

LA ADAPTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS EN LA PEQUEÑA EMPRESA

Antonio Álvarez del Cuvillo

Profesor Colaborador. Doctor en Derecho
Universidad de Cádiz
antonio.alvarez@uca.es

PALABRAS CLAVE

Pequeñas empresas, nuevas tecnologías, contrato de trabajo, movilidad funcional, despido

RESUMEN

Este estudio trata de analizar la oportunidad, así como la eficacia o ineficacia de los condicionamientos normativos para la adaptación de la fuerza de trabajo a la incorporación de avances tecnológicos en el contexto de las pequeñas empresas. Para ello, se retoman algunos de los argumentos y las conclusiones de un trabajo anterior sobre las vicisitudes y la extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas, cuyos resultados pretendemos completar con algunas novedades en el marco teórico, con un nuevo enfoque centrado en la introducción de nuevas tecnologías y con un análisis de la jurisprudencia específicamente referida a esta materia. Se parte de algunas consideraciones generales relativas los problemas de eficacia de la regulación en las pequeñas empresas y a la incidencia de los cambios tecnológicos en el trabajo, para detenerse en los límites jurídicos a las distintas estrategias empresariales posibles. Posteriormente, se enfoca la atención sobre el despido por inadaptación a los cambios técnicos, institución en la que en gran medida desembocan estos condicionamientos. Finalmente, en el marco de esta institución se advierten problemas aplicativos exógenos a la propia regulación de la causa del despido que producen disfunciones sociales y que, además seguramente influyen negativamente en la productividad del trabajo en la economía española.

* * *

SUMARIO

I. Pequeña empresa, adaptación del trabajador, cambios tecnológicos. II. El problema de la “doble regulación”. III. El marco normativo y las resistencias voluntarias o involuntarias de la “fuerza de trabajo”. IV. Efectos del cambio tecnológico sobre la relación de trabajo. V. Calificación jurídica de la intensidad de la alteración. VI. La razonabilidad y la proporcionalidad de la medida empresarial. VII. La articulación del consentimiento individual y colectivo. VIII. El despido por inadaptación a los cambios técnicos. IX. Distorsiones aplicativas del despido por inadaptación. X. Conclusión

I. Pequeña empresa, adaptación del trabajador, cambios tecnológicos

Este trabajo se sitúa en la intersección de tres nociones que presentan una cierta ambigüedad e indeterminación: “pequeña empresa”, “adaptación del trabajador” y “cambios tecnológicos”. Estas expresiones carecen en términos estrictos de una definición normativa en nuestro ordenamiento, pero, además, a menudo se utilizan en el lenguaje común (o incluso en la “jerga” académica), como categorías simbólicas que se remiten a una realidad indefinida y que, por tanto, carecen de un significado concreto, o bien condensan una multiplicidad de significados que en ocasiones se contradicen entre sí. Ello permite su utilización como “comodines retóricos”, a costa de introducir una mayor oscuridad y confusión en el discurso. Por ello, resulta apropiado tratar de clarificar qué uso vamos a intentar dar a estos términos.

En lo que refiere a la noción de “pequeña empresa”, hay que tener en cuenta diversos matices¹. En primer lugar, con este término se pretende aludir, en realidad, a determinados rasgos cualitativos que presentan una cierta conexión con el tamaño de la empresa, pero esta conexión no es absoluta; de hecho, las funciones ideológicas que desempeña esta categoría implican que a

¹ Seguimos en este punto nuestra monografía, ÁLVAREZ DEL CUVILLO A., *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en la pequeña empresa*, CES, Madrid, 2007, especialmente págs. 399-401.

veces se atribuyan a la pequeña empresa rasgos aparentemente contradictorios. En segundo lugar, el tamaño de la empresa puede medirse en atención a factores diversos, en función de cuáles sean los rasgos cualitativos que se pretenden destacar; además, cuando se aplican parámetros cuantitativos deben configurarse umbrales relativamente arbitrarios, por cuanto los rasgos cualitativos que pretendían tomarse en consideración podrían presentarse perfectamente en empresas cuyo tamaño excediera el umbral previsto. En tercer lugar, existen rasgos relativamente independientes de la dimensión de la empresa, como la posición en las redes interempresariales o el valor añadido del trabajo, que determinan en gran medida sus características, operando como “factores de diversidad” que matizan enormemente las afirmaciones que pudieran hacerse sobre las pequeñas empresas o las relaciones laborales en su seno.

Por estas razones entendemos que la consideración de la relevancia de la dimensión de la empresa debe hacerse utilizando definiciones adecuadas a la finalidad pretendida en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por ello, no nos parece criticable que no exista en nuestro ordenamiento una definición unitaria de lo que haya de entenderse por “pequeña empresa”². Ello no implica que esta noción carezca de relevancia para el análisis jurídico; a nuestro juicio, la categoría de “pequeña empresa” no debe contemplarse como un “concepto definitivo”, sino más bien como una “noción sensitiva” que no nos indica lo que debemos contemplar, sino una “dirección a la que mirar”³. Desde esta perspectiva, entendemos que es una referencia útil para centrar la investigación en la funcionalidad y eficacia de las normas laborales, confrontando la norma abstracta con la realidad de las organizaciones productivas. En particular, el énfasis en las “pequeñas empresas” nos permite

² En todo caso, a efectos orientativos, para señalar aproximadamente el campo objeto de análisis, podría ser de gran utilidad la definición comunitaria (Recomendación de 6-5-2003, DO L 124 de 20-5-2003), que considera “pequeña empresa” a aquella organización productiva que emplea a menos de 50 trabajadores, tiene un volumen de negocios o balance anual de menos de 10 millones de Euros, tomando en consideración los vínculos empresariales como factor diferencial.

³ “A definitive concept refers precisely to what is common to a class of objects, by the aid of a clear definition in terms of attributes or fixed bench marks [...] Whereas definitive concepts provide prescriptions of what to see, sensitizing concepts merely suggest directions along which to look”. BLUMER, H., “What is wrong with social theory?”, *American Sociological Review*, Vol. 19, nº 1, 1954, pág. 7.

superar el enfoque habitual del análisis de las relaciones laborales, sesgado hacia la realidad más burocratizada de las grandes empresas, o, en su caso, de las medianas; de esta manera, pueden identificarse determinados problemas de eficacia de la norma laboral que guardan una correlación negativa con el tamaño de la empresa, aunque no necesariamente están ausentes de las empresas de mayor dimensión. A nuestro juicio, esta perspectiva permite destacar tres grandes factores, íntimamente relacionados entre sí, que dificultan la aplicación efectiva de las normas laborales en la realidad de las pequeñas empresas. Estos factores, de los que nos ocuparemos más adelante, son la informalidad de las relaciones laborales, el déficit representativo y las dificultades para la acción judicial.

Por su parte, la noción de “adaptación del trabajador” aparece expresamente mencionada en el Estatuto de los Trabajadores, precisamente en relación con el tema que nos ocupa [art. 52 b) ET, despido objetivo por falta de adaptación a los cambios técnicos]⁴; por su parte, el art. 36.5 ET enuncia un principio aparentemente opuesto al de la adaptación del trabajador, que es el de “adaptación del trabajo a la persona”. Esta oposición es inherente a la propia naturaleza del Derecho del Trabajo. En los modos de producción precapitalistas la unidad básica de producción era generalmente la familia o unidad doméstica, orientada básicamente a la subsistencia, aunque reservando determinados fondos para una serie de transferencias patrimoniales en el seno de redes de parentesco o de subordinación política; en cambio, en el modo de producción capitalista, la producción de bienes y servicios se organiza en “empresas” que compran en los mercados los factores productivos con los que producen bienes o servicios que a su vez venden en el mercado; estas empresas se orientan habitualmente hacia la maximización del beneficio. En este contexto de las economías “de mercado”, hay una tendencia general a considerar el trabajo, es decir, la actividad humana, como una “mercancía ficticia”, operando como si el trabajo fuera un bien producido para intercambiar en el mercado⁵ y, por tanto, un factor abstracto de producción que la empresa puede

⁴ Por otra parte, el art. 22.3 ET se refiere a los “procesos de adaptación” del trabajador en la definición de las categorías equivalentes.

⁵ POLANYI, K. *The Great Transformation: the political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 2001 [la edición original es de 1944], págs. 75-76 (capítulo VI). Edición electrónica.

manipular siguiendo una estrategia racionalmente orientada a maximizar el beneficio de los intercambios que realiza en el mercado. Debido a que el trabajo no es una mercancía producida para la venta, sino la propia actividad productiva de los seres humanos, un control absoluto de este factor resulta imposible en la práctica y, aún así, la maximización de este control hasta sus límites “naturales” tendría graves consecuencias éticas y sociales.

Por esta razón, diversos mecanismos sociales y, particularmente, el Derecho del Trabajo, establecen límites para este control, reafirmando así la condición humana de la “fuerza de trabajo” empleada en la producción de bienes y servicios. No obstante, una eliminación completa de la posibilidad de manipular el factor trabajo resultaría claramente incompatible con nuestro modo de producción, de manera que se procura mantener un cierto control sobre los trabajadores, a menudo denominado “flexibilidad” por oposición a las “rigideces” –desde la perspectiva de la ideología liberal- impuestas por la regulación del mercado; así pues, el Derecho Laboral se sitúa permanentemente en un inestable equilibrio entre la necesidad de adaptar a las personas al trabajo y la de adaptar el trabajo a las personas. De hecho, el reciente discurso sobre la “flexiseguridad” no es más que una nueva denominación para esta compleja tensión en un momento en el que, al parecer, han entrado en crisis los compromisos tradicionales y se buscan nuevos equilibrios. Así pues, debe subrayarse que la “adaptación del trabajador” no es un valor absoluto, de manera que el concepto jurídico indeterminado de “adaptación del trabajador a los cambios técnicos” deberá concretarse interpretando el conjunto del ordenamiento laboral y la realidad social para hallar el punto de equilibrio determinado en el que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra.

En cuanto a los “cambios tecnológicos”, no vamos a centrarnos especialmente en el problema del desarrollo de innovaciones tecnológicas en el seno de la pequeña empresa, sino más bien en la incorporación de “nuevas” tecnologías a sus procesos productivos, afectando así a las formas de organización del trabajo, dado que esta perspectiva es la que se vincula más claramente a la “adaptación del trabajador”. Por otra parte, este mismo enfoque aconseja que no dediquemos nuestro estudio exclusivamente ni a las llamadas “nuevas tecnologías”, ni en concreto a las TICs (tecnologías de información y

comunicación)⁶. Ciertamente, en las últimas décadas, el impacto de las TICs sobre la organización del trabajo ha sido enorme y ello deberá tenerse en cuenta; no obstante, a efectos de este trabajo contemplaremos la “novedad” de las tecnologías desde la perspectiva de la empresa: una tecnología será “nueva” cuando se incorpore por primera vez al proceso productivo, afectando de alguna manera al uso del factor trabajo.

En todo caso, debe subrayarse que la expresión “nuevas tecnologías” se utiliza en muchas ocasiones en un sentido excesivamente determinista; según esta perspectiva, la tecnología sería un factor totalmente externo al sistema social y económico que impone unilateralmente y de manera irremediable determinados efectos sobre los niveles de empleo y sobre las condiciones de trabajo (tendiéndose hacia mayores cualificaciones o hacia trabajadores más “flexibles”, es decir, más adaptados). Aunque debe reconocerse la notable influencia de los factores tecnológicos sobre los procesos de trabajo, es preciso criticar lo que esta postura puede tener de simplificación excesiva⁷. En primer lugar, la tecnología no surge “de la nada” ni necesariamente del puro azar, sino que su producción e implantación derivan en gran medida de factores económicos, políticos, sociales y organizativos. En segundo lugar, la tecnología no afecta como un elemento aislado a las condiciones de trabajo o a la producción del beneficio empresarial, sino que actúa siempre y en todo caso en interacción con formas concretas de organización del trabajo⁸. De hecho, la “empresa” consiste precisamente en una estructura organizada de capital y trabajo orien-

⁶ La noción de “nuevas tecnologías” incluye, además de las TICs, otras técnicas desarrolladas especialmente en las últimas décadas como la Biotecnología, la utilización de nuevos materiales o la generación de energías renovables.

⁷ Así, en relación con la dimensión de la empresa y la “adaptación del trabajador”, MARTÍNEZ VEIGA, U., “Tecnología y organización del trabajo. El peligro de la simetría apresurada”, Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 3, 1993, critica el “isomorfismo entre los sistemas de organización del trabajo, la tecnología, los productos, el tamaño de las industrias y los mercados”, esto es, la presunción de que las nuevas tecnologías de la información y comunicación conducen claramente al paradigma de la “especialización flexible”, en el que la producción se organiza en pequeñas empresas formadas por trabajadores cualificados y fácilmente adaptables a mercados fluctuantes.

⁸ Por ejemplo, en los inicios de la industrialización, según, WOLF, E., Europa y los pueblos sin historia, México: fondo de cultura económica, 1987, págs. 330-331, el telar hidráulico de Arkwright (1769) pudo competir con otras hiladoras en abstracto más productivas, como la de Crompton (1779) hasta bien entrado el siglo XIX, debido a que podía emplear a mujeres y niños descualificados a bajo salario.

tada a la producción de bienes y servicios, de manera que la “organización” no es más que el conjunto de pautas que conectan el trabajo humano con los elementos de capital, que son siempre, en sentido amplio “tecnología”, aunque no siempre se perciban de esta manera; por consiguiente, tecnología, organización y trabajo humano aparecen siempre indisolublemente unidos en el contexto de la empresa capitalista. En tercer lugar, el efecto de las innovaciones sobre las relaciones de trabajo depende también de la concreta aplicación tecnológica que se utilice, así como del sector productivo o la actividad concreta que se desarrolla⁹. Gran parte de la reflexión teórica acerca de la influencia de la tecnología en los procesos de trabajo y sobre los distintos modelos productivos se ha centrado casi exclusivamente en la industria y, más concretamente, dentro del sector del metal, en la industria del automóvil (de hecho, se habla de fordismo, toyotismo, volvoísmo o kalmarismo, etc). En cambio, muchas pequeñas empresas se centran en actividades intensivas en el uso de mano de obra, como la construcción, el comercio, la hostelería y los servicios personales donde el cambio tecnológico puede tener gran importancia, pero no siempre altera radicalmente las pautas de organización del trabajo¹⁰.

