

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen I
Año 2009



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

netbiblo
www.netbiblo.com

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright by © Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal: C-964-2009

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

Publicación editada con la cobertura económica del proyecto de investigación SEJ2007-67443/JURI, cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Investigación, Subdirección General de Proyectos de Investigación (convocatoria publicada por Resolución de 29 septiembre 2006 [BOE de 11 octubre 2006]) y el FEDER.

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Dr. José M^a Botana López

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dra. María Emilia Casas Baamonde

Presidenta del Tribunal Constitucional y Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Martín Valverde

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Alfredo Montoya Melgar

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

EVALUADORES EXTERNOS

— NACIONAL: *Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Meilán Gil*, Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña.

— INTERNACIONAL: *Prof. Dr. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE) de Lisboa.

DEFINICIÓN

El objetivo del *Anuario* es dar a conocer las problemáticas jurídicas laborales y de seguridad social del Derecho comparado, europeo y norteamericano, publicando estudios y divulgando publicaciones sobre las mismas, en el ámbito académico-universitario, profesional-forense y judicial, asimismo europeo y norteamericano.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- 1^a. El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.
- 2^a. Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.
- 3^o. También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.
- 4^a. Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones jmg@udc.es o titof@udc.es.
- 5^a. Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.
- 6^a. A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.
- 7^a. Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.
- 8^a. Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.
- 9^a. El período hábil para la recepción de originales comprende de enero a octubre del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

ÍNDICE DE AUTORES	9
-------------------------	---

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

▪ EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL CASO <i>COPPAGE V. KANSAS</i> (1915). UN TEXTO JURÍDICO NORTEAMERICANO CLÁSICO CONTRA EL DESPIDO LIBRE [<i>THE DISSENTING OPINION BY JUSTICE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. IN COPPAGE V. KANSAS (1915). A CLASSICAL AMERICAN LEGAL TEXT AGAINST TERMINATION AT WILL</i>] ALBERTO ARUFE VARELA	13
▪ LA DOCTRINA DE LA CÁMARA DE LOS LORES SOBRE EL DERECHO A REINCORPORARSE AL TRABAJO TRAS UNA BAJA POR MATERNIDAD. ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DEL CASO <i>HALFPENNY V. IGE MEDICAL SYSTEM LIMITED (2000)</i> , Y SU TRADUCCIÓN CASTELLANA [<i>THE HOUSE OF LORDS' CONSTRUCTION ABOUT THE RIGHT OF RETURN TO WORK AFTER A MATERNITY LEAVE. COMPARATIVE STUDY OF THE CASE HALFPENNY V. IGE MEDICAL SYSTEM LIMITED (2000) TO THE SPANISH LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION</i>] LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO	21
▪ «ESQUIROLAJE» INTERNO Y OTRAS CUESTIONES (COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA <i>CASSAZIONE</i> ITALIANA n. 20164, DE 26 SEPTIEMBRE 2007) [<i>INTERNAL STRIKEBREAKING AND ANOTHER QUESTIONS (COMMENTARY ABOUT THE ITALIAN CASSAZIONE DECISION NO. 20164, OF SEPTEMBER 26th, 2007)</i>] GONZALO DIÉGUEZ	43
▪ CONSIDERACIONES, DESDE EL DERECHO ESPAÑOL, SOBRE EL DAÑO PRODUCIDO CON OCASIÓN DEL TRABAJO COMO ELEMENTO DEL CONCEPTO ITALIANO DE ACCIDENTE DE TRABAJO [<i>CONSIDERATIONS, FROM SPANISH LAW, ABOUT THE HARM PRODUCED ON THE OCCASION OF WORK AS AN ELEMENT OF THE ITALIAN CONCEPT OF INDUSTRIAL ACCIDENT</i>] JAVIER GÁRATE CASTRO	55
▪ ¿HUELGA DE UN SOLO TRABAJADOR? A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL FRANCÉS DE CASACIÓN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1996 [<i>A STRIKE BY A WORKER ALONE? ABOUT A SOCIAL CHAMBER, FRENCH CASSATION COURT, DECISION OF NOVEMBER 13th, 1996</i>] JOAQUÍN GARCÍA MURCIA	71

- LOS ESTATUTOS DE LA FEDERACIÓN ALEMANA DE SINDICATOS (*DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND*). COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE COMISIONES OBRERAS Y DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA
[*THE BYLAWS OF THE GERMAN FEDERATION OF TRADE UNIONS (DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND). A COMPARISON IN CONTEXT TO CONFEDERATE BYLAWS OF COMISIONES OBRERAS AND OF UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, AND CASTILIAN TRANSLATION*] **Jesús MARTÍNEZ GIRÓN** 85
- LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN ALEMANIA
[*THE LABOR CASE LAW IN GERMANY*] **Ulrich ZACHERT** 115

II. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- G. NESI, L. NOGLER y M. PERTILE (Editores), *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, Ashgate (Aldershot-Hampshire, 2008), 467 págs. **ALBERTO ARUFE VARELA** 125
- J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD y E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du Droit du Travail*, 4ª ed., Dalloz (París, 2008), XX + 970 págs. **Jesús MARTÍNEZ GIRÓN** 129
- O.E. KEMPEN y U. ZACHERT (Editores), *Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*, Bund-Verlag, 4ª ed. (Frankfurt am Main, 2006), 1209 págs. **ANNE QUECK** 133
- TH. DIETERICH, P. HANAU y G. SCHAUB (Fundadores), R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS y I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 9ª ed. (Múnich, 2009), XLII + 2777 págs. **ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 137
- W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, 2ª edición, Vintage (Nueva York, 2002), XI + 302 págs. **Iván VIZCAÍNO RAMOS** 139

III. ACTIVIDADES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL [ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE CORUNNEAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW]

- CRÓNICA DEL «II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN EUROPA”» [CHRONICLE OF THE «IIND INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW ABOUT “THE LABOR CASE LAW IN EUROPE”»] 143
- COEDICIÓN DE LIBROS [COEDITION OF BOOKS] 148
- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION] 149

ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña. Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Doctor Luis Fernando de Castro Mejuto

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Profesor Doctor Gonzalo Diéguez

Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela

Profesor Doctor Javier Gárate Castro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela

Profesor Doctor Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña. Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Anne Queck

Graduada en Ciencias jurídico-económicas y del trabajo por la Universidad de Hamburgo

Rosa Rodríguez Martín-Retortillo

Licenciada en Derecho por la Universidad de A Coruña. Premio Extraordinario de Licenciatura. Investigadora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

Iván Vizcaíno Ramos

Licenciado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte por la Universidad de A Coruña. Investigador del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

Profesor Doctor Ulrich Zachert

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo. Juez Electivo del Tribunal Federal de Trabajo

ESTUDIOS
[RESEARCHES]

EL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ OLIVER WENDELL HOLMES, JR. EN EL CASO *COPPAGE V. KANSAS* (1915). UN TEXTO JURÍDICO NORTEAMERICANO CLÁSICO CONTRA EL DESPIDO LIBRE

[*THE DISSENTING OPINION BY JUSTICE OLIVER WENDELL HOLMES, JR. IN COPPAGE V. KANSAS (1915). A CLASSICAL AMERICAN LEGAL TEXT AGAINST TERMINATION AT WILL*]

Alberto Arufe Varela

Sumario: I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ HOLMES. II. MASSACHUSETTS Y EL JUEZ HOLMES. III. LAS RAZONES DEL JUEZ HOLMES CONTRA EL DESPIDO LIBRE.

Contents: I. THE CONTEXT OF THE DISSENTING OPINION BY JUSTICE HOLMES. II. MASSACHUSETTS AND JUSTICE HOLMES. III. THE GROUNDS BY JUSTICE HOLMES AGAINST TERMINATION AT WILL.

Resumen: No resulta fácil encontrar argumentos jurídicos contra el despido libre durante las dos primeras décadas del pasado siglo XX. En los Estados Unidos de Norteamérica, aunque sorprenda, sí existen. Uno de ellos es este voto particular del Juez Oliver Wendell HOLMES, Jr., del año 1915, que constituye una buena muestra de su perseverancia, de su clarividencia jurídica y de su sentido de la justicia social.

Abstract: *It is not easy to find legal arguments against termination at will during the two first decades of the past XXth century. But surprisingly, in the United States of North America, there exist them. This dissenting opinion by Justice Oliver Wendell HOLMES, Jr., of the year 1915, is one of them, and constitutes a very good evidence of his perseverance, of his legal clear-sighting and of his sense of social justice.*

Palabras clave: Derecho comparado – Corte Suprema de los Estados Unidos – Voto particular – Despido libre – Contrato de «perro amarillo».

Keywords: *Comparative Law – United States Supreme Court – Dissenting opinion – Termination at will – «Yellow dog» contract.*

* * *

I. LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL VOTO PARTICULAR DEL JUEZ HOLMES

1. Lógicamente, el contexto en que se inserta este breve —pero también sobrecogedor, por su grandeza moral— escrito jurídico del Juez Oliver Wendell HOLMES, Jr. es el caso *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), esto es, el caso de dicho nombre decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1915, y publicado en el volumen número 236 del repertorio de volúmenes vinculantes de Sentencias y Autos de dicha Corte Suprema (o «U.S.»), a partir de su página 1¹. Este repertorio (y por tanto, el volumen en cuestión) resulta pública y gratuitamente accesible a través de Internet, en el portal www.justia.com². En este volumen, el caso aparece reproducido en sus páginas 1 a 42. Y en ellas, las primeras veintiséis páginas contienen la opinión de los seis Jueces de la Corte Suprema que conformaron la mayoría en este caso³; la página 27 contiene el voto particular del Juez HOLMES a esa opinión mayoritaria, y las páginas 28 a 42 el voto disidente de los dos Jueces restantes de la propia Corte⁴. El voto particular del Juez HOLMES afirmaba, en su inglés original, literalmente lo siguiente:

«I think the judgment should be affirmed. In present conditions, a workman not unnaturally may believe that only by belonging to a union can he secure a contract that shall be fair to him. *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366, 169 U.S. 397; *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 219 U.S. 570. If that belief, whether right or wrong, may be held by a reasonable man, it seems to me that it may be enforced by law in order to establish the equality of position between the parties in which liberty of contract begins. Whether in the long run it is wise for the workingmen to enact legislation of this sort is not my concern, but I am strongly of opinion that there is nothing in the Constitution of the United States to prevent it, and that *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, and *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, should be overruled. I have stated my grounds in those cases, and think it unnecessary to add others that I think exist. See further *Vegeahn v. Guntner*, 167 Mass. 92, 104, 108; *Plant v. Woods*, 176 Mass. 492, 505. I still entertain the opinions expressed by me in Massachusetts».

2. Sobre la base de estar firmemente convencido de que la traducción de un texto jurídico debe ser tendencialmente literal —evitando caer en la traducción metálica, por principio, y en la traducción artística, como regla⁵—, de que la traducción de abreviaturas usuales no siempre resulta necesaria —explicado ya en el *dictum* el significado de «U.S.»—, sólo queda por contar que «Mass.» alude al repertorio oficial de

¹ Acerca de nuestra personal traducción de «Orders» por «Autos», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 47.

² Pinchando en la entrada —ubicada en la parte inferior de la página principal— del «Supreme Court Center», desde donde se puede acceder a todos los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos —a partir de la última década del siglo XVIII— a texto completo, ordenados por años y por volúmenes vinculantes.

³ A cargo del Juez PITNEY. Como se sabe, el uso de la Corte Suprema de los Estados Unidos es, cuando existen votos disidentes, que el Presidente de la propia Corte Suprema (supuesto que también conforme la mayoría) designe digitalmente quién será el Juez encargado de redactar «la opinión de la Corte». Acerca de este uso, véase W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, 2ª edición, Vintage (Nueva York, 2002), pág. 259.

⁴ Juez DAY y Juez HUGHES.

⁵ Al respecto, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), pág. 30.

casos decididos por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts⁶—, y de que la puntuación ortográfica —si referida a puntos y seguido— parece que debe vincular siempre al traductor; sobre esta base, repito, la traducción que asigno al citado texto jurídico, en castellano, del Juez HOLMES, es la siguiente:

«Creo que el fallo debería confirmarse. En las condiciones actuales, un trabajador puede no antinaturalmente creer que sólo por la pertenencia a un sindicato puede asegurarse un contrato que será justo para él. *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366, 397; *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 570. Si esa creencia, tanto acertada como errónea, puede mantenerse por un hombre razonable, me parece a mí que puede ampararse por el Derecho, con la finalidad de establecer la igualdad de posición entre las partes, con la que empieza la libertad de contratación. Si a la larga es bueno para los trabajadores que se apruebe una legislación de esta clase, no me concierne, pero sostengo con firmeza la opinión de que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que lo impida, y de que *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, y *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, deberían desautorizarse. Yo he establecido mis razones en esos casos, y creo que es innecesario añadir otras que creo que existen. Véase, además, *Vegeahn v. Guntner*, 167 Mass. 92, 104, 108; *Plant v. Woods*, 176 Mass. 492, 505. Aún mantengo las opiniones expresadas por mí en Massachusetts».

3. Como se ve, se trata de un texto jurídico de sólo doscientas palabras, en el contexto de un caso que tiene miles y miles de ellas. Agrupadas, además, en sólo siete incisos, puesto que no considero tal la cita de casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos pegada a continuación —con un punto y seguido, que respetamos— del inciso segundo, siempre del voto particular. Parece evidente incluso que estos siete incisos se mueven en dos planos distintos, que hasta sorprendería entremezclar. El primero es el plano más puramente personal, marcado sobre todo por el inciso final del escrito (literalmente, «Aún mantengo las opiniones expresadas por mí en Massachusetts»), a analizar inmediatamente a continuación (cfr. *infra* II, sobre «MASSACHUSETTS Y EL JUEZ HOLMES»). El segundo, el plano centrado en las razones jurídicas que le llevaron a disentir de la opinión mayoritaria —por tanto, el plano puramente profesional, de su trabajo como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos—, a ver luego, *infra* III (sobre «LAS RAZONES DEL JUEZ HOLMES CONTRA EL DESPIDO LIBRE»).

II. MASSACHUSETTS Y EL JUEZ HOLMES

4. Evidentemente, la vinculación personal y afectiva de HOLMES con Massachusetts es total⁷. Nació en Boston, en 1841, que es —como se sabe— la capital de dicho pequeño Estado (más pequeño que nuestra Galicia) del noreste norteamericano. Después de participar en la Guerra de Secesión —del lado de la Unión o lado yankee—, estudió leyes en la Universidad de Harvard, radicada en la pequeña ciudad de Cambridge, que está separada de Boston por el río Charles. Ejerció luego la abogacía en la misma capital del Estado, llegando a publicar —como abogado, en 1881— el libro jurídico que le hizo más famoso entre los juristas positivistas, esto es, su *The Common Law*,

⁶ Este repertorio resulta accesible a través de Internet, en la página oficial ubicada en www.massreports.com/courtdecisions, donde pueden consultarse los casos a partir de 2001.

⁷ Una breve e incisiva biografía suya, en R.A. POSNER (Editor), *The essential Holmes. Selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, The University of Chicago Press (Chicago y Londres, 1992), 342 págs.

que todavía continúa reeditándose⁸. La publicación de este libro le valió, sólo un año después, su contratación como Catedrático en la Facultad de Derecho de la misma prestigiosa Universidad en la que había estudiado, aunque por muy poco tiempo, pues unos cuantos meses después se abrió una nueva etapa en su vida, al ser nombrado Juez de la Corte Suprema del Estado que le había visto nacer, oficialmente denominada *Supreme Judicial Court* de Massachusetts.

5. HOLMES estuvo al servicio de esta Corte estatal durante un largo período de veinte años, de los cuales sirvió diecisiete como Juez *simpliciter* (*Associate Justice*) y los otros tres como su Juez-Presidente («*Chief Justice*»). Durante esta nueva etapa de su vida, publicó —en 1897— la obra que le haría famoso entre los filósofos juristas, esto es, su *The path of the Law*, considerada en esos círculos jurídicos como el escrito fundacional de la corriente de pensamiento denominada «realismo jurídico norteamericano»⁹. La relevancia social de cuanto escribía, como doctrinario y como juez, justifica los diversos nombramientos que recibió a lo largo de su vida como Doctor *honoris causa* en Derecho, de los que los dos primeros los obtuvo precisamente mientras servía como Juez y Juez-Presidente en la Corte Suprema de Massachusetts (en 1886, por la Universidad de Yale, y en 1895, por la Universidad de Harvard; más tarde, una vez iniciada la nueva etapa de su vida profesional que ahora mismo se mencionará, recibió en Europa los doctorados *honoris causa* en Derecho por la Universidad de Oxford, en 1909, y por la Universidad de Berlín, en 1910).

6. La etapa más larga de su vida profesional la ocupa, sin duda, su paso por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Fue nombrado Juez (*Associate Justice*) de dicha Corte por el Presidente Th. ROOSEVELT, en diciembre 1902, pensando que se trataba de una persona de tendencia «liberal» (desde luego, no cabe en absoluto adscribirle al ala «conservadora» de los Jueces integrantes de la Corte). Y en ella permaneció —durante los mandatos de los Presidentes TAFT, WILSON, HARDING, HOOVER y COOLIDGE, a lo largo de veintinueve años— hasta su retiro en enero 1932, cuando estaba a punto de cumplir noventa y un años de edad (falleció sólo tres años después, en 1935). A pesar de estar físicamente vinculado durante todo este período, como era lógico, a la ciudad de Washington D.C. (está enterrado incluso en la capital, en el cementerio de Arlington), nunca perdió su vinculación espiritual con su Massachusetts de origen y cuanto, como doctrinario y como Juez, pudo escribir allí. Lo prueba, en el voto particular que estamos analizando, su cita de dos casos de la Corte Suprema del Estado de Massachusetts, de los años 1896 y 1900, en los que también había formulado su opinión discrepante; y sobre todo, la afirmación suya —con que se cierra este nuevo voto particular—, ya citada, «aún mantengo las opiniones expresadas por mí en Massachusetts».

III. LAS RAZONES DEL JUEZ HOLMES CONTRA EL DESPIDO LIBRE

7. Lógicamente, las razones esgrimidas por HOLMES en su voto particular están radicalmente condicionadas por lo decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en este concreto caso, revocando lo fallado por la Corte Suprema del Estado de Kansas; fallo que HOLMES, en cambio, hubiese confirmado (recuérdese que su voto particular comienza afirmando con sólo seis palabras, que eran siete en el inglés

⁸ Véase O.W. HOLMES JR., *The common Law*, Dover publications (Mineola-New York, 1991), 422 págs.

⁹ Véase L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Bosch (Barcelona, 1979), pág. 226.

original, «creo que el fallo debería confirmarse»). El *iter* que condujo a ese fallo de la Corte Suprema de Kansas, luego revocado —contra la opinión de HOLMES— por la Corte Suprema de los Estados Unidos, puede resumirse así: 1) el Estado de Kansas había promulgado en 1903 una Ley que prohibía la estipulación del popularmente llamado por los sindicatos «contrato de perro amarillo [*yellow dog contract*]», por virtud del cual el empresario condiciona el empleo del trabajador al hecho de no afiliarse a ningún sindicato¹⁰; 2) un directivo de cierta empresa de ferrocarriles, apellidado COPPAGE, exigió a uno de los trabajadores de la empresa —que estaba, además, afiliado a un sindicato (la «Switchmen's Union of North America») — la firma de tal contrato, resultando despedido por haberse negado a hacerlo¹¹; 3) el directivo en cuestión fue condenado por una Corte de Condado «a pagar una multa, con prisión como alternativa», a causa de su violación de la Ley estatal en cuestión¹²; 4) este fallo judicial fue confirmado por la Corte Suprema del Estado de Kansas¹³; y 5) el directivo condenado recurrió luego ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, alegando la inconstitucionalidad de dicha Ley estatal, en cuanto que contraría —según él— «a la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que declara que ningún Estado [federado] privará a nadie de la libertad o propiedad, sin el proceso debido en Derecho»¹⁴. Pues bien, la Corte Suprema de los Estados Unidos estimó su recurso y declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Estado de Kansas en cuestión, razonando —en lo esencial— que había ya un precedente de 1908 de la propia Corte, en el mismo sentido propugnado por el recurrente (se trataba del caso *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, aunque referido a una Ley federal de 1898)¹⁵; que había que estar a la doctrina sentada por este precedente —de la que el Juez HOLMES también había disentido—, sobre la inconstitucionalidad de las restricciones legales no razonables a la libertad de contratación¹⁶; y en consecuencia —supuesto que el trabajador despedido no había sido contratado a plazo, sino sólo general o indefinidamente, como sigue siendo hoy usual en los Estados Unidos—, que resultaba procedente confirmar la tradicional regla norteamericana de despido libre (o en sentido técnico, de la «contratación a voluntad [*hiring at will*]») ¹⁷, pues si «el contrato de trabajo no era más que una contratación general o indefinida, se presume que era extingible a voluntad de cualquiera de las partes [*terminable at the will of either party*]»¹⁸.

8. Frente a esta opinión mayoritaria, HOLMES ofrece una primera tanda de razones a favor de la constitucionalidad de la Ley cuestionada de Kansas, que obran en los incisos segundo y tercero de su voto particular. Estas razones se refieren a la

¹⁰ Literalmente, según dicha Ley estatal, era «ilícito que cualquier persona o miembro de cualquier firma, ... compañía o corporación fuerce, exija, pida o influya para que cualquier persona o personas estipulen el acuerdo, tanto escrito como verbal, de no afiliarse o llegar a ser o permanecer como afiliado de cualquier sindicato ... como condición para que tal persona o personas se aseguren el trabajo o continúen trabajando para tal persona, firma o corporación».

¹¹ Cfr. *Bound Volume* 236 (1915), pág. 7.

¹² *Ibidem*, pág. 6.

¹³ *Ibidem*, pág. 7.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 9.

¹⁶ *Ibidem*, pag. 11.

¹⁷ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988), págs. 127 y ss.

¹⁸ Cfr. *Bound Volume* 236 (1915), pág. 8.

desigualdad entre trabajador y empresario, en cuanto que partes contratantes, y al restablecimiento de ese desequilibrio por la vía del favorecimiento de la sindicación del trabajador, a cuyo efecto HOLMES afirma lo siguiente: de un lado, que «en las condiciones actuales, un trabajador puede no antinaturalmente creer que sólo por la pertenencia a un sindicato puede asegurarse un contrato que será justo para él»; y de otro lado, que «si esa creencia, tanto acertada como errónea, puede mantenerse por un hombre razonable, me parece a mí que puede ampararse por el Derecho, con la finalidad de establecer la igualdad de posición entre las partes, con la que empieza la libertad de contratación». Pero HOLMES era Juez, sabía que el precedente judicial constituía el argumento de convicción más potente, y por eso, cita en apoyo de su tesis dos precedentes de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos (literalmente, «*Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366, 397; *Chicago, Burlington & Quincy R. Co. v. McGuire*, 219 U.S. 549, 570») cuidadosamente seleccionados por razones subjetivas (en *Holden*, fallado en 1898, HOLMES no había intervenido, aunque sí intervino conformando la mayoría en *Chicago, Burlington & Quincy*, fallado en 1911, que expresamente reiteraba la doctrina de *Holden*), y sobre todo, por razones objetivas, puesto que ambos casos habían considerado constitucionales las restricciones a la libertad de contratación de empresario y trabajador —en materia de jornada máxima, en minas y fundiciones— impuestas por Leyes promulgadas en los Estados de Utah y Iowa.

9. La segunda tanda de razones, creo que formal y sustancialmente distinguibles de las que obran en la primera tanda, constan explicitadas en los incisos cuarto y quinto del voto particular de HOLMES. Se refieren a la existencia de precedentes judiciales en contra de la tesis por él sostenida, asimismo elegidos por HOLMES con todo cuidado, y reconducidos no sólo al precedente judicial (el citado caso *Adair* de 1908) reiterado ahora por la mayoría, en *Coppage v. Kansas* —precedente en el que también constaba la opinión disidente de HOLMES—, sino también a otro caso anterior, de 1905 y ya no citado en *Coppage*, que el propio HOLMES conocía asimismo muy bien, puesto que también en él había disendido de la opinión mayoritaria. Lo que concluye respecto de ambos precedentes —supuesta la firme creencia de HOLMES en la regla «*stare decisis*»— es claro, pues «si a la larga es bueno para los trabajadores que se apruebe una legislación de esta clase, no me concierne, pero sostengo con firmeza la opinión de que no hay nada en la Constitución de los Estados Unidos que lo impida, y de que *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, y *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, deberían desautorizarse»; y además, que «yo he establecido mis razones en esos casos, y creo que es innecesario añadir otras que creo que existen».

