

## **REQUISITOS DE LA DEMANDA Y OBJETO DEL LITIGIO EN EL EJERCICIO DE UNA PRETENSIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO SOBRE CESACIÓN DE NEGOCIACIONES INDIVIDUALES EN MASA VIOLADORAS DEL CONVENIO COLECTIVO**

**Eva Kocher**

*Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo*

### **RESUMEN:**

La Sala 4 del BAG el 19. 3. 2003 ha declarado inadmisibile una demanda del IG Metall de cesación de las negociaciones individuales empresariales en violación del convenio colectivo, por causa de la indeterminación de la demanda. La pretensión de cesación es condenada a la ineficacia en la práctica por razones procesales. La fundamentación de la sentencia muestra, sin embargo, que la Sala 4 malinterpreta el Derecho Procesal en su función de realización del Derecho y elude las cuestiones jurídico-sustantivas que suscita el caso. Más allá de los valores procesales existen diferencias esenciales jurídico-sustantivas con el caso Burda de la Sala 1 de 20. 4. 1999.

**Palabras clave:** Negociación colectiva; convenios colectivos; sindicatos; Tribunales laborales; demandas colectivas de cesacións.

### **ABSTRACT:**

Chamber 4 of BAG on March 19<sup>th</sup>, 2003, has declared unadmissible a cease and desist petition of IG Metall, relating to individual employer bargainings violating the collective bargaining agreement, because of the uncertainty of such a petition. The petition is rejected to practical inefficacy by procedure reasons. The grounds of the opinion show, however, that the Chamber 4 misunderstands the Law of Procedure in its role of performing out the Law, and avoids the objective legal questions arising under this case. Behind the procedure values, there exist essential differences with the Burda case of April 20<sup>th</sup>, 1999.

**Keywords:** Collective bargaining; collective bargaining agreements; Trade Unions; Labour Court; Collective cease and desist petitions.



## ***Requisitos de la demanda y objeto del litigio en el ejercicio de una pretensión de conflicto colectivo sobre cesación de negociaciones individuales en masa violadoras del convenio colectivo\****

### **I. LA SENTENCIA DEL BAG DE 19 MARZO 2003**

El Derecho alemán de la negociación colectiva contiene algunos preceptos para hacer efectiva la autonomía colectiva; y ante todo, los relativos a la eficacia normativa del convenio colectivo, a la obligatoriedad del convenio colectivo en el caso de empresas desaparecidas –al amparo del parágrafo 3 III de la TVG–, así como el relativo a la prórroga del contenido del convenio colectivo, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 4 V de la TVG. El BAG tuvo que decidir un caso el 19 marzo 2003, en el que una empresa de la industria siderometalúrgica había intentado por todos los medios — incluso prohibidos— liberarse de esta vinculación colectiva<sup>1</sup>. La empresa había estado en un primer momento sujeta a diversos convenios colectivos en calidad de miembro de la asociación patronal pactante, los cuales habían sido suscritos en el año 1991, y revisados últimamente en 1997. Después se separó de dicha asociación patronal el 7 abril 2000, y concluyó el 31 mayo 2000 acuerdos contractuales individuales en el marco de un «pacto de empleo» de empresa con al menos el 80% de sus empleados, suscribiendo el 20 octubre 2000 un convenio colectivo con el Sindicato Cristiano del Metal (CGM), que reproduce en esencia dichos acuerdos contractuales individuales.

El incumplimiento por dichos acuerdos contractuales individuales de la regulación colectiva en vigor era algo de fácil constatación jurídica, a causa de su carácter desventajoso. Y en el caso del convenio colectivo pactado con el CGM, resultaba jurídicamente cuestionable la representatividad del sindicato y la validez de su reproducción de los acuerdos plúrimos, sobre todo lo cual, sin embargo, no se pronunció el BAG<sup>2</sup>. Y ello

---

\* Traducción al castellano del original alemán («Bestimmtheit und Streitgegenstand beim koalitionsrechtlichen Unterlassungsanspruch gegen tarifwidrige Einheitsregelungen»), publicado en *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, núm. 3 (2005), págs. 140-146, realizada por Alberto Arufe Varela. Las abreviaturas alemanas utilizadas a lo largo de esta traducción son las siguientes: *AiB* (*Arbeitsrecht im Betrieb*); *AP* (*Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des BAG*); *AuR* (*Arbeit und Recht*); *BetrVG* (Ley de organización de la empresa [*Betriebsverfassungsgesetz*], de 15 enero 1972); *BAG* (Tribunal Federal de Trabajo [*Bundesarbeitsgericht*]); *BAGE* (*Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts*); *BB* (*Der Betriebs-Berater*); *BGB* (Código Civil [*Bürgerliches Gesetzbuch*], de 18 agosto 1896); *BGH* (Tribunal Supremo Federal [*Bundesgerichtshof*]); *BGHZ* (*Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen*); *BVerfG* (Tribunal Constitucional [*Bundesverfassungsgericht*]); *BVerfGE* (*Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*); *DB* (*Der Betrieb*); *EzA* (*Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht*); *KSchG* (Ley de protección contra el despido [*Kündigungsschutzgesetz*], de 10 agosto 1951); *GG* (Constitución de la República Federal de Alemania [*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*], de 23 mayo 1949); *GRUR* (*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*); *LAG* (Tribunal de Trabajo de un Estado Federado [*Landesarbeitsgericht*]); *LM* (*Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshof*); *NJW* (*Neue Juristische Wochenschrift*); *NZA* (*Neue Zeitschrift für Arbeits*); *RdA* (*Recht der Arbeit*); *SAE* (*Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen*); *TVG* (Ley del convenio colectivo [*Tarifvertragsgesetz*], de 9 abril 1949); *UWG* (Ley contra la competencia desleal [*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*], de 3 julio 2004); *ZPO* (Ordenanza de Enjuiciamiento Civil [*Zivilprozessordnung*], de 1 enero 1964); *ZTR* (*Zeitschrift für Tarifrecht*).