⁹ Asume también una postura matizada ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico, Mergablum, 2002, en especial, págs. 38, 41, 43, 44. Destaca, también desde una perspectiva jurídica, la diversidad de situaciones, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La informática en el seno de la empresa. Poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en AAVV (coords. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004.

¹⁰ En lo que refiere a la Hostelería, hemos de destacar las siguientes apreciaciones “Los cambios tecnológicos, organizativos y productivos... se han producido en la hostelería (empleo de terminales en algunos restaurantes para gestionar las mesas y facturación, sistemas de cocina que puedan ser más o menos innovadores), pero no son la razón última [del cambio en la clasificación profesional]. Los elementos tecnológicos y organizativos pueden suponer cambios de intensidad (atención al cliente), pero [...] no cambian la naturaleza del servicio personalizado. La economía moderna, en todos los sectores introduce elementos de automatización [...] Pero el servicio personal está presente y siempre va a estar presente porque es imposible automatizar ciertas cosas”; entrevista con Daniel Albarracín, sociólogo y economista del Gabinete de Estudios de la Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Afines de CCOO (18-6-2007) realizada en el contexto del Observatorio de la Negociación Colectiva de CCOO. Respecto de la Construcción, las peculiaridades del proceso productivo impiden la producción en serie y contribuyen a configurar un proceso productivo poco estandarizado y racionalizado, fragmentado en una diversidad de empresas, normalmente muy pequeñas, que utilizan tecnología muy distinta; en este sentido ver COLECTIVO IOÉ, La inmigración extranjera en el sector de la Construcción en Madrid: su situación desde la perspectiva de la seguridad y salud laboral Informe de investigación realizado para la Fundación Laboral de la

Todas estas precisiones son necesarias porque, a veces, la interpretación jurídica de los preceptos relativos a la adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos parte de una visión sesgada de la “tecnología”, como un aspecto externo y artificialmente separado del control de la fuerza de trabajo que se impone sobre la organización del trabajo en lugar de articularse con ella; de acuerdo con esta representación imaginaria, normalmente implícita más que expresa, la tecnología “en sí misma considerada” siempre es beneficiosa para la productividad y neutral respecto de los trabajadores, de manera que oponerse a su introducción viene a ser una oposición radical al “progreso”, un acto éticamente reprochable y tan inútil como fue en su tiempo el movimiento ludista. Aunque estas apreciaciones podrían ser ciertas en determinados casos, no deben asumirse de manera apriorística y sin un análisis previo, confundidos por el papel simbólico que tiene la “tecnología” en nuestro contexto cultural.

II. El problema de la “doble regulación”

Como ya se ha adelantado, la perspectiva de análisis de las “pequeñas empresas” nos permite destacar tres elementos que pueden estar presentes en todo tipo de organizaciones pero que tienen una clara relación con la pequeña dimensión: la informalidad, el déficit representativo y las dificultades para la acción judicial (estos dos elementos a grandes rasgos derivan del primero pero adquieren una significación propia).

La “informalidad” se define por oposición al proceso descrito por Max Weber de burocratización y racionalización de las instituciones modernas¹¹. La relación de la informalidad con este proceso no es unívoca dado que, de un lado, manifiesta las resistencias a esta burocratización o señala sus límites y, de otro lado, puede abordar las disfunciones de la racionalización de la producción, contribuyendo a reproducir el modelo global de control burocrático. En cualquier caso, no cabe duda de que la informalidad es el rasgo más generali-

Construcción, 2005. (URL: <<http://www.nodo50.org/ioe/>>)

¹¹ WEBER, M., “Economía y sociedad: un esbozo de sociología comprensiva”, págs. 173-180 y 716-752.

zable de las pequeñas empresas, afectando, entre otros aspectos, a las relaciones laborales en su seno¹². Este “déficit burocrático” se manifiesta de formas diversas: resistencia a la aplicación de pautas estandarizadas (normativas o técnicas), jerarquía poco compleja y marcada, escasa profesionalización de la dirección de la empresa en general y de la gestión del personal en particular, predominio de las relaciones personales y directas, ideología “familiar”, escasa importancia de las formas escritas, etc.

El papel de la informalidad sobre las condiciones de trabajo, así como sobre la aplicación de la tendencia anteriormente mencionada a considerar la fuerza de trabajo como un factor abstracto de producción, es ambivalente. Ciertamente, la informalidad puede permitir una cierta generalización de pautas “irracionales” en términos de gestión de recursos –en beneficio o perjuicio de los trabajadores–, dado que la organización está fuertemente condicionada por un entramado de relaciones sociales y políticas (es decir, de poder) que trascienden el proceso productivo, cuya reproducción puede convertirse en un fin en sí misma. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que generalmente la informalidad implica la inaplicación práctica de la regulación estatal o convencional del mercado de trabajo; por esta razón, a menudo las pequeñas empresas, lejos de constituir un espacio separado de la lógica del mercado o un residuo anacrónico de los modos de producción precapitalistas, constituyen precisamente el contexto sobre el que las “leyes del mercado” se aplican de

¹² MATLAY, H., “Employee relations in small firms: a micro business perspective”, *Employee relations*, vol 21, nº 3, 1999, págs. 288-289; JÓDAR MARTÍNEZ, *pág.*, “Un problema en el análisis de las relaciones laborales: la pequeña empresa”, *Institut d'Estudis Laborals*, Universitat de Barcelona, Documento de trabajo nº 9405, 1994, *pág.* 23; WILKINSON, A., “Employment relations in SMEs”, *Employee Relations*, Vol. 21, nº 3, 1999, págs. 209-210; NEWTON, J., HUNT, J., “Employment relations in small service organisations: the case of a general practice”, *Employee Relations*, vol 19, nº 1, 1997; BARRÉT, R., “Industrial relations in small firms: the case of the Australian information industry”, *Employee Relations*, Vol. 21, nº 3, 1999, *pág.* 319; BLANCO, J. Y OTAEGUI, A., “Los trabajadores de las PYMES y la acción sindical”, *Sociología del Trabajo, nueva época*, nº 11, invierno de 1990-1991, *pág.* 95; BACON, N., PACKERS, *pág.*, STOREY, J., COATES, D. “It's a small world: managing human resources in small businesses”, *Journal of Human Resource Management* 7, 1, 1996, págs. 92 y 94; MACMAHON, J., “Employee relations in small firms in Ireland: an exploratory study of small manufacturing firms”, *Employee Relations*, vol 18, nº 5, 1996, *pág.* 75; KINNIE, N., PURCELL, J., HUTCHINSON, S., TERRY, M., COLLINSON, M., SCARBROUGH, H. “Employment relations in SMEs: Market-driven or customer-shaped?”, *Employee relations*, vol 21, nº 3, 1999 *págs.* 218-219.

manera más “pura”¹³. La presión del mercado sobre los pequeños empresarios y la consiguiente tendencia a una gestión despersonalizada de la fuerza de trabajo contrasta con la ideología “personalista” y familiar de la pequeña empresa, provocando tensiones en el seno de la organización. En este contexto, las resistencias del trabajador a la implantación del cambio tecnológico y las estrategias empresariales para controlar su trabajo se articulan en el seno de estas relaciones fuertemente personales, directas e informales. Por esta razón, en muchos casos, las estrategias empresariales aparentemente “irracionales”, porque no están directamente dirigidas a maximizar el uso de la fuerza de trabajo al proceso productivo, sino que se destinan a orientar en un sentido determinado las relaciones sociales en la empresa (por ejemplo, a articular el consenso de los trabajadores o a reforzar la desigualdad de poderes), pueden ser plenamente funcionales a la estrategia de maximización del beneficio.

Al déficit burocrático se superpone el “déficit representativo”. Debido a distintos factores, es muy probable que en las pequeñas empresas no existan representantes unitarios ni sindicales de los trabajadores; en todo caso, cuando éstos existen, es posible que operen disfuncionalmente con respecto al prototipo de nuestro ordenamiento, construido en este punto sobre el modelo de las empresas medianas o grandes. Precisamente la acentuada informalidad implica una clara dificultad para separar a la persona del trabajador del ejercicio de su función representativa, lo que puede afectar negativamente al ejercicio de esta función de diversas formas; por otra parte, el diálogo con los representantes pierde relevancia a la hora de articular el consenso respecto de la introducción del cambio tecnológico, puesto que con independencia del acuerdo alcanzado con los representantes, la superación de las resistencias del trabajador habrá de conseguirse a través de la interacción directa en el marco de relaciones personalizadas anteriormente descrito.

De la informalidad deriva también un importante “déficit coactivo”, es decir, una significativa dificultad para ejercer acciones judiciales, o incluso para plantear denuncias ante la Inspección de Trabajo, que se agudiza con el déficit

¹³ MARTINEZ VEIGA, U., “El otro desempleo: el sector informal”, en AAVV (comp. Paz Moreno Feliz), *Entre las gracias y el molino satánico: lecturas de antropología económica*, UNED, 2004, págs. 441-443 (originariamente publicado en la monografía de este autor *El otro desempleo*, Anthropos, Barcelona, 1989).

de representación. En un contexto en el que las relaciones personales aparecen muy mezcladas con la actividad productiva, el recurso a una autoridad exterior a la empresa para que determine una solución jurídica y la imponga por la fuerza se percibe como una ruptura grave de la supuesta “armonía” que rige en la pequeña empresa, posiblemente más grave que otras manifestaciones abiertas de conflicto. El trabajador es remiso a recurrir a los poderes públicos para ejercer sus derechos, principalmente porque teme perder su puesto de trabajo, pero también en muchos casos porque la tensión resultante podría afectar directamente a su vida personal. De hecho, si se aportaran indicios suficientes de que un despido hubiera sido causado por el ejercicio de acciones judiciales o por la denuncia ante la Inspección de Trabajo, la extinción del contrato habría de ser calificada como nula por vulnerar, respectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a comunicar información veraz; sin embargo, la readmisión del trabajador –que además se impone a éste como la única pretensión posible- resulta poco operativa en el contexto de la pequeña empresa, incluso desde la perspectiva del trabajador, de manera que esta consecuencia jurídica no es suficiente como para romper con estas resistencias al ejercicio de los derechos laborales.

Este factor acentúa una tendencia que ya es en cierto modo inherente a las relaciones laborales: la flexibilidad interna está fuertemente condicionada por la flexibilidad externa, es decir, la regulación de la extinción, y generalmente, del despido es el verdadero límite para la gestión de la mano de obra, puesto que el trabajador de la pequeña empresa, como regla general sólo acudiría, en su caso, a la jurisdicción, cuando la relación laboral se haya extinguido (buscando en la mayoría de los casos una compensación económica y no la permanencia en la empresa). Por supuesto, esta circunstancia afecta a la introducción de cambios tecnológicos; para contemplar desde la óptica de la eficacia los preceptos relativos a la introducción de cambios tecnológicos es preciso leerlos tomando en consideración los arts. 52 a), b) y c) ET y, en cierta medida, el art. 50 ET.

Estos tres grandes rasgos de las pequeñas empresas (especialmente el de la informalidad) reproducen en este contexto un fenómeno que llamamos

“doble regulación”¹⁴. La “doble regulación” consiste en la superposición contradictoria entre la regulación formalmente vigente aplicable a la relación de trabajo y las pautas informales de regulación a las que se ajustan efectivamente las expectativas de las partes. Esto implica que el Derecho del Trabajo –cuya función social es la canalización del conflicto social a través de la generalización de expectativas-, opere de manera ineficaz. La regulación formalmente vigente que es ignorada, esquivada o distorsionada por las pautas informales puede derivar de una norma legal o convencional, del contrato de trabajo, o incluso de las obligaciones contractuales contraídas por los empleadores en razón de su pertenencia a redes empresariales. En el contexto de la “doble regulación”, algunas de las conductas de los empresarios y trabajadores pueden comprenderse mejor como estrategias de adaptación que producen una apariencia de cumplimiento de cara al sistema formal que entra en confrontación con las pautas reales.

III. El marco normativo y las resistencias voluntarias o involuntarias de la “fuerza de trabajo”

Cuando un empleador pretende adaptar el factor trabajo a la introducción de un cambio tecnológico puede encontrarse con tres grandes tipos de restricciones o dificultades:

- a) problemas de capacidad o formación de los trabajadores;
- b) resistencia al cambio de los propios trabajadores en tanto que actores sociales que tienen sus propios intereses y estrategias;
- c) condicionamientos normativos.

El Derecho del Trabajo reconoce al empresario una serie de facultades y poderes jurídicos para organizar el trabajo, pero, al tiempo que reconoce estos poderes, introduce una serie de límites a su ejercicio (exigencias causales, requisitos de forma o procedimiento y prohibición de llevar a cabo determinados efectos sobre la relación de trabajo); entre sus estrategias para superar los dos primeros obstáculos, el empresario podrá recurrir a los poderes jurídicos

¹⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Op. Cit.*, pág. 44.

reconocidos y legitimados por el ordenamiento, pero también es probable que intente también, en la medida de lo posible, sortear los límites que el Derecho impone a su poder, o minimizar su efecto, especialmente en el contexto de la “doble regulación” anteriormente descrito.

Este trabajo se ocupa básicamente de la problemática relativa a los condicionamientos jurídicos, aunque lógicamente éstos operan en interacción con los otros dos tipos de restricciones, de manera que es preciso hacer alguna mención a las restricciones derivadas de la capacidad o motivación de los trabajadores.

