le puede sustraer ese impulso. No espera que alguien se ponga delante de su conciencia para protegerlo. ... es el abandono definitivo de la infancia, , de todas las instituciones que liberan al individuo de la responsabilidad y se hacen cargo de sus decisiones. No utiliza la ayuda de nadie como apoyo o excusa que le permita quitarse de encima la responsabilidad por lo que hace, decide o piensa ..., es la emancipación total que es fácil de proclamar, pero cuyo grado de realización es el criterio para juzgar en qué medida nos hemos transformado en mayores de edad/personas autónomas, es decir, en qué medida hemos dejado atrás nuestro status infantil**⁸⁴.

Los dos elementos-constitutivos son esenciales, desiguales y opuestos uno al otro y que su reflexión en la unidad no ha resultado aún [de su acción], existen como dos formas concretas opuestas de la Conciencia. Una es la Conciencia autónoma, para la cual el Ser-para sí es la realidad esencial. La otra la Conciencia dependiente, para la cual la realidad esencia es la vida-animal, es decir, el ser dado-dado para una entidad-otra. Aquella es el Amo; esta, el Esclavo. [Ese Esclavo es el verdadero adversario vencido que no ha ido hasta el final en el riesgo de la vida, que no ha adoptado el principio de los Amos: vencer o morir. Ha aceptado la vida elegida por otro. Depende pues de ese otro. Ha preferido la esclavitud a la muerte, y es por eso que permaneciendo con vida, vive como Esclavo.]⁸⁵

[El Amo obliga al Esclavo a trabajar. Y trabajando, el Esclavo deviene amo de la Naturaleza. Pero solo ha devenido el Esclavo del Amo, solidarizándose con ella y subordinándose a sus leyes por la aceptación del instinto de conservación. Al devenir por el Trabajo, Amo de la Naturaleza, el Esclavo se libera por tanto de

⁸⁴ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre....*, op.cit. p. 237.

⁸⁵ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y*, op.cit. p. 24.

su propia naturaleza, del propio instinto que lo ataba a ella y que hacía de él el Esclavo del Amo. Al liberar al Esclavo de la Naturaleza, el trabajo lo libera de sí mismo, de su Naturaleza de Esclavo y, en consecuencia, lo libera del Amo. En el mundo natural, dado, elemental, el Esclavo es esclavo del Amo. En el mundo técnico, transformado por su trabajo él reina -o por lo menos un día reinará- como Amo absoluto. Y ese Dominio que nace del trabajo, de la transformación progresiva del Mundo dado y del hombre dado en ese mundo, será completamente distinto del Dominio “inmediato” del Amo. El porvenir de la Historia pertenece, por tanto, no al Amo guerrero que o bien muere o se mantiene indefinidamente en identidad consigo mismo, sino al Esclavo trabajador. Éste, al transformar el mundo dado mediante su trabajo, transciende lo dado y lo que está determinado en él mismo por lo dado; él se supera, entonces, y se supera, también al Amo quien está ligado a lo dado, lo que él deja intacto porque no trabaja. Si la angustia de la muerte encarnada para el Esclavo en la persona del Amo guerrero es la condición sine qua non del progreso histórico, es únicamente el trabajo del Esclavo el que lo realiza y lo perfecciona.]⁸⁶

El trabajo es, por el contrario, un Deseo *rechazado*, una evanescencia detenida; o en otros términos él *forma-y-educa*. [El trabajo trans-forma el Mundo y civiliza, educa al hombre. El hombre que quiere, o debe trabajar, debe rechazar su instinto que lo empuja a “consumir” “inmediatamente” el objeto “bruto”. Y el Esclavo no puede trabajar para el Amo, es decir, para otro que no sea él, si no rechaza sus propios deseos. Él se transciende, entonces, trabajando; o si se prefiere, se educa, se “cultiva”, “sublima” sus instintos al rechazarlos. Por otra parte, no destruye la cosa tal como es dada. Posterga la destrucción de la cosa transformándola en primer lugar; la prepara para el consumo; esto es, la “forma”. En el trabajo modifica las cosas y se transforma al mismo tiempo él mismo: forma las cosas y el Mundo transformándose, educándose a sí mismo; y él se educa, se forma, se transforma, transformándose las cosas y el mundo. Así,]⁸⁷ [El producto del trabajo es obra del trabajador. Es la realización de su proyecto, de su idea; es pues él quien se ha realizado en y por ese producto, y se contempla, en consecuencia, a sí mismo contemplándolo. Mas, este producto artificial es al

⁸⁶ Ibídem., p. 31.

⁸⁷ Ibídem., p. 32.

mismo tiempo, tan “autónomo”, tan objetivo, tan independiente del hombre como la cosa natural. Es pues por el trabajo, y sólo por el trabajo, que el hombre se realiza objetivamente más y otra cosa que un ser natural; y es sólo en ese producto real y objetivo que él toma verdaderamente conciencia de su realidad humana subjetiva. A través del trabajo el hombre llega a ser un ser sobrenatural, real y consciente de su realidad; porque trabaja él es Espíritu “encarando”, es “Mundo” histórico, es Historia “objetivada”]⁸⁸.

[Es pues el trabajo el que “forma-o-educa” al hombre y lo rescata del animal. El hombre “formado-o-educado”, el hombre realizado y satisfecho por su realización es entonces necesariamente no Amo, sino Esclavo; o por lo menos, aquel que ha pasado por la Esclavitud. Pero no hay Esclavo sin Amo. El Amo es por tanto el catalizador de proceso histórico, antropógeno (humanizador). Él mismo no participa activamente en ese proceso; mas sin él, sin su presencia, ese proceso no sería posible. Porque si la historia del hombre es la historia de su trabajo y ese trabajo no es histórico, social, humano sino a condición de efectuarse contra el instinto o “interés inmediato” del trabajador, el trabajo deber efectuarse al servicio de otro, y debe ser un trabajo forzado, estimulado por la angustia de la muerte. Es ese trabajo y solamente ese trabajo, el que libera, es decir, humaniza al hombre (el Esclavo). Por una parte, ese trabajo crea un Mundo cultural, histórico, humano. Y es solo en ese Mundo donde el hombre vive una vida esencialmente diferente de aquella que vive el animal (y el hombre “primitivo”) en el seno de la Naturaleza. Por otra parte, ese trabajo libera al esclavo de la angustia que lo ligaba a la Naturaleza dad y a su propia naturaleza innata de animal. Es por el trabajo efectuado en la angustia, al Servicio del Amo, que el Esclavo se libera de la angustia que lo sometía al Amo.]⁸⁹.

..., es el síntoma de una enfermedad incurable en la misma medida que es incurable ese ser distinto que el hombre posee en oposición al resto del mundo. Se trata de la conciencia adquirida por el hombre de su situación especial y extraña en la naturaleza, del intento por superar las

⁸⁸ Ibídem., p. 33.

⁸⁹ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y*, op.cit. p. 33.

*contradicciones que surgen de ese sondeo extraño y tomar conciencia de las mismas sin pretender eliminarlas*⁹⁰.

*Es el reconocimiento de la situación de búsqueda permanente, la actitud de apertura total hacia todo lo que nos pueda cuestionar en cualquier sentido No hay ninguna verdad (cada verdad) que no se preste a la tentación de convertirse,..., por el modo como se asimila o nos relacionamos con ella, en una excusa para renunciar a la autonomía.... Hasta la afirmación de la contradicción puede jugar ese papel*⁹¹.

Pues la cosa *por el trabajo* o en el Mundo contra la angustia. Ahora en y por el trabajo se pone *a sí misma* en tanto que entidad-negativa en el elemento de la estabilidad; y se constituye por ello *para sí misma*. Pero en la formación *por el trabajo*, [la idea-proyecto concebida por la Conciencia], por el hecho de ser *puesta-fuera* [de la Conciencia de ser inserta -por el trabajo- en la realidad objetiva del Mundo], no deviene en la conciencia [trabajadora], una entidad-distinta que ella. Porque es precisamente esta forma y, en esta forma, que es su Ser-para-sí se constituye para ella en verdad [*o en realidad objetiva revelada y consciente*. *El hombre que trabaja reconoce en el Mundo efectivamente transformado por su trabajo su propia obra: se reconoce en él; ve allí su propia realidad humana se descubre en él y revela a los otros la realidad objetiva de su humanidad, de la idea ante todo abstracta y puramente subjetiva que él se forma de sí mismo*]⁹².

Y es que *el hombre es el único ser que ha dejado de ser cosa (ser como se es, aceptar la conservación del ser natural como la propia y estable constitución), ..., que puede librarse de la situación de protección en que ha nacido, ..., de crearse situaciones nuevas, ..., no solo capaz de adaptación sino además de creación. Dejar de ser cosa y comenzar a*

⁹⁰ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre...*, op.cit. p. 238.

⁹¹ Ibídem., p. 239.

⁹² Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y ...*, op.cit. p. 34.

ser proceso.: percibir las oportunidades del futuro como posibilidad plástica⁹³.

No hay estabilidad. ... en su naturaleza misma ... está la renuncia a la seguridad y a la tranquilidad. Se le presenta al hombre como su propia naturaleza, la naturaleza de un ser incompleto, ..., exige al hombre que se reconozca a sí mismo⁹⁴. Que no se defina en términos de las atribuciones de otro⁹⁵. Todo lo contrario de una persona excéntrica que vive todo el tiempo en relación con los otros, funcionando en las relaciones sociales como una cara u otra de una dualidad rechazo/aceptación de la propia libertad: uno rechaza determinadas posibilidades propias y deposita en el otro esas posibilidades, el cual, a su vez, deposita en uno posibilidades de un tipo opuesto⁹⁶. Que otros pongan límites a nuestros actos, con las mejores intenciones del mundo; es pérdida de autonomía que puede resultar fatal a menos que uno logre transformarla en autoelección, definiendo sus propios límites. No es posible ningún término medio. Todo acto bien intencionado de los demás vicia la autonomía esencial⁹⁷.

Además [*El hombre no alcanza su autonomía verdadera, su libertad auténtica, sino después de haber pasado por la Esclavitud, después de haber superado la angustia de la muerte por el trabajo efectuado en servicio de otro (que, para él, encarna esta angustia). El trabajo liberador es pues necesariamente, en primer término, el trabajo forzado de un Esclavo que sirve a un Amo omnipotente, que detenta todo poder real.*]⁹⁸.

[.... Y servir a un Amo, es obedecer a sus leyes. Sin ese servicio la angustia no podrá transformar la existencia; y la existencia no podrá pues jamás sobrepasar su estado inicial de angustia...., sin la formación a través del trabajo la angustia sigue siendo muda, Sin el trabajo que transforma el mundo objetivo real, el hombre no puede transformarse realmente a sí mismo. Si cambia, su cambio sigue siendo “íntimo”, puramente subjetivo, solo a él revelado, mudo, no

⁹³ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre....*, op.cit. p. 242.

⁹⁴ Ibídem., p. 243.

⁹⁵ Cooper, David (1978)- *Gramática.....*, op. cit. p. 131.

⁹⁶ Cooper, David (1978)- *La muerte de la familia*, Barcelona-Caracas-México: Ariel, p. 30.

⁹⁷ Cooper, David (1978)- *Gramática.....*, op. cit. p. 133.

⁹⁸ Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y*, op.cit. p. 35.

se comunica con los otros. Y ese cambio “interno” lo hace disentir con el Mundo, que no ha cambiado, y con los otros que se solidarizan con ese Mundo no modificado. Ese cambio transforma, pue, al hombre en loco o criminal, quien tarde o temprano será aniquilado por la realidad objetiva natural y social. Sólo el trabajo, que finalmente permite hacer concordar al Mundo objetivo con la idea subjetiva que lo supera desde el comienzo, anula el elemento de locura y, de crimen que afecta a la actitud de todo hombre que, impulsado por la angustia, trata de sobreponerse al Mundo dado al que teme, donde él se siente angustiado y donde, en consecuencia, no podría sentirse satisfecho.]⁹⁹.

Es decir, ***proponemos un constante estar inacabado como la única actitud que coincide con el conjunto de las experiencias. Admitimos diversas soluciones, solo hay una no admitimos: considerar esas soluciones como algo definitivo***¹⁰⁰. ***Es el principio de la búsqueda permanente y de la renuncia a la solución definitiva***¹⁰¹. ***Es lo opuesto a que se considere una situación o una interpretación del mundo como algo definitivo. Lo único definitivo que admitimos, es la negación de lo definitivo, ..., que se concibe como esfuerzo permanente. Rechazamos los conflictos entre posiciones, ..., cuando son búsqueda de protección y de recursos ideológicos útiles para liberarse de la necesidad de esfuerzo constante,..., que será la fácil evasión ante cualquier situación intelectual o moral***¹⁰².

La actitud de búsqueda permanente ***no hay que llevarla hasta el absurdo, ..., ni debemos confundir este principio y hacerlo estéril ..., la exageración de la duda permanente, haría la vida imposible***¹⁰³.

Si nos referimos ***a la conciencia de lo provisional que es toda verdad reconocida, ..., exigimos que se acepte todo punto de vista admitido como una situación provisional, ..., es una actitud, una forma de mantener abierta***

⁹⁹ Ibídem., p. 35.

¹⁰⁰ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre...*, op.cit. p. 245.

¹⁰¹ Ibídem., p. 246.

¹⁰² Ibídem., p. 247.

¹⁰³ Ibídem., p. 239.

la razón al posible pluralismo del mundo, a la posible relatividad de todos los valores¹⁰⁴.

Sin embargo, toma partido en los problemas de su mundo, porque no está concluido, ..., y los soluciona caso por caso, como siempre, con la ayuda del ensayo y del error, de lo provisional y del riesgo¹⁰⁵. lo que no acepta es que una decisión cualquiera, ..., pueda ser definitiva. Ningún proceso de desarrollo del hombre que pudiera acabar en la armonía definitiva¹⁰⁶.

[El hombre que no ha experimentado la angustia de la muerte no sabe que el Mundo natural dado le es hostil, que tiende a matarlo, a destruirlo,.... Ese hombre sigue siendo pues, en el fondo, solidario con el Mundo dado Pero, el Mundo donde vive pertenece al Amo (humano o divino), y en ese mundo es necesariamente Esclavo. No es pues la reforma sino la supresión “dialéctica” vale decir revolucionaria del Mundo que puede liberarlo, y por consiguiente, satisfacerlo. Pero esta transformación revolucionaria del Mundo presupone la “negación”, la no aceptación del Mundo dado en su conjunto. El hombre no puede, en consecuencia, liberarse del Mundo dado que no lo satisface sino a condición de que ese Mundo, en su totalidad, pertenezca en efecto a un Amo (real o “sublimado”). Mas, en tanto que el amo vive; él se halla también siempre sometido a Mundo del cual es Amo. Puesto que el Amo no transciende el Mundo dado sino en y por el riesgo de su vida, únicamente su muerte “realiza” su libertad. Mientras él vive no alcanza jamás la libertad que lo elevaría sobre el Mundo dado. El Amo no puede nunca desprenderse del Mundo donde vive, y si ese Mundo perece, sucumbe con él. Solo el Esclavo es capaz de trascender el Mundo dado (sometido al Amo) y no perecer. Solo el Esclavo puede transformar el Mundo que lo forma y lo fija en la servidumbre, y crear un Mundo formado por él en el que será libre. Y el Esclavo solo llega a ello por el trabajo forzado y la angustia soportada en servicio del Amo. Ciertamente, ese trabajo no lo libera a él solo. Pero al transformar el Mundo mediante ese trabajo, el Esclavo se

¹⁰⁴ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre...*, op.cit. p. 240.

¹⁰⁵ Ibídem., p. 241.

¹⁰⁶ Ibídem., p. 242.

transforma a sí mismo y genera así las condiciones objetivas nuevas que le permiten retomar la Lucha liberadora para el reconocimiento que rehusó en el comienzo por temor a la muerte. Y así que en conclusión todo trabajo servil realiza no la voluntad del Amo, sin aquella -inconsciente en su origen- del Esclavo que, por fin, triunfa allá donde el Amo necesariamente, fracasa. Es sin duda la Conciencia en un principio dependiente, servidora y servil la que realiza y revela en última instancia el ideal de la Autoconciencia autónoma, y que expresa así su “verdad”].¹⁰⁷

Es una especie de matricidio, se ha cuestionado, algo “dado” en forma absoluta y definitiva, algo considerado como la base de la vida del hombre¹⁰⁸.

El contenido esencial de esta actitud es la constante superación del propio conservadurismo o de la participación personal en el conservadurismo de las cosas. Este conservadurismo, esta inercia, que está siempre a la búsqueda de un apoyo definitivo, forma parte de nuestra naturaleza en la misma forma que la adapta a las formas de existencia que son típicas de las cosas. Pero también pertenece a esa naturaleza la oposición a la inercia, la tendencia a abandonar el mundo de las cosas, a cuestionar el conservadurismo, y con ello a uno mismo en cuanto naturaleza conservadora, que es la raíz de una libertad que podemos alcanzar cualesquiera sean las condiciones externas de nuestra vida¹⁰⁹. En este sentido, nuestra responsabilidad es la posibilidad de libertad (que entraña un cambio en nuestro ser, no un cambio en nuestra mente. *No sólo es libertad el reconocimiento de la libertad, sino que tenemos que reconocer la necesidad de reconocer la libertad*¹¹⁰), es decir, de aquella libertad de la solo podemos gozar si somos conscientes de ella, que no puede ser un compromiso, pues es una promesa nunca puede hacerse a otro¹¹¹ y es que nadie puede liberar a otro, porque la libertad es el acto de tomársela, no existe una forma sensible de hablar de nuestro deber y obligación, aparte del deber y la

¹⁰⁷ Kojève, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y ...*, op.cit. p. 36.

¹⁰⁸ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre ...*, op.cit. p. 247.

¹⁰⁹ Ibídem., p. 249.

¹¹⁰ Cooper, David (1978)- *Gramática...*, op.cit. p. 150.

¹¹¹ Cooper, David (1979), *El lenguaje...*, op. cit. p. 107.

obligación que tenemos hacia nosotros mismos¹¹². Únicamente una libertad así merece que nos esforcemos por ella

Pues para el hombre, la vida implica el horizonte de la superación. No hay solución a la contradicción entre el ser del hombre y su existencia concreta, por la plena realización de la naturaleza humana. Porque esta contradicción da lugar a la naturaleza humana en cuanto capaz de modificaciones creadoras, es decir simplemente en cuanto naturaleza humana¹¹³, es capaz de crearse situaciones nuevas, no solo es capaz de adaptación sino además de creación, es una forma de mantener abierta la razón al posible pluralismo del mundo, a la posible relatividad de todos los valores¹¹⁴. Aceptar la diversidad y el pluralismo y rechazar que todos los interrogantes o problemas de cualquier índole (filosóficos, epistemológicos, científicos, económicos, sociales, políticos, morales, etc.) tienen una sola solución verdadera y solo una, que todas ellas son en principio cognoscibles y que todas esas soluciones verdaderas jamás chocan entre sí, pues una proposición verdadera no puede ser incompatible con otra¹¹⁵.

3.2. Ser-así ⊥ existencia del hombre ⇔ sociedad política ⊥ sociedad civil. El mito de la autoidentidad humana.

Es estar abierto a que el conflicto de los intereses privados no cesará, porque no puede pasarse por alto la posibilidad de que algunas fuentes de conflicto y agresión puedan ser inherentes a las características permanentes de las especies e improbablemente erradicadas mediante cambios institucionales y no hay razones para creer que puede ser restaurada la escisión entre las funciones sociales y personales de los individuos, entre el hombre y su entorno natural, entre los deseos y los deberes y entre la esencia y la existencia, pues la contradicción entre el ser-así y la existencia del hombre emana de la naturaleza humana, es la naturaleza humana por autonomía, existencia humana que conlleva elementos patológicos como resultado de la oposición de esta a la naturaleza y

¹¹² Ibídem., p. 102.

¹¹³ Kolakowski, Leszek (1992), *Tratado sobre la...*, op. cit. p. 242.

¹¹⁴ Ibídem., p. 240.

¹¹⁵ Berlín, Isaiah (1992), *El fuste torcido de la humanidad*, Barcelona: Península, p. 197. Lilla, Mark, *Pensadores Temerarios. Los intelectuales en la política*, Barcelona: Debate, p. 170.

evitar correr el riesgo de cegarnos ante tal singularidad histórica de los seres humanos¹¹⁶: las palabras, herramientas de este animal desnaturalizadas que proyectan sobre el mundo las imágenes que lo habitan en el mundo, porque su supervivencia depende de su capacidad de no perder terreno con las realidades de su ecumene, es decir, su entorno vital¹¹⁷.

A pesar de asumir y ser conscientes del carácter inevitable de estas contradicciones, no puede insensibilizarnos frente a las posibilidades desconocidas del mundo y de la autorrealización personal mediante el esfuerzo que mitigue la distancia que separa el “ser” y el “existir” y en asuntos sociales/empresariales/organizacionales ante la posibilidad de que las decisiones sean tomadas directamente por la comunidad como un todo de una manera democrática. Tal sistema, si practicable, no aboliría los conflictos de interés (y así no cumpliría los requerimientos de la unidad perfecta) pero sería capaz de moderarlos sin crear cuerpos políticos separados para tal propósitos (objetivo casi seguro no deseable) y por razones técnicas obviamente impracticable en cualquier comunidad más grande que un pueblo suizo medieval y en sociedades/empresas basadas en una interdependencia universal –y hasta generalizada- de todos los elementos de las estructuras tecnológicas y económicas destinadas a producir cuerpos separados tanto para la dirección económica como para la mediación de las aspiraciones conflictivas de los/as diferentes grupos de interés o secciones y estos cuerpos producirán siempre sus propios intereses y lealtades particulares¹¹⁸.

Y tanto es así, que Marx reconoció que la sociedad civil (esfera privada, del “dominio privado”) está regulada por el interés privado y que dejadas a ellas mismas, las personas producirían y comerciarían de todos modos; sin embargo, son incapaces de dominar los resultados globales de su actividad económica conjunta y esta se vuelve contra ellas en forma de leyes catastróficas quasi naturales. Pero, si se erradica el interés privado, la sociedad política (el Estado, la “polis”, la esfera de la libertad pública) se convierte en el único sujeto posible de la actividad económica y la única fuente permanente de la

¹¹⁶ Kolakowski, Leszek, (1970)- *El racionalismo como Ideología*, Barcelona: Ariel, pp.88 a 101 y Kolakowski, Leszek (1976)- *El mito de la Autoidentidad Humana (La Unidad de la Sociedad Civil y la Sociedad Política)*, Valencia: Edita Universidad de Valencia , pp. 23,24.

¹¹⁷ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail..., op.cit. p. 9

¹¹⁸ Kolakowski, Leszek (1970)- *El racionalismo...,op.cit*, pp.88 a 101 y *El mito de la..., op.cit.* pp. 26 y 27.

iniciativa económica, lo que lleva a un crecimiento tremendo del estado y de su burocracia, por lo que la sociedad civil –como opuesta al aparato del Estado- es forzada a quedar económicamente pasiva y privada de cualquier razón para, o posibilidad de, tomar iniciativa económica, con lo que lejos de prometer la fusión de la sociedad civil y política, la perspectiva marxiana del hombre unificado es más probable que engendre, un crecimiento de la burocracia quasi-omnipotente, que trata de hacer pedazos y paralizar la sociedad civil y que lleva el denunciado anonimato (irresponsabilidad) de la vida pública a sus consecuencias extremas, unidad de la sociedad civil y la política que fue pensada como el equivalente social de la unidad de la persona (la confianza de aquellos que predicen que la contradicción entre el ser-así y la existencia del hombre quedará solucionada el día que el hombre realice plenamente su propia naturaleza) y permitió concebir una comunidad que hace innecesario el poder político, pero una comunidad así es inconcebible¹¹⁹.

Es Hegel quien distingue con claridad entre sociedad civil y Estado, como nadie antes tan netamente lo había hecho, y que en él se separan claramente los dos términos de *comunitas civilis sive política* de Santo Tomás -o de la *civil or political society* de que hablaba Locke- con los hombres como personas privadas en la primera y con los ciudadanos en la segunda, con el mérito adicional de que nos presentó no sólo sus oposiciones, sino “al propio tiempo... su reciprocidad o sostentimiento mutuos”; lo que son, desde luego, para Hegel los entes comunitarios menores, los que forman lo que él llama la “sociedad civil”, presuponen la existencia del Estado y son cronológicamente posteriores a este¹²⁰.

La producción y goce de los bienes, la satisfacción de las necesidades, aún perseguida por los individuos, ocurre a través de la sociedad y en el ámbito de esta, y la sociedad misma se nos aparece entonces, en su mera existencia, como equilibrio colectivo de pretensiones individuales. El equilibrio es inestable; precisamente por ello la sociedad civil está en cada momento amenazada de concluir “en la pura subjetividad, en el egoísmo y en la lucha”, y, en cualquier caso, estamos aún en un terreno en que la dependencia recíproca meramente se impone a, o es consecuencia simplemente refleja de las conductas

¹¹⁹ Kolakowski, Leszek (1970) *El racionalismo...*”, op. cit., pp.101 y 22-23-26.

¹²⁰ Alonso Olea, Manuel (1988)- *Alienación. Historia de una palabra*. México: Universidad Autónoma de México, pp. 99-100.

individuales. El estado se nos aparece entonces, por esta vía ahora, como pacificador y árbitro de las disputas de la sociedad civil, básicamente inconciliables en esta, incapaz de poner límites firmes a los apetitos individuales y, por tanto, a las injusticias contra el individuo¹²¹.

Es aquí donde aparece la distinción, sin precedentes en su claridad y rigor, entre sociedad política y sociedad civil, entre sociedad y Estado, rompiendo y abandonando la indiferenciación tradicional en el pensamiento político; precisamente porque el ascenso masivo de los hombres a la libertad no permite relegar parte de ellos a la sombra de las instituciones familiares y domésticas. Pues la familia que contempla no es la antigua, sino la familia nuclear, formada por los padres y los hijos menores de edad¹²².

Y concluyó diciéndonos, que las tensiones y conflictos del orden económico, aunque equilibrables “como un todo” automáticamente, solo eran solventables por y en el Estado, porque su ajuste requiere un control consciente y superior al derivado de los intereses contrapuestos de productores y consumidores, que, en definitiva, debe ser confiado a las autoridades públicas, a las que corresponde, por cierto, entre otras muchas funciones de intervencionismo económico como articuladoras de un deber general de todo el conjuntos de los ciudadanos, que no puede ser abandonado al influjo causal y ciego de la sociedad, sino asumida por el Estado¹²³.

La clara visión de Hegel de la separación entre sociedad y Estado, su contemplación de aquella de los problemas y los riesgos para la libertad que la revolución industrial generaba -incluidos la posible caída de estratos amplios bajo el nivel de subsistencia, y la crisis de superproducción y subconsumo- y su consiguiente designación del Estado como regulador, a la postre en conexión íntima y perfecta con su concepción del Estado mismo como ámbito de expansión y garantía de las libertades individuales¹²⁴.

¹²¹ Ibídem., p. 113.

¹²² Ibídem., p. 114.

¹²³ Ibídem., p. 118.

¹²⁴ Alonso Olea, Manuel (1988)- *Alienación*. ..., op.cit. pp. 118-119.

3.3. Sociedad política ⊥ sociedad civil ⊥ sociedad doméstica.

Se trata de poner en sordina o cuanto menos bajo sospecha la pretensión marxista de erradicar el despotismo heredado de la vieja *loi de famille* -el despotismo patriarcal doméstico, no menos que el despotismo del patrón sobre el trabajador-, y de erradicar el despotismo burocrático-estatal heredado de la vieja *loi politique*¹²⁵.

La dimensión del problema fue captada por “Los antiguos”, que construyeron la “polis” como esfera de libertad pública diferenciándola rigurosamente de la esfera privada, de la esfera del “dominio privado”. La *polis como* reino de la igualdad entre ciudadanos en contraposición a la vida familiar y a la esfera privada como “centro de la más rígida desigualdad”. Íntima contradicción que refleja el “contrato” de trabajo subordinado, libremente pactado en el mercado de mercancías pero basado en la “violencia” en el *uso* del tiempo vendido y de la persona que encarna ese tiempo, prefería excluir al *sujeto* de tal contrato del derecho de ciudadanía, confinando su “estatuto” en la esfera del derecho privado. Lo contrario habría comportado poner en tela de juicio los mismos términos del contrato y la relación entre violencia y dominio (*Gewalt*) que constituye su peculiaridad y que está en contradicción con la libertad del trabajador asalariado de intercambiar su propio trabajo con una retribución¹²⁶.

Es la temática de la liberación del trabajo y, en tiempos más recientes, la acción para cambiarla organización del trabajo subordinado (en sus diversas formas de opresión del trabajo humano) que se detuvo ante la naturaleza “privada”, *extra moenia* [ante las murallas], de las relaciones de trabajo, de gobernantes y gobernados en los centros de trabajo, considerados parte integrante e inseparable de las fuerzas de producción y del proceso de producción de riqueza. Es decir, la ampliación de las fronteras de la democracia se detuvo generalmente en los umbrales de la sociedad civil y de los centros “privados” de trabajo, que era donde desarrollaba una grandísima parte de la humanidad un trabajo de tipo subordinado y subalterno¹²⁷.

¹²⁵ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 21.

¹²⁶ Trentin, Bruno (2013)- *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*, Albacete: Bomarzo, p. 261.

¹²⁷ Ibídem., p. 260.

Hablar de libertad, es hablar de la libertad en el trabajo. Porque es con y a través del trabajo que el hombre se realiza a sí mismo. El trabajo es el derecho de los derechos, el garante fundamental de la libertad de la persona. Se diverge de la doctrina liberal que concibe la propiedad como la matriz de la libertad. Pero también de hacer depender la liberación humana de la propiedad colectiva y de la primacía cuestión retributiva¹²⁸.

El trabajo es un derecho a la libertad, sin el cual la “persona” humana no puede realizarse de manera plena e independiente, no puede implementar su plan de vida, no entra en relaciones sociales con otros y ni siquiera se comprende ella misma¹²⁹.

Concepto de “persona” que en el derecho romano tenía tres notas características, utilizadas para destruir y allanar las barreras estamentales de la sociedad feudal: (a) Era *absoluto*: reconoce la voluntad de los individuos, de los *singuli*, y la reconoce ilimitadamente en la esfera iusprivada. No sólo la voluntad del individuo está determinada por sí misma, sino que ni los vínculos con otras personas, ni con los objetos jurídicos a ella sometidos la pueden afectar o modificar. Una voluntad que estuviera sometida a otras voluntades dejaría en el acto de ser voluntad. Para que haya obligación, la voluntad debe ligarse a sí misma. (b) La persona es, además, *indivisible* (como la individualidad) y tampoco puede ser parte o miembro de alguna otra personalidad. (c) Es, por último, *inalienable*, hace jurídicamente imposible la autoentrega o autosumisión voluntaria a otra voluntad; y la transferencia, ya sea parcial, de la propia voluntad a otro, lo que restringe radicalmente la opción de la representación de la propia voluntad por un representante voluntariamente designado, y no digamos la de las decisiones subrogadas¹³⁰.

Siendo todo eso cierto, el derecho romano no desligó conceptualmente el problema, digamos, “abstracto” o “formal”, de la persona jurídicamente libre o *sui iuris* (y de su capacidad para desarrollar virtudes cívicas), del problema, digamos “concreto en que se asentaba su libertad, su autonomía y su “virtud” como “persona”: del problema, esto es, de la propiedad (mueble o, sobre todo, inmueble).

¹²⁸ Ariedma, Iginio (2014)- *La sinistra de Bruno Trentin. Elementi per una biografia*, Roma: Ediesse, p. 150.

¹²⁹ Ibídem., p. 159.

¹³⁰ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 41.

El orden civil de impronta napoleónica genera una ilusión de libertad general fundada en la ficción jurídica de que todos son propietarios de algo, y por lo mismo, se concibe el proyecto de sociedad en la que todos fueran igualmente libres (“civilmente”), pero en la que sólo unos pocos mandaran (“políticamente”)¹³¹. Se aceptó, entonces, la distinción entre “sociedad civil” y “sociedad política” o Estado que estaba en el precedente de Montesquieu, quien había hecho una distinción entre *loi civile* y *loi politique*: asignando la “libertad” a la esfera “política”, y la propiedad, a la esfera “civil”, y resolvía el conflicto expulsando a la *loi politique* de la *loi civil* encargada de ordenar y proteger *todas* las propiedades y *todos* los derechos adquiridos¹³².

En el origen de la injusticia -que surge siempre de una diferente distribución de la propiedad- encontraremos siempre un problema de poder y de libertad. Pues la propiedad no nace de un contrato social o mediante un acuerdo. Tuvo desde sus orígenes una relación de autoridad: entre quienes detentaban el poder y sus instrumentos y los que estaban excluidos. Surgió cuando los primeros se apropiaron de ella. Por eso, en el origen de las desigualdades más horribles siempre ha habido un problema: la negación de la libertad a las personas que han sido excluidas del reparto de los recursos. Y ello muchas veces mediante el uso de la fuerza, negándoseles el derecho a la palabra, a organizarse y a asociarse, como forma de hacer valer las razones propias¹³³.

La ficción jurídica, de acuerdo con la que los desposeídos varones eran también “propietarios libres”: propietarios de su fuerza de trabajo, con una igual capacidad jurídica para realizar actos y negocios jurídicos (contratos civiles), les arrancaba, ciertamente, de la *loi de famille* del Antiguo Régimen, les sacaba del ámbito “doméstico”, y los convertía en cierto sentido en miembros de pleno derecho de, y enteramente incorporados a, la nueva sociedad civil burguesa de “libres” e “iguales”¹³⁴. Pero los postergaba una novísima e inopinada *loi de famille* cuando cruzaba el umbral de la fábrica (o del taller, o del comercio, o de la oficina bancaria, o del tajo, o de la finca rústica) y quedaba sujeto al despotismo sin brida del propietario propiamente dicho. La “libertad de empresa” que tenía la apariencia de *loi civil*; en realidad, era una nueva *loi de famille* adaptada a las

¹³¹ Ibídem., p. 77.

¹³² Ibídem., p. 80.

¹³³ Trentin, Bruno (2007)- *Antología de Bruno Trentin*, Madrid: Ediciones GPS, p. 100.

¹³⁴ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 94.

modernas condiciones de la incipiente sociedad capitalista industrial que adoptaba el inveterado autoritarismo de un dominio señorial¹³⁵.

El problema no está en construir una igualdad en el sentido de que todos tengan la misma renta o las mismas condiciones de vida. Ello es el resultado de capacidades diferentes y profesiones distintas. Y es justo que sean reconocidas estas diversidades. El problema no consiste en establecer continuamente una igualdad a pesar de la renta, sino en asegurar a todos la misma oportunidad de expresarse, de autorrealizarse y de acceso al conocimiento. Lo que realmente se exige es la posibilidad de hacer sentir la propia voz, de existir, de tener su propio peso Es decir, responder con nuestra propia voz, no con todas las voces y sus mensajes que nos han sido inculcadas en nuestra mente a lo largo de nuestra historia. Y de ahí nace el concepto de que libertad es tener los mínimos instrumentos para poder conocer, estudiar y expresarse y esta es la batalla decisiva¹³⁶ contra la injusticia para garantizar a todos iguales derecho para conseguir lo que cada cual entiende por autorrealización de su propia persona. Cada cual tiene su propia idea qué entiende desarrollo de la propia personalidad, pero debemos tener los mismos derechos para poder perseguirla¹³⁷. Lo que está en la reivindicación de la conquista de igualdad de derechos. A partir de aquí puede encontrarse el camino de la solidaridad que hoy tiene el peligro de disgregarse y la disparidad de derecho no se puede tolerar en un Estado de Derecho¹³⁸. Pues lo único en común es la ciudadanía

Por ello, la justicia social (entendida como la oportunidad de todos tengan las mismas cosas) es probablemente un mito inalcanzable y seguramente no es un objetivo justo. Se trata de dar a todos la posibilidad de probarse a sí mismos. Si después no quieren hacerlo, no pasa nada; aunque millones de personas estén excluidas de dicha posibilidad. Este es el camino más difícil, pero es el más seguro para reducir las injusticias sociales¹³⁹.

Esto significa que cualquier sociedad hace compromisos entre valores que se limitan entre sí y no la tentativa de tratar de desplegarse todos a la vez en toda su extensión. Es decir, una idea de sociedad presidida por un conjunto de valores que por razones

¹³⁵ Ibídem., p. 126.

¹³⁶ Trentin, Bruno (2007)- *Antología...*, op.cit. pp. 101-102.

¹³⁷ Ibídem., p. 103.

¹³⁸ Ibídem., p. 106.

¹³⁹ Ibídem., p. 112.

empíricas y no necesariamente lógicas, se limitan entre sí. Así la igualdad y la libertad solo son conciliables mediante compromisos y concesiones, al igual que el progreso tecnológico y la seguridad, pues la seguridad total solo es concebible, asumiendo un estado de estancamiento y lo mismo pasaría con la democracia industrial y la gestión managerial competente¹⁴⁰.

Una vez sentado esto no hay ninguna necesidad de que tanto la *loi de famille*, como la *loi politique*, se disuelva sin remedio (de manera inevitable) en una *loi civil* en la que todos son “iguales” porque todos son recíprocamente libres: tengan más o menos cada uno de los productores libres asociados, todos son *sui iuris*. La abolición de la esfera social de vigencia de la *loi de famille* trae consigo la emancipación universal, el final de toda minoría de edad, la superación de toda “alienación”, es decir, la erradicación de la condición subalterna del *alieni iuris*. Y la abolición de la esfera de vigencia de la *loi politique* trae consigo la verdadera igualdad política, es decir, la socialización completa de las relaciones entre los ciudadanos y los magistrados políticos, la conversión de éstos en meros agentes fiduciarios que no gobiernan a los hombres, sino que se limitan a administrar las cosas¹⁴¹.

Todo ello, porque la “libertad” no admite distintas esferas sociales de aplicación: no hay un tipo de “libertad” vigente en la esfera de la *loi politique* (lo que daría un amplio margen de holgura y de autonomía incontrolable al aparato burocrático-administrativo característico de los estados monárquicos modernos), otro valedero para la *loi civil* (bajo cuyo amparo todos serían libres e iguales, es decir, recíprocamente libres), y aun otro reservado a la *loi de famille* (bajo cuya férula progresaría ahora el despotismo patriarcal-patrimonial en general, y muy en particular, el “sometimiento del trabajo al yugo del capital”)¹⁴².

Esta aparente solución trágica solo se consigue al precio de entender inadecuadamente lo que define la naturaleza humana que es su estar permanente inacabada. Sueño prometeico que es una noción esencial a la creencia en la inevitabilidad del socialismo. Así que los filósofos marxistas continuarán probablemente aferrados a la creencia de la

¹⁴⁰ Kolakowski, Leszek (1986)- *Le Village...*, op.cit. p. 85.

¹⁴¹ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 127.

¹⁴² Ibídem., 126.

consecución de la unidad del ser-existir como plena realización de la naturaleza humana, aferrados a la fe, en lugar de abrazar la verdad de que a la naturaleza humana la define la contradicción entre el ser del hombre y su existencia concreta, y se les podrá acusar no solo de que ignoran o ponen teóricamente en duda esta verdad y sino que si no la practican no que sus acciones pueden contradecir sus ideas y sino reprocharles que incurre en contradicción en el pensamiento mismo.

Lo que es más concretamente cierto es que, junto con la creciente uniformidad de los objetos utilizados, haciendo el trabajo más significativo, pero, sobre todo, haciendo que el trabajo sea cada vez menor, las personas serán cada vez más diferentes, distintas unas de otras, con la libertad de relacionarse o no unas con otras en la aceleración infinita de las contradicciones restantes, en paradojas por las que vivir¹⁴³.

En lo relativo a la relación entre evolución técnica e insuficiencia de empleo el problema económico deja de ser, el problema permanente de la especie humana. Más allá del poco trabajo que seguirá siendo necesario, lo dispondremos de tal modo que la mayoría haga tres horas de trabajo por día y por turno o una semana de quince horas o postergarlo por un margen de tiempo prolongado. La única duda no es solo la de saber si pondremos en marcha la reducción de la jornada laboral, sino además la de si es posible prevenir las consecuencias de “esta era de la abundancia y la ociosidad”, pues la naturaleza ha guiado expresamente nuestro desarrollo, con todo lo que comporta de impulsos e instintos profundos, hacia la solución del problema económico como labor específica. Si se resuelve el problema económico, la humanidad se verá privada de su finalidad tradicional”.

Con la fantástica contracción del trabajo, entra en escena “otro acontecimiento no menos amenazante”. El advenimiento de la automatización que, probablemente en unas pocas décadas, vaciaría las fábricas y liberaría al hombre de su carga más antigua y natural, la carga del trabajo. En este caso, de nuevo, lo que está en juego es un aspecto fundamental de la condición humana, pero la rebeldía, el propio concepto de liberación del trabajo tampoco es nuevo; se cuenta desde hace mucho tiempo entre los privilegios sólidamente establecidos de una minoría. A este respecto, parecería que el progreso

¹⁴³ Cooper, David (1979), *El lenguaje...*, op. cit. p. 128.

científico y técnico solo se ha utilizado para que cada generación siga teniendo este sueño sin que ninguna realmente logre cumplirlo.

Esto solo es verdad en apariencia. La época moderna ha venido acompañada de la glorificación teórica del trabajo y, de hecho, ha llegado a transformar toda la sociedad en una sociedad de trabajadores que va a librarse de las cadenas del trabajo y que, sin embargo, no conoce actividades más elevadas y enriquecedoras por las cuales valdrá la pena ganar esta libertad. Lo que tenemos ante nosotros es la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda¹⁴⁴.

Porque es con y a través del trabajo que el hombre se realiza a sí mismo. El trabajo es el derecho de los derechos, el garante fundamental de la libertad de la persona. Se diverge de la doctrina liberal que concibe la propiedad como la matriz de la libertad. Pero también con respecto al concepto que hace depender la liberación humana de la propiedad colectiva y de la primacía de la cuestión distributiva. Es una concepción antropológica del trabajo¹⁴⁵ en cuanto punto de partida para comprender el mundo y acto constitutivo de la condición humana. Con el trabajo, la persona humana se realiza y se valora a sí misma, a su proyecto de vida, a su libertad. El trabajo es un instrumento de autorrealización de la persona, un factor de identidad y al mismo tiempo de cambio. Es una inversión total con respecto a la consideración del trabajo como presidido un elemento de forzosidad y necesidad que es al propio tiempo irreductible y omnipresente, un esfuerzo o un “sufrimiento ennoblecedor” que, precisamente por su naturaleza, debe ser compensado y protegido a través de una política social redistributiva. El trabajo es considerado como el acto de liberación de la persona humana¹⁴⁶.

Al poner todo en el trabajo y si se pierde, ¿qué nos queda? La obra se erige sobre la distinción, en la vida activa, de tres dimensiones del “hacer”: el *trabajo*, dimensión económica, esfera de la necesidad que hace que la vida sea la reproducción cíclica de las fuerzas de producción por consumación; la *obra*, dimensión antropológica, por la que el hombre se inscribe en el mundo, lo habita; por último, *la acción*, dimensión ética y

¹⁴⁴ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i. Propos sur la présidentielle et la crise*, París, Odile Jacob.

¹⁴⁵ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., pp.268-269.

¹⁴⁶ Ariedma, Iginio (2014)- *La sinistra de....*, op.cit. p. 29..

política, por la que el hombre se hace, mediante la relación con otros hombres, creador, innovador¹⁴⁷.

La libertad en el trabajo y el trabajo es también un *derecho de ciudadanía* porque a través de ella la persona se realiza y se afirma. Si bien hay que cuidar y distinguir entre individuo y “persona”. La persona que trabaja, busca su propia identidad en el trabajo, que por lo tanto tiene un plan de vida y es una fuente de relaciones humanas y sociales. La “persona” es un individuo que se pone en valor. El trabajo socializa la libertad, y es la condición primaria y primera para la libertad igual para ser iguales en derechos/iguales en libertades¹⁴⁸. También tiene centralidad económica como la base del desarrollo de la sociedad y su propia democracia. Sin embargo, ha prevalecido una concepción de la democracia y del Estado que “evita” el nudo de la producción y del trabajo para afirmar la primacía (exclusiva) de la cuestión distributiva. También por esta razón las fronteras de la democracia y de los derechos de los ciudadanos se han detenido en las puertas de la empresa, en el corazón de la separación entre gobernantes y gobernados¹⁴⁹.

No se trata de tener los mismos derechos que quien manda, de conseguir pues una *identificación*, sino una lucha por los derechos civiles en nombre de una alteridad (no simple alternativa) que por su misma naturaleza excluye toda la asimilación posible de oprimidos y opresores entre gobernados y gobernantes. Lucha que debe ser considerada también como una “lucha por hacer prevalecer otra forma de vida” (por citar otra vez a Wittgenstein, potencial antropólogo), es decir otra cultura¹⁵⁰.

Evidentemente hablar de “ellos” y “nosotros” en simples términos opuestos y no de forma dialéctica -percibiendo claramente la interdependencia y connivencias de cada uno con el otro- puede conducir a mayor violencia. Pero si no logramos ver actuales diferencias reales de este tipo, puede ser imposible encontrar el camino contra las relaciones de opresión y la colonización mental¹⁵¹. Pero las diferencias contenidas por el lenguaje pueden ser experimentadas como muy reales (es decir, *ocurren* en el sentido de

¹⁴⁷ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i*, ..., op.cit.

¹⁴⁸ Ibídem., p. 95.

¹⁴⁹ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., pp.268-269.

¹⁵⁰ Pasolini, Pier Paolo, “Intervención en el Congreso del Partido Radical”, en *En Torno a Pasolini* de Roberto Laurenti, Ediciones SEMAY, Madrid, 1976, pp.125-126.

¹⁵¹ Cooper, David (1978)- *Gramática...*, op. cit. pp. 19-20

ser actuadas en la existencia); por ejemplo, en la oposición opresor y oprimido. La interdependencia entre opresor y oprimido demuestra el carácter unitario del ser: uno no puede existir sin el otro, pero la otredad es el índice para cambiar dentro de la unidad¹⁵².

IV. ¿ES EL TRABAJO LA ÚNICA FUENTE DEL VALOR? SOBRE EL DESARROLLO POR MARX DE LA SIGUIENTE TESIS ALTERNATIVA.

Tanto es así que, la conclusión marxista de que el trabajo es la única fuente del valor, se manifiesta falsa cuando aplicamos la filosofía dialéctica que no es otra que, que la filosofía dialéctica que aplico el propio Marx.

Por lo que, argumento de la siguiente manera: la mercancía era la unidad del valor de uso y del valor de cambio. En una economía capitalista, el valor de cambio de una mercancía ocupa el primer plano, mientras que el valor de uso es relegado a un segundo plano. En la práctica, es significa que el valor de uso de una mercancía es irrelevante para su precio, ya que este vendrá determinado por su valor de cambio. Sin embargo, la mercancía no puede existir sin su valor de uso (pues algo inútil no puede ser una mercancía), de forma que en el capitalismo se establece una tensión dinámica entre el valor de uso y el valor de cambio. Cuando toma conciencia de esto, el concepto de valor de uso, unido al valor de cambio, se convirtieron en un concepto unificador para todo su análisis del capitalismo¹⁵³.

“... ¿Acaso no debemos considerar el valor como la unidad entre el valor de uso y el valor de cambio? Por sí solo, ¿es el valor como tal forma general, en oposición al valor de uso y al valor de cambio como formas particulares del mismo? ¿Es esto significativo para la economía? ”.

Por qué el trabajo incorporado difería del trabajo comandado/contratado, Marx lo explicaba así “*‘El valor del trabajo y la cantidad de mercancías que una específica cantidad de trabajo puede comprar no son idénticas’*”, ¿Por qué no? ‘*Porque el producto*

¹⁵² Ibídem., p. 108.

¹⁵³ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit., p. 702.

del trabajador no es igual al pago que percibe'. Es decir, que la identidad no existe, porque se da una diferencia -el valor del trabajo no es idéntico a los salarios por el trabajo-. Porque son diferentes. Por lo tanto, no son idénticos. Extraña lógica, esta. Básicamente no hay ninguna razón para ello, excepto que en la práctica no es así".

Y deduce la plusvalía : “... *Lo que el capitalista adquiere a través del intercambio es capacidad de trabajo; este valor de cambio por el que paga. El trabajo vivo es el valor de uso que este valor de cambio tiene para él, y de este valor de uso emana la plusvalía y la suspensión del intercambio como tal*”.¹⁵⁴

En esta brecha se inserta y opera con coherencia la noción de causa del contrato que en el Derecho español se sitúa en el Código Civil (CC) bajo el expresivo epígrafe “De la causa de los contratos”, de manera que la *estructura contractual* está integrada porque la causa que supone la prestación del consentimiento que da lugar al contrato ha de ser: “sobre cosa y la causa que han de constituir el contrato” artículo 1262 CC; es decir que como paradigma negocio bilateral no solo incluye dos declaraciones de voluntad, sino que también genera dos obligaciones (la de prestar trabajo dependiente para el trabajador y la obligación salarial para el empresario), así deudora de trabajo una de las partes -y acreedora de salario- *dentro de la empresa*, queda configurada la otra, recíprocamente, como *acreedora de trabajo* y deudora de salario¹⁵⁵. Es decir lo que existe, *son relaciones laborales* en una organización laboral (interna o externa) de la empresa dirigida al logro del fin de la misma, lucro o ganancia ilimitados¹⁵⁶ o de las Administraciones Públicas de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento o dicho de otro modo, el fin integrado en el ordenamiento administrativo de garantizar la permanencia y esencialidad de los servicios públicos, respeto de estos fines y la satisfacción de los intereses de todos que en último término supone mantener el volumen de empleo en las mismas; concretos objetivos que se proponen alcanzar que no es otro que la supervivencia y viabilidad de ellas.

De manera, en el camino hacia la ansiada fuente de la plusvalía, criticando explicaciones basadas en el intercambio desigual o en la utilidad creciente a través del

¹⁵⁴ Ibídem., p. 703.

¹⁵⁵ Alonso García, Manuel (1987)-*Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona: Ariel, p. 341.

¹⁵⁶ Ibídem., p.348.

intercambio. A continuación, restableció el axioma clásico de que el intercambio implica la transferencia de equivalente, así como la conclusión de que, por lo tanto, el intercambio no puede por sí mismo darnos la respuesta. Sin embargo, al mismo tiempo la circulación basada en el intercambio de equivalentes debía ser el punto de partida desde el que deducir la fuente de la plusvalía¹⁵⁷.

Resuelve el dilema con una aplicación directa y potente de la dialéctica de la mercancía. Si el valor de cambio de la mercancía no puede ser la fuente de la plusvalía, entonces el opuesto dialéctico del valor de uso, es la única fuente posible y a continuación empleó la diferencia cuantitativa entre el valor de cambio de la fuerza de trabajo y el valor de uso, para descubrir la fuente de la plusvalía en la transacción entre trabajador y capitalista, el único resto que queda de su postura originaria es la alegación de que la fuerza de trabajo era la única mercancía con la propiedad de ser “no solamente una fuente de valor, sino una fuente de un valor mayor que el que ella misma posee”. Y parecía llegar a la conclusión de que los medios de producción no podían ser una fuente de plusvalía. Sin embargo, lo hacía al precio de contradecir una premisa básica de este, su nuevo, planteamiento, a saber, que el valor de uso y el valor de cambio de una mercancía no guardan relación entre sí. Si aplicamos correctamente, su nuevo planteamiento contradice el originario, al mostrar que todos los factores de producción son fuentes potenciales de plusvalía¹⁵⁸.