1 BAG (19. 3. 2003), *NZA* 2003, 1221 = *AP* ZPO, parágrafo 253, núm. 41.

2 A tal efecto, para un caso similar, *LAG Sachsen-Anhalt* (8. 5. 2001), *AuR* 2001, 308 ss. Sobre este caso y sus cuestiones jurídico-materiales, véase también NAUDITT, *AuR* 2002, 288.

porque se consideraron inadmisibles las demandas cesatorias. El sindicato IG Metall había solicitado en la demanda, que llegó a ser admitida en casación, que cesase la nueva regulación con respecto a sus afiliados (obligados por el convenio colectivo hasta entonces vigente). Y dado que no había designado individualmente a sus afiliados afectados, el BAG concluyó que su demanda no resultaba lo suficientemente precisa.

La sentencia ha sido ya tratada por la doctrina científica, que la elogia unánimemente por causa de su contenido jurídico-político, pues posibilita de nuevo “pactos de empleo” a nivel de empresa<sup>3</sup>. El verdadero fundamento de este elogio radica en que, de acuerdo con esta sentencia, el Derecho colectivo sustantivo puede llegar a quedar inefectivo en la práctica por razones procesales. Y en esto habría que reparar con cuidado: el Derecho Procesal es Derecho instrumental, que no puede introducir ninguna novedad autónoma, a la que no se llegue a través del Derecho sustantivo<sup>4</sup>. Un análisis más preciso de la fundamentación jurídica de la sentencia muestra ahora, sin embargo, que el BAG se equivocó al centrar el núcleo del problema en cuestiones jurídico-procesales. En vez de ello, el núcleo del mismo se refería a la ampliación jurídico-sustantiva de la protección de la autonomía de la libertad sindical, y a las pretensiones cesatorias en el Derecho colectivo del Trabajo.

## II. LAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA CONCRECIÓN DE LA DEMANDA

Con cita de jurisprudencia del BGH relacionada con el tema, el BAG parte aquí, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo 253 II núm. 2 de la ZPO, de que el objeto del litigio y el alcance de la competencia estaban claramente delimitados, que el demandado actuaba sin indefensión, y que el resultado del pleito no quedaba en manos del Tribunal encargado de la ejecución, lo cual le está prohibido al demandado<sup>5</sup>. Ante todo, el BGH había ya tenido que decidir en el pasado autónomamente sobre el último de los argumentos mencionados, al resolver incidentes del proceso de ejecución. En definitiva, este argumento venía a ser sólo una concreción modificada del primer argumento mencionado, a propósito de los límites de la competencia del Tribunal fijados por el párrafo 308 de la ZPO. Sólo por causa de orden público procesal y a instancia de parte, los problemas de formalización de la demanda pueden llegar a repercutir en la forma de la sentencia, en el alcance de su validez y en su ejecución.

### 1. La formalización relativa a pretensiones de futuro

Los problemas de formalización son característicos de las demandas de cesación. En efecto, éstas normalmente tienen su origen en un motivo concreto, pero que después se juzga en el futuro, cuestionándose a menudo qué clase de generalizaciones resulta

<sup>3</sup> KAST / FREIHUBE, *BB* 2003, 2569 ss. («Nueva esperanza para los “pactos de empleo” empresariales»).

<sup>4</sup> Sobre los fines del proceso civil, véase especialmente JAUERNIG, *ZPO*, 27ª ed. (2002), párrafo 1; o BAUR / GRUNSKY, *ZPO*, 10ª ed. (2000), párrafo 1 (también en relación con el derecho a la tutela judicial).

<sup>5</sup> A esto se refiere últimamente el BGH, en la sentencia de 14. 12. 1998, *NJW* 1999, 954 ss.; véase también BGH (21. 2. 1986), *BGHZ* 97, 178 (180 ss.) = *NJW* 1986, 1676.

<sup>6</sup> OPPERMAN, *Unterlassungsanspruch u. materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess*, 1993, pág. 4; sobre esta problemática, también KRAMER, *Der richterliche Unterlassungstitel im WettbewerbsR*, 1982, págs. 48 ss.

admisible para formalizar el objeto del litigio. El Derecho de la competencia y el Derecho fiscal acaban de dar muestras de lo dificultoso que resulta formalizar pretensiones a la vez admisibles y apropiadas. Los diversos Tribunales supremos han tenido siempre que adoptar una y otra vez decisiones fundamentales relativas a la cuestión de la correcta formalización e interpretación de una fórmula ritual de cesación<sup>6</sup>.

El BAG no se ha ocupado lamentablemente de esta problemática en el presente caso. Y ello, porque no sólo tendría que haber llegado a la conclusión de que la petición podía abarcar a los trabajadores que en el momento de las últimas negociaciones verbales fueran afiliados del sindicato IG Metall, y de este modo obligados por el convenio colectivo, sino que también debería haber tenido en cuenta los posibles cambios en la posición de trabajador y de afiliado, y su eventual repercusión también sobre los futuros trabajadores y futuros afiliados («los respectivos afiliados del sindicato»)<sup>7</sup>.

## 2. Claridad a efectos de la ejecución forzosa

El BAG, por el contrario, opina que sólo con una designación nominal estaría asegurado que se otorgasen garantías suficientes y precisas al Tribunal encargado de la ejecución. La relación entre el procedimiento de cognición y la ejecución forzosa es en la actualidad un problema clásico ligado a las demandas y las sentencias de cesación. En la práctica judicial civil, se han desarrollado soluciones al respecto, que por una parte posibilitan procedimientos prácticos de cesación, y que por otra parte pueden delimitar los márgenes de maniobra de las resoluciones del Tribunal encargado de la ejecución. Aquí juega un papel clave la «teoría de la sustancia». La protección de una sentencia cognitoria de cesación abarca, según el Derecho de ejecución, no sólo el concreto o concretos actos denominados de vulneración, sino todas las transgresiones sustancialmente semejantes<sup>8</sup>. Por eso, se exige del Tribunal encargado de la ejecución una explicación del tenor de la sentencia ligada al concreto objetivo de respeto jurídico de la demanda.