El empresario puede sortear los obstáculos derivados de la falta de formación o capacidad de los trabajadores para afrontar el cambio tecnológico a través de la contratación de nuevos trabajadores (cuya disponibilidad dependerá en gran medida de los sistemas educativo y de formación profesional inicial que existan en la sociedad), o bien a través de procesos de formación y reciclaje de su plantilla (lo que dependerá de las posibilidades de formación continua). En este caso, los condicionamientos legales no son percibidos como “límites” al poder empresarial porque no afectan a la autorregulación del mercado de trabajo, sino más bien a la configuración de la oferta. En las representaciones ideológicas más habituales de las sociedades “de mercado”, los “mercados” se imaginan como instituciones “naturales”, en el sentido de no configuradas socialmente, en las que la “oferta” y la “demanda” vienen dadas como elementos externos a la sociedad misma; en este sentido, la intervención del Estado o la aplicación de normas jurídicas se perciben siempre como restricciones a la autorregulación del mercado con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda. A pesar de estas preconcepciones, el análisis histórico y etnográfico revela que el mercado es una institución socialmente construida –como el resto de las instituciones sociales-, y tanto la oferta como la demanda forman parte de la vida social misma; el Estado y la legislación han tenido históricamente un papel muy importante, aunque no exclusivo, en la configuración de los mercados y en la definición de las condiciones de la oferta y la demanda. En este caso, los condicionamientos normativos (sistema educativo, sistema de formación profesional, sistema de formación continua) afectan en gran medida a las posibilidades del empresario de adaptar las condiciones de la fuerza de trabajo empleada a los requerimientos del cambio

tecnológico¹⁵. Desde otra perspectiva, la posibilidad de acudir a la formación profesional continua podría tomarse en consideración para ponderar la corrección de los despidos motivados por la inadaptación del trabajador a los cambios tecnológicos implantados en la empresa.

En el contexto de la pequeña empresa, las estrategias anteriormente señaladas para afrontar los problemas de capacidad de los trabajadores (contratación y formación continua de la plantilla) se presentan como especialmente problemáticas. Por una parte, el uso predominante de vías informales de intermediación entre la oferta y la demanda de trabajo dificulta la tarea de encontrar y atraer personal cualificado¹⁶; en caso de que la pequeña empresa sea, además, económicamente débil, puede encontrarse con dificultades añadidas para captar y mantener a estos trabajadores. Por otra parte, la inversión de la empresa en formación suele ser menor cuanto más reducida es la dimensión de la empresa¹⁷; esto se debe fundamentalmente a que el aprendizaje se realiza de modo informal, en el puesto de trabajo y en contacto con los compañeros¹⁸. Estas apreciaciones deben matizarse tomando en consideración las relaciones interempresariales; en ocasiones la presión para introducir el cambio tecnológico proviene de una instancia formalmente externa de la empresa, que muchas veces aporta también la inversión en formación (el caso paradigmático es el de las franquicias típicas). En todo caso, la regulación de la educación formal, la formación profesional inicial y del sistema de formación continua podría ser examinada desde la perspectiva de la pequeña empresa para analizar en qué medida afronta estos problemas; no obstante, en este trabajo nos ocupamos particularmente de la regulación de la relación laboral, antes que de la configuración de la oferta de fuerza de trabajo.

¹⁵ Destaca la conexión entre la escasez de mano de obra preparada para el cambio tecnológico y las instituciones formativas ALMENDROS GONZALEZ, M.A., *Op. Cit.*, pág. 45.

¹⁶ CARROLL, M., MARCHINGTON, M., EARNSHAW, J., TAYLOR, S., "Recruitment in small firms: processes, methods and problems", *Employee relations*, vol. 21, nº3, 1999, págs. 238-239; MATLAY, H., "Employee relations in small firms: a micro business perspective", *Employee relations*, vol 21, nº 3, 1999, págs. 290-291.

¹⁷ A este respecto, pueden consultarse las estadísticas del MTIN, aunque se refieren a la dimensión del centro de trabajo (Vid., por ejemplo, la tabla ECL-27 en el avance del Anuario de 2007 y las tablas CVT 18 y 19 en el Anuario 2004).

¹⁸ VERDIER, E., "L'efficacité de la formation continue dans les PME", *Sociologie du travail* nº 3, 1990, pág. 300.

En cuanto a las resistencias de los trabajadores, éstas pueden articularse de modo individual o colectivo y expresarse de manera directa u oculta. En las pequeñas empresas, lo más frecuente es que los conflictos de todo tipo se articulen de modo relativamente individual y se manifiesten de manera implícita u oculta¹⁹. La configuración individual de los conflictos se debe al problema del déficit representativo y a la propia dificultad para caracterizar intereses colectivos en las unidades organizativas de pequeño tamaño. Por otra parte, el conflicto se manifiesta generalmente a través de vías indirectas por los mismos motivos que dificultan el ejercicio de la acción judicial, es decir, porque la discrepancia abierta pone en peligro de manera especialmente significativa la “armonía” de las relaciones personales en el seno de la empresa. En las organizaciones poco burocratizadas y muy centradas en las relaciones personales y directas, el mantenimiento de esta “armonía” es particularmente importante para el trabajador, de un lado, porque el empresario va a dar más importancia a las relaciones interpersonales y por tanto, existe un mayor riesgo para el trabajador “abiertamente conflictivo” de perder el empleo o ver deterioradas sus condiciones de trabajo; de otro lado, porque generalmente, en estos casos, las disfunciones en las relaciones sociales producidas por la exteriorización del conflicto (si no se canaliza adecuadamente), son más intensas sobre la vida personal del trabajador. En todo caso, el carácter “oculto” del conflicto dificulta enormemente en el terreno de la práctica la aplicación de la distinción entre las resistencias “voluntarias” del trabajador y la falta de capacidad o formación suficiente, lo que termina produciendo problemas en la interpretación jurídica²⁰.

¹⁹ Vid., JÓDAR MARTÍNEZ, *pág.*, “Un problema en el análisis de las relaciones laborales: la pequeña empresa”, *Institut d'Estudis Laborals*, Universitat de Barcelona, Documento de trabajo nº 9405, 1994, *págs.* 21-22; SCASE, R., “Employment relations in small firms”, en AAVV (dir. Philipp Edwards), *Industrial Relations: Theory and practice*, Blackwell publishing, Oxford, 2003, *pág.* 471; ACCORNERO, A., “La piccola impresa e le relazioni industriali”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 72, 4, 1996, *pág.* 652; SANCHÍS, E., PICÓ, J., OLMOS, J.M^a, “La nueva pequeña empresa de la industria valenciana”, *Sociología del Trabajo*, nº 5, 1988/89, *pág.* 55; MACMAHON, J., “Employee relations in small firms in Ireland: an exploratory study of small manufacturing firms”, *Employee Relations*, vol 18, nº 5, 1996, *pág.* 74; MOULE, C., “Regulation of work in small firms: a view of the inside”, *Work, Employment and Society*, Vol. 12, nº 4, 1998, *per totum*.

²⁰ En la STS de 28-5-1987 (Ar. RJ 1987\3912), se enjuiciaba un despido por inadaptación de un técnico de reparación a los avances de diseño en máquinas fotocopiadoras, que finalmente no se considera procedente; en cualquier caso, sí que se admite “una cierta falta de rendimiento del demandante, al que no es ajeno un cierto desinterés”.

En otro orden de cosas, los condicionamientos legales influyen también sobre las resistencias de los trabajadores, delimitando en gran medida la posición de poder de cada una de las partes en los eventuales conflictos de intereses. En concreto, si el interés de los trabajadores coincide hasta cierto punto con la previsión normativa, es posible que puedan imponer su criterio a través de la coacción estatal o, más probablemente, que esta circunstancia sea considerada de algún modo en una futura extinción del contrato de trabajo. Además, la norma puede desplegar una cierta “eficacia simbólica”, esto es, puede ordenar de manera más o menos “espontánea” o “interiorizada” la conducta de trabajadores y empresarios, aún sin la intervención de un órgano judicial o administrativo. Así, por ejemplo, si la norma recoge en gran medida el interés empresarial, su conducta quedará más fácilmente “legitimada” frente a los trabajadores, especialmente si el poder colectivo es reducido y, por otro lado, si los empleados son conscientes de que una conducta empresarial es antijurídica, su resistencia puede ser mayor por ser más significativa la percepción de sometimiento a un trato “injusto”.

IV. Efectos del cambio tecnológico sobre la relación de trabajo

Como ya se ha señalado, los efectos de la innovación tecnológica sobre las relaciones laborales no son unívocos, sino que dependen de un gran número de factores (la tecnología concreta que se implanta, su conexión con el sistema de organización de trabajo, el contexto de la empresa, la “cultura empresarial”, la división interempresarial del trabajo, etc.) Se ha discutido mucho sobre el efecto de las nuevas tecnologías sobre los niveles de empleo²¹; al margen de apreciaciones globales, en el nivel de la empresa, que es el que interesa a este trabajo, la introducción de los avances tecnológicos puede implicar reducciones del volumen de empleo debido al incremento del valor aña-

²¹ Puede consultarse una revisión bibliográfica al respecto en DELGADO ALAMINOS, J., *Impacto de las nuevas tecnologías en el empleo de las empresas industriales andaluzas*, Universidad de Granada, 1999, págs. 27-72.

dido del trabajo o supresión de puestos de trabajo, que quedan obsoletos²², pero también puede generar nuevos empleos vinculados a este cambio tecnológico²³.

La introducción de cambios tecnológicos supone en la mayoría de los casos –en menor o en mayor medida– una alteración de las tareas requeridas al trabajador o de su modo de ejecución, lo que puede implicar un esfuerzo de adaptación del trabajador y, en último término, puede reconducirse en un sentido muy amplio a una modificación funcional. Esto no implica que el cambio funcional sea siempre relevante a efectos jurídicos, como se verá más adelante. De hecho, la intensidad de la alteración puede abarcar un espectro muy amplio de posibilidades, desde las modificaciones prácticamente irrelevantes del contenido de las tareas hasta los cambios radicales que transforman completamente una determinada profesión²⁴, sin olvidar las eventuales medidas de movilidad funcional ascendente o descendente. Aunque en este sentido, los cambios funcionales se producen siempre que se incorpora la tecnología nueva al proceso, la reorganización de la empresa articulada en torno a la innovación tecnológica puede también terminar afectando también a cualquier otra condición de trabajo (jornada, horario, sistemas retributivos, cuantía del salario, lugar de trabajo), o favoreciendo procesos de descentralización productiva que tiendan a eliminar el empleo directo en la empresa. Un supuesto muy específico de alteración global del contenido de la prestación contratada (contenido concreto de las tareas, lugar de trabajo, modo de ejercicio de los poderes empresariales) podría ser la conversión hacia el “teletrabajo”.

²² “Los ‘Listeros’ han desaparecido, debido a la informatización de las tareas”, Entrevista a Juan Blanco, sociólogo y secretario de Formación de la Federación Minerometalúrgica de CCOO (18-6-2007), realizada en el contexto de las investigaciones del Observatorio de la Negociación Colectiva de CCOO.

²³ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *Op. Cit.*, pág. 43 se refiere tanto a la creación, como a la modificación o supresión de puestos de trabajo.

²⁴ “En empresas muy pequeñas el ‘Calcador’, es decir el delineante al que no le quieren reconocer la categoría de delineante, continúa existiendo, lo que ocurre es que no calca con planos de poliéster, pero hoy hace el diseño en el sistema asistido por ordenador. Lo que sí es posible es que el esquema retributivo no se haya movido mucho ni siquiera en la valoración del empleo. Pero sí, el calcador ha desaparecido.”, Entrevista a Juan Blanco. En la STS 21-6-1988 (Ar. RJ1988\6865) se enjuicia un caso en el que el trabajo de delineación pasa a ser realizado únicamente por ordenador.

Otra cuestión que ha sido muy discutida es la que se refiere a los efectos de la tecnología sobre la cualificación de los trabajadores²⁵; una vez más, con independencia de cuáles sean los efectos más globales, en el contexto de la empresa, la tecnología puede degradar la cualificación de los trabajadores (separando concepción y ejecución de la tarea o convirtiendo las funciones en labores mecánicas y monótonas), puede exigir al trabajador conocimientos, actitudes o capacidades que no posee –implicando un mayor esfuerzo de adaptación–, o puede implicar nuevas oportunidades de cualificación para el empleado (y además, estas tres consecuencias no son enteramente incompatibles entre sí). La frecuente sacralización de las tecnologías de información y comunicación que opera en nuestra sociedad puede implicar que se asuma automáticamente que su implantación opera en todo caso en beneficio de la cualificación de los trabajadores; este extremo habría de ser considerado en cada caso concreto.

Por otra parte, los medios tecnológicos pueden utilizarse para incrementar el control sobre la fuerza de trabajo. Ciertamente, en muchos casos, el control o “vigilancia” de los trabajadores es la finalidad principal –implícita o explícita– de la incorporación de determinadas tecnologías (por ejemplo, sistemas de vídeo-vigilancia, grabación de las llamadas telefónicas, supervisión a través de mecanismos informáticos, etc.). Estos supuestos de “vigilancia de los trabajadores” suelen analizarse de manera separada o aislada de la cuestión general de la adaptación del trabajador a los cambios tecnológicos, debido al indudable interés práctico que presenta la confrontación de estas estrategias empresariales con la intimidad y otros derechos fundamentales; sin embargo, desde otra perspectiva pueden situarse también en el conjunto de los mecanismos orientados a incrementar la productividad del trabajo (a través del control de la fuerza de trabajo incorporada al proceso). Además, en algunos casos, la introducción de la tecnología produce un mayor control de la actividad los trabajadores aunque no esté directa, o al menos expresamente dirigida a esta función (por ejemplo, modificando los ritmos de trabajo), por lo que las fronteras entre los supuestos de control directo e indirecto son difusas.

