



# LA REFORMA DEL DESPIDO EN ALEMANIA: UNA NUEVA INCURSIÓN FLEXIBILIZADORA SOBRE LOS MECANISMOS DE SALIDA DEL MERCADO DE TRABAJO

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

*Colaboradora-Doctora. Área de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén*

## EXTRACTO

Para tratar de hacer frente a la complicada situación económica que en la actualidad afecta a Alemania, se están llevando a cabo en los últimos años, un conjunto de reformas sobre su mercado de trabajo, integradas dentro del Programa «Agenda 2010».

Las medidas adoptadas hasta el momento y las anunciadas para los próximos meses, están resultando en su mayor parte impopulares, puesto que vienen a suponer una mayor flexibilización del mercado laboral y un recorte significativo de las prestaciones sociales, lo que ha hecho que obtengan una dura respuesta ciudadana y sindical.

Entre ellas, ha merecido nuestra atención en este trabajo de investigación, las modificaciones que han tenido lugar sobre la protección con la que cuentan los trabajadores que resulten afectados por decisiones extintivas, intentando poner de manifiesto el recorte que en términos generales ha venido a operarse sobre esta protección.

Nos queda por ver si con estas modificaciones se consigue realmente el proclamado objetivo de incrementar los niveles de empleo en el país germano. Además, la dificultad que rodea a la propia interpretación de este régimen de protección frente al despido, unido a la amplia variedad de situaciones transitorias que han quedado constituidas al amparo de esta reforma, con la consiguiente necesidad de determinar por qué solución habrá que optar en cada supuesto concreto, se deja sentir aún más en las empresas de pequeñas dimensiones. Este impacto más adverso de la reforma en las empresas de menores dimensiones puede actuar en la práctica como elemento desincentivador para la creación de empleo en las mismas, ante el temor de que, una variación en volumen de sus trabajadores, conlleve la necesidad de someter la decisión extintiva empresarial al complicado régimen previsto para la protección frente al despido.

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL
  - 1.1. Contexto en que se produce la reforma en materia de despido
  - 1.2. Dificultades surgidas durante la tramitación parlamentaria
2. ESTRUCTURA DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO
3. MODIFICACIONES OPERADAS SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO
  - 3.1. Génesis de la Ley
  - 3.2. Su complejo ámbito de aplicación
  - 3.3. Tratamiento de las situaciones transitorias creadas al amparo de esta Ley
  - 3.4. Interpretación del adverbio «regularmente», a efectos de la aplicación del régimen de protección frente al despido
  - 3.5. Valoración del Trabajo a Tiempo Parcial a efectos de determinación del umbral numérico
  - 3.6. Determinación del límite temporal previsto para la aplicación de la Ley
4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO
  - 4.1. Relación de causas reguladas en la Ley
  - 4.2. Obligación del empresario de valorar los «aspectos sociales del trabajador»
  - 4.3. Elaboración de una lista de trabajadores susceptibles de quedar afectados por la decisión extintiva; 4.4 Plazo para la presentación de la demanda frente al despido
5. CONCLUSIONES

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

### 1.1. Contexto en que se produce la reforma en materia de despido

De manera prácticamente coetánea al momento en que en España se prometía por parte del Partido Socialista, hoy en el Gobierno de la Nación, el desarrollo y la profundización en la Política Social, en Alemania se producía una nueva reducción del «patrimonio garantista» de los derechos de los trabajadores, mediante una significativa reforma llevada a cabo por la «*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*», Ley para la Reforma del Mercado de Trabajo. Varias son las razones que se han esgrimido como justificativas de esta reforma, que ha venido a afectar principalmente a la controvertida cuestión de la protección frente al despido, algunas de las cuales tienen incluso carácter histórico<sup>1</sup>.

En este sentido se ha aducido la necesidad sentida por los sucesivos Gobiernos alemanes que han venido detentando el poder, desde que se produjera la reunificación alemana, de hacer frente a numerosos problemas, fun-

<sup>1</sup> Así se ha traído a colación la «*Perestroika*» puesta en marcha por Gorbachov en la URSS y las consiguientes revoluciones de carácter pacíficas que se produjeron durante varios meses en la Alemania del Este, en contra del mantenimiento de la división Este/Oeste que padecía este país, las cuales, desembocaron en la conocida reunificación de toda Alemania.



damentalmente derivados de la patente desigualdad —social, económica, política...— existente entre las distintas zonas en que había quedado dividido el país<sup>2</sup> y las exigencias derivadas de la necesidad de lograr su plena integración en Europa. Han sido estas exigencias precisamente entre otros motivos, una de las razones esgrimidas para justificar el austero programa económico que se ha venido desarrollando en el país alemán, especialmente desde 1998, con el fin de contener el incesante incremento del gasto público y de las tasas de desempleo.

A esta situación hay que sumarle la existencia de problemas de ineficiencia económica y política que venía arrastrando el país, no ya sólo desde la mencionada reunificación, sino incluso desde las dos décadas anteriores a este hecho, en las que llegó a provocarse un evidente punto de inflexión en el comportamiento de la curva nacional de empleo, en un país que había aparecido tradicionalmente como receptor de mano de obra extranjera, y por tanto, con exceso de ofertas de empleo. Por el contrario, Alemania empieza a padecer en esa época, un aumento significativo de las cifras de desempleo que en el año 1982 se cifraba en 7,5% de la población<sup>3</sup>, llegando en la actualidad a representar un 10,3%<sup>4</sup>.

Sobre la grave situación económica que padece el país, han venido igualmente a influir la notoria crisis de la filosofía inspiradora del desarrollo del Estado de Bienestar que se detecta en el conjunto de países de la Unión Europea, así como la drástica disminución de los nacimientos experimentada en todos ellos, que llega a poner en grave riesgo el propio mantenimiento de los actuales sistemas nacionales de protección social, y especialmente, la huida de capitales empresariales a países extranjeros donde la mano de obra resulta más barata. Esta última situación se ha visto agravada recientemente, debido a la acuciante amenaza de deslocalización industrial que está sufriendo el país germano —otros países industrializados lo sufren igualmente, como Francia, que incluso ha preparado un Plan específico de lucha contra la «deslocalización industrial»; también España—, a consecuencia de la incorporación, el 1 de mayo del presente año, de nuevos miembros a la Unión Europea, cuyos Gobiernos con el fin de atraer hacia sus territorios industrias situadas en otros Estados, no han dudado en ofrecer recortes en sus sistemas salariales y sociales.

<sup>2</sup> La reunificación alemana provocó serios problemas económicos, habida cuenta la escasa competitividad de los sectores económicos de la zona del Este, motivo por el cual, se hacía necesario crear una industria competitiva en esta zona, que permitiera la creación de puestos de trabajo suficientes para la población, proceso que fue conocido como *Aufbau Ost*.

<sup>3</sup> ADOMEIT, K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Olzog Verlag GmbH, München, 2004, página 17.

<sup>4</sup> Datos relativos al mes de octubre del año 2004, facilitados por la Oficina Federal de Trabajo.

## 1.2. Dificultades surgidas durante la tramitación parlamentaria

Todos estos aspectos sirven de justificación a la necesidad sentida por los gobernantes alemanes de llevar a cabo una profunda reforma sobre su mercado de trabajo. Así, ante la sempiterna discusión a cerca de si una flexibilización de la protección frente al despido sirve realmente para fomentar la creación de empleo, o si por el contrario, sigue siendo necesario dispensar a los trabajadores una adecuada protección frente a estas situaciones y su consecuencia más inmediata, la extinción de su contrato, el 18 de junio de 2003 fue presentado por el Gobierno Alemán, presidido por el Canciller Schröder, un Proyecto de Ley elaborado conjuntamente por los partidos miembros del Gobierno, el SPD y los Verdes, enmarcado dentro del programa denominado Agenda 2010, donde se hayan contenidas las distintas iniciativas que el Gobierno considera necesario emprender para cumplir los objetivos acordados en el Consejo de Lisboa de cara a esta fecha, en lo que a niveles de empleo se refiere<sup>5</sup>.