Al respecto, el BGH siempre confió más en el Tribunal encargado de la ejecución que el BAG, al decidir el caso presente. Precisamente en una de las sentencias a las que el BAG se refiere, el BGH indica sobre ello que basta el principio de la determinación, «si las características del acto de vulneración resultan aparentes y la sustancia de la prohibición queda intacta»<sup>9</sup>. O también, si el supuesto fáctico podía llegar a ser examinado «fácilmente y con seguridad» en el procedimiento de ejecución (como por ejemplo, la declaración de si en momento determinado una cosa determinada fue entregada o no)<sup>10</sup>. El BGH sólo tiene en cuenta la indeterminación y el consiguiente impacto sobre la competencia para decidir, si las pretensiones de las demandas contienen conceptos indeterminados o relatos genéricos de hechos<sup>11</sup>. Una demanda es entonces indeterminada, sólo si deja al

7 En el mismo sentido, RIEBLE, *ZTR*, 1999, 487.

8 BGH (22. 2. 1952), *BGHZ* 5, 189 ss. = *NJW* 1952, 665; BGH (23. 6. 1994), *BGHZ* 126, 287 (296) = *NJW* 1994, 2820; RITTER, *Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor u. Klageantrag*, 1994, págs. 67 ss.; VOLLKOMMER, en: ZÖLLER, *ZPO*, 24<sup>a</sup> ed. (2004), introducción, número marginal 76a; parágrafo 322, número marginal 13; para las demandas sobre competencias de las asociaciones de consumidores, BAUMBACH / HEFERMEHL, *WettbewerbsR*, 22<sup>a</sup> ed., (2001), introducción UWG, número marginal 267; FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch u. Unterlassungsklage*, 2000, págs. 223 ss.; OPPERMANN (cit. nota 6), págs. 45 ss.

9 BGH (15. 5. 1997), *NJW* 1998, 604 ss. = *GRUR* 1997, 761.

10 BGH (14. 2. 1998), *NJW* 1999, 954, relativa a una demanda de cálculo de una indemnización mensual por el uso y disfrute «hasta la restitución» (el Tribunal de apelación tenía que considerar como indeterminados los plazos finales no determinados).

11 BGH (12. 7. 2001), *GRUR* 2002, 86 = *LM ZPO*, parágrafo 253, núm. 143; *NJW* 2002, 376 = *GRUR* 2002, 72 (oposición a la declaración de una cantidad indeterminada que sea «denigrante o comparativamente ridícula»).

Tribunal encargado de la ejecución la valoración autónoma de las sentencias, pero no si permite la subsunción del supuesto de hecho en el fallo de una manera sencilla<sup>12</sup>.

En el presente caso, el Tribunal encargado de la ejecución habría tenido que aplicar únicamente un sencillo formulario de sentencia, referido a personas determinadas, que se aplicaría a los afiliados del sindicato IG Metall; no cabría hablar, así, de ninguna competencia autónoma del Tribunal encargado de la ejecución. Por ello, en la doctrina científica relativa al caso *Burda* del BAG se considera que los nombres de los trabajadores afectados habría que precisarlos únicamente en la ejecución (supuesto que tales trabajadores fuesen sólo los obligados por el convenio colectivo)<sup>13</sup>.

### 3. Audiencia legítima y comunicación del hecho a los demandados

El principal argumento del BAG, sobre el que trata la parte más amplia de la fundamentación, es el de la audiencia legítima al amparo del art. 103 I de la GG. La empresa debe tener la posibilidad de conocer todos los hechos en que se basa la sentencia, y de examinar con posterioridad por sí misma los elementos probatorios de la otra parte.

a) *Audiencia legítima y determinación.* Como ya insinúa este epígrafe, la cuestión de la audiencia legítima se refiere a que la empresa debe poder defenderse autónomamente contra una demanda. Y es que el demandado debe tener la posibilidad de expresarse allí donde su derecho pudiera verse afectado<sup>14</sup>. Con este planteamiento, la audiencia legítima se referiría solamente a la motivación de una demanda, pero no a su formalización ni a su admisibilidad; como el mismo BAG apunta: la audiencia legítima debe dar seguridad respecto a «hechos decisivos de la sentencia», se refieran tanto a alegaciones como a medios de prueba<sup>15</sup>. En el fundamento de la audiencia legítima, suelen buscarse exigencias relativas a la configuración del procedimiento de cognición, pero no relativas a la formalización de la demanda<sup>16</sup>. El BGH menciona al respecto las «posibilidades de defensa» en su conceptualización de la determinación, lo que lógicamente hace también extensible en caso necesario a los elementos de prueba («... y por ello, es no menos claro ..., que el objeto del litigio ... no [está] claramente perfilado [y] el demandado no puede en consecuencia defenderse»)<sup>17</sup>.

12 Cfr. también BGH (3. 12. 1998), *NJW* 1999, 2193 = *GRUR* 1999, 760; BGH (24. 11. 1999), *NJW* 2000, 1792 = *GRUR* 2000, 438; BGH, *NJW* 1998, 604 = *GRUR* 1997, 761, sobre admisibilidad de una demanda de cesación «relativa a la publicidad, con carácter orientativo sobre temas políticos, los cuales no tienen relación con las actividades empresariales»; BGH (11. 5. 2000), *BGHZ* 144, 255 = *GRUR* 2000, 1076. Una demanda es siempre indeterminada cuando ataca hechos exclusivamente sobre la base de indicios circunstanciales (cfr. con detalle BGH, *NJW* 2000, 1792 = *GRUR* 2000, 438). Véase también el ejemplo citado en el *Beck'schen Prozessformularbuch für Unterlassungsklagen*, 8ª ed. (1998), págs. 70 ss.: «...para que cese el funcionamiento de un aparato eléctrico, que estorba la recepción de radio o televisión de los demandantes». Cfr. también ZIMMERMANN, *ZPO*, 6ª ed. (2002), parágrafo 253, número marginal 14 (admisibilidad también dependiente de la posibilidad/imposibilidad de discutir un concepto utilizado).

13 BAUER, *NZA* 1999, 960; en el mismo sentido, la propuesta contenida en la el caso *Burda* del BAG (20. 4. 1999), *NZA* 1999, 887 = *AP* núm. 89, sobre el art. 99 de la GG.