10. La tercera tanda de razones resulta asimismo distinguishable de las dadas en las otras dos tandas, por referirse a lo sostenido por HOLMES cuando era Juez y Juez-Presidente de la Corte Suprema de Massachusetts, por referirse a asuntos —como huelgas, piquetes y boicots— de Derecho sindical puro y duro, y sobre todo, por referirse a nuevas opiniones disidentes suyas, en las que se atreve a pronosticar —en 1896 y 1900—, con toda la seguridad que le daba estar cargado de razones, cuál iba a ser el futuro que tenía por delante. A ellas se refiere el inciso sexto, que contiene una incitación explícita al potencial lector de su voto particular, para que se animase a seguir conociendo sus ideas jurídicas, pero ahora a propósito del Derecho colectivo del

Trabajo (literalmente, «véase, además, *Vegetahn v. Guntner*, 167 Mass. 92, 104, 108; *Plant v. Woods*, 176 Mass. 492, 505»). Yo he aceptado su envite. Y creo que debo reproducir aquí sólo una parte pequeña de lo por él escrito en *Vegetahn v. Guntner*¹⁹, en 1896, que prueba toda la seguridad de su creencia en lo social, toda su ironía en relación con lo entonces políticamente correcto, y sobre todo, sus pronósticos visionarios. Se refería a lo siguiente²⁰: «puedo recordar cuando mucha gente pensaba que, aparte la violencia o el incumplimiento de contrato, las huelgas eran malvadas, en cuanto que negativas organizadas a trabajar. Supongo que los economistas inteligentes y los legisladores han renunciado a esa noción hoy. Me siento completamente seguro de que ellos abandonarán igualmente la idea de que es ilegal una negativa organizada por los trabajadores al trato social con el hombre que les indentificará con el trabajo de antagonista, si disociada de cualquier amenaza de violencia, y si se hace con el solo objetivo de tener éxito, si es posible, en una competencia con su empresario sobre la tasa de los salarios»²¹.

11. Y ya para concluir, sólo unas palabras acerca de la suerte que corrieron las ideas defendidas por HOLMES en este breve voto particular suyo del año 1915. En mi opinión, se trata de una suerte condicionada por la perseverancia de HOLMES, defendiendo contra viento y marea —y sin que le importase en absoluto el «qué dirán» sus colegas u otros— aquello que consideraba justo. E insisto sobre su perseverancia indismayable, porque creo que en esto siempre ha habido una grave diferencia de matiz entre los Jueces disidentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos y los Magistrados disidentes de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, visto que estos últimos renuncian a seguir defendiendo sus disidencias cuando se les plantea una nueva ocasión de poder volver a hacerlo, condicionados quizá por su disciplinada mentalidad «funcionarial», que derechamente conduce a la existencia de votos particulares efímeros (en consecuencia, si se me permite la metáfora, meras «flores de estufa», frente a las «flores de invierno», como el edelweiss, que evocan las disidencias judiciales yankees). Pues bien, toda la perseverancia de HOLMES —reveladora de su extraordinaria grandeza moral, visto lo que se defendía judicialmente en todas partes (por ejemplo, en Francia o en España), en 1915, acerca del despido libre²²— acabó produciendo sus frutos, aun cuando Oliver Wendell HOLMES, Jr. no llegase a verlos. En efecto, veintidós años después —tras el *crack* de 1929, rigiendo los destinos de los Estados Unidos el Presidente Franklin D. ROOSEVELT y, por tanto, en pleno *new*

¹⁹ Consta en el repertorio oficial de la Corte Suprema de Massachusetts, con la referencia 167 Mass. 92 (pero manejado aquí, en versión original vernácula, a través de la base de datos *INTERNATIONAL WESTLAW*).

²⁰ Considerándola uno de los escritos «esenciales» de HOLMES, véase R.A. POSNER (Editor), *The essential Holmes. Selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, cit., págs. 124 y ss.

²¹ Págs. 108-109. Su texto original en inglés es el siguiente: «I can remember when many people thought that, apart from violence or breach of contract, strikes were wicked, as organized refusals to work. I suppose that intelligent economists and legislators have given up that notion today. I feel pretty confident that they equally will abandon the idea that an organized refusal by workmen of social intercourse with a man who shall enter their antagonist's employ is unlawful, if it is dissociated from any threat of violence, and is made for the sole object of prevailing, if possible, in a contest with their employer about the rate of wages».

²² Respecto de España, donde la posición de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo consta explicitada en una Sentencia suya de 1913, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 65-66. Respecto de Francia, donde la Sala de lo Civil de la Corte de Casación se posicionó sobre el tema en un famoso *Arrêt* de 1872, véase J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD y E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ª ed., Dalloz (París, 2008), págs. 481 y ss.

*deal*²³— la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1 (1937), acabó aceptando unánimemente lo aquí sostenido por HOLMES, pareciéndome justo recordar que los Jueces DEVANTER y McREYNOLDS —que habían conformado la mayoría en el caso *Coppage*, contra HOLMES, en 1915— acabaron cambiando de opinión, convirtiendo la disidencia de tres de aquel entonces en una nueva unanimidad de nueve, porque era justo.

²³ Acerca de lo que pensaba este gran Presidente norteamericano sobre el citado *crack*, véase F.D. ROOSEVELT, «Mensaje al Congreso sobre Seguridad Social. 17 de enero de 1935», traducción al castellano desde el inglés original («Message to Congress on Social Security. January 17, 1935») de A. ARUFE VARELA, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 12 (2008), págs. 1165-1167.

**LA DOCTRINA DE LA CÁMARA DE LOS LORES
SOBRE EL DERECHO A REINCORPORARSE
AL TRABAJO TRAS UNA BAJA POR MATERNIDAD.
ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DEL
CASO *HALFPENNY V. IGE MEDICAL SYSTEM
LIMITED (2000)*, Y SU TRADUCCIÓN CASTELLANA**

*[THE HOUSE OF LORDS' CONSTRUCTION ABOUT THE RIGHT OF RETURN
TO WORK AFTER A MATERNITY LEAVE. COMPARATIVE STUDY OF THE CASE
HALFPENNY V. IGE MEDICAL SYSTEM LIMITED (2000) TO THE SPANISH LAW,
AND ITS CASTILIAN TRANSLATION]*

Luis Fernando De Castro Mejuto

Sumario: I. APROXIMACIÓN FORMAL AL CASO *HALFPENNY V. IGE MEDICAL SYSTEM LIMITED (2000)*. II. EL DERECHO A REINCORPORARSE AL TRABAJO TRAS UNA BAJA POR ENFERMEDAD, SEGÚN LORD BROWNE-WILKINSON Y LORD CLYDE. III. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR MATERNIDAD, COMO INSTITUCIÓN EQUIVALENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL, TAL Y COMO LA INTERPRETA UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. A FORMAL APPROXIMATION TO THE CASE HALFPENNY V. IGE MEDICAL LIMITED (2000). II. THE RIGHT TO RETURN TO WORK AFTER A DISEASE LEAVE, ACCORDING TO LORD BROWNE-WILKINSON AND LORD CLYDE'S OPINIONS. III. THE VOLUNTARY MATERNITY LEAVE AS THE EQUIVALENT INSTITUTION IN SPANISH LAW, AS IT IS CONSTRUCTED BY A SOCIAL CHAMBER, SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF BALEARIC ISLANDS, DECISION. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este trabajo analiza una sentencia de la Cámara de los Lores relativa al caso de una empleada, que tras dar a luz, solicita su reincorporación al trabajo y es despedida; y se compara con un supuesto similar de un Tribunal Superior de Justicia de España.

Abstract: In this paper, it is analyzed a House of Lords' judgment about an employee that, after giving birth, asks for her return to work and is dismissed; and it is compared to a similar judgment of a Superior Court of Justice in Spain.

Palabras clave: Derecho Comparado – maternidad – derecho a reincorporarse al trabajo – despido – Cámara de los Lores – Reino Unido.

Keywords: Comparative Law – maternity – right to return to work – dismissal – House of Lords – United Kingdom.

* * *

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL CASO *HALFPENNY V. IGE MEDICAL LIMITED (2000)*

1. Este trabajo concierne a las opiniones de los Lores de Apelación en el caso *Halfpenny versus Ige Medical Limited* del año 2000, en una Sentencia de la Cámara de los Lores¹, que presenta —desde el punto de vista laboral— un gran interés, puesto que permite entender el periplo procesal que puede sucederse en un pleito por despido en el Reino Unido. No puede olvidarse que la Cámara de los Lores (*House of Lords*)² es la última instancia del proceso, aunque para acceder a ella se cursa un largo camino desde la presentación de la demanda³. La primera instancia se desarrolló ante el Tribunal de Empleo (*Employment Tribunal*)⁴, órgano escabinado presidido por un abogado, del que forman parte un representante de los sindicatos y otro de la asociación empresarial, y donde el procedimiento se caracteriza por ser informal. Frente a la decisión del mismo se recurrió ante el Tribunal de Apelación de Empleo (*Employment Appeal Tribunal*), también escabinado⁵ y que tiene como función principal, siquiera no única, las apelaciones laborales. Tras esta sentencia se acudió a la Corte de Apelación (*Court of Appeal*), órgano ya enteramente profesional y que —en su sección civil⁶— está presidida por el llamado *Master of the Rolls* y formada por los Lores Jueces de Apelación (*Lords Justice of Appeal*), constituyéndose en secciones de tres magistrados para conocer de los recursos. Con su decisión se abrió la apelación ante el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, que es quien ha dictado la sentencia que se analiza. Este órgano no sólo ejerce funciones jurisdiccionales, sino también legislativas, al menos a día de hoy⁷, mas las netamente judiciales no se ostentan por la totalidad de la Cámara⁸, sino exclusivamente por aquéllos de sus miembros que estén legalmente habilitados; en concreto, los llamados Lores de Apelación Ordinaria⁹ y los de la Ley (*Lords of Appeal in Ordinary* y *Law Lords*), que son los que conforman el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, también conocido como Comité Judicial de la Cámara de los Lores (*Appellate Committee of the House of Lords* o *House of Lords Judicial Committee*)¹⁰.

¹ Véase en www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/64.html, su texto completo.

² Su denominación oficial es *The Right Honourable the Lords Spiritual and Temporal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled*, y el acceso a ella se puede realizar a través del enlace www.parliament.uk/lords/index.cfm.

³ Una visión más completa puede obtenerse visitando la página www.tribunals.gov.uk, a través de la cual se puede acceder a la legislación e, incluso, resolver dudas relativas al proceso laboral (y otros).

⁴ Nueva denominación, a partir del 1 de agosto de 1998, para el antiguo Tribunal Industrial (*Industrial Tribunal*).

⁵ Su composición es más compleja, dado que se puede diferenciar entre miembros nominados (*Nominated members*), todos ellos jueces bien del circuito galés o inglés (*English or Welsh Circuit*), bien de la Alta Corte (*High Court*), bien de la Corte de Apelación (*Court of Appeal*); y los llamados miembros designados (*Appointed members*), que proceden de las asociaciones sindicales y empresariales y que deben tener especiales conocimientos o experiencia sobre derecho laboral.

⁶ Que es la que entiende de las apelaciones del Tribunal de Apelaciones de Empleo, y de los asuntos materialmente laborales, aunque formalmente civiles.

⁷ Véase, más adelante, en el epígrafe 3.

⁸ Ésta posee, además, una composición variopinta —incluye a aristócratas y a 26 arzobispos— y gran parte de sus miembros —cuenta actualmente con 746— eran hereditarios hasta la aprobación de la *House of Lords Act 1999* (11 de noviembre), cuyo propósito fue el de restringir la condición de miembro del órgano en virtud de nobleza hereditaria (*to restrict membership of the House of Lords by virtue of a hereditary peerage*). Véase en www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/en/ukpgaen_19990034_en_1.

⁹ *Ordinario* significa que el Lord de la Ley trabaja a tiempo completo en los asuntos judiciales y recibe un salario que no procede de la Cámara de los Lores.

¹⁰ Sus normas procedimentales se remontan a una antigua ley —*Appellate Jurisdiction Act 1876* (11 de agosto de 1876)—, que se completa con las que se puede otorgar la misma Cámara.

2. Además, el caso *Halfpenny*, desde un punto de vista formal, es una sentencia típica de la Cámara de los Lores, por las siguientes razones. En primer lugar, porque en la resolución del asunto intervinieron sólo cinco de aquéllos, pues la presencia de un número superior decidiendo (siete o nueve) únicamente está justificada cuando se enjuician asuntos de importancia destacada. En segundo lugar, porque cada uno de los cinco Lores da su opinión sobre el caso; lo que explica —frente a lo que ocurre en España y en los países de nuestro entorno cultural más próximo, donde cabe hablar de una opinión de la corte o tribunal— que aquí sólo quepa hablar de la suma de las diferentes opiniones de los Lores; conocida en el Reino Unido como *seriatim*. Palabra latina cuyo significado es «uno después de otro» o «en serie» y que dibuja plásticamente la elaboración de la decisión judicial, pues cada *opinión* (el criterio de cada juez) se añade a la anterior hasta que se manifiestan todos los miembros del órgano juzgador y se conforma la decisión definitiva de él¹¹. En tercer lugar, porque en cada una de esas opiniones no existe una diferenciación formal entre hechos y derecho —a diferencia de lo que ocurre en España¹²—, aunque lógicamente cabe extraer de la lectura de la opinión de que se trate los hechos enjuiciados y el derecho aplicado a los mismos.

3. Como es por todos sabido, la Cámara de los Lores va a perder su condición de Tribunal Supremo británico a partir de octubre de 2009, al prever la Ley de Reforma Constitucional de 2005 (21 de marzo)¹³ que las funciones judiciales, que hasta este momento se ejercían por ella, se transfieran a la nueva Corte Suprema del Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*); creando un órgano similar al existente en los Estados Unidos y compuesto por doce jueces, siendo los primeros los actuales Lores de Apelación Ordinaria (secciones 23 y 24 de la ley)¹⁴. Este cambio está motivado, por un lado, en la necesidad de adaptarse a las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, que exige que, en cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, se asegure la división de poderes¹⁵; y, por otro lado, en la similitud del tipo de recurso a interponer ante esa Corte, pues no es una casación al modo francés o español, sino un verdadero *writ of certiorari*¹⁶, habida cuenta que el acceso a esta última instancia no se produce directamente, sino que es preciso el «Permiso para apelar» (*Leave to appeal*)¹⁷ concedido por la Corte de Apelación o, en la mayoría de las ocasiones, por la Cámara de los Lores¹⁸. El interrogante,

¹¹ Lo que, en ocasiones, exigirá computar las adhesiones que se hayan hecho a cada una de las opiniones anteriores para el caso de que sean discrepantes y poder conocer cuál es el criterio mayoritario.

¹² Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias españolas «[...] se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho [el *iter* procesal que ha sufrido el asunto a decidir], hechos probados, en su caso [aquello que el órgano entiende existente y soporte de la decisión], los fundamentos de derecho [la motivación de la decisión] y, por último, el fallo» (artículo 248), y, en su caso, los votos particulares [para el caso de existir discrepancias que se quieran manifestar por escrito]. Esta institución se regula en el artículo 260, que dice: «1. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme».

¹³ *Constitutional Reform Act 2005*.

¹⁴ Véase en www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_1, su texto completo.

¹⁵ Algo que lógicamente se vería comprometido en un órgano donde parte de sus componentes elaboran leyes y, además, juzgan.

¹⁶ El «escrito de certificación» para acceder a la Corte Suprema de los Estados Unidos, regulado por la sección 1257 del Título 28 del *United State Code*; cuyo texto completo puede consultarse a través del enlace <http://usccode.house.gov>.

¹⁷ Se suelen solicitar alrededor de 200 ó 250 permisos a lo largo del año, aunque sólo se conceden 80 ó 90.

¹⁸ El procedimiento es sencillo: la parte que pretende recurrir solicita mediante una petición (*Petition*) dirigida al Comité de Apelación (formada por tres Lores de la Ley) y éste (que puede dar traslado a la otra parte o no) decide permitir o rechazar aquélla dependiendo de si el caso entraña una cuestión legal de importancia general que debería considerarse por la Cámara de los Lores.

que habrá que resolver en el momento en que se aprueben las normas de procesales de esta Corte¹⁹, será saber si la traslación del ejemplo norteamericano se queda en la sola organización judicial o si ésta llevará consigo también el final del sistema del *seriatim*. Porque los estadounidenses, que lo habían heredado como colonia inglesa, lo abandonaron tempranamente (principios del siglo XIX), en lo que constituyó una de las mayores innovaciones del *Chief Justice* J. Marshall (1755-1835) —«acto de audacia» lo denominó uno de sus biógrafos—, quien mudó la tradición de manera que la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos sería redactada exclusivamente por uno de los Jueces de la Corte (*Justices*), siquiera se plantearon dudas sobre la posibilidad de emitir votos particulares en caso de disentir²⁰.

II. EL DERECHO A REINCORPORARSE AL TRABAJO TRAS UNA BAJA POR ENFERMEDAD, SEGÚN LORD BROWNE-WILKINSON Y LORD CLYDE

4. La estructura del caso *Halfpenny* debe enlazarse con lo que se acaba de afirmar acerca del *seriatim*, pues se advierte claramente que las *opiniones* se van añadiendo a las ya obrantes por orden de antigüedad²¹. De las cinco que conforman el caso, sólo tienen verdadero interés jurídico las de *Lord Browne-Wilkinson* y *Lord Clyde*, ya que las de los otros tres Lores (*Hope of Craighead*, *Mackay of Clashfern* y *Goff of Chieveley*) se limitan a adherirse a las anteriores, empleando una fórmula ritual y coincidente, que consiste en afirmar lo siguiente: «He tenido la ventaja de leer en borrador los discursos de mis nobles y eruditos amigos Lord Browne-Wilkinson y Lord Clyde. Estoy de acuerdo con ellos, y por las razones que han dado, estimaría la apelación». Me centraré, por lo tanto, en las *opiniones* de los dos primeros y procuraré, a través de su pormenorizado análisis, entresacar los hechos del caso, los fundamentos de derecho aplicables a los mismos y, por último, qué decidió el Lord en cuestión en su opinión incorporada.

5. En la *opinión* del *Lord Browne-Wilkinson*, quien argumenta de manera más extensa, el relato fáctico se puede concretar en lo siguiente: la actora se queda embarazada y, tras dar a luz, comienza a disfrutar del llamado «derecho a reincorporarse al trabajo», que le permite mantenerse ausente hasta una determinada fecha²², fijada por ella mediante un preaviso, pero que, debido a problemas de salud, va retrasando sucesivamente²³. Al final, su empresario le fija un día límite²⁴, mas ella lo incumple²⁵,

¹⁹ Cuya competencia corresponde al Presidente de la Corte Suprema (sección 46 de la ley).

²⁰ Véase REHNQUIST, W. H., *The Supreme Court*, 2ª edición, Vintage (Nueva York, 2002), págs. 40 y 41.

²¹ Como curiosidad, puede destacarse que, a día de hoy, sólo permanece en activo Lord *Hope of Craighead*, pues los demás han alcanzado la edad límite. Véase en www.parliament.uk/about_lords/the_law_lords.cfm.

²² «La Sra. Halfpenny comenzó a prestar su trabajo con los empresarios apelantes el 6 de junio de 1988 [...] Su carta de nombramiento [...] incluía la declaración de sus términos y condiciones de empleo, pero no se hacía mención específica a los derechos de maternidad en la documentación contractual [...] En 1994 se quedó embarazada y en agosto de 1994 comenzó un periodo de permiso retribuido por enfermedad, por razones conectadas con su embarazo [...] El 6 de febrero de 1995, había preavisado por escrito a los empresarios su intención de ejercitar su derecho a reincorporarse al trabajo. Su hijo nació el 5 de abril de 1995 y a partir de entonces permaneció ausente» (párrafo noveno de su opinión).

²³ «El 23 de septiembre de 1995, la Sra. Halfpenny preavisó a sus empresarios [...] su intención de reincorporarse al trabajo el 29 de octubre. Escribió de nuevo el 9 de octubre afirmando que no estaba segura de si su fecha de reincorporación era el 23 o el 29 de octubre. Sus empresarios le indicaron que debería reincorporarse al trabajo el 30 de octubre. El 13 de octubre, la demandante escribió a los empresarios informándoles que estaba bajo supervisión médica por depresión post-natal y temía que tuviese que retrasar su reincorporación al trabajo más allá del día de reincorporación preavisado. Aportó los certificados médicos adecuados» (párrafo décimo de su opinión).

²⁴ El 27 de noviembre (párrafo décimo de su opinión).

²⁵ «La Sra. Halfpenny no acudió físicamente a su lugar de trabajo el 27 de noviembre» (párrafo décimo tercero de su opinión).

y, en consecuencia, se rechaza ya su reincorporación²⁶. La interesada le demandó por despido ilegal, despido injusto e incumplimiento de la Ley sobre Discriminación Sexual de 1975²⁷. Para el Lord, la cuestión nodular en este asunto es fijar, en primer lugar, qué se entiende por «derecho a reincorporarse al trabajo»²⁸ para, en segundo lugar, proyectar esa conclusión sobre las tres acciones que ejercita la actora, puesto que el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos determinará que reviva la relación laboral. Este magistrado desgrana las tres posibles hipótesis que se pueden encauzar a través de ese derecho y su ejercicio efectivo; a saber: una, no sólo ha de comunicarse el día que se va a reincorporar al trabajo, sino hacer físicamente esa reincorporación²⁹; otra, basta comunicar el día para entender cumplido el trámite³⁰; y, por último, ha de hacerse el preaviso y demostrar que se estaba en condiciones de acudir físicamente, aunque no se haya hecho, por alguna causa permitida en el contrato³¹. Tras el análisis de cada una de ellas y sus correspondientes objeciones, se inclina por la última opción³², pues, a su juicio, es la que más se ajusta al sentido común, de manera que únicamente se podrá entender que la trabajadora se ha reincorporado realmente al trabajo —cumpliendo los requisitos legales que la habilitarán para demandar como tal y levantando la suspensión de su contrato— cuando lo haya hecho físicamente o haya causas exógenas que le impidan hacerlo³³. Fijado lo anterior, concluye —de entrada— que podría haber un despido ilegal (*unfair dismissal*), ya que el empresario rechazó anticipadamente la reincorporación de la actora a su puesto, aunque lo pone en duda, al existir un error de derecho en esa decisión empresarial³⁴; después, que no hay despido injusto (*wrongful dismissal*), dado que, al estar suspendido el contrato de trabajo, no existen obligaciones recíprocas e infringibles³⁵; y, finalmente, rechaza la existencia de discriminación sexual, porque considera que el supuesto de hecho no puede incardinarse en el previsto en la ley que lo regula, habida cuenta que no la entiende trabajadora de los apelantes³⁶, aunque ello le causa ciertas dificultades argumentativas³⁷, las salva a través de la interpretación restrictiva de la Ley de Protección del Empleo de 1978.

6. La *opinión* de Lord Clyde se refleja de una manera más contenida, en cuanto a su extensión³⁸, y, también, más llana³⁹, sin hacer ninguna referencia a los datos fácticos, que deben extraerse de la del anterior Lord. Su argumentación se fundamenta en la diferencia radical que encuentra entre dar preaviso de la fecha de reincorporación y el

²⁶ «A pesar de posterior correspondencia y una reunión, los empresarios rechazaron readmitir a la Sra. Halfpenny, pero nunca usaron expresamente palabras de despido» (párrafo decimocuarto de su opinión).

²⁷ Véase el párrafo decimoquinto de su opinión.

²⁸ Véanse los párrafos vigésimo a trigésimo sexto de su opinión.

²⁹ Véase el párrafo vigésimo primero de su opinión.

³⁰ Véase el párrafo vigésimo segundo de su opinión.

³¹ Véase el párrafo vigésimo tercero de su opinión.

³² «Vuelvo entonces a la interpretación (c)», escribe en el párrafo trigésimo primero de su opinión.

³³ Véase el párrafo trigésimo tercero de su opinión.

³⁴ Dice «Pero a mi juicio no es una verdad jurídica que un despido efectuado por error sea necesariamente ilegal». Véase el párrafo trigésimo séptimo de su opinión.

³⁵ Véase el párrafo trigésimo noveno de su opinión.

³⁶ Véanse los párrafos cuarenta y uno al cuarenta y seis de su opinión.

³⁷ «A primera vista es un rompecabezas que la Sra. Halfpenny pueda tener acción demandar por despido ilegal derivado de su empleo y ya no sea trabajadora», indica en el párrafo cuarenta y cinco de su opinión.

³⁸ Consta de trece párrafos, frente a los cuarenta y seis del anterior juez.

³⁹ Llega a decir que «he tenido algunas dificultades para apreciar la intención y objetivos...» o que «no he encontrado la sección 56 fácil de entender...» (párrafo décimo tercero de su opinión).

acto en sí mismo considerado, mas entiende que la posición mantenida por la empresa apelante es profundamente injusta para la actora⁴⁰, sobre todo, a la vista del régimen superprotector que se ha diseñado para las trabajadoras embarazadas en la Directiva 92/85/CEE⁴¹. No obstante lo anterior, acaba acogiendo la opinión precedente, al estimar sólo la reclamación por despido ilegal; mientras que el rechazo a la discriminación sexual y al despido injusto lo residencia en que el empresario le comunicó a la Sra. Halfpenny con anticipación su negativa a mantener el puesto de trabajo a su disposición más allá de la fecha de reincorporación y, por ello, nunca revivió totalmente, de manera que cualquier reclamación diferente del despido ilegal carece de base⁴².

III. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR MATERNIDAD, COMO INSTITUCIÓN EQUIVALENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL, TAL Y COMO LA INTERPRETA UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

7. Siempre existen dificultades inherentes al propósito de extrapolar instituciones y regímenes jurídicos de otros países al propio, no sólo por las diferencias de lenguaje empleadas, sino también por las axiológicas y culturales. Sin embargo, me parece que el derecho a que se está haciendo referencia a lo largo de toda esta sentencia de la Cámara de los Lores, esto es, el llamado «derecho a reincorporarse al trabajo» (*right to return to work*), concierne a la facultad concedida por el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, por las razones que expondré a continuación. En España una trabajadora embarazada obtendría su protección social y laboral, primero, a través de la maternidad (artículo 131 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social) o, en su caso, por el riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135 de la misma Ley), y después, a través de una incapacidad temporal derivada de enfermedad común (artículos 128 y siguientes de la misma Ley), si resultase que, una vez finalizada aquélla, no se encontrase en condiciones de reincorporarse a su puesto de trabajo⁴³. En otras palabras, no se imple ni a hacer uso de un derecho de reserva del puesto de trabajo, porque la suspensión del contrato se produce *ope legis*, ni el plazo de reincorporación es estricto, sino flexible y adaptado al devenir de su situación. Sin embargo, las circunstancias de ejercicio de ese «derecho a reincorporarse» regulado por la legislación británica, tales como el plazo estricto y reducido que se concede (veintinueve semanas —ampliable en cuatro semanas más—); la vinculación a la maternidad (siempre es inmediatamente posterior a una baja por esa causa); la necesaria solicitud de la interesada; el formalismo para su

⁴⁰ «Me parece que la interpretación de las disposiciones del apelante produce un resultado que es inaceptablemente injusto para la trabajadora. La negativa a acudir a su lugar de trabajo en la fecha debida conlleva una inmediata pérdida de su empleo y parece que sin ningún tipo de remedio [...] De hecho, con esta aproximación, podría pensarse que era mejor aconsejar a la trabajadora ignorar los derechos legales en su conjunto que correr con el riesgo de una conclusión tan peligrosa» (párrafo décimo de su opinión).

⁴¹ Véase el párrafo primero de su opinión.

⁴² «Pero en el caso presente el apelante indicó, antes del día debido, que no estaban obligados a mantener el puesto de trabajo a disposición de ella tras esa fecha [...] El efecto entonces es como si la negativa hubiera ocurrido el día preavisado antes de que todas las disposiciones contractuales hubieran revivido totalmente» (párrafo décimo tercero de su opinión).

⁴³ Regulación que tiene su reflejo en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé, entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, la debida a «c) incapacidad temporal de los trabajadores» y «d) maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora [...]».

ejercicio (debe producirse un preaviso por escrito al empleador y precisar la data de reincorporación); la exigencia de una cierta vinculación al empresario y no al sistema social como en España (dos años de antigüedad), y, en fin, su propia denominación y el que sea la trasposición de la citada Directiva⁴⁴. Todo ello, digo, la aproximan de una forma clara a la excedencia y, aunque con notables diferencias, a la especial debida a cuidado de hijos. Piénsese que, por regla general, en nuestro ordenamiento también se exigen esos dos años para poder solicitar una excedencia voluntaria, salvo en esta especial⁴⁵, donde no es preciso ninguna, durante el primer año la reserva es al concreto puesto de trabajo y se puede ejercitar tanto por hombres como por mujeres.

8. El citado precepto (artículo 46.3) ha dado lugar a una extensa casuística judicial, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, desde su cómputo para diversos efectos laborales (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002)⁴⁶ hasta el cálculo del subsidio de desempleo (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2004)⁴⁷, pasando por su consideración como período asimilado al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003)⁴⁸; y en las que se han discutido aspectos diversos. No obstante, el elemento decisivo en la sentencia examinada fue la fijación de las condiciones en que se ha de conducir la trabajadora para tenerla por reincorporada, si es suficiente con notificarlo, si ha de acudir físicamente o si puede aportar alguna justificación exógena que la exima de hacerlo (certificado médico). Esta última solución, que es por la que se inclina el tribunal, es muy similar a la adoptada *obiter dicta* por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de diciembre de 2008⁴⁹, aunque en este supuesto se tratase de una reserva de puesto de trabajo originada en la declaración de una Incapacidad Permanente Total⁵⁰ al hilo de un despido, y en la que el Tribunal argumentó que la efectiva reincorporación de la trabajadora remitiendo un certificado médico, a través de su cónyuge, «[...] ha cumplido formalmente su obligación, aunque no llegase a materializarlo [la reincorporación], y su relación laboral ha revivido al producirse su opción dentro del plazo concedido de reserva de puesto de trabajo (dos años)». Ahora bien, si queremos encontrar un supuesto que se ajuste más perfectamente al caso británico, habremos de acudir a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 4 de julio de 2007⁵¹.

9. El supuesto de hecho y el *thema decidendi* guarda una estrecha relación con aquél, siquiera la solución española —aplicando la trasposición de la Directiva

⁴⁴ Que en España se realizó a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, reflejada en la nueva redacción del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 4 de la ley).

⁴⁵ Por ello, la doctrina califica esta clase de excedencia con el epíteto de «mixta», ya que es a la vez voluntaria y forzosa. Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 306.

⁴⁶ Recurso número 1274/01.

⁴⁷ Recurso número 5013/03.

⁴⁸ Recurso número 1071/03.

⁴⁹ Recurso número 4229/08.

⁵⁰ La trabajadora, una vez revocada su pensión de incapacidad, comunica a la empresa su fecha de reincorporación (estaba dentro del plazo de dos años de reserva) y aquélla no se opone a dicha intención, pero el mismo día en que debe incorporarse entra en Incapacidad Temporal, cuyo parte de baja es cumplimentado por su marido en la empresa y sin que —nuevamente— hubiese manifestación alguna por parte de la empresa. Por lo tanto, materialmente no se reincorporó, mas formalmente sí lo hizo.

⁵¹ Recurso número 241/07.

comunitaria— es absolutamente diversa, pues se termina primando la protección de la excedente, aun en contra de una previsión normativa acerca del plazo en el que debería interesar la reincorporación. La actora estaba en excedencia voluntaria al amparo del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores y de un precepto convencional⁵², que imponía, para hacer efectivo el derecho de la excedente, su preaviso por escrito, al menos con un mes de antelación a la fecha de finalización de la excedencia concedida; y, además, su incumplimiento implicaba el desestimiento de su derecho a reincorporarse. Sin embargo, la trabajadora incumplió ese plazo⁵³ y la empresa le denegó su derecho alegando que había dimitido, al infringir aquellas condiciones. Si bien en la primera instancia se rechazó su demanda, el Tribunal Superior de Justicia llegó a una conclusión distinta, dado que estimó totalmente sus pretensiones. El argumento clave es simple: la Ley 39/99 ha establecido un régimen privilegiado para las excedencias voluntarias del artículo 46.3, que las acerca a las forzosas y su tratamiento ha de ser similar; se pretende hacer efectiva la conciliación de la vida familiar e integra una situación de especial protección. Sin que sea óbice que la comunicación se hubiera hecho fuera del plazo previsto convencionalmente, dado que la ley no prevé ese límite y su establecimiento comporta una infracción del principio de jerarquía normativa (artículos 9 de la Constitución Española y 3 del Estatuto de los Trabajadores). Bien diferente, por tanto, es la solución ofrecida por la jurisdicción española, si la comparamos con la británica, pese a partir de las mismas normas comunitarias: frente al rigor del preaviso y la forma en que ése ha de llevarse a cabo, se opone la flexibilidad interpretativa. Frente al equilibrio absoluto de intereses en el conflicto, más propio de una jurisdicción civil, se halla el papel compensador que juega el ordenamiento laboral en relación con la desigualdad existente entre las situaciones sociales del trabajador y del empresario, porque el trato desigual se convierte en la más eficaz garantía de la real igualdad de las partes en el proceso⁵⁴. Y, en fin, frente a una aplicación anquilosada y formalista de la legislación, se ha de sostener que una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada⁵⁵.

* * *

⁵² En concreto, el artículo 21 del Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

⁵³ Es más, solicitó la reincorporación pasados veintiocho días del fin de la excedencia.

⁵⁴ Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/1983, de 29 de noviembre, y 114/1983, de 6 de diciembre.

⁵⁵ Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1994, de 25 de abril; y 203/2000, de 24 de julio.

APÉNDICE DOCUMENTAL

*HALFPENNY CONTRA IGE MEDICAL SYSTEM LIMITED [2000],
UKHL 64 (14/12/2000).*

CÁMARA DE LOS LORES
Lord Hope of Craighead,
Lord Mackay of Clashfern,
Lord Goff of Chieveley,
Lord Browne-Wilkinson y
Lord Clyde

**OPINIONES DE LOS LORES DE APELACIÓN PARA LA DECISIÓN
DEL ASUNTO**

HALFPENNY (DEMANDADA) CONTRA IGE MEDICAL SYSTEM
LIMITED (APELANTES),

A 14 DE DICIEMBRE DE 2000.

LORD HOPE OF CRAIGHEAD

Milores,

He tenido la ventaja de leer en borrador los discursos de mis nobles y eruditos amigos Lord Browne-Wilkinson y Lord Clyde. Estoy de acuerdo con ellos, y por las razones que han dado, estimaría la apelación. Remitiría al Tribunal de Empleo la cuestión de si la Sra. Halfpenny ha sido despedida ilegalmente y desestimaría su reclamación de daños por despido injusto y su reclamación relativa a la Ley de Discriminación Sexual de 1975.

LORD MACKAY OF CLASHFERN

Milores,

He tenido la ventaja de leer en borrador los discursos de mis nobles y eruditos amigos Lord Browne-Wilkinson y Lord Clyde. Estoy de acuerdo con ellos, y por las razones que han dado, estimaría la apelación.

LORD GOFF OF CHIEVELEY

Milores,

He tenido la ventaja de leer en borrador los discursos de mis nobles y eruditos amigos Lord Browne-Wilkinson y Lord Clyde. Estoy de acuerdo con ellos, y por las razones que han dado, estimaría la apelación.

LORD BROWNE-WILKINSON

Milores,

Esta apelación plantea una cuestión sobre el derecho de una mujer a reincorporarse al trabajo tras dar a luz. En su momento, las disposiciones legales reguladoras de la

baja por maternidad y el derecho a reincorporarse al trabajo estaban contenidas en la Parte III de la Ley de Protección del Empleo (Consolidación) de 1978, sustituida por la Ley de Reforma Sindical y Derechos de Empleo de 1993. Estas disposiciones han sido ampliamente reproducidas palabra por palabra en las secciones 71 a 85 de la Ley de Derechos de Empleo de 1996, pero dado que la Abogacía argumentó el asunto sobre la base de la numeración de la Ley de 1978 (enmendada), me referiré a dichas disposiciones. Todo el sistema en cuestión en el presente caso ha sido ahora abandonado, y los derechos de maternidad relevantes (que son diferentes) están actualmente contenidos en la Ley de Relaciones de Empleo de 1999.

Bajo el sistema vigente en aquel momento, los derechos de maternidad eran de dos clases, es decir, baja por maternidad y el derecho a reincorporarse al trabajo. La baja por maternidad era el derecho disfrutado por todas las trabajadoras con un año o más de servicio para «ausentarse del trabajo» en cualquier tiempo durante las 14 semanas del periodo de baja por maternidad: secciones 33 a 36. Las previsiones de su contrato de trabajo (excepto el pago) continuaban en vigor durante el periodo de baja [sección 33 (1)]. Al final de su baja por maternidad, la trabajadora era todavía una trabajadora, y como tal, tenía derecho a trabajar: no había necesidad de un derecho legal a reincorporarse al trabajo tras la baja por maternidad.

El «derecho a reincorporarse» era diferente. Sólo una mujer con dos años de antigüedad podía ejercerlo. Conforme a la sección 39, se le concedía el derecho a reincorporarse al trabajo en cualquier momento durante un periodo que comenzaba al final de su baja por maternidad y finalizaba 29 semanas después del nacimiento. Hay muchas disposiciones detalladas que regulan el derecho a reincorporarse, las más importantes de las cuales, a efectos de este caso, son las siguientes:

«39 (1) Una trabajadora que (a) tenga el derecho conferido por la sección 33, y (b) haya sido, al comienzo de la undécima semana antes de aquella en la que se prevé el parto, continuadamente empleada por un periodo de no menos de dos años, tendrá también el derecho a reincorporarse al trabajo en cualquier momento durante el tiempo que comienza al final del periodo de su baja por maternidad y que termina 29 semanas después del comienzo de la semana en que ocurra el parto. (2) El derecho de la trabajadora a reincorporarse al trabajo al amparo de esta sección es el derecho a reincorporarse al trabajo con la persona que era su empresario antes del final de su periodo de baja por maternidad, o (en su caso) su sucesor, en puesto de trabajo en el que estaba entonces empleada (a) con términos y condiciones relativos a la remuneración no menos favorables que los que le habrían sido aplicables si no hubiese estado ausente del trabajo en ningún momento desde la concesión de su periodo de baja maternidad, (b) con su antigüedad, derechos de pensión y similares derechos a los que habrían existido si el periodo o periodos de su empleo anteriores al fin de su periodo de baja por maternidad fuesen continuos con su empleo subsiguiente a su reincorporación al trabajo y (c) asimismo con término y condiciones no menos favorables a los que le hubiesen sido aplicables si no hubiese estado ausente del trabajo después del fin de su periodo de su baja por maternidad».

La sección 40 hace depender el derecho de reincorporación de que la trabajadora haya dado preaviso de su intención de ejercitar aquel derecho al mismo tiempo que dio preaviso al amparo de la sección 37 relativa a la baja por maternidad.

«42 (1) La trabajadora ejercerá el derecho a reincorporarse al trabajo al amparo de la sección 39 preavisando por escrito a su empresario [...] al menos 21 días antes del día en el que se proponga reincorporarse según su propuesta de reincorporación ese día (el “día de reincorporación preavisado”). (2) El empresario puede posponer la reincorporación al trabajo de la trabajadora hasta una fecha no más tarde de las cuatro semanas siguientes al día de reincorporación preavisado, si se lo preavisa antes de ese día y por las razones especificadas en las que funda su posposición hasta ese día, y por consiguiente, tendrá derecho a reincorporarse al trabajo con él en esa fecha. (3) De acuerdo con la subsección (4), una trabajadora puede (a) posponer su reincorporación al trabajo hasta una fecha que no exceda de las cuatro semanas desde el día de reincorporación preavisado, a pesar de que esa fecha caiga después del final del periodo de 29 semanas que comienza con la semana en que el parto ocurrió, y (b) cuando no haya sido preavisado al empresario el día de reincorporación, extender el tiempo durante el cual puede ejercitar su derecho a reincorporarse de conformidad a la subsección (1), de manera que se reincorpore al trabajo no más tarde de las cuatro semanas subsiguientes al final de ese periodo de 29 semanas; si, antes del día de reincorporación preavisado (o del final del periodo de 29 semanas), da al empresario un certificado emitido por un médico registrado, declarando que por razón de enfermedad o desorden físico o psíquico estará incapacitada para trabajar en el día de reincorporación preavisado (o al término de tal periodo). (4) Cuando la trabajadora ha ejercitado una vez el derecho de posponer o extender al amparo de la subsección (3) (a) o (b), no volverá a estar legitimada otra vez para ejercitar el derecho de posponer o extender al amparo de esa subsección en conexión con la misma reincorporación al trabajo. (5) Si una trabajadora ha preavisado el día de reincorporación, pero hay una interrupción en el trabajo (tanto debida a acción industrial como a cualquier otra razón) que convierta en no razonable esperar que la trabajadora se reincorpore al trabajo en el día de reincorporación preavisado, puede entonces reincorporarse al trabajo cuando el trabajo se reanude después de la interrupción o tan pronto como razonablemente sea posible. (6) Si (a) no se ha preavisado el día de reincorporación, (b) hay una interrupción del trabajo (tanto debida a acción industrial como a cualquier otra razón) que convierta en no razonable esperar que la trabajadora se reincorpore al trabajo antes del final del periodo de 29 semanas que comienza con la semana en que ocurrió el parto, o en que aparezca probable que tendrá tal efecto, y (c) en consecuencia, la trabajadora no preavisa el día de reincorporación, ésta puede ejercitar su derecho a reincorporarse conforme a la subsección (1) de manera que se reincorpore al trabajo en cualquier momento antes del fin del periodo de 28 días desde el final de la interrupción, a pesar de que se reincorpore al trabajo fuera del periodo de 29 semanas»

«44 (1) La trabajadora que tenga el derecho a reincorporarse al trabajo al amparo de la sección 39 y el derecho a reincorporarse al trabajo tras la ausencia a causa de embarazo o parto, al amparo de un contrato de trabajo o similar, no puede ejercitar los dos derechos separadamente, pero puede, al reincorporarse, aprovecharse de aquel derecho, cualquiera que sea, en cualquiera de sus especificidades, más favorable. (2) Las disposiciones de las secciones 39, 41 a 43, 56 y 86 [...] serán aplicables [...] al ejercicio del derecho compuesto descrito en la subsección (1) cuando sean aplicables al ejercicio del derecho a reincorporarse al trabajo al amparo a la sección 39».

«56 Cuando una trabajadora tenga el derecho a reincorporarse al trabajo al amparo de la sección 39 y lo haya ejercitado en los términos de la sección 42, pero no le sea

permitido reincorporarse al trabajo, entonces con arreglo a la sección 56A será tratada a los efectos de esta Parte como si hubiese sido empleada hasta el día de reincorporación preavisado, y, si no hubiese sido tratada así, como si hubiese sido trabajadora sin solución de continuidad hasta ese día, y como si hubiese sido despedida con efectos desde el día relativo a la razón por la cual no le fue permitido reincorporarse».

La Sra. Halfpenny comenzó a prestar su trabajo con los empresarios apelantes el 6 de junio de 1988. Su carta de nombramiento describe su categoría como Controladora de Servicio. Incluía la declaración de sus términos y condiciones de empleo, pero no se hacía mención específica a los derechos de maternidad en la documentación contractual. Conforme al contrato, tenía derecho a un permiso retribuido de 30 semanas por enfermedad en un periodo de 12 meses. En 1994 se quedó embarazada y en agosto de 1994 comenzó un periodo de permiso retribuido por enfermedad, por razones conectadas con su embarazo. No estuvo en condiciones de reincorporarse al trabajo antes del inicio de su baja por maternidad legal, que estaba previsto para el 6 de marzo de 1995, seis semanas antes de la semana esperada de parto. El 6 de febrero de 1995, había preavisado por escrito a los empresarios su intención de ejercitar su derecho a reincorporarse al trabajo. Su hijo nació el 5 de abril de 1995 y a partir de entonces permaneció ausente confiando en su derecho legal a reincorporarse.

El 23 de septiembre de 1995, la Sra. Halfpenny preavisó a sus empresarios, al amparo de la sección 42, su intención de reincorporarse al trabajo el 29 de octubre. Escribió de nuevo el 9 de octubre afirmando que no estaba segura de si su fecha de reincorporación era el 23 o el 29 de octubre. Sus empresarios le indicaron que debería reincorporarse al trabajo el 30 de octubre. El 13 de octubre, la demandante escribió a los empresarios informándoles que estaba bajo supervisión médica por depresión post-natal y temía que tuviese que retrasar su reincorporación al trabajo más allá del día de reincorporación preavisado. Aportó los certificados médicos adecuados. El 23 de octubre los empresarios le contestaron diciéndole que tenía el derecho a extender su baja durante cuatro semanas por razones médicas amparadas en un certificado facultativo, esto es, tenía el derecho conferido por la sección 42 (3). La Sra. Halfpenny contestó expresando su preocupación de que no podía proporcionar una fecha exacta de su vuelta al trabajo y preguntaba qué efecto se produciría si no pudiese reincorporarse el 27 de noviembre. El 13 de noviembre, los empresarios respondieron: «Como le indicaba en mi carta previa, tiene legalmente el derecho a extender su baja por maternidad durante cuatro semanas por razones médicas que le lleva hasta el 27 de noviembre de 1995. La compañía no está legalmente obligada a mantener vacante su puesto de trabajo más allá de esa fecha, y ha tomado, lamentablemente, la decisión de que es incapaz hacerlo».

El 24 de noviembre, la demandante escribió: «aunque me doy cuenta de que mi baja por maternidad sólo podría ser ampliada durante cuatro semanas, esperaba que la Compañía fuese menos severa en estas excepcionales circunstancias. Estoy todavía bajo tratamiento médico y espero recuperarme lo más pronto posible. Estaría muy agradecida si me pudiesen escribir con sus comentarios».

Con esta carta, envió el certificado médico declarando que padecía depresión.

La Sra. Halfpenny no acudió físicamente a su lugar de trabajo el 27 de noviembre. El 29 de noviembre, los empresarios escribieron: «Usted ha estado ausente de su

trabajo desde el 30 de agosto de 1994, tomando en cuenta su baja por enfermedad anterior a su baja por maternidad. Dado que la Compañía ha cumplido ya su obligación legal de extender su baja por maternidad durante cuatro semanas por motivos médicos, nos sentimos incapaces de prolongar su baja por un periodo adicional de tiempo, y lamentablemente se mantendrá el contenido de nuestra carta fechada el 13 de noviembre de 1995».

A pesar de posterior correspondencia y una reunión, los empresarios rechazaron readmitir a la Sra. Halfpenny, pero nunca usaron expresamente palabras de despido.

La Sra. Halfpenny presentó demanda por despido ilegal ante el Tribunal Industrial, incumplimiento de contrato por despido injusto e incumplimiento de la Ley sobre Discriminación Sexual de 1975. El Tribunal Industrial desestimó las tres reclamaciones. Aunque ambas partes habían argumentado ante ellos sobre el fundamento de que el contrato de trabajo de la Sra. Halfpenny había durado hasta el 27 de noviembre, el Tribunal Industrial sostuvo que había terminado al final de su baja por maternidad. Consecuentemente, se sostuvo que no podría haber estado empleada en noviembre de 1995 y no podía ser despedida en noviembre de 1995. Por lo tanto, la reclamación por despido ilegal no prosperó. Análogamente, su reclamación al amparo de la sección 6 (2) (b) de la Ley sobre Discriminación Sexual de 1975, dado que resulta sólo aplicable a aquel empresario que discrimina a «una mujer empleada por él»: si no había contrato de trabajo en noviembre de 1995, ella no era una mujer empleada por él.

La apelación al Tribunal de Apelación de Empleo fue desestimada. El Tribunal de Apelación de Empleo aceptó que, a la vista del acuerdo de las partes acerca de que el contrato continuó hasta el 27 de noviembre de 1995, el Tribunal Industrial se había equivocado al haber encontrado su finalización en fecha anterior. Sin embargo, sostuvieron que el contrato finalizó por razón de la negativa de la Sra. Halfpenny a cumplir con el requisito legal que le exigía una reincorporación física al trabajo el 27 de noviembre.

Durante el periodo en que la apelación de la decisión del Tribunal de Apelación de Empleo estuvo pendiente ante la Corte de Apelación, otra división de la Corte de Apelación (Lord Woolf, M. R., Aldous y Mummery, L. JJ.) decidió *Kwik Save Stores Ltd. v. Greaves [1998] I. C. R. 848*. En este asunto, como en el presente, la demandante había cumplido estrictamente con todos los requisitos legales establecidos que le daban derecho a reincorporarse al trabajo. Tenía dos años de servicio; había preavisado su intención de reincorporarse al amparo de la sección 37; había preavisado el día de su reincorporación («día de reincorporación preavisado») como exigía la sección 42. El día de reincorporación preavisado, estaba enferma, pero acudió a su lugar de trabajo para entregar en mano un certificado médico. La Corte de Apelación sostuvo que a los fines de hacer efectivo el completo ejercicio de su derecho legal, no era necesario reincorporarse físicamente el día de reincorporación preavisado; el derecho legal a reincorporarse había sido completamente ejercitado, de una vez y por todas, por la comunicación del preaviso al amparo de la sección 42; por lo tanto incluso aunque la actora no se reincorporó físicamente dentro del periodo de 29 semanas desde el nacimiento, se consideró que el empresario la ha despedido por aplicación de la sección 56 al impedirle su reincorporación en una fecha posterior. Más aún, ese despido sería ilegal, incluso aunque la razón para el despido fuese una malinterpretación de la ley.

Cuando el presente caso llegó a la Corte de Apelación (Hirst, Ward y Robert Walker, L. J. J.) [1999] I. C. R. 834, los empresarios asumieron que el caso *Kwik Save* era idéntico. La Corte de Apelación, por lo tanto, consideró que conforme a la sección 56, había habido un despido y que tal despido fue ilegal. Con relación a la reclamación de incumplimiento del contrato, sostuvieron que el ejercicio del derecho legal a reincorporarse debe haber revivido el contrato de trabajo hasta el posterior 27 de noviembre. Por consiguiente, la carta de los empresarios de 29 de noviembre era un despido en incumplimiento de contrato. Finalmente, la Corte de Apelación sostuvo que, por las mismas razones que ellos acababan de mencionar, la Sra. Halfpenny debería haber estado en su empleo con los apelantes el 27 de noviembre. El Tribunal Industrial había sostenido que, si, contrariamente a su punto de vista, la Sra. Halfpenny estaba empleada el 27 de noviembre, su despido era discriminatorio sexualmente. La Corte de Apelación adoptó esa consideración del Tribunal Industrial y sostuvo que había sido discriminada en contra de la sección 6 de la Ley de Discriminación Sexual.

La principal dificultad en este caso es determinar qué constituye una «reincorporación al trabajo» en los términos de la Ley. Consideraré primero esta cuestión y después, a la luz de mis conclusiones, consideraré la demanda de la Sra. Halfpenny sobre despido ilegal, despido injusto y discriminación sexual ilícita.