En el citado Proyecto, el empleo y la economía son considerados el corazón de la Reforma. Una reforma que se reviste bajo el lema del cambio, es decir, de la necesidad de realizar profundos cambios sobre el país, a fin de «modernizar su mercado de trabajo para volver a ser el referente económico y social europeo»<sup>6</sup> que fue en otro tiempo.

Tras la presentación del citado Proyecto de Ley, el mismo fue analizado por la Comisión de Economía y Trabajo, que recomendó la realización de algunos cambios al texto, antes de someterlo a su aprobación por el Congreso. El 26 de septiembre de 2003, el texto obtuvo el respaldo de este Órgano. Pero no acabarían con ello los avatares surgidos al hilo de la promulgación de esta polémica ley, sino que de su paso por el Senado, surgieron serias divergencias que dificultaban su aprobación definitiva, hasta el punto de requerirse la intervención de la Comisión Interparlamentaria. Finalmente tras esta intervención, fue salvado el texto definitivo de la Ley, y tuvo lugar su aprobación parlamentaria el 24 de diciembre, publicándose el 30 de diciembre de 2003 en el Boletín Oficial del Estado<sup>7</sup>, bajo el título «*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarktreform*». Su entrada en vigor se pro-

<sup>5</sup> Estos objetivos consisten en alcanzar para el año 2010 una tasa de empleo del 70% de la población europea de 15 a 64 años, lo que exigirá un crecimiento medio de empleo del 1,1 anual; una tasa de ocupación del 50% de la población europea de 55 a 64 años. Para el empleo femenino se fija el objetivo de alcanzar una tasa del 60% en el horizonte del 2010. Fuente: Conclusiones del Consejo de Lisboa. Boletín U.E 3/2000. <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es/200003/i1014.htm>

<sup>6</sup> Así se expresa la declaración gubernamental de 01.06.2003.

<sup>7</sup> Bundesgesetzblatt, 30 de diciembre de 2003, número 67, 3002 a 3007.



ducía con el comienzo del nuevo año, el día 1 de enero de 2004, tal y como establece el artículo 5.º del citado cuerpo legal.

## 2. ESTRUCTURA DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

Estamos ante una Ley relativamente breve, compuesta por cinco artículos, que viene a incidir de manera desigual sobre cada una de las seis leyes a las que afecta. Éstas son: la Ley de Protección contra el despido «*Kündigungsschutzgesetz*» —en adelante KSchG— (art. 1); la Ley del contrato temporal y del contrato a tiempo parcial «*Änderung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes*» —en adelante TzBfG— (art. 2); el tercer Libro del Código Social «*Änderung des drittes Sozialgesetzbuch*» —SGB— (art. 3); la Ley de Insolvencia «*Änderung der Insolvenzordnung*» (art. 4); la Ley de Navegación —*Änderung des Seemannsgesetzes*— (art. 4 a) y la Ley que regula la jornada laboral —*Änderung des Arbeitszeitgesetzes*—. (Art. 4 b).

Los aspectos más relevantes que contiene la nueva legislación son aquellos que tienen una incidencia directa sobre la regulación vigente hasta ese momento en Alemania, respecto a la protección frente al despido que va a resultar aplicable a los trabajadores que desarrollan su actividad laboral en pequeñas empresas, motivo por el cual, limitaremos el análisis exhaustivo de la mencionada Ley de Reforma, a las consecuencias que, a partir de su entrada en vigor, se dibujan para este colectivo.

Precisamente por este motivo, quizás no esté de más adelantar en este momento, a falta de su estudio pormenorizado en las páginas siguientes, algunos de los aspectos más destacados de la reforma llevada a cabo en este punto. En este sentido, podemos adelantar que se ha logrado dotar de una mayor concreción a distintos aspectos de la regulación del despido por motivos económicos, e igualmente se han logrado introducir mayores dosis de certidumbre en la determinación del plazo hábil para interponer la demanda judicial, por parte del trabajador afectado por la decisión extintiva. Respecto a otras cuestiones, la valoración de la reforma no puede ser, como tendremos ocasión de comprobar, tan positiva, debido entre otros motivos, a la gran variedad de situaciones transitorias que han venido a crearse al amparo de la nueva ley, a cada una de las cuales, será preciso dispensarle un tratamiento diferente, lo que viene a dificultar en exceso la aplicación de la ley.

Respecto a aquellas otras modificaciones que la Ley de Reforma ha operado sobre distintas leyes con incidencia para el mercado de trabajo alemán, podemos destacar la llevada a cabo sobre la Ley del Contrato Temporal y del Contrato de Trabajo a tiempo parcial, respecto a la cual, la reforma ha venido a facilitar que en los cuatro años posteriores a la constitución de una



empresa, pueda su titular acordar la celebración de contratos temporales, sin necesidad de que concurra causa objetiva para ello, situación esta que podrá extender su vigencia en el tiempo, hasta un plazo máximo de cuatro años. Sin embargo, esta solución no resulta extrapolable para el caso de nuevas sociedades, que hayan surgido como resultado de procesos de reestructuración de antiguas empresas o grupos de empresas.

Asimismo, esta Ley de Reforma que venimos comentando, ha introducido una sustancial modificación sobre el Tercer Libro del Código Social, en el que se ha llevado a efecto un significativo recorte y endurecimiento en la percepción del derecho a la prestación por desempleo. En este sentido, el periodo durante el cual, se tiene ahora derecho a percibir la citada prestación, se calculará en función del tiempo que el trabajador haya estado cotizando y la edad que éste tenga, en el momento en que dé comienzo el derecho al percibo de la prestación (parágrafo 127.º y disposiciones transitorias de la Ley).

La consecuencia que de ello se hace derivar es como decimos, una significativa reducción del periodo en el cual se tiene derecho a percibir dicha prestación, lo cual por otro lado, se presenta sólo como antesala de la política de recortes sociales en que el Canciller Schröder parece estar dispuesto a profundizar, mediante la aprobación prevista para finales del año 2004, de una intensa modificación de la protección frente al desempleo, lo que viene provocando numerosas manifestaciones, especialmente en la antigua Alemania del Este<sup>8</sup>, cuyas cuotas de desempleo son significativamente más elevadas<sup>9</sup>.

### 3. MODIFICACIÓN OPERADA SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Del total de modificaciones que la Ley de Reforma lleva a cabo, la que ha despertado mayor interés hasta el momento, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, es la que afecta a la Ley de Protección frente al Despedido —KSchG—, la cual se ha visto sometida a profundas variaciones.

<sup>8</sup> Durante el pasado mes de agosto, miles de alemanes se manifestaron masivamente contra las medidas de recortes sociales del conjunto normativo HARTZ-IV, no solo en Berlín y en ciudades de Sajonia, sino también en ciudades de la Alemania Occidental como Colonia, Dortmund, Stuttgart y Saarbrücken.

<sup>9</sup> Así, mientras que en junio de 2004, la tasa de desempleo no alcanza el 15% en lo que era Alemania Occidental, éste porcentaje es ampliamente superado en la Alemania del Este. Así, por ejemplo, la cuota de desempleo oscila entre el 15,1% de Pirna y el 24,8% de Sangerhausen, pasando por una tasa de desempleo del 17,6% de Magdeburgo y Berlín, 18,9% de Leipzig y 19,3% de Rostock. Fuente: Servicio Público de Empleo Alemán.

La Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha venido a suponer en este punto, la introducción de una serie de medidas, que en algunos casos no van a resultar tan novedosas como en principio podríamos pensar, pues buena parte de ellas ya fueron ensayadas con la Ley de Fomento del Empleo de 25 de septiembre de 1996, la cual al no alcanzar los resultados esperados, fue derogada el 19 de diciembre de 1998<sup>10</sup>, circunstancia esta que ha hecho a esta reforma merecedora de fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina<sup>11</sup>.

### 3.1. Génesis de la Ley

En la reciente historia del derecho a la protección frente al despido en Alemania, y especialmente por motivos de política de empleo, siempre ha aparecido limitada la libertad del empresario para despedir a sus trabajadores<sup>12</sup>.

Con la constitución de la República de Alemania en 1949, el Consejo Económico aprobó la denominada Ley de Frankfurt para la Protección contra el Despido, ley puente que sirvió para defender jurídicamente a los trabajadores, tras la situación en la que se encontraba Alemania al final de la Segunda Guerra Mundial. Esta Ley mantuvo su vigencia hasta la aproba-

<sup>10</sup> Esta derogación tuvo lugar mediante la «*Gesetz zu korrektoren in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten*. Para un análisis profundo de esta ley, *vid.* KITTNER, M. *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag. Págs. 935 y 936.