14 LÜKE, *Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess*, 1993, págs. 156 ss.; y *passim*, véase también ZEUNER, *Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen*, 1974.

15 Jurisprudencia reiterada del BVerfG (8. 12. 1970), *BVerfGE* 29, 345 (347); BVerfG (8. 2. 1994), *BVerfGE* 89, 381 (392) = *NJW* 1994, 1053. WALDNER, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, 2ª ed. (2000), párrafos 3-8; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *ZivilprozessR*, 16ª ed. (2004), parágrafo 82, números marginales 9 ss.

16 Véase también el desarrollo del «derecho a la información», tal y como lo efectúa WALDNER (cit. nota 15), parágrafo 3; cfr. MAUDER, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör ...*, 1986, págs. 10 ss., en relación con el principio del Estado de Derecho.

17 Véase la prueba en nota 5.

b) *¿Comunicación del hecho a la empresa demandada?* En la audiencia legítima, no cabe el ejercicio libre de ningún principio de determinación, puesto que ha de partirse de que la demanda es lo suficientemente precisa como para que una medida coactiva del Tribunal encargado de la ejecución pueda basarse en ella, debiendo resultar asimismo suficientemente clara para la parte contraria, y viceversa<sup>18</sup>. Esta última conexión es la que el BAG pone en duda. Por supuesto, esto no se refiere a la posibilidad de defensa legítima contra la demanda, sino a todo lo que subsigue a ella. «El demandado podía [...] —con los correspondientes costes a que se refiere el parágrafo 93 de la ZPO— reconocer la pretensión de cesación». Para ello se le exigiría ciertamente una evidencia, que lo fuese no sólo para el Tribunal encargado de la ejecución, sino también para la empresa demandada, apoyada en la demanda y en una posible sentencia futura, previa comunicación de este hecho al demandado.

En el presente caso, esto requeriría la concreción relativa a «los respectivos miembros del sindicato», reflejándola en la posible sentencia que se dictase. De hecho y de derecho el empresario cuenta aquí con diversas posibilidades ante el Tribunal encargado de la ejecución. Cabía, como se ha indicado repetidamente por la doctrina científica, dirigirse al sindicato IG Metall para averiguar los nombres de sus afiliados<sup>19</sup>. Evidentemente, el Tribunal encargado de la ejecución está en la posición de un espectador. Una sentencia de cesación se dirige contra una concreta decisión empresarial, resultando esperable en el caso concreto que su alcance sea conocido por el empresario.

Por ello, el problema no reside en la concreción de la demanda, sino en lo siguiente: lo que se exige por el empresario respecto de la fundamentación de la demanda sindical, en el caso concreto, no es más que un comportamiento ajustado a Derecho, esto es, que acepte la exigencia de que se aplique el convenio colectivo a los trabajadores obligados por el propio convenio. La posibilidad de distinguir entre trabajadores obligados y no obligados por el convenio aparece consagrada en el parágrafo 4 I de la TVG<sup>20</sup>. De ello se derivaría que la empresa puede por sí misma llevar a cabo dicha diferenciación, si es que lo considera oportuno desde el punto de vista de la política de personal, si no existiese el límite de la prohibición de discriminación por causa de la afiliación sindical. Prohibición que forma parte de la libertad de asociación en cuanto que fundamento del ordenamiento jurídico laboral democrático y que incluye la protección de la libertad de afiliación individual y positiva, al amparo del art. 9 III de la GG<sup>21</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho colectivo del Trabajo, no hay que ver aquí en absoluto ningún particular problema procesal relativo a la pretensión de cesación, sino fundamentalmente un problema sustantivo sobre la conexión entre la eficacia normativa del convenio colectivo y el derecho a la no discriminación por causa de la afiliación sindical.

Ante la tarea de construir aquí esa conexión práctica, el BAG capituló desde un primer momento; sólo así se explica su jurisprudencia sobre interpretación de las cláusulas del

18 Sobre una aplicación elemental de la fundamentación de la resolución ejecutiva, véase también BECHT, *Praxis des Zivilprozesses*, 2ª ed. (2002), pág. 53; ZIMMERMANN (cit. nota 12), parágrafo 253, número marginal 10.

19 Véase la prueba en nota 13.

20 Cfr. también, sobre la siempre insuficiente aplicabilidad del deber de igualdad de trato, THÜSING / LAMBRICH, *RdA* 2002, 193 (195 ss.).

21 Véase, por ejemplo, GAMILLSCHEG, *Kollektives ArbeitsR I*, 1997, pág. 193, para el art. 9 III de la GG; ZACHERT, *AuR* 2003, 372, para el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y comentando la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2. 7. 2002 (publicada en *AuR* 2003, 77); BÖHMERT, *Das Recht der ILO u. sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration*, 2002, pág. 114, para el convenio de la OIT núm. 98.

contrato de trabajo, como acuerdos de igualación más allá del estándar de interpretación contractual habitual<sup>22</sup>. También en el presente caso, el Tribunal elude responder al problema jurídico planteado, traspasando al sindicato la carga de su esclarecimiento. Otra posibilidad habría sido la de plantearse cómo un empresario, que encare con seriedad el párrafo 4 I de la TVG, puede llevar a cabo dicha conexión práctica. Por esta vía se plantearía otro tipo de cuestiones, como la relativa a si es en todo caso absolutamente inadmisibles preguntarse por la afiliación sindical, según aquí opina el BAG. Pero esto no fue enjuiciado en absoluto<sup>23</sup>. En cualquier caso, la opinión predominante en la doctrina científica parece inclinarse en los últimos años en el sentido de considerar admisible dicha cuestión, si en la empresa rigen normas diferentes para trabajadores afiliados y no afiliados<sup>24</sup>.