El derecho a reincorporarse al trabajo

Hay tres posibles pareceres en orden a qué constituye una reincorporación al trabajo, a saber:

(a) El trabajador no sólo debe dar los preavisos exigidas por las secciones 40 y 42, sino que debe también acudir físicamente al trabajo el día de reincorporación preavisado [esto es, el día establecido en el preaviso de la sección 42 (1)] o cualquier otro día que se especifique conforme a la sección 42 (2), (3), (5) y (6);

(b) El derecho a reincorporarse se ejercita simplemente dando el preaviso a que se refiere la sección 42 (1); una vez que este preaviso ha sido dado, el trabajador se ha reincorporado;

(c) El trabajador no debe sólo dar los preavisos exigidos por las secciones 40 y 42, sino que debe demostrar también que en el día de reincorporación preavisado (o cualquier otra fecha para la reincorporación, que exige la sección 42), estaba actuando en cumplimiento del contrato de trabajo, esto es, estando presente físicamente para el trabajo si es posible o, si no lo es, ausente del trabajo por las mismas razones permitidas por el contrato.

Hay objeciones importantes para adoptar cualquiera de estos significados, sin embargo, algún significado tiene darse al concepto y por las siguientes razones he concluido que el parecer (c) es el correcto.

La interpretación (a) es a primera vista la más atractiva. En la ausencia de indicación en contrario, uno esperaría que «reincorporación al trabajo» significase que el trabajador tenía que volver a trabajar al lugar de trabajo. Este parecer *prima facie* está reforzado por el hecho de que las subsecciones (3), (5) y (6) de la sección 42 disponen expresamente qué es lo que sucede cuando la reincorporación física está impedido por circunstancias extrañas, es decir, enfermedad o interrupción del trabajo. No obstante, como la importante sentencia en el caso *Kwik Save* demuestra, hay objeciones formidables a adoptar esta

interpretación *prima facie*. Todo el propósito de esta legislación es buscar asegurar que una trabajadora consiga recuperar su puesto de trabajo tras un nacimiento o parto, sujeto a su cumplir ciertos requisitos detallados en relación con los preavisos. Sería verdaderamente extraño si una trabajadora que hubiera observado todos los requisitos legales no tuviese el derecho a reincorporarse simplemente porque el día de reincorporación preavisado fuera incapaz, por circunstancias fuera de su control, de estar físicamente presente. Los ejemplos dados en el caso *Kwik Save* de la trabajadora, que en su camino hacia el trabajo el día preavisado, es atropellada por el Director General de su empresa o una ventisca le impide llegar al trabajo. En la interpretación (a), tal trabajadora no se habría reincorporado al trabajo el día preavisado y no tendría otro derecho a reincorporarse.

¿Qué ocurre con la alternativa (b) que fue adoptada por la Corte de Apelación en *Kwik Save* y se siguió por la Corte de Apelación en el caso presente? No hay duda de que la Corte de Apelación estaba muy influida por su deseo de evitar las consecuencias bizarras de adoptar la interpretación (a). Es más, enfatizaron los términos de la sección 42 (1) «Una trabajadora ejercerá el derecho a reincorporarse al trabajo conforme a la sección 39 preavisando por escrito...».

Dijeron que estas palabras sugieren que el dar el preaviso constituye por sí mismo el ejercicio del derecho de reincorporarse contenido en la sección 39 y condujo la Corte de Apelación en el caso *Kwik Save* [en la página 862(f)-(g)] a decir que:

«El proceso de ejercitar el derecho a reincorporarse al trabajo se completa *antes* de que el día de reincorporación preavisado llegue. Se completa una vez que se ha dado un preaviso apropiado sobre el día de reincorporación preavisado».

A mi juicio, esta interpretación no es satisfactoria por razones tanto literales como prácticas. Primero, no hay duda de que cualquiera que sea una «reincorporación al trabajo», es un evento que ocurre en un tiempo determinado. El derecho concedido por la sección 39 es el de reincorporarse «durante el periodo...que termina 29 semanas después del comienzo de la semana en que ocurre el parto». La sección 42 prevé entonces para dar el preaviso «21 días antes del día en que proponga reincorporarse en su propuesta de reincorporación ese día». Esto demuestra que la comunicación del preaviso no puede constituir por sí misma la reincorporación al trabajo: el preaviso es de una propuesta a reincorporarse al trabajo, al menos, 21 días más tarde. Conforme a la sección 42 (3), la trabajadora, que haya preavisado un día de reincorporación, puede posponer su reincorporación en cuatro semanas, incluso aunque la fecha a que se posponga esté más allá de las 29 semanas después de la semana del nacimiento. Esto demuestra que el momento para hacer el acto que constituye la reincorporación tendría que ser expresamente extendido más allá de las 29 semanas, incluso si el preaviso se dio dentro de las 29 semanas. A mi juicio, las palabras muestran claramente que algo tiene que ser hecho para constituir una reincorporación real: el preaviso conforme a la sección 42 es una elección de ejercitar el derecho a reincorporarse, que es un paso necesario en el proceso para reincorporarse al trabajo, pero que por sí mismo no constituye una reincorporación al trabajo.

Finalmente, en la interpretación (b) se produce una anómala situación práctica. Decir que la trabajadora da preaviso de reincorporación el día X, pero el día X ni se reincorpora físicamente ni se comunica con su empresario. En la interpretación (b), el empresario tiene que tratarla como si se hubiese reincorporado al trabajo, incluso

aunque no haya tenido noticias suyas después de que el plazo de las 29 semanas haya expirado. ¿Está obligado a retribuirle durante este periodo? Si tiene que tratar con su posición, tendrá que buscarla fuera y después seguir todo el procedimiento de despido. Esto es completamente contradictorio con el mecanismo legal diseñado para asegurar que todo el asunto esté clarificado al final de la vigésimo novena semana después del parto, salvo circunstancias específicamente tratadas en varias subsecciones de la sección 42.

Vuelvo entonces a la interpretación (c). En esta interpretación, el preavisar conforme a la sección 42 es necesario, pero no es por sí mismo suficiente, para constituir una reincorporación al trabajo. El derecho de la sección 42 es similar a una opción contractual unilateral. Se habla de «ejercitar» una opción al dar el preaviso especificado. Pero eso no significa que toda la transacción se complete con dar el preaviso. Tómese, por ejemplo, una opción de compra de una propiedad a prueba con 28 días de plazo. Esta opción es ejercitada (esto es, desencadenada) al dar el aviso, pero la total transacción no está completa hasta que haya habido una tasación, el fundo haya sido transferido y el precio pagado. Así que, en el presente asunto, el derecho legítimo de reincorporarse es ejercitado al dar aviso conforme a la sección 42: es el preaviso del «propósito de reincorporarse» un determinado día. El preaviso es una elección a reincorporarse ese día: no es por sí solo una reincorporación.

El procedimiento legal que regula la reincorporación al trabajo actualmente (en cuanto que opuesto al ejercicio del derecho legal de actuar así) es como sigue. Al reincorporarse al trabajo, la trabajadora llega a tener el derecho a los términos y condiciones relativos al pago, antigüedad y demás, no menos favorables que los que hubiese tenido, si no hubiese estado ausente del trabajo desde el final de su baja por maternidad: sección 39 (2). Esto se aplica haya habido o no un contrato de trabajo vigente durante su ausencia. Por eso cuando, “se reincorpora al trabajo” en el sentido de la ley, la trabajadora a su amparo tiene o vuelve a tener todos sus derechos contractuales. Los derechos de una trabajadora incluyen el derecho a trabajar y, por lo tanto, una vez que se ha reincorporado ya no necesita durante más tiempo ningún derecho legal adicional para poder reincorporarse a su trabajo. La cuestión fundamental es, por lo tanto, qué encaraban los legisladores con la frase «reincorporarse al trabajo» que marca la división entre los derechos de la trabajadora que incluyen sólo el derecho a reincorporarse conforme a la ley y sus derechos de convertirse de nuevo en una trabajadora plena.

A mi juicio, la «reincorporación al trabajo» consta del acto o actos de la trabajadora concordantes con la ejecución debida por ella para revivir el contrato de trabajo. En el supuesto normal se exigirá acudir al trabajo físicamente. Pero si las circunstancias son tales que contractualmente no estuviese obligada a estar físicamente presente en tal fecha y demostrase que estaba en tal día actuando con arreglo a sus derechos y obligaciones contractuales, esto constituye una reincorporación al trabajo. De este modo, si su intento de acceder al trabajo está impedido físicamente por, por ejemplo, un accidente, huelga de transportes o condiciones climatológicas, se habría reincorporado al trabajo en los términos de la ley. Mas si enferma, informa a su empresario del hecho y presenta el certificado exigido por el contrato de trabajo, jamás habría regresado a su trabajo en tal fecha.

La objeción a esta interpretación es que casa mal con las disposiciones de la sección 42 (3), que permite a la trabajadora, presentando un certificado médico, extender la fecha de reincorporación 28 días; la subsección (4) prevé que esto sólo puede hacerse una vez. Es una anomalía obvia que, aunque el Parlamento ha dirigido su intención a la cuestión de la enfermedad el día de reincorporación y ha permitido una extensión de 28 días después de que el periodo de 29 semanas haya expirado, el resurgimiento de los derechos de la trabajadora a cobrar la baja por enfermedad le permiten, si todavía está enferma, a ausentarse sin penalización durante tanto tiempo como dure su derecho a la baja por enfermedad. Encuentro esta anomalía menos ofensiva que aquéllas que he apuntado en relación con las otras dos posibles interpretaciones. Después de todo, una anomalía muy parecida aplica, sin embargo, la ley así interpretada. Decir a una trabajadora bien aconsejada, que todavía esté enferma, que se levante de la cama para acudir al trabajo el día preavisado, o el día pospuesto conforme a la sección 42 (3). Con cualquier interpretación, se ha reincorporado al trabajo. Por lo tanto, sus derechos contractuales incluyen el derecho a que su baja por enfermedad haya sido revivida por la sección 39 (2) y se pueda aprovechar de ello.

En *Kelly v. Liverpool Maritime Terminals Ltd.* [1988] I. R. L. 310, la Corte de Apelación sostuvo que en las circunstancias de ese caso, una trabajadora no se ha «reincorporado al trabajo» enviando el certificado médico y diciendo que era incapaz de reincorporarse. Se ha sugerido que este caso decide que no se puede reincorporar al trabajo sólo por enviar un certificado médico y solicitando un permiso. En este caso, toda la cuestión de la reincorporación al trabajo fue tratada por las partes sobre una base más informal. Hasta donde puedo ver, ningún preaviso fue envidado conforme a la sección 42, un punto no especificado en los fallos. Se sostuvo que la carta de la trabajadora no pedía una baja contractual por enfermedad, pero parece que si hubiese hecho eso, habría constituido una reincorporación al trabajo; véase p. 314, párrafo 32. Por lo tanto, el caso giraba sobre hechos especiales y tal autoridad, como prevé, es al efecto de que una reclamación de baja contractual por enfermedad el día preaviso es una reincorporación al trabajo.

De acuerdo con ello, a mi juicio, pero por la conducta de los empresarios, la Sra. Halfpenny habría regresado al trabajo el 27 de noviembre, la fecha acordada por ella de su reincorporación tras posponer el día originalmente preavisado. Sus cartas mostraban todo el deseo de reincorporarse al trabajo siempre y cuando lo permitiese su salud. Tenía el derecho a una baja contractual por enfermedad. Los empresarios no contemplaban otra cosa más que su reincorporación física al trabajo el 27 de noviembre. Rechazando aceptarla como reincorporada al trabajo, violaron sus derechos legales.

Despido ilegal

Como a la Sra. Halfpenny no se le permitió reincorporarse al trabajo, pretende ser tratada, a los efectos del despido ilegal, como habiendo sido empleada hasta el día preavisado (27 de noviembre) y después despedida ese día, porque no se le permitió reincorporarse: sección 56. No se le permitió reincorporarse, porque los empresarios pensaban, equivocadamente, que no se había de hecho reincorporado el 27 de noviembre, es decir, por un error de derecho. En *Kwik Save*, la Corte de Apelación (en la página 864-5) sostuvo que un despido a causa de que el empresario hubiese cometido un error de derecho debe necesariamente ser ilegal. La Corte de Apelación en el caso

presente siguió esa decisión. Pero a mi juicio no es una verdad jurídica que un despido efectuado por error sea necesariamente ilegal. A diferencia del despido injusto (donde cualquier incumplimiento de contrato, sea cual sea el motivo, da derecho a acción), la responsabilidad por el despido ilegal depende del ánimo del empresario. Aunque las ocasiones en las que el despido a causa de un error de derecho no es ilegal pueden ser pocas, no creo que tal resultado sea imposible, especialmente donde, como aquí, el empresario estaba actuando con un punto de vista jurídico aparentemente establecido como correcta por la decisión de la Corte de Apelación.

En estas circunstancias, a mi juicio, el caso debería ser remitido al Tribunal Industrial para decidir si el despido fue ilegal y, si es así, fijar la compensación.

Despido injusto

A mi juicio, no hay un derecho a daños por el despido injusto en este caso. El estado exacto del contrato de trabajo entre la Sra. Halfpenny y sus empresarios durante el periodo de su ausencia por razones de maternidad no está claro. Pero una cosa es de sentido común: como mínimo, todas las obligaciones contractuales están suspendidas salvo y hasta que la trabajadora se reincorpore al trabajo. Por lo tanto, en el caso presente, no puede haber sido una obligación contractual capaz de ser infringida, salva la obligación de permitir a la Sra. Halfpenny reincorporarse. No parece que haya existido una obligación contractual que le permitiese reincorporarse, con separación del derecho legal. Pero incluso si hubiese tal derecho, habría sido parte del derecho compuesto referido en la sección 44. La Sra. Halfpenny, habiendo optado por perseguir su derecho legal a accionar, no puede, por tanto, tampoco exigir el cumplimiento de ningún derecho contractual a reincorporarse; sección 44. En el caso presente, el incumplimiento de los empresarios es la negativa a llevar a efecto el derecho legal: no es un despido de una trabajadora con contrato vigente.

Discriminación sexual

La Sra. Halfpenny reclama que fue discriminada ilegalmente contra lo dispuesto en la sección 6 (2) (b) de la Ley de Discriminación Sexual de 1975 que dispone:

«(2) Es ilícito que una persona, en el caso de una mujer empleada por ella en un establecimiento en Gran Bretaña, la discrimine (a) [...] (b) despidiéndola, o sometiéndola a cualquier otro detrimento».

El Tribunal Industrial sostuvo que, si se podía decir que la Sra. Halfpenny estaba empleada por los apelantes, habría sido discriminada al rechazar aceptar su vuelta. No entendí esta alegación de conducta discriminatoria que ha sido atacada ante Sus Señorías.

Sin embargo, aunque por diferentes razones, tampoco puedo entender que la Sra. Halfpenny fuese «una mujer empleada por» los empresarios en noviembre de 1995. Sus derechos contractuales, en su caso, estaban en suspenso hasta que se reincorporó al trabajo conforme a sus derechos legales. Ningún indicio normal de contrato de trabajo estaba presente: no había obligación de proporcionarle trabajo o hacer trabajo; ni obligación de pagar. Cuando la Sra. Halfpenny efectivamente se hubiese reincorporado al trabajo, entonces, el contrato habría revivido y sería, de hecho, una trabajadora. Este hecho nunca ocurrió, ya que los empresarios se negaron a permitirle a reincorporarse al trabajo.

A primera vista es un rompecabezas que la Sra. Halfpenny pueda tener acción demandar por despido ilegal derivado de su empleo y ya no sea trabajadora. La clave se encuentra en la sección 56 de la Ley de 1978. Esta sección considera artificialmente la negativa a permitir a una mujer reincorporarse a su trabajo como despido; es tratada «a efectos de esta Parte» como si hubiera sido empleada hasta el día preavisado. Las disposiciones consideradas tienen el efecto de dar a la trabajadora el remedio por despido ilegal, incluso aunque no haya contrato de trabajo en su verdadero sentido salvo y hasta que se haya reincorporado efectivamente al trabajo y revivido los términos contractuales suspendidos. Pero estas disposiciones son «a los efectos de esta Parte». No tienen un efecto general sobre el contrato y, desafortunadamente aunque lo sea, a mi juicio, no convierten a la Sra. Halfpenny en trabajadora de los apelantes a los efectos de cualquier ley. Desestimaría, por lo tanto, la reclamación de la Sra. Halfpenny al amparo de la Ley de Discriminación Sexual.

Permitiría, por lo tanto, la apelación y remitiría al Tribunal Industrial (ahora el Tribunal de Empleo) la cuestión de si la Sra. Halfpenny fue despedida ilegalmente conforme a la sección 56 y rechazaría sus reclamaciones de despido injusto y al amparo de la Ley de Discriminación Sexual.

Finalmente, dije desde el principio que todo el tan criticado sistema de los derechos de maternidad para las trabajadoras ha cesado de aplicarse ahora y un nuevo sistema se ha introducido por la Ley de Relaciones de Empleo de 1999. Nada en esta decisión debería ser tomado como un reproche a la interpretación de la Ley de 1999. Hay que esperar que la nueva Ley y su nuevo sistema se mantengan erguidos por su propio pie y no sean interpretados para cumplir con las decisiones conflictivas de los tribunales, que han sido el resultado de la oscuridad de la antigua legislación.

LORD CLYDE

Milores,

La Ley de Protección del Empleo de 1975 introdujo, entre otras cosas, disposiciones relativas a supuestos de embarazo y parto de personas trabajadoras. Claramente esto fue una medida social, dirigida a beneficiar a trabajadores relevantes, al mismo tiempo que reconocía las exigencias al empresario de planificar su personal y su y preservar la continuidad en la actividad de su empresa. Como el título de ley indica, la intención era dar protección mejorada a las trabajadoras. Se buscó hacer esto no sólo introduciendo determinadas disposiciones en la sección 34 por las cuales un despido basado en el embarazo había que considerarlo un despido ilegal, sino también, en la sección 35, introduciendo disposiciones expresas relativas a la ausencia del trabajo a causa de embarazo o parto. Se incluían disposiciones para el pago del subsidio por maternidad y también el derecho a reincorporarse al trabajo. Los derechos contenidos en la sección 35 no eran universalmente asequibles a todas las trabajadoras, sino sólo a aquéllas que satisficieran ciertos requisitos, incluida una específica antigüedad en el servicio. La legislación posterior introdujo varios cambios, pero la sustancia esencial de estos derechos se perpetuó. Siguiendo la Directiva del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la salud y seguridad de las trabajadoras embarazadas y trabajadoras que ha dado a luz recientemente (92/85/CEE), un conjunto adicional de disposiciones se introdujeron

en lo que era entonces Ley de Protección (Consolidación) del Empleo de 1978, por sí ya enmendada, relativas al derecho a la baja por maternidad. El régimen relativo a esta baja por maternidad se inscribía en las disposiciones existentes relativas al derecho a reincorporarse, pero era capaz de entrar en acción con independencia de la antigüedad de la trabajadora. El derecho que ha sido regulado en la antigua legislación, el «derecho a reincorporarse», se hizo disponible ahora tras la expiración del periodo de la nueva «baja por maternidad», en beneficio de aquellas trabajadoras que poseían la particular cualificación de antigüedad además del derecho a la «baja por maternidad». Es con este derecho al que la presente apelación está particularmente referida.

La sección 39 (1) de la Ley de 1978 (en cuanto que aplicable al presente caso) expresamente concede el derecho a reincorporarse al trabajo a una trabajadora que se define en esa subsección. El derecho era el «derecho a reincorporarse al trabajo en cualquier momento durante el periodo que comienza al final de su periodo de baja por maternidad y que termina veintinueve semanas después del comienzo de la semana en que el parto tiene lugar». La sección 39 (2) define qué quiere decir derecho a reincorporarse al trabajo. Se establece:

«El derecho de la trabajadora a reincorporarse al trabajo al amparo de esta sección es el derecho a reincorporarse al trabajo con la persona que era el empresario antes del final del periodo de baja por maternidad, o (en su caso) su sucesor, en el puesto de trabajo en el cual estaba entonces empleada...».

Lo que sigue son detalladas disposiciones asegurando que sus condiciones contractuales no son, hablando en términos generales, peores de lo que deberían haber sido, y con su continuidad en el empleo preservada.

La sección 42 (1) dispone:

«Una trabajadora ejercerá el derecho a reincorporarse al trabajo al amparo de la sección 39 preavisando por escrito al empresario [...] al menos 21 días antes del día en que ella se proponga reincorporarse según su propuesta de reincorporación ese día (el “día de reincorporación preavisado”)».

A primera vista este lenguaje sugiere que se está prescribiendo cómo se consigue la reincorporación al trabajo por el que tiene el derecho. Pero no considero que esto sea lo correcto. De un lado, dar preaviso y reasumir el trabajo son dos cosas claramente diferentes. Dar preaviso no puede constituir una reincorporación al trabajo. La sección 40 (1) y (2) dispone que la trabajadora no haya de tener el derecho a reincorporarse a menos que intime por escrito su intención de ejercitar el derecho. La intención de ejercitar el derecho no puede significar simplemente la intención de comunicar un preaviso. De manera que la «reincorporación al trabajo» no puede lograrse sólo dando el preaviso. Ni lo puede haberse entendido que el trabajo volvería a comenzar al darse el preaviso. Lo que parece entenderse es que la reanudación tendría lugar el día preavisado. Las palabras abiertas de la sección 42 (1) necesitan entonces ser interpretados. La palabra «ejercitará» me parece significativa. La trabajadora no tiene obligación de reincorporarse al trabajo, sólo el derecho. No tiene la obligación de ejercitar el derecho. Así, la sección no está imponiéndole ninguna obligación absoluta. Considero que el subsección debería interpretarse con el significado de que a los efectos de ejercicio de su derecho debe preavisar la fecha propuesta de su reincorporación. Si va a ejercitar su derecho, entonces está obligada a ofrecer un preaviso anticipado. No está obligada

a reanudar su trabajo cuando lo da el preaviso. Lo que ha hecho es dar al empresario preaviso de que el día preavisado el derecho tendrá efecto. Éste estará avisado entonces de que si se niega a permitirle la reincorporación será tratado, al amparo la sección 56, como si la hubiese despedido.

Pero, de otro lado, se ha de considerar la sustancia del derecho. He citado ya la definición. El derecho no es simplemente el del trabajo comprometido, sino el del trabajo comprometido al amparo de términos y condiciones tan buenos como los que disfrutaba antes. Este es el derecho que adquiere eficacia el día preavisado. Es, en sustancia, un conjunto de derechos y obligaciones. Es más que una simple obligación de acudir al trabajo sin cualificación o excepción. El contrato reconoce que puede estar enferma y que puede estar incapacitada para acudir al trabajo por este motivo. Puede, de hecho, contener disposición expresa de prestación por enfermedad durante la ausencia al trabajo. Le puede ocurrir algún accidente, o algún incidente en el lugar de trabajo, que la incapacite para hacerse cargo de su trabajo. Pero si todas las disposiciones contractuales tienen efecto el día preavisado, entonces no puede decirse eso simplemente, porque ha cumplido acudir el día preavisado y ha perdido todo derecho a trabajar. Su posición debería ser la misma que si durante el curso ordinario de su contrato de trabajo no hubiese acudido al trabajo. Puede haber habido multitud de razones por la que haya ocurrido, pero su ausencia no necesariamente implica la pérdida de sus derechos contractuales.

Las secciones posteriores de la sección 42 han sido alegadas al efecto de sostener la hipótesis de que la enfermedad puede ser tenida en cuenta como una razón para ausentarse sólo una vez. Aunque esto sea verdad en el contexto de una extensión del periodo legal, y pueda operar para retrasar la reanudación de todas las disposiciones contractuales, no obvia ese suceso. El régimen legal está agotado, pero lo que sigue no es un nudo derecho a trabajar, que se ha perdido para siempre por no haber acudido en la fecha debida, sino un régimen contractual renovado, que puede operar para preservar los intereses de la trabajadora.

Me parece que la interpretación de las disposiciones del apelante produce un resultado que es inaceptablemente injusto para la trabajadora. La negativa a acudir a su lugar de trabajo en la fecha debida conlleva una inmediata pérdida de su empleo y parece que sin ningún tipo de remedio. Me parece que es un resultado que corre bastante parejo con el claro objetivo de esta legislación. De hecho, con esta aproximación, podría pensarse que era mejor aconsejar a la trabajadora ignorar los derechos legales en su conjunto que correr con el riesgo de una conclusión tan peligrosa.

Algunas cuestiones difíciles surgen de la naturaleza precisa de la relación contractual, si es que hay alguna entre las partes, está sometida al amparo de los dos sucesivos regímenes legales. Sucede que la Ley actúa bajo la hipótesis de que no hay derechos y obligaciones contractuales relevantes, de ahí que la disposición expresa en la sección 33 de que tiene derecho «al beneficio de los términos y condiciones del empleo que le habría sido aplicables si no se hubiera estado ausente». Bajo los términos originales de la legislación, en la sección 35 (2) de la Ley de 1975, se afirmaba expresamente que el derecho a reincorporarse estaba disponible subsistiera o no un contrato de trabajo durante el periodo de ausencia de la trabajadora.

Esa frase no aparece en el tenor de la legislación con la que no encontramos. Sobre la perspectiva que he tomado, puede ser innecesario explorar ese punto. Cualquiera que pueda ser el análisis correcto de la posición del contrato anterior, considero que al amparo de la ley todas las disposiciones contractuales descritas en la sección 39 (2) están pensadas para actuar al expirar el periodo legal y eso es suficiente a los efectos de la apelación.