Sin embargo, para salvar el presupuesto de la teoría valor-trabajo que estipula que la fuerza de trabajo es la única fuente de la plusvalía, contravino su enfoque general de las mercancías; a saber: que, en el caso de los medios de producción, el adquirente emplea su valor de cambio, y no su valor de uso; que su valor de uso no puede exceder su valor de cambio; y que el valor de uso de las mercancías que sirven como factores de producción de alguna manera reaparece en el valor de uso de las mercancías que contribuyen a crear¹⁵⁹.

El error está en confundir dos atributos distintos que una máquina tiene: su coste (valor de cambio) y su utilidad (valor de uso). Por lo que, no hay ninguna razón por la que el

¹⁵⁷ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 706.

¹⁵⁸ Ibídem., p. 706.

¹⁵⁹ Ibídem., p. 706.

valor perdido por la máquina debiera ser equivalente al valor añadido y análogamente con el trabajo, lo que pasa es lo siguiente si en un día un trabajador se deprecia por una cantidad equivalente al salario de subsistencia -valor de cambio de la fuerza-trabajo-, esta depreciación no es el límite a la cantidad de valor que un trabajador puede añadir en una jornada- es decir, el valor de uso del trabajo-. El valor añadido es independiente y mayor que el valor perdido; si no fuera así, no podría haber beneficios¹⁶⁰.

Como su análisis dialéctico, contradice un principio central de la teoría del valor-trabajo, a saber, que el trabajo es la única fuente de la plusvalía. Se vio atrapado ante una disyuntiva entre sus propios principios. El principio del análisis dialéctico de la mercancía era poderoso, y las conclusiones que emanaban lógicamente de él, ineludibles: la teoría del valor-trabajo solo podía ser cierta si el valor de uso de una máquina era exactamente igual a su valor de cambio, y sin embargo un principio básico de este análisis era que el valor de uso y el valor de cambio son incommensurables¹⁶¹.

De haber seguido la lógica, la teoría valor-trabajo habría pasado a la historia y con ella la tendencia de la tasa de beneficio a caer, y con ella la inevitabilidad del socialismo.

La tendencia de la tasa de beneficio a caer se basaba en dos proposiciones: (a) que, con el tiempo, la ratio de capital sobre el trabajo se incrementaría, y que (b) esto provocaría una caída en la tasa de beneficio. Pero (b) dependía de que el trabajo fuera la única fuente de plusvalía, de forma que una ratio creciente de capital sobre el trabajo implicara una caída en la tasa de beneficio. Si en lugar de ello, la plusvalía pudiera obtenerse de cualquier factor de producción, y no solo del trabajo, entonces un incremento en la ratio del capital sobre el trabajo no tendría por qué afectar a la tasa de beneficio: esta podría caer, aumentar o mantenerse igual¹⁶².

Por eso ese algo “en-más” que pueda existir excede a todas las formas de contrato. Algo “en-más” que excede a toda forma de evaluación, y por tanto excede a todo intento

¹⁶⁰ Ibídem., pp. 707-708.

¹⁶¹ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 710.

¹⁶² Ibídem., p. 711.

de absorción dentro de la forma problema-solución. Existe un más-de-valor que resiste a toda sustitución calculatoria, ese “en-más” tiene como nombre lo insustituible¹⁶³.

V. UN MODELO MONETARIO DE CAPITALISMO.

Desde la perspectiva de la teoría y de la política económica, la visión de una economía capitalista con fianzas nos impone ir más allá del hábito mental que Keynes describió tan bien, consistente en apoyarnos excesivamente en el (estable) pasado reciente a modo de guía para el futuro. *La dinámica caótica del capitalismo nos debería advertir contra la tentación de aceptar un periodo de relativa tranquilidad en una economía capitalista como algo que no sea la calma que precede a la tempestad.*

En nuestro modelo monetario, las transacciones son intercambios financieros trilaterales de una sola mercancía: la persona B da instrucciones al banco Z para que se cargue a débito Y unidades de moneda de la cuenta de B y ponga en la cuenta de A la misma cantidad, a cambio de la cual la persona A le entrega a la persona B una unidad de la mercancía X. En el paradigma neoclásico la visión monetaria del capitalismo se esboza a partir del paradigma del trueque; las transacciones son intercambios bilaterales de trueque de dos mercancías: la persona A le da a la persona B una unidad de la mercancía X a cambio de algún número de unidades de la mercancía Y. El que llamemos a una de estas “la mercancía dinero” no altera la naturaleza esencialmente de trueque de la transacción¹⁶⁴.

Por lo tanto, los bancos son un componente esencial del capitalismo, y son intrínsecamente diferentes a las empresas industriales. Las empresas producen bienes (y servicios) para la venta, por la vía de combinar trabajo y otras mercancías en un proceso de producción que implica tiempo y esfuerzo. Los bancos generan y cumplen promesas de pago de las que terceras partes se sirven para facilitar la venta de bienes. Por lo tanto, cualquier modelo del capitalismo debe dejar muy clara la distinción entre empresas y bancos: “... Como en una economía monetaria los pagos se hacen necesariamente a través de un tercer agente, y el tercer agente se especializa en la actividad de producir medios

¹⁶³ Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser...*, op.cit. p. 24.

¹⁶⁴ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 589.

de pago (en la era moderna el tercer agente son los bancos), *bancos y empresas deben considerarse dos tipos distintos de agentes En cualquier modelo de economía monetaria, empresas y bancos no pueden agregarse en un único sector*¹⁶⁵.

De esta simple pero profunda perspectiva de lo que constituye la esencia de una economía monetaria capitalista se derivan dos requisitos esenciales para un modelo de capitalismo:

- todas las transacciones incluyen transferencias de fondos entre cuentas bancarias;
- el número mínimo de clases sociales en un modelo de capitalismo es tres: capitalistas, trabajadores y banqueros.

Este modelo monetario base consiste en una economía de crédito puro, sin Gobierno ni banco central, donde el banco privado imprime su propia moneda y las transacciones implican la transferencia de billetes de banco de las cuentas de los compradores a los vendedores. Hay tres clases sociales -trabajadores, capitalistas y banqueros- y, en el modelo más simple las empresas son los únicos prestatarios, y toman prestado para poder pagar los salarios necesarios para contratar trabajadores.

Para describir los flujos monetarios básicos en este sistema, se muestran las transferencias reales de dinero y las operaciones que no son transferencias de dinero sino operaciones contables -tales como los registros bancarios indicando que se ha pagado el interés debido de los préstamos-.

Como todas las entradas indican flujos de y hacia cuentas bancarias (o sumas y restas del libro de contabilidad de los préstamos), puede darse un hecho sorprendente; a saber, que pueda derivar, a partir de este modelo monetario, un modelo dinámico por la simple vía de “sumar” las entradas¹⁶⁶.

Este modelo puede ser simulado si añadimos valores a estos flujos.

¹⁶⁵ Ibídem., pp. 590-591.

¹⁶⁶ Ibídem., p. 596,

Y así, en el modelo, los préstamos de la cámara de seguridad se suceden a una tasa constante, multiplicada por la cantidad de dinero que hay en la cámara; el flujo de los salarios es una constante multiplicada por el saldo de las cuentas de depósito de las empresas; el consumo de los trabajadores y de los banqueros depende, respectivamente, de los saldos de las cuentas de depósito de los trabajadores y de la caja fuerte; mientras el flujo de la devolución de los préstamos es una constante multiplicada por la cantidad de préstamos pendientes.

Los ingresos de los capitalistas no son tan fáciles de determinar en este sencillo modelo, y para explicarlos de forma apropiada se necesitaría incorporar al mismo la producción y la fijación de precios. Pero sí podemos deducir cuáles son esos beneficios, al constatar que los ingresos anuales netos en este modelo simple equivalen a la suma de salarios más beneficios -los ingresos de los banqueros se cancelan y no añaden nada a los ingresos agregados.

En la medida que los salarios representan parte del excedente neto generados en la producción, los beneficios deben representar el remanente¹⁶⁷.

Previamente había propuesto un modelo que tenía tres características fascinantes y que luego se reveló clarividente¹⁶⁸.

En primer lugar, aunque los capitalistas fueran los únicos prestatarios en este modelo simple, la carga del pago de la deuda, en realidad, recaía sobre los trabajadores: la parte del rendimiento correspondiente a los salarios caía a medida que el nivel de la deuda aumentaba, mientras que la parte correspondiente al beneficio fluctuaba en torno a un valor de equilibrio.

En segundo lugar, si el modelo hecho, se orientaba hacia un colapso inducido por la deuda en relación a la producción se incrementaba con el tiempo: la deuda aumentaría durante un *boom*, alcanzaría un pico y después caería durante una depresión, pero un nuevo *boom* comenzaría antes de que la ratio de la deuda en relación a la producción hubiera descendido a su valor original.

¹⁶⁷ Ibídem., p. 599.

¹⁶⁸ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 547.

En tercer lugar, el colapso vendría precedido por un periodo de volatilidad reducida: las fluctuaciones en el empleo y en la producción empezarían siendo muy grandes y luego caerían -es decir, el modelo generaba una “Gran Moderación” con anterioridad a que esta apareciera en los datos empíricos-. Pero paulatinamente a medida que la ratio de la deuda se elevara todavía más, la volatilidad empezaría a aumentar de nuevo, hasta llegar a un último ciclo extremo en el que el nivel de la deuda sería tan alto que los pagos de la misma desbordarían la capacidad de los capitalistas para pagar.

La economía caería entonces en una espiral mortal, a medida que el nivel de la deuda superara la capacidad de los capitalistas para satisfacerla.

Pero también como ya se había advertido que el gasto público podía estabilizar una economía inestable, también se modelizaba esta posibilidad, introduciendo el gasto público en tanto que subsidio efectivo a los capitalistas, que crecía cuando lo hacía el desempleo, y caía cuando se hundía -aunque los trabajadores en paro reciban subsidios de desempleo, gastan todo lo que reciben en consumo, de forma que las empresas son en último término las receptoras de las políticas de bienestar-. De forma similar, se modalizó las cargas tributarias -en ascenso mientras los beneficios crecen, y en caída cuando estos caen¹⁶⁹.

Al añadir un cuarto “estado sistémico” al modelo -el nivel de gasto público neto en tanto que proporción de la producción-, esto alteraba la definición de beneficio. Ahora este era la producción menos los salarios, menos los intereses del pago de la deuda, menos los impuestos, más el subsidio del Estado.

Así el paso decisivo fue la generalización de seguro de salud, las cajas de pensiones obligatorias, la distribución de prestaciones familiares e incluso la introducción del seguro de desempleo era la condición para ganar a la eficiencia capitalista y ponerla al servicio de la disminución de su crueldad. Pero el alcance de la política social, iba mucho más lejos. A través de la universalización de la protección social, se podría transformar radicalmente las sociedades capitalistas estabilizándolas¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Ibídem., p. 548.

¹⁷⁰ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i., op.cit.*

Cuando más de un tercio de todos los recursos de una población provienen del sistema de seguridad social, esa sociedad está protegida contra las fluctuaciones del ciclo económico. Esta parte de los recursos de los individuos no depende, de hecho, más del mercado. No quiebra y ningún plan despidos hace interrumpir el pago de dichos recursos mínimos. Se descarta el peligro de hambre. De esta manera organizada, el sistema de ingreso social hace subsistir un volumen reducido de actividad que sirve como punto de partida para reiniciar la economía¹⁷¹.

Mas contra las crisis económicas, el genio humano inventó un segundo conjunto de técnicas de estabilización. Se recomendó al poder político: que en una recesión o de crisis, interna o externa, los gobiernos deben utilizar recursos fiscales e instrumentos monetarios para aplicar políticas llamadas “anticíclicas”. Es simplemente para apoyar la demanda en las recesiones. La contrapartida es que conviene reducir el gasto público y acumular reservas en los buenos tiempos, cuando el crecimiento está ahí¹⁷².

En el modelo, la presencia del gasto público actuaba como contrapeso a la tendencia del sector privado a acumular deuda: un subsidio creciente y unos impuestos decrecientes durante una recesión aportaban a las empresas *cash Flow* adicionales con los que pagar la deuda vencida durante una recesión, mientras los impuestos crecientes y un subsidio que se reduce durante un *boom* atenuaban la tendencia del sector privado a acumular deuda¹⁷³.

¹⁷¹ Ibídem.

¹⁷² Ibídem.

¹⁷³ Keen, Steve (2017)- *Possiamo evitare un'altra crisi finanziaria?*, Roma, Editare Imprimatur. La única manera de contrarrestar esto es asegurar que la relación de la deuda privada y PIB sea de una magnitud significativa en la gestión macroeconómica, como lo es la inflación y el desempleo en la actualidad, y usar la capacidad del Estado para crear dinero como un instrumento de política macroeconómica específica para reducir la deuda privada cuando comienza a crecer a un nivel peligroso, que está bien por debajo del 100% del PIB y bien por debajo de los niveles con los que las finanzas descontroladas nos ha cargado hoy.

Rocard, Michel (2015), *Lettere aux générations futures...*, op.cit.. Un Estado como el de los Treinta Gloriosos (1945-1973) que solo conocía la restricción y es el legado del capitalismo privado familiar y nacional. En ese momento, hubo una gran necesidad del Estado en la medida en que controlaba el tipo de cambio y los movimientos de capital, que dio el visto bueno a los conceptos básicos de comercio internacional, que apoyaba la diplomacia y que jugó un papel principal en el establecimiento de aranceles para luchar contra la competencia de otros países. ¡Todos éramos proteccionistas en ese momento! El capitalismo necesitaba este estado porque no trataba con los desempleados: no existían los subsidios. Esto requiere una fuerte política/policía de resistir en caso de levantamiento de la clase trabajadora.

Esta operación comenzó a fallar doblemente cuando surgieron las multinacionales, el advenimiento de la “era de los managers”. La burguesía ha comenzado a romper las reglas sociales y lo humano ha sido devaluado en favor de los cuantificable. En esta fase, el gran capital, el que dominaba el capitalismo, tenía que deshacerse constantemente de los estados y erosionar su influencia o autoridad. Luego vino el

Que es lo que impide el “Pacto de estabilidad y crecimiento” suscrito por los Estados miembros de la Unión Europea que en la estela del Tratado de Maastricht, permitió a Godley afirmar poco después de la firma de este último que no proponía un cuerpo supranacional además del banco central. Comentó que esto implicaba que los patrocinadores del tratado deben suponer que no se necesita nada más. Pero eso sólo podía ser verdad si las economías modernas fueran sistemas autoajustables que no necesitaran ningún arreglo en absoluto. Ya que esta era una creencia errónea, Godley sostuvo que el impacto del Tratado de Maastricht durante una crisis sería el de evitar acción efectiva por parte de los países y reemplazarla con nada. Le robaron la habilidad de devaluar por el euro, y carece de una reserva funcional gracias a las reglas de Maastricht; Godley observó que cuando una crisis azotara, el resultado sería el colapso¹⁷⁴.

El principio rector del Tratado de Maastricht y el “Pacto de estabilidad y crecimiento” fue que el crecimiento económico y la estabilidad fueran fortalecidas apoyándose a un presupuesto balanceado a largo plazo- por esta razón impusieron dos reglas clave: la deuda del gobierno no debía exceder del 60% del PIB, y el déficit del gobierno en un año no debía exceder del 3% del PIB, lo que significa que el sector público de España está dando mucho menos estímulo a la economía de lo que lo haría en la ausencia de los límites de Maastricht, de manera que los préstamos se ajusten perfectamente los pagos, con lo que la oferta de dinero no crecería. Pero una economía creciente necesita una oferta de dinero creciente: nunca ha habido una economía en el mundo que haya crecido por mucho tiempo en términos reales cuando su oferta de dinero estuviera fija o en declive. Así que claramente, en una economía creciente, los préstamos deben exceder los depósitos a lo largo del tiempo. En ese sentido, los bancos deben “tener un déficit”: su “dinero prestado”

monetarismo, que enunciaba doctrinalmente, que el capitalismo funcionaría mucho mejor sin un estado. Y para empeorar las cosas, al mismo tiempo hemos otorgado independencia a los bancos centrales, una locura suicida...

Una de las capacidades que tiene el capitalismo para recuperarse es la ingeniosidad de los mercados financieros, inventando respuestas a todas las crisis, pero su peligro radica en la capacidad visible y perceptible de las finanzas para comandar el proceso y ordenarlo para su propio interés en vez de en beneficio de la economía real

¹⁷⁴ “Si un país o una región no tuviera poder para devaluar, y si no fuera beneficiario de un sistema de nivelación fiscal, entonces no habría nada que lo contenga de sufrir un proceso de decrecimiento acumulativo y terminal, llevándolo, al final, a la emigración como la única alternativa a la pobreza o la muerte” (Godley, 1992).

en términos de los nuevos préstamos debe ser más grande que su “dinero devuelto” en forma de pagos de deuda.

La misma observación se aplica al gobierno, que también puede crear dinero por medio del déficit. Si la economía está creciendo, entonces la economía necesita que el gobierno cree algo de ese dinero -de otra forma confiaríamos solamente en los bancos-. Y un reflejo momentáneo sobre la crisis misma -y los últimos 40 años de inestabilidad económica- muestra que confiar sólo en los bancos no es una buena idea. Los bancos crearon mucho dinero basado en deuda privada, y causaron burbujas de viviendas que generaron mucha aparente prosperidad conforme crecían, pero también la crisis económica cuando se colapsaron.

Cuando surgió la idea del euro, para contrarrestar el peso excesivo del dólar y, sobre todo, protegerse de la irresponsabilidad monetaria estadounidense, el endeudamiento global americano alcanzaba el 150% de su producto interno bruto, que es el doble que el nuestro. El nivel de endeudamiento que ellos aceptan es demencial cuando sumamos la deuda pública, la de los hogares y la de las empresas, y la de los hogares es, con mucho, la más gigantesca. Y eso pone al mundo en un estado de desequilibrio peligroso¹⁷⁵.

Por lo que, al estar en un sistema de libre comercio global, lo que se necesita es un sistema global de regulación de divisas. Debido al predominio del dólar mal administrado y deficitario, la situación económica mundial es explosiva: la burbuja global es ahora de casi 1000 billones de dólares, 10 veces el producto bruto mundial. Y todo esto tiene su origen principal en que lo permitió el *laissez faire* americano¹⁷⁶.

Lo que impone que la buena gestión de los asuntos monetarios mundiales y el buen tratamiento de los riesgos de crisis pasen por un acuerdo intermonetario en el que las tres dominantes, el yuan chino, el euro y el dólar, gestionen sus relaciones de manera estable. Con acuerdos revisados cada semana. Esto es evidente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Rocard, Michel (2015), *Lettre aux générations futures...*, op.cit.

¹⁷⁶ Ibídem.

¹⁷⁷ Ibídem.

Se necesita, pues, un sistema monetario internacional plural y equilibrado, a lo que los estadounidenses se niegan a fin de garantizar la supremacía de su moneda, el dólar. Es decir, grandes instituciones financieras mundiales para abordar la inestabilidad financiera mundial y eviten crisis financieras generalizada durante años¹⁷⁸.

Un informe del club de Roma, pasó completamente desapercibido y que data de 2012 se refiere a la moneda. Su tesis afirma que cualquier sistema monetario es intrínsecamente inestable si tiene como características: estar centralizado, obedecer a un estado mayor político inestable y sin contrapesos, que la moneda sea emitida por un banco central, que sea único, y sobre todo, que la emisión de moneda sea para contrarrestar la deuda bancaria, que puede ser volátil¹⁷⁹.

Por tanto, un acuerdo inter-monetario a corto y mediano plazo en el estado actual de las fuerzas y modalidades existentes, daría una estabilidad más duradera para abordar las cuestiones planteadas por el club de Roma. La falta de respuesta a estas preguntas explica la crisis política. La falla está en el pensamiento científico, está en el orden del pensamiento económico y financiero. Si admiten que el sistema monetario es a la vez central, respaldado/garantizado por el estado, único, emite moneda para contrarrestar la deuda bancaria, y por lo tanto estructuralmente inestable, será difícil no salir de él. No es el producto de una búsqueda de racionalidad económica, sino de luchas ganadas por los poderes centrales, que conducen a un sistema monetario único, centralizado, garantizado por el poder y supervisado por él¹⁸⁰.

Y lo que necesitamos una oferta de dinero creciente, pero que su crecimiento financie la inversión propiamente y no la especulación. Si parte de ese crecimiento de la oferta de dinero viene de un déficit público, más que de un préstamo bancario, podría haber menos especulación dañina y más inversión productiva. Con lo que el “Pacto de estabilidad y crecimiento” convirtió la recesión en una depresión al tratar de reducir directamente la deuda pública, ignorando la deuda privada que causó la crisis en primer lugar.

¹⁷⁸ Ibídem.

¹⁷⁹ Rocard, Michel (2015), *Lettre aux générations futures...*, op.cit.

¹⁸⁰ Ibídem.

La Comisión Europea da mucha importancia al hecho de que la deuda pública en España subió por encima del límite de Maastricht cuando la crisis comenzó, a más del 90% hoy, pero a lo largo del mismo periodo (2000 a 2015), la deuda privada subió del 116% a 210% del PIB. Finalmente se estancó en 232% del PIB, y desde entonces ha caído a 210% -todavía más del doble del nivel de deuda gubernamental hoy-. Ahora bien, cuando un país ha acumulado una reserva de deuda privada tan grande como lo hizo España a lo largo del periodo del 2000 al 2008, incluso una desaceleración en la tasa de crecimiento puede causar una recesión. Esto es evidente en donde la crisis comenzó cuando la tasa de cambio de la deuda comenzó un continuo declive de un pico de casi 40% del PIB al año en 2007, hacia un nadir (el punto más bajo o el momento de mayor adversidad de un proceso) de menos 16% del PIB por año en 2014. Esto llevó a un giro en el desempleo, que había caído consistentemente a través de los primeros años del siglo de más del 12% a menos de 8% sólo para explotar a más de 25% después de la crisis.

Es decir, la influencia compensatoria del sector público fue atenuada por el “Pacto de estabilidad y crecimiento”, pues las sanciones del pacto y los controles sobre el gasto del gobierno evitaron que el déficit público creciera tanto como debió hacerlo. Una consecuencia involuntaria de esto, entre otras, fue que el sector privado ha seguido desapalancando: el cambio en la deuda privada ha seguido creciendo conforme la economía española se hunde. La tasa de declive de la deuda privada es mucho más grande que el incremento en la deuda pública, lo que significa que el impacto depresivo del desapalancamiento del sector privado pesa mucho más que el estímulo proveniente del déficit del sector público¹⁸¹.

Así la toma de decisiones sobre el derecho al trabajo en el empleo público ha de asegurar su conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, que en su proyección sobre los modos de mantenimiento de los servicios públicos, significa quela restricción sobre la capacidad de aplicar el superávit puede tener como consecuencia que la voluntad de introducir mejoras en la prestación del servicio, inherente a la limitación de reposición de efectivos, resulte inviable por esta limitación legal¹⁸², por

¹⁸¹ Keen, Steve, *Desenmascarando a la economía. El emperador desnudo de las ciencias sociales*, Traducción: Ibarra Zavala, Darío, Laboratorio de Análisis Económico y Social, México, D.F., 2014, pp.XXIV a XL.

¹⁸² Villar Rojas, F.J.(2016)- “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, p.103

lo que la **regla de gasto** como limitación del crecimiento del gasto público mediante el establecimiento de una tasa máxima (crecimiento nominal del PIB) por encima de la cual no es posible mayor gasto público, incluso aunque se tenga capacidad o liquidez, con el fin de evitar que en época de bonanza se asuman obligaciones que luego, en épocas de crisis, se conviertan en compromisos inasumibles (artículos 12 y 30 LOEPSF)¹⁸³, se opone a una de las posibilidades modelizadas por Steve Keen al introducir, la observación de Minsky de que el gasto público podía estabilizar un economía. En su modelo, la presencia del gasto público actuaba como contrapeso a la tendencia del sector privado a acumular deuda: un subsidio creciente y unos impuestos decrecientes durante una recesión o depresión, aportaban a las empresas *cash flows* (flujos de efectivo) adicionales con los que pagar la deuda vencida durante una recesión depresión, mientras que los impuestos crecientes y un subsidio que se reduce durante un *boom* (auge) atenuaban la tendencia del sector privado a acumular deuda; el resultado era un sistema inherentemente cíclico, pero en el que los ciclos se mantenían dentro de límites manejables: no había una quiebra sistémica, como sí la había habido en el modelo de sector privado puro¹⁸⁴.

Por lo que produce perplejidad que la Disposición Final Séptima LOEPSF establezca que “..., los límites previstos en los artículos 11 y 13 de esta Ley entrarán en vigor el 1 de enero de 2020”, que también es conforme a las prescripciones de la UE y arroja, en definitiva, un manto de gran indeterminación sobre el alcance de esos preceptos en cuanto presunta justificación última de la reducción del empleo público.

Por otro lado, se piensa que si se concilia el principio de estabilidad en el empleo, al que no es posible -en un sistema democrático- renunciar, puesto que está en juego el derecho al trabajo de miles de ciudadanos constitucionalmente reconocido, con los de igualdad, mérito y capacidad, salvo en el supuesto que la convocatoria lo ha sido para ocupar un puesto temporal y no para ocupar un puesto de trabajo concebido, desde el principio, como ilimitado en el tiempo.

Es la plasmación normativa, de que hay que reducir significativamente el número de empleados públicos en España que, según se dice, es excesivamente gravoso para las

¹⁸³ Ibídem., p.98.

¹⁸⁴ Keen, Steve, *La economía desenmascarada*, Traducción; Ormaechea, Álvaro G. Revisada por Prieto, Francisco, editorial Capitán Swing, Madrid, 2015, p.549.

arcas públicas. A nivel normativo ese designio ya se ha plasmado en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, para llevar a cabo una especie de regulación de empleo general por la vía de amortizar las plazas que queden libres por jubilaciones o fallecimientos.

Finalmente, con los textos normativos en la mano parecería que la referencia normativa a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera aparece como *deus ex máchina* (un elemento externo que resuelve las limitaciones a la reposición de efectivos en las AAPP sin seguir su lógica interna; es el hilo primario al que se tienen que adaptar todos los demás elementos; es un método fácil reducir los servidores públicos, pero hace que el conjunto no resulte creíble o que incluso roce en el surrealismo) de un decidido propósito político de llevar a la práctica una magna operación de reducción estructural del sector público en España, que se articulará a través de diversas vías indirectas, como la no renovación de los contratos temporales vigentes, la reducción de las contrataciones externas con empresas de servicios y además para poder reclutar personal se debe proceder a la oportuna convocatoria dentro de la oferta de empleo público, la cual está sometida a tanto a limitaciones presupuestarias y a las exigencias de sostenibilidad y equilibrio financiero, como a la muy conocida tasa de reposición, siendo, además, obligatoria la aplicación de los principios de mérito y capacidad a la hora de proceder al acceso, que en el fondo, responden a un auténtico “*factum principis*” -y, como tal, difícil de controlar judicialmente- cual es la decisión del poder político de proceder a esa macro reducción del empleo público en nuestro país a consecuencia de la crisis económica¹⁸⁵.

Pero, en caso de colisión, que la hay, entre la directriz de la sostenibilidad, y un derecho fundamental, que lo es, el de los empleados públicos a la estabilidad en el empleo, tendrá que prevalecer, como en toda ponderación, el derecho fundamental de los empleados públicos pues implica el mantenimiento y continuidad del servicio público de obligado cumplimiento. Otra cosa será establecer un orden de prioridades económicas en aras de una racional redistribución financiera. Máxime si la integral estabilidad real se desprende,

¹⁸⁵ Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”. En *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Coord.: Rojo Torrecilla, Eduardo, Editorial Huygens, Barcelona, 2015, pp.122 y 129.

como efectivamente lo hace, no de criterios financieros sino del principio constitucional de la *dignidad de la persona*¹⁸⁶.

En definitiva, las tres definiciones fundamentales a partir de las cuales se puede obtener un modelo macroeconómico rudimentario con macrobases son: 1) la tasa de empleo (la relación entre el empleo y la población total, como indicador tanto del nivel de actividad económica como del poder de negociación de los trabajadores), 2) la participación de los salarios (la relación entre los salarios y el PIB, como un indicador de la distribución de los ingresos), y 3) la relación entre la deuda privada y el PIB, como insistíamos en la modalización precedente. Cuando estas definiciones se traducen en forma dinámica, conducen no simplemente a afirmaciones intuitivamente razonables, sino a afirmaciones que son verdaderas por definición:

- La tasa de empleo (el porcentaje de la población que tiene un empleo) crecerá si la tasa de crecimiento económico (en porcentaje anual) es superior a la suma de la tasa de crecimiento de la población y la tasa de crecimiento de la productividad laboral.
- El porcentaje de salarios en comparación con el PIB aumentará si las demandas salariales superan el crecimiento de la productividad del trabajo.
- La relación entre la deuda privada y el PIB aumentará si la deuda privada crece más rápido que el PIB.

Estas son simples obviedades. Para traducir esto en un modelo económico, debemos postular algunas relaciones entre los componentes clave del sistema: entre empleo y salarios, entre beneficios e inversión, y entre deuda, beneficios e inversión¹⁸⁷.

El modelo genera otro pronóstico que ahora se ha convertido en evidencia: el aumento de la desigualdad. La participación del trabajador en el PIB disminuye cuando aumenta la relación entre la deuda privada y el PIB, incluso si en este ejemplo simple los

¹⁸⁶ Lacasta Zabalza José Ignacio, Calle Meza Melba Luz y Andrés Serrano Burgos Kevin, “El estatuto de víctima: orígenes culturales y relaciones con la memoria histórica. Un estudio de sus perspectivas y límites en el sistema constitucional colombiano”, *Revista Republicana*, Julio - Diciembre de 2015, pp. 193-220.

¹⁸⁷ Keen, Steve (2017)- *Possiamo evitare un'altra....*, op. cit.

trabajadores no reciben préstamos. Si el índice de la deuda se estabiliza, incluso las desigualdades se estabilizan tan pronto como las participaciones en el ingreso alcancen valores de equilibrio positivos. Pero si el índice de endeudamiento continúa creciendo - como lo hace en el caso de que haya una mayor propensión a invertir-, incluso las desigualdades comienzan a aumentar. El aumento de la desigualdad no es simplemente una “cosa incorrecta” en este modelo: también es el preludio de una crisis¹⁸⁸.

La dinámica de las desigualdades crecientes es aún más evidente en el próximo nivel de desarrollo del modelo, en el que se introducen los precios y las tasas de interés nominales variables. Cuando la deuda aumenta durante un cierto número de ciclos, una proporción mayor para los banqueros se compensa con una menor participación de los trabajadores, de modo que la parte destinada al capital fluctúa pero permanece relativamente constante a lo largo del tiempo. Sin embargo, tan pronto como los salarios y la inflación se reducen, la capitalización de la deuda eventualmente sobrepasa los salarios en caída libre y la participación de los beneficios se colapsa. Antes de que la crisis llegue a su fin, la creciente participación de los banqueros para pagar la carga de la deuda se compensa exactamente con la parte decreciente asignada a los trabajadores, así las cosas la participación de los beneficios se mantiene constante y el mundo parece absolutamente calmado para los tenedores de capital -justo antes de que el sistema colapse¹⁸⁹.

Con lo que se confirma que en la medida que los salarios representan parte del excedente neto generados en la producción, los beneficios deben representar el remanente¹⁹⁰.

VI. EL TAMAÑO SÍ QUE IMPORTA. LA TEORÍA DE LA AGENCIA.

Con el paso de la mano de obra al cerebro obrero, la economía informática/informatizada depende de un recurso que la economía mecanizada ha pasado por alto. El cerebro humano es un recurso natural, ya que está presente en todas las personas al nacer, y este recurso, que se renueva cada generación, es diferente a los

¹⁸⁸ Ibídem., p. 46.

¹⁸⁹ Ibídem., p. 46.

¹⁹⁰ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 599.

combustibles fósiles, un recurso natural inagotable. Economía informática/informatizada madura, o “economía”, en que cada producto es un conjunto de bienes y servicios (o servicios solamente) desarrollados por una asociación, que muestra que esta economía obedece al régimen de competencia monopolística que implica una diversificación de cada producto en variedades con diferentes cualidades: la competencia relacionada con la relación “calidad o calidad subjetiva/precio”, cada empresa apunta a un monopolio temporal en un segmento mundial de necesidades¹⁹¹.

Y en la teoría, la empresa monopolística produce solo hasta llegar al punto en el que el coste marginal iguala el ingreso marginal, porque esta producción maximiza su beneficio. De la misma forma, cada empresa perfectamente competitiva produce hasta el punto en el que su coste marginal iguala su ingreso marginal, y lo hace por la misma razón -porque este es el nivel de producción que maximiza su beneficio¹⁹².

Pero a nivel del mercado, las empresas competitivas producen hasta un punto en el que el coste marginal colectivo excede el ingreso marginal. La industria perfectamente competitiva produce allí donde el coste marginal equivale al precio, pero excede el ingreso marginal; no obstante, lo cual, todas las empresas que la componen se supone que deben estar produciendo allí donde el coste marginal equivale al ingreso marginal.

El monopolio fija el precio allí donde el ingreso marginal equivale al coste marginal, mientras la industria competitiva fija el precio donde la curva de oferta (que es la suma de todas las curvas de coste marginal de las empresas individuales) se cruza con la curva de demanda: esto se supone que será el resultado de fijar un coste marginal igual al ingreso marginal a nivel de empresa, lo que significa que cada empresa consigue el máximo beneficio de que es capaz. Pero a nivel, agregado, mientras el monopolio ha producido más allí donde el beneficio es máximo, las empresas competitivas han producido más allá de este punto, de manera que la producción de la industria más allá del punto de producción del monopolio ha sido producida en pérdidas. Por eso, el nivel de beneficio para la empresa competitiva es menor que para el monopolio, por mucho que todas las empresas competitivas sean presuntamente maximizadoras de beneficio¹⁹³.

¹⁹¹ Volle Michel (2018)- “De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre”,..., op.cit. p. 547.

¹⁹² Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 173.

¹⁹³ Ibídem., p. 173.

Y esto es debido a que si las empresas perfectamente competitivas tuvieran que producir en el punto donde el coste marginal equivale a precio, entonces estarían produciendo parte de producción *más allá* del punto en el que el ingreso marginal equivale al coste marginal. Por lo tanto, estas unidades adicionales de producción las estarían produciendo en pérdidas¹⁹⁴.

El precio que la empresa competitiva toma como algo dado es el precio determinado por la intersección de las curvas de demanda del mercado y la curva del coste marginal agregado -que es exactamente el mismo precio que fijaría un monopolio-. Decir otra cosa sería es defender la conducta irracional a nivel individual (que le llevaría a producir una parte irracional en pérdidas), o bien que, de alguna manera, una conducta que es racional a nivel individual (la maximización de los beneficios), conduce a una conducta colectiva irracional, de forma que la maximización de beneficios por parte de cada empresa individual lleve a que la industria produzca de alguna manera parte de su producción en pérdidas¹⁹⁵.

Hasta ahora he aceptado la presuposición de que un monopolio no tiene ventajas de escala sobre una empresa perfectamente competitiva, esta presuposición de costes de escala invariables será inválida. Si consideramos simplemente los costes de producir un producto homogéneo, entonces lo más probable es que una empresa muy grande tenga ventajas de escala sobre otra muy pequeña. En la jerga económica, diremos que las empresas grandes se benefician de rendimientos de escala.

Los rendimientos de escala tienen lugar cuando el coste de producción aumenta menos rápidamente que la producción a medida que la escala de la producción se incrementa. Un ejemplo, para un margen sustancial de producción, un gran alto horno tendrá un coste más eficiente que otro pequeño, y lo mismo ocurre con un gran buque frente a otro más pequeño, o con una gran planta de montaje de automóviles frente a otra más pequeña¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Ibídem., p. 174.

¹⁹⁵ Ibídem., p. 175.

¹⁹⁶ Keen, Steve (2015)- *La economía...*, op.cit. p. 177.

Y si las empresas grandes tienen ventajas de coste frente a las pequeñas, entonces, si tenemos en cuenta la libre competencia, las grandes echarán del mercado a las pequeñas (si bien el marketing y los problemas de deuda limitarán este proceso). De ahí el aumento de los rendimientos de escala signifique que el mercado perfectamente competitivo es inestable: con el tiempo desembocará en una situación, bien de oligopolio (varias empresas grandes), o bien de monopolio (una empresa grande).

En segundo lugar, la curva de oferta de largo plazo se asienta de hecho bajo la premisa de una tecnología constante: en otras palabras, no es en absoluto una cuestión de tiempo. Se suponen que las economías de escala están ahí en todo momento, listas para ser explotadas¹⁹⁷.

Por desgracia, el tamaño si importa. Las economías de escala son una parte importante de la razón por la cual la mayoría de las industrias están dominadas por un pequeño número de empresas muy grandes¹⁹⁸.

Con la universalización de la propiedad privada de los medios de producción; incompatible con el mundo histórico de la gran industria y de las enormes economías de escala derivadas de la aplicación de la ciencia y la técnica modernas a la producción, estas se están organizando en torno a una economía cada vez más intensiva en capital, donde la variable económica y administrativa dominante es la reducción de los costos fijos y la productividad del capital, el buen uso de maquinaria cada vez más compleja, ahorrando recursos y materias primas, controlando costos fijos anticipados como costos de desarrollo, rotación de inventario/stock, etc. El desafío de la automatización está ahí, y no en la sustitución del trabajo humano con el trabajo de la máquina¹⁹⁹.

Es decir, en la economía mecanizada, el capital fijo era “trabajo de efecto retardado” almacenado en máquinas y edificios, y su implementación requería el flujo de “trabajo de efecto inmediato” (Marx los llamó “trabajo muerto” y “trabajo vivo”). En la economía informatizada, el capital fijo es la “inteligencia de efecto retardado” almacenada en la

¹⁹⁷ Ibídem., p. 178.

¹⁹⁸ Ibídem., p. 179.

¹⁹⁹ Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. .

organización y los autómatas, su implementación requiere la “inteligencia de efecto inmediato” de los agentes²⁰⁰.

De manera que, en los conjuntos altamente intensivos en capital que ahora se están extendiendo a todos los sectores (la salud y probablemente la educación pronto formarán parte de él), el buen uso de este capital que es el criterio central de desempeño/actuación, incluso en la formación de costos, el florecimiento de este desempeño se encuentra en la calidad dialógica del colectivo humano que rodea la producción, a mayor o menor distancia (temporal y espacial). En otras palabras el problema económico ya no se mide en forma de productividad del trabajo directo individual, sino en forma de “productividad colectiva y relacional” del trabajo indirecto²⁰¹.

A lo que se añade que las habilidades y competencias se adquieren a través de la capacitación y la experiencia, eso constituye un capital personal para el individuo; de manera que, una parte esencial del capital de la empresa está en manos de sus agentes, que pueden llevárselo si la dejan, por lo que debe ser capaz de retenerlo. Dado que el tiempo de trabajo del agente se dedica principalmente a mantener sus habilidades actualizadas, el trabajo de efecto inmediato que contribuye a la producción es en sí mismo el resultado del trabajo de efecto retrasado/retardado para que se pueda decir que en economía el capital es el único factor de producción, pero se divide entre la empresa (su capital fijo) y sus agentes (su capital de habilidades/competencias)²⁰².

Con lo que los complejos problemas que planteaba la empresa moderna, en el plano doméstico, digamos, de la *loi de famille* del *domus* granindustrial, que era un problema económico y político de agencia: que trata de situaciones en las que la óptima optimización que se supone que resulta espontáneamente de una relación contractual se ve comprometida por la disimetría de la información entre los contratistas. Este es particularmente el caso cuando el contrato crea una “relación de agencia”, es decir, un “contrato por el cual una persona (el director) contrata a otra persona (el agente) para que lo realice en su propio nombre, nombrar cualquier tarea que implique una delegación de

²⁰⁰ Volle Michel (2018)- “De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre”,..., op.cit. p. 343.

²⁰¹ Veltz, Pierre (2018). “La société hyperindustrielle et el travail relationnel”, en *Qu’est-ce qu’un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, p. 327.

²⁰² Volle Michel (2018)- “De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre”,..., op.cit. p. 343

cierto poder de decisión al agente”. La relación de agencia es un concepto integral que se aplica al contrato de trabajo, así como a la relación entre accionistas y gerentes de la compañía o la relación de mandato. Por supuesto, se supone que cada parte de la relación de la agencia está animada solo por la búsqueda egoísta de su interés. Ahora, la característica de tal relación es que el agente dispone en la realización de su tarea de un margen de libertad que se arriesga a utilizar para su ventaja exclusiva y en detrimento de los intereses del principal. La teoría de la agencia tiene como objetivo demostrar que tales problemas pueden resolverse también mediante la contractualización, al interesar financieramente al agente para obtener los resultados más rentables en general. Sin embargo, sirvió para combatir la idea de que la empresa sería un sujeto económico, cuya libertad de acción debería preservarse tanto frente a los accionistas como a los trabajadores, mediante el derecho de todos y cada uno de supervisar juntos la manera en que los gobernantes cumplen esta tarea²⁰³.

La aplicación de la teoría de la agencia al contrato de trabajo también tiene efectos nocivos, ya que invierte la perspectiva en la que se basa el derecho del trabajo. Su función ya no será proteger al trabajador del poder del empresario, sino, por el contrario, proteger al empresario del poder de los trabajadores. Es sobre esta base que se ha implementado durante treinta años un conjunto de dispositivos convencionales destinados a romper la autonomía individual y colectiva de los trabajadores. Esto implicaba tanto a la parte superior como a la inferior de la escala salarial, en formas obviamente diferentes. Para desviar a los dirigentes de perseguir un interés corporativo a largo plazo por ser potencialmente contrario a los objetivos de rentabilidad a corto plazo, sus métodos de compensación se han indexado a las ganancias de los accionistas a través de

²⁰³ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. pp. 193 y 194 y Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 205. En el esqueleto institucional de una gran corporación empresarial de nuestros días, la estructura de agencia (en el sentido económico de la palabra) de una empresa capitalista de este tipo es la siguiente: el capital de la empresa está compuesto por acciones que cotizan en el mercado de valores. Los propietarios nominales de esas acciones son los principales, y siguen cargando en buena medida con la tercera de las funciones de la propiedad (asumir el riesgo). Los ejecutivos que gestionan los negocios de la empresa son agentes de esos principales, y desempeñan las funciones de inversión y de control del proceso productivo. En el desempeño de la función de control, esos ejecutivos tienen, a su vez, otra relación de agencia con los trabajadores de la empresa: pero en esa relación, los ejecutivos son el principal, y los trabajadores, los agentes. La estructura de poder de la institución está fuertemente concentrada en los accionistas mayoritarios (que pueden llegar a ejercer un control relativamente efectivo de los ejecutivos, muchos de los cuales –“incentivos compatibles” mediante- forman parte del accionariado mayoritario) y, sobre todo, en los propios ejecutivos, los cuales disponen de un amplio margen de discrecionalidad en su acción, tanto en su calidad de agentes de los accionistas, cuanto en su condición de principales más o menos despóticos con los trabajadores.

características como las opciones sobre acciones. Para garantizar la docilidad de otros trabajadores, en su lugar, ha reducido la seguridad jurídica y convencional que disfrutaban en el llamado modelo fordista. Los contratos atípicos y precarios, la externalización del empleo, la individualización de la remuneración, los acuerdos de empleo y competitividad son todos ejemplos de esta reversión funcional que resulta en trasladar el riesgo económico del empresario hacia los asalariados²⁰⁴.

Además, las megaempresas se han dado cuenta de las crecientes opacidades y los costos de coordinación interna, y han comenzado a evolucionar hacia estructuras de red, respaldadas por una miríada de subcontratistas, administradas en un modo de mercado competitivo y de organizaciones fragmentadas en celdas o proyectos, coordinado de acuerdo con los modos de pseudo mercado (por objetivos y competencia interna). Estos desarrollos cumplieron múltiples objetivos: compartir riesgos, reducir costos al eludir las rigideces internas derivadas de las luchas sociales, pero también y quizá sobre todo, reducir la complejidad que se ha vuelto inmanejable. Desde el punto de vista del trabajo, ha comenzado a producirse un cambio inmenso, desde las esferas gobernadas por el derecho del trabajo asalariado hasta las esferas del derecho mercantil, el trabajo en sí mismo es cada vez más tratado -en los hechos, aunque no en el derecho- como una prestación de servicio, al instar modelos de trabajo pre-salariales de trabajo por tarea, del “negociación”/regateo, etc. Con el aumento de la conectividad informática, se ha dado un paso más, con la aparición de comunidades contribuyentes abiertas, más o menos

²⁰⁴ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 194 y Domènech, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. pp. 201 y 202. Es importante subrayar que el problema de las relaciones fiduciarias de agencia se plantea normalmente en la tradición jurídica *entre individuos plenamente libres*, de manera que los distintos diseños normativos tendentes a regular esas relaciones ponen un especial énfasis en defender jurídicamente la libertad del principal, una libertad que se considera seriamente puesta en riesgo por la naturaleza informativamente asimétrica de la relación que contrae con el agente al encargarle fiduciariamente una tarea importante, el escrupuloso cumplimiento de la cual no es fácilmente estimable -sin incurrir en costos prohibitivos- ni por él mismo, ni por ningún juez competente.

En los modelos económicos generales de principal/agente, cabe perfectamente la relación amo/esclavo. Un principal en el sentido de la teoría económica, con objeto de asegurarse del cumplimiento estricto por parte de un agente al que no puede inspeccionar de maneras eficientes o poco costosas -dada la asimetría informativa-, puede, en el límite, y si no hay obstáculos jurídicos que lo impidan, llegar a esclavizarlo. La libertad del “agente” *no* se da aquí, pues, por supuesta. También la relación capital/trabajo es entendida como una relación de agencia en el mismo sentido, y corrientemente explicadas así las prerrogativas de control y jerarquía que la propiedad de la empresa o sus agentes mantienen sobre sus asalariados, la historia de las instituciones económicas se puede ver como una sucesión exitosa de intentos, por parte de los “principales”, para controlar a los “agentes”. Eso puede plantear entonces un problema normativo, que la teoría económica seguiría categorizando como un problema de agencia, pero que, *como tal problema de agencia*, no existiría para la tradición jurídica, a saber: la de proteger a un “agente” que no es *sui iuris* -libre en el sentido jurídico republicano- de los posibles excesos despóticos de un “principal” que sí lo es.

estructuradas y organizadas, según los modos de mercado o no. Junto a los subcontratistas de la clásica firma de redes aparecieron los llamados “sobreprocesadores”, millones de productores de aplicaciones que ofrecen sus creaciones en plataforma, si la organización jerárquica y centralizada había logrado el milagro de hacer cosas extraordinarias con hombres comunes, a menudo inmigrantes sin otra tradición que la agricultura de subsistencia. Hoy, el poder de lo digital hace posible hacer cosas “grandes” sin pasar por organizaciones “grandes”, abriendo nuevos horizontes para el despliegue del poder de acción de los individuos. La otra cara de la moneda es, por supuesto, que estas nuevas formas productivas no se benefician de los marcos jurídicos de protección y regulación que se han ido incorporando progresivamente durante más de un siglo a las empresas tradicionales. El desafío para las próximas décadas, para los juristas en particular, es ayudar a reinventar un marco adaptado a esta nueva situación, y no simplemente defender el mundo antiguo, una batalla perdida de antemano²⁰⁵.

La división del trabajo, entre un pequeño número de personas a las que pagaban por pensar y una masa de trabajadores a los que se les prohibía pensar y contentarse con obedecer órdenes mecánicamente, desaparece en el ciberespacio de la gobernanza, donde todo el trabajo se transforma en funcionamiento: el funcionamiento de una máquina de comunicación, programado para optimizar su rendimiento/desempeño/*perfomance*. Y son estos rendimientos/desempeños/*perfomances* reales, medidos en términos de resultados financieros cuantitativos, los que son el criterio del buen gobierno y ya no el respeto por las leyes²⁰⁶.

Salvadas todas las distancias, respecto de la relación capital/trabajo con la legislación laboral y la “constitucionalización” de la empresa capitalista en los Estados de bienestar posteriores a la segunda guerra mundial: el gobierno se entrometió en la *loi de famille* absolutista que regía en la empresa liberal tradicional y daba plena “libertad” al patrono para controlar a su arbitrio a los trabajadores. Entonces dejó de ser el capitalista un monarca absoluto dentro de la empresa, para pasar a ser un monarca embrizado “constitucionalmente”: el trabajador ya no podría ser despedido en cualquier momento a

²⁰⁵ Veltz, Pierre (2018). “La société hyperindustrielle et el travail relationnel”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, pp. 321-322.

²⁰⁶ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 46. Domènech, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 202.

discreción del patrono o de sus agentes, sin indemnización ni explicación de tipo alguno y otra serie de derechos. Sin que por ello desapareciera, claro está, el núcleo de las prerrogativas de control jerárquico, irreductible a términos puramente contractuales, del proceso productivo por parte de la propiedad de la empresa²⁰⁷.

En esta contradicción entre derechos formales reconocidos al ciudadano en el gobierno de la Ciudad y los derechos formales negados al trabajador asalariado en el gobierno de su propio trabajo, radica la desigualdad en términos de derechos y oportunidades entre la persona que interviene en la esfera pública, *polis*, y la persona sometida a una relación de subordinación en la esfera privada: la familia, en la asociación o en la empresa.

Por todo ello, la posibilidad de encontrar, en cualquier tipo de trabajo, la oportunidad de realizar un “proyecto personal” está inextricablemente ligada a la conquista, siempre, de nuevos espacios de libertad y participación en las decisiones para someter a un control efectivo todas las formas de heterodirección²⁰⁸; para lo que se busca superar -a través del instrumento del control y no de la formal expropiación de los títulos de propiedad- la separación entre gobernantes y gobernados que excluye de la empresa las reglas de la democracia. Una transformación que, “consiste en la liberación del hombre que trabaja”, que permite una “forma directa de autodeterminación de sus condiciones de trabajo”²⁰⁹; y evitar prescindir de las transformaciones en curso de la organización del trabajo y que una nueva división técnica del trabajo hace posible en las actuales condiciones²¹⁰, para construir, a partir de nuevos derechos de ciudadanía- el de la autorrealización, mediante un trabajo o una actividad en todas las fases de la vida y el librarse de todos los handicap físicos, culturales y profesionales que obstaculizan la consecución de un trabajo o una actividad, cada vez más libremente elegida y determinada-, un compromiso y un pacto entre ciudadanos, centrado en la conquista de una mayor libertad *en el trabajo*²¹¹.

Por tanto, no solo basta con la no interferencia injusta o innecesaria en la búsqueda de los objetivos individuales propuesto, sino que será necesario no caer en dependencia

²⁰⁷ Domènech, Antoni (2003)- *El eclipse de la...*, op.cit. p. 203.

²⁰⁸ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p.265-266.

²⁰⁹ Ibídem., p.236.

²¹⁰ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p.274.