²⁵ A modo de ejemplo, *Vid.*, DELGADO ALAMINOS, J., *Op. Cit.*, págs. 72-99; ARMS-TRONG, *pág.*, “Trabajo y capital monopolista”, en AAVV (comps. Richard Hyman y Wolfgang Streeck), *Nuevas tecnologías y relaciones industriales*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

Así pues, el conjunto de instituciones jurídicas que se puede ver afectado por la introducción de innovaciones tecnológicas es muy amplio, y, de hecho, abarca a la mayoría de los aspectos de la relación laboral: despido objetivo (por ineptitud, inadaptación a cambios tecnológicos o por causas tecnológicas y organizativas), poderes de dirección, control y disciplinario, movilidad funcional o incluso geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, período de prueba. Por esta razón, es preciso ordenar los condicionamientos legales al poder empresarial en torno a un esquema teórico que nos permita destacar los elementos más relacionados con el factor tecnológico. A estos efectos, hemos optado por la siguiente estructura: 1) Calificación jurídica de la intensidad del cambio; 2) razonabilidad y proporcionalidad de la medida de la medida; 3) articulación del consentimiento individual y colectivo. Posteriormente trataremos de recapitular la influencia de estos aspectos sobre la institución del despido objetivo.

V. Calificación jurídica de la intensidad de la alteración

Como ya se ha indicado, la introducción de cambios tecnológicos puede provocar cambios de intensidad muy diversa; en este contexto, el ordenamiento jurídico utiliza una serie de categorías que permiten percibir la intensidad del cambio –desde una perspectiva determinada–, produciendo una determinada calificación que desencadenará una serie de consecuencias. En lo que refiere a la modificación funcional, nuestro ordenamiento clasifica las alteraciones posibles en tres grandes categorías: el ejercicio ordinario del poder de dirección (arts. 20.1 y 39.1 ET), el *ius variandi* extraordinario (art. 39.2, 39.3 y 39.4 ET) y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo [art. 41.1 f) ET].

Desde un punto de vista teórico, resulta particularmente importante la distinción entre los dos primeros niveles, esto es, entre la determinación ordinaria de la prestación de trabajo y la movilidad funcional ascendente o descendente. Si la medida no traspasa esta barrera, en líneas generales podría decirse que el ordenamiento jurídico la considera, en principio, como una modificación irrelevan-

te; no obstante lo anterior, puede subsistir en estos casos un cierto control sobre el ejercicio de los poderes empresariales, pero éste se limita prácticamente, como se verá, al respeto de la buena fe contractual y la protección de los derechos fundamentales del trabajador. En cambio, el *ius variandi* extraordinario desencadena la aplicación de una serie de garantías, previstas en el art. 39 ET, entre las cuales destacamos dos: de un lado, la exigencia de razonabilidad de la medida, de la que nos ocuparemos más adelante; de otro lado, la prohibición de despido objetivo por ineptitud o por inadaptación a las modificaciones técnicas (art. 39.3 ET *in fine*).

La frontera entre estos dos niveles se construye en principio en torno al sistema de clasificación profesional. Así pues, de acuerdo con el art. 39.1 ET, la movilidad funcional será de carácter “extraordinario” cuando traspase las barreras del grupo profesional o el de las categorías equivalentes, dependiendo del sistema que opere en la empresa.

Este sistema de clasificación profesional se impone a la pequeña empresa como una norma “externa”²⁶. Es muy posible que ello implique en muchos casos la aparición de fenómenos de “doble regulación” en el ámbito de las pequeñas empresas, en cuyo caso, existiría un sistema clasificatorio real –un esquema más o menos compartido de categorías cognitivas aplicadas a la prestación de trabajo– que no coincidiría exactamente, o incluso divergería radicalmente, del previsto en el convenio aplicable; el problema puede complicarse aún más en caso de que tampoco coincidan exactamente las categorías de los trabajadores y las utilizadas por quien gestione el personal. A primera vista podría parecer que en el contexto de las pequeñas empresas, donde existen limitaciones para la parcelación de tareas, se exige una cierta polivalencia profesional y las jerarquías no son complejas, resulta más apropiado el sistema de “grupos profesionales” que el de “categorías”; ciertamente, en la realidad práctica de las pequeñas empresas desaparecen algunas categorías y muchas otras se mantienen únicamente a efectos de determinar diferencias retributivas. No obstante, debe tenerse en cuenta que los grupos profesionales prototípicos

²⁶ Aunque el art. 22.1 ET permite que la clasificación se pacte por acuerdo de empresa en defecto de convenio, habitualmente se regula en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, e incluso, cuando se fija la estructura de la negociación colectiva, esta materia se reserva para los niveles superiores.

son muy poco descriptivos, resultando demasiado abstractos para su uso cotidiano; parecen más bien un instrumento para facilitar en un plano formal la movilidad funcional, utilizándose por gestores profesionales de recursos humanos en el seno de organizaciones burocratizadas y no por los trabajadores en su contexto diario. Existen indicios de que en la práctica los trabajadores de las pequeñas empresas tienden a percibir las tareas que les corresponden en función de un sistema informal de “categorías”, construido a través de la costumbre, que se basa en los sistemas formales de categorías profesionales (vigentes o no), reconstruidos en el contexto concreto de la empresa (por ejemplo, en los puestos más cualificados, las categorías tienden a confundirse con los puestos de trabajo)²⁷ y “corrigiendo” los excesos tayloristas de las antiguas Ordenanzas.

En cualquier caso, cuando la introducción del cambio tecnológico provocara alteraciones sobre el sistema informal de categorías, las eventuales resistencias de los trabajadores, aún pudiendo ser relevantes para el empresario, carecerían de apoyo jurídico, de manera que no afectaría, por ejemplo, a un posible despido por inadaptación del trabajador a los cambios técnicos. En efecto, incluso cuando el sistema formal de clasificación profesional se organizara por “categorías”, la movilidad funcional ordinaria podría producirse también entre categorías “equivalentes”, definiéndose éstas en función de la posibilidad de desarrollar las tareas de la nueva categoría con los conocimientos y aptitudes necesarios para el trabajo desarrollado anteriormente, previa la realización, en su caso, de procesos “simples” de formación o adaptación (art. 21.3 ET). Así pues, en el sistema de categorías, el elemento a considerar no es la definición de las tareas, sino la cualificación básica. Por su parte, los grupos prototípicos están jerarquizados entre sí, componiendo diferentes grados abstractos de cualificación, autonomía y responsabilidad²⁸.

²⁷ Esta conclusión preliminar hemos extraído de las entrevistas en profundidad –de momento, poco representativas– realizadas para el estudio, “La eficacia de los sistemas clasificatorios: un examen particular del sector del metal”, en AAVV (coord. Ricardo Escudero Rodríguez), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, págs. 388-412.

²⁸ No obstante, en muchos casos la negociación colectiva ha heredado de las antiguas Ordenanzas Laborales una serie de “grupos” en sentido impropio, que se corresponden más bien con áreas funcionales y que no están del todo jerarquizadas entre sí; las consecuencias de ello dependen de la redacción concreta del convenio colectivo, pero está claro que si la movilidad funcional ordinaria se define en relación a estos grupos, el sistema de

En definitiva, el control de la movilidad funcional se organiza en torno a grados de jerarquía o “rango” de las funciones realizadas: existirán limitaciones específicas para la movilidad “ascendente” o “descendente”, pero no para la “movilidad horizontal”, más allá de las exigencias de titulación de las profesiones regladas.

Esta opción legislativa no parece del todo adaptada ni a la realidad de las pequeñas empresas, ni a los efectos más comunes de la introducción de nuevas tecnologías. Por una parte, en las unidades de pequeño tamaño las jerarquías son más difusas, de manera que el criterio del “rango” de las funciones realizadas resulta poco apropiado para medir o detectar la intensidad del cambio. Por otra parte, es razonable suponer que en la mayoría de los casos la incorporación de innovaciones tecnológicas no supone el “ascenso” o la “degradación” del trabajador a una categoría o grupo distintos en un sistema preestablecido, sino más bien la alteración de las tareas requeridas en un mismo puesto de trabajo, o de su modo de ejecución. Esta alteración puede llegar a ser muy radical; por ejemplo, la introducción de la ofimática ha cambiado sustancialmente las tareas de los “oficiales administrativos” o categorías similares, hasta el punto de que los antiguos oficios han quedado irreconocibles, sin que ello haya implicado una modificación del rango del trabajador en un sistema jerárquico preestablecido (también se ha mencionado anteriormente el supuesto de los Calcadores o los Delineantes); de la misma manera, en las profesiones centradas en la informática, es habitual que un cambio sustancial del “entorno” transforme de manera muy significativa las exigencias de cualificación, en un sentido horizontal, no relacionado con el “rango”²⁹. Por otra

garantías se distorsiona, dado que un trabajador en teoría podría ser movilizado en todo el espectro de un área funcional que abarca rangos jerárquicos muy diversos.

²⁹ Así, en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 5-11-2003 (Ar. AS 2004\882), el cambio de un sistema operativo Lawson por Sql Server/Visual Basic y de un servidor AS IMB 400 por otro compatible Windows 2000 Server, motiva el despido procedente de un trabajador, apoyado en el servicio técnico prestado por otra empresa. Como ejemplo de la realidad más cotidiana puede servir de ejemplo –aunque no sea un dato representativo– el testimonio de un ingeniero técnico en informática y administrador de base de datos (comunicación personal 9-7-2008): “Habitualmente la empresa no te despide, sino que da por hecho que como tú eres informático sabes Informática (o sea todo) y por ejemplo, cambian los servidores de Windows a Linux (un ‘cambio de entorno’ posible y común) y [que] eso no va a afectar tu rendimiento ni vas a necesitar unos cursos ni una etapa de aprendizaje.”

parte, la protección específica del art. 39.3 ET frente al despido por inadaptación a los cambios técnicos se produce exclusivamente en el supuesto de movilidad ascendente o descendente, por muy intenso que sea el cambio, aunque los procesos de formación o adaptación necesarios no sean “simples”; esto no quiere decir, empero, que el despido sea procedente en todo caso y que a estos efectos sea irrelevante la intensidad de la medida, pero lo cierto es que el ordenamiento jurídico prácticamente carece de herramientas para captar esta intensidad cuando no hay modificación del rango formal del trabajador.

La segunda “barrera” es la que distingue la movilidad funcional de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En lo que refiere estrictamente a las “funciones”, este límite se transpone cuando se superan los parámetros del art. 39 ET; no obstante, dado que varios de estos condicionamientos no pueden rebasarse en ningún caso (por ejemplo, la dignidad de la persona o la exigencia de titulación en profesiones regladas), la diferencia viene en realidad marcada por el carácter temporal o definitivo que se pretenda para la medida empresarial. El hecho de que el *ius variandi* extraordinario sea necesariamente temporal reduce enormemente las posibilidades de su aplicación en el supuesto que nos ocupa, esto es, en la reorganización de los procesos de trabajo derivada de la incorporación de innovaciones tecnológicas. En efecto, aunque es posible que la implantación del cambio tecnológico suponga algún ajuste coyuntural del rango de determinados trabajadores (por ejemplo, la cobertura provisional de un nuevo puesto de cierta cualificación por personal contratado para funciones inferiores o superiores), parece claro que el problema de la adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos se remite fundamentalmente a las modificaciones relativamente “definitivas” de las tareas requeridas o de su modo de ejecución.

Ello no implica que sea irrelevante la falta de adaptación señalada *supra* de las categorías normativas basadas en la posición jerárquica al contexto del cambio tecnológico en las pequeñas empresas. La remisión que hace el art. 41.1 f) ET a los límites del art. 39 ET nos parece inequívoca en el sentido de que, si nos referimos exclusivamente a las funciones, es decir, a las tareas requeridas y a su modo de ejecución, las modificaciones que no alcancen el

nivel de intensidad propio del *ius variandi* extraordinario, no pueden considerarse “sustanciales” y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación del artículo. Desde luego, la introducción de nuevas tecnologías puede contribuir a la aplicación de traslados o a la producción de alteraciones significativas de la jornada, del horario, del régimen de trabajo a turnos, del sistema de remuneración o del sistema de trabajo y rendimiento, así como de otras alteraciones no específicamente comprendidas en el art. 41 ET (tal podría ser el caso de las modificaciones del ritmo o de la intensidad del trabajo si no se consideraran incluidas en los aspectos anteriores); en estos casos, se aplicaría el régimen del art. 41 ET (o, en su caso, el del art. 40, si se trata de un traslado), pero ello no se debería estrictamente a la variación de las tareas respecto de las pactadas. Así pues, por ejemplo, en tanto no se alterara el rango formal, podría introducirse de manera unilateral una mayor polivalencia profesional sin que ello implicara necesariamente un reconocimiento retributivo.

La calificación de la medida empresarial como un traslado o una modificación sustancial implica garantías adicionales de carácter procedimental; en cualquier caso, dadas las dificultades que existen en las pequeñas empresas para la acción judicial durante la vigencia del contrato, resultan en principio más importantes las que afectan a la extinción de la relación. En este sentido, esta calificación supone que los trabajadores podrían optar por la “dimisión antinovatoria” si consideran inaceptable la alteración del contrato (y si tienen la suficiente antigüedad como para que la indemnización merezca la pena). No obstante, a nuestro juicio no opera en este caso la protección frente al despido objetivo por inadaptación que se regula en sede de movilidad funcional³⁰; consideramos que esta garantía se establece debido al carácter puramente “temporal” o “provisional” de la medida empresarial, que conecta con la permanencia exigida a la ineptitud. En cambio, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo supone una estabilización de la alteración, que se integra “definitivamente” en el contenido del contrato (razón por la cual se prevén mayores garantías procedimentales); una vez transcurrido el plazo de dos me-

³⁰ BRIONES GONZÁLEZ, C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pág. 75, entiende que la protección se aplica también a la movilidad funcional derivada de modificación sustancial de condiciones de trabajo, salvo en el caso de la falta de adaptación a las modificaciones técnicas.

ses señalado por el art. 52 b) ET, el trabajador podría ser despedido si no se adapta a los cambios del puesto de trabajo.

