

LÓPEZ LÓPEZ, Julia, *La extinción del contrato como última ratio: los mecanismos de protección del contrato de trabajo*, España, Bomarzo, 2015, 83 pp.

La autora es una destacada *iuslaboralista*, egresada de la Universidad Complutense de Madrid, donde realizó sus estudios de licenciatura y doctorado en derecho. Su tesis, dirigida por el ilustre maestro de todos los españoles, el extinto jurista don Manuel Alonso Olea, obtuvo el Premio Extraordinario del Doctorado en Derecho.

Es profesora titular en la Universitat Pompeu-Fabra de Barcelona, quien le otorgó el Premio del Consejo Social a la Calidad de la Docencia en 2010. Sus líneas de investigación son: *a) judicialización de derechos laborales y normas internacionales; b) políticas de igualdad y género, y c) derecho del trabajo y función social*. Anualmente es *visiting scholar* en la Universidad de Notre Dame, y ha colaborado con la Universidad de Roma, la de Paris-Nanterre II, la Libre de Bruselas y la Universidad de Nápoles.

Ha participado como conferencista en diversos foros nacionales e internacionales para difundir el derecho del trabajo; asimismo, ha publicado en revistas especializadas tanto en España como en el extranjero.

La doctora López López ha estructurado en esta obra, interesantes argumentos en seis partes, a saber: 1) la acción extintiva y el principio *favor contractus*; 2) estrategias de empleo comunitarias y reforma laboral: extinción contractual y flexibilidad en las relaciones laborales; 3) la acción extintiva como acción subsidiaria: el despido como *ultima ratio*; 4) extinción de la relación laboral y *favor contractus*: sobre la garantía institucional de un Estatuto de los Trabajadores *recognoscible* por la conciencia social; 5) subsidiariedad de la acción extintiva a través de una lectura integrada de derechos sociales en el Estatuto de los Trabajadores, y, por último, 6) el principio de *favor contractus* como manifestación del principio *pro operario*.

Con referencia a la acción extintiva y el principio *favor contractus*, el despido —como lo ha expresado Antonio Baylos— es un “acto de violencia sobre la persona”, una decisión del empresario que afecta una serie de relaciones jurídicas que el trabajador debe reconstruir, entre otras el derecho al trabajo, la relación con el sistema de protección social, la carrera y promoción profesional, y sobre todo el derecho a la dignidad. Existe un conjunto

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLIX, núm. 147,
septiembre-diciembre de 2016, pp. 395-400

D. R. © 2016. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

normativo que con base en el *favor contractus* permite a los contratos —con excepción al de trabajo— mantener una regulación que favorece la vida del contrato. La conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador para dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual. El trabajo ha ido sustituyendo a la persona, convirtiéndose en la categoría de máximo valor en los tiempos modernos, con la aspiración de colonizar y doblegar el futuro; es el proceso de *cosificación* de las personas. El *favor contractus*, como principio de la ordenación de la extinción del contrato de trabajo, es definido como una institución subsidiaria a otros en el Estatuto de los Trabajadores.

Más adelante, en la parte dedicada a las estrategias de empleo comunitarias y reforma laboral se expresa que la globalización está produciendo la nueva geografía del trabajo, siendo un ejemplo de ello la pérdida de la estabilidad en el empleo a partir de las formas precarias y hasta la liberalización del despido. La conexión entre *precariedad* y *flexibilidad* crea un *spill over* de inestabilidad, que es lo que se busca desde los mercados; el modelo se plantea desde un despido libre y se traslada a los países miembros de la Unión Europea para ir avanzando en esta línea. El diseño de la *flexiseguridad*, como política monetaria dentro de la gobernanza de las relaciones laborales, ha impulsado reformas en los países miembros, entre otras liberalizar al máximo la terminación de los contratos de trabajo, de forma muy específica en el valor de las indemnizaciones, es decir, abaratar los despidos. El punto de arranque es la Estrategia Lisboa 2000, a partir de la cual se pone en marcha el *Libro verde* sobre la modernización del trabajo. La individualización del concepto de modernización no contempla los derechos colectivos, sino promueve los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad tiene como objetivo facilitar la integración de los grupos más desfavorecidos (jóvenes, mujeres, trabajadores de mayor edad y desempleados de larga duración).