He tenido algunas dificultades para apreciar la intención y objetivos de la sección 56. Si se permite que las cosas continúen hasta la expiración del periodo legal (y cualquier extensión de ese periodo) podría pensarse que dado que los derechos y obligaciones contractuales han revivido, la negativa a permitir a la trabajadora trabajar habría constituido un despido conforme a la sección 55 (2) (a). Pero en el caso presente el apelante indicó, antes del día debido, que no estaban obligados a mantener el puesto de trabajo a disposición de ella tras esa fecha. Eso me parece que constituye una negativa a permitir reincorporarse al trabajo tras esa fecha. El efecto de la sección me parece que, no obstante tal rechazo, el empleo ha de continuar hasta el día preavisado, que en tales circunstancias podría, por lo demás, no haberse hecho. El efecto entonces es como si la negativa hubiera ocurrido el día preavisado antes de que todas las disposiciones contractuales hubieran revivido totalmente. No he encontrado la sección 56 fácil de entender, pero he llegado a la conclusión de que puede invocarse en las circunstancias del presente caso y, en consecuencia, estoy de acuerdo con la decisión propuesta por noble y erudito amigo Lord Browne-Wilkinson. También estoy de acuerdo con que la reclamación por despido injusto y por discriminación sexual fracase.

**«ESQUIROLAJE» INTERNO Y OTRAS CUESTIONES
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CASSAZIONE
ITALIANA n. 20164, DE 26 SEPTIEMBRE 2007)**

*[INTERNAL STRIKEBREAKING AND ANOTHER QUESTIONS
(COMMENTARY ABOUT THE ITALIAN CASSAZIONE
DECISION NO. 20164, OF SEPTEMBER 26th, 2007]*

Gonzalo Diéguez

Sumario: I. ANTECEDENTES. II. LA CUESTIÓN CENTRAL. III. EL CONTRASTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. IV. CUESTIONES ADYACENTES. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. BACKGROUND. II. THE CENTRAL QUESTION. III. THE CONTRAST OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL DOCTRINE. IV. ADJACENT QUESTIONS. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este trabajo analiza la doctrina de la Corte Suprema italiana sobre esquirolaje interno, comparándola con la doctrina sobre el tema establecida por el Tribunal Constitucional español.

Abstract: This study analyzes the doctrine of the Italian Supreme Court about internal strikebreaking, comparing it to the doctrine established by the Spanish Constitutional Court on the subject.

Palabras clave: Derecho comparado – Italia – Esquirolaje interno.

Keywords: Comparative law – Italy – Internal strikebreaking.

* * *

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 13 mayo 2001, el juez del trabajo del tribunal de la ciudad italiana de Vicenza declaraba por un decreto de los previstos en el art. 28 de la ley n. 300/1970 (*Statuto dei Lavoratori*: SL) la “antisindicalidad” de la conducta de SMAFIN (“sociedad de responsabilidad limitada”) de *sostituire* a trabajadores en huelga por otros provenientes de otras “unidades productivas” de la empresa. Impugnada la resolución por SMAFIN, el tribunal de apelación la confirma, declarando que la conducta de la empresa resultaba lesiva de la libertad sindical, dados, sobre todo, el número de los sustitutos y la adscripción de dos de ellos a tareas inferiores “con significativa modificación de la organización de trabajo”; pero también por: 1) el “sondeo preventivo” efectuado por la empresa sobre los trabajadores en relación con su adhesión o no a la huelga, 2) la omisión de advertencia a los sustitutos sobre el motivo de la sustitución, y 3) el preaviso dado por la empresa a la “fuerza pública”(“de indudable carácter intimidatorio”) requiriendo su presencia en el lugar y tiempo de la huelga. La empresa recurre en casación contra la sentencia, y la Corte Suprema estima el recurso anulando la sentencia impugnada y reenviando la causa a “otro juez”.

II. LA CUESTIÓN CENTRAL

Entre las varias cuestiones suscitadas por la sentencia de la apelación, no cabe duda de que la central es con mucho la de la legitimidad o no de la sustitución de los huelguistas por otros compañeros de trabajo: la propia sentencia de la *Cassazione* la menciona en el mismo apartado (el 5) y a renglón seguido de la anulación que dispone de la de apelación: el juez de reenvío deberá atenerse “en cuanto a la cuestión de la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga al principio enunciado *supra*, 4.2.2.”. En efecto, es este subapartado que, al examinar los “motivos de la decisión”, declara: “se debe afirmar —siguiendo el criterio expuesto en *Cass.* 10624/2006— que en la lógica del equilibrio del derecho de huelga y el derecho de libre iniciativa económica del empresario —ambos garantizados por normas constitucionales—, el primero no puede considerarse lesionado cuando el segundo se ejercite para limitar los efectos negativos de la abstención del trabajo sobre la actividad económica de la empresa, asignando a otros las tareas de los adheridos a la agitación, y sin que resulten violadas normas dispuestas para la protección de situaciones subjetivas de trabajadores”. Se acoge así uno de los “motivos” del recurrente que la sentencia expone en 1.1: la “conducta empresarial no ha incidido directamente sobre el derecho de huelga que ha sido ejercitado por los trabajadores; la inexistencia de una intención lesiva (pues la empresa solo pretendía posibilitar la apertura al público del servicio [*esercizio*] durante el puente pascual) representa un elemento que confirma la no-antisindicalidad del comportamiento”.

Para fundamentar la conclusión se invoca, además de la cit. *Cass.* n.10624, jurisprudencia reiterada (8401/1987, 12822/1991, 9709/2002) que resume declarando a propósito del “esquirolaje interno” (*crumiragio o krumiragio interno*) la “legitimidad del uso por el empresario de cualquier medio legal que, sin impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, se dirija a moderar los efectos negativos de la suspensión de la actividad”. Más adelante, la sentencia explicita su homóloga, ya cit., 10624/2006, quizá porque ofrece un argumento en la misma dirección pero *a contrario*, y según cuyo tenor el empresario tiene el derecho de desarrollar la propia actividad con ocasión de la

huelga dentro de los límites previstos normativamente, de modo que la asignación de las tareas confiadas a los huelguistas, a otros trabajadores, sería ilegítima allí donde se viole una norma de ley o una colectiva (en la especie de autos se trataba de una asignación de trabajadores contratados por el tiempo parcial y determinado de los sábados y domingos [o simplemente determinado] para trabajar en otros días de la semana [para efectuar trabajos suplementarios]). Justamente es aquí donde cuadra con más exactitud el anunciado argumento *a contrario*, pues es precisamente una disposición legal (dec. 1 276/2003) la que prohíbe de modo expreso el llamado “esquirolaje externo” (*crumiragio esterno*), donde los ya propiamente esquiroleros se contrataban *ex novo et profeso* para sustituir a los huelguistas. Es decir: que falta para el esquirolaje interno una disposición equivalente a la que prohíbe el externo; de donde su legitimidad salvo que, al tiempo, implique una vulneración normativa, legal o de convenio. Pues bien, esto último es lo que las sentencias de instancia pretendieron ver en relación con el art. 2103, *Codice civile*.

La “visión” se refería al empleo en la sustitución de dos *tecnici di prodotto* con funciones inspectoras y de control, que de ese modo pasaron a ocuparse en tareas de cualificación inferior. El *codice*, en el antedicho artículo, exige la adscripción del trabajador a las tareas para las que ha sido contratado, pero admitiendo la asignación por exigencias de la empresa, de cometidos *diversos*, siempre que no suponga una disminución de la retribución o un cambio sustancial en su posición. Los jueces de instancia entendieron que estos requisitos legales no se cumplimentaban en las sustitución asumida por los técnicos, con la cual se violaba una suerte de derecho “a su profesionalidad”. La Corte Suprema, inspirándose en las alegaciones del recurrente (“el eventual y esporádico desarrollo de cometidos propios de diversas posiciones de trabajo no comportaba ninguna violación del art. 2103, pues correspondía a la particular naturaleza del rol ocupado por esas figuras profesionales”) entendió que tal no era el caso, citando jurisprudencia reiterada (años 1998-2001-2003-2004), y conforme a la cual el bien tutelado por el art. 2103, cit., no puede considerársele lesionado cuando al trabajador “que continúa a desarrollar de modo prevalente (...) las tareas correspondientes a su cualificación, le sean asignadas otras marginales y accesorias” en relación con aquella. En fin —concluye la Corte—, nada de todo ello tiene que ver con las “modificaciones de la organización de trabajo” que se imputan a la empresa a propósito de la sustitución.

Y ésta es la argumentación de la sentencia sobre el “esquirolaje” interno, y en consecuencia, su exclusión como conducta antisindical de la empresa en relación con la huelga de sus trabajadores, ya que, efectivamente, el art. 28, SL, incluye expresamente en la libertad sindical que puede ser afectada por el comportamiento del empresario, *el derecho de huelga*: una argumentación cuyo núcleo residía en la invocación del art. 41 sobre el derecho constitucional de libre iniciativa económica, y que, como no podía ser menos, incluye la posibilidad de limitar los “efectos negativos” de la huelga, por más que ésta se ampare en el derecho de su nombre, reconocido en el artículo anterior. Solución correcta, porque, además, es de sentido común, ya que a nadie se le ocurre concluir que ante una huelga el empresario debe permanecer indiferente y ocioso como si aquella no existiese; y no pudiese en consecuencia reajustar convenientemente la organización del trabajo en su empresa para paliar el desorden y los perjuicios que de ese

modo le sobrevienen. A nadie se le ocurre —decía— salvo al Tribunal Constitucional de España. Por eso, antes de considerar otras cuestiones adyacentes a esta central que se acaba de comentar, de la sentencia de la *Cassazione*, vale la pena contrastar su solución con la claramente contraria de la jurisprudencia española en este tema de la sustitución “interna” de huelguistas, para ver de extraer alguna secuencia útil cara al futuro.

III. EL CONTRASTE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Se trata de la sentencia 123/1992, de 28 septiembre (del Tribunal Constitucional, como he dicho), que comenté *in extenso* en la Revista Española de Derecho del Trabajo (n. 58, marzo-abril, 1993). Por esta razón no me extenderé sobre ella, y me limitaré a destacar dos datos, por lo demás interrelacionados, para su presentación: la *exaltación* que profesa del derecho de huelga, y el *vulgarismo* de su vocabulario que revela una penuria técnica de primer grado.

Respecto al *primero*, se parte del consabido postulado de la “desigualdad” entre los interlocutores —que ahora habría que llamar “contendientes”— sociales: la empresa y los trabajadores (en huelga). La idea —y de ahí la correspondiente cita— proviene de la sentencia-madre en punto a derecho de huelga, que fue la que lo teorizó absolutamente casi tres años después (8 abril 1981) de que fuese proclamado por la Constitución). Desde esta perspectiva, la huelga tendría como función —incluso “función social”, dice literalmente— corregir esa desigualdad mediante la oportuna protección al “más débil o desvalido”, y de ahí la invocación del programático precepto de la constitución española (art. 9,2) sobre la “igualdad del individuo y de los grupos”, la promoción de cuyas condiciones se asigna sin embargo al Estado (*ibid.*). Con todo, parece claro que en la mente de la sentencia, nuestro “derecho” tiene por delante una tarea muy ambiciosa que exige dotarle del máximo ámbito de actuación y, lógicamente, los mayores atributos. Esto explica que, pese a referirse a la “libertad de empresa”, y aun comentarla (art. 38, CE), la sentencia no enfoque radicalmente el caso ante sí como un crudo conflicto entre aquel derecho y el de huelga, lo que hemos visto hacía de algún modo la *Cassazione* (y que en todo caso no hubiera impedido al tribunal salirse con la suya, dado el carácter “fundamental” del derecho de huelga: secc.1ª, cap.II, tít.I, frente al innominado del de “libertad de empresa”: secc.2ª, *ibid.*); y es que bastaba el conjuro de su invocación en solitario para que los demás derechos *cediesen*. No se explica sino su alegato de la “singular preeminencia” de este derecho, punto donde, por lo demás, comienza a evidenciarse *aquel dato* de la vulgaridad de léxico que se denunciaba como muestra del nulo rigor del razonamiento de la sentencia. Esa preeminencia, que también derivaba de la privilegiada colocación de que se habló de la huelga entre los “derechos fundamentales”, tiene la virtud nada menos que de “anestesiarse, paralizar o mantener en una vida *vegetativa, latente*” durante su ejercicio “*otros derechos*” (f.j. 5). La afirmación resultaría temible sino fuese por su insensatez, pues, de aceptarla, se justificaría, por un lado, la invalidación de cualquier derecho que se interfiriese con el de huelga, pero, por otro, es claro que ni siquiera por metáfora pueden aplicarse a los derechos de las personas ideas que proceden de las ciencias biológicas —el Derecho es una ciencia humana—, e incluso de las médicas. Todo ello provoca una falta de credibilidad en el discurso judicial. Por lo demás, este modo de expresarse del magistrado-ponente

se reproduce cuando el mismo intenta convencernos de otra cualidad del derecho de huelga que también deriva de aquella preeminencia: la intangibilidad. Y es que aquí la sentencia desciende en su estilo de argumentación, de las disciplinas científicas antes mencionadas a la técnica artificiera, cuando afirma que la sustitución de los huelguistas fue una medida tomada para “*desactivar* la presión producida por el paro en el trabajo”: una idea de la huelga próxima, como se ve, a la de explosión. Pero es en ella precisamente donde la sentencia se fija para tachar la decisión patronal de “desleal y de mala fe”, pues obedece —dice— a la intención de disminuir el derecho de huelga. Es decir, que esta última, una vez declarada, debe quedar inmune frente a cualquier decisión del empresario, pues, de otro modo, conductas de éste inspiradas incluso por la intención de asegurar una cierta organización del trabajo que paliase de algún modo el desorden propio de una interrupción prolongada de aquel, deben reputarse *iuris et de iure* dolosas, o cuanto menos, negligentes graves: algo así a como si, por la otra parte, es decir, los trabajadores, se predicase otro tanto de los huelguistas que recabasen fondos o subsidios para, en ese caso, *reactivar* la presión que la huelga comporta.

Ante semejante situación, es difícil no concluir que la sentencia tenía el propósito previo de mantener a toda costa la indemnidad del derecho de huelga, lo cual enlaza con aquel apriorismo de la “exaltación”, de que hablábamos al comienzo. El derecho de huelga es por definición preeminente e intangible, y de ahí que no pueda tan siquiera soportar la licitud de la conducta empresarial de suplir los huelguistas con otros trabajadores propios. Ya se entiende, sin embargo, que esta actitud del Tribunal Constitucional no podía ser aislada, pues es lo cierto que se reproduce en otras de sus decisiones que tuvieron como fondo esa tensión de ampliar lo más y limitar lo menos el derecho de huelga. A ello respondió sobre todo la sentencia-marco sobre nuestro derecho antes cit., de 1981, y que, entre otras cosas, proscribía el lock-out de respuesta contra toda lógica interna de las normas constitucionales al respecto —y cuya licitud vino a sancionarse curiosamente en el proyecto, hoy frustrado, de constitución europea—. En fin, la misma inspiración registra la legitimación de las huelgas intermitentes, las de solidaridad —concepto que incluso se ligó al de “clase obrera”— y las denominadas político-económicas —que tienen por destinatario al Estado, como su mismo nombre indica—. Ignoro si y en qué medida esta tendencia se mantiene; pero, de continuar, no parece que pueda durar mucho, porque, en último término, trae su origen del prolongado ayuno que el Franquismo impuso en la materia, con el subsiguiente empacho que le procuró después el régimen democrático vigente. Pero son ya más de treinta los años transcurridos desde entonces, y de ahí que no parezca aventurado columbrar una evolución aunque sólo sea producida por el agotamiento.

En un climax semejante, la reciente sentencia de la *Cassazione* supone un motivo de esperanza y optimismo, y en este sentido resulta, precisamente por aquel contraste de que se habló, ejemplar para nuestra jurisprudencia. Es cierto que la huelga deviene inevitable en las economías capitalistas, pero eso no conlleva que éstas vayan a neutralizarse de algún modo con una desmesurada ampliación del derecho que ampara a aquella —menos todavía, con un mayor engorde del exhausto Estado de bienestar—. Y es que la rectificación a que nos estamos refiriendo sólo puede provenir de medidas intrínsecas a las mismas economías y su ordenamiento: así, desde el control estatal del crédito y la consecuente represión de la usura, hasta la disolución de la idea misma de las sociedades de capital, y pasando por los pertinentes recortes a la explotación de patentes

de invención de los países más industrializados y ricos, precisamente por solidaridad con los menos. Pero es hora ya de ocuparse, como por lo demás se anunció en su momento, de aquellas otras cuestiones que, junto a la central considerada hasta ahora, se plantearon en el presente caso a la Corte, y que ella misma resolvió consecuentemente.

IV. CUESTIONES ADYACENTES

Todas ellas —referidas ya en los Antecedentes 1), 2), 3)— fueron planteadas del mismo modo que el “esquirolaje” interno, es decir, como conductas (del empresario) “dirigidas a impedir o limitar el ejercicio de la libertad y actividad sindical” *ex* art. 28 SL (que, por cierto, tiene la misma portada que los arts. 175-78-80 de nuestra ley de Procedimiento laboral, lo que indica ha servido a ésta como fuente para su “tutela de los derechos de libertad sindical”).

Respecto a 1), la Corte rechaza que pueda interpretarse como “antisindical” el “sondeo” efectuado por la empresa a los trabajadores sobre su adhesión o no a la huelga convocada, toda vez que se trataba de una simple pregunta potestativa que cada trabajador era muy libre de contestar.

Sobre 2), se concluye otro tanto en relación con la comunicación o no a los sustitutos de que las tareas a efectuar eran precisamente las abandonadas por los huelguistas, pues: a) no se prueba que haya faltado comunicación, ni, de haberse probado, b) grave el hecho como “antisindical”.

Por último, 3), lo mismo puede decirse acerca del “carácter intimidatorio” de la presencia de las fuerzas de orden público avisadas por la dirección de la empresa.

* * *

APÉNDICE DOCUMENTAL*

CORTE SUPREMA DE CASACIÓN

SECCIÓN TRABAJO

Sentencia de 26 septiembre 2007, núm. 20164

DESARROLLO DEL PROCESO

Por decreto de fecha 23 mayo 2001, emitido en el sentido del art. 28 de la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, el Juez de trabajo del Tribunal de Vicenza declaraba la anti-sindicalidad de la conducta llevada a cabo por la S.r.l. X. con la sustitución de personal del punto de venta de W., en huelga, con trabajadores procedentes de otras unidades productivas, y ordenaba a la sociedad que se abstuviese de efectuar tales sustituciones.

El Tribunal de Vicenza rechazaba la oposición propuesta contra tal decreto; sobre la impugnación de la sociedad X., la Corte de Apelación de Venecia ha confirmado tal decisión con la Sentencia hoy impugnada, afirmando que el comportamiento llevado a cabo por la sociedad era lesivo de la libertad sindical tutelada por el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, no sólo por la sustitución de huelguistas, «por el número de los sustitutos y por la adscripción de dos de ellos a tareas inferiores, con significativa modificación de la organización de trabajo, sondeo preventivo de los trabajadores individuales en relación con la adhesión o no a la huelga, omisión de advertencia a los sustitutos del motivo de la sustitución», también por la ulterior circunstancia relativa al preaviso que el director de la filial había dado a la fuerza pública el día antes de la huelga programada, pidiendo su intervención para el día siguiente; a propósito, el Juez de la apelación ha puesto de relieve «el indudable carácter intimidatorio de tal presencia».

Contra esta Sentencia, la Z. S.p.a. (antes X. S.r.l.) interpone recurso de casación con tres motivos, al que la organización sindical FILCAMS CGIL de Vicenza responde con impugnación. Ambas partes han depositado memorias.

MOTIVOS DE LA DECISIÓN

1.1. Con el primer motivo, denunciando los vicios de violación y error en la aplicación del art. 28 de la Ley núm. 300/1970 y de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, así como defecto de motivación, la sociedad recurrente contesta a la subsistencia del presupuesto para la represión de la actividad sindical, constituido por la permanencia de los efectos lesivos de la conducta ilícita, a verificar en relación con la posibilidad de que ésta venga reiterada en lo sucesivo. Se afirma que la conducta denunciada estaba incontestablemente agotada, sin que permaneciese ningún efecto concreto; la Sentencia impugnada se limita a afirmar el mantenimiento de los efectos intimidatorios aún en la actualidad, pero en concreto no indica ningún elemento de hecho que sostenga tal aserto.

* Traducción al castellano, desde el italiano original de la Sentencia (localizada a través de www.cortedicassazione.it), realizada por Alberto Arufe Varela.

No subsistiendo efectos a remover, la Sentencia contiene una inadmisibile condena de futuro.

1.2. Bajo otro perfil, se pone de relieve que la conducta empresarial no ha incidido directamente sobre el derecho de huelga que ha sido ejercitado por los trabajadores; la inexistencia de una intención lesiva (pues la empresa sólo pretendía posibilitar la apertura al público del servicio durante el puente pascual) representa un elemento que confirma la no antisindicalidad del comportamiento.

2.1. Con el segundo motivo, mediante la denuncia de violación y error en la aplicación de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, así como defecto de motivación, se censura la afirmación contenida en la Sentencia impugnada, que ha atribuido objetivo «valor antisindical» a la comprobación preventiva por parte de la sociedad en orden a la adhesión de los dependientes a la huelga, considerando que el trabajador debe permanecer libre de autodeterminarse sobre la participación en la abstención del trabajo hasta el último momento posible, y que ninguna norma impone una comunicación preventiva a nivel individual.

Se observa que la Corte territorial hace notar, sin ningún elemento de apoyo, que la empresa ha obligado a los trabajadores a suministrar una respuesta a la pregunta sobre la participación en la huelga.

2.2. Se afirma después, bajo otro perfil, que contrariamente a lo mantenido por el Juez de apelación, los trabajadores procedentes de otros puntos de venta han prestado su actividad conscientes de sustituir a los trabajadores en huelga.

3.1. Con el tercer motivo se denuncian los vicios de violación y error en la aplicación de los arts. 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, del art. 28 de la Ley núm. 300/1970, del art. 2103 del Código Civil y de los arts. 40 y 41 de la Constitución, así como defecto de motivación. Se censura así la decisión, que ha reconocido una lesión de las situaciones subjetivas protegidas por el art. 28 del Estatuto en la sustitución de los trabajadores adherentes a la huelga con dependientes pertenecientes a otras unidades productivas, atribuyendo particular relieve a las modalidades de tal sustitución, ocurrida con «desplazamiento» de dos técnicos.

Sobre este aspecto, la sociedad rechaza que en el caso sea reconocible una violación del derecho atribuido a dichos trabajadores por el art. 2103 del Código Civil; sostiene, por tanto, la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga con otros dependientes de la empresa, correspondiente a un comportamiento puramente defensivo con la finalidad de limitar los efectos perjudiciales de la huelga.

3.2. Una crítica ulterior se refiere a la valoración expresada en la Sentencia en orden al carácter intimidatorio atribuido a la presencia de la fuerza pública avisada por el director del establecimiento.

4. Los motivos, que pueden examinarse conjuntamente por su conexión lógica, merecen acogida sobre la base de las siguientes consideraciones.

4.1. En cuanto al perfil mencionado en 1.1., se evoca la orientación de la jurisprudencia de esta Corte, según la cual es requisito esencial de la acción de represión de la conducta antisindical, referida en el art. 28 de la Ley núm. 300 de 1970, la actualidad de tal conducta o el perdurar de sus efectos. Con la finalidad de comprobar tal presupuesto, el mero agotamiento de la acción lesiva singular del empresario no puede constituir

la preclusión de la orden del Juez de cesar el comportamiento ilegítimo cuando esto, en comparación con una valoración global no limitada a episodios singulares, resulte todavía persistente e idóneo para producir efectos duraderos en el tiempo, sea por su alcance intimidatorio, sea por la situación de incertidumbre que consigue con ello, susceptible de determinar en alguna medida una restricción o un obstáculo al libre ejercicio de la actividad sindical (véase por todas *Cass.* de 2 septiembre 1996, núm. 8032; 2 junio 1998, núm. 5422; 5 febrero 2003, núm. 1684; 6 junio 2005, núm. 11741).

Por tanto, el requisito en cuestión puede ser reconocido, sobre la base de la apreciación de hecho que queda reservada al Juez de instancia, cuando la lesión de la libertad sindical parezca idónea para determinar (incluso sobre la base de un juicio de presunción) efectos intimidatorios permanentes, a pesar del cese del comportamiento que la ha causado.

4.2.1. La cuestión central que se pone a examen en el caso, se refiere a la configuración de la conducta antisindical prohibida por el art. 28 de la Ley núm. 300/1970, en la hipótesis en que el empresario, con ocasión de una huelga, adscribe otro personal dependiente de la empresa a las tareas propias de los trabajadores huelguistas. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido más veces, en relación con diversos supuestos del llamado «esquirolaje interno», la legitimidad del uso por el empresario de cualquier medio legal que, sin impedir u obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, se dirija a moderar los efectos negativos de la suspensión de la actividad (véase, en este sentido, *Cass.* de 16 noviembre 1987, núm. 8401; 29 noviembre 1991, núm. 12822; 4 julio 2002, núm. 9709). La primera Sentencia citada también ha destacado la ilegitimidad del recurso a la contratación a término para sustituir a los trabajadores huelguistas; en la decisión núm. 9709/2002 se ha afirmado, por otra parte, que el empleo de personal que permanece en servicio también puede ocurrir con la asignación de estos dependientes a tareas inferiores.