²¹¹ Ibídem., p.285.

de la voluntad de otro, lo que únicamente se conseguirá bajo un sistema de autogobierno en que los individuos que forman parte del cuerpo político estén sometidos a las leyes que decidan imponerse a sí mismos

VII. DE LOS EQUILIBRIOS PRECARIOS. LA AUTOCOMPOSICIÓN A TRAVÉS DEL CONTRATO.

Pero ¿y si tras la Segunda/Tercera revolución industrial (el consumismo) -con las posibilidades nuevas, inmensas, de que se ha dotado- produjera *nuevas mercancías*; que producen *nueva humanidad* (nuevas relaciones sociales) *inmodificables*?

He aquí por qué a través de ellas el nuevo capitalismo no se limitará a cambiar históricamente un tipo de hombre sino a la “humanidad”. Hay que añadir, pues, que el consumismo puede crear “relaciones sociales” *inmodificables*, sobre todo, creando como contexto de su propia ideología hedonista un contexto de falsa tolerancia y de falso laicismo; esto es, una realización falsa de los derechos civiles. Y que la alteridad existería por sí misma en la entropía capitalista. Transformaría lo que ha sido hasta hoy una relación dialéctica entre la cultura de la clase dominante y la cultura de la clase dominada. Esa relación dialéctica dejaría de ser posible donde la cultura de la clase dominada hubiera desaparecido, donde fuera eliminada²¹².

Otra vez contra toda probabilidad, decidimos ser optimistas. Mantenemos, la idea que la relación dialéctica entre la cultura de gobernantes y gobernados sigue siendo posible, al no haber sido eliminada o anulada la cultura de los gobernados, pues pienso que aunque la rehabilitación del trabajador como persona tiene el peligro de ampliar el dominio de una persona sobre otra, cuando la referimos al concepto de comunidad de intereses y no de contraposición de intereses. El control del excedente+remanente/valor añadido depende de las relaciones de poder de la economía/empresa examinada y es la parte de la producción total que queda una vez descontadas las materias primas, los instrumentos de trabajo utilizados, así como los bienes servicios destinados a restaurar a los trabajadores,

²¹² Pasolini, Pier Paolo (1997)- *Cartas Luteranas*, Madrid: Trotta, p. 148.

siendo el control de la producción y del excedente los grandes asuntos de la dimensión vertical de la economía²¹³.

La cuantía del valor agregado/añadido (en términos relativos) revela el nivel tecnológico alcanzado por una sociedad (y también en cierta medida la prodigalidad de la naturaleza) y que su composición es un buen indicador de la estructura social, de los sistemas de valores imperantes y de las tendencias hacia el futuro crecimiento. En cuanto al control del valor agregado/añadido es obvio que depende de las relaciones de poder de la economía/empresa examinada²¹⁴.

Su impacto en el trabajo depende de múltiples parámetros que de ninguna manera son “naturales”. Depende, a nivel microeconómico, de las elecciones organizativas de las empresas y, a un nivel más macro-social, está profundamente asociado con los mecanismos de apropiación social de las ganancias de productividad. En una sociedad muy desigual, donde estas ganancias son capturadas por una pequeña minoría, el efecto sobre la demanda general se reduce aún más. Es, además, muy esquemáticamente, lo que está sucediendo hoy, donde las enormes ganancias de lo digital se distribuyen de manera muy desigual según los círculos sociales y también según los países, Estados Unidos, al capturar una participación desproporcionada²¹⁵. Del mismo modo, las trayectorias

²¹³ Barceló, Alfons (1998), *Economía Política Radical*, Editorial SINTESIS, Madrid, pp.107-109. Pues el excedente empresarial es igual, por definición, a los *outputs* menos los *inputs* (o “salidas menos entradas” o “producto menos factores”), pudiendo representarse todo proceso productivo como la transformación de un paquete de *inputs* en un paquete de *outputs* y si se quiere afinar un poco más convendrá desglosar los *inputs* en “recursos naturales”, “medios de producción” (materias primas y servicios de maquinaria), “fuerza de trabajo” (es decir, servicios laborales diversos) y si descontamos de los *outputs* todos los *inputs* excepto los requisitos de trabajo tenemos el “producto neto” que es restar del PIB la cantidad de producción que se necesita para mantener el stock de equipo productivo (cantidad que constituye la “amortización” del capital).

²¹⁴ Ibídem., p.106. Siendo la estructura interna de la empresa una minieconomía planificada, pudiendo ser puesto en correspondencia el conflicto social con tres características del proceso de producción: Primero, el trabajo es actividad humana y los servicios laborales son inseparables de la persona concreta que presta dichos servicios. Segundo, sea por causas tecnológicas o por economía de supervisión, la producción es generalmente menos costosa cuando es realizada por un considerable número de trabajadores juntos en un mismo lugar. Y tercero, los procesos de producción son siempre de producción conjunta, dado que las actitudes, capacidades y creencias de los trabajadores se metamorfosan en los procesos de producción, en paralelo con la conversión de materias primas y bienes intermedios en producto final (o *output*).

²¹⁵ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i. ...*, op.cit.. Los enormes gastos ocasionados por la guerra de Vietnam fueron cubiertos en gran medida por una política fiscal voluntariamente laxa, es decir, por el empeoramiento del déficit y la deuda. de Estados Unidos, se encontró con una situación de bloqueo, por lo que era imposible mantener la paridad fija del dólar y el oro si no se equilibraba el presupuesto federal en dos años. Para ello era necesario poner fin a la guerra de Vietnam urgentemente y por lo tanto aceptar una derrota. La alternativa era romper el vínculo entre el dólar y el oro. Siguiendo el consejo de uno de sus asesores jóvenes y brillantes optó por desligar el dólar del oro. Esta decisión sacudió todo el sistema económico y ha tenido el alcance de convertir el comercio volátil y la mayoría de los precios de los

tecnológicas o biotecnológicas, se podría decir, relacionadas con las relaciones de competencia o complementariedad entre hombres y máquinas no son datos de la naturaleza. También dependen de las elecciones sociales implícitas que guían la investigación²¹⁶.

Y aun entendiendo la empresa como una comunidad de intereses o la existencia de un “*interés de empresa*”, las cantidades destinadas a la retribución de cada uno de los *inputs* así como las diversas formas (bienes de lujo, más educación y mejor sanidad, catedrales y canónigos, aviones de guerra y comandantes, batallones de criados o de funcionarios improductivos, más grúas y nuevos buques, etc.) en que se puede materializar el valor agregado/añadido pueden ser objeto de conflicto, pues los intereses finales de los diversos grupos sociales son por definición distintos; en efecto, los diversos grupos son identificados justamente por los intereses que persiguen. Por tanto, si tales intereses son diversos, podemos obtener una composición a través del contrato, pero no una confusión de los mismos. Lo que significa, que debemos estar dispuestos a hacer eso que se llama concesiones mutuas, cediendo unos ante otros en grados variables en situaciones específicas, esto es mantener un equilibrio precario que impida la aparición de situaciones desesperadas, de alternativas insoportables, que es la primera condición de una sociedad/empresa decente²¹⁷.

Consiguientemente, las sociedades/empresas que no permiten la manifestación institucional de los intereses contrapuestos y de los conflictos imponiendo la ficción de

productos en el comercio internacional también: el régimen cambiario se convirtió flotante. Los precios de las monedas se convirtieron impredecibles. La introducción de este hecho en el sistema internacional de pagos generó un caos que aún permanece. Inmediatamente, se creó un gran malestar y preocupación entre los productores y los intermediarios comerciales: el precio de los bienes transables se hizo particularmente volátil, junto con esas monedas.

Los agentes económicos quedaron sumidos en una situación de imprevisibilidad general. Mientras que el comercio internacional fue instantáneamente socavado. La producción industrial se vio afectada. Aun cuando tratan de protegerse contra la volatilidad de precios que constantemente aumenta, el cambio en los precios dicta en gran medida todas las decisiones económicas: ventas, compras, inversiones o tomas de riesgos.

Y en un sistema de libre comercio global, se necesita un sistema global de regulación de divisas y debido al predominio de un dólar mal administrado y deficitario, la situación económica mundial es explosiva y esto tiene su origen principal en que lo permitió el *laissez faire* americano y la buena gestión de los asuntos monetarios mundiales y el buen tratamiento de los riesgos de crisis pasa por un acuerdo intermonetario en que las monedas se gestionen de una manera estable, para contrarrestar el peso excesivo del dólar y, sobre todo, protegerse de la irresponsabilidad estadounidense, pues el nivel de endeudamiento que ellos aceptan es demencial y pone al mundo en un estado de desequilibrio peligroso, pues su crecimiento se financia simplemente mediante la impresión de dinero.

²¹⁶ Veltz, Pierre (2018). “La société hyperindustrielle et el travail relationnel”..., op.cit. p. 316.

²¹⁷ Isaiah Berlin (1992)- *El fuste torcido de la humanidad*, Editorial Península, Barcelona, pp.35-36.

la “unidad” a través de la desnuda autoridad estatal/empresarial, esto es, imponiendo por decreto la opinión “justa” siempre es una dictadura del error, por lo que respecta a los conceptos de valor y al conocimiento que sobre sí misma tiene la sociedad/empresa²¹⁸. La sociedad/empresa que erige a una de las partes, concretamente a la parte institucionalmente privilegiada, en propietaria exclusiva de la “verdad” se condena al inmovilismo y merma las posibilidades de supervivencia/viabilidad de la sociedad/empresa²¹⁹.

En circunstancias en que coexisten intereses y opiniones contrarias, la dictadura de una determinada opinión frena automáticamente el conocimiento que sobre sí misma puede alcanzar la sociedad/empresa. La sociedad/empresa accede al conocimiento sobre ella misma a través de la formulación de opiniones y conceptos de valor que descubre su estructura de “sociedad/empresas de conflicto”. Puesto que la validez del autoconocimiento social/empresarial depende en parte de este llegue a expresarse (a diferencia de lo que ocurre en las ciencias)²²⁰.

De ahí, nuestra creencia, de que, todas las sociedades/empresas humanas viven en medio de una permanente colisión de sus intereses contrapuestos y no existe motivo para suponer que esto dejará de ser así algún día. Como nada autoriza tampoco a confiar en la posibilidad de una sociedad/empresa libre de conflictos, en la cual concordarían todos los intereses y nadie se interpondría ya en el camino de los demás. Tales conflictos se expresan y resuelven de modos muy distintos en cada sociedad/empresa. Las sociedades/empresas autoritarias, que no permiten la manifestación institucional de los intereses contrapuestos y de los conflictos, imponiendo la ficción de la “unidad” a través de la desnuda autoridad estatal/empresarial, no están menos expuestas a los mismos. Solo ocurre que estos aparecen desfigurados y de forma menos nítida. Una de las principales tareas de la clase dominante de estas sociedades/empresas consiste en impedir la autoconciencia de la sociedad/empresa y promover, por tanto, falsa conciencia²²¹.

²¹⁸ Kolakowski Leszek (1986)- *Los intelectuales contra el intelecto*, Tusquets, Barcelona, pp.127 y 128.

²¹⁹ Ibídem., 128.

²²⁰ Ibídem., p.129

²²¹ Ibídem., p.130

Por lo que introducir en la relación de trabajo subordinado asalariado la determinación de los derechos precisos que atestiguan, no una contradicción de compraventa sino la “independencia”, del trabajador asalariado, implicaba introducir el principio de ciudadanía en el interior de aquella polis, respaldada por las relaciones privadas entre las personas, que es el lugar donde se organiza y se dirige el trabajo subordinado²²².

Pues, si un ciudadano desea mantener su libertad debe asegurarse de vivir en un sistema político/social en el que no exista ningún elemento de poder discrecional y, por ende, ninguna posibilidad de que los derechos civiles dependan de la buena voluntad del gobernante, de un grupo de poder o de cualquier otro representante del/a Estado/empresa²²³.

Una vez que se asume o entiende que la libertad es mejor definida como ausencia de interferencia, por lo que puede entenderse que la preservación de este valor no depende de quién ejerza la autoridad, sino simplemente de cuánta autoridad se deposite en las manos de quien sea. De esto se desprende que no puede interpretarse la dependencia y la ausencia de autogobierno como falta de libertad, lo que tratamos de poner en duda es que la libertad individual sea básicamente un asunto de *no interferencia*²²⁴. Y es que la “libertad negativa” implica la oposición y el conflicto, la única técnica disponible para fundar la libertad más alta es la abolición de la libertad o la libertad “negativa” misma. Si bien en teoría no solo se preveía la abolición de la libertad negativa, sino también la supresión o extinción del Estado y el gobierno de los hombres debe ser sustituido por la administración de las cosas. La administración de las cosas, no es otra cosa que, la gestión económica y la planificación, que implican la gestión de la fuerza de trabajo en su conjunto, es decir, el gobierno de los hombres.

Y puesto que estoy de acuerdo en que uno de los objetivos principales del Estado debe ser respetar y preservar la libertad individual de sus ciudadanos. Pudiendo argumentarse que el Estado puede cumplir esta promesa simplemente asegurando que sus ciudadanos no sufran una interferencia injusta o innecesaria en la búsqueda de los objetivos que se haya propuesto. También, puede afirmarse que eso nunca será suficiente, puesto que

²²² Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p.262.

²²³ Quentin Skinner (2004)- *La libertad antes del liberalismo*, Editorial Taurus-CIDE, México, D.F., p.51.

²²⁴ Ibídem., pp.72-73.

siempre será necesario que el Estado garantice que sus ciudadanos no caerán en una situación de dependencia de la buena voluntad de otros. El Estado tiene el deber no solo de liberar a sus ciudadanos de esa explotación y dependencia, sino de evitar que sus propios representantes, investidos con un poco de autoridad, se comporten de forma arbitraria al imponer las reglas que rigen la vida en común.

No se puede decir que el Estado, el hombre en el Estado, ha sacrificado parte de su libertad externa innata para un fin, sino que se ha despojado por completo de la libertad salvaje y sin leyes para encontrar intactas en una dependencia legítima, es decir, en un estado jurídico, su libertad en general, ya que esta dependencia emana de su propia voluntad legislativa²²⁵; idea de libertad inserta en la idea de democracia social en la empresa que evita el conflicto de intereses bajo la máscara del preponderante “*interés propio u objetivo de empresa*”, a la postre en conexión íntima y perfecta con una concepción del Estado como ámbito de expansión y garantía de las libertades individuales.

VIII. LO ESENCIAL: PROMESA DE TRABAJO DEPENDIENTE POR SALARIO.

Así la consideración del trabajo (la fuerza de trabajo para Marx) como una *mercancía libremente intercambiable* en el mercado en una relación de compraventa no solo certifica la libertad de la persona y el derecho de propiedad, sino también que el adquiriente de un trabajo abstracto, delimitado solamente por la duración de la prestación y bajo unas condiciones de relativa estabilidad de la relación de trabajo, toma posesión de una *persona concreta* (y, en cuanto tal, irreducible a una descomponibilidad cuantitativa) adquiriendo la facultad de someterla a su indiscriminado dominio. Por eso se ponía como condición que no estuviese delimitado en el tiempo, que en ningún caso durase toda la vida, con el fin de que la relación de trabajo subordinado no se convirtiera en una condición de servidumbre.

²²⁵ d'Iribarne Philippe (2018)- “Visions de la liberté et cultures du travail”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la direction de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN, p. 57.

De esa forma se encontrarán aprisionadas por las dos caras que asume el trabajo en la relación del trabajo asalariado: “la del trabajo como bien intercambiable y como *objeto* de derecho y el trabajador como persona, como *sujeto* de derecho”²²⁶.

Y entonces es cuando surge algo que ya no se puede dejar de lado: el dramático problema de la “libertad diferente” del trabajador subordinado. Y se transforma en contradicción real, conflictual: la contradicción explosiva entre un trabajador ciudadano, habilitado para el gobierno de la ciudad, pero privado (por los hombres, no por la naturaleza) de derecho de buscar *también en el trabajo* su autorrealización y conseguir su propia independencia, participando en las decisiones que se toman en el centro de trabajo; del derecho de ser informado, consultado y habilitado para expresarse sobre las decisiones que se refieren a su trabajo. Y el ejercicio efectivo de tales derechos pone inmediatamente la exigencia de reunificar en el trabajo lo que había estado separado por un muro infranqueable: el conocimiento y la ejecución; el trabajo y sus *instrumentos*, *ante todo* en términos de saber; el trabajo y la actividad creativa²²⁷.

Con lo que no aparecería como ociosa la introducción en la relación del trabajo subordinado asalariado la determinación de los derechos precisos que atestiguan, no una contradicción de compraventa sino la “independencia”, al menos parcial, del trabajador salarizado, e introducir el principio de ciudadanía en el interior de aquella polis, respaldada por las relaciones privadas entre las personas, que es el lugar donde se organiza y se dirige el trabajo subordinado²²⁸.

Donde tienden a cambiar los contenidos de la relación de trabajo para todas las formas de trabajo subordinado, para-subordinado o semi-autónomo (por ejemplo, el trabajo a domicilio), ya que el intercambio que sanciona el contrato no se hace, ahora, entre una cierta cantidad de tiempo y una determinada cantidad de salario en el caso de una estabilidad en el empleo (salvo casos excepcionales) tal como sucedía en el contrato fordista. En nuestros días, el intercambio se da entre: *de una parte*, la disponibilidad de la persona para hacer un trabajo determinado o un objetivo concreto, sobre la base de determinadas habilidades, respondiendo de los resultados de dicho trabajo, incluso con la

²²⁶ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p. 262.

²²⁷ Ibídem., p. 263.

²²⁸ Ibídem., p. 262.

inseguridad de la duración de la relación de trabajo, y, *de otra parte*, un cierto salario y un horario concreto que se miden por las aptitudes demostradas y los resultados cualitativos y cuantitativos obtenidos²²⁹.

En otras palabras, este tipo de intercambio se presenta de modo desigual y contradictorio porque la responsabilidad de los resultados de la actividad laboral coexiste, por un lado, con el mantenimiento de un poder unilateral de las decisiones de la empresa de las modalidades de las actividades productivas, y, de otro lado, con el también poder unilateral de dicha empresa de la duración de la relación laboral²³⁰. Se le expropia tendencialmente, al mayor número de personas, el control de un conocimiento en constante evolución, aunque exige contrariamente al trabajador (a todos los trabajadores) una responsabilidad de los resultados por sus intervenciones conscientes en la producción; de esa manera se extiende la inseguridad y la precariedad en el empleo, mediante los incesantes procesos de reestructuración y deslocalización que son ya fisiológicos y, por añadidura, un signo de vitalidad de la empresa moderna²³¹.

Por eso, se han intentado conciliar de alguna manera, la tutela de la persona que trabaja, como sujeto de derechos, con la compraventa de la mercancía-trabajo que asegura a su adquiriente un derecho de mando sobre la persona misma, al detentar la empresa la potestad de prolongar o no prolongar una relación de trabajo por tiempo determinado y proceder o no proceder a despidos individuales sin ningún tipo de sanciones duras; evitar esta desigualdad donde reside la razón de la debilidad del poder contractual del trabajador, compatibilizar, de alguna manera, la contradicción entre libertad y subordinación²³².

Y es que la flexibilidad creciente de la prestación de trabajo, en su calidad, en sus tiempos y en su duración se manifiesta en primer lugar por el bajón de la posibilidad de recurrir a la ficción económica y jurídica del *trabajo abstracto*, como unidad de cuenta que permitía tanto la compraventa de la mercancía-trabajo como la organización fragmentada del trabajo subordinado, hace emerger la *persona concreta* del trabajador, como sujeto de la relación de trabajo, incluso dentro de la relación del trabajo

²²⁹ Trentin, Bruno (2007)- *Antología...*, op.cit. p. 34.

²³⁰ Ibídem., p. 34.

²³¹ Ibídem., p. 45..

²³² Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p. 265.

subordinado, y *tras* el acto de compraventa: un sujeto de derechos sin derechos, al menos en lo referente a la determinación de las condiciones que deben efectuarse en su *trabajo concreto*; y segundo lugar por la venida a menos de una condición fundamental, bajo la cual se efectuaba el intercambio entre un salario, capaz de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo y la disponibilidad de la persona que encarnaba dicha fuerza de trabajo durante un periodo de tiempo determinado. Es decir, la relativa estabilidad de la relación de trabajo o, al menos, la indeterminación efectiva de su duración²³³.

Lo esencial, incluso en la era de la Globalización, reside en la dicotomía moderna cuerpo/espíritu (es decir, soma y psique), que también podemos llamar “mito racional de Occidente²³⁴, que *bajo la égida del Estado jurista, se inventó y difundió como el instrumento estándar del mercado: la institución del contrato*: la de que una simple conversación entre individuos pueda producir una norma sancionada por la justicia del Estado. Lo que retendrá como esencial, insistimos es *la tendencia a la autonomía de la voluntad individual*, dominada hoy por la ideología del mercado generalizada, sometida al criterio del rendimiento, que reivindica el derecho a romper el compromiso libremente consentido, hasta ahora ley²³⁵.

La constitución psico-somática es una combinación gobernada por las instituciones y en nuestro caso muestra, la dificultad que encuentra la doctrina jurídica a la hora de la calificación dogmática del contrato de trabajo, en cuanto contrato es que implica al mismo tiempo la “libertad personal” del trabajador y su “dependencia”. Por este motivo los juristas hemos tenido que renunciar a calificar el contrato de trabajo como un contrato de compraventa o de arrendamiento en la medida en que la lógica misma de la ciencia impone repetir la distinción teórica entre trabajo y fuerza de trabajo que llevó a cabo Marx. Si, en efecto, la naturaleza paritaria del contrato de trabajo queda fuera de discusión cuando se consideran los dos sujetos contrayentes -ambos individuos personalmente libres-, las cosas cambian cuando se pasa a definir el objeto de tal contrato. En este momento queda claro que el trabajo o servicio, configurable hasta hace poco como el “objeto” de la contratación -y, que en este sentido, no diferente de cualquier otra “cosa”-

²³³ Ibídem., p. 266.

²³⁴ Legendre, Pierre (2008), *EL TATO. Discurso..., op.cit.* p. 39.

²³⁵ Ibídem., pp. 75-76-77.

se concreta como la “energía de trabajo” o fuerza de trabajo que debe necesariamente identificarse con la persona -real- del productor²³⁶.

El límite de la consideración puramente jurídica de la relación de trabajo consiste precisamente en la visión exclusivamente contractualista –jurídico-formal-, que equipara “como voluntades libres” a los dos sujetos contrayentes, asumiendo la persona de uno de ellos -el trabajador- “bien” como voluntad autónoma y deliberante -como “sujeto jurídico”-, “bien” como objeto o cosa -como energía laboral. Para ello el jurista debe distinguir y contraponer una abstracta “dignidad” del hombre -el alma, la capacidad jurídica- a una “cosa” -el cuerpo, la energía de trabajo. Pero es que el jurista difícilmente logra salvar esta escisión del hombre, cuando “debe” después construir una nueva unidad imposible proclamando el derecho a la propiedad privada²³⁷, que olvida, por las propias antinomias en los textos de Marx, que la conciencia de una separación coercitiva entre el trabajador y sus instrumentos de producción, entre el trabajador y el objeto de su trabajo²³⁸, es la contradicción primaria que estaba en el origen de la relación de explotación, que alumbra una nueva fase del conflicto social, volviendo a proponer la demanda de poder, que cuestionaba la autoridad exclusiva del empresario sobre la organización de los factores productivos y la prestación de trabajo; y, llevando a sus últimas consecuencias estas observaciones se evidencia la autonomía de la relación de opresión y del sistema de poder ínsito en todas las formas de organización industrial, tanto de las relaciones de propiedad como de las políticas distributivas.

Lo que pone fin a una de las condiciones de dicho intercambio anómalo, la cuestión del *objeto de trabajo*, de la obra a realizar y de las nuevas certezas que, en términos de la calidad del trabajo, pueden sustituir las certezas que ofrece la duración indeterminada de la relación del trabajo, adquieren una importancia central. Y su resolución es la condición de supervivencia de un contrato de trabajo que no vuelva a ser una relación de tipo servil. De ahí que surja la exigencia de definir los derechos en primer lugar los individuales, aunque deben ejercerse colectivamente, que pueden, no tanto aumentar las contrapartidas, los resarcimientos salariales y “sociales” del trabajo de duración indeterminada, del

²³⁶ Cerroni, Umberto (1972)- *La libertad de los modernos*, Editorial Martínez Roca S.A., Barcelona, p.105.

²³⁷ Ibídem., pp.105-106.

²³⁸ Bruno Trentin, *La ciudad...*, op. cit., p.206.

trabajo a término, como permitir a la persona concreta que se exprese a través de cualquier tipo de trabajo y participe en las decisiones que definen dicho trabajo con sus requisitos y sus vínculos²³⁹.

Dicho de otra manera, frente a la caída de la estabilidad en el puesto de trabajo y el final del contrato por tiempo indeterminado, se puede pensar en un intercambio entre un salario ligado a un empleo flexible y el acceso del trabajador a una *empleabilidad*. Se trataría de una empleabilidad *que se concreta en una inversión por parte de la empresa, del trabajador y de la comunidad en un proceso de formación permanente* y en una política de recualificación, capaz de garantizar, en vez del puesto de trabajo fijo, una ocasión de movilidad profesional en el interior de la empresa; y, en todo caso, una nueva seguridad para que el trabajador, tras una experiencia laboral determinada, pueda afrontar el mercado de trabajo en mejores condiciones y con una mayor fuerza contractual. Y también se puede pensar en la manera de reconocer a la persona concreta (que deviene un sujeto responsable y activo y no pasivo en la relación de trabajo) un derecho a la información, consulta y control del objeto de trabajo: el producto, la organización del trabajo, el tiempo de trabajo, el tiempo de formación y el disponible para su vida privada; y de ello, dicha persona debe responder con una actividad que ya no será ciega e irresponsable²⁴⁰.

En fin, se puede pensar en la necesidad de garantizar a todos los sujetos un contrato y *particularmente a los que recurren a la miríada de contratos por tiempo determinado* o a contratos de colaboración coordinada y continua (siempre por tiempo determinado) el principio de la *certidumbre del contrato*. O sea, el contrato no puede ser revocado unilateralmente por parte del acreedor de trabajo; tan sólo podrá rescindirse cuando se haya demostrado que el trabajador ha cometido una falta muye grave. En las prestaciones más cualificadas, se puede pensar incluso en que este derecho a la certidumbre del contrato englobe a ambos sujetos de la relación de trabajo²⁴¹.

De manera que la participación-cooperación, pero también el conflicto dentro del proceso de adopción de decisiones dentro de la empresa y/o de las instituciones públicas,

²³⁹ Ibídem., p. 267.

²⁴⁰ Trentin, Bruno (2007), *Antología...*, op. cit., p.76.

²⁴¹ Ibídem., p.76.

sería expresión de un nuevo comunitarismo, identificación entre participación-cooperación y conflicto que se presenta inconsistente, pues los intereses finales de los diversos grupos sociales son por definición distintos; en efecto, los diversos grupos son identificados justamente por los intereses que persiguen, por tanto, si tales intereses son diversos, podemos obtener una composición a través del contrato, pero no una confusión de los mismos. La participación-cooperación, en el sentido fuerte aquí propuesto, implica en cambio que el interés final sea único (supervivencia/viabilidad/adaptabilidad de la empresa-administración-sociedad), aunque aparentemente puede producirse solo en el interior del mismo grupo y no entre grupos y sujetos diversos. Toda la elaboración civilística de la noción de contrato se produce en este sentido como composición de intereses diversos que, en el momento de su ejecución, implica actitudes cooperativas, sin que esta cooperación esconda el conflicto entre los intereses de las partes.

Lo que pone de manifiesto el valor irremplazable del derecho romano por su capacidad para anticipar el desarrollo del intercambio en la época moderna y explica la relativa continuidad y la vivacidad persistente del mismo, más allá de la sociedad que lo vio nacer, porque fue el primero que supo aislar la igualdad y la libertad como “presupuestos” de la relación de intercambio entre sujetos propietarios, por eso el principio latente en el derecho europeo de contratos, de acuerdo con el cual los contratos basados solo en el consentimiento informal tienen fuerza de obligación no es más que derecho romano revestido de ropajes modernos. Esta valorización de la forma del contrato heredada del derecho romano es una “operación de poder” que tiende a hacer prevalecer la contractualización de las relaciones sociales a expensas de la “rigidez de la ley”.

Para lo que partimos del paradigma normativo del contrato bilateral en el Código civil, que permite configurar con cierta independencia y autonomía las obligaciones de las partes, en virtud de las cuales devienen recíprocamente acreedoras y deudoras. Tal independencia de las obligaciones no perjudica esencialmente el equilibrio de las prestaciones ni la buena fe de los contratantes. Si bien, sobre el contrato de trabajo los regímenes positivos están operando una remodelación continua del contenido de las obligaciones de las partes, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las obligaciones de las partes. Lo que son quiebras múltiples de la bilateralidad para la teoría del sinalagma aparecen, en cambio, como

aproximaciones del régimen regulador en la búsqueda, por la ley, de una mayor justicia del contrato²⁴².

Podría decirse que el legislador por sí mismo ha habilitado una justa causa extintiva (imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin del contrato) eludiendo experiencias existentes en otros ordenamientos que hacen posible el desistimiento unilateral. Debate que se puede ubicar fuera del alcance de la relación obligacional que vincula a los sujetos del contrato de trabajo, situando la causa extintiva que habilita la Ley materializada en los hechos empíricamente constatables o dando cauce al principio de estabilidad en el empleo para posibilitar, según el caso y en determinadas circunstancias, la continuidad del contrato de trabajo

²⁴² Rivero Lamas, Juan (2009)- “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, en *Juan Rivero Lamas “In Memoriam”*, Editorial Laborum, Murcia, pp. 47-48.

SEGUNDA PARTE

LA CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO: SIMULACIÓN, FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

Durante los más de treinta años anteriores a la década de 1990, se experimentó un rápido y regular crecimiento económico que se benefició de un pleno empleo generalizado. A partir de entonces, se comienza a observar las consecuencias masivas de un cambio profundo. El ritmo de crecimiento ha disminuido, en promedio, en todas partes a más de la mitad. Un nuevo fenómeno, ha aparecido: el trabajo precario. Prácticamente desconocido hasta aproximadamente la década de 1990, ahora abarca empleos no queridos a tiempo parcial pagados por debajo del nivel oficial de pobreza, los contratos de mínima duración y un sinnúmero de trabajos sumergidos de menos días de duración y que ofrecen un sueldo pobre e incierto. El trabajo precario, flagela del 15 al 25% de la población de todos los países desarrollados. Es poco conocido y rara vez medido. Lacra, que, se suma a la del desempleo clásico. Este está más medido y compensado, entre un 8 y un 10% que se añade a las figuras del trabajo precario¹.

El crecimiento más lento o estancamiento económico en Occidente y Japón ha despertado otro fenómeno: la pobreza. Se creía extinguida tras la Segunda Guerra mundial. Ahora ha vuelto con fuerza. La pobreza es simplemente la situación de los adultos con capacidad excluidos del mercado laboral. No solo los desempleados, ni solo los precarios, los pobres son unos ochenta millones en los países más desarrollados de la OCDE excluida Alemania, esto es un 7% de la población que se añaden a figuras anteriores.

Si hacemos la cuenta regresiva de la catástrofe social que estamos viviendo: al 10% de desempleo “clásico”, se agrega el 25% de los trabajadores precarios y 5% de pobres. Así que más de un tercio de la población activa de los países desarrollados en situación

¹ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i.*, op.cit.

desestabilización grave en relación al mercado laboral. Durante más dos décadas esta tendencia trágica se ha debido a un desarrollo económico llevado al paroxismo por una revolución doctrinal e intelectual que lo ha condicionado y retroalimentado: el monetarismo. Sus dos axiomas principales son: en primer lugar, el mercado se auto-equilibra, y, en segundo lugar, que sus equilibrios son óptimos. Bajo la influencia del primero de ellos, los países más desarrollados han retirado la función de creación de dinero a los bancos centrales y la han confiado exclusivamente a los bancos privados. Lo que se hizo para servir al mercado financiero en lugar de a la financiación de las inversiones, incluida la pública, a largo plazo. Este es el origen de la proliferación de liquidez internacional para el uso de los mercados especulativos, también el origen de la deuda de los Estados, anteriormente financiado por sus bancos centrales a tipo de interés cero, totalmente cierto en los países de Europa, lo es menos en los Estados Unidos, donde se práctica en parte².

Por otra parte, la generalización de la intuición “Yo pago mis trabajadores para que me compren mis coches”, al expandir el poder adquisitivo de los trabajadores, afectó al aumento de la participación de los salarios en el excedente (superávit/valor agregado/añadido) proporcionado por el aumento de la productividad y era la prueba de que el crecimiento salarial amplifica el crecimiento económico y no lo amputa.

En el mundo desarrollado, la mayoría de los observadores coincidieron en que la eficacia de ese modo de crecimiento. Resultando una quasi-indexación de los salarios a la productividad. De hecho, se llama productividad al volumen de la riqueza producida en un momento dado (una hora o un año) por el personal y herramientas dadas (un hombre, el personal de una fábrica o la mano de obra nacional con el equipo disponible). Si durante este tiempo, las cualificaciones de las personas para el trabajo mejoran, o si el equipo se moderniza, la producción aumenta durante este mismo tiempo. Es este excedente de riqueza que el capitalismo tiene que compartir. El descubrimiento de Ford es que cuanto mayor es la proporción de salario de los trabajadores, mayor es su poder adquisitivo para comprar la producción. Obviamente, esto reduce a corto plazo, la remuneración de los propietarios, los jefes y los accionistas de la empresa. Pero como por

² Ibídem., p. 9.

este hecho crece más rápido la actividad de está, por tanto también crecen los ingresos capitalistas, pero a largo plazo³.

Si dejamos de lado las finanzas para centrarnos la economía real, el equilibrio que se ha descrito anteriormente se basó en un quasi-indexación de los salarios a la productividad, que asegura el crecimiento del poder adquisitivo y por lo tanto del consumo. Esto tuvo como víctima colateral: el accionista, que fue de hecho mal pagado.

Los accionistas no tenían existencia, se hablaba de la inutilidad de las juntas generales y de la frustración de los pequeños accionistas por su falta de acción. Los pocos accionistas que asistían a las reuniones generales eran, en la mayoría de los casos, de grandes industrias que acudían a informarse acerca de la situación de la competencia. Los accionistas no tenían entonces ninguna inclinación a hablar de los costos de representación de los dirigentes, y mucho menos de la política salarial⁴.

La progresiva agrupación de accionistas cambió la situación. Los pequeños accionistas federaron sus intereses en el seno de fondos de pensiones, a los que se dio el mandato para representar a sus accionistas (a menudo de minorías en el momento) en las juntas generales de las sociedades y se multiplicaron otras agrupaciones ulteriores de los accionistas: los fondos de inversión, muchos más pequeños, menos mamut que los fondos de pensiones, pero más agresivos que ellos; fondos de cobertura especializados en negociación de valores, que son llamados por su nombre en inglés “*hedge funds*”. En menos de treinta años, este tipo de fondos han penetrado en todas las grandes empresas multinacionales, donde a menudo han adquirido minorías de bloqueo, y a veces mayorías. La voz del accionista ganó considerablemente en importancia. Pronto, los representantes de los fondos sólo tenían un solo fin: la consecución para sus mandantes de dividendos tan grandes como sea posible y lo más rápido posible. Rápidamente los obtuvieron con gastos de representación excesivos. Pero pronto encontraron su verdadero antagonista: el poder adquisitivo de los trabajadores⁵.

³ Ibídem., p. 22.

⁴ Ibídem., p. 37.

⁵ Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i.*, op.cit.

El primer balance político del monetarismo es trágico. Desde una perspectiva macroeconómica ha revolucionado la distribución del producto interno bruto (PIB), el valor añadido/agregado. Ha vuelto del revés el equilibrio establecido entre salarios, impuestos y beneficios. En 1980, para los mayores de quince países de la OCDE, la participación de los salarios en el valor agregado fue del 67%. Se reduce a 57% en 2005. Esta diferencia corresponde a la amputación de los salarios. Esto equivale a cerca de una y media veces el presupuesto de la Unión Europea, entre 1,5 y 2 billones de dólares menos para los salarios. Esta evolución macroeconómica supone flacidez del poder adquisitivo y por tanto el crecimiento económico es más lento o supone estancamiento. También explica el mayor efectivo disponible para los mercados especulativos⁶.

A las primeras de cambio, los fondos ejercieron sus presiones a través de varias palancas. Primero provocando un baile de dirigentes, la presión de los accionistas era tal que fueron capaces de tumbar los dirigentes culpables de no distribuir dividendos suficientes. Este baile fue posteriormente complementado por la moda de las ofertas públicas sobre acciones (OPA). Los fondos de pensiones dirigieron su mirada a empresas de un determinado tipo. Eran empresas de gestión que respetaban los acuerdos con el mundo de los salarios y daban prioridad a la preparación del futuro en forma de lealtad de los trabajadores y relevancia a la investigación científica.

El aumento de la participación de los accionistas en las ganancias corporativas, es también, la traducción de las formas contemporáneas de la codicia. Ahora bien, es al mismo tiempo y por lo tanto la causa directa de la inseguridad sobre un tercio de la mano de obra en los países desarrollados. Aquí estamos ante un patrón de vasos comunicantes. La remuneración y estatus de los trabajadores han sido degradados por la expansión de las ganancias de los accionistas. El tratamiento de la precariedad requiere la reducción de la tasa de imposición de los accionistas sobre las ganancias de las empresas.

Todas las acciones de los accionistas que representen fondos iban dirigidas a la liquidación de lo que llamaban “mano de obra inútil”, expresión de moda. ¿Cuál es el “trabajo inútil” a los ojos de los accionistas? Como se había sido laxo en relación a la contratación. Los accionistas de los fondos de pensiones exigieron un mayor rigor en esta

⁶ Ibídem., p. 38.

área. A partir de ahí llegaron otras ideas. La clave estuvo externalizar “los servicios actuales”, es decir, servicios de trabajadores que no están directamente relacionados con el producto final que da la reputación marca/firma/empresa. Los “servicios actuales” considerados como “trabajo inútil” se identifican fácilmente: eran los de mantenimiento y reparación, mantenimiento y limpieza y con frecuencia las unidades responsables de la fabricación las piezas más simples del objeto/producto final una vez ensamblado/montado. Presión de los accionistas exigió a la gestión de la empresa no solo externalizar en entidades dependientes de ella, sino en empresas exteriores a las empresas grupo. Se optó por externalizar estos servicios en pequeñas estructuras para evitar la alta tasa de sindicación de los grandes grupos. También adoptaron la práctica de cambiar regularmente contratos de aprovisionamientos con estas sub-contratistas para reducir constantemente los costos⁷.

El movimiento de externalización fue gradual pero implacable. De producir directamente con sus propios trabajadores al menos el 80% del valor añadido/agregado de los productos que llevaban su nombre. Hoy en día, después de que el movimiento de la contratación externa, son simplemente montadores/ensambladores. Producen el 20% del valor de lo que venden. El resto del valor proviene de subcontratistas maltratados.

La revolución de los accionistas es, pues, directamente responsable de la precarización del trabajo. Hasta entonces, el contrato de trabajo tipo era contrato indefinido, salvo algunas empresas de trabajo temporal que aseguraban una cierta fluidez en los mercados de alta tecnología por la escasez de cualificaciones. La precariedad es algo masivo pero reciente. Primero tomó la forma de contratos de duración determinada a menudo de menos de un mes o dos. A continuación, mostró la forma de contratos de tiempo parcial involuntario y que también llevó a los contratos de trabajo que establecen los salarios por debajo de los umbrales legales de la pobreza reconocidos⁸.

Tanto es así que premonitoriamente, Ford argumentó que los salarios de los altos directivos debían tener un techo. Era apropiado, dijo, limitar la diferencia entre el ingreso promedio de los trabajadores bajo su mando y la remuneración de los ejecutivos entre 1 y 40. El nivel se mantuvo más o menos de 1850 a 1980. Hoy en día, los jefes de los

⁷ Ibídem., p. 39

⁸ Ibídem., p. 39.

principales grupos tienen ingresos trescientos a seiscientos veces mayor que el promedio de esas personas que dirigen. Cuando se llega a tales niveles, invocar el talento, habilidad o experiencia es, en el mejor sentido absurdo y en el peor cinismo. Ante tales diferencias salariales, se pasa del nivel de lo aceptable a lo inasumible y se deja la explicación racional para entrar en la aberración más intolerable. Esta dinámica perjudicial no sólo afecta a los ingresos de los grandes dirigentes, sino también al resto de los operadores del sector financiero que han aumentado de manera constante sus exigencias de remuneración personal de manera excepcional, modo cálculo de sus ganancias que implica un incentivo para asumir riesgos excesivos⁹. Y en particular, la teoría de la agencia sirvió como base doctrinal para el crecimiento de las *stock options* de los ejecutivos de la empresa y la individualización de los salarios. La contribución teórica de la teoría de la agencia es tan débil como su impacto normativo es considerable y es que también sirvió de base para la doctrina del gobierno corporativo, es decir, la generalización en el derecho mercantil de una cierta concepción de empresa, reduciendo esta última a un objeto de propiedad del accionista, pues su implementación ha tenido el efecto de someter a las empresas al cortoplacismo evanescente de los mercados financieros y, por lo tanto, socavar su capacidad empresarial emprendedora, lo que requiere poder proyectar en el tiempo una larga acción colectiva¹⁰.

Por lo que, será un poco más que difícil de tratar de corregir esta tendencia a la disminución regular y consistente en la participación de los salarios directos e indirectos en el PIB, tendencia produce el ascenso incontenible de la precariedad y la pobreza que además bloquea cualquier progreso en la lucha contra el desempleo y de hecho frena brutalmente crecimiento o incluso produce el estancamiento. Ninguna regla parece contener un movimiento tan fuerte. Y en tiempos de alto desempleo, incluso con el apoyo de las autoridades públicas, no hay un sindicato que pueda aspirar a obtener mejoras de las remuneraciones.

Así que no hay otra alternativa o manera posible de hacerle frente que no sea la dar mayor participación a los trabajadores en los consejos de administración. Aun cuando no

⁹ Ibídem., p.40.

¹⁰ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit., pp. 193-194. Se puede encontrar un desarrollo más completo y precompresivo en las pp. 65 a 69 de la Primera Parte. VI.TAMAÑO DE LA EMPRESA. LA TEORÍA DE LA AGENCIA.

hay estatuto alguno de la empresa. Si existe y es reconocido el que la contempla como una sociedad de capital. La comunidad de individuos cuyos ingresos depende del mismo proyecto económico no tiene existencia jurídica. Los que trabajan en conjunto no tienen derechos sobre el nombre colectivo, la identidad, la propiedad real o intelectual de la empresa. Las decisiones sobre despidos, ventas de tal o cual actividad, deslocalización, cambios de dirección, etc. son tomadas por los accionistas, una colectividad reunida que está fuera de la empresa, que son ajenos a lo que ocurre en la empresa y a la empresa misma. Su opción sólo puede ser patrimonial. No hay representación jurídica de la finalidad de la empresa, de su durabilidad, de su autoridad moral y mucho menos del interés de sus trabajadores. Esto parece ser irremediable, y en cualquier crisis la empresa es la primera condenada a muerte: OPA, absorciones, adquisiciones, reestructuraciones, deslocalizaciones son aspectos visibles de este desarrollo¹¹.

No hay otra manera de evitar esto que hacer tomar las decisiones para su supervivencia los propios interesados. Para ello es necesario, finalmente, crear un estatuto de la empresa, reconocida como la comunidad de hombres y mujeres que viven del mismo proyecto económico. Y mientras no lleguemos a crear ese estatuto, es necesario y urgente introducir en los consejos de administración de una representación parcial, pero creciente de los trabajadores, para ofrecer un poco más de resistencia a las operaciones de tipo de despidos individuales, de cierres anticipados del resto unidades rentables, etc.

La dificultad para adoptar esta solución no tiene nada intelectual; es obvia e inevitable. De lo contrario, el capitalismo contemporáneo continuará su desarrollo como una economía virtual, una empresa lúdica y especulativa con sujeción de los trabajadores la lógica de incertidumbre que supone la precariedad y relegados a la indignidad. Salvar la empresa desde esta perspectiva es un cambio estructural que salvaría la industria productiva y el espíritu de empresa de un capitalismo que sin eso completaría su financiarización en una economía totalmente virtual para trabajadores desarraigados¹².

La revolución informática, su uso adecuado presupone la adhesión de todos los trabajadores a un fin común. El espíritu de servicio público se basa precisamente en esta idea de trabajo. El vínculo de subordinación no es un vínculo binario de dominación allí,

¹¹ Rocard, Michel (2012)- *Mes points...*, op.cit., p. 54.

¹² Ibídem., p. 55.

porque el superior jerárquico está allí al servicio del público. Todo el trabajo se organiza en torno a la realización de este servicio, con el que todos los agentes se identifican y confiere dignidad a la función de cada uno, por modesto que sea. Este espíritu de servicio público es el que todavía impulsa a todos los agentes de una institución pública. Como indica su calificación/cualificación jurídica, la remuneración de quienes trabajan para una misión de interés general es solo un medio al servicio de este objetivo: es un tratamiento, cuyo monto debido les permite vivir con dignidad, y no un salario indexado a los precios del mercado laboral¹³.

I. LA CAUSA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El núcleo normativo de esta representación aún dominante es el contrato de trabajo, cuya economía fue fijada durante la segunda revolución industrial. Según este contrato, la causa del trabajo, o, más precisamente, en la terminología jurídica más reciente, su contrapartida, es el salario, en otras palabras, una cantidad monetaria, objeto de una deuda del asalariado. Trabajar es para el asalariado un medio al servicio de este fin. Por otro lado, no tiene derecho sobre el producto de su trabajo, es decir, el trabajo realizado, que no tiene cabida en este acuerdo jurídico porque es algo exclusivo del empresario. Pero para este empleador mismo, este trabajo es solo un medio al servicio de un fin financiero. De acuerdo con el Código Civil, el propósito de las empresas civiles o mercantiles, que con frecuencia ocupan el puesto de empresario, es “*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*” Artículo 1665 CC. Aquí nuevamente, estamos tratando con una instrumentalización del trabajo concreto realizado por la sociedad, que no tiene otro objetivo que la obtención de ganancias. Esta instrumentalización se exacerbó a fines del siglo XX por el giro neoliberal del gobierno corporativo, que tenía el propósito y el efecto de servir a la gerencia de la compañía con el único objetivo de crear valor para los accionistas¹⁴.

Así al mismo tiempo que se implementan los ideales de la gobernanza por números y el cierre autorreferencial de la esfera del cálculo, como segunda medida del valor de las

¹³ Supiot, Alain (2019)- *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI Siècle. Leçons de clôture prononcée le 22 mai 2019 par le professeur Alain Supiot*. París, Collège de France, p. 34.

¹⁴ Supiot, Alain (2019)- *Le travail n'est pas une marchandise*....,op.cit, p. 26.

empresas, se dan las figuras de la transacción y los dispositivos de doble entrada. Sistema de doble entrada o de partida doble (*double-entry system*) de contabilidad para describir los flujos en el interior de las empresas nos presenta la situación de la misma, con los activos en la parte izquierda del libro de contabilidad, y su pasivo y el patrimonio neto residual en la parte derecha. Convirtiendo el contrato en un instrumento de implementación y de normalización, en el sentido más técnico del término, del ejercicio del poder de gestión de los managers empresariales para someterlos en defensa de los intereses de los accionistas. Este fue el objeto de los principios de Gobierno Corporativo, tal como se afirmó primero vez en los países anglosajones y luego en Europa continental. El propósito de estos principios es someter la gestión de las empresas a objetivos de “creación de valor” para los accionistas (es decir, objetivos de enriquecimiento de los tenedores de capital social). Esta esclavitud no se expresa mediante órdenes dadas al jefe de la empresa (que permanece libre de las formas y los medios de “creación de valor”), sino aquí nuevamente mediante la implementación de normas “objetivos”: las normas que a la vez impriman y expresen sus elecciones de gestión. La técnica contable distingue, como sabemos, la contabilidad de gestión (denominada analítica) y la contabilidad financiera (destinada a la información de terceros). Las normas elaboradas por estas autoridades se han reformado en los últimos cuarenta años, para reflejar mejor el desempeño de las empresas en términos de “creación de valor”, utilizando indicadores como la economía de valor agregado. Por lo tanto, en particular, se abandonó el antiguo (y cauteloso) principio conocido como costo histórico, lo que significaba que un activo solo debería reconocerse por su valor de adquisición. De hecho, la prudencia requiere que se tenga en cuenta la depreciación de un bien (mediante técnicas de depreciación o mediante la constitución de disposiciones), pero que no se especule sobre su supuesta apreciación. Ha sido reemplazado por el principio del valor razonable, según el cual un activo debe contarse al valor presente de los flujos de ingresos futuros que se supone que debe generar, es decir, en la práctica, a su valor de mercado en el día para cerrar cuentas (conocido como valor de mercado instantáneo)¹⁵.

Todo el problema del gerente/managers, y la condición del mantenimiento de su puesto, es aumentar este valor. En contrapartida los salarios, por otro lado, son contados como una carga, lo que acarrea su reducción drástica y más en concreto mediante

¹⁵ Supiot, Alain (2003)- “Un faux dilemme: la loi ou le contrat?”, DROIT SOCIAL, N° 1 Janvier, 2003, p. 69.

reducciones de personal, lo que es suficiente para crear mecánicamente el “valor” en esta imagen contable de la empresa. Por lo tanto, la “política contractual” de la empresa (contratación, despidos, compras, ventas, préstamos, etc.) está completamente determinada por su imagen contable (de ahí los despidos en el mercado de valores), es el principio del valor de fuga. Mas, es ilusorio creer que las normas contables son reglas “puramente técnicas” ajena a toda elección política. Estimar flujos de ingresos futuros es un ejercicio peligroso que se parece más a valorar las indulgencias celestiales que a la ciencia experimental. Y podríamos considerar fácilmente que la creación de valor a tener en cuenta es la contribución neta de la empresa, no a los accionistas, sino a los países en los que está establecida: o cuentan los fondos capitalizados para pensiones como un gasto y no como un activo; o incluso decidir que las opciones sobre acciones deben contabilizarse como gastos ... En realidad, no existe una norma “puramente técnica” y la técnica contable se aplica como cualquier sistema normativo mediante una cierta representación de un orden justo, por creencias y no como una ciencia experimental¹⁶.

Inversión de la lógica contable, pues el valor de mercado de la empresa depende en gran medida de esta evaluación comparativa, y los intereses de sus gerentes ahora están vinculados a los de los accionistas, la mejora de la imagen contable se convierte en un objetivo en sí mismo, independientemente de cualquier consideración del rendimiento real y intereses a largo plazo de la empresa. De ahí el uso de los llamados “despidos del mercado de valores” que socavan el potencial humano de la empresa, pero mejoran su valor instantáneo. Este método de valoración es procíclico: aumenta los precios del mercado de valores en los buenos tiempos, pero arruina los balances cuando los mercados cambian, si bien los bancos europeos han conseguido después de la implosión del mercado de valores de 2008 no contabilizar por su “justo valor” los préstamos que han otorgado, sino a su costo histórico, en otras palabras, volver al principio de precaución/prudencia cuando sea más ventajoso para ellos. La figura del garante/avalista no desaparece, pero cambia de significado: ya no es un garante de la imparcialidad de la medida, sino de la perennidad de la depredación¹⁷.

Es decir, el contrato de trabajo se presenta como un intercambio cuantificado. A cambio de una cierta cantidad de horas de trabajo, el empleado recibe una cierta cantidad

¹⁶ Ibídem., p. 70.