<sup>11</sup> ADOMEIT, K. *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. *Op. cit.*, págs. 28 y ss; BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht* Verlag C.H. Beck. Munich 2004; SCHIEFFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*, Luchterland, 2004. Págs. 1 y 2, considera que con la nueva Ley, lo que se está ofreciendo es «vino añejo en odres nuevos»;

<sup>12</sup> Así, tras los avatares de la primera Guerra Mundial, se prohibió a los empresarios despedir a los trabajadores siempre que fuera posible que continuasen empleados en la misma empresa, aunque fuera sufriendo una reducción sobre su jornada de trabajo, pero esta medida fue derogada en la crisis del año 1923. Sin embargo, en la Constitución de Weimar no se preveía una protección similar para el trabajador, que en caso de despido podía acudir ante los tribunales, los cuales, podían condenar al empresario a pagarle una indemnización. Con la llegada del Partido Nacional Socialista al poder, tuvo lugar la entrada en vigor de la *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (Ley para la regulación del trabajo nacional) que derogó, entre otras cosas, los Comités de Empresa. Al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, la resolución contractual, tanto instada por el empresario como por el propio trabajador, dependía en última instancia de la decisión de la Administración. No obstante, los preparativos de guerra hicieron que la tasa de desempleo en esta época fuera mínima y que faltara mano de obra. Esta ley fue derogada tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Para un detenido estudio de la historia del derecho de protección frente al despido, *vid.* KITTNER/KOHLER, *Kündigungsschutz in Deutschland und den USA*, BB 2000, Beilage 4. págs. 18 y ss.

ción de la que actualmente es la Ley de protección frente al despido, en adelante KSchG—<sup>13</sup>, el 13 de agosto de 1951.

Este cuerpo normativo aparecía fundamentado en un Acuerdo entre Patronal y Sindicatos adoptado el 13 de enero de 1950, que constituyó la columna vertebral de lo que sería el definitivo texto de la KSchG. Desde entonces y hasta la fecha, la KSchG ha sufrido diversas modificaciones<sup>14</sup>, hasta llegar a la realizada a principios de este mismo año 2004.

### 3.2. El complejo ámbito de aplicación diseñado para la Ley de Protección frente al Despido

Antes de pasar al análisis del concreto régimen jurídico de protección frente al despido que aparece diseñado en la KSchG, nos parece conveniente delimitar el ámbito de aplicación que la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo alemana, ha venido a establecer en esta materia. Para ello debemos realizar un complejo ejercicio de sistematización, debido a la defectuosa técnica legislativa de la que hace gala esta normativa, en que la que las reglas para delimitar este ámbito, aparecen reguladas en dos párrafos distintos del citado cuerpo legal, como son el 1.º y el 23.º<sup>15</sup>.

De la lectura detenida de ambos preceptos, obtenemos claramente la conclusión de que la KSchG no va dirigida a dispensar una protección frente al despido a todos los trabajadores que puedan ver peligrar la vigencia de su relación laboral, sino que para que resulte de aplicación el nuevo régimen que diseña esta norma, deben concurrir dos requisitos, uno de carácter temporal y otro de carácter cuantitativo. El primero hace referencia a que únicamente resultará de aplicación a aquellos trabajadores que lleven más de 6 meses trabajando en la empresa en la que adopte la medida extintiva (párrafo 1.º). El segundo requisito, de carácter cuantitativo, conlleva que

<sup>13</sup> El fundamento del derecho a la protección frente al despido se encuentra en la *Berufsfreiheit* o Libertad de elección de profesión, previsto en el artículo 12 de la *Grundgesetz* (Constitución Alemana), KITTNER, M. *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, pág. 939.

<sup>14</sup> En efecto, sobre esta normativa han venido a influir la *Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz* de 14 de agosto de 1969, la *Betriebsverfassungsgesetz* de 1972; la *Gesetz zur Änderung des KSchG* de 5 de julio de 1976, *Gesetz zur Änderung des KSchG* de 27 de abril de 1978, la *Beschäftigungsförderungsgesetz* de 26 de abril de 1985; *Gesetz zur Anpassung arbeitsrechtlicher Bestimmungen an das EG-Recht* de 20 de julio de 1995; *Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz* de 25 de septiembre de 1996; *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten* de 19 de diciembre de 1998; *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse* de 21 de diciembre de 2000.

<sup>15</sup> ADOMEIT K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Op. cit., págs. 63-64.

únicamente resulte aplicable en aquellas empresas en las que «habitualmente» trabajen más de 10 trabajadores (parágrafo 23.º), adverbio éste que guarda una gran complejidad en la interpretación que del mismo ofrece la ley, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

Veamos detenidamente cada una de las modificaciones que ha llevado a cabo la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo en este punto, para lo cual, a efectos de una mayor sistematización, va a resultar imprescindible en muchos casos, recurrir a la ejemplificación, para abordar la enorme casuística que ha venido a provocar la introducción de este nuevo régimen de protección frente al despido.

En este sentido, el artículo 1.º de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha llevado a efecto la modificación del parágrafo 23.º de la Ley de protección frente al despido —KSchG<sup>16</sup>, en el que aparece regulado el umbral que delimita la aplicación de esta normativa, de la cual, venían siendo excluidas tradicionalmente las pequeñas empresas, entendidas éstas como aquellas que ocupaban hasta cinco trabajadores. Por tanto, con anterioridad al 1.1.2004, la KSchG amparaba a aquellos trabajadores que llevasen empleados más de 6 meses en empresas que «habitualmente» ocuparan a más de 5 trabajadores, quedando excluidos a efectos de este cómputo, los trabajadores que prestasen sus servicios bajo la modalidad de formación<sup>17</sup>.

Como decimos, la Ley de Reforma ha venido a incidir sobre este límite, elevándolo, lo que posibilita que en principio, puedan quedar ahora excluidas del campo de aplicación de la KSchG, las empresas que empleen «habitualmente» hasta diez trabajadores, cómputo del que igualmente continúa excluyéndose a los trabajadores en formación. Por tanto, a partir del 1.1.2004, será necesario que los trabajadores lleven más de seis meses empleados por una empresa, en la que presten servicios regularmente más de 10 trabajadores, para que caiga dentro del ámbito de aplicación de la KSchG.

Con la ampliación de este umbral se ha intentado favorecer la creación de empleo por parte de las empresas alemanas de pequeñas dimensiones, procurando que desaparezcan las reticencias que los titulares de las mismas muestran en general ante la posibilidad de realizar nuevas contrataciones, ante lo cual venían argumentando en muchos casos, las dificultades que les suponía el seguir el riguroso procedimiento que, para la adopción de la decisión extintiva, resultaría exigible para el resto de empresas, es decir, aque-

<sup>16</sup> BIEBL, J. *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht* Verlag C.H. Beck. Munich 2004, págs. 139-148.

<sup>17</sup> Para un mayor estudio sobre el parágrafo 23 de la Kündigungsschutzgesetz, puede consultarse SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Dusseldorf und Verband der Metall- und Elektro —Industrie Nordheim-Westfallen e.V. Düsseldorf. 3.ª edición. 2004, págs. 751 a 760.

llas que emplean ahora a más de diez trabajadores, y que redundan en una mayor protección de los trabajadores afectados por la eventualidad del despido.

En este sentido, para el resto de supuestos en los que no resulte de aplicación este régimen protector, el empresario podrá adoptar la decisión extintiva en el seno de su empresa, sin necesidad de seguir el procedimiento que para la adopción de la misma prescribe la Ley de Protección frente al Despido —KSchG—.

Por tanto, el resultado finalmente conseguido con la modificación operada en este punto, ha sido la introducción de mayores dosis de flexibilización en el régimen del despido, circunstancia ésta que creemos que, dada la enorme complejidad interpretativa que contiene en este aspecto la Ley alemana de Reforma del Mercado de Trabajo, lejos de provocar el aumento previsto en el número de contrataciones por parte de las pequeñas empresas, puede venir en la práctica a consolidar el *status quo* existente en las mismas con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto al número de trabajadores contratados, dado que estas unidades productivas preferirán seguir moviéndose entre las fronteras de lo conocido, antes que adentrarse en el pantanoso terreno de arenas movedizas que la reforma llevada a cabo, ha venido a diseñar en este punto para ellas.