En esta línea, más recientemente, *Cass.* de 9 mayo 2006, núm. 10624, ha afirmado el derecho del empresario a continuar desarrollando la actividad propia con ocasión de la huelga, a condición de que esto ocurra dentro de los límites normativamente previstos; la asignación de las tareas desarrolladas por trabajadores en huelga a otros dependientes se convierte, así, en ilegítimo cuando ocurra en violación de una norma legal o de una norma colectiva (en el caso examinado, con la asignación de trabajadores empleados con contratos por tiempo determinado y parcial para prestar servicios en los días de sábado y domingo, a actividades en otros días de la semana para sustituir a los dependientes en huelga, o con la realización, con la misma finalidad, de trabajo suplementario por parte de los dependientes con contrato por tiempo determinado, en oposición a norma legal). La opinión prevalente, sin embargo, que niega la legitimidad del recurso a nuevas contrataciones para suplir la abstención al trabajo de los adherentes a la huelga (esto es, esquirolaje externo), encuentra hoy referencias normativas precisas en diversas disposiciones especiales relativas al contrato a término (art. 20, apartado 5, letra a; art. 34, apartado 3, letra a, del Decreto Legislativo de 10 septiembre 2003, núm. 276).

4.2.2. Con esta perspectiva, se debe afirmar —siguiendo el criterio expuesto en *Cass.* 10624/2006— que en la lógica del equilibrio del derecho de huelga y el derecho de libre iniciativa económica del empresario —ambos garantizados por normas constitucionales—, el primero no puede considerarse lesionado cuando el segundo se ejercite para

limitar los efectos negativos de la abstención del trabajo sobre la actividad económica de la empresa, asignando a otros las tareas de los adheridos a la agitación, y sin que resulten violadas normas dispuestas para la protección de situaciones subjetivas de trabajadores.

4.3. La Sentencia impugnada ha reconocido los extremos del supuesto prohibido por el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, considerando ilegítima la sustitución de los trabajadores en huelga «por el número de los sustitutos y por la adscripción de dos de ellos tareas inferiores».

La decisión merece una viva crítica. La Corte territorial omite, por un lado, indicar las razones por las cuales ha atribuido relevancia al número de trabajadores empleados en sustitución, circunstancia que no parece por sí misma decisiva para valorar la legitimidad de la elección de la sociedad; por otro lado, considera comprobada la violación de la tutela asegurada por el art. 2103 del Código Civil por dos «técnicos de producción» (empleados para sustituir al personal adscrito a la caja, de cualificación inferior), afirmando que la sociedad no contesta el «desplazamiento» ocurrido.

En efecto, la sociedad recurrente ha contestado en el juicio de instancia la lesión expuesta de derechos subjetivos de los mencionados técnicos, sosteniendo que el eventual y esporádico desarrollo de cometidos propios de diversas posiciones de trabajo no comportaba ninguna violación del art. 2103 del Código Civil, pues correspondía a la particular naturaleza del rol ocupado por esas figuras profesionales, que rotan normalmente en varios puntos de venta para verificar la gestión en las secciones que se les asignan.

Tal planteamiento defensivo no ha sido examinado en la Sentencia impugnada, mediante un análisis del contenido profesional de las tareas de los trabajadores considerados: en la motivación sobre el particular, la Corte territorial se limita a compartir —aunque certificando «resultados contrastantes de la prueba instruida»— la afirmación del primer Juez en orden a «probables sustituciones» (de otros adscritos por parte de los técnicos de producción) «sólo en casos excepcionales, siendo el cometido de la sociedad apelante incompatible con el ejercicio de funciones de control e inspectoras referidas a más puntos de venta».

La refutación de las alegaciones de la sociedad resulta ligada a la afirmación según la cual tal cometido «parece dirigido a probar una práctica en base a la cual los inspectores puedan sustituir dependientes con tareas inferiores», práctica que se considera por sí misma contraria a la norma imperativa del art. 2103 del Código Civil, que no consiente derogaciones «al derecho del trabajador individual a su profesionalidad».

Estas evidencias no suministran elementos válidos de apoyo a la decisión, que conserva adquirido el dato de la disqualificación profesional ocurrida de los técnicos de producción sin examinar, como sería necesario, la relación entre las funciones desarrolladas por ellos en la ocasión específica y las funciones propias de su puesto de trabajo. La norma del art. 2103 del Código Civil proporciona una protección especial al trabajador para preservarlo de los «daños al complejo de capacidad y de actitud que viene definido con el término profesionalidad, con el consiguiente compromiso de las expectativas de mejora dentro y fuera de la empresa» (así, Corte Const. de 6 abril 2004, núm. 113) en relación con la utilización del patrimonio profesional adquirido del dependiente. En relación con tal finalidad, la jurisprudencia de esta Corte excluye

que el bien tutelado pueda considerarse lesionado cuando al trabajador, que continúa desarrollando de manera prevalente y absorbente las tareas correspondientes a su cualificación, le sean asignadas otras marginales y accesorias inferiores respecto a las de su competencia (*Cass.* de 25 febrero 1998, núm. 2045; 8 junio 2001, núm. 7821; 20 mayo 2003, núm. 6714; 10 junio 2004, núm. 11045).

En esta hipótesis, por tanto, no se plantea ningún problema de «derogación del derecho del trabajador individual a su profesionalidad», ni pone de relieve, para los perfiles que aquí interesan, la cuestión diversa de la exigibilidad por parte del empresario del desarrollo de tareas no correspondientes a las propias de la cualificación del dependiente. Parece del todo inmotivada, por lo demás, la afirmación relativa a las significativas «modificaciones de la organización del trabajo» adoptadas en el empresa, no siendo indicadas las razones dadas como base de tal convencimiento.

4.4. En cuanto a los otros perfiles de ilegitimidad de la conducta de la sociedad, se pone de relieve un ulterior defecto de motivación en orden a la enunciación (independientemente de una verificación de la intención perseguida por la empresa) del objetivo valor antisindical del «sondeo preventivo» efectuado para verificar la adhesión de los dependientes a la huelga.

La Sentencia impugnada no funda tal apreciación sobre la finalidad discriminatoria o de represalia de los trabajadores, pero, valorada la pacífica inexistencia de una obligación de éstos de comunicar anticipadamente la propia voluntad, mantiene —con una suposición privada de toda argumentación— que tal comunicación, «cuando pedida y efectuada, puede determinar la convicción, respecto a quien ha dado la misma, de una obligación suya de deberse atener a lo preventivamente comunicado».

4.5. Consideraciones análogas valen para la valoración del conocimiento o no de la abstención del trabajo de los dependientes en huelga por parte de los empleados en la sustitución; la Sentencia, que además certifica contrastantes resultados probatorios, no explica del todo por qué excluye que el motivo de la sustitución se hubiese comunicado a los interesados, ni sobre todo explica por qué razón la falta de comunicación adquiere «valor antisindical».

4.6. Lo mismo debe decirse respecto de la afirmación, completamente inmotivada, del «carácter intimidatorio» de la presencia de las fuerzas del orden avisadas por el director de la filial.

5. Por tanto, la Sentencia impugnada debe ser anulada, con reenvío de la causa a otro Juez, que deberá proceder a una nueva investigación ateniéndose, en cuanto a la cuestión de la legitimidad de la sustitución de los trabajadores en huelga al principio enunciado *supra*, 4.2.2.

El Juez de reenvío, designado en el fallo, decide también sobre las costas del presente proceso.

P[or] E[stos] M[otivos]

La Corte estima el recurso. Casa y reenvía, también respecto a las costas, a la Corte de Apelación de Trieste.

Decidido así en Roma, el 13 junio 2007.

CONSIDERACIONES, DESDE EL DERECHO ESPAÑOL, SOBRE EL DAÑO PRODUCIDO CON OCASIÓN DEL TRABAJO COMO ELEMENTO DEL CONCEPTO ITALIANO DE ACCIDENTE DE TRABAJO*

[CONSIDERATIONS, FROM SPANISH LAW, ABOUT THE HARM PRODUCED
ON THE OCCASION OF WORK AS AN ELEMENT OF THE ITALIAN
CONCEPT OF INDUSTRIAL ACCIDENT]

Javier Gárate Castro

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO DEL ELEMENTO Y CRITERIOS QUE RIGEN SU APRECIACIÓN. III. OCASIÓN DEL TRABAJO E “INFORTUNIO IN ITINERE”. IV. OCASIÓN DEL TRABAJO Y ACCIDENTE ACAECIDO EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES. V. PRECISIONES SOBRE EL TIPO DE TRABAJO.

Contents: I. INTRODUCTION. II. MEANINGS OF THE ELEMENT AND STANDARDS GOVERNING ITS VALUATION. III. OCCASION OF WORK AND “GOING AND COMING INFORTUNIO”. IV. OCCASION OF WORK AND ACCIDENT OCCURRED IN THE PERFORMANCE OF EMPLOYEES REPRESENTATION FUNCIONS. V. REMARKS ABOUT THE KIND OF WORK.

Resumen: Este trabajo estudia el concepto italiano de accidente de trabajo, focalizándolo en el elemento «con ocasión del trabajo» y comparándolo con el concepto legal de accidente de trabajo de la Ley General española de Seguridad Social.

Abstract: This study deals with the Italian concept of industrial accident, focussing it in the element «on occasion of work», and comparing it to the statutory concept of industrial accident in the Spanish General Act on Social Security.

Palabras clave: Derecho comparado – Italia – Seguridad Social – Accidente de trabajo – «in itinere».

Keywords: Comparative Law – Italy – Social Security – Industrial accident – Going and coming rule.

* * *

* A lo largo del presente estudio se emplean las siguientes abreviaturas: Cass. (sentencia de la Corte Suprema di Cassazione, sezione lavoro), DPR (Decreto del Presidente della Repubblica), DM (Decreto ministeriale), ET (Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo), INAIL (Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), LGSS (Texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio), LGSS 1974 (Texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), LOLS (Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical), LSS (Texto articulado primero de la Ley de Bases de la seguridad social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril), Riv. inf. mal. prof. (Rivista degli infortuni e delle malattie professionali), TU (Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, aprobado por Decreto del Presidente della Repubblica de 30 de junio de 1965, n. 1124). Su contenido forma parte de los resultados del proyecto de investigación SEJ 2007-65216/JURI (Ministerio de Educación y Ciencia. Dirección General de Investigación/Subdirección General de Proyectos de Investigación).

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, donde la ley ofrece de forma directa o expresa el concepto de accidente de trabajo¹, en Italia, donde tampoco falta un concepto legal, su formulación es indirecta, apareciendo en los arts. 2 y 210 del TU, en relación, respectivamente, con los accidentes de trabajo en la industria y en la agricultura. Tales preceptos presentan como objeto del aseguramiento “todos los casos de accidente producidos por causa violenta con ocasión del trabajo, de los que haya derivado la muerte o una incapacidad permanente para el trabajo, absoluta o parcial, o bien una incapacidad temporal absoluta que comporte el abstenerse de trabajar durante más de tres días”. En rigor, el precepto transcrito manifiesta, de forma pleonástica, que el objeto del aseguramiento es el accidente de trabajo, cuyo concepto se obtiene a partir de la identificación legal de los elementos que han de concurrir, necesariamente, para que un evento pueda ser calificado de “accidente de trabajo”: que aparezca producido por causa violenta, con ocasión del trabajo y cause a quien lo sufra un daño que afecte a su integridad física o psíquica. El examen de los anteriores elementos, que comprende el de su interpretación por los Tribunales, muestra, en comparación con la legislación y jurisprudencia españolas una menor amplitud del concepto de accidente de trabajo y, por lo tanto, de las situaciones que comprende. Contribuyen a ello, de forma notable y principal, los dos primeros, relativos al acaecimiento del accidente por causa violenta y con ocasión del trabajo. Sobre este último y sus coincidencias y diferencias en relación con el elemento equivalente del ordenamiento jurídico español, tanto en general como en relación con algunos de los supuestos a los que el art. 115.2 de la LGSS atribuye, de forma expresa, la consideración de accidentes de trabajo, versa la exposición que sigue.

II. SIGNIFICADO DEL ELEMENTO Y CRITERIOS QUE RIGEN SU APRECIACIÓN

El daño que origina la acción del agente exterior sobre el organismo del trabajador ha de producirse “con ocasión del trabajo”². Tal elemento se corresponde con el que establece el art. 115.1 de la LGSS, al hacer referencia a la lesión corporal sufrida por el trabajador “con ocasión o por consecuencia del trabajo” ejecutado. En ambos casos se está ante un requisito cuya configuración legal tiende a propiciar el carácter amplio o la fuerza expansiva del concepto de accidente de trabajo. De modo similar a lo que sucede en España con su inclusión en el citado precepto, su mención en el art. 2 (y en el art. 210) del TU también se interpreta en el sentido de que no es preciso que el trabajo sea la causa determinante de la lesión y basta con que entre aquél y ésta exista

¹ Véase art. 115.1 de la LGSS. Por cierto, el origen del concepto que ofrece dicho precepto se remonta a la Ley de accidentes del trabajo de 30 de enero de 1900. La definición de accidente de trabajo contenida en su art. 1 (se entiende por accidente “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena”) pasa a cuantos textos legales se han ocupado con posterioridad de esa labor definitoria, sin variación alguna o con algún cambio no sustancial de carácter terminológico, como sucede con la sustitución de la expresión “operario” por la de “trabajador”, realizada por el Texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo de 1956 (aprobado por Decreto de 22 de junio), que será la utilizada en adelante (arts. 84.1 de la LSS y LGSS 1974; art. 115.1 de la LGSS).

² Sobre esto véase, entre otros muchos, A. FONTANA: “Doctrina e giurisprudenza a confronto sull’«occasione di lavoro»”, en *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, I, pág. 421 y sigs.

una relación o conexión mediata o indirecta³ o, si se prefiere, con que la realización del trabajo haya representado la oportunidad para el acaecimiento del accidente. En cualquier caso, la referida conexión no ha de ser puramente marginal⁴. Por otro lado, aunque no pide necesariamente que la “causa violenta” productora del evento dañoso calificable de accidente de trabajo tenga lugar durante el tiempo y en el lugar de trabajo⁵, la concurrencia de semejante correlación cronológica y topográfica tampoco permite concluir, por sí sola, ni presumir que el evento se haya producido con ocasión del trabajo⁶, lo cual, adelanto, marca una importante diferencia respecto al criterio más amplio que impone en el Derecho español la regla del art. 115.3 de la LGSS.

Igual que su equivalente en la legislación española, el elemento examinado es objeto de un amplísimo número de decisiones judiciales que, en su conjunto, contemplan una gran diversidad de casos y contribuyen a delimitar su alcance. Ello muestra la centralidad que ocupa aquél cuando se trata de determinar si un evento dañoso resulta o no constitutivo de accidente de trabajo. En general, la legislación y la jurisprudencia españolas, la primera asumiendo, con frecuencia, criterios previamente seguidos por la segunda, esto es, positivizando sus pautas, se muestran más generosas a la hora de apreciar la concurrencia del requisito. Sin perjuicio de que también se descubra en Italia, como se ha apuntado, una fuerza expansiva del concepto de accidente de trabajo, no aparecen preceptos que contribuyan a ello tanto como lo hace en España el apartado 2 del art. 115 de la LGSS; o todavía más, si cabe, el apartado 3 de igual precepto, según el cual “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”; en Italia, aunque ello constituye, de acuerdo con la jurisprudencia, un indicio de la presencia de un accidente de trabajo, no prueba por sí solo, como ya he señalado, dicha presencia, ni conduce a presumirla⁷. En suma, cabe manifestar que en Italia la indicada fuerza expansiva se debe menos a la ley y más a la acción de la jurisprudencia. El que se deba menos a la ley no significa, como se tendrá ocasión de comprobar, total carencia de reglas que favorezcan aquella fuerza expansiva. Por cierto, el que el concepto italiano de accidente de trabajo resulte menos amplio que el español y, en general, las diferencias que presenta un ordenamiento respecto a los demás en cuanto a la amplitud del concepto de aquél, constituye un dato del que no cabe prescindir en el momento de comparar la siniestralidad laboral y determinar dónde alcanza mayor o menor intensidad. El expresado concepto no es neutro desde el punto de vista de la operación a la que acabo de hacer referencia.

³ Sentencia Cass. de 29 de octubre de 1998, n. 10815 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo VI, parte II, pág. 99): el requisito ocasión del trabajo previsto en el art. 2 TU n. 1124/1965 se configura siempre que el desarrollo de una actividad laboral, aun no siendo la causa, constituye la ocasión del accidente; esto es, ha producido la exposición del trabajador al riesgo propio de él, originando así un nexo etiológico, incluso *mediato e indirecto*. Términos prácticamente iguales en sentencia Cass. de 11 de febrero de 2000, n. 1944 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo I-II, parte II, pág. 17).

⁴ Sentencia *Corte Costituzionale* de 27 de julio de 1989, n. 462 (en *Consulta online*, www.giurcost.org/decisioni/index.html).

⁵ Véase sentencia Cass. de 7 de diciembre de 1996, n. 10910 (*Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1997, pág. 842).

⁶ Sentencia *Corte Costituzionale* de 27 de julio de 1989, cit.; sentencia Cass. de 29 de octubre de 1998, n. 10815, igualmente cit. (“la circunstancia de la «mera presencia» en el lugar de trabajo y la circunstancia de haberse producido el accidente durante la prestación de trabajo pueden constituir un indicio de la existencia de la relación causal, pero no, de por sí, su prueba”. En el caso de autos, se excluye que concurra dicha relación causal en un homicidio voluntario de un trabajador en el lugar de trabajo, en la medida en que, en ausencia de otros elementos unívocos y concluyentes, aparecía ligado el móvil del homicidio, cuyo autor se desconocía, a cuestiones personales).

⁷ Cfr. sentencias citadas nota anterior.

A pesar que la importante relación de dependencia entre la determinación de la concurrencia del nexo causal examinado y las circunstancias del caso, existen ciertas pautas de carácter general, algunas de ellas positivizadas, a las que es preciso atender y cuyo manejo o consideración facilita la mencionada operación de determinación. En este sentido, se trae a colación:

1) Que ha de repararse en el tipo de riesgo del que deriva el evento lesivo o daño. Al respecto, se debe distinguir entre “riesgo genérico”, “riesgo específico” y “riesgo genérico agravado”. El primero es el que afecta a cada persona del mismo modo, con independencia de que realice o no una actividad y, en su caso, de las condiciones de ésta (un terremoto). El segundo es el que figura vinculado o es inherente a las condiciones particulares de la actividad y afecta de modo exclusivo o preponderante a quienes trabajen en ella. Por último, el riesgo genérico agravado, aunque también afecta a todas las personas, gravita en mayor grado sobre aquellas que se dedican a determinadas actividades o trabajos (por ejemplo, la insolación en las faenas agrícolas o el rayo en las tareas forestales) o la posibilidad de su actualización es mayor cuando se realiza una actividad. Pues bien, para poder considerar que un evento dañoso se ha producido con ocasión del trabajo es necesario que el riesgo del que deriva aquél sea un riesgo específico o, por lo menos, de un riesgo genérico agravado (o, si se prefiere, específico “impropio”)⁸.

2) Que no rompe el imprescindible nexo causal el hecho de que el accidente haya estado determinado por culpa o imprudencia del trabajador. En ésta última queda comprendida, especialmente, la que la legislación española conoce como imprudencia profesional, derivada del ejercicio habitual de un trabajo y de la confianza que dicho ejercicio inspira [art. 115.5.a) de la LGSS]. Sin embargo, su inhabilidad para romper el nexo causal no es fruto, en Italia, de una previsión legal expresa, igual que la de la culpa u otras formas de imprudencia. Se deduce implícitamente de los preceptos que vienen a limitar tal efecto de ruptura al dolo o a la culpa grave del trabajador; esto es, de lo que dispone el TU en sus arts. 11, párrafo tercero⁹, y 65¹⁰, así como el art. 9 del Decreto

⁸ Así, sentencia Cass. de 14 de mayo de 1998, n. 4646 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo IV-V, parte II, pág. 73: entra en la noción de ocasión del trabajo también el *riesgo específico impropio*, esto es, aquel riesgo que, aun sin figurar insito en el acto material de la prestación de trabajo, guarda relación con situaciones y actividades estrechamente conexas a las tareas o se presenta accesorio y conexo a la actividad laboral incluso de forma indirecta. En su virtud, se confirma la sentencia impugnada que había declarado como producido con ocasión del trabajo el accidente sufrido por el trabajador al descender de la escalera de su domicilio después de recuperar el equipo de trabajo que le había confiado el empresario, necesario para realizar la tarea que éste le había encomendado). También sentencia Cass. de 10 de enero de 2001 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo I-II, parte II, pág. 8), apreciando el tipo de riesgo considerado y el carácter laboral del accidente sufrido por la trabajadora de un hospital que cae violentamente a tierra tras haber aparcado su propio vehículo, mientras recorría a pie el trayecto del aparcamiento al puesto de trabajo; y sentencia Cass. de 19 de enero de 1998, n. 455 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo VI, parte II, pág. 123, con nota de R. SCIOTTI: “Indemnizzabilità dell’incidente occorso sul mezzo pubblico e giurisprudenza di legittimità: una nuova hipótesis di infortunio in itinere”), relativa a las condiciones bajo las cuales el riesgo genérico conexo al uso de los medios de transporte asume una connotación etiológica profesional que lo transforma en agravado y permite entender que se ha producido con ocasión del trabajo el evento que derive de su actualización.

⁹ El INAIL puede “ejercitar la misma acción de regreso contra el accidentado, cuando el accidente se haya producido por dolo del mismo declarado en sentencia penal. Cuando se dicte sentencia según la cual no deben continuar las actuaciones por muerte del imputado o amnistía, el dolo habrá de ser declarado en la forma establecida por el Código de procedimiento civil”.

¹⁰ “El asegurado que haya simulado un accidente o haya dolosamente agravado las consecuencias del mismo pierde el derecho a toda prestación, sin perjuicio de las penas establecidas por la ley”. Con dicho precepto guarda relación el art. 64, según el cual el INAIL, “cuando tenga motivo para considerar que el accidente se hubiese producido por dolo del accidentado o que las consecuencias del mismo hayan sido dolosamente agravadas, podrá solicitar al juez la declaración de urgencia por la vía y de acuerdo con las normas de los artículos 692 y siguientes del Código de procedimiento civil y del art. 231 del Código de procedimiento penal. Las correspondientes costas serán a cargo del Instituto asegurador”.

legislativo de 23 de febrero de 2000, n. 38¹¹. Se trata de una situación similar a la que se presenta en España en relación con la culpa o la conducta de imprudencia que no encaje en la “profesional” ni en la “temeraria”, cuya inhabilidad para romper el nexo causal deriva, a sensu contrario, de la previsión legal limitativa de derechos y, por lo tanto, de necesaria interpretación restrictiva, que sólo identifica al dolo y a la imprudencia temeraria como circunstancias determinantes de la ruptura del nexo causal¹².

3) Que, según se acaba de apuntar, impide considerar que el evento se ha producido con ocasión del trabajo y, por lo tanto, que se trata de un accidente de trabajo el que aquél se deba a dolo o culpa grave del trabajador. Esta última se puede reconducir a la imprudencia temeraria que contempla el art. 115.4.b) de nuestra LGSS. No sucede lo mismo con el riesgo electivo, del que me ocupo a continuación.

4) Que igual efecto de ruptura del nexo causal se produce cuando el evento dañoso es fruto del denominado “riesgo electivo” (*rischio elettivo*), cuyo juego presenta particular relieve a la hora de establecer si puede acceder a la categoría de accidente de trabajo un accidente *in itinere*¹³. Debe entenderse por riesgo electivo, según la jurisprudencia, el que comporta “una desviación puramente arbitraria” y voluntaria de las normales exigencias de la ejecución del trabajo por “finalidades personales” y genera la sujeción a riesgos distintos de los inherentes a tales exigencias¹⁴; “aquel consecuente a una elección arbitraria del trabajador que, movido por impulsos personales, haya creado y afrontado voluntariamente una situación distinta de la inherente a la actividad laboral, incluso ampliamente entendida, dando lugar con ello a una causa de interrupción de todo nexo entre el trabajo, el riesgo y el evento, apta para privar al evento de cualquier apariencia de profesionalidad”¹⁵. Su identificación requiere la concurrencia simultánea de las circunstancias que se acaban de señalar (acto voluntario y arbitrario, en el sentido de ilógico y extraño a los fines laborales, dirigido a la satisfacción de impulsos meramente personales —entre ellos la curiosidad ajena al trabajo— y que supone el afrontar un riesgo distinto de aquel al que se hubiese estado sujeto de no haberse realizado), que permiten distinguirlo de la conducta del trabajador constitutiva de culpa (imprudencia, negligencia, impericia), la cual, como he indicado, no rompe la relación de causalidad. Se ha considerado que existe riesgo electivo y, por lo tanto, falta el elemento ocasión del trabajo, en el accidente sufrido por el trabajador en el cuartel de los bomberos, al acercarse por “curiosidad”, para observarlo de cerca, durante una pausa en el curso de adiestramiento antiincendios al que había sido enviado por la empresa, al hueco por el que descienden aquéllos, por el

¹¹ Refiriéndose a los casos en que el INAIL tiene la posibilidad de proceder a la rectificación de los errores que se hubiesen producido en el reconocimiento, pago o liquidación de las prestaciones causadas por el trabajador víctima del accidente de trabajo, el citado artículo excluye de tal posibilidad (apartados 1 y 2) las rectificaciones derivadas de los supuestos de *dolo* o *culpa grave* del interesado declarados judicialmente.