La flexiseguridad ha funcionado en países como Dinamarca y Austria, pero ha polarizado las condiciones de empleo en los demás países miembros hacia una mayor debilidad del contrato de trabajo; en efecto, es una flexibilidad entendida como modificación de las condiciones de trabajo de forma unilateral para los empresarios, y la exigencia de poner en marcha políticas que eliminen los elementos de garantía de estabilidad de los contratos, con el pretexto de mejorar la gobernanza económica, así como

coordinar las políticas económicas, presupuestarias y laborales. Han sido descontractualizadas las relaciones de empleo y se han eliminado las garantías para los trabajadores en las extinciones de los contratos laborales a través del juego de las presunciones. Todas estas políticas, como bien lo apunta López López, van en contra del *favor contractus*.

Todo ello también va en contra de la Carta Social Europea, que establece que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho del trabajo, las partes contratantes se comprometen a: 1) la obtención y el mantenimiento de un nivel elevado y estable del empleo; 2) proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente electo; 3) mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores, y 4) proporcionar una orientación, formación y readaptación profesional.

Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su capítulo relativo a la solidaridad, artículo 30, incluye los derechos de protección social en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. Asimismo, debe ser considerada la Agenda de trabajo decente, como un instrumento regulador de las relaciones laborales y de protección social que fue puesto en marcha por las Naciones Unidas. Cuatro son los ejes de actuación de la Agenda: 1) la creación de empleo; 2) la garantía de los derechos de los trabajadores; 3) la extensión de la protección social, y 4) el diálogo social.

Con respecto a la acción extintiva como acción subsidiaria, junto con la realidad, han surgido diferentes tendencias *deslaboradoras* de la relación de empleo que profundizan la liberalización del despido; a su vez, han modificado la regulación de la terminación de los contratos de trabajo. El objetivo de la reforma laboral (2012, en España) es hacer perder peso al convenio colectivo. Los efectos del despido ocasionan que del modelo europeo se haya desarrollado la flexibilidad sin atender a los mecanismos de seguridad.

Las normas de gobernanza europea, a través de libros, estrategias y métodos de coordinación, han modificado las normas jurídicas de los países miembros, con un claro descenso de derechos sociales y de la estructura del ordenamiento jurídico laboral.

El derecho del trabajo parte de la desigualdad de los contratantes y procura mecanismos de equilibrio correctores de la desigualdad.

La caída más fuerte de los derechos sociales y su impacto en desigualdad han tenido como consecuencia los cambios legales que han desmembrado todos los equilibrios en todos los contratos de trabajo.

I. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

El principio de subsidiaridad tiene especial relevancia en el derecho comunitario internacional y en la teoría general de los contratos.

La Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros: “Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados, corresponde a los Estados Miembros”. La Unión Europea no ha abandonado a los países en la ordenación de la extinción del contrato de trabajo.

II. EL CONVENIO 158 DE LA OIT, SOBRE LA TERMINACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR, DE LA SEXAGÉSIMA OCTAVA REUNIÓN, CONGREGADA EN GINEBRA EL 2 DE JUNIO DE 1982

Se expuso en el artículo 2o. que este Convenio se aplica a todas las ramas de la actividad económica y a todas las personas empleadas; más adelante, en el artículo 3o. puntualizó que para efectos de este Convenio, las expresiones “terminación” y “terminación de la relación de trabajo” significan “terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”. También se puntualizó (artículo 4o.) que no se podrá terminar la relación de un trabajador, a menos de que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta. En el artículo 5o. se exponen los motivos que no constituirán causa justificada; por su parte, precisa en el artículo 7o. que no deberá darse por terminada la relación de trabajo por los motivos antes mencionados (conducta o rendimiento), antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados, y menciona (artículo 8o.) que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación tendrá el derecho a recurrirla ante un organismo neutral, como un tribunal de trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.