### 3.3. Tratamiento de las situaciones transitorias creadas al amparo de la Ley

En este sentido, uno de los mayores problemas que se plantean, consiste en determinar qué régimen de protección frente al despido resulta ahora aplicable a los trabajadores que quedaban incluidos en el régimen que a estos efectos, venía diseñado por la Ley de Protección frente al Despido hasta el 31.12.2003. Es decir, se trataría de aquellos casos relativos a empresas que emplean regularmente entre cinco y diez trabajadores, por lo que quedarían por debajo del nuevo umbral fijado a partir del 1.1.2004, de modo que en principio, podríamos pensar que ya no les seguiría siendo de aplicación a sus trabajadores aquel régimen de protección.

Para dar respuesta a estas situaciones, el legislador germano ha tratado de garantizar que la elevación del umbral no suponga la pérdida del status del que venían gozando estos trabajadores<sup>18</sup>. La solución por la que se ha optado es la siguiente:

<sup>18</sup> KÜFNER-SCHMITT, I. SCHMITT, J. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Págs. 44-45. Vid., igualmente SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 73 y 74. BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. Dr. Otto Schmidt Verlag. 2004. Köln, págs. 124-127.

1. Aquellas empresas que emplearan a 31 de diciembre de 2003 regularmente hasta 5 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), no les será de aplicación el nuevo régimen que se establece ahora en la KSchG, hasta que no superen el nuevo umbral de 10 trabajadores, introducido por la Ley de Reforma. Por tanto en este caso, no se produce modificación respecto a la situación existente con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa.
2. En aquellas empresas que emplearan a 31 de diciembre de 2003 a más de 5 trabajadores, pero no superaran el umbral de 10 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), ha venido a introducirse una diversificación en cuanto al régimen de protección frente al despido del que van a gozar sus trabajadores, en función del momento en que se haya producido su incorporación a la empresa. Así, aquellos que estuviesen prestando sus servicios en estas empresas con anterioridad al 31 de diciembre del 2003, seguirán gozando de la protección que diseña la KSchG, pero los nuevos trabajadores que se incorporen a la empresa a partir de esta fecha, carecerán de la citada protección. Esta solución diversificadota cede si la empresa supera el umbral de 10 trabajadores, en cuyo caso todos los trabajadores de la empresa pasarán a beneficiarse del régimen de protección frente al despido, lo que puede actuar en la práctica como freno a la creación de empleo en las empresas menores
3. el derecho de un trabajador para resultar beneficiario de las prerrogativas que prevé la KSchG, no aparece dotado de carácter personal, sino que se hace depender del volumen de trabajadores existente en la empresa, por lo que si este colectivo cae por debajo del umbral previsto a efectos de la aplicación de esta normativa, todos ellos perderán la condición de beneficiarios.
4. Aquellas empresas que ya emplearan a 31 de diciembre de 2003, regularmente a más de 10 trabajadores (excluyéndose a los trabajadores en formación), les será de aplicación la modificación operada sobre la KSchG, desde su entrada en vigor, el 1 de enero del 2004.

### 3.4. Interpretación del adverbio «regularmente», a efectos de la aplicación del régimen de protección frente al despido

La delimitación hasta aquí efectuada nos da idea del complejo ámbito de aplicación que ha quedado diseñado en materia de protección del despido aplicable a las pequeñas empresas. Aún así, una cuestión de vital importancia consiste en determinar qué debemos entender por el adverbio «habitualmente» o «regularmente» que utiliza la KSchG, pues de ello va a de-

pender en buena parte, que los trabajadores se vean o no provistos de estos mecanismos de defensa frente al despido<sup>19</sup>.

En este sentido, por el término «regularmente» no podemos entender el número de trabajadores que ocupa en un momento temporal concreto una empresa, ni tampoco la media anual de empleados con que cuente ésta. Su comprensión en la legislación alemana, exige de nuevo realizar un complejo ejercicio interpretativo, que conlleva la necesidad de retrotraerse a cuál ha sido en este aspecto el comportamiento de la empresa en el pasado, e igualmente tener en cuenta cuáles pueden ser las necesidades de personal que pueda sentir ésta en el futuro más inmediato<sup>20</sup>.

Un ejemplo puede servirnos para clarificar este concepto. Así, imaginemos la situación de una empresa que a 31.12.2003 empleaba a seis trabajadores a tiempo completo, con lo que estos caían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección del Despido, por lo que a partir del 1.1.2004 seguirían gozando de este mismo status. Si esta empresa arroja resultados económicos negativos, el empresario puede tomar la decisión de despedir a un trabajador, amortizando ese puesto de trabajo. En este caso, si no se prevé recuperar ese puesto de trabajo amortizado en un futuro próximo, todos los trabajadores dejarían de estar incluidos en el ámbito de aplicación de la KSchG, al pasar por mor de esta decisión empresarial, a prestar sus servicios en una empresa situada por debajo del umbral de cinco trabajadores.

### 3.5. Valoración del Trabajo a tiempo parcial a efectos de la determinación del umbral numérico

Junto a la interpretación que debemos hacer del adverbio «habitualmente», otro dato a tener en cuenta para completar la delimitación del ámbito de aplicación previsto para la Ley de Protección del Despido, es el párrafo 23.º, donde se nos proporcionan las claves para determinar cómo se calcula el número de empleos existentes en una empresa, al objeto de delimitar si entra o no dentro de dicho ámbito de aplicación<sup>21</sup>. El asunto no puede calificarse ni mucho menos de baladí, pues se hace necesario establecer qué valoración debemos reservar a los trabajadores que en una empresa deter-

<sup>19</sup> FIEBIG/GALLNER/GRIEBELING/MESTWERDT/NÄGELE/PFEIFFER, *Kündigungsschutzgesetz*. 2.ª Edición, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. 2004, págs. 933 a 957.

<sup>20</sup> SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 75 a 77.

<sup>21</sup> BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. Op. cit., págs. 125 a 126.

minadas, se encuentran prestando sus servicios a tiempo parcial, con respecto a un trabajador a tiempo completo. Para ello, la ley viene a establecer la siguiente clasificación, en función del número de horas trabajadas <sup>22</sup>:

<b>Horas laborales a la semana</b>	<b>Valoración respecto a un trabajador a tiempo completo</b>
Hasta 20 horas semanales	0,5 trabajador
Más de 20 horas semanales, pero menos de 30 horas	0,75 trabajador
Más de 30 horas semanales	1 trabajador

Así, imaginemos el supuesto de una empresa que a 31.12.2003 ocupa a tres trabajadores a tiempo completo, a un trabajador con un contrato de 15 horas semanales, otro con un contrato de 20 horas semanales y a cuatro trabajadores en formación. La suma de ellos ( $3 + 0,5 + 0,5 + 4 \times 0 = 4$  trabajadores) arrojaría un total de cuatro trabajadores, por lo que no alcanzaría el umbral mínimo necesario de más de 5 trabajadores, que con anterioridad al 1.1.2004 venía exigiendo la Ley de Protección frente al Despido, para que resultasen de aplicación en dicha, las medidas previstas en esta normativa.

Pensemos ahora en el supuesto de una empresa que empleara a 31.12.2003, a cinco trabajadores a tiempo a tiempo completo y a dos trabajadores a tiempo parcial, con contratos de 20 horas semanales, lo que aplicando el cálculo que nos proporciona la ley ( $5 + 0,5 + 0,5$ ), arrojaría como resultado una media de 6 trabajadores. Si esta misma empresa, a partir del 1.1.2004, contrata a cuatro nuevos trabajadores a tiempo completo, la suma total de sus trabajadores, —diez—, no superaría el umbral de más de diez trabajadores que ha quedado fijado en la reforma introducida en la Ley de Protección frente al Despido, por lo que no caería dentro de su ámbito de aplicación, y por tanto, los trabajadores contratados a partir del 1.1.2004 no se beneficiarían de este régimen de protección frente al despido, mientras que los antiguos trabajadores sí seguirían beneficiándose de tales prerrogativas, puesto que de conformidad con el régimen jurídico previsto con anterioridad a esta fecha, superaban el número mínimo de cinco.