Además de esta clasificación en tres niveles (determinación ordinaria de la prestación de trabajo, *ius variandi* extraordinario y modificación sustancial), el ordenamiento toma en consideración otros aspectos que podrían vincularse a la “intensidad” de la medida. En primer lugar, tanto los despidos como las suspensiones por causas tecnológicas implican condicionamientos adicionales sobre el poder empresarial que afectan tanto a la causa de la vicisitud como al procedimiento. En segundo lugar, la afectación global de la medida puede implicar que ésta se considere de carácter “colectivo”, afectando al procedimiento (y en el caso del despido colectivo, a la causa). En tercer lugar, determinados efectos de la medida sobre los derechos fundamentales del trabajador o sobre su derecho a la formación profesional establecen limitaciones adicionales, como se verá más adelante.

En otro orden de cosas, constituye un supuesto especial la transformación de una relación laboral ordinaria a una relación de “teletrabajo”, alteración que es posibilitada por la tecnología, aunque probablemente en la mayoría de los casos no deriva directamente de la introducción de la innovación tecnológica. Este caso es un ejemplo paradigmático de alteración sustancial del modo de ejecución de las tareas sin que necesariamente se vea alterado el rango jerárquico del trabajador; asimismo, se modifica el lugar de trabajo pero sin exigirse cambio de residencia. En todo caso, el carácter sustancial del cambio está fuera de toda duda, dado que incluso el Estatuto de los Trabajadores se refiere al contrato a domicilio como una modalidad contractual separada; de hecho, algunos convenios colectivos, aplicando el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo y siguiendo las pautas de los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva desde el año 2003, establecen de manera expresa que el teletrabajo tiene que tener necesariamente un carácter voluntario³¹.

³¹ Así, el Convenio Colectivo estatal de la Industria Química, el Convenio Colectivo estatal de Industrias de Perfumería y Afines o el Convenio Colectivo Estatal de Prensa Escrita.

VI. La razonabilidad y la proporcionalidad de la medida empresarial

Diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores exigen que las medidas emprendidas unilateralmente por el empresario sobre la relación de trabajo sean “razonables”; esta razonabilidad consiste en una relación finalista entre la medida y la superación de una situación de relativa ineficacia de la empresa. Así, el art. 39.1 ET señala que la movilidad funcional extraordinaria debe fundarse en “razones técnicas u organizativas”; los arts. 40.1 y 41.1 ET, relativos respectivamente a la movilidad geográfica y a la modificación sustancial de condiciones de trabajo se refieren a la existencia de “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, que concurrirán cuando la adopción de las medidas “contribuya a mejorar la situación de la empresa”. Aunque el control de la causa es muy difícil en el contexto de las pequeñas empresas, estos preceptos deben vincularse a la garantía establecida por el art. 52 b) ET, según la cual, el despido objetivo por inadaptación a los cambios técnicos sólo será procedente cuando estos cambios “sean razonables”. Todos estos preceptos aluden a un grado mínimo de ineficacia en la organización de los recursos de la empresa, que denominamos “eficacia mejorable”³²; así pues, la vicisitud del contrato será “razonable” siempre que se oriente a mejorar el aprovechamiento que se hace del factor trabajo (dejando un cierto margen para las distintas estrategias empresariales). Así pues, el sentido de esta limitación no es otro que la interdicción de la arbitrariedad empresarial.

Esta cuestión no es baladí en el contexto de las pequeñas empresas, donde la acusada informalidad subraya la posibilidad de que la conducta empresarial no se dirija directamente a la maximización del uso de la fuerza de trabajo y que por tanto sea “arbitraria” desde el punto de vista jurídico. La calificación de “arbitraria” no implica que la conducta empresarial carezca de causa o que no exista intención, sino simplemente que la motivación empresarial (sea consciente o inconsciente) no es reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. En muchos casos, estas vicisitudes se orientan a re-

³² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Op. Cit.*, pág. 149.

producir las relaciones sociales y políticas (de poder) en la empresa; como se señaló anteriormente, estos motivos pueden ser fines en sí mismos, pero también pueden ser funcionales al mantenimiento de un sistema determinado de control del trabajo y por tanto, pueden estar dirigidos indirectamente a la maximización del beneficio empresarial. Aún en este caso, la vicisitud no sería “razonable” en los términos establecidos por la ley, que se refieren a una conexión directa entre la reestructuración tecnológica y la mejora de la organización de los recursos.

Ahora bien, la conexión de razonabilidad es bien distinta en el supuesto de “despido por causas tecnológicas”. En este caso no se pretende extinguir la relación del trabajador que no se ha “adaptado” al cambio tecnológico, pero existen algunas conexiones entre ambos supuestos, dado que, a nuestro juicio, esta modalidad de despido puede emprenderse tanto para reducir el volumen neto de empleo (debido al incremento del valor del trabajo) como para suprimir puestos de trabajo que han quedado obsoletos, incluso aunque fuera necesario crear otros. En el despido objetivo por causas tecnológicas ya no basta con que la medida empresarial asociada a la introducción de tecnología se dirija racionalmente a la mejora de la situación de la empresa, sino que se conecta a una situación de ineficacia de mayor gravedad y que presenta un cierto carácter patológico³³. Esta situación de relativa ineficacia consiste en una serie de “difi-

³³ En este sentido, resulta ilustrativa la STSJ del País Vasco, de 30-5-2006, Ar. JUR (2007\72213) “[...] el primer elemento se concreta en una situación desfavorable de falta de eficiencia –de la empresa en la esfera de los medios o instrumentos de producción, con entidad suficiente a los efectos señalados, a cuya superación– y no a la mera reducción de costes –se debe orientar la medida–. En efecto, y si bien es cierto que el aprovechamiento de las posibilidades propiciadas por el avance de la tecnología, constituye un factor esencial para garantizar la competitividad de las empresas y una adecuada respuesta a las exigencias de la demanda, también es verdad que para la que la implantación y extensión del uso de las nuevas técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, en ejercicio de la libertad de empresa y en defensa de la productividad protegidas por el artículo 38 de la Constitución, pueda justificar la extinción de los contratos de trabajo de los operarios cuyos puestos de trabajo quedan vacíos de contenido como consecuencia de su introducción, no basta que ésta permita una mejora de la situación de la empresa, como en el supuesto del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, sino que es de todo punto necesario que su adopción esté conectada con disfunciones, desajustes, desequilibrios o problemas concretos y reales de la empresa o de uno de sus centros o unidades que obstaculicen su funcionamiento y se puedan superar con los nuevos medios técnicos, esto es, que el sistema anterior constituía un factor de perturbación evitable con esa tecnología.” El término “dificultades”, para el TS “es sinónimo de problemas de gestión o pérdidas de eficiencia en una u otra de las áreas en que se despliega su actividad”, STS 31-5-2006 (Ar. RJ 2006\3971).

cultades” para la organización productiva [en el supuesto del art. 52 c) ET], o bien en una “amenaza a la viabilidad de la empresa y del empleo de ésta” [si se superan los umbrales previstos en el art. 51 y relacionados con la dimensión de la empresa]. Este análisis revela como el legislador no ha situado la maximización del beneficio de la empresa como un valor absoluto en lo que refiere a la justificación de las vicisitudes del contrato; por el contrario, la amplia “flexibilidad” que se otorga para la producción de alteraciones de manera unilateral por parte del empresario se vincula al objetivo superior del mantenimiento del empleo. Por eso, cuando lo que se pretende precisamente es destruir empleo, incluso en el caso extremo de que el cambio tecnológico permita la creación de otros puestos de trabajo (seguramente para favorecer la opción del reciclaje profesional en lugar de la expulsión al desempleo de trabajadores no adaptados), la reorganización productiva se condiciona a la presencia de una amenaza a la existencia de la propia empresa o a una reducción más importante del empleo, o bien –desde la reforma de 1997- a la existencia de “dificultades”, presumiéndose en este último caso que la medida empresarial está sirviendo para prevenir un mal mayor.

En este punto, algunas interpretaciones doctrinales y judiciales establecen una separación a nuestro juicio excesivamente artificiosa entre la introducción del cambio tecnológico y la extinción de los contratos, separando la propia noción de “causa del despido” de la conexión de razonabilidad. Desde esta perspectiva, el empresario podría introducir con total libertad innovaciones tecnológicas u organizativas, con independencia de la situación de la empresa o incluso de la racionalidad de su decisión; en caso de que se produjera un exceso de personal como consecuencia de estos cambios libremente introducidos, se plantearía una “dificultad” o, en su caso, una amenaza a la viabilidad de la empresa, que permitiría eventualmente los despidos³⁴. En nuestra opinión,

³⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., ROQUETA BUJ, R., “Las llamadas ‘causas económicas, técnicas, organizativas o productivas’”, DL 51/1997, *pág.* 50. En sentido similar a esta interpretación podría servir de ejemplo la TSJ Cataluña 14-1-2008 (Ar. JUR 2008\99838): “En casos como el presente en los que se evidencia un desfase entre la mano de obra que se precisa una vez introducida la innovación técnica y la que ya existía, es lícito para la empresa proceder a la amortización de los puestos de trabajo sobrantes mediante la extinción de puestos de trabajo por causas objetivas”, en ningún momento la sentencia se plantea la procedencia de la introducción de la innovación. Asimismo, la STSJ (Social) de Galicia, de 30-4-2001 (Ar. AS 2001\744) considera que la mera instalación de un tren de lavado automático implica la concurrencia de la causa,

como se explicó anteriormente, resulta inapropiado separar de manera tan radical la tecnología de sus efectos sobre los puestos de trabajo. Así pues, si la introducción de una determinada innovación tecnológica lleva aparejada una reducción del volumen de empleo (o la desaparición de algún puesto de trabajo), el despido sólo estará justificado cuando la medida empresarial se oriente a superar dificultades de la empresa³⁵. Ciertamente, decisiones empresariales anteriores pueden haber influido en la aparición de estas dificultades, pero este supuesto debe deslindarse del recorte de plantilla vinculado estructuralmente a un cambio tecnológico.

En otro orden de cosas, el ordenamiento jurídico establece algunos límites adicionales a los efectos posibles de la medida empresarial; básicamente, los efectos “prohibidos” son dos: el perjuicio para la promoción y formación profesional del trabajador y la afcción a su “dignidad”, esto es, la vulneración de sus derechos fundamentales (aunque también puede tener interés la aplicación del principio de buena fe y la prohibición de abuso de derecho). Aunque estos condicionamientos pueden analizarse también en tanto que límites absolutos, que no pueden franquearse en ningún caso, la determinación del efecto prohibido no es del todo ajena a la razonabilidad de la medida; por eso en este trabajo vamos a considerar estos límites como parte de una relación de proporcionalidad. Aunque en principio la norma parece otorgar máxima relevancia al poder del empresario para hacer uso de la fuerza de trabajo en aras a la maximización del beneficio, como señalábamos anteriormente, este poder está limitado por determinados derechos esenciales de los trabajadores, de manera que no basta con que una medida sea racional para que sea “lícita”.

aunque posteriormente estima que no se produce la necesaria conexión de razonabilidad.

³⁵ En este sentido, aunque en relación con un cambio organizativo (descentralización), la STS de 31-5-2006 (Ar. RJ 2006\3971), “Una vez realizada la operación anterior, será necesario proyectar sobre el caso las premisas interpretativas obtenidas, valorando si la situación de la demandada que le impulsó a la subcontratación del transporte y reparto de sus productos se puede subsumir o no en el discutido concepto legal de ‘dificultades’ que impiden el buen funcionamiento de una empresa [...] como ya se ha apuntado, la exigencia de acreditar una conexión de funcionalidad entre la conducta de la empresa y el objetivo de superar sus problemas o deficiencias de funcionamiento se remonta en este supuesto a la propia decisión de subcontratación o externalización.

El art. 39.3 ET establece que la movilidad funcional se realizará sin perjudicar la formación y promoción profesionales del trabajador [derechos que, por otra parte, se reconocen en el art. 4.2 b) ET]. Si se asume en sentido estricto, esta prohibición sería contradictoria con la propia institución de la movilidad funcional descendente, que siempre producirá algún tipo de perjuicio sobre los derechos profesionales del trabajador; por eso consideramos oportuno entender que este precepto se refiere en realidad a una relación de proporcionalidad entre el fin pretendido y los efectos perjudiciales asociados a los medios utilizados³⁶; en efecto, el desempeño de funciones inferiores sólo se podrá producir cuando existan “necesidades perentorias o imprevisibles”, de manera que no bastará una mera conexión de racionalidad con la obtención de un beneficio para la empresa y, por otra parte, el cambio se prolongará sólo por el tiempo “imprescindible” para atender a esta necesidad urgente. En los casos de movilidad descendente parece a primera vista poco aplicable el supuesto del art. 52 b) pero, si así fuera en algún caso concreto, habría que entender que la desproporción con respecto a los derechos de formación y promoción profesionales afectaría a la “razonabilidad” de la medida, impidiendo el despido. Asimismo, si se produjeran modificaciones sustanciales del contrato en perjuicio de la formación profesional del trabajador, este podrá extinguir su contrato por la vía del art. 50 ET con la indemnización correspondiente al despido improcedente.

Ahora bien, como ya se ha mencionado, es muy probable que las modificaciones del puesto de trabajo operadas en las pequeñas empresas como consecuencia de la introducción de nuevas tecnologías no supongan en términos estrictos una alteración del rango del trabajador, pero ello no impide que puedan afectar a sus posibilidades de promoción profesional o impedir el desarrollo de su derecho a la formación profesional. En estos casos, si la afectación de los derechos profesionales es mínimamente significativa, no habrá ningún obstáculo para entender que nos encontramos ante una modificación sustancial del contrato (pues este efecto va más allá de la mera alteración de las tareas). En cambio, las alteraciones que se mantengan en los límites del poder de dirección ordinario no permitirán la extinción indemnizada del contrato, aunque produzcan algún efecto poco significativo de descalificación, salvo que constituyan abuso de derecho.