Por otra parte, es seguro que un empresario no puede utilizar a tal efecto en cualquier tipo de caso la diferenciación a que se refiere el párrafo 4 I de la TVG, por ejemplo, para desacreditar a los afiliados o para otorgar un tratamiento peyorativo a los propios trabajadores afiliados<sup>25</sup>. En el presente caso, existía la probabilidad de este riesgo, pues el demandado en el pasado había mostrado y dado a entender que no estaba dispuesto a tomarse en serio el convenio colectivo, en cuanto que límite de un intento de reorganización. Aquí deberían tomarse precauciones jurídicas-sustantivas reales (procesalmente exigibles)<sup>26</sup>, por virtud de las cuales el empresario garantizase y probase de manera concluyente que quería diferenciar en relación con las obligaciones del convenio colectivo, pero sin la intención de asociar desventajas a la cualidad de afiliado al sindicato. Y en cuanto a la respuesta a estos problemas de Derecho material –pues el dilema ante el que está aquí situada la empresa no es nunca procesal, sino material–, exigiría preguntarse ¿cómo puede el párrafo 4 I de la TVG ser aplicado por el empresario garantizando, a la vez, que no exista pliego de discriminación por causa de la afiliación al sindicato?

#### 4. Determinación de la demanda y objeto del litigio

Cabe referirse, por último, a una demanda que no designe nominalmente a los afiliados de la demandante, y que no perfile con claridad el contenido y el alcance de la eficacia de cosa juzgada material de la pretensión deducida. El alcance de esta eficacia de cosa juzgada y de lo que a ésta rodea no sólo se determina a través de la demanda, sino también por medio del objeto del litigio<sup>27</sup>. De acuerdo con la noción bilateral actual de

---

22 Véase, por ejemplo, otra sentencia de la Sala 4 del BAG (19. 3. 2003), *NZA* 2003, 1207 = *AP* núm. 33, sobre el párrafo 1 de la TVG, relativa al convenio colectivo (BAG [26. 9. 2001], *BAGE* 99, 120 = *NZA* 2002, 634; sobre la crítica, véase simplemente DÄUBLER, *RdA* 2002, 299; LORENZ, en: DÄUBLER, *Kommentar zum TVG*, 2003, párrafo 3, números marginales 231 ss.; THÜSING/LAMBRICH, *RdA* 2002, 196, sobre la evolución de la jurisprudencia.

23 En este sentido, sin embargo, el BAG en la sentencia aquí tratada; también en el mismo sentido, KLEBE, en: DÄUBLER/KITTNER/KLEBE, *BetrVG*, 8ª ed. (2002), párrafo 94, número marginal 20; en sentido contrario, BAUER, *NZA* 1999, 960; KAST/STULMAN, *BB* 2000, 619.

24 Así lo explica KRAFT, en: *GK-BetrVG*, 7ª ed. (2002), párrafo 94 de la *BetrVG*, número marginal 26; análogamente, FITTING/AUFFARTH/KAISER/HEITHER/ENGELS, *BetrVG*, 21ª ed. (2002), párrafo 94, número marginal 17; WOHLGEMUTH, *AuR* 1992, 47; también hoy, THÜSING, en: RICHARDI, 9ª ed. (2004), párrafo 94 de la *BetrVG*, número marginal 24.

25 Cfr. también DÄUBLER, *AiB* 1999, 484: debía «quedar claro que ningún perjuicio se causa a los afiliados por continuar sujetos al convenio colectivo».

26 Sobre intensificación de la carga de la prueba en una conducta que excluye materialmente la pretensión de cesación, a propósito del tratamiento jurídico-dogmático del derecho de allanamiento en el art. 9 de la GG (sobre este derecho, véase en particular KOCHER, *Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im ArbeitsR*, 2002, págs. 39 ss.; BERG/PLATOW, *DB* 1999, 2366; en general, BAUMBACH/HEFERMEHL [cit. nota 8], introducción UWG, números marginales 307 ss.)

27 Véase, por ejemplo, FRITZSCHE (cit. nota 8), págs. 537 ss., sobre la relevancia del tema para la delimitación de las vías procesales.

objeto de litigio, este último incluye también las circunstancias fácticas que fundamentan la demanda. El enjuiciamiento de esto de cara a una pretensión que pueda ejecutarse en el futuro no es siempre fácil. El acto de vulneración ocurrido es sólo, en definitiva, motivo y factor desencadenante, pero no el objeto de una demanda de cesación<sup>28</sup>. El verdadero contorno del contenido del derecho se perfila enjuiciando el riesgo de perjuicios, de manera que así se determina si existe «incumplimiento del objeto del litigio»<sup>29</sup>. En casos como el presente, esto podría formularse así: el peligro radica en que se alcance una reglamentación empresarial alternativa, que socave la aplicabilidad del convenio colectivo; de ahí que la negociación individual en masa, en cuanto que reglamentación colectiva y como concreto elemento de riesgo, aparezca como objeto de la demanda.

En cualquier caso, objeto del litigio y eficacia de cosa juzgada no se identifican con la subsunción del supuesto de hecho en una concreta norma. Por ello, caben también muy diversas reclamaciones y objetos litigiosos en demandas de cesación, al amparo del art. 9 III 2 de la GG y del párrafo 77 III de la BetrVG, si se refieren al mismo comportamiento empresarial<sup>30</sup>. Pero si la medida empresarial, en cuanto que transgresión del Derecho colectivo, constituye objeto del litigio, en cambio, no forman parte de él eventuales pretensiones individuales. La eventual acumulación de demandas individuales, en que se invoque el convenio colectivo, no proyecta ninguna duda respecto de cuál sea la eficacia de cosa juzgada a asignar al objeto del litigio<sup>31</sup>.

### III. AUDIENCIA LEGÍTIMA Y PRETENSIÓN PROCESAL

Precisar el objeto del litigio es también requisito para concretar el alcance que deba darse a la audiencia legítima. Como antes se indicó, la audiencia legítima no exige requisitos especiales que deban reflejarse en la formalización de la demanda, pero sí se proyecta sobre los elementos de prueba en el proceso de cognición. Y es que, por supuesto, la empresa demandada tiene que recibir información sobre eventuales pretensiones individuales litigadas, y señaladamente tiene que poder impugnar concretas particularidades de la pretensión, como la afiliación al sindicato<sup>32</sup>. Sin embargo, el derecho a la audiencia legítima sólo tiene sentido si hubiese que decidir en la sentencia reivindicaciones individuales de trabajadores particulares contra la empresa, y supuesto que el riesgo de ser vencido en el proceso dependa de algún modo de tales reivindicaciones<sup>33</sup>. Y ello, porque el derecho a la audiencia legítima está conectado a los efectos jurídico-materiales de lo pretendido en la demanda.