La regulación del despido ha de tener en cuenta, a parte del Convenio 158, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que pre-

vé en su artículo 30 que “Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado”.

III. LA ACCIÓN DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO COMO ACCIÓN SUBSIDIARIA EN LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

El contrato de trabajo, como forma contractual de intercambio entre trabajo y salario, parte de la desigualdad de los sujetos contratantes. Toda construcción del principio *pro operarium* se basa en la premisa de este desequilibrio contractual, en la puesta en marcha de mecanismos compensadores para los trabajadores.

El Código Civil Español, en su capítulo V, artículo 1290, establece que “los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse”, y el artículo 1294 —del mismo Código— menciona que “la acción de rescisión es *subsidiaria*, no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal”. Esto significa que la acción extintiva sólo podrá producirse por parte del empresario, una vez que hayan sido probadas y eliminadas las otras vías.

La reforma española de 2012 aumentó la flexibilidad interna, pero también la flexibilización del despido, en razón del aumento a la decisión unilateral del contrato para el empresario. La regulación viola el *favor contractus* y deja la extinción del contrato al arbitrio de uno de los contratantes: el empresario.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 37/1994, del 10 de febrero (*BOE*, 17 de marzo de 1994), expresa que la función de ordenación de la extinción del contrato de trabajo es proteger al contratante *más débil* a través del *favor contractus*. La reforma mencionada, por el contrario, no deja la institución extintiva como parte de la ordenación de un contrato que se basa en la desigualdad contractual. La laboralidad se presume con independencia del *nomen iuris* que las partes hayan dado a la relación de empleo.

La regulación de la ordenación de la extinción del contrato de trabajo, en la versión última del Estatuto de los Trabajadores en España (2012), no supera el test de constitucionalidad —menciona Julia López—, a pesar de los esfuerzos del Tribunal Constitucional de hacer más *estética* la razonabilidad. Lo que se visualiza es que después de ese año han aumentado los despidos colectivos, que han llegado al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional.

En opinión de la autora, la reforma laboral es fallida y ha obviado la complejidad del cuadro normativo que regula la extinción contractual.

El *favor contractus* exige una toma de consideración de las llamadas “medidas sociales”. La aplicación de este principio obligaría a revisar a grupos de empresas mercantiles y laborales. El contrato de trabajo en la versión de la reforma laboral española ha quedado desfigurado en su identidad y no garantiza ni siquiera los derechos fundamentales, además de que crea un *spill over* de conflictividad judicial, por lo que no es sostenible, constitucionalmente, este tipo de regulación extintiva.

Tal parece que el legislador español ha dispuesto plasmar en las normas el tipo ideal de trabajador soñado por los empleadores.

Finalmente, es oportuno agregar que al parecer los líderes políticos y sindicales, que en teoría promueven el bienestar de los trabajadores, padecen “afasia crónica”, porque han enmudecido ante los feroces embates del neoliberalismo y sus prosélitos, que irrumpen agresivos e irreverentes en las instituciones del trabajo, e incluso parecen afectados por una especie de estrabismo, el cual los lleva a mirar hacia otras partes. Pero queda la esperanza, cuando los pueblos son *domesticados* y callan, de que aparezcan los grandes forjadores de ideales que levantarán sus voces. Los legisladores olvidan a menudo que las *leyes de papel*, ausentes de la realidad social que vive la *pobreza laboriosa* —como dijo U. Romagnoli—, pulverizan sus derechos sociales y pueden recrudecer el sufrimiento productor de conflictos de quienes las aguantan.

José Manuel LASTRA LASTRA*

* Investigador de tiempo completo, nivel “C”; investigador nacional, Conacyt; profesor por oposición en las facultades de Derecho y de Contaduría y Administración; consejero universitario representante del personal académico del campus CU 2011-2015.