¹² Art. 115.4.b) de la LGSS: “no tendrán la consideración de accidentes de trabajo (...) b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

¹³ Así, sentencia Cass. de 6 de agosto de 2003, n. 11885 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo 1, parte II, pág. 7): en el accidente *in itinere* el riesgo electivo debe ser valorado con mayor rigor, por lo que la vulneración de las normas fundamentales del código de circulación puede dar lugar, en función de la valoración de las circunstancias del caso realizada por el juzgador *a quo*, un agravamiento del riesgo hábil para excluir de raíz su tutela como accidente de trabajo.

¹⁴ Cfr. sentencia Cass. de 4 de julio de 2007, n. 15047 (en *AmbienteDiritto.it*: www.ambientediritto.it/sentenze/2007/Cassazione/Cassazione%202007%20n.15047.htm).

¹⁵ Sentencia Cass. de 8 de marzo de 2001, n. 3363 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo III, parte II, pág. 96, con nota de F. PONTRANDOLFI: “Occasione di lavoro e obblighi derivanti dalle norme antinfortunistiche: videoterminale e utilizzo improprio della postazione”).

que terminó cayendo tras perder el equilibrio¹⁶. También en la lesión en el brazo que sufre el trabajador al término de la jornada, al ir a fichar su salida e intervenir para calmar una discusión entre una persona perteneciente al servicio de vigilancia de la empresa y un tercero, sin que tal intervención figurase impuesta por exigencias de la ejecución de la prestación de trabajo¹⁷; en el accidente sufrido en el desplazamiento entre el domicilio y el lugar de trabajo por no haberse atendido a una señal de stop o a raíz de la maniobra tendente a evitar a otro vehículo realizada después de entrar en una carretera infringiendo una prohibición de tránsito¹⁸; o, en fin, en el accidente sufrido por el trabajador durante el ejercicio del derecho de huelga¹⁹, sobre cuya relación con el accidente de trabajo no hay, igual que en España, precepto legal²⁰.

5) Que, como ha sucedido en España²¹, ha terminado por contar con previsión legal expresa, precedida de su reconocimiento por parte de la jurisprudencia²², la posibilidad general de que pueda considerarse producido con ocasión del trabajo y, por lo tanto, quede cubierto como accidente de trabajo, el denominado accidente in itinere. Por su trascendencia, el supuesto merece un examen separado que permita la lector apreciar hasta qué punto pueden descubrirse diferencias respecto a su configuración en España.

III. OCASIÓN DEL TRABAJO E “INFORTUNIO IN ITINERE”

En Italia, la previsión legal expresa sobre este tipo de accidente de trabajo, mucho más tardía y también mucho más precisa o detallada que la española, forma parte de las importantes modificaciones introducidas por el Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, n. 38, cuyo art. 12, titulado “infortuni in itinere”, añade a los arts. 2 y 210 del TU un nuevo párrafo del siguiente tenor:

“Salvo el caso de interrupción o desvío totalmente independiente del trabajo o no necesario, el aseguramiento comprende los accidentes sufridos por las personas aseguradas durante el normal recorrido de ida y regreso del lugar del domicilio al del trabajo, durante el normal recorrido que une dos lugares de trabajo, si el trabajador mantiene varias relaciones laborales, y, cuando no exista un servicio de comedor de empresa, durante el normal recorrido de ida y regreso del lugar de trabajo al de consumo habitual de las comidas. La interrupción y el desvío se consideran necesarios cuando se deban a causas de fuerza mayor, a exigencias esenciales e improrrogables o al cumplimiento de obligaciones penalmente relevantes²³. El aseguramiento comprende también el supuesto de empleo del medio de transporte privado, siempre que sea

¹⁶ Sentencia Cass. de 4 de julio de 2007, n. 15047, cit.

¹⁷ Sentencia Cass. de 27 de enero de 2006 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo 1, parte II, pág. 3).

¹⁸ Sentencia Cass. de 6 de agosto de 2003, n. 11885, cit. nota 13.

¹⁹ Sentencia Cass. de 2 de febrero de 1988, n. 956, en *Diritto e pratica del lavoro*, 1988, pág. 1844.

²⁰ Esta circunstancia tampoco ha impedido en España el apreciar la inexistencia de relación de causalidad. A tales efectos, se repara en la suspensión del contrato de trabajo que comporta el ejercicio del derecho de huelga [así, sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Social) de 3 de marzo de 1995 (Aranzadi Social 954), relativa al accidente que sufren, iniciada ya huelga, dos delegados sindicales que participaban en un piquete informativo].

²¹ Art. 84.5 de la LSS.

²² Sobre esta anticipación jurisprudencial véase M. GAMBACCIANI: “L’infornio in itinere: dall’interpretazione giurisprudenziale alla recente disciplina legislativa”, *Il Diritto del lavoro*, 2000, pág. 425; también A. FONTANA: “L’infornio in itinere”, en *Riv. inf. mal. prof.*, parte I, págs. 627 y sigs.

²³ Por ejemplo, para auxiliar a la víctima de un accidente de tráfico.

necesario. En este caso, quedan excluidos los accidentes directamente provocados por el abuso del alcohol y de psicofármacos o por el uso no terapéutico de estupefacientes y alucinógenos; tampoco cubre el aseguramiento el supuesto del conductor desprovisto de la obligada habilitación para conducir”.

Se está ante un precepto que positiviza o recibe los criterios jurisprudenciales sobre la materia²⁴ y condiciona el margen de actuación de los Tribunales con mucha más intensidad que la legislación española, que se limita a la mera previsión del accidente in itinere²⁵ y permite que continúen siendo los Tribunales quienes delimiten su alcance o ámbito. Supone la culminación de un proceso que se inicia en 1963, cuando se delegó en el Gobierno, sin éxito, la tarea de regulación de dicha modalidad de accidente de trabajo²⁶. Como he apuntado, es la primera vez que se produce la general consideración legal del accidente in itinere como accidente de trabajo. Sin embargo, ello no significa que hasta entonces la legislación italiana desconociese la figura; sucedía, simplemente, que su previsión legal expresa no era general y se refería, únicamente, a un supuesto concreto que afectaba a las tripulaciones de buques y artefactos flotantes mencionadas en el párrafo último del art. 4 del TU²⁷. De acuerdo con el art. 6 del propio TU, las personas integrantes de tales tripulaciones tienen derecho a las prestaciones establecidas para los casos de accidente de trabajo “incluso si el accidente se produce durante el viaje realizado para el embarco en las naves al servicio de las que estén enrolados o para ser repatriados en caso de que el ‘desenrole’ haya tenido lugar, cualquiera que sea su motivo, en localidad distinta de la de enrole o de aquella en que se encontrasen en el momento de la llamada para el embarco, siempre que en el viaje de ida o de retorno no cambien, sin razón, el itinerario preestablecido”.

Para que pueda entenderse producido con ocasión del trabajo y constitutivo de accidente de trabajo, es preciso que el accidente in itinere derive de un riesgo que cumpla las condiciones generales ya expuestas, de concurrencia de los elementos que se oponen a su consideración de simple riesgo genérico y a su inclusión en la hipótesis del riesgo electivo. A efectos de determinar cuándo se verifica lo anterior es necesario reparar en dos factores: el medio y la ruta de desplazamiento. El requisito de la ocasión del trabajo sólo se cumple cuando el medio empleado sea necesario y la ruta seguida resulte la apropiada para efectuar el desplazamiento del domicilio al puesto de trabajo y viceversa.

²⁴ Se manifiesta al respecto que “el legislador del 2000 ha captado y codificado los resultados a los que había llegado una vasta elaboración jurisprudencial” (G. FERRARI y G. FERRARI, ob. cit., pág. 162). En igual sentido, sentencia Cass. de 18 de julio de 2007, n. 15973 (en *Studio legale Law*, www.studiolegalelaw.it/new.asp?id=2319): “el art. 55, letra u) Ley 17 mayo 1999, n. 144, al delegar en el Gobierno para elaborar una normativa específica de tutela del accidente in itinere, le ha puesto como directriz la recepción de los principios jurisprudenciales consolidados en la materia”.

²⁵ Art. 115.2.a) de la LGSS: “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: 8 (...) a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”.

²⁶ La delegación legislativa, conferida por el art. 31 de la Ley de 19 de enero de 1963, n. 15, no llegó a ejercitarse. Tal circunstancia no se consideró constitutiva de inconstitucionalidad [sentencia *Corte Costituzionale* de 12 de enero de 1977, n. 8 (en *Consulta online*, www.giurcost.org/decisioni/index.html)]. Para la Corte, de la falta de ejercicio de la delegación no derivaba ninguna violación de norma constitucionalmente garantizada, sino, como mucho, una responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento].

²⁷ De acuerdo con este precepto, por lo que respecta a la navegación y pesca figuran comprendidas en el ámbito subjetivo del aseguramiento, cualquiera que sea la forma de su retribución, los miembros de la tripulación de las naves o artefactos flotantes, incluso si se encuentran afectos a fines deportivos.

Se admite que el riesgo genérico inherente al empleo de medios de transporte adquiere la suficiente conexión con el trabajo, hasta transformarse, al menos, en riesgo genérico agravado (o específico impropio) cuando dicho empleo aparezca impuesto por la necesidad de desplazarse al puesto de trabajo y el trabajador no tenga otra alternativa²⁸, como puede ser la de desplazarse a pie habida cuenta de la proximidad o escasa distancia a recorrer²⁹. Esa falta de alternativa adquiere especial importancia en el caso del empleo de un medio “privado” de transporte (vehículo propio). Dicho empleo permitirá considerar que el accidente se ha producido con ocasión del trabajo sólo cuando el trabajador acredite que se ha visto obligado a acudir a aquél por necesidad³⁰, ante la carencia (inexistencia) o la inadecuación de los medios de transporte públicos para efectuar el desplazamiento al lugar de trabajo³¹ motivada, por ejemplo, por no coincidir el horario de trabajo y el de dichos medios públicos³²; o por no cubrir éstos todo el recorrido que debe realizarse o constituir el uso del medio privado el único modo de armonizar de la mejor manera posible el horario de trabajo con las normales exigencias de la vida personal y familiar³³. La acreditación de este tipo de circunstancias impide que pueda apreciarse un supuesto de riesgo electivo y permite el reconocimiento, cuando menos, de un riesgo genérico agravado.

En cambio, no cabe considerar que exista accidente de trabajo cuando el recurso al medio privado de transporte se debe sólo a la mayor comodidad (por ejemplo, posibilidad de levantarse más tarde) o las menores molestias en comparación con el empleo de un medio de transporte público³⁴. Tampoco cuando la opción por el medio privado no figura justificada por la cercanía del lugar de trabajo, que permite que el desplazamiento pueda hacerse a pie³⁵. Tales circunstancias, ponderadas por la jurisprudencia, muestran la interpretación restrictiva de que es objeto el requisito de la necesidad

²⁸ Así, entre otras, sentencia Cass. de 19 de enero de 1998, cit., relativa al carácter de accidente de trabajo que conviene al sufrido por un trabajador al dirigirse de su domicilio al lugar de trabajo en un autobús de línea. Según advierte la Corte, el imprescindible empleo del medio de transporte para poder acudir al lugar de trabajo constituye la relación finalista o instrumental necesaria para apreciar el *quid pluris* que permite considerar susceptible de indemnización el accidente *in itinere*, por dejar de estar asociado al riesgo genérico que afecta a todos los usuarios de la carretera.

²⁹ Así, sentencia Cass. de 12 de octubre de 2002, n. 11112 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículos IV-V, parte II, pág. 110). Tras manifestar como es posible que el riesgo genérico de la carretera se transforme en riesgo específico del trabajo, concluye la Corte que no es acreedor de indemnización el accidente sufrido por el trabajador a raíz del empleo de una bicicleta para desplazarse al lugar de trabajo, puesto que la necesidad de recurrir a dicho medio de transporte aparece excluida por la proximidad de aquél al domicilio o por la posibilidad de efectuar el recorrido totalmente a pie o empleando en parte un medio público de transporte. En igual sentido, en relación con el accidente sufrido en el desplazamiento al domicilio en motocicleta particular, durante la pausa para la comida, sentencia Cass. de 1 de septiembre de 2004, n. 17544 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo 3, parte II, pág. 77).

³⁰ Como dispone el nuevo párrafo de los arts. 2 y 210 del TU, añadido por el Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, cit., el empleo del medio privado no impide que el accidente se considere de trabajo “siempre que sea necesario”.

³¹ Sentencia Cass. de 6 de agosto de 1997, n. 7259 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículos I V-V, parte II, pág. 129). Como apunta la sentencia, corresponde al juzgador *a quo* valorar si las razones aducidas por el trabajador para justificar su opción por el empleo del medio privado de transporte son suficientes a efectos de excluir que tal opción haya supuesto una libre elección a la exposición de un riesgo distinto del conexo a la actividad laboral.

³² Así, entre otras, sentencias Cass. de 1 de febrero de 2002, n. 1320 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículos I y II, parte II, pág. 19), y 2 de mayo de 1997, n. 3756 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo III, parte II, pág. 85).

³³ Sentencia Cass. de 27 de julio de 2006, n. 17176 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo 2, parte II, pág. 43, con nota de M^a. T. ALBISINNI: “Infortunio in itinere e uso del mezzo di locomozione privato”). Confirma la Corte la sentencia del juez *a quo* que rechazó que fuese accidente de trabajo el sufrido por la trabajadora demandante cuando se desplazaba a trabajar en su motocicleta (*motorino*); tal rechazo viene precedido de la apreciación de que las condiciones de trabajo de aquélla se dirigían, por sí mismas, a conciliar las exigencias laborales con las familiares y que el posible ahorro de tiempo conseguido con el empleo de dicha motocicleta no repercutía de manera relevante, por su entidad, sobre las generales exigencias de la vida familiar.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. sentencias Cass. de 12 de octubre de 2002, n. 11112, y 1 de septiembre de 2004, n. 17544, ambas cits. nota 29.

del empleo del medio privado de transporte. Es impensable que nuestros Tribunales pudiesen acoger una interpretación similar.

Respecto al segundo de los factores señalados (la ruta seguida), se considera, a propósito del empleo de medios privados de transporte, que la apreciación de, al menos, un riesgo genérico agravado (o específico impropio) requiere que se siga el normal recorrido³⁶ y que no hay accidente de trabajo cuando se ha elegido el recorrido más largo entre los posibles³⁷ o se ha producido una interrupción o una desviación del recorrido normal no justificadas por razones laborales o no necesarias. En ambos casos se rompe el imprescindible “nexo etiológico” (nexo eziologico) que debe existir entre el trabajo y el recorrido o camino seguido para que el suceso pueda ser calificable de accidente de trabajo; el accidente sería fruto de un mero riesgo genérico que, como tal, está excluido del aseguramiento. Distinto de la expresada interrupción no necesaria, actualmente contemplada como circunstancia que rompe el nexo causal en el párrafo tercero de los arts. 2 y 210 del TU, es el supuesto de la breve parada, la cual, aun sin presentarse necesaria (por ejemplo, para satisfacer una necesidad fisiológica), permitiría, siempre que no haya alterado las condiciones del riesgo para el trabajador asegurado, la apreciación de un accidente de trabajo, según ha tenido oportunidad de declarar la Corte Costituzionale³⁸. Los criterios expuestos son análogos a los que cabe encontrar en la jurisprudencia española que interpreta el factor o requisito topográfico del concepto de accidente de trabajo *in itinere*.

Con carácter general, también debe apreciarse que es fruto de un riesgo genérico y, por lo tanto, no es constitutiva de accidente de trabajo, la lesión sufrida durante el desplazamiento realizado para comer en el propio domicilio, existiendo un servicio de comedor de empresa. El criterio, anticipado, como los demás examinados, por la jurisprudencia³⁹, forma actualmente parte del contenido del párrafo añadido en 2000 a los arts. 2 y 210 del TU.

IV. OCASIÓN DEL TRABAJO Y ACCIDENTE ACAECIDO EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

En el Derecho italiano, no hay precepto legal que incluya dentro del accidente *in itinere* el sufrido por el representante de los trabajadores al ir o volver del lugar en el

³⁶ Véase sentencias Cass. de 2 de mayo de 1997, n. 3756, y 1 de febrero de 2002, n. 1320, ambas ya cit. A la necesidad del “normal recorrido” hace referencia expresa el nuevo párrafo de los arts. 2 y 210 del TU, añadido por el Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, igualmente cit.

³⁷ Sentencia Cass. de 1 de febrero de 2002, n. 1320, cit.

³⁸ “Ordinanza” 1/2005, de 10-11 de enero de 2005 (Gazetta Ufficiale de 19 de igual mes y año), declarando manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional del párrafo tercero del art. 2 del TU añadido por el Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, n. 38, en la parte en que excluye del aseguramiento obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales los accidentes *in itinere* en todo caso de interrupción no necesaria del normal recorrido de ida y vuelta del domicilio al trabajo y no sólo cuando la interrupción determine la aparición de una situación de riesgo distinta de la ocasionada por el desarrollo de las tareas laborales. Sobre la distinción entre la interrupción necesaria y la breve parada no necesaria que produce igual efecto, véase también sentencia Cass. civ., sez. lav., de 18 de julio de 2007, n. 15973, cit.

³⁹ Así, sentencia Cass. de 21 de febrero de 1997, n. 1582 (*Riv. inf. mal. prof.*, fascículo III, parte II, pág. 96): a los efectos del art. 2 del TU, no es accidente de trabajo el sufrido *in itinere* por el trabajador mientras se dirige al propio domicilio a bordo de su vehículo, durante la pausa laboral, para comer. Tal necesidad de comer no constituye evento típico y previsible de la prestación de trabajo cuando figure cubierta por la empresa mediante la puesta a disposición de un servicio de comedor.

que ejercite su actividad representativa. Es más, ni siquiera hay previsión legal que determine si es accidente de trabajo la lesión sufrida con ocasión del ejercicio de dicha actividad. Como se sabe, la legislación española considera de forma expresa, desde hace mucho tiempo⁴⁰, que ambas situaciones son constitutivas de accidentes de trabajo, apareciendo incluidas con este carácter, en la actualidad, en el art. 115.2.b) de la LGSS⁴¹, que hay que entender que se refiere, además de a los representantes unitarios y sindicales, a quienes, aun sin ostentar ninguna de tales condiciones, participen en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos o desarrollen funciones sindicales valiéndose, a lo sumo, de los oportunos permisos⁴²; esto es sin hacer uso de la excedencia forzosa⁴³, prevista para el caso del trabajador que pase a desempeñar cargo de ámbito provincial o superior dentro de un sindicato⁴⁴.

A falta de regulación del supuesto, su solución queda, en Italia, en manos de los Tribunales (de los ordinarios y de la Corte Costituzionale), los cuales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre las diversas situaciones:

1) Tratándose de trabajadores que pasan a ocupar en el sindicato al que pertenecen cargos provinciales o nacionales desde los que realizan una actividad por cuenta e interés de aquél (trabajo sindical), quedando en su empresa en situación de excedencia (aspetativa) no retribuida⁴⁵, el criterio de la Corte Costituzionale es el de entenderlos incluidos entre las personas acreedoras del aseguramiento, de las que se ocupa el art. 4 del TU, en la medida en que la actividad sindical desempeñada encaje entre las tareas peligrosas que menciona el art. 1 del mismo texto legal y, por lo tanto, entrañe la exposición a un riesgo profesional igual que aquel al que figuran sometidos los grupos de trabajadores específicamente tutelados, contemplados en el citado art. 4. A estos efectos, las asociaciones sindicales por cuya cuenta se realice la referida actividad tendrían la consideración de empresarios obligados al aseguramiento, a los que se refiere el art. 9 del TU⁴⁶. La situación sería equiparable a la que se da en España respecto a los “cargos representativos de los sindicatos (...) que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución”, que el art. 97.2.1) de la LGSS declara expresamente comprendidos en el campo de aplicación del régimen general de la seguridad social, resultando protegidos, en virtud de ello, frente a los accidentes de trabajo que sufran en el desarrollo de las indicadas funciones.

2) Tratándose de trabajadores dependientes que tengan también la condición de dirigentes sindicales provinciales o nacionales y que se encuentren disfrutando, como

⁴⁰ Véase art. 84.5.b) de la LSS y art. 84.2.b) de la LGSS 1974.

⁴¹ “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo (...) b) Los que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos”.

⁴² Cfr. art. 37.3.e) del ET y art. 9.1.a) de la LOLS.

⁴³ Cfr. art. 46.4 del ET y art. 9.1.b) de la LOLS.

⁴⁴ El desempeño de dicho cargo daría lugar, en su caso, a la protección frente a los accidentes de trabajo sufridos con ocasión de aquél, no por aplicación del art. 115.2.b) de la LGSS, sino por la inclusión de quien ocupa el cargo en el campo de aplicación del régimen general de la seguridad social, de acuerdo con el art. 97.2.1) de igual texto legal, añadido por el art. 1. Uno de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre.

⁴⁵ Art. 31 de la Ley de 20 de mayo de 1970, n. 300 (*Statuto dei lavoratori*).

⁴⁶ Sentencia de 6 de mayo de 2002, n. 171 (Gazzetta Ufficiale, 1ª Serie speciale, n. 19, del 15 de igual mes): “Debe por tanto ser declarada la ilegitimidad constitucional de los arts. 4 y 9 del DPR 30 junio 1965, n. 1124, en la medida en que no incluyen entre los beneficiarios del aseguramiento contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y entre los obligados a las correspondientes cotizaciones, respectivamente, a los trabajadores en excedencia llamados a ocupar cargos sindicales (provinciales y nacionales) y a las organizaciones sindicales por cuenta de las cuales aquéllos desarrollen actividades previstas en el art. 1 del mismo texto único”.

tales, del permiso sindical retribuido que contempla el art. 30 del Statuto dei lavoratori (Ley de 20 de mayo de 1970, n. 300)⁴⁷, dirigido a satisfacer una específica e individualizada actividad sindical extraempresarial que no afecta, por su carácter puntual u ocasional, a la continuidad de la prestación de trabajo, la misma Corte Costituzionale considera que no es inconstitucional la omisión de la extensión del aseguramiento contra los accidentes de trabajo a los accidentes que sufran aquéllos en el curso del disfrute de dicho permiso, observable en el art. 4 del TU⁴⁸. Dicho de otro modo, no se estaría en presencia de accidentes cuyo acaecimiento se pueda considerar producido con ocasión del trabajo.

3) Por lo que respecta a otros posibles supuestos, parece que la conclusión de la Corte Costituzionale a la que acabo de hacer referencia puede extenderse, sin dificultad, a las lesiones que los trabajadores que tengan la condición de dirigentes de las representaciones sindicales de empresa sufran durante el disfrute de los días de permiso no retribuido que pueden solicitar, en número no menor de ocho al año, para intervenir en actividades sindicales extraempresariales (participación en negociaciones o en congresos sindicales)⁴⁹. En cambio, tratándose de los permisos retribuidos a que tiene derecho ese mismo grupo de representantes de los trabajadores para el cumplimiento de su mandato, contemplados en el art. 23 del Statuto dei lavoratori, se ha considerado producido con ocasión del trabajo y acreedor de la indemnización correspondiente al accidente de trabajo el accidente in itinere sufrido durante el uso de uno de tales permisos⁵⁰. Se registran, sin embargo, decisiones en sentido contrario.

V. PRECISIONES SOBRE EL TIPO DE TRABAJO

El trabajo con ocasión del cual se produce el accidente ha de reunir determinadas condiciones para que éste sea calificable de accidente de trabajo y quede cubierto por el correspondiente aseguramiento. A la vista de esas condiciones y su regulación, la identificación del referido tipo de trabajo resulta más compleja que en España. Las aludidas condiciones, que deben concurrir simultáneamente, versan sobre:

1) La naturaleza de la relación jurídica, título jurídico o forma de la prestación de trabajo, distinguiéndose, a tales efectos, varios grupos de personas⁵¹.

⁴⁷ “*Permisos para los dirigentes provinciales y nacionales*. Los componentes de los órganos directivos, provinciales y nacionales, de las asociaciones a las que se refiere el art. 19 tienen derecho a permisos retribuidos, de acuerdo con los convenios colectivos, para la participación en las reuniones de los referidos órganos”.

⁴⁸ “*Ordinanza*” 136/2003, de 9-24 de abril de 2003 (en *Corte Costituzionale*: www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1; Gazzetta Ufficiale de 30 de igual mes y año). En el caso origen de la decisión de la Corte, el trabajador había sufrido un accidente de tráfico al regresar a su residencia, en Florencia, después de haber participado, contando con el oportuno permiso, en una jornada de encuentro sindical que se había desarrollado en Roma.

⁴⁹ Art. 24 del *Statuto dei lavoratori*: “*Permisos no retribuidos*. Los dirigentes sindicales empresariales a los que se refiere el art. 23 tienen derecho a permisos no retribuidos para la participación en negociaciones sindicales o en congresos o simposios sindicales, en medida no inferior a ocho días al año (...)”.