De ahí que quepa cuestionarse si resulta obligada la designación de los trabajadores individuales vinculados por el convenio colectivo, a efectos de precisar desde un

28 FRITZSCHE (cit. nota 8), pág. 537.

29 OPPERMANN (cit. nota 6), págs. 41 ss.; FRITZSCHE (cit. nota 8), pág. 226.

30 En este sentido, sin embargo, REUTER, *SAE* 1999, 264; véase de manera distinta KOCHER, *AuR* 1999, 385 ss.; la doctrina no se ha pronunciado todavía detalladamente sobre estos argumentos (véase la crítica de FISCHER, Nota a BAG [20. 4. 1999], *EzA*, art. 9 GG núm. 65).

31 Sobre la diferencia entre un conjunto de demandas individuales y las demandas colectivas, véase también KOCHER, *ZEuP* 2004, 262.

32 Cfr. BGH, *NJW* 1999, 954, sobre este tema decisivo (en el caso en cuestión, el BGH consideró infundadas, sin embargo, las lógicas preocupaciones del Tribunal de apelación).

33 *BVerfGE* 89, 381 (390) = *NJW* 1994, 1053: frente a cualquiera, «surte efecto jurídico-material la decisión judicial, y es afectado jurídicamente de inmediato por el procedimiento»; cfr. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD (cit. nota 15), párrafo 82, número marginal 4; detalladamente, LÜKE (cit. nota 14), págs. 124 ss.

punto de vista jurídico-sustantivo el derecho de cesación a que se refiere el art. 9 III de la GG, y en orden a fijar su contenido, su objeto y la eficacia de cosa juzgada material.

## 1. Significado de la afiliación como rasgo característico de la pretensión de cesación

La propia pretensión de cesación no es ninguna construcción nueva en el Derecho colectivo del Trabajo. Lo nuevo en el caso *Burda* se refiere sólo a su aplicación a pactos contractuales individuales contrarios al convenio colectivo<sup>34</sup>. El objeto de la pretensión no es la imposición de los derechos regulados por el convenio colectivo, sino la protección de las partes del propio convenio colectivo ante el «establecimiento de una “concurrency normativa” empresarial»<sup>35</sup>.

Así lo evidencia la disertación del BAG sobre la admisibilidad de medios de prueba indirectos a propósito de la representatividad del sindicato en la empresa. Según su opinión, no se trata ahí —a diferencia de lo que ocurre aquí— de enjuiciar «derechos relativos a un trabajador determinado». Sin embargo, el Derecho alemán no conoce «derechos relativos a». Quizá por causa de la poco precisa formulación del supuesto de hecho, el BAG es consciente de que aquí, casi al igual que en el tema de la «representatividad», se enjuiciaban «derechos de un trabajador determinado», y por lo tanto, derechos individuales.

Con la expresión «relativos a», sin embargo, no está suficientemente descrita la conexión entre las pretensiones individuales y la pretensión colectiva. La clave de esta relación radica en que del supuesto de hecho en que se basa la pretensión de cesación se desprenda que existe una concurrencia entre la contratación individual en masa y el convenio colectivo. La existencia del convenio colectivo presupone en el Derecho alemán, sin embargo, según el parágrafo 4 de la TVG, que una parte determinada del personal de plantilla está sujeta al convenio colectivo. La vinculación al convenio colectivo del lado del trabajador forma parte, por lo tanto, de las circunstancias de hecho en que se fundamenta la pretensión de cesación. Si esta condición falta, el empresario tiene libertad para estipular condiciones de trabajo por debajo del convenio colectivo, respecto de aquellos trabajadores a los que no se les aplica el convenio colectivo<sup>36</sup>. La pretensión derivada del art. 9 III de la GG sobre cesación de la violación de la autonomía colectiva depende, desde un punto de vista jurídico-material, de que haya relaciones contractuales en la empresa sobre las que cupiera que el empresario discutiese la eficacia del convenio colectivo.

Pero las condiciones relativas a las circunstancias fácticas en que se fundamenta la pretensión de cesación, aún tendrían que concretarse más. Respecto de ello, en esta sentencia *tosca* sólo se dice que «del lado de los trabajadores obligados por el convenio colectivo [faltan] comprobaciones. Y es que todos los litigantes afirman sin más que *en*

---

34 KOCHER, *AuR* 1999, 385 ss.; BERG, en: *Festschrift F. Däubler*, 1999, pág. 499; GRUNSKY, *DB* 1990, 536, reflexiona también sobre la interpretación del art. 9 III de la GG como ley de protección, junto al parágrafo 823 II del BGB. Todavía más lejos, RICHARDI, Nota a BAG (3. 5. 1994), *AP* núm. 23, sobre parágrafo 23 de la BetrVG de 1972, a propósito de una pretensión de cesación relativa a los estatutos de una empresa: la legitimidad de una pretensión de cesación depende exclusivamente de ello, requiriendo de autorización para garantizar el derecho de defensa.

35 DÄUBLER (cit. nota 22), introducción, número marginal 112. Sobre su supresión en una reglamentación empresarial, véase también la sentencia del BAG (13. 3. 2001), *NZA* 2001, 1037 = *NJW* 2001, 3724, a propósito de utilización de la cogestión en asuntos en los cuales lo que se debate son los acuerdos de empresa.