<sup>22</sup> KÜFNER-SCHMITT, I. SCHMITT, J, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Pág. 44.

### 3.6. Determinación del límite temporal previsto para la aplicación de la Ley de Protección frente al Despido

Una vez que tenemos analizados todos los elementos que influyen en la determinación del límite cuantitativo que define el nuevo ámbito de aplicación previsto para la Ley de Protección frente al Despido, es necesario traer a colación el límite de carácter temporal del que también se hace depender la aplicación de este nuevo régimen. En este sentido, en todo caso será necesario que además de superar aquel umbral numérico, los trabajadores cuenten con una antigüedad mínima de 6 meses en la empresa, para que puedan verse beneficiados de los derechos que prevé la Ley de Protección frente al Despido, por lo que faltando este último requisito, no resultará de aplicación este régimen<sup>23</sup>.

Así, pensemos en el supuesto de una empresa en la que trabajan seis trabajadores a 31.12.2003, con una antigüedad que supera este límite temporal de seis meses, y en ella se produce la incorporación de cuatro nuevos contratados a partir del 1.1.2004. Si tiene lugar el despido de un antiguo trabajador, éste podría gozar del régimen diseñado en la Ley de Protección frente al Despido, pero ya sólo quedarán cinco antiguos trabajadores en la empresa, cifra que está por debajo del umbral que exigía esta misma ley antes del 31.12.2003, por lo que todos ellos carecerían a partir de ese momento, de esta protección frente al despido.

Imaginemos ahora en cambio, en el mismo supuesto anterior, que el despido afecte a uno de los trabajadores contratados a partir del 1.1.2004. Tanto este trabajador como el resto de los nuevos contratados, carecerán del régimen de protección previsto en esta Ley, pero no se verá perjudicada en este caso, la situación de los antiguos trabajadores de la empresa, para los cuales, si mantiene su vigencia la protección que la misma dispensa.

Si en la misma empresa de nuestro supuesto, en lugar de cuatro trabajadores, son cinco los contratados a partir del 1.1.2004, una vez que hayan transcurrido los seis meses de antigüedad previstos como umbral temporal, todos los trabajadores caerán dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección frente al Despido, al superar el número de diez trabajadores. Ahora bien, si se despide a uno de los trabajadores incorporados a partir del 1.1.2004, la empresa ya no superaría el umbral de diez, y, por tanto, los tra-

<sup>23</sup> FIEBIG/GALLNER/GRIEBELING/MESTWERDT/NÄGELE/PFEIFFER, *Kündigungsschutzgesetz*. 2.<sup>a</sup> Edición, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. 2004, págs. 69 y ss. SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Düsseldorf und Verband der Metall- und Elektro -Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. Düsseldorf. 3.<sup>a</sup> edición. 2004, págs. 15 a 35.



bajadores de reciente incorporación perderían la protección de la Ley de Protección frente al Despido, no así los antiguos trabajadores, que si continuarían incluidos en su ámbito de aplicación, al no quedar afectado por esta decisión extintiva, su umbral de más de cinco trabajadores. En cambio, si esta decisión recae sobre un antiguo trabajador, todos ellos perderían la protección diseñada en la Ley de Protección frente al Despido, al no superar ya los antiguos trabajadores, el umbral de cinco empleados, ni la empresa en su totalidad el umbral de diez.

El análisis de la amplia gama de situaciones que pueden plantearse en la práctica, y la distintas soluciones que habrá que dispensar a cada una de ellas, nos lleva a concluir que el respeto que la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo alemana dice garantizar, al status adquirido por aquellos trabajadores que a 31 de diciembre del año 2003 vinieran prestando sus servicios en empresas de más de cinco trabajadores, es sólo relativo, puesto que también a estos puede serle finalmente de aplicación el nuevo régimen de protección del despido que esta Ley ha venido a diseñar, por el hecho de que alguno de ellos se vea afectado por la decisión extintiva.

#### 4. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

Una vez que tenemos delimitado el complejo ámbito de aplicación que ha sido diseñado en el país tudesco, para el régimen de protección frente al despido motivado por circunstancias económicas, es el momento de entrar a analizar en qué términos ha quedado fijada esta protección, tras las modificaciones que sobre el mismo se han llevado a cabo.

##### 4.1. Relación de causas del despido reguladas en la Ley de Protección frente al Despido.

La Ley de Protección frente al Despido reserva en su párrafo 1.º la declaración de improcedencia para las rescisiones de los contratos de trabajo, de aquellos trabajadores que hayan venido prestando sus servicios en la misma empresa sin interrupción, por un tiempo superior a seis meses, en todos aquellos casos en que estas decisiones extintivas no estén justificadas. Lo decisivo para determinar la procedencia o no del despido, será entonces determinar cuáles son las causas que permiten justificar esta decisión extintiva.

En este punto la Ley ofrece una triple clasificación de motivos, que en realidad permiten ser agrupados en dos grandes bloques:

- En primer lugar, despidos justificados en *circunstancias relativas al propio trabajador*<sup>24</sup>, respecto a los cuales, la ley distingue entre circunstancias concurrentes en la persona del trabajador —Vrg. pérdida de capacidad<sup>25</sup>— y las derivadas del comportamiento del trabajador —Vrg. impuntualidad, incumplimiento de las obligaciones contractuales—;
- En segundo lugar, despidos justificados en *necesidades empresariales urgentes*<sup>26</sup>, que hagan desaconsejable la continuación del trabajador en la empresa (párrafo 1, párrafo 2.º de la Ley de Protección frente al Despido)<sup>27</sup>.

Es la aplicación de estos últimos motivos empresariales precisamente, una de las cuestiones que mayores dificultades presenta a la hora de justificar la decisión extintiva, habida cuenta que la ley prescribe para estos casos, la necesidad de seguir un complicado procedimiento, hasta seleccionar qué trabajadores pueden resultar afectados finalmente, por esta decisión.

Este procedimiento consta de varias etapas. En primer lugar, será necesario identificar claramente qué sección o secciones de la empresa se encuentran necesitadas de una reestructuración. Una vez realizada esta identificación, se procederá en segundo lugar, a establecer una división entre los trabajadores que componen estas secciones, entre aquellos que por determinadas circunstancias previstas en la propia ley, no van a verse afectados por la decisión extintiva, y aquellos otros que si podrán resultar finalmente despididos.

Como decimos, la propia Ley de Protección frente al Despido viene ahora a concretar los motivos que podrá argumentar el empresario para fundamentar su decisión relativa a que el despido no llegue a afectar a ciertos trabajadores de su empresa. En este sentido, podrá atenderse a la valoración de los «conocimientos, capacidades y rendimiento del trabajador, así como

<sup>24</sup> SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Dusseldorf und Verband der Metall- und Elektro –Industrie Nordheim-Westfalen e.V. *Op. cit.*, págs. 50-201.

<sup>25</sup> En este punto se ha venido planteando que ocurriría ante la situación que puede afectar a un trabajador que padece una larga enfermedad o situaciones de baja continuadas a consecuencia de repetidas enfermedades. La solución por la que ha optado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Alemán —BAG— en tales casos, ha sido la consistente en valorar criterios de rentabilidad de la empresa, con el consiguiente menoscabo en su protección que de ello se deriva para el trabajador.

<sup>26</sup> SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; *op. cit.*, págs. 201 a 363.

<sup>27</sup> KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, págs. 940 y 941.



la necesidad de asegurar una adecuada estructura del personal en la empresa» —parágrafo 1.3—<sup>28</sup>.

El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de esta reforma, hace que por el momento, no contemos con pronunciamientos jurisprudenciales que nos permitan determinar si será posible admitir la valoración de criterios distintos a los recogidos expresamente en la letra de la ley. No obstante, la introducción en la misma, del adverbio «*en particular*», hace que nos inclinemos a pensar que no estamos ante una lista cerrada, sino que podrán ser valoradas también otras circunstancias distintas a las señaladas expresamente en el texto legal.