¹⁷ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 227.

de dinero y son los términos de este intercambio, las horas de trabajo y la cantidad de salarios. La ficción que reduce el trabajo a una cantidad de tiempo medible, es decir, una mercancía negociable, se ha hecho sostenible por el derecho social (derecho del trabajo y de la seguridad social), que inserta en el contrato un estatuto que tiene en cuenta el largo tiempo de vida del trabajador. Este estatus protege, por un lado, la seguridad física y económica del trabajador y, por otro lado, su libertad contractual. El trabajo real no aparece en esta configuración, ya que su organización depende por completo del derecho del empresario a disponer del tiempo de trabajo que ha comprado. Esto explica el lugar nodal del criterio de subordinación jurídica en la calificación del contrato de trabajo. El trabajo se devuelve a la economía del contrato en un momento cuantificado, durante el cual el asalariado abdica de su propia voluntad para prepararse para obedecer las órdenes que le dará el empleador o el superior jerárquico que lo representa¹⁸.

Con lo que se excluyen dos preguntas cruciales: ¿cómo y por qué trabajar? En otras palabras, excluir su trabajo como tal, su contenido y su significado. Cómo y por qué todavía presentes en las profesiones liberales en las que, es la naturaleza del trabajo lo que rige su régimen jurídico, mientras que su remuneración sigue siendo en principio invaluable, justificando el pago de honorarios y no de salarios. Anteriormente, el concepto de trabajo estaba reservado para tareas que no suponían la implementación de cualidades incorporadas en la persona, diríamos hoy la implementación de una calificación profesional. Estas tareas eran más bien de los “trabajadores/obreros” o “braceros”, quienes, a diferencia de los “comerciantes”, podían identificarse con una cantidad de trabajo medido en el tiempo. Por otro lado, aquellos cuya tarea presuponía la implementación de inteligencia, no se decía que ellos trabajaban, sino que ellos obraban, y la Enciclopedia de Diderot y d'Alembert clasificaron a los artesanos y artistas, artes mecánicas y liberales en la misma categoría de “obreros”¹⁹, pues el estatuto corporativo, por el contrario, constituía el trabajo como uno de los elementos de la identidad de las personas²⁰.

¹⁸ Ibídem., p. 351.

¹⁹ Supiot, Alain (2019)- *Le travail n'est pas une marchandise....*, op.cit, pp. 33 y 34.

²⁰ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 255.

La gobernanza por números está sacudiendo este armazón jurídico, al tratar al ser humano como una máquina inteligente. El trabajo ya no se presenta como una cosa, como una fuente de energía de la cual uno sería el dueño y que se ponen bajo sus órdenes, sino que poner fin a la brecha entre el sujeto del contrato/contratante y el objeto del “trabajo”, este gobierno genera un nuevo tipo de sujeto, el sujeto programado, capaz de objetivarse a sí mismo. El trabajador programado es un “sujeto objetivo”, totalmente motivado por el cálculo, capaz de adaptarse en tiempo real a las variaciones de su entorno para lograr los objetivos que le han sido asignados. A nivel jurídico, la realización de esta nueva figura del trabajador solo puede alterar la fuerza obligatoria el contrato de trabajo. Si esto último permite tratar el trabajo como algo negociable, es porque reconoce al asalariado como un contratista. Este reconocimiento le da una seguridad jurídica mínima, ya que su empresario no puede reducir su salario o aumentar la duración de su trabajo sin su consentimiento. Esta “rigidez” del contrato -que no debe confundirse con la de la ley, que el liberalismo denuncia de manera obsesiva- dificulta el despliegue de la gobernanza. Requiere una “mano de obra adaptable, así como mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía, para lograr los objetivos ...” (TFUE, artículo 145). En otras palabras, exige lo que llamamos hoy trabajadores “flexibles”. Esta flexibilización se había limitado hasta ahora a las disposiciones legales y convencionales. Se ha ampliado a los contratos de trabajo individuales mediante reformas recientes que permiten utilizar los acuerdos de la empresa para reducir los salarios o imponer la movilidad geográfica. Está surgiendo un nuevo tipo de relación jurídica que, a diferencia del contrato, no se refiere a una cantidad de trabajo, medida en tiempo y dinero, sino a la propia persona del trabajador. Dado que su capacidad de respuesta y flexibilidad son incompatibles con la fuerza obligatoria de contrato, es inevitable privarlo de una parte de sus atributos contractuales²¹.

Y es que, la gestión por objetivos consiste en colocar la carga del trabajador en una obligación de resultado, sin darle los medios para influir en el significado de su trabajo, este desarrollo puede ser la fuente de un agravamiento de la alienación en el trabajo. A nivel jurídico, esta modificación de las formas de organización del trabajo plantea la cuestión del lugar de estos objetivos en la economía del contrato de trabajo.

²¹ Ibídem., p. 256. Se puede encontrar un desarrollo más completo y precompresivo y en lo que le sigue en las pp. 4 a 16 de la Primera Parte. II. LA EVALUACIÓN POR OBJETIVOS-LOS OBJETIVOS POR EVALUACIÓN. TANTO MONTA-MONTA TANTO.

El *establecimiento de objetivos* está dentro del poder de dirección del empresario. E incluso sus deberes cuando el contrato de trabajo establece que la totalidad o parte de la remuneración se indexará en su realización. Sin embargo, para ser oponible al trabajador, los objetivos deben cumplir tres condiciones: transparencia (deben haber sido llevadas a su conciencia); realismo (deben ser “razonables y compatibles con el mercado”); y finalmente, la capacidad personal y material para alcanzarlos (el asalariado debe haber recibido la capacitación y calificación requeridas, así como los medios materiales para cumplir su misión). La *evaluación del logro de los objetivos* es el corolario de la autonomía otorgada al trabajador para alcanzarlos, de ahí su omnipresencia en todos los mecanismos de gobernanza por números. Lo característico de este nuevo ritual, cuyo ejercicio, lejos de ser neutral, es la fuente de muchos efectos perversos en el funcionamiento de las organizaciones. Finalmente, la *fuerza jurídica de los objetivos* se limita en la medida en que el contrato de trabajo impone al trabajador una obligación de medios y no de resultados. De manera general “la insuficiencia de los resultados no puede constituir en sí misma una causa de despido”. Sin embargo, esto no significa que el establecimiento de objetivos no tenga ningún efecto en la ejecución del contrato. No hacerlo puede justificar una reducción en el salario. Cuando sabemos que el monto del salario es el núcleo duro de las obligaciones del empresario, el que no puede tocar incluso por buenas razones disciplinarias, aquí medimos el impacto de la gestión por objetivos en la economía del contrato de trabajo. La reducción de la remuneración también puede resultar de la revisión unilateral por parte del empleador de los objetivos asignados al asalariado, lo que puede hacerse cuando “el contrato de trabajo estipulaba que la determinación de los objetivos que condicionaban la remuneración variable del trabajador caía dentro del poder de dirección del empresario”. Por lo tanto, la regla de que no se podía imponer una reducción de salarios al trabajador sin su acuerdo, y donde ciertos autores vieron la manifestación por excelencia de la restauración de la fuerza obligatoria del contrato individual, fue derrotada. La inserción de dicha cláusula en el contrato de trabajo permite al empresario reducir la remuneración sin tener que renegociar el contrato y sin tener que colocarse en el terreno disciplinario, donde dicha reducción constituiría una sanción prohibida²².

²² Ibídem., p. 365-366.

En este contexto se produce el desplazamiento de la ley al vínculo caracterizado por la proliferación de nuevos contratos, que ya no solo están destinados a obligar a las partes a dar, hacer o no hacer algo determinado, sino a crear un vínculo entre ellas, lo que obliga a uno a comportarse de acuerdo con las expectativas del otro. Vínculos de lealtad en el trabajo que se manifiesta entonces mediante el establecimiento de autonomía en la subordinación del trabajador frente a su empresario e implica un mayor compromiso por parte del asalariado, que ya no debe contentarse con obedecer órdenes mecánicamente por un tiempo y en lugares fijos de antemano, sino movilizarse plenamente en el logro de los objetivos que se le asignan y someterse a procedimientos para evaluar su desempeño. Por otro lado, implica para el empresario el deber de cuidar los recursos físicos y mentales y la capacidad profesional del trabajador para preservar su “empleabilidad” en el mercado de trabajo²³. Este es el caso de la mayoría de los contratos que organizan la dependencia económica de una persona física o jurídica de otra. Al integrar a una persona en la organización de la actividad de otra, retroalimentan la condición de las partes y obligan a definir entre ellas un vínculo con un mínimo de estabilidad y cobra relevancia la cuestión de la que trata esta segunda parte para dar respuesta al principio de estabilidad que nace, en el mundo del Derecho, con esta finalidad concreta: proporcionar la “ratio legis” a la intervención del legislador en el ámbito contractual de las relaciones entre empresario y trabajador limitando las facultades de despido de aquél, se trata limitar las facultades del empresario que viene a amparar los servicios regulares y constantes del trabajador en el marco de las necesidades de funcionamiento y organización de la empresa, la conservación del puesto de trabajo se garantiza así por la aparición de un haz de derechos concretos para el trabajador ante la posibilidad de ser cesado en su empleo.

No es solo la expectativa a incorporarse a un puesto de trabajo el interés jurídicamente tutelado a los trabajadores por el derecho al trabajo, sino que también la continuidad y permanencia en él es garantizada por el principio de estabilidad en el empleo. Por tanto, **la protección no se ciñe exclusivamente a la regulación de la extinción, sino que alcanza a instituciones como la simulación, el abuso de derecho y el fraude de ley o la desviación de poder en la contratación temporal, pues de los mismos puede derivar un riesgo para la continuidad de la relación de servicios.**

²³ Ibídem., p. 391.

Sobre todo si se tiene en cuenta que la calificación de los actos realizados y pactos habidos entre las partes debe deducirse de su propia naturaleza y obligaciones que comporten que en modo alguno depende del nombre que le den las partes interesadas, supuestos en los presunción iuris tantum de existencia de contrato de trabajo entre quien presta un servicio y quien lo paga o debe pagar artículo 8.1 ET, y las terminantes declaraciones de la jurisprudencia tienen establecido y declarado que la naturaleza del contrato depende de las obligaciones que constituyen su objeto y no del nombre que le hayan dado las partes (aplicación del principio de primacía de la realidad), siendo irrelevante la voluntad de estas, aun concordante y explícita -a fortiori si impuesta abusivamente por una a la otra-, de sustraer un contrato de trabajo a sus normas reguladoras (en este caso, por lo demás, el contrato simulado sería fraudulento), imponiéndose, por tanto, la “causa verdadera” conforme al artículo 1.276 CC, pues conforme al art. 3.1 del CC., las normas legales se interpretarán ... relacionándolas con la contextura del Ordenamiento Jurídico y sus antecedentes históricos y legislativos atemperándolas a la realidad social del tiempo en que se aplican y fundamentalmente al espíritu y finalidad por ellas perseguidos, por lo que necesariamente ha de tenerse en cuenta, la aspiración consagrada en la doctrina, la jurisprudencia y la ley sobre la continuidad en el empleo, propugnando la estabilidad para el trabajador de la relación laboral, mientras no concurren causas que la excluyan, y que aunque algunas veces aparecen plasmadas en el contrato celebrado, éstas se hallan limitadas por el artículo 6.4 del CC, que expresa que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se consideran ejecutados en fraude de la Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, y por el artículo 7.2 del mismo cuerpo legal que determina que la Ley no ampara el abuso del derecho, el que ha sido configurado, como el uso de un derecho externamente legal en daño del trabajador, lo que se produce al no darse la concurrencia entre el plazo contractual o legalmente fijado más de cuatro años y la realidad, si la eventualidad atribuida a los trabajadores no se corresponde con el destino dado a los mismos, el que no viene a satisfacer una necesidad excepcional o esporádica sino que se dedica a los mismos a servicios normales y permanentes de la empresa y por tanto de duración indefinida.

Se partía de la idea de que el trabajo se presta a empresas, que estas se crean para vivir indefinidamente, y que sus perspectivas de trabajo son en general indefinidas, nada tiene

de particular que la regla general fuera la indefinición (“Que no tiene término señalado o conocido” RAE, palabra polisémicas -que significa, a la vez, *temporal* e *indefinido*-, pero desde la aparición del Derecho del Trabajo es sinónimo de *permanencia no temporal en el puesto de trabajo* y no una situación contractual sin término, que denota lo que caracteriza a esta figura contractual, temporal con todo lo humano, con término, pero sin señalamiento ni previsión de éste)²⁴ y que, por tanto, por regla general fuera también la estabilidad en el empleo.

La indeseabilidad social in origens del contrato indefinido solamente ha podido ralentizar su camino hacia su conversión en la estrella polar del derecho del trabajo, porque la constante evolutiva del derecho del trabajo es la microdiscontinuidad y lo que no se soporta hoy en día es oír que se ha dado la vuelta a este principio y que, además, no se puede volver atrás, porque se prefiere escuchar que la causa de la precariedad es una desfavorable coyuntura económica y no, en cambio, el fin del trabajo en masa y repetitivo²⁵, que en las sociedades terciarizadas las prestaciones de trabajo no tienen lugar de manera tan formalizada como en el trabajo industrial, por la venida a menos del trabajo abstracto y le emergencia con luz propia del trabajo concreto²⁶.

Todo ello debido, al tránsito del modelo de la organización productiva típico de la economía de escala al de la economía de fin en el que se estima que la estabilidad en el empleo se reservará a “menos de un tercio” de los ocupados en una empresa, preferentemente a las figuras profesionales de mayor relevancia en los procesos productivos, con un impacto sobre las condiciones de trabajo y de vida que advera un futuro radicalmente diverso del presente, quizás peor y ciertamente lleno de incógnitas, pese a que el legislador establece como “dominante” al contrato por tiempo indefinido haciendo caso omiso de la realidad que dice lo contrario²⁷.

²⁴ Martínez Emperador, Rafael (1983)- *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 19.

²⁵ Romagnoli, Umberto (2015)- “El irresistible ascenso de la licencia para despedir”, *Revista de Derecho Social*, núm.1, Madrid, p. 21.

²⁶ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un Curso de Derecho del Trabajo. Régimen Laboral de la Empresa*, Zaragoza, Digidifecem, Universidad de Zaragoza, Lección Tercera. Se puede encontrar un desarrollo más completo y precompresivo y en lo que sigue en las pp. 61 a 64 de la Primera Parte. II. EL TAMAÑO SI QUE IMPORTA. LA TEORÍA DE LA AGENCIA.

²⁷ Ibídem., p. 22.

Todo dependerá del marco jurídico en aquel en que exista una gran flexibilidad para el despido será en cierto modo indiferente la mayor o menor apertura que rija en torno a la posibilidad de celebrar contratos temporales; por el contrario, cuando exista una rígida regulación del despido existirán presiones para flexibilizar el tipo de contratos a celebrar en relación a su duración.

Y de otra parte, se predica del contrato de trabajo el carácter de *duradero* del mismo, lo que significa no sólo que el hacer que incumbe al trabajador supone por esencia un tiempo para su ejecución, sino que tal hacer interesa contractualmente desde la perspectiva de la propia actividad, y no de sus resultados, con lo que el periodo o tiempo más o menos largo de ejecución es, a su vez, ingrediente esencial del contrato y además en el contrato de trabajo no son los frutos que del mismo resultan, sino el trabajo mismo, la actividad del trabajador; es ésta la que directamente se remunera y no aquéllos los que se pagan. Idea de duración que implica la existencia de un término inicial y otro final; el espacio que medie entre ambos constituye la magnitud de aquella, que se entiende el momento en el cual comienza -término *inicial*- o acaba -término *final*- la eficacia de éste. Al celebrarse el contrato de trabajo y afrontarse la duración que deba alcanzar el mismo, pueden las partes limitar esta, prefijando su término, o no establecer limitación temporal alguna. El contrato resultante será temporal en el primer caso y de duración indefinida en el segundo²⁸.

El término como elemento accidental del negocio jurídico depende, pues, de la voluntad de las partes, pudiendo éstas, en consecuencia, añadirlo o no al negocio en cuestión. De ahí que, una vez puesto, de él depende la eficacia del negocio. No son, pues, requisito esencial este, sino requisitos de eficacia del mismo. Por tanto, el negocio es válido o inválido con entera independencia de este elemento accidental que le haya sido añadido por las partes; pero, en cambio, la producción o no de sus efectos puede depender, en su comienzo o en su cesación, del elemento mencionado.

El término es elemento que afecta a la eficacia del negocio, en el término el acontecimiento determinante de la iniciación o cesación de efectos se tiene la seguridad de que ha de producirse, si bien se ignora cuándo. Noción de término es todavía más

²⁸ Martínez Emperador, Rafael (1983)- *Estabilidad en el empleo y...*, op.cit., pp. 17 y18.

amplia, pues abarca no sólo al cierto, pero indeterminado, sino también al determinado y cierto. Con lo cual el concepto de término pierde su significación de *incertus cuando* como característica esencial. Así lo determina el artículo 15 del ET. Porque la fijación del término final de la relación laboral que se constituye “no es, muchas veces, una manifestación de la voluntad de las partes, autolimitación de estas, sino imperativo legal que establece los límites o la naturaleza de aquel”. Los ordenamientos jurídicos acusan su tendencia protectora del trabajador en cuanto al término, bien que de esa protección puedan derivarse beneficios, asimismo, para la otra parte del contrato y que en nuestro derecho positivo, esta tendencia, que se traduce en una estabilidad del contrato de trabajo, se manifiesta o realiza a través de la afirmación del principio de continuidad del contrato tiende a realizar una conservación de la relación aun en los casos que, de acuerdo con las normas comunes, habría de extinguirse²⁹.

El contrato de trabajo es un negocio jurídico de una “extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración” y que juega en el mismo con especial intensidad el principio general de derecho contractual de conservación del negocio y aunque la preferencia del ordenamiento por los contratos por tiempo indefinido y por tiempo limitado aparecen en pie de igual; se da la posibilidad de novaciones subjetivas, subrogándose un nuevo empresario como parte del contrato en el lugar y derechos del anterior, sin solución de continuidad en las prestaciones y sin pérdida de la identidad contractual. Lo que constituye una firme garantía de la estabilidad en el empleo, criterio teleológico primario y fundamental que ha sido constante y uniformemente mantenido por la doctrina legal del TS al destacar que la empresa, como nuevo titular de la misma, a los efectos de quedar subrogada en los derechos y obligaciones laborales del anterior; subrogación producida “ope legis”, puesto que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de la ley, a tenor de lo que previene el artículo 1.089 del CC

La preferencia del Estatuto por el contrato por tiempo indefinido que también se manifiesta igualmente en el precepto contenido en su artículo 43.3, precepto que otorga a los trabajadores a que se refiere un *derecho* y no una presunción.

²⁹ Ibídem., p. 58.

La estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias. Es cierto que lo que ha venido en llamarse principio de estabilidad en el empleo no afecta a la esencia misma, a la íntima naturaleza, del contrato de trabajo. Es perfectamente posible -y la historia ofrece pruebas de ello- la existencia de un marco jurídico laboral en el que no tenga cabida el indicado principio³⁰.

No es la voluntad de las partes la que determina la duración del contrato, sino la naturaleza del trabajo objeto de la relación contractual a la cual se han de aplicar las prestaciones. Esto es, cuando el trabajo responda a necesidades permanentes de las empresas, esto es, las que derivan de la actividad habitual y permanente lo que procede es la contratación de trabajadores fijos de plantilla para atenderlas. Los contratos temporales quedarían para las actividades extraordinarias³¹.

En este momento cobra especial actualidad el planteamiento doctrinal de la Escuela de Laboralista de la Universidad de Zaragoza, dirigido a descubrir el porqué y el para qué del contrato de trabajo vinculado a la idea de una sociedad empresa integrada, muy interactiva y conflictiva. Contrato de trabajo entendido como negocio jurídico bilateral (crea una relación jurídica en que las partes tienen obligaciones recíprocas) en el que predomina el contenido patrimonial, que se deriva de su naturaleza de negocio de cambio (trabajo por salario), lo que no quiere decir que el trabajo sea una mercancía y que es de naturaleza *personal* en su realización, con carácter continuado, porque su cumplimiento se dilata en el tiempo, y ello es condición para que se produzca el efecto perseguido por las partes: prestación continuada de trabajo, no de tramo sucesivo, porque el tramo sucesivo permite trocear el cumplimiento, mientras que en la prestación del trabajo se da ese carácter continuado, no hay solución de continuidad (aunque se interrumpa por los descansos o vacaciones), y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario o empleador, colaborando el trabajador con el fin productivo del empresario, no es otro si no el la supervivencia y viabilidad y el mantenimiento del volumen de empleo en la misma o situar a la Administración Pública en la senda de la viabilidad presupuestaria y

³⁰ Ibídem., p. 20.

³¹ Ibídem., p. 22.

financiera y en último término mantener el volumen de empleo en la misma con el fin de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento, lo que solo pueden ser preservado si se aseguran los derechos y libertades de los trabajadores públicos y privados³².

Un contrato bilateral o de prestaciones recíprocas, en virtud del cual nacen del mismo contrato, como unidad, dos obligaciones paralelas: una de prestar trabajo para otra persona y bajo sus órdenes o control, y otra, del lado del empresario, de retribuirlo. La dependencia engarza en la misma causa del contrato. El efecto constitutivo de las obligaciones del trabajador y empresario en el momento de la perfección del contrato que se orienta, en la configuración normativa del artículo 1258 del Código Civil, a la producción de unos efectos jurídicos que exceden del exclusivo contenido regulador del acuerdo. El poder de dirección empresarial no es un elemento de la estructura del contrato de trabajo, que sea preciso para la constitución y el nacimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, sino un elemento integrador de los efectos finales del mismo³³.

El artículo 1258 del Código Civil, pues, presta apoyo normativo a la constitución de las obligaciones recíprocas de las partes, se explicita diciendo: el deber de trabajo y el recíproco de retribución existen como tales desde que el contrato se perfecciona, pues es consensual (significa que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, quedando éstas, por tanto, obligadas a todos los efectos derivados del contrato desde el momento mismo en que consintieron en obligarse, y pudiendo serle a ambos sujetos exigidas desde entonces sus respectivas prestaciones), y también desde entonces existe la causa de las singulares prestaciones de trabajo que se especifican mediante el poder de dirección. De manera, que el ejercicio del poder de dirección y las singulares obligaciones de trabajo no son más, según los términos del artículo 1258 del Código Civil, que consecuencias conforme a la naturaleza del contrato de trabajo, que están in obligatione desde el principio, esto es, desde que el contrato se constituye, y ello porque el artículo 1258 CC expresa justamente eso, y es que desde ese momento obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley³⁴.

³² Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Tercera.

³³ Ibídem., pp. Lección Tercera.

³⁴ Ibídem., pp. Lección Tercera.

La llamada a la ley supone también que aunque el empresario y el trabajador no tienen libertad para hacer un contrato de trabajo o no estipularlo, si lo que quieren es conseguir una prestación de trabajo dependiente y retribuida: eso siempre tendrá que ser un contrato de trabajo, lo que significa que se impone a la voluntad de las partes esa determinación del legislador de canalizar unas declaraciones de voluntad a través de lo que se denomina contrato de trabajo, con la independencia de la denominación que le den las partes, por lo que estamos ante un contrato tipificado. Es decir, el contrato de trabajo es un contrato intervenido y de utilización reforzada, lo que lleva a considerar su tipificación legal como una tipificación que se inscribe en el orden público contractual, de manera que cualquiera que sea la denominación que le den las partes y aunque éstas quieran evitar el régimen del contrato de trabajo, si las prestaciones coinciden con las que corresponden al contrato de trabajo, inexcusablemente su calificación judicial, llegado el caso, será la de contrato de trabajo³⁵.

Consiguientemente, el ejercicio del poder de dirección, los demás derechos derivados del contrato, de la ley, etc., en germen, está ya contenido en el momento de la prestación del consentimiento, de manera que el desarrollo y el incremento del contenido del contrato de trabajo en fase de ejecución no son más que una consecuencia que se sigue del cumplimiento y que integran los efectos finales del contrato: no hay solución entre el momento contractual y la incorporación a la empresa y los efectos finales del contrato de trabajo³⁶.

En resumen, la tipificación legal del contrato de trabajo supone, en primer término, reparar en su causa (es decir, la prestación de un mero consentimiento que hace nacer dos obligaciones para las partes independiente y autónomas, el intercambio de trabajo por retribución, en razón de las cuales devienen recíprocamente acreedoras y deudoras, independencia de las obligaciones que no perjudica el equilibrio de las prestaciones) y en su régimen jurídico [en el que la legislación positiva opera una remodelación continua del contenido de las obligaciones, que rompen su equilibrio formal, entendido como correspondencia causal y simétrica de las mismas; porque a partir del artículo 1274 CC no cabe el contrato gratuito, dado que el salario es un elemento de la estructura (por ser

³⁵ Ibídem., pp. Lección Tercera.

³⁶ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un....*, op. cit., pp. Lección Tercera.

bilateral) como del contenido (por ser oneroso), si bien la bilateralidad es la causa *de cambio* del contrato de trabajo]³⁷.

Que al margen de cuáles sean las concretas motivaciones que llevaron a las partes a celebrarlo, la causa del contrato es su finalidad práctica protegida por el derecho: *el intercambio de trabajo dependiente por retribución*. La inclusión de la dependencia en la connotación contractual está referida al modo de realizarse la prestación de trabajo, complementando la causa típica señalada: esto es, *colaborando el trabajador con el fin de organización creado por el empresario*³⁸. Que contempla el supuesto en que las partes, de común acuerdo (o, una sola de ellas, con conocimiento de la otra y sin que ésta lo hubiera rechazado), se propone con el contrato alcanzar una determinada finalidad u obtener un concreto objetivo³⁹, que puede identificarse con lo que se llama la “causa concreta del negocio”⁴⁰. Que no es sino una transposición de la noción de contrato como composición de intereses diversos que, en el momento de su ejecución, implica actitudes cooperativas, sin que esta cooperación esconda el conflicto entre los intereses de las partes y, consiguientemente, la noción de contrato de trabajo no se reduce a un contrato de cambio, sino que da lugar a una relación de cooperación, que ha desarrollado, en especial, y sobre esta base, nociones tales como las de “**interés de empresa**” (supervivencia y viabilidad de la empresa) o de poder “inherente a la condición de empresario”, y en que deudora de trabajo una de las partes -y acreedora de salario- *dentro de la empresa*, queda configurada la otra, recíprocamente, como *acreedora de trabajo* y deudora de salario⁴¹; si bien, a efectos laborales lo que existe, *son relaciones laborales*; esto es, en una organización laboral (interna o externa) de la empresa dirigida al logro del fin de la misma, lucro o ganancia ilimitados⁴², el concreto objetivo que se propone alcanzar que no es otro que la supervivencia y viabilidad de la empresa y el mantenimiento del volumen de empleo en la misma o situar a la Administración Pública en la senda de la viabilidad presupuestaria y financiera y en último término mantener el volumen de empleo en la

³⁷ Rivero Lamas, Juan (2009)- “Tipificación y estructura...”, op. cit., pp., 39-47-48. Se puede encontrar un desarrollo más completo y precompresivo en las pp. 45 a 49 de la Primera Parte. IV. ¿ES EL TRABAJO LA ÚNICA FUENTE DEL VALOR? SOBRE EL DESARROLLO POR MARX DE LA SIGUIENTE TESIS ALTERNATIVA.

³⁸ Ibídем, pp., 50-51.

³⁹ Díez-Picazo, Luis (2008) Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones obligatorias, Editorial Civitas, Navarra, p. 1071

⁴⁰ De Castro y Bravo, Federico (1985)- *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, p.174.

⁴¹ Alonso García, Manuel (1987) *Curso de Derecho del Trabajo*, Décima Edición, Ariel, Barcelona, p.341.

⁴² Ibídем., p.348.

misma con el fin de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento.

Por ello, la dependencia tiene una dimensión causal, porque el trabajador es retribuido por y para prestar trabajo dependiente. La dependencia es la voz pasiva del ejercicio de los poderes directivos, y surge por la necesidad de la división del trabajo en las organizaciones laborales, lo que conlleva una continuada puesta a disposición de la energía laboral del trabajador, con el fin de que sea integrada y utilizada por el empresario mediante el poder de dirección para la consecución del fin de la empresa⁴³. Que no es sino nada más que manifestación del “Compromiso fordista” que consistió en intercambiar seguridad económica por dependencia laboral, es decir hacer pagar a las empresas el precio de una abdicación de la libertad de los trabajadores considerada inevitable desde el principio. La expresión jurídica de este compromiso fue el modelo de empleo remunerado, que incluye un estatus de protección en cualquier contrato de trabajo. Este estatuto tiene como objetivo garantizar la seguridad física de los trabajadores, limitar la duración de su trabajo y proporcionarles un salario digno. Por lo tanto, el perímetro de la justicia social ha sido restringido por los términos del intercambio salarial, es decir, las cantidades de tiempo y dinero, mientras que la dimensión cualitativa del trabajo, su significado y su organización, se suponía que eran de una pura racionalidad tecnocientífica⁴⁴.

Noción de causa del contrato que en el Derecho español se sitúa en el Código Civil (CC) bajo el expresivo epígrafe “De la causa de los contratos”, de manera que la *estructura contractual* está integrada porque la causa que supone la prestación del consentimiento que da lugar al contrato ha de ser: “sobre cosa y la causa que han de constituir el contrato” artículo 1262 CC; es decir que como negocio bilateral no solo incluye dos declaraciones de voluntad, sino que genera dos obligaciones (la de prestar trabajo dependiente para el trabajador y la obligación salarial para el empresario). Ahora bien, para que tenga sentido el artículo 1262 en relación con el anterior 1261 CC (acreditación de que el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para el empresario y ha perdido su objeto y su causa), ha de entenderse no como la causa de cada obligación que se establezca, sino como

⁴³ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Primera.

⁴⁴ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p.

diciendo causa de la relación obligatoria originada. Pues es cierto que el artículo 1274 CC se refiere a cada parte al tratar de la causa de los contratos onerosos, pero considera en ellos unitariamente como causa de todo contrato el oficio o beneficio⁴⁵. De manera que, el contrato solo deja de producir efectos *cuanado ha perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes*, esto es, cuando el contrato ha devenido superfluo en términos económicos, porque ha perdido su relevancia económica para el empresario y ha perdido su objeto y su causa, es decir la supervivencia y viabilidad de la empresa y el mantenimiento del volumen de empleo en la misma. Se ha optado por dar relevancia a la “frustración del fin del contrato o de las legítimas expectativas de las partes”⁴⁶.

Lo que ha llevado, pues, a los ordenamientos jurídicos a una aproximación del régimen extintivo de las relaciones de trabajo de duración indefinida a las de duración determinada, ya sea objetivando el mero arbitrio o tipificando unas justas causas de extinción, convirtiendo causas suficientes para proceder a la extinción las que son por imposibilidad definitiva de cumplimiento del contrato de trabajo, todo ello, para la protección de la estabilidad en el empleo.

De manera que, si el contrato se celebra en vista de la obtención de una concreta finalidad y la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados⁴⁷.

Por lo que, carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal sino económica, e incluso puede consistir en una **imposibilidad física o material** que se refiera también a la moral, y a la **imposibilidad económica**, o legal, que se extienda a toda **imposibilidad jurídica**, que abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos

⁴⁵ Rivero Lamas, Juan (2009)-“Tipificación y estructura...”, op. cit., p.50. De Castro y Bravo, Federico (1985)- *El negocio jurídico*, ..., op. cit., p.186

⁴⁶ Treviño Pascual, Mariano (2017), *Concepto y causas de despido colectivo en el sector públicos*, Granada, Comarés, pp. 137 a 148.

⁴⁷ Ibídem., pp. 137 a 148.

de autoridad competente, u otra causa jurídica; como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo. (STS Civil 343/1994, de 20 de abril de 1994. Ponente: Antonio Gullón Ballesteros)⁴⁸.

No obstante, su juego es especialmente interesante tanto en orden a la ampliación (tutela del interés económico-organizativo del empresario) cuanto a las limitaciones de las facultades empresariales (causa protectora-promocional). En este sentido, la identificación de la causa primaria, intercambio de trabajo dependiente por salario, de un determinado negocio determinará la calificación jurídica, incluyéndola o excluyéndola del ámbito laboral. El juego de la causa es importante porque, en realidad, está en la base de la tutela frente a diversas anomalías de la misma: simulación, fraude y abuso de derecho.

II. SIMULACIÓN EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

El primer problema planteado es, pues, el de las formas reticulares de organización del trabajo es el de la distribución equitativa de las responsabilidades dentro de las redes empresariales, que permiten a quienes las controlan ejercer el poder económico y hacer dejación de sus responsabilidades sobre los contratistas⁴⁹.

La gobernanza por números, al socavar la heteronomía de la ley, no genera la regla de la autonomía individual pura, sino que da origen a unas redes de lealtad, donde se mezclan lo público y lo privado. El resultado es el resurgimiento de la estructura del vasallaje que se manifiesta por un doble desplazamiento: del soberano al señor, y de la ley al vínculo, la ironía del asunto es que la búsqueda de un poder impersonal acaba conduciendo al resurgimiento, en nuevas formas, de la lealtad como un modo central de gobierno.

El paso del soberano al señor es en Europa la cara más visible de la infeudación del pueblo. Mientras que el soberano es el poseedor de un poder supremo, quien se plantea a sí mismo, que es una causa de sí mismo y puede ejercerse directamente sobre todos sus

⁴⁸ Ibídem., pp. 137 a 148.

⁴⁹ Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail..., op.cit. p. 25.

sujetos, el señor tiene control directo solo sobre sus propios vasallos y no sobre los vasallos de sus vasallos. Esta es la razón por la cual la soberanía ha constituido, desde el final de la Edad Media hasta nuestros días, la clave de bóveda de la teoría moderna del estado. La Unión Europea es la manifestación más llamativa de este retorno del señorío. El poder público europeo obviamente no es un poder soberano. Oficialmente sometida desde el Tratado de Maastricht al “*principio de subsidiariedad*” [en virtud del cual, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva (de la Unión), la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión], la Unión Europea no tiene ejército, ni es un gobierno real, tiene una administración muy pequeña con respecto a las poblaciones que están sujetas a él; ni aumenta los impuestos a las mismas y la mayoría de las normas que promulga (por medio de directivas) son aplicables solo a través del filtro de transposiciones en la legislación nacional. Jacques Delors, cuando era presidente de la Comisión Europea, habló de él como un “objeto político no identificado”. Identificarlo se vuelve fácil si, en lugar de razonar en términos de soberanía, se aplica a las instituciones europeas el concepto de señorío. La Unión ejerce sobre el pueblo solo un poder indirecto, que requiere la mediación de los Estados que se reconocen a sí mismos como sus vasallos. Su característica esencial es infeudar a los Estados miembros, y esta infeudación equivale a someterlos a una entidad jurídica que se ve privada de los atributos esenciales de soberanía sobre sus propios ciudadanos. En otras palabras, es una infeudación a una entidad señorial⁵⁰.

Los criterios de Maastricht casi nunca han sido respetados por los países de la zona euro, no son si no más que manifestación de estas técnicas que se están extendiendo bajo la bandera de la gobernanza económica, lo que lleva al establecimiento de mecanismos para el control permanente del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones que asumen en materia de cuentas públicas y es dudoso que los mecanismos correctivos establecidos por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza algún día se activen “automáticamente” dentro de la Unión Económica y Monetaria. De hecho, estos dispositivos de inspiración cibernetica tienen el efecto principal de colocar a las

⁵⁰ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. pp. 310-311.

democracias en una relación de dependencia de la Comisión y el Banco Central Europeo. El vínculo de lealtad a estos dos cuerpos no elegidos tiene prioridad sobre la ley al determinar las políticas económicas y sociales⁵¹.

Estas técnicas, también, se encuentran en el trabajo que se presta para la realización de servicios públicos de obligado cumplimiento. En lugar de regular las actividades de las personas privadas o públicas, el Estado les confía la tarea de definir ellos mismos las modalidades para lograr los objetivos que les fija, al mismo tiempo que confía a las autoridades ad hoc el control de esta realización y reservando la posibilidad de retroactuar las infracciones encontradas. Estas técnicas, que se desglosan en la legislación nacional bajo el nombre de “contractualización de la acción pública” y que se utiliza ampliamente en las relaciones entre el Estado y las autoridades locales o las instituciones públicas. Utilizando a la fuerza indicadores y procedimientos de evaluación cuantitativa del desempeño/función, su objetivo es implementar los ideales de la gobernanza numérica. Desde el punto de vista jurídico, las Administraciones Públicas ya no actúan bajo los auspicios de la ley, sino bajo el vínculo contractual que han suscrito. Detrás de las relaciones de vasallaje de la gobernanza por números, se teje una telaraña de organizaciones que separan al Estado del usuario, e incluso de los operadores de servicios públicos.

La privatización de los servicios públicos de obligado cumplimiento, a través de la regulación por parte de las autoridades reguladoras, en el papel de garantes del interés general en un producto o servicio dado. Ha provocado un retorno a la fuerza en nombre del desmantelamiento de los monopolios de que gozan las empresas públicas del compromiso con ciertos objetivos y la sumisión a indicadores cuantificados para el logro de esos objetivos por los operadores económicos que se hacen cargo de esos servicios. Todos ahora están preocupados por la eliminación del estado de derecho/imperio de la ley en favor de la gobernanza por números. Y todos ven redes de lealtad extendiéndose en el corazón de sus instituciones. Queda por caracterizar este mundo en alumbramiento. Y no hay mejor punto de observación del gobierno de los hombres que el proceso que les hace trabajar⁵².

⁵¹ Ibídem.. pp. 312-313

⁵² Ibídem., p.322.

El arrendamiento de las funciones se manifiesta tanto en el público como en el privado y difumina la frontera que las separa. El fenómeno se afirmó por primera vez en la gestión de empresas privadas. Bajo la presión de la financiarización de la economía, han segmentado su actividad en unidades de costo y ganancias y han sometido a estas unidades a requisitos de rendimiento crecientes. Unidades productivas autónomas con organización específica, que han ido de la mano con la externalización de las funciones menos rentables al centrarse las empresas en lo que se llamó su “negocio principal”, es decir, el objeto social de las mismas en el momento de su creación. El más competitivo a los ojos de los mercados financieros. Que evidencia, la conocida evolución actual del paradigma empresarial: el modelo “fordista” de una organización integrada y altamente jerárquica ha dado paso a un modelo reticular en el que la empresa concede una parte a los demás. Incremento de las actividades esenciales para la realización de sus productos.

Como pone de manifiesto la jurisprudencia española en lo que hace a la expresión “obras o servicios correspondientes a la propia actividad del titular” artículo 42 del ET sobre la que hay dos interpretaciones respecto de su alcance: una interpretación amplia (que haría referencia a todas las actividades indispensables para el ciclo productivo de la empresa principal o comitente, y necesarias para organizar el proceso productivo, lo que permitiría incluir las actividades complementarias y auxiliares. Todas esas actividades indispensables formarían parte del ciclo productivo o de haz de actividades necesarias para la realización del buen fin de la empresa principal) y una interpretación restrictiva (se aludiría exclusivamente a las actividades esenciales de la empresa principal o comitente, esto es, la función que sería inherentes al núcleo o actividad principal de la empresa principal o comitente, de manera que quedaría excluidas las actividades o trabajos complementarios o auxiliares, que no formaría parte del fin y de los resultados de la empresa, aunque estos fueran indispensables e imprescindibles, como las actividades de transporte, vigilancia y seguridad, servicios de comedor, servicios de cafetería, actividades de limpieza, etcétera. Sólo las actividades inherentes al fin principal de la empresa integraría el ciclo productivo en sentido estricto y restringido). Teniendo en cuenta que no existe una definición legal de “propia actividad” y tampoco ninguna definición ontológica de “ciclo productivo”, se puede comprender las oscilaciones de la doctrina jurisprudencial, la cual finalmente, utilizando una jurisprudencia de “indicios” y, por tanto, un análisis detenido de cada supuesto concreto, se inclinó por la exégesis restrictiva (paradigmáticamente, STS de 24 de noviembre de 1998, rcud, núm. 517/1998,

que considera estrictamente la noción de “propia actividad” como referente únicamente a aquella que engloba las obras y servicios nucleares de la empresa principal o comitente). Pero una tal interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado que sirve de condicionante para delimitar el campo de aplicación de las normas que garantizan los derechos de los trabajadores lo que produce es un efecto expulsivo de trabajadores que prestan servicios para empresas contratistas o subcontratistas que realizan actividades complementarias, accesorios o auxiliares para beneficio de la empresa principal o comitente que realiza el encargo en la relación entre contractual por empresas y entre empresas. En otras palabras: un “vaciamiento” progresivo de las normas laborales, con la reducción de las garantías laborales muy especialmente para los trabajadores del “mercado secundario” de la subcontratación (lo cual fue ya advertido antes del giro jurisprudencia en la línea de orientación restrictiva)⁵³.

Nuestra conclusión, no obstante, es “*por servicios correspondientes a la propia actividad*” hay que entender aquellas contratas cuyo objeto esté constituido por “operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que el empresario principal (comitente) se propone prestara al público o colocar en el mercado”, de tal modo que las prestaciones laborales de los trabajadores del contratista “se incorporan al producto o resultado final del empresa principal o entidad comitente”.

Para lo que se han implementado varias técnicas jurídicas para este propósito: la de los grupos corporativos se basa en la tenencia por una empresa (llamada empresa matriz) de una participación en el capital de una filial lo suficientemente grande como para ejercer sobre ella una “influencia dominante”, otras confían en técnicas contractuales, como concesiones o franquicias en redes de distribución, contratos de subcontratación en la industria, contratos de integración en asuntos agrícolas, referencias a proveedores de supermercados, etc. . Sin embargo, todas estas técnicas corresponden a una estructura similar, que es la del servicio de tenencia: una empresa dominante confía a un poseedor (subcontratista, distribuidor, proveedor, etc.) una actividad económica rentable, con el respeto de cierto número de reglas y controles definidos por esta empresa. El propio

⁵³ Monereo Pérez, José Luis (2016), “Las repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales* núm.135, 2016, pp. 260 y ss.

contratista puede recurrir a los servicios de otras empresas bajo su control, por ejemplo, en el caso de una subcontratación de nivel 2, que ocupa una posición equivalente a la del avalista/avalador, el vasallo del vasallo, en la estructura feudal; él también podrá hacer lo mismo utilizando un subcontratista de nivel 3. El subcontratista también puede, para disfrutar de una mayor autonomía frente a la empresa dominante, trabajar para varios señores. Con lo que se puede dar entre ellos la posibilidad de una competencia, un conflicto de lealtad. Para evitar tales conflictos de intereses se articulan cláusulas similares a las de exclusividad en las relaciones mercantiles o a los pactos de no concurrencia en las relaciones laborales⁵⁴.

Tras estas observaciones nos encontramos de brúces con el problema que requiere nuestro análisis como evitar que no sean directamente responsables de los daños sociales o ambientales causados por sus proveedores o subcontratistas, las grandes empresas deben estructurar su relación con ellos de una manera que les permita ser controlados y les proporcione maneras de comportarse de manera responsable. Estableciéndose una responsabilidad solidaria para ciertos terceros con respecto a la relación entre el principal y el proveedor. De este modo, se permite que los trabajadores del proveedor rompan la pantalla jurídica del su empresario para apoderarse directamente del cliente del que dependen. Se reconoce el derecho de interferencia en la gestión del personal del proveedor, de la misma manera que se recoge en muchas disposiciones obligatorias en la legislación nacional o europea⁵⁵.

Es responsable quien debe responder de sus actos ante otro. En el origen de la noción se encuentra la promesa solemne del Derecho Romano: el *spondeo* de un primer prometiente encuentra su eco en el *re-spondeo* de un segundo prometiente. Estos actos de los que se debe responder pueden ser jurídicos o materiales, o incluso consistir en una abstención, pero la responsabilidad existe si, y solo si, se le pueden imputar a un sujeto determinado que deba responder ante un tercero. La responsabilidad implica, por tanto, una relación ternaria entre tres personas: un responsable; un demandante, cuyos intereses se ven afectados por ese acto; y un Tercero (juez o arbitro) ante quien el responsable es susceptible de tener que responder de su acto. Así entendida, la responsabilidad no sólo

⁵⁴ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit., p. 322.

⁵⁵ Ibídem., p. 393.

designa la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales de sus actos, sino también la obligación de prevenir tales consecuencias y garantizar que se responderá de ellas⁵⁶.

Sin embargo, es en vano buscar una definición de empresa en los códigos de conducta elaborados por las grandes organizaciones internacionales, es fácil la situación cuando una sociedad mercantil se confunde con su empresa y le confiere una forma jurídica y las cosas se complica cuando esta sociedad crea filiales o pasa bajo el control financiero de otra, y se inscribe así en un grupo de sociedades de contornos borrosos y movedizos. Se vuelven opacas cuando la empresa se ramifica en vínculos contractuales de dependencia que unen sociedades sin relación de capital, en caso de subcontratación o de concesión de explotación de patentes. Esta organización en redes tiene como consecuencia una difuminación del polo patronal de la relación laboral, que se vuelve difícil y a veces imposible de identificar. La noción de firma es cada vez menos fiel a su sentido primitivo [*firm* (del latín *firmus*: sólido, duradero) designó en inglés la firma o rúbrica, y luego, por extensión, el nombre bajo el cual opera una empresa]. La libertad de organización jurídica de la empresa se ha convertido en un medio para el emprendedor, no ya de identificarse en el escenario de los intercambios, sino, todo lo contrario, de desaparecer detrás de las máscaras de una multitud de personalidades morales y de rehuir así las responsabilidades inherentes a una actividad económica⁵⁷.

El principal problema jurídico en el contexto de la globalización es el de la identificación de los verdaderos operadores económicos. Y este fenómeno de la inasibilidad del empleador se expresa en todas las empresas de estructura compleja en el seno de las cuales los detentadores del capital tratan de recoger beneficios y rehuir responsabilidades. Entonces el Derecho se ve abocado al fracaso en su punto más sensible: la noción de sujeto de derecho y la posibilidad de imputar a una persona determinada la responsabilidad de un acto o de una infracción perjudicial⁵⁸.

Un primer remedio es el de la responsabilidad solidaria de las entidades jurídicas constitutivas de la empresa, para ello haremos uso del adagio heredado del Derecho

⁵⁶ Supiot, Alain (2011)- *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona: Península, p. 143.

⁵⁷ Ibídem., pp. 146-147.

⁵⁸ Ibídem., p. 148.

Romano: *Ubi emolumentum, ibi onus*, “donde está la ganancia, está la carga (y por tanto el responsable)” La adopción de esta audaz propuesta habría dado una base legal que quien está en condiciones de obtener un beneficio debe estar también dispuesto a responder de los perjuicios que pueden derivar del/a mismo/a al extender las consecuencias perjudiciales de una actividad económica a aquellos que la controlan y sacan beneficio de ello⁵⁹. Son todas aquellos que se benefician de una operación económica quienes deben considerarse como operadores, sean cuales fueren las estrategias jurídicas manejadas por la empresa. El sentido primero de la solidaridad, en el Derecho Civil es que “...los deudores cuando están obligados a una misma cosa, ...cada uno de ellos pueda ser requerido por la totalidad, y que el pago hecho por uno libre a los otros respecto al acreedor” (artículo 1200 CC). La responsabilidad social de este tipo, que no es desconocida por el Derecho Interno Laboral, puede existir entre las diversas entidades de una filial o de una red transnacional y es que el Derecho Común de la Responsabilidad ofrece grandes posibilidades para obligar a las empresas a responder por la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores en los países en que deslocalizan sus actividades⁶⁰.

La responsabilidad solidaria no solo en el derecho interno sino también en el derecho europeo en el marco jurídico de las redes comerciales es una técnica que lleva a responder al señor por las acciones de su vasallo. Como era de esperar para imponer el respeto del derecho de la competencia el “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica fue posible por primera vez en la SJUE de 10 de septiembre de 2009 Asunto C-87/08 Akzo Nobel. Tras recordar que, según la legislación europea, “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, independientemente de la situación jurídica de esa entidad y su método de financiación”, el Tribunal ha sostenido que “la noción de en este contexto, debe entenderse como la designación de una unidad económica incluso si, desde el punto de vista jurídico, esa unidad económica está compuesta por varias personas físicas o jurídicas”. Cuando dicha entidad económica infringe las normas de competencia, el Tribunal argumenta que “le corresponde, de acuerdo con el principio de *responsabilidad personal*, responder por esta infracción”. Pero, ¿quién debe responder personalmente por el delito, mientras que la empresa es una “entidad económica” que trasciende la personalidad jurídica de las empresas que lo componen? El Tribunal responde sin dudar

⁵⁹ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 398.

⁶⁰ Supiot, Alain (2011)- *El espíritu de Filadelfia. La...*, op.cit. pp. 149 y 150..

que debe ser la empresa matriz: “El comportamiento de una empresa filial puede imputarse a la empresa matriz, particularmente cuando, aunque tiene una personalidad jurídica separada, la empresa filial no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, pero esencialmente aplica las instrucciones que le da la empresa matriz, [...] con especial atención a los vínculos económicos, organizativos y legales que unen a estas dos entidades jurídicas”. En tal situación, según el Tribunal, “la empresa matriz y su filial forman parte de la misma unidad económica y, por lo tanto, forman una sola empresa”. Por lo tanto, la empresa matriz puede ser multada “sin que sea necesario establecer la participación personal de esta última en la infracción”. Esta jurisprudencia es particularmente interesante porque permite “levantar el velo” de las diferentes personalidades morales para hacer sopesar la responsabilidad donde se ejerce la realidad del poder⁶¹. Esto es, bajo la apariencia de un negocio jurídico normal se oculta otro propósito negocial; ya sea este contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)⁶².

La simulación lleva dentro de sí misma la idea de ocultamiento o del engaño (ingannare=burlar, ocultar). Considerándose esencial no que se logre la ocultación (puede resultar reconocible o sospechable), sino que se haya procedido a la ocultación. Mas la opinión común se inclina a considerar simulación cualquier operación que oculte la verdadera causa del negocio celebrado, sin que se nos permita desconocer que el “levantamiento” de la falsa apariencia, propia de la figura de la simulación, tiene por finalidad jurídica sancionar no solo el posible propósito ilícito, sino también el de que se aplique a la relación negocial creada la regulación que merece, según su verdadera causa (grado de eficacia, prelación respecto de otros títulos de negocio)⁶³.

La simulación no se reduce a una divergencia entre voluntad y declaración, ni entre unas contrarias declaraciones. La declaración simuladora es querida para crear una apariencia y para un fin determinado y no solo para ocultar o engañar. Se da, por tanto, un acuerdo de simular, que no tiene una causa especial que lo independice de lo simulado; antes bien, hace que sea causa falsa la declarada en el negocio simulado⁶⁴.

⁶¹ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 396.

⁶² De Castro y Bravo, Federico (1985), *El negocio jurídico*, ..., op. cit., p. 334.

⁶³ Ibídem., p. 338.

⁶⁴ Ibídem., pl 339.

Levantada la máscara de la simulación, queda al descubierto la carencia de causa o la causa típica o atípica que disimulara; pero, además, se podrá conocer la causa concreta de la simulación, la cual vendrá a caracterizar la simulación o al mismo negocio disimulado⁶⁵.