³⁶ A este respecto, sigue siendo válida la reflexión de CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1983, págs. 178-179, aunque posteriormente se haya reformado la institución.

Por el contrario, la prohibición de discriminación o de vulneración de la dignidad y los derechos fundamentales se aplica a cualquier decisión empresarial, incluyendo a aquellas que en principio se encuadran en el ejercicio ordinario del poder de dirección (de hecho, este es el supuesto típico del acoso moral). No obstante, eso no impide que esta limitación pueda ser considerada como parte de una relación de proporcionalidad, dado que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional insiste en que es preciso ponderar los distintos intereses constitucionales en juego (incluyendo la libertad de empresa), para determinar si efectivamente se ha producido o no una vulneración del derecho fundamental. Así, por ejemplo en la STC 186/2000 consideró que la instalación (limitada en el tiempo y en el espacio de control) de un circuito cerrado de televisión para investigar unas posibles irregularidades por parte de los cajeros estaba justificada y era idónea para la finalidad pretendida, además de necesaria y equilibrada. En cambio, en la STC 98/2000, considera que la instalación de micrófonos en un casino (en el que existía ya un sistema de grabación de imágenes y otras medidas de seguridad) no era una medida proporcionada, porque se trataba de un sistema de seguridad complementario que no era estrictamente necesario para proteger el interés empresarial, aunque se orientara razonablemente a este fin. Dado que la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en el contexto de las nuevas tecnologías ha sido bien tratada por la doctrina³⁷, no vamos a ocuparnos con detalle de ella, aunque nos interesa destacar dos aspectos: en primer lugar, la intimidad no es el único derecho fundamental que puede verse afectado por las nuevas tecnologías (así, por ejemplo, la integridad física o moral puede sufrir daño por la incorporación de tecnologías diversas, incluyendo las de vigilancia). En segundo lugar, el hecho de que una medida empresarial deba ponderarse con los derechos fundamentales de los trabajadores no excluye que, en su caso, se apliquen otros condicionamientos de causa o procedimiento, en función de la alteración de la relación laboral que se pretenda.

³⁷ A modo de ejemplo, MERCADER UGUINA, J., "Derechos laborales de los trabajadores y nuevas tecnologías: hacia una empresa panóptica?", Relaciones Laborales, volumen I, 2001; CAMAS RODA, F., "La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral", AAVV (coords. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Ricardo Esteban Legarreta), *Nuevas tecnologías...*, Op. Cit.

VII. La articulación del consentimiento individual y colectivo

Como es sabido, en ocasiones, la ley atribuye a determinadas reestructuraciones de plantilla (traslados, modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos) naturaleza “colectiva”, estableciendo en este caso procedimientos obligatorios de negociación colectiva con los representantes de los trabajadores en la empresa. Estas reestructuraciones colectivas tienen un indudable interés desde la perspectiva de las pequeñas empresas, básicamente por dos razones: de un lado, en la mayoría de los casos, la dimensión de la empresa es uno de los elementos utilizados para determinar si la alteración de los contratos de trabajo debe seguir el procedimiento “colectivo”; de otro lado, el déficit representativo implica que en ocasiones la norma puede terminar imponiendo la negociación con un interlocutor que, o bien no existe, o bien tiene dificultades para cumplir satisfactoriamente con las funciones que nuestro ordenamiento jurídico establece para los representantes.

En otro trabajo nos hemos ocupado extensamente de estos problemas sobre la realidad de las pequeñas empresas, de manera que no consideramos oportuno detenemos aquí en estas cuestiones³⁸. Ello se debe también a la circunstancia de que, en nuestra opinión el origen “tecnológico” de las medidas empresariales no resulta particularmente relevante en lo que respecta a estos condicionamientos. No obstante, debe tenerse en cuenta que, como se explicó anteriormente, la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos de trabajo implica casi siempre alteraciones –significativas o no- de las tareas asignadas o de su modo de ejecución que pueden reconducirse en último término a cambios funcionales y que, en esta materia, existe una cierta confusión en la redacción legal.

Como regla general, el carácter “colectivo” de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no depende de la afectación de la medida en

³⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Op. Cit.*, págs. 240-255, respecto a la toma en consideración de la dimensión de la empresa en la definición del carácter colectivo de la medida y págs. 300-307, sobre el problema de la ausencia de representantes en los procesos de negociación (en el marco de la consideración general del déficit representativo en las págs. 271 y ss).

relación con la dimensión de la empresa, sino del carácter individual o colectivo de la fuente de las obligaciones laborales alteradas. Ciertamente, en materia de cambios funcionales o de horario de trabajo, el art. 41.2 *in fine* ET establece una excepción, según la cual, la modificación de determinadas condiciones relativas a las funciones o el horario que tengan un origen colectivo no implicará la aplicación de las garantías propias de los procedimientos colectivos si la medida no alcanza una determinada afectación en relación con la dimensión de la empresa. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la determinación concreta de las tareas a las que el trabajador está obligado es una condición de naturaleza individual³⁹, que deriva del acuerdo de clasificación profesional u otros pactos de determinación funcional⁴⁰, de manera que la excepción relativa al número de trabajadores en relación con la dimensión de la empresa sólo se aplicará cuando la condición tenga naturaleza colectiva; este espacio se ve aún más restringido, dado que, cuando estas condiciones vinieran impuestas por un convenio colectivo estatutario de ámbito supraempresarial, se aplicaría la prohibición de concurrencia del art. 84 ET, dado que el art. 41.2 ET no incluye las “funciones” en el listado de materias en las que el acuerdo de empresa puede imponerse sobre convenios colectivos del título III, de manera que la modificación no sería posible. Por último, aunque las funciones que se pretendieran alterar se hubieran fijado por cualquier otro producto de la autonomía colectiva, sería necesario en todo caso el acuerdo con los representantes de los trabajadores en virtud de la “eficacia vinculante” del art. 37.1 de la Constitución, de manera que tampoco se aplicaría la excepción. Por consiguiente, la consideración del número de trabajadores afectados en relación con la dimensión de la empresa sólo tendrá lugar cuando se pretendan alterar funciones definidas por decisiones unilaterales del empresario de efectos colectivos.

En cualquier caso, estos procedimientos de consulta-negociación no parecen en general muy apropiados para la realidad de las pequeñas empresas; no sólo porque podrían introducir demasiadas “rigideces” para la gestión empresarial, sino también desde la perspectiva de los trabajadores, dado que la eficacia general de los acuerdos puede ser problemática en un contexto

³⁹ VALLEJO DACOSTA, R., *Modificaciones de las condiciones de trabajo: un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, pág. 140.

⁴⁰ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *Op. Cit.*, pág. 181-184.

donde la actuación, o incluso la elección de los representantes pueden estar muy condicionadas por el contexto de relaciones interpersonales. En cambio, parece más importante promover, en la medida de lo posible, que exista un verdadero “diálogo” informal tanto con los trabajadores individualmente considerados como con los representantes, en caso de que existan, con independencia de que el producto de ese diálogo no sea un acuerdo de naturaleza colectiva y eficacia *erga omnes*. Ciertamente, este tipo de exigencias procedimentales son difíciles de controlar, especialmente si se manifiestan de manera informal -pero las obligaciones formales pueden ser fácilmente distorsionadas, cumpliéndose sólo en apariencia en contextos poco burocratizados-; a nuestro juicio, sin embargo, podrían reforzarse si la actitud dialogante o no del empresario se tomara en consideración en la eventual indemnización derivada de la extinción que pudiera producirse (dimisión antinovatoria, extinción causal a iniciativa del trabajador o despido).

Esta dificultad es aún mayor cuando lo que se pretende reforzar es el diálogo con los representantes, dado que en las pequeñas empresas –al contrario que en unidades mayores- esta estrategia resulta en general poco útil desde la perspectiva empresarial para disminuir las resistencias de los trabajadores porque, aunque se lograra el consenso de los representantes, sería preciso posteriormente convencer a los trabajadores en el marco de las relaciones informales. Ahora bien, en nuestro ordenamiento, el diálogo con los representantes no es solamente una posible estrategia empresarial, sino también una obligación legal, dado que el art. 64 ET establece varios supuestos de “consulta” obligatoria.

A primera vista, el examen de algunos de estos supuestos podría tener especial interés desde la perspectiva de la incorporación de cambios tecnológicos en la pequeña empresa. Así, por ejemplo, la introducción de nuevas tecnologías podría motivar o posibilitar la instauración de “planes de formación profesional” o la implantación de “sistemas de organización y control del trabajo”, pero el sentido de estas nociones puede variar en función del contexto empresarial de referencia (por ejemplo, si el “plan” de formación o los sistemas de organización y control” aparecen como medidas informales, poco integradas en un proyecto sistematizado puede ser dudosa la inclusión en el tipo). No obstante lo anterior, entendemos que esta cuestión no es verdaderamente relevante,

dado que estos supuestos objetos de “consulta a través de la elaboración de un informe”, anteriores a la transposición de la Directiva comunitaria 2002/14/CE sobre el establecimiento de un marco general de información y consulta se superponen en la regulación vigente con las nuevas previsiones de origen comunitario; estas previsiones incluyen un concepto más amplio de consulta, que se refiere a la apertura de un diálogo y no necesariamente implica la emisión de un informe escrito (art. 64.1 ET) y se aplica a las “decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo”, lo que prácticamente afecta a toda medida significativa. En este contexto, no parece particularmente preocupante determinar si en las pequeñas empresas el delegado o los delegados de personal tienen o no competencia para emitir el informe: en primer lugar, lo importante es que exista un verdadero diálogo y no su concreción formal; en segundo lugar, en el contexto de la doble regulación el informe puede utilizarse como cobertura formal de un incumplimiento real; en tercer lugar, no parece haber ningún obstáculo para que los delegados de personal emitan un informe escrito si así lo desean, aunque la ley no les reconozca formalmente el derecho⁴¹.

Ahora bien, esta obligación empresarial es difícil de garantizar en el contexto de las pequeñas empresas debido a que no se prevén sanciones que se materialicen en las indemnizaciones asociadas a la eventual extinción del contrato; de hecho, no se establece tampoco ninguna otra sanción contractual como la ilicitud de la vicisitud emprendida (en contraste con otras obligaciones procedimentales). Por otra parte, el cumplimiento del deber de consulta no afecta a la “racionalidad” de la medida a efectos de protección frente al despido objetivo por inadaptación a las modificaciones técnicas; quizás podría argumentarse que esta forma de participación de los trabajadores influye en la “proporcionalidad” de la medida empresarial respecto de la protección de derechos fundamentales del trabajador, pero esta interpretación parece haber sido descartada por la jurisprudencia constitucional⁴². Ciertamente, el incumplimiento de

⁴¹ En este sentido, GARRIDO PÉREZ, E., “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal”, *Temas Laborales*, nº 95, 2008.

⁴² STC 186/2000 “El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetejada) carece de trascen-

los derechos de información y consulta es una infracción administrativa (art. 7.7 LISOS), pero su operatividad depende de la posibilidad de que se formulen denuncias y de la capacidad de la Inspección de Trabajo para investigar este tipo de cuestiones, especialmente cuando el cumplimiento de estas obligaciones no exige el uso de documentación escrita.

En lo que refiere a la búsqueda del consentimiento del trabajador individualmente considerado, no se establece en nuestro ordenamiento ninguna obligación de procedimiento; en algunos casos concretos, podría deducirse del principio de buena fe contractual la obligación de llevar a cabo un cierto diálogo con el trabajador en función de las circunstancias concurrentes, pero ésta no es de ningún modo una regla que pueda generalizarse. En cualquier caso, es muy probable que en el contexto de las pequeñas empresas, el empresario trate de vencer de un modo u otro las posibles resistencias individuales del trabajador a la incorporación del cambio tecnológico, a través de estrategias diversas: utilización de las relaciones sociales y de poder que lo unen al trabajador o que unen a los trabajadores entre sí; oferta de contraprestaciones económicas o sociales; presiones, o incluso amenazas lícitas o ilícitas, etc.

En este contexto, es muy importante distinguir entre la mera aceptación o aquiescencia por parte del trabajador de una modificación introducida unilateralmente y el verdadero acuerdo novatorio en el que éste consiente voluntariamente en obligarse. Ello es así porque si el empresario consigue el acuerdo del trabajador, no será preciso en principio acreditar la racionalidad de la modificación —al margen de la aplicación de las normas de Derecho Común—, ni cumplir con los requisitos procedimentales que la ley exige para las modificaciones unilaterales (como el preaviso en las modificaciones sustanciales). Ciertamente, se mantendría el deber de respeto a los derechos fundamentales, pero el consentimiento del trabajador podría tener mucho valor en el juicio de proporcionalidad respecto de sus intereses profesionales (e incluso, en algunos casos, para determinar si se ha producido la vulneración de derechos fundamen-

dencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) LET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que los órganos judiciales han dado una respuesta negativa a esta cuestión, respuesta que no cabe tildar de arbitraria o irrazonable, lo que veda en cualquier caso su revisión en esta sede.”

tales). Por otra parte, una modificación funcional temporal pactada no desencadenaría la protección frente al eventual despido por inadaptación a los cambios tecnológicos.

Esta distinción resulta especialmente difícil en la realidad de las pequeñas empresas donde, de un lado, el conflicto tiende a no manifestarse de manera abierta y, de otro lado, los pactos suelen asumir la forma tácita o, en todo caso, verbal. Para ello, además de tener en cuenta la doctrina de los actos concluyentes, habríamos de atender a la causa del supuesto negocio jurídico novatorio. Si éste consiste únicamente en la adaptación del trabajador a los cambios tecnológicos para satisfacer las necesidades empresariales, nos encontraremos realmente ante una modificación unilateral, cuyo régimen jurídico no puede defraudarse; si, por ejemplo, se ofrece una contraprestación económica al trabajador para compensar la mayor polivalencia funcional o el mayor esfuerzo formativo que implica la introducción del cambio tecnológico, se tratará claramente de un pacto porque existiría una causa jurídicamente válida para la prestación del consentimiento. En este sentido, la “denuncia modificativa”, esto es, la oferta por parte del empresario de una novación pactada del contrato como alternativa a un posible despido, será válida en tanto en cuanto la amenaza del despido no sea antijurídica (esto es, si la causa del despido es suficiente)⁴³.