Junto a ello, es necesario tener igualmente en cuenta, la propia amplitud que en sí mismos, encierran los términos utilizados por el legislador alemán en este punto, los cuales se prestan a una extensa interpretación, que puede desembocar en una especie de cajón de sastre, en el que prácticamente pueda quedar incluido cualquier motivo que pudiera esgrimir el empresario para fundamentar su decisión de que el despido no llegue a afectar a determinados trabajadores de su empresa<sup>29</sup>.

#### 4.2. La obligación del empresario de valorar los aspectos sociales del trabajador

Una vez separados del conjunto de trabajadores, aquellos que por la concurrencia de las mencionadas circunstancias, no van a resultar afectados por la decisión extintiva, el proceso hacia la toma final de esta decisión, continúa respecto al resto de trabajadores de la empresa.

En este punto la Ley de Protección frente al Despido incorpora ahora como novedad, la necesidad de que entren a valorarse sobre estos trabajadores, una serie de «*aspectos sociales*», tales como la edad, la antigüedad, las cargas familiares y las minusvalías que puedan concurrir en estos suje-

<sup>28</sup> ADOMEIT K., *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. *Op. cit.*, págs. 59-60. KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD, SCHMITT, JOCHEM. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. *Op. cit.*, págs. 21 y 22. SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. *Op. cit.*, págs. 14 a 27. BAUER, JOBST-HUMBERTUS/KRIEGER, STEFFEN, *Kündigungsrecht Reformen 2004. Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und «Hartz-Gesetze»*. *Op. cit.*, págs. 137 a 140. BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht*, *op. cit.*, págs. 6 a 8.

<sup>29</sup> Así por ejemplo, cabe entender incluidos en estos términos, los conocimientos específicos que pueda poseer un trabajador de la empresa, las buenas relaciones que pueda mantener con los clientes de la empresa, de tal modo que su despido hiciera peligrar las relaciones comerciales de la misma. KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD, SCHMITT, JOCHEM, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. *Op. cit.*, pág. 21-22.

tos, con el fin de determinar finalmente quienes van a resultar afectados por la medida extintiva<sup>30</sup>.

Respeto a estos aspectos sociales, conviene tener presente que se trata de circunstancias que ya venían siendo valoradas por la jurisprudencia alemana, antes de que quedasen incorporadas definitivamente al texto de la Ley de Protección frente al Despido, por obra de la reciente Ley de Reforma del Mercado de Trabajo<sup>31</sup>, las cuales servían para concretar la indeterminación que la primera venía padeciendo en este punto desde el año 1996, fecha en que se incorporó la valoración de «aspectos sociales» a estos efectos, pero sin que esta incorporación se hiciera acompañar de referencia alguna a la cuestión de qué debía entenderse por tales, de modo que esta laguna venía siendo cubierta por la jurisprudencia. Concretamente, son las tres primeras circunstancias que ahora contempla la Ley de Protección frente al Despido —edad, antigüedad y cargas familiares— las que presentan esta procedencia común, mientras que la relativa a la posible minusvalía que puede padecer el trabajador, fue incorporada como recomendación de la Comisión de Economía y Trabajo, para facilitar la aprobación definitiva en el Congreso alemán, de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo.

La incorporación de estos criterios de valoración de «aspectos sociales», responde al deseo del legislador germano de otorgar una mayor seguridad jurídica a la decisión extintiva, tratando de eliminar la posible arbitrariedad en que en caso contrario, podría incurrir el empresario, a la hora de valorar unas u otras circunstancias de esta naturaleza, con la consiguiente situación de indefensión que de ello podría derivarse para los trabajadores afectados<sup>32</sup>.

Pero la incorporación de estos criterios de valoración por los que ha optado el legislador, tampoco ha estado exenta de polémica. Así, si bien en principio los cuatro criterios sociales aparecen situados en la letra de la ley al mismo nivel de importancia, de una lectura más en profundidad del texto legislativo, parece desprenderse que el efecto finalmente conseguido, vendrá a beneficiar más a un determinado grupo de trabajadores frente al resto, lo que en la práctica se traduce en la doble protección de la que llegan a

<sup>30</sup> Para un mayor estudio de ésta triple decisión, puede consultarse KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD SCHMITT, JOCHEM, *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Haufe 2004. Págs. 19 y 20; BIEBL, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht*, Op. cit., págs. 2 a 6; SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010, Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*. Op. cit., págs. 4 a 42.

<sup>31</sup> Véase, en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —BAG— de 5 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> ADOMEIT K, *Die Agenda 2010 und das Arbeitsrecht. Eine Reform im Kampf gegen Widerstände*. Op. cit., págs. 58-59.

gozar los trabajadores de mayor edad, debido al hecho de que esta circunstancia suele concurrir en aquellos mismos sujetos que poseen una mayor antigüedad en la empresa<sup>33</sup> —parágrafo 10.º de la Ley de Protección frente al Despido—.

A la misma conclusión es posible llegar si atendemos a la modulación que ha venido a producirse sobre la indemnización correspondiente al trabajador que resulta afectado por la decisión extintiva. A estos efectos, será necesario tener en cuenta la edad con que cuente este trabajador y la antigüedad que éste posee en la prestación de sus servicios para la empresa. Así, tras la modificación operada en este punto por la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo, si el trabajador despedido tiene 50 años de edad y cuenta en su haber con al menos 15 años de antigüedad en la empresa, la indemnización ascenderá en tales casos, de las 12 mensualidades previstas con anterioridad, a las 15 mensualidades de salario que ahora prescribe la Ley de Protección frente al Despido. En cambio, si el trabajador tiene 55 años cumplidos y 20 años de antigüedad en la empresa, la indemnización en tales casos ascenderá a 18 mensualidades de salario (parágrafo 10.2).

Por otro lado, la introducción de estos criterios de valoración de «aspectos sociales» concurrentes en la persona del trabajador, no ha eliminado totalmente el margen de maniobra que le queda al empresario a la hora de valorar estos cuatro aspectos, los cuales, siguiendo determinados cauces, pueden recibir distinta puntuación en la baremación que de los mismos debe realizarse, durante el procedimiento para la adopción de la decisión extintiva. Esta posibilidad con que cuenta el titular de la empresa, no viene siendo por otro lado juzgada por la jurisprudencia alemana, como fuente de arbitrariedad, calificativo éste que a priori queda reservado únicamente para aquellos casos en que el empresario haya omitido la valoración de alguno de estos cuatro aspectos, circunstancia esta que de producirse, permitirá que pueda ser revisada la decisión extintiva, por haberse adoptado incurriendo en notoria ilegalidad —parágrafo 1.3—.

Lo que la Ley de Protección frente al Despido sí ha venido a impedir es que tanto por convenio colectivo, como mediante acuerdo empresarial puedan incorporarse motivos sociales distintos a los que recoge expresamente en su articulado, como justificativos del despido —parágrafo 1.4—. Si es posible en cambio, que el acuerdo recaiga sobre la *valoración* que ha de otorgarse a estos criterios sociales que aparecen legalmente tasados<sup>34</sup>. En

<sup>33</sup> KÜFNER-SCHMITT, IRMGARD. SCHMITT, JOCHEM. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform*. Op. cit., pág. 23.

<sup>34</sup> *Vid.*, en este sentido, Sentencia del *Bundesarbeitsgericht* —BAG— de 23 de noviembre de 2000.

tal caso, el acuerdo necesario para ello podrá ser adoptado por convenio colectivo suscrito a nivel sectorial<sup>35</sup>, o bien por acuerdo suscrito a nivel empresarial entre la representación de los trabajadores y el empresario, en cuyo caso deberá quedar expuesto en la propia empresa<sup>36</sup>.

#### 4.3. Posibilidad de creación de una lista nominal de trabajadores afectados por la decisión extintiva

El artículo 1 de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo ha introducido en el parágrafo 1.5 de la Ley de Protección frente al Despido, la posibilidad de que siempre que concurren una serie de requisitos, tanto el empresario como el Comité de Empresa determinen y concreten qué trabajadores van a resultar finalmente afectados por la decisión extintiva<sup>37</sup>.