Por todo ello, la causa falsa afectará a los elementos que en él se distinguen conceptualmente: el negocio simulado, reducido a la condición de apariencia (aunque con posible eficacia respecto a terceros), y lo ocultado, sea que carezca de propósito negocial o que lo tenga (negocio disimulado). Pudiendo ocasionar dificultades en la práctica la de precisar el alcance de los datos falsos que voluntariamente se incluyen en una declaración negocial, por ejemplo, la fecha, la identidad de los sujetos. A tal efecto, hay que distinguir entre la falsedad sobre la existencia de un elemento esencial del negocio y la que se limita al alcance o contenido de dicho elemento⁶⁶.

La señalada finalidad de la simulación, a pesar de haberse denominado “causa simulationis”, no tiene el significado técnico de causa, de requisito necesario o suficiente para la existencia de un contrato (artículo 1261 CC) y que, por lo tanto, no podrá servir de causa para el contrato simulado. Se reduce a ser uno de los datos que se *incorpora* a la causa, como causa concreta⁶⁷.

Así la identidad de los sujetos, de la persona que interviene en el contrato de trabajo para ocultar quién será el verdadero y definitivo titular de los derecho y obligaciones que se contraen, en tales casos, se considera simulado el contrato de trabajo; con el resultado de aplicarles los preceptos imperativos correspondientes a las personas ocultas o disimuladas. Disposiciones que han de considerarse expresión, en aplicaciones concretas, de las reglas de la simulación⁶⁸.

En este tipo de simulación se da la intervención de tres personas: quien haya de ser titular de los derecho y obligaciones que se contraen (P Empresario

⁶⁵ Ibídem., p. 339.

⁶⁶ De Castro y Bravo, Federico (1985)-, *El negocio jurídico*, ..., op. cit., pp. 339 y 341.

⁶⁷ Ibídem., p. 339.

⁶⁸ Ibídem., p. 342.

Principal/cesionario/aparente), el intermediario (I contratista/cedente) y el tercero (T trabajador), con quien celebra I, aparente, el negocio. Negocio este que disimula aquel cuyo resultado se producirá entre P y T.

Supuesto de doble simulación. P utiliza a I para enmascarar el contrato de trabajo que tiene con T. De manera, que tendremos un primer negocio simulado (prestación de servicios) entre I y T y en un segundo negocio también simulado entre I y P; con el resultado de que la prestación de servicios se hace de T a P; disimulándose el contrato de trabajo subyacente entre P y T. Descubierta la realidad este contrato de trabajo solo podría resultar nulo, si careciese de alguno de sus elementos esenciales de cualquier contrato, carecer de la forma exigida o chocar contra alguna prohibición.

O bien, se trata de una simulación entre T e I. Se dará cuando P encarga I la realización de una obra o servicio, que I la contrata con T, quien la realiza para el mismo I. Aquí se puede hablar de simulación, porque el contrato de trabajo entre I y T es aparente y sin efecto entre ambos. Además, estará afectado por la prohibición de “*contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan*” (artículo 43.1 ET).

Así una divergencia -consciente o inconsciente- entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, casos de simulación en el contrato de trabajo con la declaración de un contenido de voluntad no real, omitida conscientemente y *con acuerdo de las partes* para producir, con fines de engaño, la aparición de un contrato que no existe, o que es distinto del verdaderamente realizado. Que en lo que se refiere a los sujetos, la simulación adopta la forma de interposición de tercera persona, pudiendo ésta, a su vez, ser ficticia o real, supuestos de interposición que se dan, generalmente, en el contrato de trabajo, tanto por parte del empresario como del trabajador, buscando la concesión de un beneficio a personas que de otro modo no podrían obtenerlo. Sin embargo, hay que diferenciar todavía este supuesto de aquellos en los cuales la interposición se da en negocio ajeno al contrato de trabajo, no por acuerdo de las partes de éste, aun cuando ese acuerdo simulatorio afecte a una de ellas como engañada. La interposición de sujetos en el contrato de trabajo representa, en definitiva, muchas veces, una combinación de supuestos estrictamente laborales con otros derivados de los beneficios que pueda conceder la

seguridad social; en otras ocasiones, sólo son tenidos en cuenta los que se desenvuelven dentro únicamente de uno de ambos dominios⁶⁹.

Sin normas de regulación específica en la materia, las del ordenamiento común pueden servir en cuanto establecen- *la nulidad del contrato simulado*, por falta de causa verdadera, y la *validez del disimulado*, si es lícito y reúne los requisitos necesarios para su validez. La generalidad de esta disposición hay que completarla, por lo que al contrato de trabajo se refiere, con lo establecido en el artículo 9 del ET para los supuestos en los cuales la nulidad de una parte del contrato deba entenderse completada, o sustituida mejor por los preceptos jurídicos adecuados, conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 del Estatuto. Sin dejar de lado, que si la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 8.1 ET es *iuris tantum* entre quien presta un servicio y quien lo paga o debe pagar, es *iuris et de iure* en cuanto que a la persona a la que se presta el trabajo es el empresario (doctrina del “patrón aparente”), aunque el trabajo redunde en beneficio de un tercero, en virtud de cualquier relación entre ambos⁷⁰.

2.1. Los grupos empresariales.

La importancia de la empresa grupo en el ámbito del Derecho del Trabajo es indudable, así como la duda sobre la identificación y determinación del *empresario-empleador* dentro de la empresa de grupo, a los efectos de *imputación de responsabilidad jurídica* por incumplimiento de las obligaciones laborales en el ámbito de las empresas agrupadas⁷¹.

La unidad de decisión, derivada de la dirección unitaria, configura la característica imprescindible del grupo de empresas, y delimita una cierta unidad económica inherente al mismo⁷². En efecto, el grupo de empresas se configura como un agrupamiento de

⁶⁹ Alonso García, Manuel (1987), *Curso de Derecho...*, op.cit., p. .

⁷⁰ Ibídem., p. .

⁷¹ Palomeque López, Manuel Carlos (2010)- “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, p.225. Lalaguna Holzwarth, Enrique (2010)- “El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, p.199.

⁷² Jiménez Rojas, Francisco (2012)- “Grupos de empresa y economía descentralizada”, *Anales de Derecho*, Número 30, p.135.

empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria, que permite identificar un fenómeno de centralización efectiva de las decisiones en la empresa dominante, que se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas del grupo. Así pues, con el término “grupo de empresas” se viene designando un fenómeno según el cual las sociedades que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica. Es decir que el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común; unidad económica a la se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la dominación (empresa dominante) y situación de dependencia, y en la unidad de dirección⁷³.

El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios; sin embargo, no hay un concepto jurídico unitario del mismo en el conjunto del ordenamiento general⁷⁴. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico portugués el contrato con pluralidad de empleadores (artigo 101), o en la cesión ocasional de trabajadores (artigo 289.l.b), se exige que las entidades empleadoras o las entidades cedente y cesionaria, respectivamente, se encuentren vinculadas en una relación societaria de participaciones recíprocas, de dominio o de grupo. Estas modalidades de coalición empresarial corresponden a las que se encuentran reguladas en el Código de Sociedades Mercantiles. En efecto, la referencia realizada por el Código del Trabajo, en diversos preceptos, a estas situaciones de coalición societaria, expresa una pre-ocupación legislativa por la coherencia conceptual, aunque se trate de una opción susceptible de crítica por otros motivos y concluye Catarina Carvalho que “*o regime da pluralidade de empregadores oferece alguma proteção aos trabalhadores com o regime da responsabilidade solidária e permite fomentar o emprego estável. Por isso, critica a opção legislativa que restringe este tipo contratual aos grupos de sociedades, a certas coligações societárias e quando há partilha de estruturas organizativas comuns. Pensa que deveria ser autorizado em mais situações*”. De hecho, *de iure condendo*, esta institución debería ser aplicable no

⁷³Palomeque López, Manuel Carlos (2010) “La responsabilidad del empresario...”, op.cit., p.224.

⁷⁴Ibidem., p.225.

solo a las coaliciones societárias, sino también a las redes de empresas que no siempre comparten “estructuras organizativas comunes”⁷⁵.

Por tanto, en los supuestos que exista una relación de dominio y control se puede presumir unidad de decisión, por lo que se propone caracterizar el grupo de empresas o empresa grupo a partir de un concepto coincidente con el efectuado por el artículo 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22 de Septiembre de 1994 (traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24 de Abril) y que entiende por: ... b) “grupo de empresas”: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. Esto es, “*1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “empresa que ejerce el control”, la empresa que pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa (“empresa controlada”), por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos.*

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o c) pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa.

3. A efectos del apartado 2, los derechos de voto y de nombramiento que ostente la empresa que ejerce el control incluirán los derechos de cualquier otra empresa controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier otra empresa controlada.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una empresa no se considerará “empresa que ejerce el control” respecto de otra empresa de la que posea participaciones cuando se trate de una de las sociedades contempladas en el artículo 3,

⁷⁵ Carvalho, Catarina (2018)- “El contrato de Trabajo con una pluralidad de empleadores y la cesión ocasional de trabajadores en el Código de Trabajo Portugués”, en *Impacto Laboral de las Redes Empresariales*, Directores: Wilfredo Sanguineti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano, Granada, Comarés, pp. 313-314.

apartado 5, letras a) o c), del Reglamento (CE) n o 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.”⁷⁶.

Hasta ahora, se ha mantenido como criterio la *consideración como regla general de la responsabilidad separada (limitada) de las sociedades integrantes del grupo (principio de independencia y no comunicación de responsabilidades entre las empresas integrantes del grupo)*. De modo que, la unidad de dirección económica propia del grupo de empresas no alteraba la consideración jurídica de la personalidad y responsabilidad separadas de cada sociedad, por lo que no era suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores⁷⁷, solo en caso de uso ilícito de la personalidad jurídica empresarial

⁷⁶ DIRECTIVA 2009/38/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 6 de mayo de 2009 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria

⁷⁷Palomeque López, Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario...”, op.cit., p.228.

La más reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad solidaria en el grupo de empresas, la reserva la STS 21/11/2019 (RC 103/2019) “*para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de ‘empresa de grupo’ o ‘empresa-grupo’, que resultaría algo así como el género del que aquél -el grupo patológico- es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros.*

Dicho esto pasemos a referir nuestra vigente doctrina en la materia, expresada en numerosas resoluciones..., que ha ido perfilando los criterios precedentes en orden a la figura de que tratamos y que puede ser resumida ... en las siguientes indicaciones:

a).- Que son perfectamente diferenciables el inocuo -a efectos laborales- ‘grupo de sociedades’ y la trascendente -hablamos de responsabilidad- ‘empresa de grupo’;

b).- Que para la existencia del segundo -empresas/grupo- ‘no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales’, porque ‘los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son’.

c).- Que ‘la enumeración -en manera alguna acumulativa- de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo-simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa ‘aparente’; y 5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores” .d).- Para la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica.

Además, sobre los referidos elementos adicionales son imprescindibles las precisiones que siguen:

a).- Funcionamiento unitario.- En los supuestos de ‘prestación de trabajo indistinta o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos ... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores’; situaciones integrables en el art. 1.2. ET, que califica como

con el propósito de elusión de la responsabilidad laboral y el consiguiente efecto lesivo para los trabajadores (existencia de una empresa aparente sin sustrato real), ha dado lugar en ocasiones al reconocimiento de una única relación de trabajo, en otras al reconocimiento de un empresario único, más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas y en fin, a la imputación de responsabilidad solidaria al empresario que ostenta la posición de cabecera del grupo en supuestos en que éste tenía trascendencia en la organización del trabajo⁷⁸.

Si bien nuestra posición tiene como componente fundamental -de dificultosa precisión- el elemento de “dirección unitaria”. Para la doctrina mercantilista no basta - para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo- la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración), sino que es preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común. Pero en el campo del Derecho del Trabajo -nacional y comunitario-, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario

empresarios a las personas físicas y jurídica y también a las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de los trabajadores’.

b).- *Confusión patrimonial.- Este elemento ‘no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso’; y ‘ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que “no pueda reconstruirse formalmente la separación’.*

c).- *Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en doctrinase ha calificado como ‘promiscuidad en la gestión económica’ y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de ‘permeabilidad operativa y contable’, lo que no es identificable con las novedosas situaciones de ‘cash pooling’ entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.*

d).- *Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la ‘creación de empresa aparente’ -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del ‘levantamiento del velo’, en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de ‘pantalla’ para aquélla.*

e).- *Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio- determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.”*

⁷⁸Ibidem., p.230-231.

Parece claro, por tanto, que los grupos de empresa mercantiles no responden de las obligaciones de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante. Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el **empresario real** es la empresa en su conjunto, que aparece con toda naturalidad, frente a terceros (suministradores, clientes, etc.), como *dominus negotii*, es decir, como mandante que actúa por medio de sus auxiliares mandatarios⁷⁹, cuando no hubiese habido *contemplatio domini* (“patróno aparente”), es decir, que no aparece claramente ante el trabajador la existencia de otra persona o entidad por cuenta y orden de la que el trabajo se realice⁸⁰, restantes integrantes del “grupo” -verdadero *dominus negotii*, según ellos-, por haber actuado *sine contemplatione domini*, es decir, sin haber exteriorizado su condición de integrante del grupo⁸¹.

Si la empresa formalmente contratante del trabajador o trabajadores es un “**empresario aparente**” y el grupo su “**empresario verdadero**”, todas ellas han de responder solidariamente, pues la pluralidad de empresarios implica siempre, con relación a los trabajadores, responsabilidad solidaria. Es la solución que resulta jurídicamente exigible, en los casos relativos a “**empresarios aparentes**”, por la normativa de Derecho común que es la que rige el contrato de mandato. Una vez destruida esa apariencia, se impone también esta solución, pues resulta obvio que no existe un único *dominus negotii* o mandante, sino una pluralidad de ellos: todas y cada una de las empresas laboralmente agrupadas, incluida la “aparente”, la cual ostenta a la vez, por no tratarse de ninguna empresa ficticia, la doble condición de mandante y mandatario. Se comprende, así, que la condena solidaria de las mismas por ministerio de la ley esté plenamente justificada, pues el Código Civil afirma que “si todas las personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato”⁸². Tanto el mandatario como el mandante responden solidariamente.

⁷⁹Martínez de Girón, Jesús (1992)- *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, p.14.

⁸⁰Ibídем., p.24.

⁸¹Ibídем., p.27.

⁸²Ibídем., p.51.

Por todo ello, en el caso de los llamados “grupos de empresa” la jurisprudencia social ha procedido a lo que se denomina **levantamiento del velo**, traduciendo literalmente la expresión de los tribunales anglosajones (*lifting or piercing the veil*), cuando resulta necesario ampliar el ámbito de responsabilidad propia de cada miembro del grupo por medio de la imposición a los mismos de una responsabilidad solidaria para la protección de los trabajadores, con olvido de la teoría general de la personalidad jurídica, justificándolo en la “primacía de la realidad” sobre las apariencias y los formalismos jurídicos, para marginar las situaciones ficticias, lo que cuenta con el aval de la doctrina constitucional, que atribuye a los órganos del orden social, también en este caso, la búsqueda del “**empresario verdadero**” (STC 46/83)⁸³. Y es que la ausencia de regulación legal ha llevado a afirmar que el fenómeno de agrupamiento empresarial es una realidad económica más que jurídica y que el concepto del “grupo de empresas” tiene solo base teórica.

Pese a que se insiste, que la realidad de un grupo de sociedades a efectos económicos o mercantiles no es bastante por sí sola para que proceda a extender la responsabilidad solidaria a los demás miembros de la agrupación, más si ha lugar a ello por *mor* de la doctrina del **levantamiento del velo**, las empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualesquiera de ellas, al entenderse que el **empresario real** es el grupo.

Y es que nunca se dejó claro, si en el grupo de empresas la declaración de responsabilidad solidaria implica en todo caso un comportamiento empresarial fraudulento o abusivo, ya que el fundamento de la solidaridad entre los miembros del grupo descansa en última instancia en la seguridad jurídica, y en la necesidad de proteger al trabajador frente al perjuicio ilícito causado, el cual debe ser reparado. Ni siquiera el comportamiento del empresario “aparente”, o la apariencia externa de unidad empresarial, traen necesariamente causa patológica. Porque se atribuye la condición de empresario a quienes contraten y reciban la prestación de servicios, independientemente del interés con el que lo hayan hecho, ya sea éste un interés propio, ajeno, o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular⁸⁴ y eso que uno de los parámetros fundamentales para la imputación de la responsabilidad

⁸³ Lalaguna Holzwarth, Enrique (2010) “El empresario aparente y ...”, op. cit., p.199..

⁸⁴ Jiménez Rojas, Francisco (2012), “Grupos de empresa...”, op.cit., p. 153.

solidaria era la concurrencia en un fin (u objeto social) común, traducida a una actividad o a un ciclo productivo completo⁸⁵.

Entiendo que, hace tiempo, podría haberse llegado a la anterior conclusión, que el “grupo de empresas”, según el voto concordante del Magistrado Fernando Salinas Molina a la STS 20/10/2015 (RC 172/2014) TRAGSA, es “*el “verdadero empresario” de los trabajadores contratados por cualesquiera de las empresas del grupo-, a través del elemento adicional que califica de “funcionamiento unitario”, en vez de mezclar tal elemento con los demás y vincularlos todos al fraude y la ocultación, se constituya en un fin en sí mismo que sirva para determinar quién sea el “verdadero empresario” de los trabajadores contratados y además se ponga el acento en la finalidad de la construcción jurídica sobre el grupo de empresas y para ello no debemos de partir de que en todo caso tales personas que actúan coordinadamente en común cometan fraude o abuso*”.

Argumentación, que es más concorde con lo que debe mantenerse sobre la dirección unitaria y sobre la determinación del “**verdadero empresario**”, aun tratándose de una diversificación que se efectúa por razones de operatividad, bien puede decirse, por ejemplo, de la “**dirección unitaria**” de dos o más sociedades que, constituyen, en realidad la “organización y dirección” a que alude el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al “**empleador o empresario**”, o dicho de otra manera, “*en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo*”, según la ratio decidendi de la STS 20/10/2015 (RC 172/2014) TRAGSA.

Y en el mismo sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de veinticinco de Junio de dos mil catorce (RC. 165/2013), establece que : TERCERO.- ... b) *Existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, como es el caso que nos ocupa, eso significa que estamos ante “una realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas” (STS 16/9/2010). En otras palabras, que el grupo de empresas es, en estos casos, el verdadero empresario a que se*

⁸⁵ Ibídem., pp. 145-146.

refiere el art. 1.2 del ET. Apoyándose en la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS, afirma la Audiencia Nacional: “Recuérdese que en estos casos el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, “de acuerdo con el criterio de atenimiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial” (STS 3-5-90 , RJ 1990/3946; STS 31-1-91 , RJ 1991/200), porque así lo impone “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas” (por todas, STS 20- 1-03, RJ 2004/1825) ”.

Por lo tanto, “a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el verdadero empleador del trabajador no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial se debe estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial”.

Argumentación que coincide, además, con la doctrina de la misma Sala (STS de 18/03/2014, Rec. 114/13, FD Tercero **in fine**), al señalar:

No postulaba la parte actora la condena solidaria de las demás mercantiles integrantes del grupo de empresa. Obviamente, de haberse pretendido tal solidaridad, hubiera sido necesaria la llamada al proceso del resto de las mercantiles., lo que se concluye es que la demandada no podía llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo éste, habrá de restaurarse la situación y, en su caso, quien sea el verdadero empleador podrá adoptar en su momento las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global.

Que no hacen, sino confirmar el pronunciamiento fundamento de todos los posteriormente dictados y que resuelve casi todas las cuestiones esenciales relativas a los “grupo de empresas a efectos mercantiles” y “grupo de empresas a efectos laborales”, sobre todo a efectos de responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

OCTAVO .- I.- ... se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo),

sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio (muy particularmente desde la STS 03/05/90 que sistematiza la doctrina), que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.

*....NOVENO.- ...para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta ...
c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; Esto es, la “ e) “creación de empresa aparente” que alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”; ...*

De manera que en su configuración actual, existe grupo por subordinación cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el “control” de otra u otras, pero ahora lo que se presume (iuris tantum) es la existencia de ese control -antes era la “unidad de decisión”-, cuando la sociedad dominante se sitúe, respecto de la dependiente, en alguna de las posiciones ya conocidas que posibilitan fiscalizar o intervenir (de cualquier modo) en la formación de su voluntad decisoria, por la vía de los acuerdos con otros socios, los derechos de voto, las facultades de designación, los órganos de administración, los altos cargos...; instrumentos que en definitiva inciden o determinan la garantía decisoria.

La diferencia entre la unidad de control y la unidad de dirección (o de decisión) puede tener un alcance importante por cuanto “sólo mediante el ejercicio de la dirección unitaria” puede afirmarse en sentido estricto que surja el grupo. Se consideran como específicos del grupo de empresas tanto la dirección unitaria como el elemento de control, del que se apunta que carece el grupo paritario, pero bastaría la concurrencia del elemento de la dirección unitaria, y que aun de forma coordinada -no subordinada- también se ejercita en los grupos paritarios⁸⁶.

⁸⁶Ibídem., p.138.

Por lo que el concepto de grupo de empresas es y debe ser el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, sin perjuicio, de que puede producirse singulares consecuencias y se considera que la responsabilidad solidaria también hace referencia al grupo de empresas mercantil.

El giro jurisprudencial se produce al tomar como parámetro el elemento la “dirección unitaria” del grupo y su alcance jurídico, dada la inhibición sustantiva del legislador sobre el grupo de empresas en el ámbito laboral. Concepto de grupo de empresas que no diferirá del que actualmente recoge el artículo 3 de la ley 10/97, es decir “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”, sea el control directo o indirecto que una empresa ejerce sobre otra u otras del grupo, puesto que la unidad de control o de dominación no deja de incidir, en cierta medida, en la independencia jurídica de la empresa⁸⁷.

Así pues, es el voto particular concordante del Magistrado Fernando Salinas Molina, quien al establecer que “... *en los casos de que sean expresivos de actuación diversificada e independiente, sin que concurran datos que permitan afirmar que en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario*, debe comportar la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo”.

Es pues, el concepto y determinación del “**verdadero empresario**” de los trabajadores afectados, lo que constituye “*el fundamento del grupo de empresas a efectos laborales por lo que le es exigible responsabilidad solidaria por su condición de empleadoras de los trabajadores afectados, y los hechos fundamentadores de la unión empresarial, siempre que existen datos fácticos suficientes para afirmar la existencia de una dirección unitaria*”, que justificaría la determinación del “**verdadero empresario**””.

Por tanto, cuando varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinando sus actividades sin ocultación de ningún tipo y recibiendo en común los rendimientos o frutos del trabajo por cuenta ajena que redunda en beneficio común, debe entenderse que

⁸⁷ Jiménez Rojas, Francisco (2012)- “Grupos de empresa...”, op.cit., p.160.

constituyen en común el “**verdadero empresario**” de los correspondientes trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el artículo 1 ET, pues la “Empresa” que no debe configurarse siempre y exclusivamente como el mero organismo que suministra trabajo, recordando su concepto al modo clásico jurisprudencial de “organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades. Ya que, la condición de empleador nace también de la realidad de los hechos y, de esa manera, empleador es quien efectivamente emplea a otro y recibe su prestación de trabajo o, la persona que frente al trabajador actúa como tal lo que confiere efectos, a favor de los derechos del trabajador, por lo que la mera apariencia, convierte en empleador a quien en realidad no lo es, sí externamente parece serlo, pues es empleador, en definitiva el que aparentemente recibe y retribuye el trabajo, por lo que el empleador será quien lo sea, aunque los responsables de las consecuencias del vínculo laboral sean dos o más⁸⁸. Lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definitorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET. Fenómeno de interposición laboral (DRAE: “poner algo entre cosas o entre personas”), del empresario aparente, en los que participan sociedades, que nos lleva a determinar el “**verdadero empresario**”. Lo fundamental es si la estructura grupal, aun siendo lícita, se ha utilizado en perjuicio del trabajador, o le ha producido un daño, incluso intencionado⁸⁹.

Realidad existente que el Código de Trabajo (CT) formaliza legalmente en su artigo 101 bajo el rótulo *Pluralidade de empregadores*, que presenta semelhanças mas também há algumas diferenças relevantes comenta Catarina Carvalho (arts 481 ss. Do Código das Sociedades Comerciais) con la definición de “grupo de empresas” establecida en el artículo 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22 de Septiembre de 1994 (traspuesta a nuestro Derecho Ley 10/1997, de 24 de Abril): “*por um lado, só se aplica a sociedades anónimas e por quotas; mas, por outro lado, abarca participações recíprocas (bastam participações mútuas superiores a 10%) e grupos paritários (figura difícil de encontrar na prática) e com contornos ambíguos. A configuração empresarial nascida do contrato de grupo paritário caracteriza-se pela independência das sociedades contratantes e pela*

⁸⁸De La Villa Gil, Luis Enrique (2010)- “El concepto de empresario-empleador en el Derecho del Trabajo”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.17-18.

⁸⁹ García-Perrote Escartín, Ignacio (2016), “Extinciones computables y unidad de cómputo en el despido colectivo: centro de trabajo, empresa y grupo de empresa”, Zaragoza 9 de junio de 2016.

submissão de todas a uma direcção unitária (art. 492.º do CSC). Isto significa que, entre elas, não existe qualquer relação de domínio, directo ou indirecto, e que nenhuma assume a posição de dependente em relação a terceiros. Paralelamente ao que acontece no âmbito do grupo de subordinação, assume relevância decisiva a “direcção unitária e comum”, sendo certo que apresenta aqui importância fundamental a participação igualitária das sociedades no exercício deste poder. No que respeita à forma desta direcção unitária, ela pode ir desde modalidades institucionalizadas (v.g. criação de um órgão especial de direcção em que participam todas as sociedades – n.º 4 do art. 492.º do CSC), até ligações pessoais entre as administrações ou mesmo a reuniões regulares entre os presidentes dos Conselhos de Administração”, al decir que “1 - O trabalhador pode obrigar-se a prestar trabalho a vários empregadores entre os quais exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou que tenham estruturas organizativas comuns”.

El 2.- “contrato de trabalho com pluralidade de empregadores está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação da actividade do trabalhador, do local e do período normal de trabalho; c) Indicação do empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho”.

Y establece la responsabilidad solidaria de todos ellos 3.- “pelo cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, cujo credor seja o trabalhador ou terceiro”.

Al termino de situación referida en el apartado 1 se considera 4.- “que o trabalhador fica apenas vinculado ao empregador a que se refere a alínea c) do n.º 2, salvo acordo em contrario”. 5 - A violação de requisitos indicados nos n.os 1 ou 2 confere ao trabalhador o direito de optar pelo empregador ao qual fica vinculado. A “violação do disposto nos n.os 1 ou 2”, 6 - Constitui contra-ordenação grave, “sendo responsáveis pela mesma todos os empregadores, os quais são representados para este efeito por aquele a que se refere a alínea c) do n.º 2”.

Que responde a la responsabilidad solidaria que resulta en derecho del trabajo del concepto de co-empleadores, como señalaremos seguidamente, que es utilizado para

permitir a los empresarios de una subsidiaria levantar el velo de la personalidad jurídica y perseguir a la sociedad dominante.

En la misma línea Catarina Carvalho señala que a diferencia de la cesión temporal, la relación jurídica derivada del contrato celebrado con pluralidad de empleadores se caracteriza por la existencia de un único vínculo contractual que une al trabajador a una pluralidad de entidades, las cuales asumen simultáneamente la posición de entidad empleadora. Nos encontramos, así, con un caso de cotitularidad de la posición de empleador, pudiendo esta ser originaria o sucesiva. En ambas, tenemos una relación laboral “entre dos partes” no existiendo ningún vestigio de la *triangularidad*, característica de la cesión de trabajadores y, en muchas situaciones, ni siquiera se da una modificación subjetiva de la relación laboral⁹⁰.

Y que la Jurisprudencia portuguesa en Ac. TRP de 05.03.2018 Pluralidade de empleadores, parece querer identificar con el concepto español “empresa grupo” para derivar la responsabilidad solidaria, pero se aproxima más al concepto de “verdadero empresario” que nosotros defendemos, “*V - A prestação indiferenciada e simultânea de atividade pelo trabalhador a favor de várias sociedades, recebendo uma só retribuição, aponta para o carácter unitário da posição de empregador, por ser decisivo o critério da subordinação jurídica. VII - Apesar de faltarem os requisitos previstos no artigo 101.º do Código de Trabalho, resultando provado que as sociedades possuíam estruturas organizativas comuns e que o trabalhador desenvolvia a sua atividade indistintamente para todas elas, por ser a realidade factual que determina a qualificação contratual e não o inverso, não tendo assim aqueles requisitos um escopo negocial e voluntário, mas um escopo judicial e corretivo, o que, só por si, retira sentido a tais exigências, ao verificar-se o pressuposto material do instituto da pluralidade de empregadores em relação a várias sociedades, todas elas são solidariamente responsáveis pelo pagamento ao trabalhador dos créditos laborais.*”

⁹⁰ Carvalho, Catarina (2018)- “El contrato de Trabajo con...”, p. 311.

2.2. La cesión ilegal de trabajadores y las responsabilidades por contrata y subcontrata.

Constituyan o no fraude es regla adicional de conversión y de apoyo a la estabilidad del empleo y que manifiesta la preferencia del Estatuto de los Trabajadores por el contrato por tiempo indefinido la establecida en su artículo 43.3 ET que regula el supuesto de cesión ilegal de mano de obra: los trabajadores tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, bien en la empresa cedente o bien en la cesionaria.

La STS 25/11/2019 RC 81/2018, recuerda y resume la doctrina de la Sala sobre la materia diciendo: “*2. Para que exista cesión ilegal, en términos del art. 43 ET, ha de darse la coordinación de tres negocios: ‘1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal’*”

Y la STS de 12 julio 2017 (RC 278/2016) no se olvida de reseñar que “*Debemos también traer a colación que la finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, evitando la degradación de las condiciones de trabajo o la disminución de las garantías y que quien efectivamente es empresario asuma las obligaciones que le corresponden.*”

El artículo 43.2 ET otorga a los trabajadores a que se refiere un derecho y no una presunción. Y se trata aquí de analizar la responsabilidad solidaria que se extiende a todos los sujetos implicados en redes empresariales, mención que se hace en tanto incide en el principio de estabilidad en el empleo.

De cuyo examen se desprende, que el trabajador que acepte sustituir una situación de fijeza nacida varios años antes, por una contratación temporal, es una disposición de sus derechos, que es nula ‘ipso iure’, porque cuando concurren circunstancias como la simulación de un cambio de trabajo que, en realidad no aconteció y aparición de un nuevo

y teórico empresario, destinado desde el principio a llevar a cabo la total desvinculación entre el trabajador y la empresa a la que antes había servido y de hecho continuaba sirviendo se evidencia una maniobra fraudulenta tendente a que la empresa prescinda del trabajador fue concebida y llevada a la práctica por los co-empresarios confabulados del mismo.

Solución similar a la adoptada para combatir el trabajo clandestino: cualquier persona que indirectamente use el trabajo oculto es responsable solidariamente del pago de los impuestos y contribuciones a la seguridad social correspondientes y del pago de la remuneración. En el caso de la subcontratación, esta es una responsabilidad solidaria del principal y el subcontratista. En términos más generales, la responsabilidad solidaria resulta en derecho del trabajo del concepto de co-empleadores, que es utilizado para permitir a los empresarios de una subsidiaria levantar el velo de la personalidad jurídica y perseguir a la sociedad dominante⁹¹.

En estos supuestos no es posible hablar de cambio de titularidad, sino de determinación originaria del verdadero titular, con sus responsabilidades consiguientes, frente a la pretensión de hacer figurar un patrono aparente, en un caso -cesión ilegal de mano de obra-, o tratando de configurar una segunda responsabilidad de garantía que ofrezca al trabajador también la posibilidad de accionar contra quien, aunque sea por vía indirecta, se beneficia de sus prestaciones. En este sentido, tanto la responsabilidad empresarial por subcontrata de obras y servicios como la cesión de personal constituyen especies de la genérica figura de la intermediación que, sin alumbrar supuestos de verdaderos cambios de titularidad, guardan una cierta aproximación en sus posibles efectos, en la naturaleza de la responsabilidad que crean, en la común finalidad de evitar conductas fraudulentas y cubrir al trabajador contra sus perniciosas consecuencias, constituyendo así auténticas vicisitudes que en la vida del contrato de trabajo pueden darse desde la perspectiva de las posiciones subjetivas que las partes del contrato puedan adoptar. El contratista es auténtico empresario entendiendo por este concepto como la persona a la que se presta trabajo y hace suya la utilidad resultante del mismo, mientras que es intermediario quien se limita a suministrar personal, sin ejercer actividad empresarial, ni gestionar, dirigir o coordinar las actividades de los trabajadores para conseguir el resultado previsto⁹². En la

⁹¹ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 397.

⁹² Alonso García, Manuel (1987)-*Curso de Derecho...*, op.cit., p.555.

cesión ilegal de trabajadores, regulada en el artículo 43 ET, que intenta evitar la interposición o intermediación de una figura entre empleador y empleado, con el único objeto, en la mayor parte de los casos, de simular que trabajadores que se encuentran completamente integrados en la estructura, funcionamiento y dinámica de la plantilla de una empresa, no forman parte de la misma, sino de una tercera persona que se presenta formalmente como el empresario contratante pagando salario y cotizaciones, cabe aclarar que este fenómeno no es ajeno a las Administraciones Públicas, más bien al contrario, se repite de manera insistente más aún teniendo presentes los límites a la contratación que son propios en este marco⁹³.

Existe interposición cuando el resultado último del mecanismo contractual es la utilización directa de mano de obra ajena; al contrario, la lícita contrata (o subcontrata) supone en el contratista (o subcontratista) una organización y gestión propia en la que se insertan unas prestaciones laborales que son instrumentales para el resultado final (obra o servicio) específico y diferenciado a cuya realización y bajo su propio riesgo se compromete el contratista frente al principal⁹⁴.

Ahora bien, para la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Como señala la STS de 2 noviembre 2016 (RCUD 2779/2014) la doctrina de la Sala “*ha ido estableciendo criterios que, en sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta.*

... , y ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas licitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia,

⁹³ Rodríguez Escanciano, Susana (2017)- “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, *Derecho y Trabajo*, núm. 29, p- 9.

⁹⁴ Alonso García, Manuel (1987) *Curso de Derecho...*, op.cit., p.555.

estructura productiva). Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la cesión puede tener lugar ‘aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta’ y que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización ‘no se ha puesto en juego’, limitándose su actividad al ‘suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo’ a la empresa arrendataria. De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropiá efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea

necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

Tanto es así que, el artículo 43.2 ET, describe las cuatro conductas de la empresa que comportan consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario (esto es, no asume las responsabilidades, obligaciones y riesgos propios de su condición de empresario).

Ha constituido una preocupación jurídica y, sobre todo, social y humana, la práctica de los intermediarios, facilitando a las empresas mano de obra y la utilización de ésta por aquéllas en trabajos de tipo temporal y donde la finalidad de los primeros era lucrativa (beneficiándose con la diferencia entre lo abonado por ellos al trabajador, y lo cobrado por cada uno de éstos a la empresa-cliente y la de las segundas, tener mano de obra disponible, sin necesidad de incrementar su plantilla de personal fijo, y sin correr tampoco con las cargas adicionales derivadas de las obligaciones de seguridad social⁹⁵. De esta situación el único perjudicado es el trabajador, que se ve así privado de las garantías de empleo establecidas en el ordenamiento jurídico, objeto de explotación directa por quienes se benefician de una diferencia dineraria obtenida a su costa sin prestar más servicio que el de un prestamismo humano (inhumano, diríamos mejor) y burlado en sus legítimos derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, cuyas obligaciones son generalmente incumplidas por los intermediarios⁹⁶.

Entendiendo que el aspecto que dilucida la existencia de una cesión ilegal es exclusivamente la dependencia de los trabajadores respecto de la entidad principal, integrándose en su ordenación y funcionamiento y bajo su esfera de dirección. En este sentido y en orden a diferenciar al contratista o subcontratista verdaderos del simple intermediario, ha señalado como criterio básico el de la existencia de una organización empresarial propia. Junto a este requisito -que se estima necesario, aunque no suficiente-

⁹⁵ Ibídem., p.555.

⁹⁶ Ibídem., p.556.

, factor importante, asimismo, en orden a definir la existencia de un contratista y no de un intermediario, es el de gestión empresarial, que supone la efectiva dirección por el propio contratista y sus delegados -a través de la correspondiente línea jerárquica interna, distinta de la que pueda tener el comitente- de los trabajos de sus trabajadores, los cuales quedan sujetos directamente a las órdenes, instrucciones y disciplina del contratista, y no del empresario principal⁹⁷.

Por lo que, hay que reparar también en la prohibición del artículo 43 del ET, y es obvio que el artículo 43 del ET concede un derecho de opción de los trabajadores afectados consistente en que “los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria” (que puede ser un ente público). Añadiendo además una prefiguración *ex lege* del estatuto jurídico-protector del trabajador afectado, a saber: “Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto, sin bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

Llegar a esta conclusión exige, no obstante, levantar el velo para determinar la existencia del verdadero empresario más allá del fenómeno interpositorio, lo cual resulta especialmente difícil cuando no estamos ante la presencia de un mero empleador aparente sin patrimonio ni organización productiva donde la existencia de cesión ilegal no ofrece dudas, sino ante una empresa real que se diferencia de la comitente por la plantilla, estructura, instalaciones y actividad económica desarrollada, supuesto este último en el que el indicio más claro de fraude radica en que quien aparece como empresario no asume funciones de dirección y organización de personal⁹⁸.

El derecho del trabajo portugués define en su Artigo 288.^º la cesión temporal de trabajadores como la “*disponibilização temporária de trabalhador, pelo empregador, para prestar trabalho a outra entidade, a cujo poder de direcção aquele fica sujeito, mantendo-se o vínculo contractual inicial*”, si bien la admite con enorme amplitud siempre y cuando se den “*cumulativamente as seguintes condições: a) O trabalhador esteja vinculado ao empregador cedente por contrato de trabalho sem termo; b) A cedência*

⁹⁷ Ibídem., p.558.

⁹⁸ Rodríguez Escanciano, Susana, “Implicaciones jurídico laborales...”, op.cit., pp.9 y 10.

ocorra entre sociedades coligadas, em relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou entre empregadores que tenham estruturas organizativas comuns; c) O trabalhador concorde com a cedência; d) A duração da cedência não exceda um ano, renovável por iguais períodos até ao máximo de cinco anos” Artigo 289.^º1

Y las abre a la negociación colectiva pero siempre “..., com excepción da referida na alínea c) do número anterior”. Artigo 289.^º 2.

Pero es que además el contrato entre cedente y cesionario lo sujeta a requisito de forma constitutiva, con un contenido riguroso, yo diría rígido y unas consecuencias en su incumplimiento que lo excluyen del imaginario de cualquier empresario “*forma escrita, que deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Identificação do trabalhador cedido; c) Indicação da actividade a prestar pelo trabalhador; d) Indicação da data de início e da duração da cedência; e) Declaração de concordância do trabalhador.*” Artigo 290.^º 1

Primera consecuencia “*Em caso de cessação do acordo de cedência ocasional, de extinção da entidade cessionária ou de cessação da actividade para que foi cedido, o trabalhador regressa ao serviço do cedente, mantendo os direitos que tinha antes da cedência, cuja duração conta para efeitos de antiguidade*”. Artigo 290.^º 2

Pero es que las consecuencias en caso de cesión temporal ilícita o de irregularidades en el contrato de cesión temporal, esto es si se hacen “*fora das condições em que é admissível, ou a falta do acordo nos termos do n.^º 1 do artigo 290.^º confere ao trabalhador cedido o direito de optar pela permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo*” Artigo 292.^º 1

Derecho que deberá “*pode ser exercido até ao termo da cedência, mediante comunicação ao cedente e ao cessionário por carta registada com aviso de recepção*”. Artigo 290.^º 2.

Consecuencias derivadas de la ilicitud sobre las que insiste la Jurisprudencia Ac. do TRL de 26.09.2018. “*Em caso de ilícita cedência ocasional de trabalhador, a que se*

sucedeu a celebração de contrato de cedência ocasional de trabalhador lícita entre os mesmos sujeitos, o direito de opção do trabalhador de permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo, nos termos conjugados dos n.ºs 2 e 1, do art.º 292.º do Código do Trabalho, deve ser exercido até ao termo da cedência ilícita, mediante carta registada com aviso de recepção, as entidades cedente e cessionária, sob pena de caducidade”.

En definitiva, en el derecho portugués la violación de los requisitos de admisibilidad (sustanciales o formales) de ambas instituciones -contrato con pluralidad de empleadores y cesión ocasional de trabajadores- atribuye al trabajador un derecho potestativo de opción. En el caso del contrato con pluralidad de empleadores, el trabajador puede escoger uno de los empleadores, en relación al que pasa a estar únicamente vinculado, excluyendo a todos los demás (artigo 101.5). En la cesión ocasional, el trabajador puede optar “por la permanencia al servicio del cesionario en régimen de contrato de trabajo de duración indefinida” (artigo 292.1)⁹⁹.

2.3. Las transmisiones no transparentes de la empresa.

Con la expresión cambios no transparentes se hace referencia a aquéllos que tienen lugar por factores o circunstancias “de facto”, advertibles a través de datos o indicios tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial, que ponen de manifiesto la continuidad entre ambas empresas. Un supuesto típico viene constituido por la desaparición de una empresa y la aparición sucesiva de otra, formalmente diferente, pero dedicada a la misma o similar actividad, instalada en los mismos locales y/o utilizando la misma maquinaria, empleando a todos o a buena parte de los trabajadores de la anterior, sirviéndose de los mismos proveedores y a los mismos clientes, con coincidencias significativas en su personal directivo o en los detentadores de la propiedad de una y otra empresa.

También se ha apreciado la existencia de transmisión cuando una empresa de economía social -sociedad laboral- continúa con los mismos medios la actividad de una

⁹⁹ Carvalho, Catarina (2018)- “El contrato de Trabajo con...”, op. cit., p. 332.

empresa anterior, cuyo cierre se debió a problemas económicos, aunque se produzca una breve interrupción durante la cual los trabajadores perciben las prestaciones de desempleo, o incluso si los bienes de la empresa son adquiridos en pública subasta, salvo que concurran circunstancias que desvirtúen la efectiva identidad empresarial y lleven a la conclusión de que “el cambio de titularidad de una sociedad anónima a una sociedad... laboral es transparente y no contiene elementos de fraude de ley”.

Esta postura matizada se mantuvo asimismo por la STS Sala General 25 febrero 2002 (Rec. 4293/2000), cuyas consideraciones de alcance potencialmente más amplio (“constituyendo exigencia básica de la normativa comunitaria esa permanencia de la empresa en su identidad es difícil mantener... que una empresa previamente declarada en quiebra permanezca en su identidad...”)¹⁰⁰ y que en el CT resuelve sin miramientos en su artigo 285.10, al señalar que constituyen conductas muy graves las: “*a) do empregador com base em alegada transmissão da sua posição nos contratos de trabalho com fundamento em transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou em transmissão, cessão ou reversão da sua exploração, quando a mesma não tenha ocorrido;*

o

b) do transmitente ou do adquirente que não reconheça ter havido transmissão da posição daquele nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores quando se verifique a transmissão da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, ou a transmissão, cessão ou reversão da sua exploração”.

Tales conductas vulneradoras serán declaradas “*na alínea a) ou na alínea b) do número anterior, respetivamente, que a posição do empregador nos contratos de trabalho dos trabalhadores não se transmitiu, ou que a mesma se transmitiu*”. artigo 285.11

¹⁰⁰ López Gandía y otros (2016)- *Derecho del Trabajo*, Valencia, 5^a Edición, Tirant lo Blanch, pp. 140 y 141.

En el momento actual respecto a la transmisión de empresa cuyo régimen jurídico está recogido en la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 del ET, como tantas otras, son normas tuitivas del derecho de los trabajadores a la estabilidad laboral también protegida, no se olvide, constitucionalmente (art. 35.1 CE), cuyo objetivo fundamental cabe situarlo en “garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario”, es decir un conjunto de garantías cuyo denominador común es preservar, en la medida de lo posible, los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario. Lo que constituye una firme garantía de la estabilidad en el empleo, criterio teleológico primario y fundamental que ha sido constante y uniformemente mantenido por la doctrina legal del TS al destacar que la transmisión de un titular a otro, ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero, y también si ese tercero es un órgano de la administración que hubiera contratado, con carácter administrativo, en momentos sucesivos y sobre el mismo objeto con el primer titular y luego con el segundo; y, su consecuencia, ha de entenderse que es continuadora de la empresa, como nuevo titular de la misma, a los efectos de quedar subrogada en los derechos y obligaciones laborales del anterior; subrogación producida “*ope legis*”, puesto que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de la ley, a tenor de lo que previene el art. 1.089 del C.Civ.; subrogación está prevista cuando el cambio afecte no sólo a la empresa, sino también a centro de trabajo o a unidad productiva autónoma de la misma¹⁰¹.

Los abusos producidos en torno a estas situaciones, y la imperiosa necesidad en que, por razones de justicia, el legislador se ha visto de luchar contra sus consecuencias, han llevado a ciertos ordenamientos -el nuestro, por ejemplo- a no delimitar convenientemente las fronteras entre verdaderas cesiones ilegales de mano de obra, ejecuciones de obra perfectamente lícitas, y supuestos de trabajo temporal que cubren auténticas necesidades en la sociedad laboral de nuestros días.

¹⁰¹ Alonso García, Manuel (1987)- *Curso de Derecho...*, op.cit., p.553.

2.4. La responsabilidad solidaria de las empresas usuarias.

La LETT dio carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico a las empresas de trabajo temporal, hasta entonces prohibidas, aunque de hecho toleradas, cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, pues la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. El requisito básico es el de ser una verdadera empresa, esto es “disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social”. Hasta tal punto eso es así que se considera ilegal la cesión de trabajadores si la empresa cedente, esto es, la *E.t.t.* carece de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario¹⁰².

En *la empresa usuaria*, el trabajador presta sus servicios bajo su dirección y control, cedido por la empresa de trabajo temporal. Es decir, esta asume las facultades de dirección y control de la actividad laboral que ejercitará durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito. Responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo de trabajo. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el contrato de puesta a disposición: que tiene por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél y que solo se permite en los supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y que se prohíbe: Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria. Para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo, en los términos previstos en la disposición adicional segunda de esta Ley y, de conformidad con ésta, en los convenios o acuerdos colectivos. Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se

¹⁰² Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Quinta.

pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor. Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal¹⁰³.

Tanto en el derecho español como en el derecho portugués las actividades para las que se permite y prohíbe el contrato de puesta a disposición de un trabajador por un ETT para trabajar temporalmente en una empresa usuaria son prácticamente las mismas y con las mismas remisiones en el artigo 175º CTP; sin embargo, opino que va mucho más lejos en la sanción de las prácticas no permitidas o prohibidas, de manera que las cesiones ilícitas del trabajador llevan aparejadas las siguientes consecuencias “*1 - É nulo o contrato de utilização, o contrato de trabalho temporário ou o contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária celebrado por empresa de trabalho temporário não titular de licença para o exercício da respectiva actividade. 2 - É nulo o contrato celebrado entre empresas de trabalho temporário pelo qual uma cede à outra um trabalhador para que este seja posteriormente cedido a terceiro. 3 - No caso previsto no n.º 1, considera-se que o trabalho é prestado à empresa de trabalho temporário em regime de contrato de trabalho sem termo. 4 - No caso previsto no n.º 2, considera-se que o trabalho é prestado à empresa que contrate o trabalhador em regime de contrato de trabalho sem termo. 5 - No caso de o trabalhador ser cedido a utilizador por empresa de trabalho temporário licenciada sem que tenha celebrado contrato de trabalho temporário ou contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, considera-se que o trabalho é prestado à empresa utilizadora em regime de contrato de trabalho sem termo. 6 - Em substituição do disposto no n.os 3, 4 ou 5, o trabalhador pode optar, nos 30 dias seguintes ao início da prestação de actividade, por uma indemnização nos termos do artigo 396.º (1 - Em caso de resolução do contrato com fundamento em facto previsto no n.º 2 do artigo 394.º, o trabalhador tem direito a indemnização, a determinar entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau da ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades. 2 - No caso de fracção de ano de antiguidade, o valor da indemnização é calculado proporcionalmente.) 7 - Constitui contra-ordenação muito grave, imputável à empresa de trabalho temporário e ao utilizador, a celebração de*

¹⁰³ Ibídem., p. Lección Quinta.

contrato de utilização de trabalho temporário por parte de empresa não titular de licença.” Artigo 173 CTP.

Consecuencias que refuerza la Jurisprudencia Ac. do TRE de 30.03.2017 al establecer que “*É nulo o contrato de utilização de trabalho temporário que motive de forma insuficiente a justificação do recurso ao trabalho temporário, devendo o trabalhador considerar-se vinculado, empresa utilizadora, em regime de contrato de trabalho sem termo. 2. Nos termos do artº 366º, nº 6, do Código do Trabalho, na redação da Lei nº 69/2013, de 30/8, o recebimento de compensação por caducidade contratual apenas relevará para hipóteses de despedimento coletivo, e em que sejam válidos os contratos de trabalho em que essa cessação é operada”*.

Sin precluir como en el caso español las especiales responsabilidades solidarias y subsidiarias de ambas empresas por todas las obligaciones contraídas con los trabajadores por la ETT, con muchísimo mayor alcance: “*1 - A celebração de contrato de utilização de trabalho temporário por empresa de trabalho temporário não licenciada responsabiliza solidariamente esta e o utilizador pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, relativos aos últimos três anos, bem como pelos encargos sociais correspondentes.*

2 - A empresa de trabalho temporário e o utilizador de trabalho temporário, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com a empresa de trabalho temporário ou com o utilizador se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são subsidiariamente responsáveis pelos créditos do trabalhador e pelos encargos sociais correspondentes, assim como pelo pagamento das respetivas coimas.” Artigo 174.

En derecho europeo, la responsabilidad solidaria de quien tiene el poder de dirección se ha introducido recientemente para fortalecer la protección de los trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios, pues es una pieza central de la política de competencia entre las legislaciones sociales, que ha sido promovida constantemente por las autoridades europeas desde el proyecto de directiva de Bolkestein. Conforme a las recetas de la gobernanza de números, el objetivo es permitir a las empresas practicar la compra de leyes/Law Shopping en el campo del derecho social, sin

siquiera tener que reubicar sus actividades. Con este fin, la Directiva de 1996/71/CE de 16 de diciembre de 1996 concerniente *al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* autorizó, bajo ciertas condiciones sin restricciones, el empleo, a través de una empresa extranjera de prestación de servicios, de trabajadores que se rigen por una ley extranjera socialmente menos exigente que la ley nacional. Reconectando con la práctica de la ley personal que es la determinada por su nacionalidad, el derecho europeo organiza la competencia en el mismo territorio para los trabajadores cubiertos por diferentes legislaciones. Para evitar el pago de las cotizaciones a la seguridad social, el recurso a estos trabajadores desplazados ha aumentado dramática y vertiginosamente. Los Estados miembros han acordado tratar de remediar los abusos más flagrantes que acompañan a estas prácticas, sin remover la “ventaja competitiva” para algunos de ellos de exportar trabajadores a bajo costo/Law cost. En particular, las empresas exportadoras de mano de obra continúan evadiendo las contribuciones a la seguridad social impuestas a sus competidores en los países en los que operan. La principal contribución de la directiva complementaria 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo adoptada el 15 de mayo de 2014 fue tratar de proteger a los trabajadores afectados contra el riesgo de no ser pagados por los mercaderes/traficantes de hombres que los contrataron para ponerlos a disposición de la empresa usuaria. Esta última puede ser declarada solidariamente responsable por el pago de los salarios de los trabajadores enviados a su Servicio. Esta responsabilidad conjunta se impone a los Estados miembros solo en el sector de la construcción, pero pueden introducir disposiciones más estrictas e incluir a otros sectores. También pueden autorizar quienes ostentan el poder de dirección a prevenir este riesgo imponiéndose obligaciones de diligencia para evitar la ocurrencia del daño. Este mecanismo de internalización de la regla a observar se encuentra en plena expansión¹⁰⁴.

III. FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL.

Juego también especialmente interesante, como ya hemos dejado dicho, que lo es tanto en orden a la ampliación (tutela del interés económico-organizativo del empresario) cuanto a las limitaciones de las facultades empresariales (causa protectora-promocional).

¹⁰⁴ Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par...*, op.cit. p. 398.

El segundo problema planteado debería ser referido a la organización laboral de la empresa, con alusión a la figura del *buen empresario*, inspirada en la del *buen comerciante* o en la del *buen padre de familia*, así el uso indebido de la contratación temporal entrañaría, abuso de derecho; es decir, ejercicio del derecho subjetivo de manera no ordenada a la finalidad objetiva en la regulación del instituto jurídico en cuestión, en este caso la contratación a término, aunque cabría oponer a ella su sustitución por la ecuación *necesidad permanente-trabajador fijo*, porque la idea de las exigencias de la organización laboral de la empresa, unida al requisito de la justificación social y del buen empresario, además de difuminar de manera notable la objetivación del motivo, introduce elementos subjetivos¹⁰⁵.

Dado que las relaciones laborales constituyen un campo particularmente abonado para ensayar una prácticamente ilimitada gama de negocios fraudulentos y/o abusivos, entre las técnicas más socorridas en el ámbito laboral para tratar de combatir eficazmente tales configuraciones anómalas del contrato y relación de trabajo destacan las prohibiciones de abuso de derecho artículo 7.2 CC y fraude de Ley artículo 6.4 CC. Dada su configuración como cláusulas generales tienen aplicación en todos los sectores del ordenamiento, si bien sólo por tradición histórica hoy no demasiado justificable, conservan en el Código Civil su encuadramiento normativo¹⁰⁶.

La técnica del *abuso de derecho* quiere corregir o evitar el ejercicio de un derecho o libertad fuera de lo que son sus límites normales, con efectos antisociales. El fraude de Ley reacciona, en cambio, frente a comportamientos que no se limitan a una simple violación o *infracción de ley*, sino frente a aquéllos que, aparentando respetar su literalidad, apariencia de licitud, eluden gravemente su finalidad. Si los actos contrarios a la Ley o contra legem son nulos, salvo que otra cosa disponga la norma artículo 6.3 CC, los actos *in fraude legem* no impedirá la aplicación de la norma eludida artículo 6.4 CC¹⁰⁷.

No se puede “confundir lo que es una *infracción da ley* con la figura del *fraude, conceptos por otra parte perfectamente diferenciables, pues viola la ley aquél que hace*

¹⁰⁵ Martínez Emperador, Rafael (1983)- *Estabilidad en el empleo y..., op.cit.*, p. 61.

¹⁰⁶ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...., op. cit.*, pp. Lección Tercera.

¹⁰⁷ Ibídem., pp. Lección Tercera.

*aquellos que prohíbe, y defrauda aquél que respetando su tenor literal elude su espíritu o finalidad (**contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraude vero qui salvis verbis legis sententiam eius circunvenit D. 1-3-29**)” (TCT 20/03/1984. Aranz. 2570).*

Así de antiguo, normas, decisiones judiciales y doctrinas de los autores mostraron la preferencia de nuestro derecho por el contrato por tiempo indefinido, hasta el punto que pudo decirse del mismo que era la regla general. Así surgió el principio denominado estabilidad en el empleo, relegándose a un segundo plano en cuanto a la duración la sumisión a lo pactado, si el pacto contradecía la duración real del trabajo¹⁰⁸. De ahí, la aparente presunción que abría el artículo 15.1 ET: “*el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*”. Lo que suponía una manifestación a favor por el contrato por tiempo indefinido, manifestación a favor por los contratos por tiempo indefinido que desaparece a partir de la reforma de 1994.

De manera que, el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. El art. 15.1 del ET, si bien no manifiesta explícitamente su favor por los contratos por tiempo indefinido al señalar expresamente que “*el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada... en los siguientes supuestos*”; sin embargo, acto seguido enumera los tres supuestos distintos y posibles de contratación temporal como una excepción y basados en causas justificadas (principio de causalidad). Se trata de un listado cerrado de supuestos de contratación temporal por el principio de causalidad y por el juego de otras presunciones que juegan a favor de la contratación indefinida. La enumeración legal posee carácter taxativo y la validez de la contratación requiere que concurra la causa objetiva específicamente prevista¹⁰⁹.

Aunque cabría exigir una objetivación más rigurosa de las causas que permiten celebrar contratos temporales y un mayor control de la utilización abusiva y encadenada de las diversas modalidades contractuales que muchas veces enmascaran actividades

¹⁰⁸ Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde; M^a Emilia (2009)- *Derecho al Trabajo*, Editorial Civita, Madrid, p.363.

¹⁰⁹ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Tercera.

indefinidas, que se parcelan artificialmente bien mediante contratación temporal directa, bien mediante el recurso a contratas y subcontratas¹¹⁰.

En este sentido la Directiva 1999/70/CEE tiene por objeto establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, para la consecución de un mayor equilibrio entre “flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores”, pues se informa en la premisa de principio de que el trabajador, debido a su posición de debilidad respecto del empresario, puede ser víctima de una utilización abusiva, por parte de este, de relaciones laborales de duración determinada sucesivas, aun cuando el establecimiento y la renovación de esas relaciones laborales se hayan consentido libremente, situación de debilidad que podría disuadir al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundasen en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador y reconoce que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores, si bien se cuida en admitir que los contratos de trabajo de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores. Aunque insiste que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento; se pueden utilizar los contratos de trabajo de duración determinada pero basados en razones objetivas para evitar abusos.

Por tanto, serán contratos de duración determinada: lo concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado.

Así los de los supuestos enumerados, tres se justifican, en la naturaleza temporal del trabajo a realizar, pues cuando el trabajo responda a necesidades permanentes de las

¹¹⁰ Ibídem., pp. Lección Tercera.

empresas, esto es, las que derivan de la actividad habitual y permanente lo que procede es la contratación de trabajadores fijos de plantilla para atenderlas. Los contratos temporales quedarían para las actividades extraordinarias. Así sucede con los contratos para obra o servicio determinado, con los contratos eventuales por circunstancias de la producción y con los contratos de interinidad¹¹¹.

En el Código de Trabajo portugués, su artigo 140 regula el contrato de trabalho a termo resolutivo para *1.- a satisfação de necessidades temporárias, objetivamente definidas pela entidade empregadora e apenas pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades* y considera *2.- necessidade temporária da empresa* cuatro supuestos de interinidad por sustitución y no admite la interinidad directa por vacante, al igual que en el derecho español el eventual por circunstancias de la producción, el *g) Execução de tarefa ocasional ou serviço determinado precisamente definido e não duradouro* y de manera distinta a nosotros el *h) Execução de obra, projecto ou outra actividade definida e temporária, incluindo a execução, direcção ou fiscalização de trabalhos de construção civil, obras públicas, montagens e reparações industriais, em regime de empreitada ou em administração directa, bem como os respectivos projectos ou outra actividade complementar de controlo e acompanhamento*, que en el caso español es la jurisprudencia la que en todo caso no sostiene una negativa general y absoluta a admitir el contrato de obra, aunque si bien estamos ante un contrato para obra o servicio determinado, la contrata tiene suficiente autonomía y sustantividad propia para el contratista, pues se trata de una necesidad de trabajo temporal limitada y objetivamente definida.

Muy interesante en derecho portugués el hecho de recoger a nivel legal que contratos lo son *incertus quando* y los que lo son *certus quando* *3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 1, só pode ser celebrado contrato de trabalho a termo incerto em situação referida em qualquer das alíneas a) a c) ou e) a h) do número anterior* y mantiene el ya derogado en derecho español para *4 - ... a) Lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores, nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos.*

Sobre el que la profesora Catarina Carvalho nos hace la siguiente reflexión:

¹¹¹ Ibídem., pp. Lección Tercera.

“Só se admite o contrato a termo incerto (duração temporária, mas cuja duração total é desconhecida) nas alíneas taxativamente enumeradas no n.º 3 do art. 140;

Admite-se a contratação a termo para satisfação de necessidades permanentes (não temporárias) nos 2 casos enumerados no n.º 4 do art. 140: a) Lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores, nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos; b) Contratação de trabalhador em situação de desemprego de muito longa duração”.

La libertad contractual, manifestada al celebrarse un contrato temporal, solo se entiende lícitamente ejercida cuando la finalidad que se persigue sea precisamente la de establecer una vinculación temporal, por lo que se incide en abuso de derecho si lo que se pretende en la realidad es una vinculación permanente, celebrándose para ello sucesivos contratos temporales con la intención de excluir los efectos que se derivan del contrato por tiempo indefinido¹¹². Criterio que se considera excesivo y defectuoso: excesivo, porque podían existir supuestos justificados de contratación en cadena a los que la doctrina llevaría a calificarlos de abusivos. Defectuoso, ya que el mismo no comprendía aquellos casos de contratación temporal única que se efectuarán para atender puestos de trabajo de naturaleza permanente, los cuales podrían también ser reputados de abusivos, en los que creemos que debe apreciarse la existencia de fraude de ley¹¹³.

Si bien lo que en derecho español se considera fraude de ley, según la jurisprudencia, es el despido de un trabajador fijo y su contratación temporal posterior y más relevante también es fraudulento un contrato inicialmente pactado por tiempo indefinido -o bien un contrato que debería haber sido considerado desde el principio como indefinido- al que se le fija un término (SSTS 11 y 14 marzo 1997, Rec. 3410/1996 y 1571/1996, entre otras).

¹¹² Martínez Emperador, Rafael (1983)- *Estabilidad en el empleo y..., op.cit., p. 49.*

¹¹³ Ibídem., p. 50.

En derecho portugués llama la atención, y en atención a la libertad contractual de las partes, que se admite la validez de los pactos novatorios de conversión de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado en un contrato de trabajo a término:

– Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de maio de 2013 (Proc. n.º 57/14.7TTBRG.G1, disponível in www.dgsi.pt) – “[...] II – Anteriormente à vigência da Lei 18/2001, de 3 de Agosto, entendia-se que a celebração de um contrato de trabalho a termo depois de as partes se encontrarem vinculadas por contrato de trabalho por tempo indeterminado, revogava este, validamente, porque se elas podiam revogar o contrato, por maioria de razão podiam transformá-lo de contrato sem termo em contrato a termo. Aprovados os Códigos do Trabalho, sem que tal disposição tenha transitado para eles, devemos voltar àquele entendimento da jurisprudência, uma vez que não vigora norma de conteúdo idêntico ao do referido art. 41.º-A da LCCT. [...].”.

Nota: Voto de vencido de JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO: “Tenho sérias dúvidas, por um lado, de que se possa falar verdadeiramente de uma livre e consciente revogação de um contrato de trabalho por tempo indeterminado e à sua subsequente e voluntária substituição por um contrato de trabalho a termo certo, numa situação como a dos autos, em que, desde logo, existe uma divergência de raiz quanto à natureza do vínculo que as uniu no período intermédio que está aqui em causa [...]. Entendo, por outro lado, que apesar de não se achar expressamente consagrada nos Código do Trabalho de 2003 e 2009 uma norma idêntica à do artigo art. 41.º-A da LCCT, continua a ser defensável, no quadro dos regimes decorrentes de tais diplomas legais, que o princípio nela estabelecido continua a vigorar, não estando, por força do princípio constitucional da segurança e estabilidade do emprego, na livre disponibilidade das partes, a substituição de uma relação laboral por tempo indeterminado por uma relação de trabalho a termo certo ou incerto”.

– Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de dezembro de 2018 (Proc. n.º 834/17.7T8MAI.P1, disponível in www.dgsi.pt) – “I – Não existe uma proibição legal de celebração de um contrato a termo por parte do trabalhador já contratado por tempo indeterminado. II – Em virtude do princípio da liberdade contratual, ninguém pode ser compelido à realização dum contrato. III – A admissibilidade da celebração de um contrato a termo, na vigência de um contrato por tempo indeterminado, pressupõe que a vontade de ambas as partes seja essa. IV – Tendo o contrato de trabalho a termo sido

apresentado à Trabalhadora como condição para continuar a trabalhar e começarem a ser efetuados os respetivos descontos para a Segurança Social e tendo aquela, sexagenária, o assinado, tão só por temer não conseguir encontrar um novo trabalho e necessitar do rendimento proveniente do seu trabalho, a própria celebração do contrato de trabalho a termo violou o princípio da autonomia da vontade, plasmado no nº 1 do artigo 405º do Código Civil. V – Daí que se conclua pela manutenção do vínculo celebrado anteriormente por tempo indeterminado”.

3.1. El fraude de ley en la contratación laboral.

Respecto al fraude, el elemento fundamental consiste en la intención maliciosa de violar la norma, pues en la concepción de nuestro Derecho, el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda o muestre el propósito de eludir otra norma del propio ordenamiento; y en la entraña y en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas finalidades que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían. O lo que es igual, el fraude de ley que define el artículo 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma¹¹⁴.

Por lo que “*si el fraude supone una actuación al amparo del texto de una norma con la finalidad de obtener un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, habrá de convenirse es técnicamente imposible la realización de un resultado fraudulento que la voluntad no quería directamente, en otras palabras si la culpa se caracteriza por ser voluntaria la conducta pero no la querencia del resultado, ha de afirmarse que el fraude legal requiere una conducta maliciosa dirigida a trastocar el espíritu del ordenamiento jurídico, afirmación que también podría hacerse respecto de la figura de la desviación de poder, aunque forzoso es reconocer que el ‘error de derecho’ podría jugar en el terreno psicológico un importante papel, bien que en la parcela del derecho*

¹¹⁴ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Tercera.

constituido ninguna trascendencia tendría, dado el juego del principio ‘neminen licere ignorare ius’ consagrado en el art. 6.º del C. Civil”. (TCT 04/11/1983, Aranz.9283).

Sin embargo, según el núm. 3 del artículo 15, “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”; la hipótesis del precepto es la de contratos indefinidos por su naturaleza, deliberada y fraudulentamente concertados como temporales, o bien hay que entender que la presunción es *iuris et de iure* (pues admitir la prueba en contrario sería admitir la virtualidad del fraude que el artículo 6.4 CC prohíbe) o, mejor, que no nos hallamos ante una presunción (pues no se ve qué es lo que se pueda probar contra ella), y que afecta a los celebrados más allá o fuera del segundo “podrán celebrarse contratos de duración determinada... en los supuestos” artículo 15.1 ET¹¹⁵.

La sanción en el derecho portugués por fraude de ley en la contratación laboral a término está hecha prácticamente en los mismos términos que en derecho español, Artigo 147.^º Contrato de trabalho sem termo 1 - *Considera-se sem termo o contrato de trabalho: a) Em que a estipulação de termo tenha por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo; b) Celebrado fora dos casos previstos nos n.os 1, 3 ou 4 do artigo 140.^º (que son todos los supuestos de necesidades temporales ya descritos); que en el caso español se facilita por una presunción *es iuris et de iure* (pues admitir la prueba en contrario sería admitir la virtualidad del fraude que el artículo 6.4 CC prohíbe) y en derecho portugués por un regla de la carga de la prueba igual de contundente Artigo 140.^º 5 - *Cabe ao empregador a prova dos factos que justificam a celebração de contrato de trabalho a termo.**

El caso más claro de fraude, en este contexto con alguna frecuencia, es el siguiente:

El pacto por el cual el contrato se sujeta en su duración a un tiempo determinado, cuando el trabajo “obedeza a necesidades permanentes de la empresa”, con lo que “no tiene (el pacto) otra finalidad ... que la de poder poner término al contrato cuando el empresario lo estimare conveniente”; este pacto es ineficaz. Pues, rige el principio de que “a las necesidades permanentes, a la actividad normal y continuada, de la empresa ha de proveerse con personal fijo”, esto es, con trabajadores contratados por tiempo indefinido,

¹¹⁵ Ibídem., pp. Lección Tercera.

regla a aplicar incluso si el trabajo permanente o normal surge después de la celebración del contrato, durante su ejecución; “es la naturaleza de la necesidad satisfecha la que permite calificar el contrato de manera que en cada caso venga impuesta la limitación temporal por la duración de la necesidad que se satisface”. Si cesado el trabajador son admitidos otros para el mismo trabajo, se presume que el cese ha sido abusivo. Si el trabajo contratado o en efecto realizado es habitual de la empresa, se presume que obedece a necesidades permanentes de la misma; pero esta presunción es destruible mediante prueba en contrario, bien entendido que la prueba ha de referirse a que el trabajo no era el normal; porque, si lo era, iuris et de iure se presume fraudulento el contrato temporal¹¹⁶.

3.1.1. Donde dice ...

El punto de partida que supuso la STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07, exige preguntarse si constituye una “reducción” en el sentido de la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco, en relación con la protección que confiere el artículo 15.3 ET y su jurisprudencia en nuestra opinión, una “medida legal equivalente”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco., “*la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CEE a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada y no permitir la transformación, en el sector público, de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido o someter dicha transformación a requisitos restrictivos*”. A este respecto procede además señalar que, en “*la sentencia Mangold*, el Tribunal de Justicia, declara, “*que la interpretación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco carecía manifiestamente de relevancia para dirimir la cuestión puesto que se refería a un primer y único contrato de trabajo de duración determinada*” (Apdos. 49 y 56 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Y es que, “... el Acuerdo marco no obliga a los Estados miembros a adoptar una medida que exija que cualquier primer o único contrato de trabajo de duración determinada esté justificado por tales razones objetivas por no estar incluidos en el

¹¹⁶ Ibídem., pp. Lección Tercera.

ámbito de aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, que únicamente se refiere a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, por lo que las razones objetivas contempladas en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula sólo se refieren a la renovación de tales contratos o relaciones” (Apdos. 89 y 90 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

En efecto, “*las partes signatarias del Acuerdo marco estimaron que una utilización de los contratos de trabajo de duración determinada basada en razones objetivas constituye una forma de evitar abusos*”. Sin embargo, “*sería contrario al objetivo de dicha cláusula, de prevenir de forma eficaz los abusos derivados de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, que constituyeran el fundamento de la renovación de tales contratos o relaciones laborales de duración determinada cuando las necesidades que pretenden atender no tengan, de hecho, carácter temporal, sino ‘permanente y duradero’*”. Pues, “*tal utilización de los contratos o relaciones laborales de duración determinada chocaría directamente con la premisa en la que se basa el Acuerdo marco, esto es, ..., que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral, mientras que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones*” (Apdos. 92, 103 y 104 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Con lo que la centralidad o tipicidad jurídica de la contratación laboral indefinida, como manifestación más importantes del principio estabilidad en el empleo, concretada en la preferencia normativa por la contratación laboral fija, esto es, no sometida a término final predeterminado o predeterminable, reaparece en la STJUE de 14/09/2016, en el asunto María Elena Pérez López y SMS (Comunidad de Madrid), C-16/15, que establece que “*la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho*

Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades” (Apdo. 48), y hay un argumento jurídico de peso para sostener dicha centralidad, que la contratación indefinida común (ordinaria) actúa como referencia, ejerce su vis atractiva, en todos los casos en que la contratación temporal no se acomoda al Ordenamiento jurídico vigente. La vis atractiva, no tiene prevista excepción o modalización alguna en el ámbito del sector público, a nivel normativo al menos, de manera que solo se considerará el Derecho laboral; pese a no ser aplicable la teoría del fraude de ley (aparentando respetar la literalidad de la ley-apariencia de licitud-, eluden gravemente su finalidad) al vínculo funcional/administrativo, sí lo es la desviación de poder (que supone un ánimo predeterminado de utilizar las facultades de la Administración con fines distintos de los previstos por la ley), es decir que la actuación administrativa constituye “desviación de poder”, cuando refleja una disfunción manifiesta entre el fin objetivo (garantizar el mantenimiento de los servicios públicos) que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, desviación de poder que en el ámbito laboral comporta el fraude de ley.

Por lo que es evidente que el contrato de interinidad por vacante ha pasado de estar sujeto a condición a ser un contrato sometido a término, pero se debe advertir que se mantiene la expectativa de consolidación para el interino porque *el contrato de interinidad por vacante había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998, la relación de la demandante se había convertido en indefinida no fija,...*” (STS de 14/07/2014 (RCUD 1807/2013) y 15/07/2014 (RCUD 1833/2013)).

Y que no se aparta de la estela exigida por el Apdo. 64 de la STJUE (Gran Sala), de 5 de junio de 2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16, “*no se podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración*

inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Llamada al juez nacional, que permite entender que estamos ante un intento de promover en nuestros órganos judiciales una interpretación menos formalista de las causas de temporalidad y más abierta a verificar si con ellas en realidad se cubren necesidades permanentes por mucho que se respete literalmente la dinámica de la contratación temporal e impulsa una especie de trasvase desde la cláusula 4 de la Directiva a la 5, aunque no se olvide que esta última solo se muestra operativa en los casos de sucesión contractual sin afectar a la contratación aislada¹¹⁷. Lo cierto es que es de máxima urgencia una reordenación legislativa del régimen jurídico de la contratación temporal de trabajo en el ordenamiento español, para erradicar la lacra principal que envuelve su práctica: la utilización abusiva y fraudulenta de alguno de sus tipos contractuales, convertida a nuestro pesar en rasgo caracterizador negativo del conjunto¹¹⁸.

La respuesta es que, “*dado que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco no es aplicable a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, dicha disposición no obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones cuando tal contrato cubre, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador*”, si bien cabe la plena aplicación de la Directiva 1999/79/CE “*también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el Derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida directiva no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue*” (Apdos. 179, 190 y 194 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Habida cuenta de las argumentaciones y conclusión precedentes, y el punto de llegada que supone el asunto Montero Mateo es conveniente dejar constancia del reforzamiento e incidencia que ha tenido en las mismas la STJUE de 19 de Marzo de 2020 en los asuntos

¹¹⁷ Pérez Rey, Joaquín (2018,)- “¿Punto y final a la doctrina Porrás? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, Octubre, p.9.

¹¹⁸ Palomeque López, Manuel (2018) “La doctrina judicial europea de *Diego Porrás* no irá al paraíso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, Octubre, p.4.

acumulados C-103/18 y C-429/18 Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras sobre el Montero Mateos, pues bien cuando *el empleado afectado, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones*, manteniéndose *de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada* debido al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante ..., puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil apdo. 61 de la Directiva.

Y es que , *una definición tan restrictiva del concepto de “sucesivas relaciones laborales de duración determinada” permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años* apdo. 62, *definición restrictiva podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal* apdo. 63.

Por tanto, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, no puede ser excluido del concepto de “sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

De ahí que, *aunque la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para*

evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada apdo. 87 como garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión apdo. 88. Y como la transformación de los empleados públicos en tales supuestos en “indefinidos no fijos”, no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco a juicio de los juzgados remitentes, pues se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además, como han señalado los juzgados remitentes, a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en “indefinidos no fijos” no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo para constituir una medida equivalente apdo.102. Y que la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente apdo. 103, es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula apdo. 104, y que sea adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso, lo que corresponde determinar a los juzgados remitentes apdo. 105.

Esto es, la discusión entre los expertos se centra en la propuesta que sugiere el propio TJUE, es decir, la idoneidad de una indemnización disuasoria, no limitada a la que se fija por despido improcedente, abriéndose a la posibilidad de una adicional por daños morales, lo que en cualquier caso requeriría una modificación legislativa, que en la reflexión de la sentencia parece configurarse como el mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio que el Acuerdo Marco y la Directiva imponen. También aquí el modo de calcular la indemnización, basado en la antigüedad del trabajador, su tope en los 24 meses en el caso del despido improcedente, y la peculiaridad que puede revestir cada supuesto, exige una reconsideración de los instrumentos resarcitorios en el caso de la extinción de la relación de servicios, que sin duda se deberá plantear con carácter general también en la futura regulación laboral largamente solicitada y renombrada¹¹⁹.

¹¹⁹ Baylos Grau, Antonio (2020)- <https://baylos.blogspot.com/2020/06/precariiedad-y-empleo-publico.html>.

La cuestión a debate es la siguiente: si se permite, como así ocurre en la normativa española con carácter general y con limitadas excepciones, que la declaración de improcedencia de una extinción puede permitir a la parte empleadora el cumplimiento de la sentencia con el pago de aquella, la regla debe ser completada en el plano de la adecuada aplicación de la cláusula 5.1 con la constatación, hecha ya por ejemplo en la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, que la indemnización compensa los efectos de la extinción ... siempre y cuando “no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”¹²⁰.

En derecho portugués la solución dada pela: “jurisprudência administrativa portuguesa tem vindo a sustentar que a norma legal que proíbe a conversão do contrato de trabalho a termo em contrato sem termo não viola o direito comunitário, uma vez que a lei portuguesa contém outros modos de tutela dos direitos do trabalhador como seja a nulidade de contratos celebrados fora dos pressupostos legais previstos para tal, bem como responsabilidade civil e disciplinar do ente público, por incumprimento dos mesmos”¹²¹.

Esto es, los mecanismos legales internos portugueses para prevenir el abusos con el recurso a los contratos a término resolutivo en la Administración Pública, son los siguientes: a consagração de razões objetivas que o justificam (artigo 57.º LTFP) , a existência de limite de renovações para o contrato a termo certo (artigo 60.º LTFP), a não renovação automática (artigo 61.º LTFP) e ainda regras sobre os contratos sucessivos (artigo 59.º LTFP). Para além disso, foram estabelecidas consequências para o incumprimento das regras preventivas.

Um dos mecanismos de prevenção de abuso que a lei portuguesa estabelece é a nulidade do contrato a término em caso de falsidade dos pressupostos justificativos da respectiva celebração. Estabelece ainda o n.º 1 do artigo 63.º da LTFP que “a celebração

¹²⁰ Ibídem., p. <https://baylos.blogspot.com/2020/06/precariedad-y-empleo-publico.html>.

¹²¹ Carvalho, Raquel (2014)- “O contrato de trabalho a termo resolutivo no exercício de funções públicas a Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de junho de 1999. En *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborales Volumen I*, Coordinação: Joao Reis e outros, Coimbra, Coimbra Editora, p. 211.

ou a renovação de contratos a termo resolutivo com violação do disposto na presente lei implica a sua nulidade e gera responsabilidade civil, disciplinar e financeira dos dirigentes máximos dos órgãos ou serviços que os tenham celebrado ou renovado". Além destas consequências na imediata relação jurídica de emprego público, a lei proíbe "nova admissão a termo para o mesmo posto de trabalho, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo as suas renovações".

A caducidade do contrato de trabalho a termo certo e incerto confere ao trabalhador o direito a uma compensação, exceto quando aquela decorra da vontade do trabalhador . A compensação correspondia no RCTFP a 20 dias de remuneração base “*por cada ano completo de antiguidade, sendo determinada do seguinte modo: a) O valor da remuneração base mensal do trabalhador a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida; b) O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a remuneração base mensal do trabalhador; c) O valor diário de remuneração base é o resultante da divisão por 30 da remuneração base mensal; d) Em caso de fiação de ano, o montante da compensação é calculado proporcionalmente*”. Cabe fazer aqui uma breve comparação entre esta compensação e a indemnização prevista na lei para as situações de invalidade do contrato. O n.º 2 do artigo 54.º da LTFP -que regula a questão da invalidade do contrato- remete para o cálculo de valor da indemnização devida por despedimento ilícito ou denúncia sem aviso prévio. Assim, estabelece o n.º 2 do artigo 302.º, a propósito do despedimento ilícito de trabalhador com contrato a termo que a entidade empregadora é condenada “*no pagamento da indemnização pelos prejuízos causados, não devendo o trabalhador receber uma compensação inferior à importância correspondente ao valor das remunerações que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao termo certo ou incerto do contrato, ou até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal, se aquele termo ocorrer posteriormente*”. De um breve confronto entre estas soluções, podemos concluir que o legislador parte de critérios distintos para a atribuição de uma indemnização e de uma compensação. Por um lado, pela invalidade do contrato, refere-se a remuneração como critério de cálculo do montante indemnizatório e não a remuneração base como na compensação. Por outro lado, não estabeleceu limitações quantitativas (para o montante indemnizatório) como existem na compensação. De qualquer modo, os termos de cálculo da compensação a atribuir ao trabalhador por

caducidade do contrato à termo poderão constituir fator de dissuasão do recurso (ainda - que legítimo) à figura do contrato a termo”¹²².

E devem recordar-se “ainda outras medidas como a medida discriminatória positiva, prevista no 66.º da LTFP, bem como a imposição de igualdade de tratamento do trabalhador contrato a termo com os demais trabalhadores a propósito dos direitos e obrigações, não distinguindo a lei que direitos e que obrigações, mencionando apenas ‘razões objetivas justificarem um tratamento diferenciado’, o que a jurisprudência do TJUE tem vindo também a sustentar”, como hemos visto¹²³.

Em definitivo, “no âmbito da relação jurídica de emprego público, tema que nos ocupou, a Constituição, proíbe a conversão dos contratos a termo em contratos sem termo. Circunstância que o Tribunal de Justiça não entende ser, de *per se*, violadora da Diretiva e do Acordo-Quadro”.

Pois “a lei portuguesa consagra todavia todas as outras medidas preconizadas no Acordo: previsão dos pressupostos justificativos do recurso ao contrato a termo, obrigatoriedade da sua fundamentação, regime de caducidade e correspondente compensação, não renovação automática dos contratos a termo certo, limite temporal de duração dos contratos a termo e limite de renovações, medida discriminativa positiva e preferência na admissão a contrato por tempo indeterminado”¹²⁴.

Si bien la respuesta, que sin ningún tipo de vacilación, ya la había dado la STS de 24 de abril de 2019 (RCUD 1001/2017) que al admitir “*la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan utilizar la contratación temporal no solo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, ... sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través del procedimiento establecido al efecto, lo que deviene inadmisible es el mantenimiento de una contratación temporal ...después de un contrato de interinidad desde el 28/7/95 para cubrir la vacante ... por el procedimiento legalmente establecido o se amortizara la plaza, sin que después de 20 años la*

¹²² Ibídem., pp. 212 y 213.

¹²³ Ibídem., p. 214.

¹²⁴ Ibídem., p. 221.

Administración demandada haya promovido actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo cual no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo, ..., con referencia la doctrina de la STJUE de 5 junio 2018, Montero Mateos, C- 677/16, que en su ap . 64, se refiere a la duración inusualmente larga de un contrato temporal como indicio de su conversión en fijo, señalando que el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer,

....

No se trata solo de la muy dilatada duración (más de 20 años), sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización.

*Por lo que, el plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por **fraude**, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático.*

Así, dadas las circunstancias del presente caso, ... es notorio estamos ante un supuesto en el que la duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años) hace que devenga fraudulenta, y que justifica la aplicabilidad de la doctrina expuesta del TJUE” y que no es otra sin la dada en el caso Montero Mateo.

Sin embargo, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión, de ahí STS de 5 de diciembre 2019 (RCUD 1986/2018), entiende la no aplicabilidad de la doctrina expuesta en el caso Montero Mateo, porque “en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo, conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga pude determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Y utilizamos expresamente la locución ‘injustificadamente larga’ porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte ‘inusualmente’ larga; sino que la duración del contrato sea ‘injustificada’ por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.

En definitiva, el supuesto que examinamos es absolutamente diferente del que analizamos en la STS de 24 de abril de 2019, Rcud. 1001/2017 en la que la trabajadora contratada interinamente por la administración para cubrir una vacante lo había sido en 1995 que continuaba vigente a la fecha del inicio del proceso en enero de 2016. Por tanto, la Administración estuvo más de veinte años sin convocar la plaza si motivo ni justificación alguna Situación que nada tiene que ver con la contemplada en este supuesto en el que el contrato de interinidad se suscribió en julio de 2011, iniciándose las presentes actuaciones en marzo de 2017, período de seis años, durante el que cuatro años, estuvo suspendida la oferta de empleo público; lo que impide apreciar -a falta de otros datos que no constan en los hechos probados- la concurrencia de fraude de ley o abuso de derecho”.

Si bien es posible aplicar la cláusula 5^a Directiva 1999/70/CEE en situaciones en las que no se produzca una sucesión de contratos temporales. Para ello, es importante tener en cuenta el contexto y las particularidades específicas que han llevado al TJUE a flexibilizar este criterio, como en el caso *Montero Mateos* que se refiere a un único contrato de interinidad por vacante que se prolonga desde 2008 a 2016 (aunque, con anterioridad, desde 2007 a 2008 celebró un contrato de interinidad al objeto de sustituir a un trabajador fijo).

Por este motivo, estimo que debería bastar con evaluar el carácter imprevisible del fin y la naturaleza inusualmente larga de la duración para estimar que la relación no es temporal (y, por consiguiente, sin necesidad de que la existencia de un abuso sea requerida). Lo que permitirían concluir que la relación no es temporal (fin imprevisible y duración inusualmente larga), por lo que, es más que sorprendente, afirmar que este largo periodo y la ausencia de disconformidad con esta situación por parte de la funcionaria interina, “neutralice” la naturaleza inusualmente larga de la duración y la consecuencia que se derivaría de la aplicación del apartado 64 del asunto *Montero Mateos*, evitar la precarización de la situación de los asalariados. A la luz de este controvertido apartado, para la calificación de una relación “temporal” como “indefinida/fija” no es exigible que se acredite la existencia de un abuso (especialmente, porque se dicta en el marco de la cláusula 4^a—y no de la 5^a). Basta que la duración sea “inusualmente” larga y no “injustificadamente” larga como está defendiendo en esta última sentencia el Tribunal Supremo. De modo que debería, también, ser aplicada aunque no se produjera una “sucesión de contratos”¹²⁵.

En este contexto conviene situar la SENTENCIA N.^o 252/ 2020 de 8 de junio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número CUATRO de Alicante (Procedimiento Abreviado 813/2019) recaída sobre una relación funcional en que la recurrente mantiene que “vulnera las previsiones contenidas en el Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, en la medida en que comporta un fraude de ley por abuso de la temporalidad -dada la prestación de servicios de manera temporal durante más de 12 años-, que merece ser sancionada. Consideraban que la solución jurídica aplicable a su situación, de acuerdo

¹²⁵ Beltrán Ruiz de Heredia, Ignasi, <https://ignasibeltran.com/2019/10/15/funcionarios-interinos-relacion-inusualmente-larga-y-apartado-64-montero-mateos/>

con la citada Directiva Comunitaria y con la Jurisprudencia sentada al efecto por el TJUE, debía comportar el reconocimiento de su condición de empleado público fijo, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, al servicio de la Administración, en régimen de igualdad con los funcionarios de carrera en cuanto a la estabilidad y fijeza en el empleo.”

Sobre la meritada sentencia, antes de comentarla, creemos prudente y muy importante hacer dos cautelas:

PRIMERA.- Que el TJUE el nuevo Cesar del orden europeo, que cada vez más abiertamente se asume como un orden “senatorial” o tecnocrático, que actúa más como un oráculo, pese a su creativismo judicial, que no oculta ni revela la “verdad jurídica”, solo la insinúa -en términos de efectividad de las normas del Derecho de la UE- a quien pregunta, qué hacer con los interinos tanto funcionarios como laborales, dada la ambigüedad de sus respuestas, que demuestra las dificultades del diálogo jurisdiccional multinivel sin el que, sin embargo, no es concebible la justicia actual y evidencia que el sistema de contratación temporal español es profundamente anómalo y no solo por originar una tasa de temporalidad insoportable, debida en buena medida al fraude y al incumplimiento, sino porque incluso su uso correcto da lugar a situaciones de inestabilidad tan dilatadas como inasumibles.

SEGUNDA.- Que la configuración del sistema de fuentes tiene consecuencias en el poder de decir el derecho. Un sistema con mayor complejidad, y una definición más abierta e imprecisa de las fuentes de derecho confiere a los responsables de la concreción del derecho -los jueces, los juristas- un poder social mucho mayor. Esta situación (la de un Richterstaat o de un Juristenstaat) es históricamente conocida, pues fue la que dominó la práctica judicial del Antiguo Régimen, cuyo dictamen judicial sólo estaba limitado por las ideas de *opinio communis* y de *styli curiae*, o sea, por el respeto de las costumbres judiciales y doctrinas establecidas por los propios tribunales. Al final del Antiguo Régimen, tan grande como la insatisfacción ante el absolutismo del soberano era la insatisfacción ante el absolutismo y la arbitrariedad de los tribunales¹²⁶.

¹²⁶ Hespanha, Antonio M (2016)- *Pluralismo Jurídico e..., op.cit., p. 259.*

Hoy en día, los riesgos de volver a un despotismo de los jueces es grande. Tanto más cuanto que la construcción del Estado democrático fue especialmente cuidadosa en establecer medios para limitar el arbitrio del ejecutivo (e incluso del legislativo), pero cuidó mucho menos de instituir formas de limitación y de control del judicial, que quedó casi sólo sujeto a un autocontrol a cargo de los tribunales, por los mecanismos de los recursos¹²⁷.

Por último, es oportuno recordar que los efectos negativos de la incertidumbre del derecho (o de la discrecionalidad judicial) - además de tener su raíz en una situación de privación de control democrático sobre el derecho incompatible con el principio de legitimidad en un Estado democrático - no recaen igualmente sobre todos los ciudadanos, antes bien favoreciendo a los grupos socialmente más poderosos. Es decir, algo que nace de la falta de democracia en el plano de la creación del derecho agrava aún más la desigualdad ante el derecho¹²⁸.

Sin perjuicio de ambas advertencias y sin olvidar las dos realizadas al principio de la primera parte de este relatorio, sobre todo la primera.

La magistrada como premisa de partida de su conclusión establece que “SEXTO.- ... *la Administración no puede ampararse en razones internas para vulnerar los derechos que las normas comunitarias reconocen a los empleados públicos, siendo ésta una doctrina pacífica y reiterada del TJUE. Así, como declara el TJUE en su Sentencia de 22 de abril de 2010, caso ZENTRALBETRIEBSRAT, recaída en el Asunto C-406/08, Apartados 45 y 46; y en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Caso MASCOLO, Asunto C- 22/13 y otros, Apartado 110, ‘ni la gestión rigurosa del personal, ni las consideraciones de índole presupuestaria, ni la dificultad o complejidad de crear empleos fijos, pueden justificar una discriminación, ni la falta de medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco’”.* NOTA RELATIVA A PRIMERA PARTE

¹²⁷ Ibídem., p. 260.

¹²⁸ Ibídem., p. 260.

Y que “SÉPTIMO.- Acreditada la existencia de dicho abuso, la siguiente cuestión a abordar es la relativa a determinar **cuál es la respuesta efectiva, proporcionada y disuasoria** que debe ser adoptada para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión”.

...

Por lo tanto, “considera la que suscribe, que la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria -con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso-, es el de la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija. Avala esta conclusión la propia Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018, en la que se indica en su considerando 18 que ‘la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal’”.

Y se considera la más idónea por cuanto que, de esta manera, se garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad en el empleo- como componente primordial de protección de los trabajadores- y se evita la precariedad de los funcionarios; se sanciona efectivamente a la Administración por su comportamiento abusivo, eliminando así tal situación; se disuade a la Administración de que siga abusando de la contratación temporal forzándola a que convoque procesos selectivos con la periodicidad necesaria para proveer las plazas vacantes, y se compensa adecuadamente a los funcionarios temporales a través de esta sanción proporcionada”.

En conclusión “cuestión a valorar es si la solución jurídica escogida se ajusta o no a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico interno, en particular a la normativa contenida en los artículos 62 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público y artículo 20 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco, que prohíben obtener la condición de funcionario de carrera o estatutario fijo o laboral fijo sin haber superado un proceso selectivo.

Y entiende la que suscribe que no existe vulneración de dicha normativa, sobre la base principalmente del siguiente argumento que apuntamos nosotros y que recoge la STJUE de 19 de Marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras: “**a una interpretación del Derecho de la Unión que sea**

útil para el juez nacional exige que este defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en que se basan tales cuestiones” apdo. 128. Mas “*el juzgado remitente no ha indicado en modo alguno que, en el litigio principal, deba revisar una sentencia u obligar a un órgano administrativo a revisar una resolución firme de cese, de nombramiento o de convocatoria de un proceso selectivo”* apdo. 129. Por lo que “*A este respecto, cabría deducir de la motivación del auto de remisión en el asunto C-103/18, así como de las observaciones del Gobierno español en dicho asunto, que la única circunstancia en la que la Administración Pública podría verse obligada a revisar resoluciones firmes de nombramiento o cese sería en caso de transformación de los sucesivos nombramientos del Sr. Sánchez Ruiz en un nombramiento como miembro del personal estatutario fijo, con el fin de sancionar la utilización abusiva, por parte de dicho empleador público, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. No obstante, de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo”* apdo. 130.

Aún cuando “*la primera medida a adoptar para corregir la actuación del Ayuntamiento de Alicante, podría ser la de ordenar la organización de procesos selectivos o de estabilización para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por el personal publico temporal”*.

Porque, apuntamos nosotros los siguientes apartados de la STJUE de 19 de Marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras, “*la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para la organización de tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y estos procesos son poco frecuentes”* apdo. 96. Por lo que “*..., no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. La antedicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador”* apdo. 97. Y por otra parte solo se *atribuye una*

facultad a la Administración para llevar a cabo un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente, *de modo que esta no está obligada a aplicar* la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público de convocar el proceso selectivo *aun cuando se haya comprobado que recurría de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” apdo. 99. Pero es que además aunque los “*empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso*” apdo. 100. Por consiguiente, “..., no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco” apdo. 101.

Mi opinión, en el caso específico, la hago y la hice como respuesta a una cuestión jurídica, eligiendo naturalmente la menos mala de las soluciones, es decir, el contrato por tiempo indefinido/fijo, porque no hay una alternativa. Pero al pensar en la justicia y su inevitable desarrollo pragmático, lo que importa es la razón: que nunca puede contradecirse y dada la imposibilidad de llegar a un término medio¹²⁹.

Opinión que sanciona principios, pues solo puede comenzar a partir del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico en materia de función pública se encuentra antes dos principios inspiradores diferentes, cuando no contradictorios: el vinculado fundamentalmente a la estabilidad en el empleo y el de no discriminación en el ingreso a los puestos ofertados por el sector público. Y se argumenta, que las instituciones concernidas en semejante concurrencia conflictiva no aparecen situadas en el mismo plano, pues una encuentra su acomodo en la Sección 2^a, Capítulo II , Título I CE y otra

¹²⁹ Pasolini, Pier Paolo (2009)- *Escritos corsarios*, España, Editorial: Oriente y Mediteráneo.

en la Sección 1^a, Capítulo II , Título I CE , debiendo quedar sacrificada la primera frente a la segunda¹³⁰.

Razonamiento del que discrepamos, pues integran el contenido del derecho al trabajo no sólo la libertad de trabajar, sino también el derecho a un puesto de trabajo que, en su vertiente individual, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. Que pugna con otros principios constitucionalmente aplicables a los poderes públicos, en especial los de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículos 14, 23.2 y 103.3 CE), cuyo desarrollo encuentra amparo en el artículo 55 EBEP, de conformidad con el cual, además de los citados, resulta necesario tener en cuenta en la selección de personal una amplia panoplia de principios¹³¹.

Por lo que, *el principio de equivalencia de los derechos y bienes constitucionales*, que se refiere directamente a la forma de operar el legislador y el Tribunal Constitucional en la aplicación de los límites inmanentes, se ha de efectuar “**la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes**” (ATC 375/1983), y supone en atención al pluralismo político la exclusión posiciones de valor, claudicantes y preferentes “sobre los derechos y bienes constitucionales”, lo que no se cohonesta con una abstracta jerarquización o preferencia reconocida a unos derechos sobre otros¹³².

Y aunque, las limitaciones constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son de obligado cumplimiento para los poderes públicos a la hora de contratar personal a su servicio, ya sea funcionario o laboral, si bien, en este último caso actúa como una empresa, la Administración sigue siendo la misma cuando precisa a uno o a otro, pues

¹³⁰Fernández Fernández, Roberto (2009)- “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación de una *mala praxis* de los poderes públicos”, *El Estatuto Básico del Empleado Público Vol. I*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, pp.522-523.

¹³¹ Se puede encontrar un desarrollo más completo y precompresivo con nuestras opiniones más allá o más acá del Derecho en las pp. 2 a 4 de la Primera Parte. I. EN EL ORIGEN: IGUALDAD ⊥ MÉRITO ⇔ CAPACIDAD.

¹³² Rivero Lamas, Juan (2002) “La garantía de los Derechos y Libertades Constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Dirección: José Luis Monero Pérez, Ed. Comares, Granda, pp.1982-1987, p.2056.

incluso el propio artículo 35.1 CE establece “el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”.

Del contenido esencial del derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad al empleo público hoy por hoy, forman parte ineludiblemente el debido respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (que era la otra cara de la inamovilidad) se ha generalizado legalmente como principios de necesario respeto para acceder al empleo público en general y bajo cualquier forma de relación jurídica, sea funcional o laboral. Así, el artículo 55.1 EBEP dice: “*1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.,. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral, mediante procedimientos en que se garanticen los principios constitucionales antes expresados...*” y como, el principio de publicidad forma parte del derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, comprende la convocatoria pública abierta al público en general, de la que todos los aspirantes potenciales pueden tener oportuno conocimiento de la misma y adoptar las decisiones correspondientes, con conocimiento de todas las consecuencias que puedan derivarse y; dado que la referencia a los principios de mérito y capacidad se suele realizar de manera conjunta, como si se tratase de un mismo concepto, parte de la doctrina se ha referido a la delimitación entre ambos términos, “méritos” y “capacidades”, asociando la capacidad a la “oposición” y los méritos al sistema selectivo del “concurso”¹³³, ambos garantizan “*el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación*”. Especialísima exigencia de acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ya está homogeneizada para todos los empleados públicos sin distinción y, por tanto, no puede servir para justificar ningún trato diferencial entre fijos y temporales a efectos de estabilidad en el empleo. De manera que cabría entender que la necesidad de pasar un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no es una razón objetiva que justifique un trato desigual en los casos en los

¹³³ Ramos Moragues, Francisco (2009,) “Los principios rectores de acceso al empleo público” *El Estatuto Básico del Empleado Público Vol. I*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, p.716.

que el personal temporal haya tenido que pasar por un proceso selectivo de esta naturaleza¹³⁴.

Argumentación con la entra en discrepancia la siguiente posición “Se os contratos a termo se convertessem em contratos sem termo, os quadros de pessoal da Administração Pública passariam a incluir pessoas que tinham accedido ao exercício de funções sem passar pelo crivo do concurso público. Claro que sempre se poderia argumentar que a imposição constitucional tinha sido observada aquando da celebração do contrato a termo. O que é verdade. Acresce que os requisitos procedimentais da celebração de um e de outro tipo de contrato são muito similares. Contudo, os pressupostos que fundamentam e justificam a celebração de um contrato a termo são distintos dos que justificam a celebração de um contrato sem termo. Por conseguinte, os requisitos de admissão a concurso e alguns aspetos da consequente tramitação deste estão desenhados em função do tipo de contrato a celebrar: o contrato a termo. O que significa que não observa os pressupostos materiais relativos à celebração de contrato sem termo, uma vez que não foi pensado para tal e em rigor nem seria juridicamente possível. Portanto, o interesse público a que acima nos referimos como estando na razão de ser do procedimento concursal não seria prosseguido, o que vem a inviabilizar que se entenda que o procedimento concursal realizado signifique o cumprimento da obrigação constitucional no caso da conversao de contrato a termo em contrato sem termo”¹³⁵.

Y ya el Informe de la Comisión para la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público¹³⁶ sugería que el Estatuto Básico estableciera una regulación clara del régimen de acceso al empleo público, común para funcionarios y personal laboral, que reforzara las garantías de cumplimiento de los principios constitucionales en el más alto grado posible. Al mismo tiempo proponía agilizar las pruebas de selección, sin que ello pueda servir de excusa para la huida de los procedimientos objetivos, y regular con flexibilidad los instrumentos de selección, potenciando algunas novedades ensayadas con éxito en

¹³⁴ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. <https://ignasibeltran.com/2018/07/25/caso-vernaza-ayovi-y-despido-disciplinario-injustificado-la-readmision-del-art-96-2-ebep-no-es-extensible-a-los-indefinidos-no-fijos-o-si/>

¹³⁵ Carvalho, Raquel (2014)- “O contrato de trabalho a termo resolutivo...”, op. cit., p. 201.

¹³⁶ Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005. www.stes.es/documentacion/informe_final_estatuto_empleado_publico.pdf.

otros países¹³⁷. Pues, la necesidad de atender a importantísimos -cuantitativa y cualitativamente- servicios públicos, planteó la urgente necesidad de reclutar al personal necesario para prestarlos superando los tradicionales y lentos sistemas de acceso a la función pública. Es así como, junto al clásico funcionario público, comienzan a proliferar diversas formas de personal contratado, primero bajo el paraguas de la contratación administrativa y, paulatinamente, acudiendo directamente a la contratación laboral, si bien con grandes resistencias tanto por los cuerpos altos de la Administración Pública como por la mayor parte de los administrativistas académicos¹³⁸. Reacción debida, porque era escaso, por no decir nulo, rigor en el respeto de determinados principios en el acceso al empleo público que ni siquiera se cumplimentaban en los procesos selectivos de personal laboral temporal durante los años ochenta y principios de los noventa.

En que por aplicación del artículo 15.3 ET como consecuencia del respeto de los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el artículo 9.3 CE y también del principio de estabilidad en el empleo, al que no es posible renunciar. El Tribunal Supremo, establecía que la primacía absoluta corresponde a la legalidad laboral, a la vis atractiva del contrato indefinido común conforme al artículo 15.3 ET y a otros preceptos más. En efecto, el artículo 15.3 ET prescribe que “*se entenderán por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley*”, de manera que un contrato temporal celebrado incumpliendo las condiciones legales tiene esa consecuencia, en detrimento del empresario. Tratándose de la Administración Pública consideró tan aplicable esta regla como a la empresa privada, lo que favoreció la extensión de fraudes en la contratación

¹³⁷ Sánchez Morón (2007) “Acceso al empleo público y adquisición y la adquisición de la relación de servicio” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, p. 397.

¹³⁸. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (2015)- “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”. En *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Coord.: Rojo Torrecilla, Eduardo, Editorial Huygens, Barcelona, p.112.

temporal¹³⁹. Se estimaba que la Administración Pública está sujeta al artículo 15 ET, y por ello debe declararse la fijeza del trabajador contratado sucesivamente¹⁴⁰.