VIII. El despido por inadaptación a los cambios técnicos

Debido al déficit señalado anteriormente en los mecanismos de coacción, la mayoría de los problemas jurídicos relativos a la adaptación de los trabajadores a los cambios tecnológicos en las pequeñas empresas confluyen en la institución del despido objetivo por inadaptación del trabajador [art. 52 b) ET], en su interacción con el despido por causas tecnológicas del art. 52 c) ET. Esta circunstancia ha sido tenida en cuenta en toda la exposición anterior, pero en este momento resulta conveniente completar el análisis

⁴³ CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones...* Op. Cit., págs. 424-427.

sis del despido por inadaptación; para ello se procurará sintetizar las conclusiones que se derivan del análisis anterior, aportando algunos aspectos nuevos que derivan de la redacción del precepto, de su conexión con el supuesto del art. 52 a) ET y de las resoluciones judiciales. Desde esta perspectiva, podemos identificar los elementos típicos del art. 52 b) como: 1) introducción de una innovación técnica que afecte a un puesto de trabajo, 2) razonabilidad y proporcionalidad de la medida empresarial, 3) transcurso de un plazo determinado de adaptación, 4) disminución del rendimiento con visos de permanencia⁴⁴.

La jurisprudencia ha optado en general por un sentido amplio del término “modificación técnica”, que podrá afectar en principio a algunos aspectos no estrictamente relacionados con la tecnología⁴⁵, aunque de esta cuestión no nos ocuparemos en este trabajo. La modificación tecnológica será relevante en la medida en que tenga efectos sobre el “puesto de trabajo”. Si este término se interpreta en sentido restrictivo, habría que entender que los cambios de “nivel jerárquico” (de grupo profesional o a categorías no equivalentes), o incluso los cambios horizontales de categoría o puesto de trabajo dentro de la misma categoría no permiten despedir al trabajador por esta causa⁴⁶; si esto fuera así, la previsión frente a la movilidad funcional del art. 39.3 *in fine* ET carecería de sentido, salvo quizás como una reiteración incompleta y, por tanto, técnicamente deficiente. A nuestro juicio, esta interpretación no es correcta y ello, por di-

⁴⁴ La STS 15-7-1986 (Ar. RJ 1986\4147) establece como requisitos: a) la modificación técnica, b) que afecte al puesto de trabajo y c) que se produzca una falta de adaptación del trabajador. La TSJ Andalucía, Sevilla, de 12-11-2002 (Ar. AS 2003\533) señala como requisitos la inadaptación a un sistema nuevo, la razonabilidad del sistema y el transcurso del plazo de dos meses.

⁴⁵ La propia STS 15-7-1986 anteriormente citada se refiere a la exigencia de conocimientos de euskera.

⁴⁶ En este sentido restrictivo, STSJ del País Vasco de 23-11-1999 (Ar. AS 1999\3931) “[...] lo que el precepto contempla es la modificación técnica en el mismo puesto y no el cambio a otro con distintas exigencias técnicas”; en relación con las categorías (aunque seguramente vaciada de contenido por los cambios normativos), STS 22-4-1980 “[...] si la trabajadora no es apta para el trabajo que se le asignó y éste no corresponde a su categoría profesional, la misma debe ser destinada a prestar el trabajo propio de su categoría, pero no puede ser despedida por inadaptación a un trabajo que no es el de su categoría profesional, sin que la circunstancia de que fuera la propia trabajadora la que voluntariamente solicitara ser empleada en el trabajo que luego no podría realizar no empece a lo dicho, pues el contenido de las funciones propias de una categoría no depende de la voluntad del trabajador [...]”

versas razones: la citada mención del art. 39.3 ET (que se restringe a supuestos de movilidad funcional temporal y con modificación del nivel jerárquico), indica que no es esta la finalidad de la norma; en segundo lugar, esta interpretación partiría de una noción muy rígida y artificiosa de “puesto de trabajo” que no se adapta a la realidad de las pequeñas empresas ni a las posibilidades reales de movilidad funcional permitidas por el ordenamiento; en tercer lugar, esta rigidez no implica ningún tipo de protección para el trabajador, puesto que fomenta el uso –posiblemente lícito, pero en cierta medida distorsionado- del despido por causas tecnológicas del 52 c), especialmente en el contexto de las pequeñas (y aún medianas) empresas, donde la recolocación del trabajador cuyo cambio de puesto ha sido obsoleto puede ser imposible o muy costosa, el despido por ineptitud del art. 52 a), o bien simplemente del despido improcedente si no se cumplen los requisitos de estas causas, lo que puede plantear disfunciones.

En lo que refiere a la “razonabilidad” de la medida ya se ha especificado que ésta consiste básicamente en la prohibición de arbitrariedad, de manera que la introducción de la innovación y su efecto sobre el puesto de trabajo deben estar racionalmente orientados a la mejora de la organización de la empresa. En la “razonabilidad” se integra también una relación de “proporcionalidad”, es decir, de ponderación de la medida empresarial y sus efectos con determinados intereses del trabajador (derechos fundamentales, derecho de formación profesional, derecho de promoción profesional) y, en este caso concreto, con la prohibición de abuso de derecho y el principio de buena fe contractual.

En virtud de este principio de buen fe, no podrá exigirse al trabajador una adaptación imposible o de dificultad extrema. Así, por ejemplo, la informática no es una profesión reglada y, en ocasiones, personas que no tienen las titulaciones oficiales desempeñan tareas que exigen una cualificación elevada (por ejemplo, la programación); adquirir este tipo de cualificaciones partiendo de conocimientos escasos no es, desde luego, imposible, pero generalmente exigiría mucho tiempo –incluso varios años- y una considerable inversión de esfuerzo que sobrepasaría las obligaciones contractuales del trabajador. En estos casos sí que habría de acudir a otras causas de despido si es que concurren sus presupuestos. El período de adaptación de dos meses expresamente pre-

visto por la norma –o el de tres meses para el curso de formación- podría servir de orientación para determinar el tipo de cambios que resultan aceptables, es decir, si el tiempo que razonablemente puede preverse para la adaptación es muy superior a dos o tres meses, esto puede ser una indicación de que la exigencia es excesiva⁴⁷.

Por otra parte, el derecho a la formación profesional y el deber de buena fe imponen al empresario la obligación de hacer lo “razonablemente” posible por adaptar al trabajador a sus nuevas condiciones, lo que sólo puede valorarse en cada caso concreto. Ello no implica que el “curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional” previsto en el art. 52 b) ET sea obligado para el empresario, aunque sí lo será si es objetivamente necesario para que el trabajador adquiriera la capacitación necesaria. Como se ha visto, en las pequeñas empresas la formación profesional se suele producir en el puesto de trabajo, de manera que existirá una cierta tendencia a evitar los procesos formales; no obstante, en el caso concreto de la innovación tecnológica, puesto que generalmente no habrá trabajadores en la empresa dispuestos a transmitir la información será preciso en muchos casos contar con algún tipo de apoyo externo, aunque no se traduzca en un curso formal, sino, por ejemplo, en la asistencia de un servicio técnico.

De hecho, en las resoluciones judiciales que se han consultado suele ser importante en la argumentación empresarial acreditar que se han realizado cursos de formación, o que, en cualquier caso, se ha tratado de formar al trabajador por otros medios⁴⁸.

⁴⁷ STSJ del País Vasco, de 20-9-2001 (Ar. AS 2002\907) [...] el legislador ha entendido que cuando menos ese plazo de dos meses debe ser el que determine la habilidad del trabajador al nuevo puesto, y si es prácticamente imposible que la demandante adquiriera los conocimientos que se le exigen en ese tiempo [...], no podría alegarse por la empresa esta causa [...].”

⁴⁸ La STSJ de Cantabria, de 19-10-1998 (Ar. AS 1998\4018) se refiere a la introducción del sistema RED en una gestoría que cuenta con tres trabajadores asalariados y el Tribunal tomó en consideración que se llevaron a cabo al menos dos sesiones de instrucción impartidas por personal especializado, que fueron suficientes para que la otra auxiliar administrativo aprendiese el manejo; se señala asimismo que curso previsto en el ET es optativo y que el plazo previsto es máximo y no mínimo. En la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 6-4-2004 (Ar. JUR 153570) se enjuicia el supuesto relativo a la incorporación de un nuevo sistema de embuche en una empresa muy pequeña dedicada a la producción de hígado de pato; en este caso no hubo asisten-

En cuanto a esta mención del ET al curso de formación, junto con la previsión de que pueda interrumpirse la prestación –inadecuadamente parece referirse a una suspensión del contrato- por un “máximo” de tres meses, a nuestro juicio tiene una eficacia meramente simbólica y no jurídica, por ser de carácter voluntario, a pesar de la aparente imperatividad de la forma verbal utilizada (“el contrato quedará en suspenso...”); pretende simplemente proporcionar unas pautas que las partes podrían seguir para estructurar su conducta, pero que no son obligatorias; de hecho, es muy probable que no se sigan en las pequeñas empresas salvo que sean estrictamente necesarias, dado que la interrupción resulta especialmente gravosa en las pequeñas empresas debido a lo que hemos denominado el “principio de importancia relativa de los factores”, esto es, la importancia de la contribución a la organización de un solo trabajador es mayor cuanto menor sea el número de trabajadores. El máximo establecido para la interrupción (tres meses) se vincula probablemente al deber de proporcionar ocupación efectiva y se producirá únicamente cuando esta interrupción tenga un carácter unilateral y no pactado.

En cuanto al plazo de adaptación previsto por la norma, como ya se ha señalado es de dos meses. Aunque la adaptación requiriera objetiva-

cia a un curso formal, pero la empresa contratada para incorporar el sistema proporcionaba la atención de un técnico que hacía una o dos visitas mensuales para observar el trabajo de los embuchadores y asesorando respecto de la forma de embuche. En la STS de 28-5-1987 (Ar. RJ 1987\3912), aunque el trabajador no había superado con éxito un curso ofrecido por la empresa se considera el despido improcedente por no constar en los hechos si había realizado o no otros cursos de capacitación. En la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12-11-2002 (Ar. AS 2003\533), En la STSJ de Murcia, de 23-10-1995 (AS 1995\4050), se tiene en cuenta que la demandante asistió a un curso para aprender el manejo de un nuevo programa informático. En la STSJ País Vasco de 24-4-2007 (Ar. AS 2007\2502) se considera que se proporcionara a la trabajadora un curso para formarse en el manejo de aplicaciones informáticas (no superado en cuanto a resultados, pero sí en cuanto a actitud), así como apoyo en un Aula virtual (a la que no acudió). También la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12-11-2002 (Ar. AS 2003\533) toma en consideración la asistencia a un curso. En el caso conocido por la STS de 21-6-1988 (informatización de las labores de delineación) consta en los hechos probados la circunstancia de que se había enseñado a los Delineantes el uso del nuevo ordenador y que sólo la demandante no consiguió asimilar el manejo. En los hechos mencionados por la STSJ Andalucía, Sevilla de 12-11-2002 consta que la actora no había asistido a los cursos para el conocimiento del nuevo sistema informático. En la STSJ de Madrid de 24-1-2005, que confirma la improcedencia del despido, consta en los hechos probados que la empresa no había ofrecido ningún curso relativo al sistema operativo Windows 2000 de nueva implantación.

mente menos tiempo, el empleador no podrá despedir hasta que no haya transcurrido el plazo de garantía previsto en la norma, lo que puede suponer un cierto perjuicio para las pequeñas empresas, pero no excesivamente importante. En cambio, si la adaptación exigiera un mayor tiempo, el principio de buena fe contractual y el derecho a la formación profesional impedirían el despido hasta que no se hubiera hecho lo posible por integrar al trabajador en sus nuevas condiciones.

Por último, para la disminución del rendimiento del trabajador, pueden aplicarse las pautas establecidas para el despido por ineptitud (del que el despido por inadaptación es una modalidad específica); así pues, no bastará con una disminución ocasional, de ahí que no se permite la alegación de esta causa de despido cuando la modificación de las tareas se ha practicado a través de la movilidad funcional extraordinaria, que es siempre una situación coyuntural. Además, esta disminución del rendimiento habrá de ser suficientemente significativa; en las pequeñas empresas existirán más dificultades para la determinación de esta significación, al haber un menor espacio para la comparación con otros trabajadores pero este extremo deberá ser tenido en cuenta en la interpretación. Por supuesto, la pérdida de rendimiento deberá acreditarse por parte del empresario, lo que en el examen de las resoluciones judiciales se muestra probablemente como el problema práctico más generalizado; de hecho, algunos tribunales se muestran bastante exigentes en lo que refiere a la aportación de la prueba⁴⁹. Ahora bien, estas pruebas no necesariamente tienen que manifestarse a través de mecanismos formales –lo que plantearía problemas a las empresas más pequeñas-, bastando con cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En todo caso, el entorno informal de las pequeñas empresas y, en ocasiones, su dependencia de los condicionamientos de las redes

⁴⁹ Así, STSJ de Madrid de 24-1-2005 [...] la ineptitud aducida ha de quedar suficientemente acreditada, mediante la prueba, a cargo de la empresa, de la falta de capacidad del actor para poder resolver adecuadamente, las tareas encomendadas tras el establecimiento, en el caso de autos, de un nuevo sistema operativo en el seno de la empresa"; resulta particularmente exigente la STS de 21-6-1988 TSJ del País Vasco de 24-4-2007 (Ar. AS 2007|2502), que, aunque detecta una cierta falta de rendimiento considera que "ante la gravedad que implica la extinción del contrato de trabajo por despido el hecho determinante del mismo ha de estar plenamente corroborado en el proceso". En la STSJ del País Vasco de 24-4-2007 (Ar. AS 2007|2502) se considera improcedente el despido porque no se había vuelto a comprobar la concurrencia de la causa, dado que el trabajador no había vuelto a prestar servicios en la empresa, pues el primer despido por ineptitud había sido declarado nulo por razones formales.

interempresariales⁵⁰, produce algunos problemas de prueba que parecen prácticamente inevitables.