36 Básica sobre ello, BAG (20. 7. 1960), *AP* núm. 7, sobre el parágrafo 4 de la TVG, con nota de HUECK.

todo caso una parte del personal de plantilla afectado está afiliada al sindicato que estipuló el convenio colectivo». La cuestión es qué magnitud debe tener esa parte. En cualquier caso, en el presente supuesto, el propio empresario ha partido de que representa un 20% de la plantilla del personal, lo que supondría para él el punto de referencia para el establecimiento de disposiciones colectivas. Otras empresas han considerado aquí suficiente el 10%<sup>37</sup>. Lo razonable probablemente es la referencia a la relación numérica contenida en el párrafo 17 de la KSchG, ya que también tiene en cuenta el diferente sentido del quorum, en correspondencia con el tamaño de la empresa. En el presente supuesto, el sindicato IG Metall había asegurado que tenía en la empresa 199 afiliados. De este modo, la demanda no sólo habría sido admisible, sino que también debería haber sido enjuiciada. En relación con esta afirmación del demandante, habría resultado útil la audiencia legítima en la primera instancia, con el fin de proponer y practicar prueba.

## 2. Cuestiones jurídicas relativas a la prueba

Habría que alegar y probar por lo menos una parte determinada de la afiliación, pero no identificar la totalidad de los trabajadores sujetos al convenio colectivo. Este hecho relativo a una parte determinada de la afiliación es una condición similar a la circunstancia de «ser representante» en la empresa. Sobre ello, los Tribunales laborales aceptan una declaración ante el notario o la declaración como testigo del secretario de un sindicato o de un notario<sup>38</sup>. Todo ello, porque se trata de hechos que no dependen de circunstancias personales de las trabajadoras y trabajadores individuales<sup>39</sup>.

Estas condiciones son comparables con las pruebas que tienen que aportar, desde 1994, las asociaciones de consumidores en nombre de sus afiliados, para deducir demandas de cesación al amparo del párrafo 13 II núm. 2 de la UWG. Y es que tampoco tienen que justificar pretensiones individuales, sino únicamente justificar su capacidad para adoptar colectivamente la decisión. En efecto, el BGH había rechazado para estas asociaciones un formulario anónimo de afiliados. Acto seguido, indica que por excepción podría justificarse otro criterio distinto, «si la parte sobre la que recae la carga de alegar y probar tiene un interés jurídico relevante en ocultar una determinada información interna de la empresa, y no se derivan perjuicios inadmisibles, para la parte contraria, por la utilización del hecho que se mantiene oculto»<sup>40</sup>. Tales excepciones son consecuencia de la libertad individual de afiliación, que sustenta un interés digno de protección en ocultar la afiliación sindical precisamente frente al empresario, visto que éste no ha dado garantía ninguna de que evitaría toda discriminación por causa de la afiliación al sindicato.

## 3. Cuestiones jurídicas relativas a la ejecución

Las diferencias entre pretensiones individuales y colectivas dan respuesta también a la problemática derivada de lo que realmente es un caso de violación del deber

37 Véanse los ejemplos mencionados en KAST / FREIHUBE, DB 2003, 2570.

38 GRUNSKY, AuR 1990, 108 ss., sobre jurisprudencia de los Tribunales de trabajo de los Estados Federados; teniendo en cuenta (dependiendo del grado de organización de las competencias y las atribuciones sindicales) que existe un elevado grado de probabilidad, se considera dudosa después de todo la necesidad de prueba (págs. 107 ss.); cit. en LÖWISCH, BB 1999, 2083; sobre la admisibilidad legal de los citados medios de prueba, GRUNSKY, AuR 1990, 108 (109 ss.); cit. en PRÜTTING / WETH, AuR 1990, 269 ss.

39 Sobre la falta de necesidad, en el marco del art. 103 I de la GG, al efecto de hacer posible un análisis de dictámenes periciales (las circunstancias concretas de hecho, que el Tribunal quiere aprovechar, tienen que resultar accesibles a las partes) BVerfG (11. 10. 1994), BVerfGE 91, 176 (181 ss.) = NJW 1995, 40; BVerfG (5. 10. 1976), BVerfGE 42, 364 (367).

40 BGH (18. 10. 1995), BGHZ 131, 90 ss. = NJW 1996, 391.

de cesación: esto es, la preservación del precepto sobre concurrencia entre normas colectivas, y no el hecho de que afiliados particulares al sindicato no disfruten de las ventajas del convenio colectivo<sup>41</sup>. Por ello, la interpretación «pro operario»<sup>42</sup> de las cláusulas convencionales salariales es incorrecta.

#### IV. OBJETO DE LA PRETENSIÓN JURÍDICO-MATERIAL Y DIVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN EMPRESARIAL

El BAG no tuvo aquí que enjuiciar en absoluto una última cuestión: el sindicato IG Metall había presentado en la primera instancia diversas demandas; en la casación sólo se presentaron escritos de recurso en la proporción 1-3 respecto de las demandas, «que se refieren [sólo] a los trabajadores que están afiliados al IG Metall». Probablemente, las restantes ya habían sido rechazadas por el LAG como carentes de fundamento.

Se trataba, sin embargo, de una decisión criticable. El BAG, en el caso *Burda*, partió de la posibilidad de que el establecimiento de una reglamentación empresarial violadora del convenio colectivo también podría ser jurídicamente inadmisibles respecto de los trabajadores no cubiertos por el convenio colectivo: si «el empresario en absoluto tenía la intención de adoptar acuerdos separados con los excluidos del convenio colectivo, sino que sólo estaba dispuesto a adoptar una normativa que abarcara toda la plantilla del personal, o una parte determinada de la misma con independencia de su sujeción al convenio colectivo, [...] no puede limitar en absoluto la normativa en cuestión sólo a los trabajadores interesados». Estas afirmaciones han sido atacadas por la doctrina científica como injustificada prolongación de la eficacia del convenio colectivo a los trabajadores no cubiertos por él. Pero no apuntan precisamente a la fuerza vinculante del convenio colectivo regulada por el párrafo 4 I de la TVG. Las pretensiones individuales de los trabajadores no estaban justificadas. Lo único cuestionado era el deber de la empresa frente al sindicato de cesar en un determinado comportamiento.