De manera, que constatada una irregular contratación temporal la sanción que corresponde es la misma que si se tratase de empresarios privados, esto es, la conversión del contrato temporal en indefinido común y, en caso de cese sin causa, la calificación de improcedencia o nulidad con las consecuencias oportunas, incluida, en su caso, la readmisión. Para esta jurisprudencia, la primacía absoluta corresponde a la legalidad laboral, a la *vis atractiva* del contrato indefinido común. Insiste esta jurisprudencia en el respeto por parte de la Administración al principio constitucional de legalidad y también el de seguridad jurídica –artículos 9.3 y 103.1 CE-, que considera la legalidad laboral, obviando la legalidad constitucional y administrativa que exige el respeto de determinados principios en el acceso al empleo público¹⁴¹, aunque olvida el principio de estabilidad en el empleo, al que no es posible -en un sistema democrático- renunciar, puesto que está en juego el derecho al trabajo de miles de ciudadanos constitucionalmente

¹³⁹ STS (Núm. 233)18/3/1991 (RCUD), defendía que “*las Administraciones Públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales no están exentas de atenerse y tienen que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, otra opción chocaría con el principio constitucional de legalidad; tampoco existe prohibición alguna (...) de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios. En definitiva, no es posible eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y, mediante, generadoras de derechos y obligaciones para las Administraciones Públicas, si bien con la salvedad (...) de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional*”

¹⁴⁰ Pues la STS de 6/5/1992 (RCUD 1600/1991) añade “*desde esta perspectiva enjuiciadora, aunque tratándose de una Administración Pública, sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad - artículos 14 y 103 de la Constitución Española - y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición - artículo 19 de la Ley de la Función Pública, 30/1.984, de 2 de agosto - no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora, sin embargo, no cabe desconocer, tampoco, que cuando dicha Administración Pública se desenvuelve en el ámbito de la contratación laboral debe someterse, con el mayor rigor posible, a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo*”. Para concluir que: “*La especial posición de la Administración Pública respecto a la selección del personal a su servicio no puede, en modo alguno, legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso, atentatorio al interés, jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios*”.

¹⁴¹ Vivero Serrano, Juan Bautista (2009)- *El acceso al Empleo Público en Régimen Laboral*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, p.197.

reconocido en el artículo 35.1 CE. Y lo más importante la consecución del fin integrado en el ordenamiento administrativo de garantizar la permanencia y esencialidad de los servicios públicos, respeto de esos fines y a la satisfacción de los intereses de todos; por lo que garantizar “*...la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*” a los empleados públicos: no hay mayor garantía de dicha imparcialidad que la inamovilidad en el puesto de trabajo, en definitiva, la inamovilidad -entendida como estabilidad/inamovilidad en el empleo (artículos 35.1, 103.3 CE y 14 a) EBEP)- tiene más que ver con la permanencia y esencialidad del servicio público en cuestión que con la imparcialidad, en el ejercicio de la función pública que -siendo el origen histórico de la inamovilidad de los funcionarios- debería hoy considerarse asegurada por las normas de un sistema democrático que garantiza los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos y, por ende, de los empleados públicos, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de prestación de servicios¹⁴².

En definitiva, por obra y arte del valor superior del ordenamiento jurídico del pluralismo político en su materialización como *principio de equivalencia de los derechos y bienes constitucionales* concluimos en la solución originaria dada al fraude de ley o desviación de poder en la contratación temporal en las AAPP, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de prestación de servicios, la conversión del contrato temporal en indefinido común y, en caso de ceso sin causa, la calificación de improcedencia o nulidad con las consecuencias oportunas, incluida, en su caso, la readmisión.

Es una opinión caracterizada “practicismo” y no necesariamente externo y ajeno a su “rigor democrático”. Pero es nuestra “opinión”: personal, se entiende. Como pretendemos, que sean todas las opiniones¹⁴³.

3.1.2. , digo ...

Y aunque es cierto que el texto de la Sentencia del Juzgado de los Contencioso-Administrativo número Cuatro de Alicante está completamente provisto de la lucidez burocrática propia de las sentencias de los tribunales estatales, creemos que ignora por

¹⁴² Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (2015)- “Los despidos objetivos en el sector público...”, op. cit., p.116.

¹⁴³ Pasolini, Pier Paolo (2009)- *Escritos....*, op. cit., p. .

completo, la evolución producida en relación a que no existe ninguna diferencia de contenido esencial en cuanto a la prestación de servicios entre el régimen administrativo y el laboral, pues se trata de una mera cuestión de técnica organizativa a utilizar por la Administración indistintamente, con el único requisito de estar facultada para acudir a una u otra forma de vinculación¹⁴⁴, pues régimen administrativo y laboral son técnicas compatibles, que se deja al arbitrio de la ley o de la Administración la elección por una u otra técnica organizativa, y pese a que su naturaleza inmutable o inmutada, inmutabilidad que determinaría que debería ser irrelevante para la calificación¹⁴⁵, desde la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados (C-184/15 y C-197/15) Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y entre Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, que en su fallo establece que se opone a la Directiva 1999/70/UE “una norma nacional, como el supuesto controvertido, cuando *sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de que se ocupa de contratos sucesivos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal* es importante resaltar lo que añade: que en la medida en que en estos supuestos “no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en” la Directiva 1999/70/UE, con lo que se produce el fenómeno de los “vasos comunicantes” entre los regímenes jurídicos laboral y administrativo de empleo público con iguales niveles y volúmenes en las prestaciones de las partes, pero con diferentes

¹⁴⁴ Sempere Navarro, Antonio V. (2015)- “La creación jurisprudencial del “personal indefinido no fijo”: situación actual”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Coord. Arias Domínguez, Ángel y Rodríguez Muñoz, José Manuel, Editorial Aranzadi, Navarra, pp. 127-128

¹⁴⁵ Alonso Olea, Manuel (1991)- “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal al servicio de las Administraciones Pùblicas”, en *Libro Homenaje a Villar Palsí.*, Editorial Civitas, Madrid, p. 59.

condiciones de trabajo, al unirlos a través del mismo hilo conductor (fraude a ley o abuso de derecho en la contratación laboral o desviación del fin legal previsto en la contratación administrativa de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de obligado cumplimiento), se mueven de un régimen a otro hasta igualarse las mismas. Un proceso similar a los relacionados al concepto de presión osmótica y teoría cinética de los gases. Porque por el principio de “vasos comunicantes”, las condiciones de trabajo de un régimen que eran diferentes, se igualaron.

En la estela de su reacción a la concepción institucionalista, el TJUE ha hecho gravitar la noción de empleo público sobre el objeto (la naturaleza del trabajo a desarrollar) y no sobre el sujeto público empleador, concepción *funcional*. Que confirma una visión restrictiva de la reserva/excepción del artículo 45.4 TFUE¹⁴⁶ Es decir, que el Derecho comunitario se fija no en el vínculo jurídico entre trabajador y Administración que lo emplea (criterio institucional), sino en las tareas y responsabilidades que comporta el empleo (criterio funcional). De manera, que a colectivos que realizan similares funciones les sean de aplicación previsiones legales diferentes no crea sino disfuncionalidades, de ahí que se propugne de *lege ferenda* poner fin a esta dicotomía. Por tanto, todo intento de diferenciación material entre la relación laboral y la funcionarial respecto al contenido esencial de las prestaciones resulta inútil. En ambas se dan las notas que caracterizan la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución¹⁴⁷.

Y es que en el sentido del artículo 45 TFUE, “*La característica de la relación laboral radica, ..., en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las*

¹⁴⁶ Martínez Moya, Juan (2002)- “La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleo en la Administración pública contemplada en el art. 49.4 del Tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Libertad de circulación de trabajadores Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CGPJ, Madrid, p.200.

Asunto C-270/13 de 10 septiembre 2014 Iraklis Haralambidis contra Calogero Casilli de 10 septiembre 2014.

“A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de “Administración pública” en el sentido del artículo 45, apartado 4, se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Tribunal”.

¹⁴⁷ Sánchez Roda Navarro, Cristina (2002)- “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, Madrid, p.48

cuales perciba una retribución. Por lo tanto, la relación de dependencia y el pago de una retribución forman los elementos constitutivos de toda relación laboral asalariada, siempre que la actividad profesional de que se trate presente un carácter real y efectivo. Esta afirmación no queda desvirtuada porque la relación laboral que se inscriba dentro del marco de la “función pública”. En efecto, según reiterada jurisprudencia, la naturaleza de Derecho público o privado del vínculo jurídico de la relación laboral no es determinante para la aplicación del artículo 45 TFUE” Apartados 28, 29, 39 y 40 Asunto C-270/13 de 10 septiembre 2014 Iraklis Haralambidis contra Calogero Casilli.

Por tanto, cuando el artículo 45.4 del TFUE excluye del ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores a los empleos en la Administración pública no distingue, ciertamente, “*entre los ocupados por funcionarios y los ocupados por otros agentes*”, lo que demuestra, a juicio del Tribunal de Justicia, que “*los funcionarios se cuentan entre los empleados o trabajadores por cuenta ajena*”, por lo que “*en el sistema del Tratado, los funcionarios son considerados como trabajadores por cuenta ajena*” (Asunto C-71/93 24 de marzo de 1994, Van Poucke)¹⁴⁸. En fin, cabe destacar cómo el Derecho comunitario -tal y como es interpretado por el TJCE- da pruebas de encontrarse más evolucionado que la mayoría de los ordenamientos nacionales, por cuanto que el concepto comunitario de funcionario se equipara al de trabajador por cuenta ajena¹⁴⁹.

Y puesto que, la Administración Pública se dirige siempre a la consecución de los intereses generales, está abocada al respeto de unos fines y a la satisfacción de unos intereses, se debe garantizar “*...la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*” por los empleados públicos, donde: no hay mayor garantía de dicha imparcialidad que la inamovilidad en el puesto de trabajo, en definitiva, la inamovilidad -entendida como estabilidad/inamovilidad en el empleo (artículos 35.1, 103.3 CE y 14 a) EBEP)- tiene más que ver con la permanencia y esencialidad del servicio público en cuestión que con la imparcialidad, en el ejercicio de la función pública que -siendo el origen histórico de la inamovilidad de los funcionarios- debería hoy considerarse asegurada por las normas de un sistema democrático que garantiza los derechos fundamentales y libertades públicas

¹⁴⁸ Palomeque López, Manuel Carlos (2002)- “El ámbito subjetivo de aplicación de la libre circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CGPJ, Madrid, p.59.

¹⁴⁹ Sánchez Roda Navarro, Cristina (2002)- “El concepto de trabajador...”, op. cit., p.49.

de todos los ciudadanos y, por ende, de los empleados públicos, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de prestación de servicios.

Lo que lógicamente permite la interpenetración y unificación de los regímenes laboral y administrativo en el empleo público como ponen de manifiesto y confirman para el personal funcionario y estatutario las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 Asuntos C 16/15 María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid) y los acumulados (C 184/15 y C 197/15) Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y entre Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz cuando la primera señala: 48. ..., *la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, ... en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades, 53 ... existencia de tal modalidad, que permite ... convertir un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido, puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales; y la segunda añade que 41. ... una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada ... ha de evitar, en dicho sector, con otra medida efectiva ... la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero incluso más que eso 52.... que todos los trabajadores con contratos “de duración determinada” han de poder conseguir se apliquen a su empleador las sanciones previstas en su ordenamiento nacional cuando sufran abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno”.*

Eso quiere decir que aunque al trabajador con contrato temporal al que se le prolongue la relación de empleo se considere con “contrato indefinido”, no consolida la situación de “fijeza”, que sólo puede alcanzarse mediante los correspondientes procedimientos selectivos. Extendiéndose la doctrina que validaba el cese acordado por una Administración Pública con respecto a la extinción del contrato de interinidad por

vacante, al contrato indefinido, pues no se prohíbe la amortización de vacantes, ni recorta la potestad organizativa de la administración y su autonomía de crear y suprimir puestos de trabajo¹⁵⁰. El juez comunitario ante la creciente problematicidad de una figura (el indefinido no fijo) en sí misma muy conflictiva y el no menor impacto social y económico de la normativa y, sobre todo, su interpretación jurisprudencial, comunitaria, ha querido volver a poner orden, allí donde la voluntad del legislador había llevado a una huida del Derecho del Trabajo retornando al Derecho de la Función Pública, aunque máximamente desnaturalizado conforme a prácticas de precarización del empleo típicas del Derecho Laboral, con las recientísimas SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 y en el asunto C-16/15, el TJUE precisa que la sanción de “indefinida no fija” de una relación de servicios abusiva es tan válida en el Derecho laboral como en las regidas por el Derecho administrativo, pese a que se había negado hasta el momento por la jurisprudencia contencioso-administrativa¹⁵¹, el TJUE precisa que los poderes públicos deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos en las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho administrativo. Por lo tanto, concluye, si en las regidas por el Derecho laboral se han revelado eficaces las relativas a la calificación de indefinido no fijo, también deben serlo para las público-administrativas. En suma, con formulaciones parcialmente diferentes, unas más confusas que otras, todos terminan proponiendo la misma solución: el abuso en el empleo público-administrativo se sanciona igual que en el empleo público-laboral, esto es, con la sanción de indefinición sin fijeza de la relación de empleo público¹⁵².

Concluye el TJUE en la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 Asuntos C 16/15 María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid) la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a que una norma nacional como la controvertida, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de manera que:

¹⁵⁰ Treviño Pascual, Mariano (2017)- “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*.

¹⁵¹ Vallecillo Gámez, María Rosa (2016) “El personal ‘indefinido no fijo’ y el principio de igualdad y no discriminación: Entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 404, Noviembre, p. 32.

¹⁵² Molina Navarrete, Cristóbal (2016)- “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: Preguntas y respuestas... y nuevas preguntas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 404, Noviembre, pp.185-192-196.

– la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector público se considerará justificada por “razones objetivas”, solo cuando los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, no cuando, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;

– cuando no exista ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal funcionario eventual que incumbe a la Administración competente y que le permita proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario interino, de modo que la situación de precariedad de los empleados públicos perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector y más controvertido si cabe la STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, que cuando exista utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, que concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación, es no reconocer ese derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, ya que no hay medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional que pueda sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

Y puesto que el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

El TJUE, dictamina que en la medida en que no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

En definitiva, la aplicación de la Directiva 1999/70/UE opera tanto para los funcionarios como para los laborales, porque su aplicación lo es en relación con “cualquier vínculo administrativo”, planteamiento expansivo respecto de los funcionarios o trabajadores interinos o temporales que acaba de obtener el respaldo de sendas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ambas de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-16/15 y los acumulados C-184/15 y C-197/15, respectivamente, en aplicación del principio de no discriminación de los empleados públicos temporales (la primera, relativa a la prohibición de contratos temporales sucesivos al personal estatutario de los Servicios de Salud para cubrir necesidades permanentes y la segunda, relativa a la equiparación entre las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración y el personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo en cuanto al derecho al mantenimiento de la relación de servicios en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada).

Conclusión que echa por tierra el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras la Sentencia Diego Porras II, en la Sentencia de 22 de enero de 2020, en el asunto C-177/18 Almudena Baldonado Martín y Ayuntamiento de Madrid, y dar relevancia a lo que hasta ahora había considerado irrelevante la diferencia en la calificación en cuanto a la prestación de servicios sea régimen administrativo y o lo sea en régimen laboral, en cuanto a la totalidad de su régimen jurídico, al declarar la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que **no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva**, y que tampoco **se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo**.

Y ello porque la Directiva 1999/70/CEE *debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como apdo. 54, que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal*

se le concede una indemnización al finalizar el contrato de trabajo apdo.50, pues la diferencia de trato entre las dos categorías de empleados públicos temporales de que se trata en el asunto principal no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su naturaleza funcionarial o laboral, y dicha diferencia no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco apdo.53.

Sin que pueda dejarse de lado que una diferencia de trato basada en el carácter funcionarial o laboral de una relación de servicio puede, en principio, apreciarse a la luz del principio de igualdad de trato, el cual constituye un principio general del Derecho de la Unión, actualmente consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta apdo. 56, cuyo como ámbito de aplicación se reduce al sistema de la UE, en el sentido que su alcance está directamente vinculado o limitado al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión resultado de la atribución competencial, sus efectos jurídico se producen frente a la actuación de instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la de los Estados “cuando aplican el Derecho de la Unión”, lo que presupone la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional de que se trate de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra apdo.58, lo que obliga a comprobar, si la finalidad de la norma nacional controvertida es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa norma, si esta persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar apdo.59.

Por lo que, la indemnización prevista en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, por una parte, no está incluida a primera vista en ninguna de las categorías de medidas previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco de las que los Estados miembros deben introducir una o varias cuando su ordenamiento jurídico no incluya medidas legales equivalentes, y, por otra parte, tampoco parece constituir una medida legal equivalente, ya que no permite alcanzar el objetivo general que la citada cláusula 5 asigna a los Estados miembros, a saber, la prevención de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada apdo. 61 y dado que esta indemnización se abona

independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de tales contratos o relaciones, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente eficaz y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas de conformidad con el Acuerdo Marco apdo. 62, por lo que no puede considerarse “aplicación del Derecho de la Unión”, luego la diferencia de trato controvertida en el litigio principal no puede analizarse a la luz de las garantías de la Carta y, en particular, de sus artículos 20 y 21 apdo.64, y consiguientemente, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización al finalizar el contrato de trabajo apdo. 65.

Por tanto, la momentánea impresión de interpenetración y unificación de los regímenes laboral y administrativo en el empleo público, el fenómeno de membrana semipermeable (fraude a ley o abuso de derecho en la contratación laboral o desviación del fin legal previsto en la contratación administrativa de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de obligado cumplimiento) a través de la cual pasan “selectivamente” objetos en ambos sentidos (de un régimen a otro), como ponían de manifiesto las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 Asuntos C 16/15 María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid) y los acumulados (C 184/15 y C 197/15) Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y entre Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se borran de un plumazo por la STJUE de 22 de enero de 2020, en el asunto C-177/18 Almudena Baldonedo Martín y Ayuntamiento de Madrid.

3.1.3. Un “presunto” supuesto de fraude a la Constitución.

La definición realista del estado basada en la distinción gobernantes y gobernados, impone ciertas obligaciones a los primeros para los segundos y que la realización de estos deberes era a la vez la consecuencia y justificación de su mayor fuerza y legitimidad y, por tanto, no tienen el derecho de mandar, sino grandes deberes que cumplir. Con lo que

están obligados a asegurar la realización de los servicios de obligado cumplimiento, permanencia y esencialidad del servicio público con la que tiene todo que ver la estabilidad en el empleo que debe ser asegurada por la norma que garantiza los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos y los empleados públicos sea cual sea la naturaleza jurídica de la prestación servicios¹⁵³.

De manera que el Estado se convierte en garante de los Derechos fundamentales de los ciudadanos en que consisten los servicios esenciales de obligado cumplimiento, pues se definen como “derechos subjetivos” el acceso a recursos fundamentales para la vida y la dignidad: el agua, la salud, la educación, la alimentación, el alojamiento y el trabajo que habrán de universalizarse en la práctica. Porque, en caso de colisión, que la hay, entre la directriz de la sostenibilidad financiera, y el derecho fundamental, que lo es, el de los empleados públicos a la estabilidad en el empleo, tendrá que prevalecer, como en toda ponderación, el derecho fundamental de los empleados públicos pues implica el mantenimiento y continuidad del servicio público de obligado cumplimiento y además la remuneración de quienes trabajan para una misión de interés general es solo un medio al servicio de este objetivo y es que tanto monto debido como la integral estabilidad real se desprende no de la indexación de los salarios a los precios del mercado ni de criterios financieros sino del principio constitucional de la *dignidad de la persona*¹⁵⁴.

Que en el supuesto de que sea declarado improcedente su despido derivado de un incumplimiento grave y culpable (artículo 96.2 EBEP) procede en todo caso la readmisión del personal laboral fijo, acompañada de los salarios dejados de percibir. Dos consideraciones caben realizar a esta peculiar regla. En primer lugar, no quedan suficientemente claras las razones por las que el legislador restringe el ámbito de aplicación del artículo 96.2 EBEP tan sólo a los supuestos de despido disciplinario. Y, en segundo lugar, el precepto comentado extiende su ámbito subjetivo de aplicación únicamente al personal laboral fijo, quedando excluidos, por tanto, los trabajadores temporales y los indefinidos no fijos (que han adquirido esta condición por irregularidades en su contratación).

¹⁵³ Treviño Pascual, Mariano (2017)- *Concepto y causas de despido...*, op. cit., p. 116.

¹⁵⁴ Ibídem., p. 216.

La cuestión a dilucidar es si cabe esperar una interpretación judicial extensiva del artículo 96.2 EBEP, más allá del despido disciplinario *stricto sensu*, de manera que la readmisión inmediata sea la consecuencia necesaria de cualquier decisión empresarial extintiva declarada – judicialmente o no- improcedente, recuperando así la propuesta inequívoca de la comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁵⁵.

Tal interpretación cabe, pues con carácter general el régimen jurídico del despido disciplinario improcedente se aplica supletoriamente a cualquier decisión empresarial extintiva y carente de cauce jurídico propio y además en el sector público determinados principios constitucionales casan mal con la posibilidad de extinguir la relación laboral de empleo público de manera injustificada y sólo a cambio de dinero. Se trata, por un lado, del principio de legalidad que debe regir por completo cualquier actividad administrativa – artículo 103.1 CE- y, por el otro, de los principios de mérito y capacidad – artículo 103.3 CE- como contenido esencial del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público – artículos 14 y 23.2 CE; 55.1 EBEP- Por no hablar del más genérico principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos – artículos 9.3 CE- , principios que deben servir para extender el artículo 96.2 EBEP a cualesquiera decisiones empresariales extintivas injustificadas y por ello declaradas improcedentes¹⁵⁶. Incluso cabrá invocar el derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 CE), que impide el despido sin causa o libre, para reforzar la interpretación extensiva del artículo 96.2 EBEP, por ser ésta más acorde con la efectividad del citado derecho fundamental.

Además, desde el punto de vista constitucional el derecho de acceso al empleo público en régimen laboral no admite quiebra en función del régimen temporal o fijo de la relación individual de trabajo, corroborado por la legalidad ordinaria en el vigente artículo 55.2.

¹⁵⁵ En efecto, el Informe de la Comisión de Expertos así lo reconocía y recomendaba:

“La única -pero no por ello menos relevante- peculiaridad debe consistir en la supresión de la figura del despido improcedente o sin causa en el ámbito del empleo público. La razón de esta propuesta es sencilla. La Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa garantía”,

¹⁵⁶ Vivero Serrano, Juan Bautista (2007)- “El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Derecho Social*, núm. 40, , pp.73-74.

Si tanto el personal laboral fijo como el temporal deben ser seleccionados a través de los principios de mérito y capacidad -artículo 55.2 EBEP- no se justifica que al primero se le proteja mediante la estabilidad real, debiendo conformarse el segundo con la estabilidad relativa ex artículo 56 ET¹⁵⁷. Pues, no se explica por qué se ha introducido una dualidad de regímenes según se trate de trabajador fijo o temporal cuando en ambos casos se trata de trabajadores laborales que han accedido al empleo público de modo regular.

No obstante, el TJUE en el caso “de Diego Porras” ha afirmado que, a los efectos de la Directiva 1999/70, la indemnización en caso de extinción debe ser calificada como una “condición de trabajo”, se ha planteado la cuestión prejudicial de si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos ex artículo 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4^a con respecto a los indefinidos no fijos y temporales, resuelta la STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17, que al contestar a la misma establece que “están comprendidas en dicho concepto, en particular, ... las relativas a la indemnización concedida al trabajador por la finalización del contrato que le vincula con su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, apartados 42, 44 y 45)” (Apdo. 28).

Pues bien, “estas consideraciones son plenamente aplicables al régimen de reincorporación, al que tiene derecho el trabajador fijo en caso de despido disciplinario considerado improcedente, ya que tiene como razón de ser la relación de trabajo entre ese trabajador y su empresario”. De ello, “se deduce que una indemnización está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco”. Y en plena lógica argumental constata que “la regla general aplicable en caso de despido improcedente establece que el empresario puede optar entre la readmisión o la indemnización del trabajador afectado” y observa, “como excepción a la mencionada norma general, los trabajadores fijos que prestan servicios para las administraciones públicas cuyo despido disciplinario es declarado improcedente deben ser readmitidos obligatoriamente” (Apdos. 30, 31, 40 y 41 STJUE

¹⁵⁷ Vivero Serrano, Juan Bautista (2013)- “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del artículo 96,2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, Editorial La Ley, julio-agosto, p.9.

(Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17).

De forma y manera que no se priva de decir que “*para el personal fijo, la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo, teniendo en cuenta los principios consagrados en la Constitución española* (el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos), *mientras que, para el personal no fijo* (temporal o al indefinido no fijo), *el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, de modo que, en este caso, el legislador español no ha considerado conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente y concederle una indemnización*”. Y todavía más, con menor timidez si cabe, no tiene empacho de atreverse a afirmar que “*Esta diferencia inherente a las modalidades de contratación tiene por efecto, que el personal laboral fijo, que no es funcionario, pero que cuando menos ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral*” (Apdos. 44 y 45 STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17).

Y en la misma línea continúa, ya que “*las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente*”; por todo ello, “*cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y*

transparentes” (Apdos. 46 y 48 STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17

Como existe en nuestro ordenamiento una verdadera reserva de derecho público y al Estado corresponde funcionar como garante de él, la desviación de poder, que contempla el artículo 70.2 LRJCA (Ley 29/1998, de 13 de Julio), consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, que tiene lugar por la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes para que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, sea apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine. **Desviación de poder que comporta en este ámbito laboral el fraude de Ley consistente en evitar la aplicación de la normativa que corresponde** (aparentar respetar la literalidad de la ley-apariencia de licitud-, eludiendo gravemente su finalidad) le es aplicable la desviación de poder (que supone un ánimo predeterminado de utilizar las facultades de la Administración con fines distintos de los previstos por la ley), es decir que la actuación administrativa constituye “desviación de poder”, cuando refleja una disfunción manifiesta entre el fin objetivo (garantizar el mantenimiento de los servicios públicos) que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, desviación de poder que en el ámbito laboral comporta el fraude de ley.

Siendo también cierto que puede incurrirse **en fraude a Constitución** [*“los actos (legislativos) realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*] artículo 6.4 Código Civil o en uso **abusivo de un Derecho** (*“la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial el mismo”*), artículo 7.2 Código Civil por parte del legislador, por lo que habrá que dar cuenta del juego aplicativo de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, si se

tiene el límite del contenido esencial del derecho al trabajo que tiene todo que ver con la permanencia y esenciales de los servicios de obligado cumplimiento, por lo que ha de buscarse la máxima acomodación del contenido de aquellos derechos y bienes cuando se presente una colisión entre ellos. A tal fin, con carácter originario corresponde al legislador, pero también a la Administración y al Juez, tanto identificar el derecho o bien constitucional que justifica la limitación de otro derecho como arbitrar los medios para limitarlo, debiendo, no obstante, preservar siempre también la optimización de efectos de los derechos concurrentes.

En la medida en que la colisión entre derechos fundamentales se plantea en el plano de su ejercicio, el respeto del principio de proporcionalidad vincula tanto al legislador como a la Administración y al Juez ordinario; lo que permite distinguir entre su aplicación por el legislador para la configuración del derecho fundamental -la “*proporcionalidad en la ley*”, controlable por el Tribunal Constitucional-, y las proyecciones del principio para la Administración y la Jurisdicción ordinaria -“*proporcionalidad en la aplicación de la ley*”, si se quiere encontrar un paralelo con el principio de igualdad, que supone la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, pues las condiciones de trabajo, si sus demás circunstancias no varían, deben ser iguales para todos los empleados de la Administración Pública, lo que exige sustituir la calificación de improcedencia del despido, por la de nulidad. Es decir lo que existe, *son relaciones de servicios* en una organización administrativa (interna o externa) de las AAPP dirigida al logro del fin de la misma integrado en el ordenamiento administrativo de garantizar la permanencia y esencialidad de los servicios públicos, el respeto de estos fines y la satisfacción de los intereses de todos, concreto objetivo que se proponen alcanzar que no es otro que la supervivencia y viabilidad de las mismas y en último término mantener el volumen de empleo en las AAPP con el fin de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento.

3:2. El abuso de derecho en la contratación laboral.

En lo que atañe al *abuso de derecho* se deberá acreditar, que se ha ejercido de un modo que manifiestamente sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho y, además, que se produce un daño para un tercero, requisitos éstos, que no pueden identificarse, al

igual que cuando nos referíamos al fraude, con la mera inexistencia de la causa, puesto que para que podamos hablar de abuso de derecho debe constatarse que el ejercicio del derecho se realiza de un modo anormal y que no va dirigido a la satisfacción de un interés legítimo del titular del derecho, como pueda ser la necesidad de adoptar medidas de extinción, sino que se pretende otra cosa distinta que además conlleva un daño a un tercero.

En este sentido, habría que remitir necesariamente, en este caso, a lo establecido en el artículo 7.2 del CC, que define el abuso del derecho (equiparándolo en sus efectos al ejercicio antisocial del mismo) como todo acto u omisión que por intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, hay pues: 1.º Uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o en formas objetivas, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho; lo que se traduce en la correspondiente indemnización y en la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso y garanticen la estabilidad en el empleo de los trabajadores¹⁵⁸.

En definitiva impedir que no se pueda alcanzar el concreto objetivo que se proponen las partes con el contrato que no es otro que la supervivencia y viabilidad de la empresa y el mantenimiento del volumen de empleo en la misma o situar a la Administración Pública en la senda de la viabilidad presupuestaria y financiera y en último término mantener el volumen de empleo en la misma con el fin de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento, lo que solo puede ser preservado si se aseguran los derechos y libertades de los trabajadores públicos y privados. Máxime si la integral estabilidad real se desprende, como efectivamente lo hace, no de criterios financieros sino del principio constitucional de la *dignidad de la persona*.

Si bien, se admiten los contratos “*por una duración determinada... en los siguientes supuestos*”, como una excepción al contrato por tiempo indefinido y basados en causas

¹⁵⁸ Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un...*, op. cit., pp. Lección Tercera.

justificadas (principio de causalidad), es un listado cerrado de supuestos de contratación temporal por el principio de causalidad y por el juego de otras presunciones que juegan a favor de la contratación indefinida y la validez de la contratación requiere que concurra la causa objetiva específicamente prevista. Así sucede con los contratos para obra o servicio determinado, con los contratos eventuales por circunstancias de la producción y con los contratos de interinidad que se justifican, en la naturaleza temporal del trabajo a realizar. Cuando el trabajo responda a necesidades permanentes de las empresas, esto es, las que derivan de la actividad habitual y permanente lo que procede es la contratación de trabajadores fijos de plantilla para atenderlas. Los contratos temporales quedarían para las actividades extraordinarias. Exigencia rigurosa de las causas que permiten un mayor control de la utilización abusiva y encadenada de las diversas modalidades contractuales que muchas veces enmascaran actividades indefinidas, que se parcelan artificialmente mediante contratación temporal directa¹⁵⁹.

Con lo que, si la presunción del núm. 3 del artículo 15 ET “*Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”, no se destruye nos hallamos ante un “abuso del derecho (y) ejercicio antisocial del mismo” artículo 7.2 CC, entendido como el intento “torticero” de impedir la estabilidad en el empleo.

El caso más claro de abuso, en este contexto con alguna frecuencia, es el siguiente:

Los pactos por los cuales se van sucediendo respecto del mismo trabajador, sin solución de continuidad, contratos “encadenados” por tiempo cierto; la jurisprudencia al respecto es reiterada e inconcusa (firme, definitiva) si ha habido varias prórrogas sucesivas ha declarado que “concertar contratos sucesivos de corta duración sin razón suficiente, con la finalidad de poder despedir libremente, constituye “un claro abuso de derecho”. Es, en suma, un acto cuya finalidad es impedir la supervivencia y viabilidad de la empresa y el mantenimiento del volumen de empleo en la misma o situar a la Administración Pública en la senda de la viabilidad presupuestaria y financiera y en último término mantener el volumen de empleo en la misma con el fin de garantizar la prestación del servicio público que es de obligado cumplimiento, lo que solo puede ser preservado si se aseguran los derechos y libertades de los trabajadores públicos y privados

¹⁵⁹ Ibídem., p. Lección Tercera.

(el derecho a la estabilidad del empleo); la consecuencia, conforme al artículo 6.3 CC, es la nulidad del acto por contrario a Ley¹⁶⁰.

Supuesto respecto de que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco *solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada* apdo. 70, si bien *corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se consideran “sucesivos”* apdo. 71 STJUE de 22 de enero de 2020, en el asunto C-177/18 Almudena Baldonedo Martín y Ayuntamiento de Madrid.

Y que comprobado como tal realidad se trata de evitar con la formalización legal reflejada en el artículo 15.5 y Disposición Adicional 15^a en cuanto a las AAPP ambos del ET que incorpora alguna de las medidas contempladas por la Directiva 1999/70, en un ansiar con afán su concreción formal: este es el primer principio de la democracia, limita los encadenamientos a *“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.”*

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.” (artículo 15.5 ET).

Y,

¹⁶⁰ Ibídem., p. Lección Tercera.

1. Lo dispuesto en ... el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

3. Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.” (Disposición Adicional 15ª ET)

La regla del artículo 15.5 del ET en derecho portugués es si cabe mucho más restrictiva y se completa por el juego de dos artículos de su Código del Trabajo el 143 y el 179: Artigo 143.º *Sucessão de contrato de trabalho a termo 1 - A cessação de contrato de trabalho a termo, por motivo não imputável ao trabalhador, impede nova admissão ou afectação de trabalhador através de contrato de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretize no mesmo posto de trabalho, ou ainda de contrato de prestação de serviços para o mesmo objecto, celebrado com o mesmo empregador ou sociedade que com este se encontre em relação de domínio ou de grupo, ou mantenha estruturas organizativas comuns, antes de decorrido um período de tempo equivalente a um terço da duração do contrato, incluindo renovações. 2 - O disposto no*

número anterior não é aplicável nos seguintes casos: a) Nova ausência do trabalhador substituído, quando o contrato de trabalho a termo tenha sido celebrado para a sua substituição; b) Acréscimo excepcional da actividade da empresa, após a cessação do contrato; c) Actividade sazonal;

No se puede dejar de señalar la duración máxima de los contratos a término tal como la establece el Artigo 148.^º Duração de contrato de trabalho a termo 1 - *A duração do contrato de trabalho a termo certo não pode ser superior a dois anos.* 5 - *A duração do contrato de trabalho a termo incerto não pode ser superior a quatro anos.* 6 - *É incluída no cômputo do limite referido no n.^º 1 a duração de contratos de trabalho a termo ou de trabalho temporário cuja execução se concretiza no mesmo posto de trabalho, bem como de contrato de prestação de serviço para o mesmo objeto, entre o trabalhador e o mesmo empregador ou sociedades que com este se encontrem em relação de domínio ou de grupo ou mantenham estruturas organizativas comuns*"¹⁶¹.

¹⁶¹ Y que la jurisprudencia de los tribunales no ha dejado de apuntalar – Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 30 de junho de 2016 (Proc. n.^º 57/14.7TTBRG.G1, disponível in www.dgsi.pt) – “*1. O art. 143.%/1 do CT impede a válida contratação a termo na sequência de cessações que não se traduzam em justa causa de despedimento. 2. Consideram-se sem termo os contratos de trabalho celebrados em violação do disposto no art. 143.%/1 do CT. 3. A inserção num contrato de trabalho a termo, celebrado em violação do disposto no art. 143.%/1 do CT, de uma cláusula de não renovação, com cessação no termo do prazo sem necessidade de comunicação, acompanhada da garantia, pelo empregador, da continuidade da relação e da não atribuição de horário às trabalhadoras, traduz um despedimento de facto. 4. Cessando o contrato de trabalho a termo certo por via de cláusula de não renovação inserida no contrato, é devida ao trabalhador compensação por caducidade*”.

– Ac. do STJ, de 26 de maio de 2015 (Proc. n.^º 960/11.6TTLRS.L1.S1, disponível in www.dgsi.pt) – “*É proibida a celebração de sucessivos contratos a termo se a cessação do primeiro contrato seja devida a razões não imputáveis ao trabalhador e não é respeitado um período de espera correspondente a um terço da duração do contrato anterior, quando se pretende o preenchimento do mesmo posto de trabalho. Para que se possa concluir pela existência do mesmo posto de trabalho é necessário que o trabalhador esteja a desempenhar as mesmas funções no mesmo contexto organizativo. Tendo a entidade patronal celebrado com o trabalhador sucessivos contratos a termo, tal é admissível porque não estamos perante o preenchimento do mesmo posto de trabalho, pois embora tivesse sido contratado para o desempenho das mesmas funções, não foi colocado no mesmo posto de trabalho que ocupara na vigência e com a celebração do contrato anterior*”.

Ac. do STJ de 26/05/2015 (GONÇALVES ROCHA), Proc. n.^º 960/11.6TTLRS.L1.S1

“*É proibida a celebração de sucessivos contratos a termo se a cessação do primeiro contrato seja devida a razões não imputáveis ao trabalhador e não é respeitado um período de espera correspondente a um terço da duração do contrato anterior, quando se pretende o preenchimento do mesmo posto de trabalho. Para que se possa concluir pela existência do mesmo posto de trabalho é necessário que o trabalhador esteja a desempenhar as mesmas funções no mesmo contexto organizativo. Tendo a entidade patronal celebrado com o trabalhador sucessivos contratos a termo, tal é admissível porque não estamos perante o preenchimento do mesmo posto de trabalho, pois embora tivesse sido contratado para o desempenho das mesmas funções, não foi colocado no mesmo posto de trabalho que ocupara na vigência e com a celebração do contrato anterior*”.

Ac. do TRP de 27/05/2013 (PAULA LEAL DE CARVALHO), Proc. n.^º 1019/11.1TTBCL.P1

“*I. O art. 143.^º, n.^º 1, do CT/2009 proíbe, designadamente, a sucessão de contrato de trabalho a termo, nos termos nele previstos, celebrado com o mesmo ou outro trabalhador, sob pena de, nos termos do art. 147.^º, n.^º 1, al. d), do mesmo, “se considerar sem termo o contrato de trabalho a termo celebrado em*

La otra norma a tener en cuenta es el Artigo 179.^º CT en la sección que regula las Empresas de Trabajo Temporal en que la Proibição de contratos sucessivos, se hace en los siguientes términos *1 - No caso de se ter completado a duração máxima de contrato de utilização de trabalho temporário, é proibida a sucessão no mesmo posto de trabalho de trabalhador temporário ou de trabalhador contratado a termo, antes de decorrer um período de tempo igual a um terço da duração do referido contrato, incluindo renovações.* *2 - O disposto no número anterior não é aplicável nos seguintes casos: a) Nova ausência do trabalhador substituído, quando o contrato de utilização tenha sido celebrado para sua substituição; b) Acréscimo excepcional de necessidade de mão-de-obra em actividade sazonal.*

Y como duración máxima del contrato de puesta a disposición establece la siguiente en su Artigo 178.^º es la de *1 - O contrato de utilização de trabalho temporário é celebrado a termo resolutivo, certo ou incerto.* *2 - A duração do contrato de utilização de trabalho temporário, incluindo renovações, não pode exceder a duração da causa justificativa nem o limite de dois anos, ou de seis ou 12 meses em caso de, respectivamente, vacatura de posto de trabalho quando já decorra processo de recrutamento para o seu preenchimento ou acréscimo excepcional da actividade da empresa.* *3 - Considera-se como um único contrato o que seja objecto de renovação.* *4 - No caso de o trabalhador temporário continuar ao serviço do utilizador decorridos 10 dias após a cessação do contrato de utilização sem a celebração de contrato que o fundamente, considera-se que o trabalho passa a ser prestado ao utilizador com base em contrato de trabalho sem termo.*

violação do citado art. 143.^º, n.^º I. ” II. No caso de contrato de trabalho a termo celebrado, em violação do disposto no citado art. 143.^º, n.^º I, com outro trabalhador, o contrato de trabalho a termo que, nos termos do referido art. 147.^º, n.^º 1, al. d), se considera sem termo é o contrato “sucessor” ou seja o celebrado com o novo trabalhador e não o contrato de trabalho a termo que havia sido celebrado com o trabalhador “antecessor” (que, entretanto, havia cessado por caducidade decorrente do seu termo)”.

Ac. do TRL de 02/07/2014 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO), Proc. n.^º 4598/12.2TTLSEB.L1-4

“Como é afirmado no Acórdão deste mesmo Tribunal, de 17/1/2007, «se se sucedem diversos contratos de trabalho a termo, intervalados entre si, o prazo de prescrição relativamente aos créditos emergentes dos contratos já cessados, sendo certo que se iniciou no dia subsequente ao da respetiva cessação (cfr. art. 381.^º, n.^º 1 do CT), tem de considerar-se novamente suspenso a partir do momento em que, entre as partes, se celebrou novo contrato, pois a razão de ser que determinou o legislador a optar pela mencionada especificidade quanto à prescrição dos créditos laborais subsiste”.

Y que como soluciones legales expresas invalidan tales prácticas de abuso de derecho, al que solamente debemos recurrir cuando el ordenamiento jurídico no nos presenta otras soluciones.

Pero más interesante si cabe, en derecho portugués, es el hecho de que el contrato de trabajo de interinidad por vacante solo puede vehiculizarse a través de Empresas de Trabajo Temporal tal como establece en el Artigo 175.^ºen que *1 - ...só pode ser celebrado nas situações referidas nas alíneas a) a g) do n.^º 2 do artigo 140.^º e ainda nos seguintes casos: a) Vacatura de posto de trabalho quando decorra processo de recrutamento para o seu preenchimento.* Lo que impediría supuestos como los analizados en los casos Montero Mateo, Sánchez Ruiz y Martínez Andrés en que se trata de vínculos administrativos y no laborales.

Aun cuando ocurre como en el derecho español en que, las soluciones legales no dejan de tener una textura abierta, agujeros en el lenguaje, que hay que integrar como puso de manifiesto la STJUE de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596/14 “de Diego Porras I”, en el que los servicios se prestan para el Ministerio de Defensa desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa al amparo de varios contratos de interinidad. El último contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005, tenía por objeto sustituir a una trabajadora, hasta el 30 de septiembre de 2012 por reincorporación de la sustituida a su puesto de trabajo a partir del 1 de octubre de 2012 ,en el que se afirma que, a los efectos de la Directiva 1999/70, la indemnización en caso de extinción debe ser calificada como una “condición de trabajo” y , además, que el mero hecho de que un trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la denegación de cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables.

Pues bien, es en este escenario en el que debe ubicarse la STS 28/03/2017 (RCUD 1664/15. En virtud de esta sentencia, que reconoce una indemnización de 20 días a un caso de cobertura reglamentaria de plaza de un trabajador indefinido no fijo (corrigiendo la doctrina que hasta la fecha había mantenido aplicando la indemnización del artículo

49.1.c ET). Los argumentos de esta sentencia para este cambio de criterio son los siguientes:

“4. Tercera. Porque la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales - en este caso, el régimen extintivo-obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”.

En cualquier caso, esta doctrina ha sido ratificada por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones y ampliamente acogida en suplicación. El problema se estaba planteando cuando algunos Tribunales Superiores de Justicia también están aplicando la doctrina STS 28/3/2017 (RCUD 1664/15) a extinciones de interinos (recuérdese, temporales) por cobertura reglamentaria de plaza, si bien este criterio sufrió un cambio,

a partir de las STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto C-677/16, Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, que revierten la doctrina del asunto “de Diego Porras” que reconocía en estos casos una indemnización equiparable a la de los despidos objetivos (20 días por año con un máximo de 12 meses), porque estima que, “*sí existe una razón objetiva para justificar que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores*”, para lo que se invoca “*la diferencia que caracteriza al contexto en que se producen las causas de finalización de los contratos temporales previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, como el vencimiento del término de un contrato de interinidad, en relación con aquel en el que está previsto el abono de una indemnización en caso de despido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho Estatuto, como las económicas, técnicas organizativas o de producción, ..., en el primer caso, la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal. En el segundo supuesto, en cambio, el abono de la indemnización establecida ... está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, ... ”* (Apdos. 55 y 58).

En estas circunstancias, “*, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato*” entre trabajadores fijos y trabajadores interinos. Por lo que, la Directiva 1999/70/CE “*no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva*” (Apdos. 63 y 65 STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16). Aun cuando, habíamos quedado en que hay indemnización para los contratos

indefinidos -conforme a la doctrina judicial referida-, porque hay imprevisibilidad de la ruptura del vínculo contractual y se trata de compensar la frustración de las expectativas del trabajador sobre la continuidad de la relación laboral. Y, puesto que no hay imprevisibilidad en la ruptura de los temporales, está justificada la inexistencia de indemnización -no habría nada que compensar por hipótesis- o la existencia de una inferior a la del trabajador fijo comparable.¡Y ahora resulta que “ la imprevisibilidad de la finalización del contrato” puede acompañar también a algunos contratos temporales bajo determinadas circunstancias!, ¿entonces en qué quedamos?¹⁶².

Todo esto, tiene un vuelco definitivo tras la STJUE en el asunto C-619/17 “de Diego Porras II” de 21 de noviembre de 2018, cambia de criterio al afirmar, a los efectos de la Directiva 1999/70, que hecho de que un trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad puede constituir una razón objetiva que permita justificar la denegación de cualquier indemnización al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Además, corresponde *al tribunal nacional apreciar, conforme a todas las normas del Derecho nacional aplicables, si una medida como la controvertida , que establece el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70.*

En tal caso, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, según la cual el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada que pertenezcan a ciertas categorías da lugar al abono de esta indemnización, mientras que el vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de

¹⁶² Palomeque López, Manuel (2018)- “La doctrina judicial europea de *Diego Porrás* no...”, op. cit, p.4.

categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

De manera definitiva, en aplicación de la doctrina referida la STS de 13 de marzo de 2019 (RCUD 3970/2016) establece que, puesto que “*en nuestro ordenamiento jurídico la sanción ante el abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET (que se completa con el apartado 5 para las otras modalidades contractuales de duración temporal), nos obliga a considerar necesario precisar que el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo, en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas.*

Nos resta añadir que, por más que ‘a priori’ pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (artículo 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET”.

3.3. A modo de epílogo de este epígrafe.¹⁶³

Es la plasmación normativa, de que había que reducir significativamente el número de empleados públicos en España que, se decía, era excesivamente gravoso para las arcas

¹⁶³ Se puede recomienda seguir para contextualizar este epílogo lo desarrollad precompresivamente en las pp. 49 a 61 de la Primera Parte. V. UN MODELO MONETARIO DE CAPITALISMO.

públicas. A nivel normativo se plasmó en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, cuyo artículo 23 limitó drásticamente la oferta de empleo público para ese año (limitación que posteriormente se prorrogó) en los siguientes términos: “*Durante el año 2010, el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público delimitado en el artículo anterior será, como máximo, igual al 15 por 100 de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales*”. Como puede observarse se trata de una especie de regulación de empleo general por la vía de amortizar al menos el 85 por 100 de las plazas que queden libres por jubilaciones o fallecimientos, básicamente, partiendo de que la tasa de reposición para conservar los puestos de trabajo existentes debería ser del 100 por 100. Tasa de reposición cero, paralización de cualquier oferta pública de empleo, la ruptura de un compromiso fundamental del Estatuto Básico del Empleo Público que fue avalado por el Tribunal Supremo, frente a lo que sin embargo había sucedido con los Tribunales constitucionales italiano y portugués, que establecieron algunas cautelas relevantes a esta actividad legislativa degradatoria de los derechos de los empleados públicos. El alineamiento pleno de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa con los impulsos del poder político en el recorte del gasto público y el deterioro de los derechos colectivos y del empleo estable, es una característica muy señalada del proceso de desestabilización del empleo público como consecuencia de la crisis financiera en España.

Un efecto directo de estas políticas del derecho ha sido la precarización del empleo público. En general, puede decirse que el altísimo porcentaje de contratados temporales constituye el rasgo distintivo -y odioso- del mercado de trabajo español: según la EPA, un 26,1% de los trabajadores españoles -4,4 millones sobre 16,9 millones de asalariados- en el cuarto trimestre del 2019 tenían un contrato temporal. Urge un pacto social y político que reaccione eficazmente frente a la precarización del empleo, que acaba arruinando la efectividad del derecho al trabajo y vacía de contenido el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a la realización de una política de pleno empleo.

Pero esa temporalidad también está muy arrraigada en el empleo público, lo que en principio resulta plenamente contradictorio, salvo que se interprete su presencia en razón de las circunstancias reseñadas que han hecho de él -y de los servicios públicos esenciales

para la ciudadanía- uno de los blancos centrales de las políticas de recorte neoliberal que han sido el eje de la acción de gobierno desde la crisis del 2010.

En efecto, los casi 2,6 millones de empleados públicos se distribuyen así:

Tipo Administracion	Total empleados públicos	Total Temporales EEPP
Administración Central Estado	512.764 (19,72 % del total Empleados Públicos)	13.849 (7,2 %)
Comunidades Autónomas	1.515.565 (58,32 % del total Empleados Públicos)	422.165 (36,19%)
Administración Local, Municipal	570.000 (21,96% del total de EEPP)	70.103 (12,28%)

Son datos muy significativos, no solo porque denotan que la acción pública reposa fundamentalmente sobre las CCAA, sino porque muestran que el nudo de la precariedad se sitúa precisamente en este nivel regional, sin que las administraciones estatal y en menor medida municipal tengan este problema, posiblemente porque en el nivel local ha funcionado fuertemente el mecanismo de la externalización de servicios a través de las vías de la concesión y contratación administrativa a otras empresas mediante el recurso a lo que se llama privatización de los servicios, de su titularidad o de su gestión. Es inconcebible que las CCAA mantengan una tasa tan alta como insostenible de temporalidad del personal a su servicio y que no hayan reaccionado frente a ésta. Un problema de precariedad que se extiende a la Universidad, con 18.395 temporales y una tasa de temporalidad de un 44%. Y en general, a los sectores donde más actúa la temporalidad que son los de la sanidad, la educación y la justicia.

Revertir esta situación, que ha generado además una fuerte contestación por parte del personal interino y eventual que ha llegado hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como hemos expuesto en todo lo que antecede. Las propuestas que se hagan han permitir una ejecución completa de la Oferta Pública de Empleo en los términos pactados en el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público y las condiciones de trabajo, y, en segundo lugar, una reforma del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP) que no solo proceda a limitar la utilización de la contratación temporal y su encadenamiento,

reformulando en términos estrictos las prohibiciones y sanciones que señala la Directiva sobre contratos temporales fruto del Acuerdo Marco Europeo, sino también que permita encontrar una solución compatible entre las sentencias europeas y las exigencias constitucionales nacionales; entre el reconocimiento del trabajo realizado y el principio de mérito y capacidad¹⁶⁴.

Verificadas las realidades existentes, es nuestro afán verlas concretarse formalmente: este es el primer principio de la democracia, sin tener porque basarnos en argumentos en Realpolitik y, por lo tanto, recurrir a expresiones de “así son las cosas” y al sentido común. Pues partimos de “principios reales” que debemos defender y aun cuando no coincidan con los principios que la mayoría u opinión dominante. En el contexto democrático, por supuesto, luchamos en nombre de la mayoría, es decir, para la sociedad civil en su conjunto, que en su justicia propia espera, por tanto, la deseada y deseable intervención del legislador¹⁶⁵, en los casos en que los contratos temporales carecen de duración previsible y son inusualmente largos; parámetro de la previsibilidad o no de la extinción que no parece ser el que forma parte de la finalidad de las indemnizaciones en el ET ni en la interpretación académica, ni en la jurisprudencial sino más bien él de la pérdida del puesto de trabajo que es lo que se pretende reparar con las indemnizaciones vinculadas a la extinción del contrato de trabajo.