La novedad de esta posibilidad es sin embargo relativa<sup>38</sup>, pues se trata ésta de una de aquellas cuestiones que ya fue experimentada con la Ley de Fomento del Empleo de 25 de septiembre de 1996, y que como dijimos, fue posteriormente derogada en su aplicación el 19 de diciembre de 1998.

Respecto a las circunstancias que han de concurrir, para que pueda pactarse con el Comité de Empresa una lista nominal de trabajadores a estos efectos, la Ley las concreta en la exigencia de que se produzca una «modificación empresarial». La interpretación de este término, exige que debamos acudir al parágrafo 111 de la Ley de Comités de Empresa, —BetrVG—, donde aparece concretado en aquellas modificaciones que supongan:

- la paralización de toda la empresa o parte de ella;
- el traslado de la empresa o partes de ella;
- la fusión o escisión de la empresa o parte de ella;
- modificaciones de la organización empresarial, de los objetivos de la empresa o del inmovilizado empresarial;
- la introducción de nuevos métodos de trabajo.

Concurriendo alguna de estas situaciones en la empresa, la Ley de Protección frente al Despido permite pactar la lista de trabajadores que van a resultar afectados por esta decisión extintiva. No obstante, debemos tener

<sup>35</sup> Tal y como se desprende del parágrafo 1.º de la Ley de Convenios Colectivos, de 9 de abril de 1949, modificada el 25 de noviembre del 2003.

<sup>36</sup> Exigencia prevista en el parágrafo 77 Ley de Comités de Empresa, de 15 de enero de 1972, modificada por Ley de 23 de diciembre de 2003.

<sup>37</sup> SCHIEFER/WORZALLA, *Agenda 2010, Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt. Op. cit.*, págs. 32 a 42. Biebl, J., *Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht, op. cit.*, pág. 16.

<sup>38</sup> Kufner-Schmitt, Irmgard. Schmitt, Jochem. *Kündigungsschutz, das neue Recht nach der Arbeitsmarktreform. Op. cit.*, págs. 27 a 30.



presente que se trata de una posibilidad, ya que en la práctica el empresario no puede obligar al Comité a pactar una lista cerrada de trabajadores a estos efectos. Más aún, la experiencia vivida en la etapa 1996 a 1998, en la que esta posibilidad estuvo plenamente vigente, demostró que los Comités de empresa eran bastantes reacios a cerrar estas listas para facilitar la adopción de despidos colectivos en las empresas.

#### 4.4. Plazo para la presentación de la demanda frente al despido

El párrafo 4.º de la Ley de Protección frente al Despido también ha resultado afectado por la reforma objeto de análisis<sup>39</sup>, que ha venido a unificar el periodo temporal con que cuenta el trabajador para acudir ante la Jurisdicción Social en reclamación contra la decisión extintiva. Así, el trabajador que estime que su despido es improcedente, debe interponer demanda en el plazo de tres semanas a contar desde que recibe la notificación del mismo.

El párrafo 4.º Ley de Protección frente al Despido exige igualmente que esta notificación se realice por escrito<sup>40</sup>. El problema se planteará entonces en aquellos casos en que la decisión extintiva se comunica de manera verbal. En tal caso, el incumplimiento de esta formalidad perjudicará al empresario, pues el plazo de tres semanas para interponer la demanda con que cuenta el trabajador, no empezará a contar hasta que esta comunicación no se formalice con las exigencias del párrafo 4.º, sin que por otra parte, ello obste al derecho que el trabajador tiene reconocido para acudir directamente a la Jurisdicción Social, desde el mismo momento en que le sea comunicada la decisión extintiva, aunque la misma se haya producido de forma verbal, como en este caso.

Respecto a la determinación de la parte procesal sobre la que va a recaer la carga probatoria, asistimos a una diferenciación en función de cuáles hayan sido las causas aducidas como fundamento de la decisión extintiva. Así, en los casos en los que el despido se basa en «*circunstancias concurrentes en la persona del trabajador*», recaerá sobre el empresario la carga de la prueba, consistente en tratar de demostrar la existencia efectiva de tales circunstancias —párrafo 1.2 Ley de Protección frente al Despido—, mientras que el trabajador por su parte, le corresponde en estos casos, tratar de desvirtuar la existencia de las mismas.

<sup>39</sup> SOWKA/SCHIEFER/HEISE, *Kündigungsschutzrecht*. Editorial Verlagsgesellschaft Sowka und Dr. Schiefer OHG; Dusseldorf und Verband der Metall- und Elektro —Industrie Nordheim-Westfalen e.V. Düsseldorf. 3.ª edición. 2004, págs. 429-488.

<sup>40</sup> Véase el párrafo 626 del BGB.

Sin embargo, en los casos en que el despido se base en «*circunstancias empresariales*», la legislación alemana establece una presunción *iuris tantum* de la efectiva concurrencia de estas circunstancias, que como tal, admitirá prueba en contrario. En estos supuestos, al trabajador le corresponderá intentar demostrar que la valoración de los criterios en los que se ha fundamentado el despido, no ha sido realizada correctamente, porque existen en la empresa otros trabajadores que presentan peor valoración que la obtenida por el demandante, en la baremación de los criterios sociales a los que hay es necesario atender en estos casos. Si finalmente se logra demostrar esta circunstancia, se producirá la reincorporación del trabajador despedido a la empresa —parágrafo 1.3 Ley de Protección frente al Despido—.

La legislación alemana permite por otra parte, que en cualquier momento del proceso, pueda producirse una transacción sobre la cuestión objeto de controversia. Ésta viene siendo de hecho, la vía más utilizada para dirimir los conflictos que surgen en torno a la procedencia o no de las decisiones extintivas, debido al prolongado periodo temporal que transcurre desde que se interpone la demanda, hasta que deviene firme la sentencia dictada en última instancia, una vez agotados todos los recursos pertinentes <sup>41</sup>.

Por tanto, el trabajador y el empresario pueden en cualquier momento de este proceso, resolver la relación contractual definitivamente —parágrafo 9 Ley de Protección frente al Despido—, a cambio de una indemnización de 0,5 mensualidades por año de servicio prestado en la empresa, con el límite temporal máximo de doce mensualidades —parágrafo 10.1—. Ésta es la indemnización prevista para la generalidad de los casos en que tiene lugar la transacción. Pero debemos tener presente que sobre la misma, también juega la modulación que prescribe el parágrafo 10.2 Ley de Protección frente al Despido y que ha quedado analizada *supra*, en atención a la edad y a los años de antigüedad con que cuenta el trabajador en la empresa <sup>42</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Con la anhelada reunificación alemana pretendía ponerse punto y final a una de las más tristes páginas que han escrito la más reciente historia de

<sup>41</sup> En el país germano, desde que tiene lugar la entrada de la demanda en el Juzgado de lo Social, hasta que se dicta Sentencia en primera instancia, suelen transcurrir aproximadamente siete meses, y agotando recursos, un procedimiento judicial de estas características puede durar una media de tres a cuatro años. KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung*, 29 Auflage 2004, Bund Verlag, págs. 941 y 942.

<sup>42</sup> De este modo, si el trabajador despedido tiene 50 años cumplidos y cuenta con al menos 15 años de antigüedad, la indemnización ascenderá hasta las 15 mensualidades de salario; y si tuviera 55 años cumplidos y 20 años de antigüedad en la empresa, tendría derecho a percibir 18 mensualidades



este país. Pero esta reunificación ha venido a provocar «nuevos males», en el que fuera en otro tiempo el gran motor del crecimiento económico europeo, motivados por el elevado coste económico y social que ha sido necesario asumir.

En este sentido, transcurrida más de una década desde que se produjo dicha reunificación, la población sigue padeciendo las consecuencias del gran esfuerzo que ha supuesto la superación de las patentes fronteras sociales y económicas y no sólo geográficas, que separaban a los ciudadanos de ambas Alemanias, motivada por la notable ineficiencia económica que presentaba la extinta RDA.

Junto a los anteriores, la economía Alemana se enfrenta en la actualidad a nuevos retos, muchos de los cuales son compartidos por el conjunto de los países miembros de la Unión, como es la amenaza que supone la huida de grandes capitales empresariales a países recientemente incorporados a la Unión Europea, como Hungría, Polonia, República Checa y Eslovaquia donde la mano de obra hoy por hoy, resulta más barata.