La pretensión de cesación es, en consecuencia, una pretensión «negativa», cuando se dirige contra un comportamiento llevado a cabo por la otra parte. El objeto de la pretensión de cesación está condicionado por la correspondiente medida empresarial transgresora. La empresa demandada no había distinguido claramente aquí, sin embargo, entre obligados y no obligados por el convenio colectivo, sino que había anunciado que quería lograr una regulación colectiva de conjunto, y exigido para ello el consentimiento del 80% de la plantilla del personal. El desdoblamiento de esta medida empresarial no tiene en cuenta la patente y clara voluntad reguladora de la empresa. Esta valoración concuerda también con el párrafo 139 del BGB, según el cual con la nulidad parcial queda sin efecto todo el negocio jurídico de que se trata. La vulneración de una medida colectiva, por causa de la violación del derecho de autonomía colectiva del art. 9 III de la GG, debe hacerse extensiva a toda la medida en cuestión.

La crítica de RIEBLE<sup>43</sup>, según el cual el párrafo 139 del BGB vale sólo como «norma de control», pero no para la «cesación de una perturbación», está equivocada.

---

41 Cfr. HARTMANN, en: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *ZPO*, 62<sup>a</sup> ed. (2004), párrafo 890 ZPO, número marginal 8, 17; número marginal 10, sobre el valor limitado de la explicación relativa al «carácter del castigo» (cfr. BVerfG [14. 7. 1981], *BVerfGE* 58, 159 = *NJW* 1981, 2457; BVerfG [23. 2. 1991], *BVerfGE* 84, 82 [87] = *NJW* 1991, 3139; en el mismo sentido, SCHILKEN, en: *MünchKomm-ZPO*, 2<sup>a</sup> ed., [2001], párrafo 890, número marginal 21; número marginal 11, sobre el concepto de infracción).

42 LAG Sachsen-Anhalt, *AuR* 2001, 308 (1000 marcos alemanes *pro* trabajador).

43 RIEBLE, *ZTR* 1999, 487.

Para unos, la «perturbación» consiste precisamente en el establecimiento de una estructura similar a la norma. Para otros, el parágrafo 139 no rige precisamente en relación con las normas, sino en relación con los negocios jurídicos, y por tanto, en relación con cada negocio privado autónomo nacido con la voluntad de establecer derechos y obligaciones<sup>44</sup>. El ofrecimiento por la empresa de que se concluyesen acuerdos contractuales individuales representa, en realidad, una pluralidad de negocios jurídicos; sin embargo, fue sólo por voluntad explícita de la empresa que se condicionó su aplicabilidad a la aprobación por un determinado quorum de la plantilla de la empresa, tomada en su conjunto para la adopción de una medida homogénea e indivisible, por lo que el parágrafo 139 del BGB resulta aplicable por analogía<sup>45</sup>. Por lo demás, el espíritu del parágrafo 139 del BGB también se apoya objetivamente en las afirmaciones del caso *Burda*, relativas a que a los interesados «hay que ofrecerles audiencia legítima acerca de si las reglamentaciones afectadas debían ser adoptadas sólo como reglamentaciones empresariales en masa, o si debían ser restringidas a los trabajadores no obligados por el convenio colectivo».

En vez de remitir a la práctica de una audiencia legítima, el BAG se sirve en esta sentencia de marzo 2003 de su propia conjetura sobre la voluntad del empresario. Mientras que en el caso del denominado «acuerdo de nivelación», se parte de que una empresa, ante la duda, deberá renunciar a la diferenciación entre sujetos y no sujetos por el convenio colectivo, aquí se parte de lo contrario. Incluso ni siquiera se refiere implícitamente a la decisión ya adoptada, sino meramente presumida, de que el empresario posiblemente en el futuro querría cambiar, y cambiaría, la contratación individual en masa para que abarcase sólo a los no afiliados al sindicato<sup>46</sup>. Evidentemente, si el empresario se hubiese empeñado en conseguir realmente tal limitación, habría carecido de fundamento la demanda en su integridad<sup>47</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Aquí no eran necesarias consideraciones ni jurídico-procesales ni jurídico-sustantivas para ceñir las demandas a los trabajadores sujetos por el convenio colectivo. El objeto del litigio en la demanda de cesación es la medida empresarial que socava el derecho de aplicar el convenio colectivo, a través de una contratación individual en masa. Si esta medida no distingue entre sujetos y no sujetos al convenio colectivo, tampoco debe ocurrir lo propio en la demanda, pudiendo referirse en consecuencia la demanda de cesación a todos los trabajadores afectados por la medida empresarial.

Sin embargo, si el empresario distingue, deberá entonces clarificar también la cuestión de cómo va a llevar a cabo empresarialmente dicha distinción. Sobre esto, habría que adoptar en el futuro reglas sobre la clarificación del ámbito de aplicación del

---

44 Sobre el concepto del negocio jurídico, BGH (17. 10. 2000), *BGHZ* 145, 343 (346) = *NJW* 2001, 289; JAUERNIG, *BGB*, 10ª ed. (2003), prólogo, parágrafo 104, números marginales 1 ss.

45 Detalladamente sobre dichas exigencias, MAYER-MALY, en: *MünchKomm*, 3ª ed. (1993), parágrafo 139, números marginales 11 ss.; véase también, BGH (25. 3. 1987), *NJW* 1987, 2004 (2007); BGH (30. 4. 1976), *NJW* 1976, 1931; cfr. también en sentido un poco diferente, pero directamente conectado con ello, apéndice de MAYER-MALY (número marginal 12). Por ello, también resultarían ineficaces los acuerdos contractuales individuales, del parágrafo 134 del BGB, visto que el empresario tampoco corre el riesgo de enfrentarse a las trabajadoras y los trabajadores no sindicados (en este sentido, sin embargo, BAUER, *NZA* 1999, 960).

46 Véase apartado II 2 a bb (2) de los fundamentos.

47 Sobre los requisitos de dicha distinción, véase arriba nota 20 ss.

convenio colectivo, que también tuviese en cuenta el riesgo de discriminación por causa de la afiliación sindical. Por lo demás, presupuesto fáctico de una pretensión de cesación es la sujeción al convenio colectivo de una parte determinada de los trabajadores de la empresa. Este hecho, a semejanza del relativo a «ser representante» en la empresa, admite prueba.