IX. Distorsiones aplicativas del despido por inadaptación

Para completar el análisis de la figura del despido por inadaptación a los cambios técnicos es preciso hacer referencia a algunas disfunciones que se producen en la práctica y que impiden en algunos casos que esta causa de despido pueda cumplir adecuadamente su función. Ello sucede porque determinadas previsiones normativas favorecen que el empresario opte por estrategias distintas frente a la inadaptación del trabajador. Estas estrategias son básicamente el despido ilícito y el despido por causas tecnológicas; la previsión del despido por ineptitud podría también operar como una alternativa en caso de que los condicionamientos del despido por inadaptación se interpretaran de manera muy estricta, pero este no parece ser el caso⁵¹.

Por supuesto, la distorsión más grave es el incentivo para el despido improcedente, porque tiene un carácter claramente ilícito –aunque la conciencia de su ilicitud sea escasa–; además, dadas las dificultades que existen en las pequeñas empresas para recurrir a la coacción estatal durante la duración de la relación de trabajo, el recurso sistemático al despido ilegal termina afectando al resto de los aspectos de la relación laboral. En cualquier caso, esta disfunción no afecta particularmente a las causas de despido vinculadas a la introducción de nuevas tecnologías, sino que es un rasgo

⁵⁰ En la STSJ Madrid 29-1-2003 (Ar. JUR 2003\111666), se señala que la empresa no realiza actividad probatoria alguna, limitándose a afirmar que se obtuvo un informe negativo del Corte Inglés, empresa para la que se desarrollaba un proyecto informático.

⁵¹ De cualquier modo, la STSJ de Madrid de 24-1-2005 se ocupa un despido formulado a través de la causa de ineptitud que en realidad se refería a la inadaptación a los cambios técnicos y, en la STSJ de Extremadura de 8-7-2000 (Ar. JUR 2000\273981), el empresario había alegado conjuntamente ambas causas.

general de nuestro ordenamiento laboral, que deriva de un compromiso disfuncional entre el valor de la estabilidad en el empleo y las necesidades de flexibilidad de las empresas. Este compromiso implica que, en la práctica, el principio constitucional de causalidad del despido (derivado del derecho al trabajo) sólo se aplica a los trabajadores de cierta antigüedad; ello se materializa, de un lado, a través de un patente abuso de la contratación temporal y, de otro lado, a través de la excesiva vinculación entre las indemnizaciones por despido improcedente y la antigüedad del trabajador. Este entramado jurídico implica que los trabajadores recientemente incorporados a la empresa pueden ser despedidos arbitrariamente, lo que tiene especial relevancia en las pequeñas empresas, pero también incentiva el uso del despido ilícito aún cuando existiera causa real para la extinción unilateral. Esta tendencia se multiplica porque, en este contexto -relativamente disfuncional para el empresario, que termina pagando la indemnización por el acto ilícito aunque la causa sea suficiente-, las reivindicaciones empresariales no se dirigen a la regulación o interpretación de la causa del despido, sino a las compensaciones por despido improcedente, lo que motiva que las medidas flexibilizadoras (como la previsión del contrato de fomento de la contratación indefinida o la posibilidad de eximirse del pago de los salarios de tramitación) se orienten en esta dirección.

Así pues, salvo en el caso de los trabajadores muy antiguos en la empresa -que ciertamente, podrían presentar mayores resistencias al cambio tecnológico que viene de fuera de ella que los de reciente contratación-, la manera más sencilla de “expulsar” a un trabajador que no se adapta al cambio tecnológico es el despido improcedente, incluyendo, en su caso, la denuncia de un contrato temporal realizado en fraude de ley.

En efecto, la diferencia entre la indemnización por despido improcedente (45 días por año de servicio) y la de despido procedente (33 días por año) es de menos de un mes de salario (25 días) por año. Si se trata de un contrato de fomento para la contratación indefinida y se lleva a cabo un despido objetivo improcedente, esta diferencia, que puede identificarse con el “coste de la antijuricidad”, se reduce a 13 días de salario por año; para trabajadores de mucha antigüedad, se reducen considerablemente los topes máximos (de 42 a 24), lo que sigue insistiendo en el equilibrio disfuncional

antes mencionado. Para despedir a trabajadores de poca antigüedad, aunque hubieran sido contratados por el contrato para el fomento de la contratación indefinida, se utiliza en ocasiones la figura del despido disciplinario ilícito en lugar del despido objetivo, aunque la indemnización sea menor, para así evitar el coste del preaviso. Como es sabido, el despido objetivo implica un período de preaviso de 30 días en el que debe concederse licencia al trabajador para buscar empleo; en la práctica, este preaviso no suele cumplirse (aún menos en las entidades de pequeña dimensión), sustituyéndose por una compensación económica equivalente al salario de los días de incumplimiento. Así pues, si el empresario decide plantear un despido disciplinario, reconociendo inmediatamente su improcedencia, se ahorrará el coste de estos 30 días de salario; puesto que en el contrato de fomento para la contratación indefinida, el coste de la indemnización es de 45 días por año en el despido disciplinario improcedente y de 33 días por año en el despido objetivo improcedente, si no se pretende cumplir el preaviso, el despido disciplinario será más rentable para los trabajadores que hayan trabajado en la empresa durante un tiempo inferior a dos años y medio. De hecho, en realidad para trabajadores de menos de un año sería más barato el despido disciplinario improcedente (45 días por año) que el procedente (20 días por año + 30 días).

Ahora bien, aún obviando el coste del preaviso, si el “coste de la ilicitud” del despido es en principio de 25 o 13 días de salario por año, debe tenerse en cuenta que el hecho de reconocer inmediatamente el despido como improcedente, optar por la indemnización y ponerla a disposición del trabajador implica ventajas económicas adicionales. En primer lugar, evita la incertidumbre acerca de los resultados del eventual proceso judicial, dado que, aunque el empresario considere que existe causa suficiente, el juez puede terminar declarando el despido como improcedente al final del proceso; en segundo lugar, supone un ahorro de los costes económicos directos e indirectos del proceso, así como de la posible inversión de tiempo y esfuerzo derivados de la participación en el proceso (que puede ser muy importante en las pequeñas empresas personalistas); de otro lado, el pago anticipado de la indemnización por despido improcedente exime del pago de los salarios de tramitación, cantidad que puede constituir el verdadero coste del despido para los trabajadores de escasa antigüedad. Así pues, cuando se trata de extinguir el contrato de trabajo de

estas personas, es más rentable despedir ilegalmente que arriesgarse a una impugnación.

En este contexto, la extinción del contrato de determinados trabajadores de antigüedad media por esta vía puede resultar relativamente costosa, de manera que las reivindicaciones de los empresarios se siguen centrando en los costes del despido ilícito. En cambio, el despido arbitrario de los trabajadores de escasa antigüedad no resulta muy costoso, lo que termina afectando a las relaciones de poder en el seno de la empresa. La discusión sobre la procedencia de la causa de despido por inadaptación a los cambios tecnológicos suele centrarse entonces en los trabajadores más antiguos; para los demás, existe una tendencia a una cierta irrelevancia de la definición legal de la causa. Esta tendencia arrastra al resto de las previsiones sobre la adaptación del trabajador a los cambios técnicos, puesto que éstas desembocaban en gran medida en la regulación de la extinción del contrato, dificultando la aplicación efectiva de las garantías legales.

La segunda distorsión aplicativa, de menor importancia, es la eventual opción por el despido por causas tecnológicas del art. 52 c) ET. En caso de que el empresario pretenda incorporar una innovación tecnológica para superar determinadas dificultades de la empresa y este cambio implique transformaciones muy profundas de algunos puestos de trabajo, el ordenamiento le permite en principio optar entre dos estrategias: de un lado, despedir a los trabajadores por causas tecnológicas y sustituirlos por otros de nueva contratación (o por la externalización de sus necesidades de fuerza de trabajo)⁵², de otro lado, promover el reciclaje profesional de sus propios trabajadores, confiando en que podrá ejercer el despido por inadaptación en caso de que finalmente no adquieran la cualificación oportuna. Aunque ambas opciones, en principio, implicarían los mismos niveles de empleo, a nuestro juicio la segunda posibilidad es globalmente más beneficiosa para la sociedad, dado que el despido inmediato implica la expulsión al desempleo de trabajadores cuyas

⁵² Esta es la opción del empresario en el caso que conocemos por la STSJ de Castilla-La Mancha, de 5-11-2003 (Ar. AS 2004\882); el puesto de trabajo del empleado que no se adaptaba a los nuevos sistemas informáticos se amortizó, siendo sustituido por la interacción entre otro compañero de la empresa que había mostrado una mayor predisposición al cambio y la asistencia técnica de otra empresa.

cualificaciones podrían haber quedado poco actualizadas, e incluso obsoletas, mientras que la opción por el reciclaje profesional favorece el aprendizaje continuo de los trabajadores en el puesto de trabajo, lo que en último término afecta positivamente a la productividad del trabajo, especialmente en las pequeñas empresas.

Ahora bien, a grandes rasgos nuestro ordenamiento jurídico tiende a incentivar que las pequeñas empresas opten por la figura del despido por causas tecnológicas (si es que concurren “dificultades”, lo que implica una cierta situación patológica pero que no necesariamente tiene que tener un carácter extremo). Ello se debe en parte a problemas inherentes a la propia definición de la causa del despido por inadaptación que son hasta cierto punto inevitables (así, por ejemplo, el plazo de dos meses para la adaptación al puesto de trabajo), pero hay otros factores que podrían corregirse. En primer lugar, la importancia que tiene la antigüedad en las relaciones de poder en la empresa debido a la configuración de las indemnizaciones por despido estimula las estrategias que impliquen una mayor rotación de los trabajadores. En segundo lugar, como es sabido, el art. 33.8 establece la responsabilidad directa del FOGASA en el pago del 40% (con ciertos límites cuantitativos) de las indemnizaciones legales derivadas de despidos por causas empresariales llevados a cabo por las empresas de menos de 25 trabajadores; esta medida de apoyo a las pequeñas empresas se aplica en principio al despido procedente, lo que tiende a aumentar el “coste de la antijuricidad” abaratando el despido lícito (aunque lo cierto es que existen enormes dificultades para el control de la concurrencia de la causa en estos casos); de cualquier modo, esta subvención pública de una parte significativa de las indemnizaciones se refiere únicamente a los despidos del art. 51 ET, 52 c) ET y 64 de la Ley Concursal, de manera que no es aplicable al despido por inadaptación a los cambios técnicos⁵³. Por consiguiente, el empresario se ahorra una parte importante de la indemnización si opta por la amortización del puesto de trabajo y la creación de uno nuevo, lo que no en todo caso implica una conducta fraudulenta. En tercer lugar, algunas interpretaciones posibles que en este trabajo hemos descartado (la consideración de las “dificultades” cuando ya se ha introducido libremente el cambio tecnológico o la rigi-

⁵³ En este sentido, STSJ de Castilla-La Mancha, de 27-11-1998 (Ar. AS 1998\4523) Y STSJ de Andalucía, Granada, de 8-4-1999 (Ar. AS 1999\2273)

dez en cuanto a los límites del cambio), abundarían aún más en esta tendencia expansiva del despido por causas tecnológicas.

X. Conclusión

En términos generales, los condicionamientos legales a las estrategias empresariales de adaptación de la fuerza de trabajo al cambio tecnológico son relativamente livianos y permiten una notable flexibilidad, que en realidad se acrecienta en el contexto de las pequeñas empresas debido a sus específicas circunstancias. Desde la perspectiva de los trabajadores existe alguna disfunción en esta regulación debido a que la institución del *ius variandi* se ha construido con excesivo énfasis en el control de la movilidad vertical, lo que dificulta la consideración y el reconocimiento de la polivalencia y el enriquecimiento de tareas dentro de un mismo rango, que es frecuente en casos de incorporación de innovaciones tecnológicas. En cualquier caso, los rasgos estructurales que caracterizan a las pequeñas empresas implican que la eficacia material de toda la regulación del mercado de trabajo se centre principalmente en la determinación de las indemnizaciones en casos de extinción del contrato.

En este contexto, existen algunas disfunciones normativas ajenas a la regulación de las causas de despido, que derivan básicamente del modo de cálculo de las indemnizaciones; la cuantía de éstas no depende del grado de arbitrariedad o racionalidad del despido (salvo en lo que refiere a la calificación de improcedencia y no de manera muy significativa), ni de los esfuerzos del empresario por alcanzar una medida consensuada al menos con los representantes, sino que se centra excesivamente en la antigüedad. La consecuencia global de estas disfunciones es que los trabajadores temporales o indefinidos de poca antigüedad son, por diversas razones, mucho más maleables a las exigencias empresariales de adaptación al cambio tecnológico, por lo que resultan más rentables a corto plazo; en cambio, los trabajadores de elevada antigüedad cuentan con una protección muy “elevada” en términos comparativos, lo que dificulta su adaptación al cambio, favoreciendo la canalización de las necesidades de flexibilidad a través de otros trabajadores y desincentivando

la inversión en formación de los trabajadores más antiguos vinculada a un plazo más largo de obtención de beneficios. Esta circunstancia, junto con la fuerza expansiva del despido por causas tecnológicas respecto del despido por inadaptación, favorecen el recurso la rotación del trabajo, dificultando el reciclaje profesional y la formación continua en el puesto de trabajo para adaptar las cualificaciones a las mutaciones en el mercado, lo que afecta especialmente a las pequeñas empresas. Probablemente, este contexto genera a largo plazo un aprovechamiento ineficiente de los avances tecnológicos por parte de los empresarios, afectando negativamente a la productividad del trabajo en el conjunto de la economía española.