Por lo que lo más conveniente ahora es ir adelantando propuestas que puedan suponer el cambio ineludible en el EBEP que remedie las situaciones de temporalidad que se arrastran desde hace demasiado tiempo en el empleo público y que, como hemos visto, se localizan fundamentalmente en el de las diferentes Comunidades Autónomas.

Entre las que destacaría, como ejemplo a seguir **Regularização extraordinária de vínculos laborais precários** llevada a cabo en Portugal.

O PREVPAP é um programa de regularização extraordinária dos vínculos precários na Administração Pública. Através deste programa os trabalhadores da Administração Central e do Setor Empresarial do Estado podem regularizar o seu vínculo laboral com o

¹⁶⁴ Baylos Grau, Antonio (2020)- <https://baylos.blogspot.com/2020/06/precariedad-y-empleo-publico.html>.

¹⁶⁵ Pasolini, Pier Paolo (2009)- *Escritos....*, op. cit., p. .

Estado. Prevê a limitação do uso pelo Estado de trabalho precário, estabelecendo uma política clara de eliminação progressiva do recurso a trabalho precário e a programas de tipo ocupacional no setor público como forma de colmatar necessidades de longa duração para o funcionamento dos diferentes serviços públicos.

Para cumprir essa meta, a Lei do Orçamento do Estado para 2017, no artigo 25, determinou a criação de um programa de regularização extraordinária dos vínculos precários na Administração Pública e no Setor Empresarial do Estado - PREVPAP.

O PREVPAP desenvolve-se em **3 fases distintas mas consecutivas**.

Foi elaborado um relatório onde foram identificados os casos de contratação com vínculos não permanentes no conjunto de todos os órgãos, serviços e entidades da Administração Pública central e local e do Setor Empresarial do Estado.

Estabelecem-se os procedimentos da avaliação de situações a submeter ao PREVAP, no âmbito da estratégia plurianual de combate à precariedade, , e cria as Comissões de Avaliação Bipartida (CAB), constituídas por representantes ministeriais, dos serviços e das associações sindicais. Esta fase tem como objetivo avaliar se as funções exercidas pelos trabalhadores correspondem a necessidades permanentes e, se assim for, se os vínculos jurídicos ao abrigo dos quais essas funções são exercidas são adequados.

A última fase decorrerá em 2018. Uma vez criados os lugares necessários nos mapas de pessoal decorrerão os procedimentos para recrutamento dos trabalhadores, com base em regime a definir em lei da Assembleia da República¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Todo ello de acuerdo, con lo establecido Lei n.º 112/2017 de 29 de dezembro, do programa de regularização extraordinária dos vínculos precários, que tiene por objeto:

“estabelece os termos da regularização prevista no programa de regularização extraordinária dos vínculos precários de pessoas que exerçam ou tenham exercido funções que correspondam a necessidades permanentes da Administração Pública, de autarquias locais e de entidades do setor empresarial do Estado ou do setor empresarial local, sem vínculo jurídico adequado”. (Artigo 1.1)

Su ámbito de aplicación abarca:

“as pessoas que exerçam ou tenham exercido funções que correspondam ao conteúdo funcional de carreiras gerais ou especiais e que satisfaçam necessidades permanentes dos órgãos ou serviços abrangidos pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas..., bem como de instituições de ensino superior públicas de natureza fundacional, de entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e de entidades do setor empresarial do Estado ou do setor empresarial local, cujas relações laborais são abrangidas, ainda que

em parte, pelo Código do Trabalho, com sujeição ao poder hierárquico, à disciplina ou direção desses órgãos, serviços ou entidades, sem vínculo jurídico adequado ”. (Artigo 2.1).

El ámbito de la regulación extraordinaria viene recogido en el Artigo 3.

1 - A presente lei abrange as pessoas a que se refere o n.º 1 do artigo 2.º que exerçam ou tenham exercido as funções em causa:

a) No período entre 1 de janeiro e 4 de maio de 2017, ou parte dele, e durante pelo menos um ano à data do início do procedimento concursal de regularização;

b) Nos casos de exercício de funções no período entre 1 de janeiro e 4 de maio de 2017, ao abrigo de contratos emprego-inserção, contratos emprego-inserção+, as que tenham exercido as mesmas funções nas condições referidas no proémio, durante algum tempo nos três anos anteriores à data do início do procedimento concursal de regularização;

c) Nos casos de exercício de funções ao abrigo de contratos de estágio celebrados com a exclusiva finalidade de suprir a carência de recursos humanos essenciais para a satisfação de necessidades permanentes, durante algum tempo nos três anos anteriores à data do início do procedimento concursal de regularização.

2 - Na administração direta, central ou desconcentrada, e administração indireta do Estado, bem como nas autarquias locais, nos procedimentos concursais que sejam abertos no respetivo órgão, serviço ou autarquia, podem ser opositores as pessoas que tenham exercido funções nas condições referidas nas alíneas a) ou b) do número anterior, reconhecidas como satisfazendo necessidades permanentes, sem vínculo adequado, em parecer da CAB da correspondente área governamental, homologado pelos membros do Governo competentes, e nas autarquias locais, reconhecidas pelo respetivo executivo.

3 - Nas instituições, órgãos ou serviços relativamente aos quais as situações a regularizar não tenham sido apreciadas por uma CAB, podem ser opositores aos procedimentos concursais as pessoas que tenham exercido funções nas condições referidas nas alíneas a) ou b) do n.º 1, após o respetivo dirigente máximo ter reconhecido que as funções satisfazem necessidades permanentes e que o vínculo jurídico não é adequado.

4 - Em instituições, órgãos ou serviços integrados em áreas ministeriais, que se encontrem na situação referida no número anterior, as decisões dos dirigentes máximos carecem de homologação dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do trabalho, solidariedade e segurança social e da respetiva área governativa.

El número de puesto de trabajo a cubrir, tal como establece el Artigo 4, son:

1 - O número de postos de trabalho a tempo completo a incluir nos procedimentos concursais corresponde ao número de pessoas abrangidas pelo procedimento, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

2 - É considerado um posto de trabalho a incluir nos procedimentos concursais por cada uma das seguintes situações:

a) Quando as mesmas funções tenham sido exercidas por mais de uma pessoa no período entre 1 de janeiro e 4 de maio de 2017;

b) Quando as mesmas funções tenham sido exercidas a tempo parcial, os respetivos períodos normais de trabalho são adicionados para perfazer um posto de trabalho;

c) Quando as mesmas funções tenham sido exercidas ao abrigo de contratos emprego-inserção, contratos emprego-inserção+ ou contratos de estágio, ainda que por mais de uma pessoa nos três anos anteriores à data do início do procedimento concursal.

3 - O Instituto do Emprego e Formação Profissional, I. P. (IEFP, I. P.), determina o número de postos de trabalho para atividades de formação que satisfazem necessidades permanentes, para as diferentes componentes de formação, de acordo com, pelo menos, o critério do número de formadores que se mantiveram a exercer funções a tempo completo em todos os anos de 2015 a 2017, independentemente da unidade funcional em que exercem funções.

4 - Para efeitos do número anterior, entende-se por tempo completo um horário de 1000 horas anuais.

Opositores, serán según el Artigo 5:

1 - Podem ser opositores aos procedimentos concursais as pessoas que se encontrem nas situações referidas nos n.os 2 ou 3 do artigo 3.º e que exerceiram as funções correspondentes aos postos de trabalho.

2 - Podem ser opositores aos procedimentos concursais para preenchimento dos postos de trabalho determinados de acordo com o n.º 2 do artigo 4.º:

a) Na situação referida na alínea a), as pessoas que tenham exercido as mesmas funções no período indicado;

b) Na situação referida na alínea b), as pessoas que tenham exercido as mesmas funções a tempo parcial;

Además de acuerdo con el artigo 15.1 da Lei 112/2017, de 29 de dezembro, está disponível um ficheiro PDF com a informação sobre o número de requerimentos entregues por via eletrónica e em papel, situações tituladas por contrato emprego-inserção e contratos emprego-inserção+comunicadas às CAB e situações comunicadas pelos

c) Na situação referida na alínea c), as pessoas que tenham exercido as mesmas funções ao abrigo dos contratos referidos, no período mencionado.

3 - Podem ser opositores aos procedimentos concursais para preenchimento dos postos de trabalho para atividades de formação no IEFP, I. P., cujo número é determinado de acordo com o n.º 3 do artigo 4.^º os formadores que tenham exercido as mesmas funções a tempo completo.

Como carrera y categoría en la que se han de integrar el Artigo 7, establece que:

"As pessoas recrutadas através do procedimento concursal são integradas na carreira correspondente às funções exercidas que deram origem à regularização extraordinária e, no caso de carreiras pluricategoriais, na respetiva categoria de base."

En cuanto al proceso de integración según el Artigo 8, se llevará

1 - Nos órgãos ou serviços abrangidos pela LTFP:

a) A integração das pessoas a que se refere o artigo 3.^º nos mapas de pessoal dos respetivos órgãos, serviços ou autarquias locais é feita mediante a constituição de vínculos de emprego público por tempo indeterminado e precedida de aprovação em procedimento concursal;

b) Reconhecidas as situações de exercício de funções que satisfaçam necessidades permanentes e sem vínculo jurídico adequado, nos termos do artigo 3.^º, os correspondentes procedimentos concursais são abertos no prazo de 30 dias a contar da data de entrada em vigor da presente lei, ou a contar da data em que se completar o prazo de um ano referido na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.^º

2 - Só podem ser admitidos os candidatos possuidores dos requisitos gerais e especiais legalmente exigidos para ingresso nas carreiras e categorias postas a concurso.

Y el procedimiento concursal tiene como principales novedades, recogida en los números 6, 7 y 8 del Artigo 10, las siguientes:

6 - Ao procedimento concursal são aplicáveis os métodos de seleção de avaliação curricular, sendo fator de ponderação o tempo de exercício de funções caracterizadoras dos postos de trabalho a concurso e, havendo mais de um opositor no recrutamento para o mesmo posto de trabalho, é ainda aplicável a entrevista profissional de seleção.

7 - Há lugar a audiência de interessados após a aplicação de todos os métodos de seleção previstos no número anterior e antes de ser proferida a decisão final.

8 - As candidaturas e as notificações no âmbito do procedimento concursal são preferencialmente efetuadas por correio eletrónico.

Finalmente tratándose de relaciones laborales, el artigo 14 establece:

1 - Em órgãos, serviços ou entidades abrangidos pelo n.º 1 do artigo 2.^º, tratando-se de relações laborais abrangidas pelo Código do Trabalho, a homologação, pelos membros do Governo competentes, dos pareceres das CAB das respetivas áreas governamentais que identifiquem situações de exercício de funções que satisfaçam necessidades permanentes, sem vínculo jurídico adequado e, no setor empresarial local, a decisão da respetiva câmara municipal nos termos do n.º 4 do artigo 2.^º, obriga as mesmas entidades a proceder imediatamente à regularização formal das situações, conforme os casos e nomeadamente mediante o reconhecimento:

a) De que as entidades ficam, para este efeito, dispensadas de quaisquer autorizações por parte dos mesmos membros do Governo;

b) Da existência de contratos de trabalho, nomeadamente por efeito da presunção de contrato de trabalho, e por tempo indeterminado por se tratar da satisfação de necessidades permanentes;

c) De que os contratos de trabalho celebrados com termo resolutivo ao abrigo dos quais essas funções são exercidas se consideram desde o seu início sem termo, ou se converteram em contratos de trabalho sem termo, de acordo com o artigo 147.^º do Código do Trabalho;

d) De que, havendo trabalho temporário prestado à entidade em causa com base em contrato de utilização de trabalho temporário celebrado fora das situações de admissibilidade, o trabalhador se considera vinculado à mesma entidade por contrato de trabalho sem termo, de acordo com o n.º 3 do artigo 176.^º do Código do Trabalho.

dirigentes máximos dos órgãos, serviços ou entidades, suscetíveis de corresponderem a necessidades permanentes e sem o adequado vínculo jurídico.

Estableciéndose diversos Procedimentos concursais no âmbito do Programa de Regularização Extraordinária de Vínculos Precários na Administração Pública (Central)

Que finalizan com Relatórios finais das Comissões de Avaliação Bipartidas no âmbito do Programa de Regularização Extraordinária de Vínculos Precários na Administração Pública (Central)

Y finalmente, una reforma del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP) que no solo proceda a limitar la utilización de la contratación temporal y su encadenamiento, reformulando en términos estrictos las prohibiciones y sanciones que señala la Directiva sobre contratos temporales fruto del Acuerdo Marco Europeo, sino también que permita encontrar una solución compatible entre las sentencias europeas y las exigencias constitucionales nacionales; entre el reconocimiento del trabajo realizado y el principio de mérito y capacidad¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Baylos Grau, Antonio (2020)- <https://baylos.blogspot.com/2020/06/precariedad-y-empleo-publico.html>.

CONCLUSÕES

PRIMEIRA.- O Management tornou-es discurso sacrossanto e propaganda do mercado sem fronteiras e da liberdade sem limites; mobiliza indivíduos, arrasta-os para a ação. No horizonte, flexibilidade social e política e capacidade de adaptação na era dos robôs e gerenciamento eletrônico da humanidade.

Os gerentes não têm inimigos, seno tão só concorrentes nos desafios do mercado. No entanto, os gerentes também exterminam; se a necessidade exigi-lo, fazem desaparecer tarefas supérfluas, a cujos executores chamam de “eficazes excedentes”. excedente ”. Esta contabilidade de figuras sem rosto é um evento sombrio produzido na civilização, um drama sem palavras: o trabalho não existe mais para “justificar nossa tarefa de existir”.

A gerência científica descartou o mito político do trabalhador. É anunciado às massas racionalizadas de hoje pelo progresso tecnológico que o futuro das sociedades ultramodernas: o desemprego é apenas um mal temporário, enquanto se aguarda a abolição do trabalho. Ninguém trabalhará no sistema industrial automatizado do futuro. Redes horizontais de indivíduos interagindo enfrentarão abundância econômica; mas também o novo pânico: o de um mundo governado sem governo.

A Globalized Management prepara o cenário para os valores consolidados que explicam a força da modernidade euro-americana: ciência, técnica e *collage jurídica*. As ciências salvam as aparências, as técnicas as criam e as colagens do direito, esse grande veículo de nossas tradições ocultas, mantêm juntas os remanescentes da Fé industrial. O Management produz heréticos da anti-globalização, mas não tem oponentes reais.

Uma divisão invisível do mundo foi consumado, não entre Nações, seno entre os agentes do mercado. Uma multidão de conglomerados transcontinentais, econômicos e financeiros formam o mesmo teatro mundial da competição, onde os Estados e grupos de Estados dominantes tentam ser os diretores da orquestra. Em todos os níveis desta construção colossal, reinam as técnicas científicas de gerenciamento. Um movimento de refeudalização do planeta está em andamento. Fala-se de estratégias de casamento de empresas, de casamentos entre grupos, de subsidiárias, de *raids* realizados por

predadores. Como nos tempos feudais da Europa, a justiça afasta-se do Estado; inventa para o comércio transnacional a resolução alternativa de conflitos (*Alternative Dispute Resolutions*). Com o novo feudalismo, os especialistas combinam técnicas de planejamento, receitas de propaganda de tiranias do século XX e idéias libertárias / libertaristas modernas.

SEGUNDO.- Mas o mercado mundial não é um poder cego. É um conjunto de regras que vêm do fundo das tradições ocidentais e estão sendo constantemente aperfeiçoadas. Sem as grandes invenções jurídicas, sem o contrato ou a resolução de conflitos pelos juízes, não haveria Management. Consultores jurídicos e escritórios de advocacia são os diretores de projeto dessa construção colossal. O direito comercial é o mais avançado do Management mundial. Herdeira do direito romano, a sociedade mundial de Estados e as empresas transcontinentais fabricou um direito internacional das trocas terrestres e marítimas. Existem árbitros que aplicam as regras do mercado globalizado, as leis do comércio justo.

Assim com a expressão “fontes de direito” para designar as vias de manifestação ou de formulação do direito num certo ordenamento jurídico como mais sensato, realista e não arbitrário é partir do princípio de que a identificação destas vias ou formas de manifestação do direito há-de decorrer de uma observação empírica de que elas efetivamente vigoram no tecido social e dos sentidos com que vigoram *como jurídicas*. Ou seja, que os destinatários a entendam como uma norma reconhecida por instâncias a quem a comunidade reconhece o poder de dizer o direito (instâncias jurisdicionais: iurisdictio, jurisdisção), ou seja, de estabelecer normas obrigatórias no plano externo, que possam ser impostas coercivamente.

Em seguida, se aplicarmos critérios gerais, de que as normas jurídicas correspondam a consensos sociais alargados e adequados (*fair*) e sejam por isso estáveis e estabilizadoras pela identificação das fontes de direito, fazendo um primeiro teste sobre a validade do que seja o direito numa determinada ordem jurídica. Depois, pode-se esclarecer como fontes de direito o direito dos negócios -a que se tem dado o nome de *nova lex mercatoria*- é uma ordem jurídica de criação espontânea, desenvolvida sobretudo a partir de cláusulas usuais em contratos comerciais, de normas admitidas como jurídicas por instâncias jurisdicionais reconhecidas na esfera dos negócios-

nomeadamente, tribunais arbitrais criados pelas partes de uma relação de negócios para resolver litígios emergentes - ou de princípios estabelecidos por organizações não governamentais que estipulam padrões jurídicos para o comércio internacional⁹. O direito dos negócios tem, portanto, uma grande autonomia em face dos Estados e é dotado de mobilidade e adaptabilidade às circunstâncias do caso. Em parte, funciona na base de precedentes; mas, por vezes, baseia-se em princípios ou valores, próprios do comércio ou do funcionamento do mercado (princípios sobre a liberdade de empresa e de comércio, sobre a concorrência, sobre boa fé, sobre a confiança, ou sobre determinadas cláusulas contratuais mais típicas). A validade autónoma da *lex mercatoria* é uma consequência da coexistência de diversos sistemas de direito independentes entre si e, designadamente, não sujeitos ao primado das constituições nacionais. Qualquer que seja a elegância da fundamentação teórica desta opinião, o que é certo é que, na medida em que este direito possa ter impactos normativos generalizados (e quase sempre os tem), a sua vigência no interior de uma ordem jurídica “comum” supõe a sua receção ou reconhecimento pelas entidades judiciais comuns, as quais, ao pronunciar-se sobre este reconhecimento, devem prever os efeitos estabilizadores ou, pelo contrário, irritantes que a aplicação das normas da *lex mercatoria* irão ter sobre todos os interesses direta ou indiretamente afetados. Esta cautela justifica-se tanto mais que as normas do direito dos negócios se geram no seio de um setor muito pouco inclusivo do trato jurídico, frequentemente cartelizado e quase sempre com intuições hegemónicas em relação a interesses menos fortes.

Não deve deixar de se chamar a atenção para as responsabilidades das práticas jurídicas ligadas ao mundo dos negócios na geração e desenvolvimento da crise financeira e económica que se iniciou em 2008. Entre outras razões pela remoção criativa dos obstáculos da regulação das entidades prudenciais, das normas da contabilidade, bem como de outras restrições legais ou regulatórias destinadas a controlar os riscos ou a torná-los transparentes. Esta criatividade jurídica visava consciente e deliberadamente evitar a lei e a regulação em vigor destinada a assegurar a transparência financeira.

Se a dupla contabilidade é um expediente estritamente financeiro para ultrapassar a lei ou a regulação, já as *specialpurpose entities* ou *vehicles* -firmas expressamente criadas, cuja autonomia é apenas de natureza técnico-jurídica, destinadas a acolherem operações financeiras que, realmente, pertenciam à firma-mãe- podem não ser senão expedientes

jurídicos centrais na alienação fictícia de passivos de risco, na realização de operações financeiras ilegais, na falsificação dos balancos, na limitação da responsabilidade, na fuga ao fisco, etc.. Por meio destas firmas testas de ferro iludem as obrigações jurídicas de transparência tanto em relação ao mercado como aos próprios acionistas.

Não se pode dizer que os resultados trágicos destas operações fraudulentas, envolvidas em formas jurídicas tecnicamente idóneas abusivamente usadas, tenha terminado. A regulação não foi nem sistemática, nem cautelosa, nem isenta, ela mesma, de escapatórias, muitas delas aparentemente intencionais. Cada nova regulação transformou-se apenas em mais um desafio para a criatividade financeira e jurídica. Assim, a arquitetura de uma continua fuga às disposições de regulação obriga a uma cadeia infinita de expedientes e ficções jurídicas, que — conjuntamente com a complexidade financeira — torna os negócios labirínticos, de extrema complexidade, inacessíveis à compreensão do público e, mesmo, de juristas não altamente especializados. Esta complexidade, só por si, é já uma poderosa peca de engenharia jurídica, que exponencia ainda o tradicional hermetismo do direito.

Portanto, o estado de direito (*rule of law*) pode ser visto como um elemento fundamental da sociedade democrática, mas isso não é a maneira como ele é encarado pela prática da engenharia jurídica. No espírito do engenheiro jurídico, a lei ou a regulação não são comandos legítimos e com autoridade que devem ser levados a sério, respeitados e obedecidos. Aos profissionais do direito, os juristas desempenham um papel ativo e crucial em o que se considera como uma cumplicidade criativa. A sua responsabilidade profissional também necessita, por isso, de ser questionada, assim como deve ser posto o problema do significado da ética profissional relativamente ao primado do direito.

Em definitiva, é muito pouco provável que a comunidade, considerada como uma constelação ampla de interesses, reconheça como normas jurídicas, capazes de afastar ordens normativas como a legal ou a constitucional, um universo de expedientes em que predomina a ganância, o artificialismo, o espírito de ficção e de engano, o descaso dos interesses coletivos e dos padrões democráticos de governo social⁹⁹. E, sendo assim, uma decisão jurisprudencial que reconheça estas normas sem uma exigente verificação da sua

aceitabilidade geral, dificilmente pode resistir à generalizada crítica social e durar no tempo.

Conseqüentemente, um legislador ansioso para conter as rescisões no mercado de ações seria melhor que ele se preocupe com o conteúdo dessas regras, em vez de tentar complicar o direito de rescisão. Então pesaria a decisão dos empresários, sobre o que a determina, em vez de tentar limitar seus efeitos.

TERCEIRO.- Esta situação é assim para as empresas transnacionais, pela eliminação das fronteiras do livre comércio da supervisão estatais e autorização da escolha das leis que lhes são mais benéficas em escala planetária. Em outras palavras, permite que eles escapem do fato que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) chama de Estado de Direito (*rule of law*).

As grandes empresas tentam se organizar como mini-estados; mas, sem uma pessoa claramente identificável como responsável, sem uma organização capaz de exigir prestação de contas e sem um terceiro a quem responder, com o que falta em uma estrutura em nível internacional. Assim, a economia descobre seus fundamentos dogmáticos ignorados e está em busca de devedores, credores e juízes sem os quais ninguém é responsável.

Nesse contexto, o princípio da solidariedade, como explicamos, é hoje o principal obstáculo que o mercado enfrenta para prevalecer completamente antes da ordem jurídica.

Outro remédio é organizar a rastreabilidade social do produto e colocar a responsabilidade na pessoa que coloca esse produto em circulação no mercado. A partir do produto para identificar a pessoa responsável, é o método escolhido no direito comunitário em relação à responsabilidade por produtos defeituosos. Este novo aspecto da Direito de Responsabilidade Civil é caracterizado pelo fato de que “o produtor é responsável pelos danos causados por um de seus produtos” (artigo 1 da Diretiva 1985/374 CEE). O incentivo à rastreabilidade deriva da regra de que “se o produtor do produto não puder ser identificado, cada fornecedor será considerado produtor, a menos que não revele à vítima, dentro de um prazo razoável, a identidade do produtor ou quem forneceu o produto”. O direito contemporâneo aceita, assim, a idéia de que a identificação do

responsável é realizada desde a cadeia produtiva e que a organização da rastreabilidade dos produtos é um instrumento privilegiado dessa identificação. O produto permanece carregado com o espírito da pessoa que o colocou em circulação e que deve continuar a responder, apesar das mudanças de proprietário. Assim, a velha idéia medieval retorna, segundo a qual a relação da pessoa com a coisa é sempre colocada sob a égide de uma relação entre as pessoas. De acordo com o Direito Feudal, sempre se tem as coisas de outro (seja esse Deus) e nunca é o proprietário no sentido absoluto, seno só o detentor da coisa. As relações dos homens com as coisas sempre foram a sombra lançada pelas relações entre os homens, e é que a relação dos homens com as coisas é o fundamento das relações contratuais entre os homens.

Na matéria das relações de trabalho, uma vez que o trabalhador da pessoa que o emprega possui os objetos de seu trabalho (a coisa trabalhada ou o instrumento de trabalho), e sem qualquer tipo de direito sobre eles, a legislação sobre acidentes de trabalho exige a empregador para responder pelos danos causados por esses objetos. E é que o proprietário continua sendo diferente que detentor da coisa, por isso a polícia só pode ser exercitada investigando, mais adiante na cadeia de produtos, se ela foi fabricada ou transferida em relação aos direitos de propriedade intelectual no processo de fabricação dos produtos colocados em circulação. Em outras palavras, os direitos de propriedade ocupam aqui o mesmo lugar estrutural que os direitos sociais na regulamentação do comércio. Como é levado em consideração no processo de fabricação de produtos quando se trata de proteger os direitos de propriedade intelectual e é proibido quando se trata de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, é uma manifestação adicional do investimento de meios e fins operados no Mercado Total.

QUARTA - A ordem racionalista, no modo ocidental, ridiculariza os velhos estilos e promove um universo de pessoas desenraizadas. Fala a linguagem do mercado de trabalho livre e aposta no ideal padrão de um emprego nômade e precário, em um mundo industrial apátrida.

Assim, é necessário excluir como admissível a interpretação de que o poder empresarial de rescindir contratos de trabalho mediando uma certa causa legal, que declare isento dos limites próprios de qualquer outro direito, constitucional e comum, ou seja, possa ser exercido fora dos muros de boa fé, de maneira abusiva ou anti-social. Essa

interpretação seria rejeitada não apenas como contrária aos valores constitucionais acima mencionados e a qualquer outra, mas é inadmissível em um Estado de direito social e democrático, artigo 1.º CE, é mais adaptado à Constituição entender que o direito de rescisão contratual está sujeito à condição de ser exercido de acordo com os princípios gerais do Direito Comum no exercício de direitos subjetivos, e muito particularmente tanto o que impõe que deve ser realizado "de acordo com os requisitos de boa fé" do artigo 7.1 CC, como também o que proíbe o "abuso do direito ou o exercício anti-social", ou seja, o exercício de um direito deve ser ajustado ao objetivo econômico ou social para o qual foi concedido ou atribuído (que impõe a proibição de abuso de direito), artigo 7.2 CC, princípios gerais positivados no mencionado artigo 7 CC, preceito ao qual a doutrina atribui qualidade da norma quase constitucional, na medida em que constitui o limite institucional ou intrínseco de qualquer direito subjetivo, de qualquer situação de poder jurídico, qualquer que seja a qualificação jurídica que possa ter (direito; faculdade).

Ou seja, a rescisão será consistente com as necessidades de adaptação do pessoal às dificuldades de operação da empresa ou da Administração Pública, o que as obrigará a demonstrar que os contratos cuja rescisão pretende, deixaram de cumprir seu objetivo econômico e produtivo, ou seja, garantir a sobrevivência e a viabilidade da empresa e das administrações públicas e a manutenção do volume de emprego nelas, que só pode ser preservado se os direitos e liberdades de seus funcionários, portanto, o princípio da estabilidade no emprego consta do direito ao trabalho reconhecido na Constituição: "todo espanhol tem direito ao trabalho", artigo 35 EC.

QUINTA.- O direito à promoção por meio do trabalho artigo 35.1 CE aponta para a validade do princípio da estabilidade no emprego, uma vez que a perspectiva de seguir carreira profissional, durante a vida profissional, é oferecida precisamente por meio de contrato pela indefinidamente. É esta a perspectiva e não a mera preservação do emprego, a promessa implícita ou a causa do contrato de trabalho por tempo indeterminado, o que lhe confere um caráter muito peculiar e explica a preferência por eles do sistema jurídico.

Em outras palavras, o tipo de troca que ocorre no contrato de trabalho é apresentado de maneira desigual e contraditória, porque a responsabilidade pelos resultados da atividade laboral coexiste, por um lado, com a manutenção de um poder unilateral das decisões da empresa sobre as modalidades das atividades produtivas, e, por outro

lado, com o poder também unilateral da referida empresa sobre a duração da relação de trabalho. O controle é expropriado constantemente, do maior número de pessoas, de um conhecimento em constante evolução, embora exija ao contrário do trabalhador (a todos os trabalhadores) uma responsabilidade pelos resultados de suas intervenções conscientes na produção; dessa maneira, a insegurança e a precariedade no emprego se espalham, através dos incessantes processos de reestruturação e realocação já fisiológicos e, além disso, um sinal de vitalidade dos negócios modernos.

Portanto, foram feitas tentativas para conciliar, de alguma forma, a proteção da pessoa que trabalha, como sujeito de direitos, com a venda de mercadoria-trabalho que garante ao adquirente um direito de comando sobre a própria pessoa, mantendo a empresa o poder de estender ou não prolongar uma relação de trabalho durante um determinado tempo e prosseguir ou não com rescisões individuais sem penalidades severas; evite essa desigualdade onde reside a razão da fraqueza do poder contratual do trabalhador, concilie, de alguma maneira, a contradição entre liberdade e subordinação.

Em outras palavras, diante da queda da estabilidade no emprego e do término do contrato por tempo indeterminado, pode-se pensar em uma troca entre um salário vinculado ao emprego flexível e o acesso do trabalhador à *empregabilidade*. Seria uma empregabilidade *que assume a forma de um investimento pela empresa, o trabalhador e da comunidade em um processo de formação permanente* e em uma política de reciclagem, capaz de garantir, em vez do trabalho fixo, uma oportunidade de mobilidade profissional dentro da empresa; e, de qualquer forma, uma nova segurança para que o trabalhador, após uma certa experiência de trabalho, possa enfrentar o mercado de trabalho em melhores condições e com maior força contratual. E você também pode pensar em como reconhecer a pessoa específica (que se torna um sujeito responsável e ativo e não passivo na relação de emprego) como direito à informação, consulta e controle do objeto de trabalho: o produto, a organização trabalho, tempo de trabalho, tempo de formação e disponível para sua vida privada; e disso, a pessoa deve responder com uma atividade que não será mais cega e irresponsável.

Trata-se de adquirir continuamente conhecimento que lhe permite permanecer no mercado de trabalho, encontrar um emprego, seguir em frente e não recuar.

SEXTA.- Embora o TJUE seja o novo César da ordem européia, que é cada vez mais assumido abertamente como uma ordem "senatorial" ou tecnocrática, embora atue mais como um oráculo, apesar de seu creativismo judicial, que não esconde ou revela a "verdade jurídica ", só a insinua - em termos da eficácia das regras do direito da UE - àqueles que perguntam o que fazer com os interinos e os indefinidos não permanentes, dada a ambiguidade de suas respostas, como evidenciado pelas SSTJUE analisadas, que demonstra as dificuldades do diálogo jurisdicional multinível sem as quais, no entanto, a justiça atual não é concebível e mostra que o sistema espanhol de contratação temporária é profundamente anômalo e não só porque origina uma taxa temporária insuportável, em grande parte devido a fraudes e não conformidade, mas porque mesmo o seu uso correto gera situações de instabilidade tão dilatadas como inaceitáveis. Como os juízes modificam seu papel constitucional, assumindo o papel de guardaes da ordem social e, o Estado de direito (*Rechtstaat*) transformou-se progressivamente num Estado de juízes (*Richterstaat*), pelos efeitos negativos da incerteza do direito (ou da discricionariedade judicial) - além de terem a sua raiz numa situação de privacão de controlo democrático sobre o direito incompatível com o princípio da legitimidade num Estado democrático - não recaem igualmente sobre todos os cidadãos, antes favorecendo os grupos socialmente mais poderosos. Ou seja, algo que nasce da falta de democracia no plano da criação do direito agrava ainda a desigualdade perante o direito. Esperando, portanto, a intervenção desejada e desejável do legislador, nos casos em que os contratos temporários não têm duração previsível e são inusualmente longos; parâmetro da previsibilidade ou não da extinção que não parece ser o que faz parte do objetivo da compensação no ET nem na interpretação acadêmica, nem na jurisprudencial, seno na perda do emprego que é o que que se destina a reparar com a compensação associada à rescisão do contrato de trabalho.

Portanto, a criação e o uso do contrato fixo são precisamente os meios de prevenção e reação contra o uso abusivo de contratos temporários pelas Administrações Públcas que estabelecem definitivamente a diferença de tratamento legal entre os funcionários do setor público e privado, no que diz respeito da sorte de concorrer pelo uso abusivo de contratos sucessivos ou de relações fraudulentas a termo certo ou incerto, que foi considerado perfeitamente adaptado à legislação comunitária, em particular à Diretiva 1999/70 / CE, de 28 de junho, que só terminará com a cobertura ou amortização da vaga, com as consequências descritas e contra as quais o trabalhador pode reagir nos termos examinados e como, devido a requisitos constitucionais, deve ser mantida a necessidade

de o cargo ser objeto de aviso público para garantir a sua cobertura em termos de igualdade, mérito e publicidade por todos os cidadãos, ignorando a princípio constitucional da estabilidade no emprego, que não pode ser renunciado.

Admitimos que todos os funcionários públicos, tanto funcionários públicos quanto laborales - permanentes e indefinidos não permanentes - devem ser selecionados com respeito aos princípios de igualdade, mérito, capacidade e publicidade estabelecidos para todos os cidadãos (artigos 14 e 103 da CE) e que o princípio também constitucional da estabilidade no emprego não pode ser ignorado, que não pode ser renunciado em um sistema democrático, uma vez que está em jogo o direito ao trabalho de milhares de cidadãos constitucionalmente reconhecidos no artigo 35.1 CE, anula completamente a principal premissa que estava na base da doutrina majoritária sobre a equalização entre indefinido não permanente e sujeito a termo resolutivo e sua diferenciação do permanente e isto é, pela aplicação do princípio da equivalência de direitos e bens constitucionais, que supõe, em vista do pluralismo político, a exclusão de posições de valor, claudicantes e preferenciais “sobre direitos e bens constitucionais”, que não é consistente com uma hierarquia abstrata ou com uma preferência reconhecida por alguns direitos sobre outros, e na medida em que a colisão entre direitos fundamentais é suscitada no nível de seu exercício, o respeito pelo princípio da proporcionalidade vincula ao legislador e à Administração e ao Juiz comum; com os quais poderíamos considerar supérfluo o próprio contrato indefinido não permanente ao serviço das Administrações Públicas, devido à vigência dos casos mais claros de fraude em contratos temporários expostos com base no artigo 15.3 ET e ao fato de que a referida solução está em conformidade todos os requisitos da Diretiva 1999/70/CE. Pelo que a declaração ou o reconhecimento da inadequação dos diferentes tipos de rescisão de lege ferenda tem no setor público com consequências ou efeitos jurídicos muito mais complexos (restitutio in integrum ou tutela real) do que no setor privado, na qual, como se sabe, a regra geral é a relativa estabilidade relativa, ou seja, o poder de escolha dos negócios entre readmissão mais pagamento de salários processados ou rescisão compensada e sem salários processados.

SÉTIMA.- E mesmo quando a conclusão da jurisprudência do Tribunal Europeu, antes da STJUE 22 de enero de 2020, en el asunto C-177/18 Almudena Baldonedo Martín y Ayuntamiento de Madrid, através da interpretação da diretiva relativa à duração dos

contratos a termo resolutivo, deve concluir-se na necessário e incontrolável laboralização do funcionário público e da função pública, uma vez que o direito comunitário demonstrou ser mais evoluído do que o direito nacional membros ao equiparar o funcionário ao trabalhador contratado e mais em nosso país, tanto pela complexa situação normativa sobre as modalidades de prestação de serviços para a Administração Pública quanto pelo caos que supõe ter caído na armadilha da coexistência dos regimes administrativos e laboral no serviço público, permanentemente interconectado através de uma espécie de membrana semi-permeável através da qual passam “objetos” seletivamente, nos dois sentidos. Reforçado pelo fato de que o sistema de mérito em que se baseia a burocracia profissional e que garante a imparcialidade e continuidade da ação administrativa é garantido em todos os laços e modalidades contratuais, sendo o princípio da estabilidade/imobilidade no emprego aquele que, em última análise, permite manter o volume de emprego na Administração, a fim de garantir a prestação de serviços públicos obrigatórios, para que os voos o modelo tradicional de função pública não tem que terminar com um fracasso retumbante, desde que os gerentes públicos sejam pessoas recrutadas por processos competitivos pelas Administrações Públicas com base em seus conhecimentos, habilidades, aptidões, habilidades e atitudes para liderar um determinado campo ou setor público, ou seja, são selecionados com base em critérios estritos de competência e experiência profissional e assim evitar de maneira disfarçada um mecanismo de *spoil-system, de natureza política*.

Muito interessante é o que aconteceu no campo da **profissionalização e despolitização** da gestão pública portuguesa, onde foram promovidas políticas de **avaliação de desempenho e ética pública** e atendimento a interesses gerais. Que desde 2013 os cargos de gestores públicos em Portugal deixaram de ser de seleção e nomeação discricionária pelos Ministros para um concurso público (Lei 64/2011), como consequência da reforma da administração central portuguesa, foi uma das primeiras demandas de troika na sua intervenção em Portugal em 2011. Por meio do Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC), o governo português desenvolveu várias medidas de modernização e reforma para a administração pública portuguesa. Mas, sem dúvida, a joia da coroa na reforma da função gerencial foi a criação, em 2011, da Comissão de Recrutamento e Seleção para Administração Pública (CReSAP), catalisadora de profissionalização e democratização no acesso a cargos, mais alto na administração pública portuguesa. Esse órgão independente substituiu o poder

político na pré-seleção de gestores públicos, a quem levantou uma terna de candidatos, e limitou a sua rescisão discricionária, dando-lhes um mandato que pode chegar a 10 anos, após avaliação positiva da execução dos seus projetos. Muitas dessas posições selecionadas por meio desse sistema verdadeiramente meritocrático, também aberto a candidatos do setor privado, estavam terminando ou se renovando ao longo de 2019 e 2020.

Num momento de intervenção pública exorbitante, onde o peso do setor privado é menor, é interessante voltar os olhos para a atual gestão pública portuguesa e analisar se a profissionalização de seus gestores de saúde é um fator positivo.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (2015)- “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”. En *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Coord.: Rojo Torrecilla, Eduardo, Editorial Huygens, Barcelona.

Alonso García, Manuel (1987)- *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona: Ariel.

Alonso Olea, Manuel (1988)- *Alienación. Historia de una palabra*. México: Universidad Autónoma de México.

Alonso Olea, Manuel (1991)- “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal al servicio de las Administraciones Pùbicas”, en *Libro Homenaje a Villar Palsí*, Editorial Civitas, Madrid.

Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde; M^a Emilia (2009)- *Derecho al Trabajo*, Editorial Civita, Madrid.

Ariedma, Iginio (2014)- *La sinistra de Bruno Trentin. Elementi per una biografia*, Roma: Ediesse.

Barceló, Alfons (1998), *Economía Política Radical*, Editorial SINTESIS, Madrid.

Baylos Grau, Antonio (2020)- <https://baylos.blogspot.com/2020/06/precariiedad-y-empleo-publico.html>.

Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi- <https://ignasibeltran.com/2018/07/25/caso-vernaza-ayovi-y-despido-disciplinario-injustificado-la-readmision-del-art-96-2-ebep-no-es-extensible-a-los-indefinidos-no-fijos-o-si/>

Beltrán Ruiz de Heredia, Ignasi- <https://ignasibeltran.com/2019/10/15/funcionarios-interinos-relacion-inusualmente-larga-y-apartado-64-montero-mateos/>

Berlín, Isaiah (1992), *El fuste torcido de la humanidad*, Barcelona: Península.

Carvalho, Raquel (2014)- “O contrato de trabalho a termo resolutivo no exercício de funções públicas a Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de junho de 1999. En *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborales Volumen I*, Coordinaçao: Joao Reis e outros, Coimbra, Coimbra Editore.

Cerroni, Umberto (1972)- *La libertad de los modernos*, Editorial Martínez Roca S.A., Barcelona.

Cooper, David (1978)- *Gramática de la vida*, Barcelona-Caracas-México: Ariel.

Cooper, David (1978)- *La Muerte de la Familia*, Barcelona- Caracas-México: Ariel.

Cooper, David (1979)- *El lenguaje de la locura*, Barcelona.

d'Iribarne Philippe (2018)- “Visions de la liberté et cultures du travail”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN.

De Castro y Bravo, Federico (1985)- *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid.

De La Villa Gil, Luis Enrique (2010)- “El concepto de empresario-empleador en el Derecho del Trabajo”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia.

De Oliveira Carvalho, Catarina (2018)- “El contrato de Trabajo con una pluralidad de empleadores y la cesión ocasional de trabajadores en el Código de Trabajo Portugués”, en *Impacto Laboral de las Redes Empresariales*, Directores: Wilfredo Sanguineti Raymond y Juan Bautista Vivero Serrano, Granada, Comarés.

Díez-Picazo, Luis (2008)- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II Las Relaciones obligatorias*, Editorial Civitas, Navarra.

Domènec, Antoni (2003)- *El eclipse de la fraternidad*, Barcelona: Crítica.

Fernández Fernández, Roberto (2009)- “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación de una *mala praxis* de los poderes públicos”, *El Estatuto Básico del Empleado Público Vol. I*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

García-Perrote Escartín, Ignacio (2016)- “Extinciones computables y unidad de cómputo en el despido colectivo: centro de trabajo, empresa y grupo de empresa”, Zaragoza 9 de junio de 2016.

Hespanha, Antonio M (2016)- *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. Prospecções do Direito no Século XXI*, Lisboa, ISBN-10:1530821549.

Hespanha, Antonio M. (2019)- Historia do Direito Anti-Formalismo, Anti-Estadualismo e Anti-Nacionalismo na Historia Jurídica Contemporánea, *e-Legal History Review*, 29.

Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005.
www.stes.es/documentación/informe_final_estatuto_empleado_público.pdf.

Isaiah Berlin (1992)- *El fuste torcido de la humanidad*, Editorial Península, Barcelona.

Jiménez Rojas, Francisco (2012)- “Grupos de empresa y economía descentralizada”, *Anales de Derecho*, Número 30.

Keen, Steve (2014)- *Desenmascarando a la economía. El emperador desnudo de las ciencias sociales*, Traducción: Ibarra Zavala, Darío, Laboratorio de Análisis Económico y Social, México, D.F..

Keen, Steve (2015)- *La economía desenmascarada*, Madrid: Capitan Swing.

Keen, Steve (2017)- *Possiamo evitare un'altra crisi finanziaria?*, Roma, Editare Imprimatur.

Kojeve, Alexandre (1996)- *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*, Buenos Aire, Ediciones Fausto.

Kolakowski, Leszek (1970)- *El racionalismo como Ideología*, Barcelona: Ariel.

Kolakowski, Leszek (1976)- *El mito de la Autoidentidad Humana (La Unidad de la Sociedad Civil y la Sociedad Política)*, Valencia: Edita Universidad de Valencia.

Kolakowski, Leszek (1986)- *Le Village introuvable*, Belgique: Complexe.

Kolakowski, Leszek (1986)- *Los intelectuales contra el intelecto*, Tusquets, Barcelona.

Kolakowski, Leszek (1992)- *Tratado sobre la mortalidad de la razón*. Caracas: Monte Ávila.

Lacasta Zabalza José Ignacio, Calle Meza Melba Luz y Andrés Serrano Burgos Kevin (2015)- “El estatuto de víctima: orígenes culturales y relaciones con la memoria histórica. Un estudio de sus perspectivas y límites en el sistema constitucional colombiano”, *Revista Republicana*, Julio - Diciembre.

Lalaguna Holzwarth, Enrique (2010)- “El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia.

Legendre, Pierre (2008)- *Dominium Mundi. El imperio del Management*, Buenos Aires: Amorrotu.

Legendre, Pierre (2008)- *EL Tajo. Discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia*. Buenos Aires-Madrid: Amorrott.

Legendre, Pierre (2008)- *La fábrica del hombre occidental*. Seguido de *El hombre homicida*. Buenos Aires-Madrid.

Legendre, Pierre (2008)- *Lo que Occidente no ve de Occidente. Conferencias en Japón*, Buenos Aires-Madrid: Amorrott.

Lilla, Mark (2004)- *Pensadores Temerarios. Los intelectuales en la política*, Barcelona: Debate.

López Gandía y otros (2016)- *Derecho del Trabajo*, Valencia, 5^a Edición, Tirant lo Blanch.

Martínez de Girón, Jesús (1992)- *El empresario aparente*, Civitas, Madrid.

Martínez Emperador, Rafael (1983)- *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.

Martínez Moya, Juan (2002)- “La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleos en la Administración pública contemplada en el art. 49.4 del Tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Libertad de circulación de trabajadores Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CGPJ, Madrid.

Méda, Dominique (2018)- “Simone Weil et Hanna Arend, deux philosophes du travail post-modernes” en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la direction de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN

Miller, J-A y Milner, J-C (2004), *¿Desea usted ser evaluado? Conversaciones sobre una máquina de impostura*, Málaga: Miguel Gómez Ediciones.

Molina Navarrete, Cristóbal (2016)- “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: Preguntas y respuestas... y nuevas preguntas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 404, Noviembre.

Monereo Pérez, José Luis (2016), “Las repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales* núm.135.

Palomeque López, Manuel (2018) “La doctrina judicial europea de *Diego Porrás* no irá al paraíso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, Octubre.

Palomeque López, Manuel Carlos (2002)- “El ámbito subjetivo de aplicación de la libre circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, CGPJ.

Palomeque López, Manuel Carlos (2010)- “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia.

Pasolini, Pier Paolo (1976)- “Intervención en el Congreso del Partido Radical”, en *En Torno a Pasolini* de Roberto Laurenti, Ediciones SEMAY, Madrid.

Pasolini, Pier Paolo (1997)- *Cartas Luteranas*, Madrid: Trotta.

Pasolini, Pier Paolo (2009)- *Escritos corsarios*, España, Editorial: Oriente y Mediteráneo.

Pérez Rey, Joaquín (2018)- “¿Punto y final a la doctrina Porrás? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, Octubre.

Quentin Skinner (2004)- *La libertad antes del liberalismo*, Editorial Taurus-CIDE, México, D.F.

Ramos Moragues, Francisco (2009)- “Los principios rectores de acceso al empleo público” *El Estatuto Básico del Empleado Público Vol. I*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

Rivero Lamas, Juan (2002)- “La garantía de los Derechos y Libertades Constitucionales”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Dirección: José Luis Monero Pérez, Ed. Comares, Granda.

Rivero, Juan (2009)- “Tipificación y estructura del contrato de trabajo” (1972), en *JUAN RIVERO LAMAS IN MEMORIAN*, Murcia: LABORUM.

Rocard, Michel (2012)- *Mes points sur les i. Propos sur la présidentielle et la crise*, París, Odile Jacob.

Rocard, Michel (2015)- *Lettre aux générations futures en espérant qu'elles nous pardonneront. Entretien avec Mathias Thépot*, París, Ed. Bayar Culture.

Rodríguez Escanciano, Susana (2017)- “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos. La aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones”, *Derecho y Trabajo*, núm. 29.

Romagnoli, Umberto (2015)- “El irresistible ascenso de la licencia para despedir”, *Revista de Derecho Social*, núm.1, Madrid.

Sánchez Morón, Miguel (2007) “Acceso al empleo público y adquisición y la adquisición de la relación de servicio” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova.

Sánchez Roda Navarro, Cristina (2002)- “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, Madrid.

Sempere Navarro, Antonio V. (2015)- “La creación jurisprudencial del “personal indefinido no fijo”: situación actual”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Coord. Arias Domínguez, Ángel y Rodríguez Muñoz, José Manuel, Editorial Aranzadi, Navarra.

Supiot, Alain (2003)- “Un faux dilemme: la loi ou le contrat?”, DROIT SOCIAL, Nº 1 Janvier.

Supiot, Alain (2011)- *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Barcelona: Península.

Supiot, Alain (2012)- “La liberté au travail chez Bruno Trentin”, en *Bruno Trentin e la sinistra italiana e francese a cursa di Sante Cruciani*, École Francaise de Rome.

Supiot, Alain (2015)- *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, París: Fayard.

Supiot, Alain (2018)- “De la juste division du travail”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la direction de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN.

Supiot, Alain (2019)- *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI Siècle. Leçons de clôture prononcée le 22 mai 2019 par le professeur Alain Supiot*. París, Collège de France.

Trentin, Bruno (2007)- *Antología de Bruno Trentin*, Madrid: Ediciones GPS.

Trentin, Bruno (2011)- *La sinistra e la sfida dell'Europa politica. Interventi al Parlamento europeo, documenti, testimonianze (1997-2006)*, Roma.

Trentin, Bruno (2013)- *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*, Albacete: Bomarzo.

Treviño Pascual, Mariano (2017)- “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*.

Treviño Pascual, Mariano (2017), *Concepto y causas de despido colectivo en el sector públicos*, Granada, Comarés.

Treviño Pascual, Mariano (2019)- “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52.

Treviño Pascual, Mariano (2019), *Apuntes para un Curso de Derecho del Trabajo. Régimen Laboral de la Empresa*, Zaragoza, Digicopyfecem, Universidad de Zaragoza.

Vallecillo Gámez, María Rosa (2016) “El personal ‘indefinido no fijo’ y el principio de igualdad y no discriminación: Entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 404, Noviembre.

Veltz, Pierre (2018). “La société hyperindustrielle et el travail relationnel”, en *Qu'est-ce qu'un régime de travail réellement humain?* Sous la dirección de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN.

Villar Rojas, F.J.(2016)- “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*.

Vivero Serrano, Juan Bautista (2007)- “El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Derecho Social*, núm. 40.

Vivero Serrano, Juan Bautista (2009)- *El acceso al Empleo Público en Régimen Laboral*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

Vivero Serrano, Juan Bautista (2013)- “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del artículo 96,2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, Editorial La Ley, julio-agosto.

Vollem Michel (2018)- “De la main-d’œuvre au cerveau d’œuvre”, en *Qu’est-ce qu’un régime de travail réellement humain?* Sous la direction de Pierre Musso y Alain Supiot, Paris: HERMANN.

<https://hayderecho.expansion.com/2020/05/12/la-direccion-publica-en-portugal-frente-a-la-covid-19/>. Noticia elaborada teniendo en cuenta el artículo A reforma de Administração Pública Central no Portugal democrático: do período pós-revolucionário à intervenção da troika. César Madureira. Universidade Lusíada <http://www.scielo.br/pdf/rap/v49n3/0034-7612-rap-49-03-00547.pdf>