Se trata ésta de una importante baza que las grandes empresas alemanas están sabiendo utilizar a su favor, hasta el punto de lograr un duro golpe de efecto que ha hecho mella en los cada vez más debilitados sindicatos alemanes, provocando su abdicación en algunas de las que han sido sus más recientes conquistas históricas<sup>43</sup>, como la representada por el logro de la reducción de la jornada laboral. En efecto, el temor que sus representados sienten ante la amenaza de la pérdida de sus empleos, y su consecuencia más inmediata, el pasar a engrosar las elevadas cifras de desempleo que conoce el país en los últimos tiempos, les ha llevado a aceptar sin más, en la negociación de muchos convenios colectivos, un aumento de la jornada laboral, sin el consiguiente incremento de los salarios<sup>44</sup>.

Esta solución muy pocos confían en que sea definitiva. Más bien se muestra como la punta del iceberg de lo que les aguarda en el futuro más inmediato, caracterizado por sucesivos recortes en el patrimonio garantista

<sup>43</sup> Así por ejemplo, con el objetivo de garantizar 103.000 empleos en seis de las instalaciones industriales que en Alemania posee el Grupo Volkswagen, la Organización Sindical IG Metal ha aceptado la congelación salarial durante los dos próximos años, dentro de un plan de ahorro que prevé reducir costes de producción en un 30% hasta 2011. Asimismo, Volkswagen va a simplificar la estructura de los salarios, que cuenta con 22 clasificaciones laborales distintas y 4.000 descripciones de trabajo. <http://www.lukor.com/not-neg/laboral/0410/05172815.htm>

<sup>44</sup> Así, algunas firmas de las consideradas como emblemáticas en el mapa empresarial alemán, como Siemens ya han incorporado durante la negociación de su nuevo convenio colectivo, el paso de las 35 horas a las 40 horas semanales y la desaparición de las pagas extraordinaria de verano y Navidad, con lo que según los directivos de la empresas, se han conseguido salvar temporalmente 2.000 empleos, ubicados en dos centros de trabajo que iban a ser trasladados a Hungría.

de los trabajadores alemanes y en el paulatino desmantelamiento del Estado de Bienestar, ante la imposibilidad declarada por sus Gobernantes, de continuar manteniendo su configuración actual, debido a la escasez de recursos necesarios para sustentar su financiación.

El ejemplo alemán no ha tardado en trasladarse a otros Estados europeos como Francia, donde la que fue la Ley estrella del gobierno socialista de Lionel Jospin, de Reducción de la Jornada Laboral a 35 horas semanales, está siendo sometida en la actualidad a fuertes críticas, incluso por parte de los trabajadores, los cuales se muestran en una significativa proporción, partidarios de incrementar su jornada de trabajo a cambio de un aumento en sus salarios<sup>45</sup>, aunque los sindicatos en este caso, sí están logrando por el momento, mantener una posición unánime frente a estas amenazas, y no han doblegado en sus posiciones.

Para tratar de hacer frente a la complicada situación económica, la coalición verdirroja que dirige actualmente el destino del país Teutón (SPD y los Verdes) ha asumido la firme determinación de operar sobre su mercado de trabajo, un conjunto de reformas que se enmarcan dentro del conjunto normativo conocido como HARTZ y que se integra dentro del Programa «Agenda 2010» postulado por el Canciller Schröder.

Las medidas adoptadas hasta el momento y las anunciadas para los próximos meses, están resultando en su mayor parte impopulares, puesto que han venido a provocar una mayor flexibilización del mercado laboral y un recorte significativo de las prestaciones sociales, lo que ha hecho que obtengan una dura respuesta ciudadana y sindical.

Entre ellas, ha merecido nuestra atención en este trabajo de investigación, las modificaciones que han venido a operarse sobre la protección que la legislación alemana dispensa a los trabajadores que se ven afectados por decisiones extintivas, intentando poner de manifiesto el recorte que en términos generales ha venido a operarse sobre esta protección, lo que en la práctica se traduce en el aumento de la flexibilización de salida del mercado de trabajo.

En este sentido, ante la promesa incierta de lograr un aumento de los niveles de empleo existentes en las pequeñas empresas alemanas, lo cierto es que se ha conseguido privar del régimen protector que con anterioridad a la promulgación de la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo, resultaba de aplicación a muchos de los trabajadores que caían dentro del ámbito de aplicación de esta protección frente al despido, al tiempo que se han endurecido las condiciones que ahora definen este régimen jurídico.

<sup>45</sup> Según una encuesta publicada en el diario francés *L'Expansion*, el 65% de los trabajadores estarían dispuestos a aceptar un aumento de su jornada de trabajo a cambio de un incremento salarial.

Esta por ver que si esta reforma consigue realmente el proclamado objetivo de incrementar los niveles de empleo, ya que por un lado, la dificultad que la misma ha venido a añadir a la interpretación del ya de por sí complicado, régimen protector frente al despido, y por otro lado, la amplia variedad de situaciones transitorias que han quedado constituidas al amparo de este nuevo régimen, con la consiguiente necesidad de determinar que solución habrá que adoptar en cada supuesto concreto, se está dejando sentir más aún en las empresas de pequeñas dimensiones, lo cual viene a actuar en la práctica como elemento desincentivador para la creación de empleo en estas mismas empresas, ante el temor de que una variación de su status quo, en lo que al número de trabajadores se refiere, conlleve la necesidad de someter la decisión extintiva de su titular, al farragoso régimen con que ha quedado dotada la protección frente al despido.

En este mismo sentido como ha quedado analizado, más allá de las meras declaraciones formales que la ley contiene en este aspecto, tampoco ha quedado garantizado en la práctica, la vigencia del status de que vinieran disfrutando aquellos trabajadores que a 31 de diciembre del año 2003, se encontrasen prestando sus servicios en empresas de más de cinco trabajadores, debido a la amplia gama de situaciones que pueden plantearse en la práctica y las distintas soluciones que habrá que dispensar a cada una de ellas, alguna de las cuales como hemos visto, consistirá en la aplicación del nuevo régimen de protección frente al despido que la Ley de Reforma ha venido a diseñar.

Por otra parte, sería posible apreciar en principio, cierta contradicción entre los objetivos de rentabilidad empresarial que persiguen estas decisiones extintivas, con la propia valoración de los criterios sociales que es necesario realizar, para determinar los trabajadores que pueden quedar afectados por esta decisión. No podemos olvidar en este sentido, que en los casos de reestructuraciones de plantillas, son precisamente los trabajadores de más edad los que con más frecuencia resultan afectados por los mismos. En cambio, la necesidad de valorar a estos efectos, la antigüedad del trabajador en la empresa y su edad, sitúa a estos mismos trabajadores en una situación privilegiada, que prácticamente los dota de inmunidad frente al despido.

Quizás lo que ocurre es que esta contradicción está resultando ser más aparente que real. La razón para mantener semejante afirmación debemos buscarla en la intención del legislador alemán, de no seguir cargando al sistema público de protección por desempleo, con el mantenimiento de las prestaciones que en caso contrario, nacerían a favor de estos trabajadores, lo cual por otra parte, respondería a los mismos principios inspiradores de la reforma que a finales del 2004, está prevista que venga a operar una profunda modificación sobre la protección por desempleo en Alemania. Se trataría pues, de intentar asegurar que sean estos trabajadores precisamente, los que permanezcan en la empresa, ante la demostrada dificultad que afec-



ta a este sector de la población, para encontrar un nuevo empleo, una vez perdido el anterior, lo cual acaba desembocando en muchos casos, en una situación de dependencia del sistema público de Protección Social, hasta que estos sujetos alcanzan la edad que les da derecho al percibo de la prestación por jubilación.

Esta interpretación puede por otro lado venir avalada, por el hecho de que esta misma reforma haya venido a operar un incremento sobre la indemnización por despido, para los casos en que la decisión extintiva afecte a los trabajadores de más de 50 años y que cuenten con una antigüedad de al menos 15 años en la empresa —parágrafo 10.2 Ley de Protección frente al Despido—, lo cual sin duda, actuará como nuevo elemento desincentivador, a la hora de valorar la rentabilidad de que esta decisión afecte a los trabajadores en los que concurran estas circunstancias.