⁵⁰ Sentencia Tribunale de Taranto de 25 de octubre de 2002 (en *Previdenza professionisti*: www.previdenza-professionisti.it/articolo.asp?idarticolo=651), en relación con el accidente in itinere sufrido por un trabajador que en uso de permiso sindical se dirigía, encontrándose formalmente convocado, a una reunión en el Ministerio de Trabajo para discutir sobre problemas de preeminente interés empresarial. En tal caso, no puede mantenerse que la actividad sindical exceda de las finalidades productivas del empresario; más bien tiende a la realización de éstas.

⁵¹ Sobre este presupuesto, véase art. 4 del TU, principalmente, para los accidentes de trabajo en la industria, y art. 205 del TU, para los accidentes de trabajo en la agricultura.

2) La adscripción, en virtud de la anterior relación jurídica, título jurídico o forma de la prestación de trabajo, a la realización de tareas o actividades productivas que el propio legislador considera, por su peligrosidad, en relación taxativa⁵², fuente probable de accidentes de trabajo⁵³.

La principal y muy importante diferencia con relación al sistema español de aseguramiento, más sencillo, reside, precisamente, en la segunda condición o presupuesto, que hace ya mucho tiempo que ha dejado de tener equivalente en aquél, en el cual la protección depende u opera, desde 1956⁵⁴, en función, de forma exclusiva, de la naturaleza de la relación jurídica o del título jurídico que presta cobertura a la realización del trabajo, cualesquiera que sean las tareas, actividades u ocupaciones que constituyan el contenido de éste y, por lo tanto, de su mayor o menor peligrosidad⁵⁵, sin perjuicio de que tal circunstancia mantenga su relevancia e influya a la hora de determinar el importe de las primas a satisfacer por la empresa⁵⁶.

Resumiendo mucho la situación, en Italia el aseguramiento y el propio concepto del accidente de trabajo se construyen tomando como primera o central referencia, con carácter general, las lesiones sufridas con ocasión de una actividad “manual” prestada bajo dependencia y dirección de otro (art. 4.1 del TU). En este punto, teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial de la expresión legal *opera manuale*⁵⁷, no hay diferencia sustancial entre el ordenamiento italiano y el español, en el que el punto de partida, expresado hoy en el art. 115.1 de la LGSS, sigue siendo el de la necesidad de que el trabajador sufra la lesión corporal “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Asimismo, también coinciden ambos ordenamientos en la formulación de reglas que vienen a precisar o matizar y completar o ampliar el indicado punto de partida o, en otros términos, a despejar posibles dudas, aclarar situaciones o extender la cobertura a las lesiones sufridas por quienes prestan su actividad a través de una relación jurídica o forma del trabajo asimilada expresamente a la que corresponde a la prestación del trabajo dependiente (contrato de trabajo), tienen la

⁵² Otra cosa es que las referidas tareas o actividades admitan, por su configuración, una interpretación amplia que cuenta con recepción en la jurisprudencia.

⁵³ Sobre las concretas actividades protegidas, véase, principalmente, arts. 1, 207 y 208 del TU, el primero relativo a los accidentes de trabajo en la industria; los otros dos a los accidentes de trabajo en la agricultura.

⁵⁴ Con la aprobación, por Decreto de 22 de junio de dicho año, del Texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y su reglamento de aplicación. Con anterioridad, el sistema era similar al italiano. El principio que rigió durante toda la etapa de aseguramiento voluntario de las obligaciones patronales, establecido por el art. 3 de la Ley de 30 de enero de 1900, se va a mantener con el establecimiento de la obligatoriedad del aseguramiento: sólo determinarán la responsabilidad patronal los accidentes sufridos por el operario que trabaje por cuenta ajena en las industrias o actividades productivas al efecto relacionadas o catalogadas (Bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de accidentes de trabajo, aprobada por Decreto de 12 de junio de 1931, base 4ª; art. 8 del reglamento para aplicar a la agricultura la Ley de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 28 de agosto de 1931; art. 7 del Texto refundido sobre accidentes de trabajo en la industria, aprobado por Decreto de 8 de octubre de 1932; art. 7 del reglamento de accidentes de trabajo en la industria, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1933).

⁵⁵ Como manifestaban el Texto refundido de la legislación de accidentes del trabajo y su reglamento de aplicación de 1956, *cits.*, la protección del trabajador asegurado se produce “cualquiera que sea la función que tenga encomendada” (arts. 3 y 9, respectivamente); dan lugar a la responsabilidad por los accidentes de trabajo que en ellos ocurran “todas las industrias y trabajos, de cualquier naturaleza” (arts. 7 y 6, también respectivamente).

⁵⁶ Véase art. 108.1 de la LGSS y vigente tarifa de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluida dentro de la disposición final decimocuarta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2008.

⁵⁷ Según dicha interpretación, la expresión no pretende introducir una distinción entre operarios y empleados y excluir a estos últimos del aseguramiento cuando, por su contacto con aparatos, instalaciones o máquinas, se encuentran expuestos al riesgo propio de ellas por razones profesionales. Véase sentencia *Corte Costituzionale* de 9 de junio de 1977, n. 114 (en *Consulta online*, www.giurcost.org/decisioni/1977/0114s-77.html).

condición de trabajadores autónomos o, incluso, se asimilan al trabajador dependiente a pesar de que no realizan propiamente una actividad laboral comprendida en el mercado de trabajo, como es el caso, en España, sin ánimo exhaustivo, de los miembros de las mesas electorales (presidentes, vocales y sus suplentes)⁵⁸, los emigrantes que participen en operaciones migratorias que realice o en las que intervenga la Administración, respecto a los accidentes que sufran durante el viaje de salida o regreso⁵⁹, o los diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo⁶⁰.

En el caso de Italia, el examen de las aludidas reglas muestra, en relación con el aseguramiento establecido para el sector industrial, que son susceptibles de entenderse producidos con ocasión del trabajo, además de los accidentes sufridos en el curso de la realización, en condiciones de dependencia, de una actividad manual⁶¹ retribuida (art. 4.1 del TU), los accidentes que sufran en la prestación de sus servicios los siguientes grupos de personas, algunas de las cuales carecen de la condición de trabajadores subordinados:

a) De acuerdo con el Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, n. 38:

1) Los trabajadores directivos (*lavoratori dell'area dirigenziale*) y los deportistas profesionales, ambos en la medida en que trabajen en condiciones de subordinación y para alguno de los sujetos que tienen la condición de empresarios de acuerdo con el art. 9 del TU⁶².

2) Los trabajadores parasubordinados⁶³.

b) De acuerdo con el art. 4 del TU (apartados 2 y siguientes):

1) Los supervisores (*sovrintendenti*) del trabajo de otros.

2) Los artesanos que prestan habitualmente trabajo manual en las empresas de que son titulares (el accidente será de trabajo sólo si acaece con ocasión del ejercicio de la actividad típica y peculiar del trabajo artesanal; no merece la indicada consideración el sufrido en el ejercicio de tareas administrativas o comerciales).

3) Los aprendices.

⁵⁸ Véase art. 7 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

⁵⁹ Véase disposición adicional primera.2 de la LGSS.

⁶⁰ Véase art. 11 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre de 2003, reguladora del convenio especial en el sistema de la seguridad social. Sobre la "ampliación del elemento subjetivo" del concepto de accidente de trabajo que representa la inclusión de éste en la acción protectora del trabajador autónomo y de otros grupos de personas, entre ellos los mencionados en el texto, véase J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS: *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Atelier (Barcelona, 2007), págs. 123-138.

⁶¹ Véase nota 57.

⁶² Arts. 4.1 y 6.1 del Decreto legislativo cit.: "A partir de la entrada en vigor del presente Decreto legislativo, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 1 y 4 del Texto único, están sometidos a la obligación de aseguramiento contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales los dependientes de los sujetos a los que se refiere el artículo 9 del Texto único, pertenecientes al área directiva (...)". Sobre los trabajadores directivos véase S. HERNÁNDEZ: "Tutela dei dirigenti", en *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, parte I, pág. 599.

⁶³ Art. 5.1 del Decreto legislativo de 23 de febrero de 2000, n. 38: "A partir de la entrada en vigor del presente Decreto legislativo, están sujetos a la obligación de aseguramiento los trabajadores parasubordinados mencionados en el artículo 49, párrafo 2, letra a), del Decreto del Presidente de la República 22 diciembre 1986, n. 917, (...) cuando desarrollen las actividades previstas en el artículo 1 del texto único o se valgan para el ejercicio de las propias tareas, de forma no ocasional, de vehículos a motor conducidos personalmente por ellos". De acuerdo con el citado precepto del Decreto de 1986, la apreciación de una relación de trabajo parasubordinado requiere, entre otras condiciones, el desarrollo de una actividad a favor de un tercero sin mediar vínculo de subordinación, de forma continuada y prolongada en el tiempo, sin empleo de medios organizativos por parte de quien la realiza y con percepción de una retribución periódica preestablecida.

4) Los profesores y los alumnos de escuelas o institutos de instrucción de cualquier orden y grado, incluso privados, en los que se desarrollen pruebas técnico-científicas, clases prácticas o prácticas de trabajo, así como los instructores y los alumnos de cursos de cualificación o “recualificación” profesional o de adiestramiento profesional, incluidos los empresariales, o de talleres escuela, además de los formadores, asistentes y encargados de pruebas y clases técnico-prácticas o prácticas de trabajo. El aseguramiento se limita a los accidentes sufridos con ocasión del desarrollo de las mencionadas pruebas, clases prácticas o prácticas de trabajo.

5) El cónyuge, los hijos (naturales o adoptivos), los acogidos, los afines y demás parientes del empresario que presten servicios bajo la dependencia de éste, con o sin retribución.

6) Los socios de las cooperativas y de cualesquiera otros tipos de sociedad. De nuevo, falta aquí la realización de un trabajo subordinado.

7) Los ingresados en clínicas, asilos, hospitales o institutos de asistencia y beneficencia, así como los reclusos en instituciones penitenciarias. El aseguramiento se produce en relación con los trabajos realizados con finalidad ocupacional o para el servicio interno de los establecimientos en los que se permanece ingresado y se extiende también a los instructores o supervisores de las aludidas personas.

8) Los trabajadores a domicilio.

9) Los viajantes de comercio, comisionistas y agentes de tributos de consumo que se valgan para el ejercicio de sus servicios, de forma no ocasional, de vehículos a motor conducidos personalmente por ellos.

10) Los sacerdotes, los religiosos y las religiosas. El aseguramiento y la apreciación de un accidente de trabajo toman como referencia la prestación de servicios retribuidos bajo la dependencia de terceros distintos de los entes eclesiásticos y de las asociaciones y residencias religiosas de que trata el art. 29.a) y b) del Concordato entre la Santa Sede e Italia. No enerva lo anterior el hecho de que la prestación se haya pactado directamente entre el empresario y el ente al que pertenezca el sacerdote, el religioso o la religiosa que realiza aquélla; tampoco el hecho de que el empresario pague a dicho ente la remuneración.

11) Los tripulantes de buques o artefactos flotantes destinados a la navegación y pesca, incluso realizadas con fin deportivo.

Igualmente, admiten su consideración de accidentes de trabajo las lesiones que sufran con ocasión de la prestación de sus actividades los encargados (assuntori) de estación, parada y paso a nivel en líneas ferroviarias y de tranvías cubiertas por empresas privadas en régimen de concesión (art. 9 de la Ley de 3 de enero de 1965, n. 14; no hay trabajo dependiente entre el assuntore y la empresa concesionaria), los servidores del hogar (lavoratori addetti a servizi domestici e familiari) y las personas que desarrollen bajo dependencia de uno o más empresarios servicios de orden y limpieza en locales de éstos [arts. 1.e) y 26 del DPR de 31 de diciembre de 1971, n. 1403], los admitidos para realizar las prácticas formativas y de orientación profesional previstas en el art. 18 de la Ley de 24 de junio de 1977 (art. 3 del Decreto de 25 de marzo de 1998, n. 142) y los miembros del núcleo familiar ocupados en actividades destinadas al cuidado tanto de las personas que componen éste como del hogar o ámbito doméstico en el que viven,

de forma exclusiva, sin vínculo de subordinación y a título gratuito (arts. 6 y 7 de la Ley de 3 de diciembre de 1999, n. 493; casalinghe).

En fin, no basta con que la forma del trabajo coincida con alguna de las que corresponden a los servicios que prestan los grupos de personas a los que se ha hecho referencia. Se requiere, además, con carácter general, que el contenido de aquél comporte la realización de tareas, labores o actividades productivas susceptibles de inclusión en la relación que ofrece el art. 1 del TU. Semejante condición, mantenida desde el inicio de la protección de los riesgos profesionales, se percibe como propia de otros tiempos u obsoleta, sobre todo a la vista de las concepciones que se vienen proponiendo en relación con dicha protección, como son las que propugnan la cobertura de todos aquellos que realicen una actividad profesional con independencia de las tareas que implique su ejercicio; o las más ambiciosas que consideran que ha de avanzarse hacia la pérdida o disminución del carácter autónomo y de las especialidades de la protección del accidente de trabajo o superarse la distinción entre la protección por contingencias comunes y profesionales y protegerse el daño (sus consecuencias; las situaciones de necesidad que genera) con independencia de que su causa (el riesgo del que deriva) guarde relación con el ejercicio de una actividad profesional.

¿HUELGA DE UN SOLO TRABAJADOR? A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL FRANCÉS DE CASACIÓN DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1996

*[A STRIKE BY A WORKER ALONE? ABOUT A SOCIAL CHAMBER, FRENCH
CASSATION COURT, DECISION OF NOVEMBER 13TH, 1996]*

Joaquín García Murcia

Sumario: I. PRESENTACIÓN FORMAL DEL CASO. II. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO POR EL CASO. III. ANÁLISIS COMPARATISTA CRÍTICO DE LA DOCTRINA DEL CASO. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. FORMAL INTRODUCTION OF THE CASE. II. THE FACTS ADJUDGED BY THE CASE. III. CRITICAL COMPARATIVE ANALYSIS OF THE DOCTRINE OF THE CASE. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este trabajo analiza críticamente la doctrina de la Corte de Casación francesa en relación con una supuesta huelga, declarada y practicada por un solo trabajador.

Abstract: This study critically analyses the doctrine of the French Cassation Court relating to a supposedly strike, called and performed by a worker alone.

Palabras clave: Huelga individual – Francia – Corte de Casación.

Keywords: Individual strike – France – Cassation Court.

* * *

I. PRESENTACIÓN FORMAL DEL CASO

1. Los primeros comentarios a esta interesante y curiosa sentencia de la Corte francesa de Casación deben dirigirse, en buena lógica, a su presentación formal, respecto de la que vale la pena destacar algunos aspectos. Por lo pronto, el encabezamiento es similar al de las sentencias españolas, pero llama mucho la atención la mención expresa a la República Francesa y al Pueblo francés, a los que, con un hábito desconocido entre nosotros, explícitamente se tributa un protocolario pero al mismo tiempo muy contundente y significativo reconocimiento de acatamiento y soberanía desde el poder judicial. Por otra parte, es asimismo sintomático y sin duda positivo que la sentencia sea objeto de publicación por el propio Tribunal en el correspondiente boletín oficial, y que se deje constancia expresa de ello, para facilitar su búsqueda y su conocimiento por parte de los interesados, en el propio texto de la misma.

En lo que se refiere a su estructura, no cabe duda de que se trata de una sentencia que se ajusta a la perfección al tradicional lema de claridad, concisión y congruencia, conocido asimismo por nuestras leyes procesales pero quizá no siempre observado de un modo tan patente, especialmente en lo que se refiere a la concisión. Como fácilmente se aprecia, en pocas palabras se resumen los hechos y antecedentes del caso, y de manera muy directa e inmediata se entra en la resolución del contencioso. La comprensión del asunto debatido y del fallo judicial queda apoyada, como también puede observarse, por el resumen y el pequeño glosario que se acompañan a la publicación oficial del texto en cuestión.

En cuanto al fondo del asunto, pero todavía en el plano de su configuración o plasmación formal, llama la atención, en fin, que la sentencia objeto de comentario se haga cargo del estado de la doctrina en relación con el tema sometido a enjuiciamiento y decisión del tribunal (que no es otra cosa que el concepto de huelga y su trascendencia desde el punto de vista del número de trabajadores afectados por la misma), pero sin hacer a tal efecto incursión alguna en la correspondiente discusión académica, ni detenerse en las diferentes posturas interpretativas que podrían traerse a colación. El tribunal parte, muy probablemente, de que la tarea judicial se ha de concentrar y resumir en la resolución fundada del litigio; una tarea que, en consecuencia, se muestra esencialmente distinta de la que compete a la doctrina, pues no va encaminada a la especulación jurídica sino más bien a la pronta y eficaz resolución de contenciosos concretos y reales.

II. EL SUPUESTO DE HECHO ENJUICIADO POR EL CASO

2. El problema que se plantea en la aludida sentencia remite en verdad a un caso límite en el ejercicio del derecho de huelga. La huelga, como se sabe perfectamente, es por naturaleza una medida de conflicto “colectivo”, que parece entrañar y requerir, consiguientemente, un comportamiento concertado por parte de un grupo de trabajadores. Esa configuración morfológica de la huelga, que procede desde luego de su propia formación histórica, ha trascendido además no sólo a su definición doctrinal, sino también a su ordenación jurídica, de tal modo que hoy en día no es raro encontrar referencias jurisprudenciales a la “cesación concertada y colectiva” en que parece que ha de consistir esa medida de presión, o incluso alusiones legales directas al “ejercicio

colectivo” que va implícito en el correspondiente derecho individual. La dimensión colectiva predicada tradicionalmente de la huelga, que suele verse como algo consustancial a la misma, es la que ha permitido, en fin, que algunos sistemas hayan optado radicalmente por una concepción “orgánica” del correlativo derecho (aunque tampoco ha impedido, paradójicamente, que muchos otros se hayan decantado más bien por la titularidad individual).

En ese estado de cosas, ¿es posible aplicar la noción de huelga, con todo lo que ella acarrea, a lo que no constituye más que un cese individual en la prestación de servicios?; ¿es posible que la huelga quede reducida, tanto en su gestación como en su convocatoria, e incluso en su materialización efectiva, a un comportamiento entera y exclusivamente individual? Se estará de acuerdo, al menos, en que se trata de una circunstancia anómala o extraordinaria en relación con la imagen más común de la huelga; una circunstancia en la que da la impresión de que los parámetros habituales en la concepción y valoración de esa medida de conflicto colectivo pueden saltar por los aires. Se habrá de estar de acuerdo, asimismo, en que esa práctica tan sólo será viable, a lo sumo, en aquellos sistemas que contemplen la huelga como derecho individual, pues en aquellos otros en que la titularidad sea colectiva u orgánica queda vedada por definición. Pues bien, a partir de todas estas premisas o consideraciones, ¿es el aspecto colectivo absolutamente determinante para la admisibilidad o el reconocimiento de la huelga?; ¿hay que identificar la huelga necesariamente con un cese colectivo en el trabajo?; ¿tiene que existir algún tipo de “concierto” entre personas para que podamos hablar de huelga o para que puedan entenderse aplicables y pertinentes las correspondientes previsiones legales?

3. Conviene en este momento despejar algunas incertidumbres que podrían suscitarse a propósito del caso concreto que ahora se nos plantea. Nótese que estamos hablando (a partir de los antecedentes que nos brinda la sentencia en cuestión) de una medida de presión a favor de unas determinadas posiciones o reivindicaciones laborales, y no de una disputa acerca de determinada medida empresarial (o determinado problema laboral), ni mucho menos de una respuesta a un eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales, aun a sabiendas de que muchas veces la frontera entre uno y otro acontecer no es del todo clara, y aun a sabiendas, asimismo, de que la huelga tampoco tiene por qué limitarse a la pura reivindicación. Es evidente que esta medida de conflicto puede ser reflejo de una situación de tensión o discrepancia entre las partes (mediante la huelga aflora el conflicto, en definitiva), y también es claro que puede utilizarse para hacer frente a una situación de incumplimiento o deficiente cumplimiento por parte del empresario (como la jurisprudencia ha ido poniendo de relieve, por lo demás). Pero ni ésta era, al parecer, la situación que en la sentencia objeto de comentario estaba presente, ni la huelga puede calificarse seguramente como una pura medida de reacción en manos de todos y cada uno de los trabajadores.

En cualquier caso, es relativamente fácil de comprender que en la segunda de esas hipótesis (la de incumplimiento contractual del empresario) no debe haber mayor dificultad para aceptar una reacción de carácter individual por parte del trabajador afectado, sin necesidad de recurrir a la huelga; una reacción que podría manifestarse, incluso, en un cese de carácter temporal o transitorio en la correspondiente contraprestación

contractual (esto es, en su prestación de servicios). Es cierto que para esos eventuales incumplimientos por el lado empresarial, y siempre desde esta perspectiva limitada a las obligaciones y facultades dimanantes del contrato, la legislación laboral moderna parece haberse volcado en la posibilidad de que el trabajador solicite la extinción de su contrato (resolución por incumplimiento del empresario), pero ningún motivo hay para excluir la aplicación en este contexto de la pauta que rige con carácter general en el ámbito de las obligaciones y contratos, que permite en ciertas condiciones dejar de cumplir lo pactado (*exceptio non adimpleti contractus*) como medio de reacción o incluso como medio de presión respecto de la contraparte; una regla que, como es sabido, tiene su principal sustento dentro de nuestro sistema jurídico en los artículos 1100 y 1124 del Código Civil, pero que pertenece sobre todo al terreno de las construcciones jurisprudenciales. Se trataría, pues, de un cese en el trabajo con fines de protesta pero distinto del comportamiento propio de la huelga.

4. En todo caso, ya vimos que no son ésas ni las circunstancias ni las medidas objeto de análisis en aquella sentencia francesa. La sentencia se enfrenta, más directamente, con una cesación en el trabajo que adopta la forma de huelga y que tiene por fin presionar al empresario en favor de una mejora en las condiciones previamente estipuladas, sin que en los autos de referencia conste ninguna clase de incumplimiento por parte del empleador (y sin que tampoco quepa hablar con propiedad de un conflicto previo entre las partes, aunque la actitud reivindicativa del trabajador pueda actuar perfectamente como detonante del mismo, o ser reflejo de esa hipotética situación). Obviamente, el trabajador puede solicitar en todo momento una mejora de esas características, pero lo más probable es que tal petición choque con una respuesta negativa de la empresa, que en principio no tiene ningún deber de consentir con las propuestas o reivindicaciones del trabajador. La efectividad de la solicitud, así pues, dependerá de manera muy estrecha de la fuerza que sea capaz de ejercer el solicitante (que normalmente no será mucha si actúa por sí solo o sin ayuda de nadie) y de los apoyos legales que pudiera encontrar a tales fines (que en el plano individual tampoco parece que sean abundantes). Precisamente por ello han nacido los medios de acción colectiva, ante la habitual impotencia del trabajador aisladamente considerado; precisamente por ello se ha recurrido a la coalición y a la huelga (o a la participación y la negociación colectiva, que desde luego valen también para estos fines de autotutela).

Estos medios, en otros tiempos prohibidos o perseguidos, suelen estar hoy en día institucionalizados y admitidos por la ley, pero con una determinada configuración. Su presupuesto lógico y aparentemente insalvable es la actuación concertada o en grupo. De ahí que quepa plantearse con fundamento si realmente es posible el uso “individualizado” de unos medios que se han fraguado a lo largo del tiempo mediante actuaciones colectivas y que justamente han sido legalizados por ese valor colectivo. Hagamos un pequeño *excursus* en este sentido. Es evidente que el único caso en que puede plantearse el uso individual de un medio colectivo es justamente el de huelga, por la sencilla razón de que en esa acción de conflicto la posición del individuo cobra un protagonismo del que carece en el resto de actividades o acciones colectivas. De ninguna manera cabe pensar en una negociación colectiva “individualizada”, ni en instituciones de representación o de participación de los trabajadores concebidas en exclusiva para una persona. En todos estos casos va de suyo que la actividad (y el

correspondiente derecho) debe alcanzar ineludiblemente alcance colectivo. Pero en la huelga, curiosamente, concurren circunstancias parcialmente distintas, pues cabe en alguna medida la distinción entre la parcela individual y la dimensión colectiva; al fin y al cabo, se hace huelga si cada uno de los trabajadores afectados, por decisión individual, se suma a la misma, aunque la convocatoria pueda ser más o menos concertada y colectiva.

III. ANÁLISIS COMPARATISTA CRÍTICO DE LA DOCTRINA DEL CASO

5. Volvamos a nuestra pregunta esencial: ¿cabe la huelga individual? Ya se sabe que en la experiencia española faltan respuestas claras sobre el particular, tanto por parte de la legislación como por parte de la doctrina judicial (aunque la tendencia o inclinación más probable tal vez sea la de rechazo de esa posibilidad, como puede advertirse en la sentencia TSJ Cataluña de 1 de junio de 2007). En todo caso, para valorar en abstracto tal cuestión conviene distinguir de nuevo varias hipótesis, e identificar asimismo algunas otras cuestiones más o menos colaterales, para no entremezclarlas en este debate. Por supuesto, no cabe la alegación *a posteriori* por parte de un trabajador de que su inasistencia al trabajo se funda en el derecho de huelga, puesto que ello más parece un recurso dialéctico para lograr alguna cobertura formal a su particular acto de incumplimiento que un efectivo ejercicio de ese derecho (como deja ver precisamente la citada sentencia de suplicación). Es más: quizá la resistencia o el reparo que habitualmente se tienen frente a la huelga de un solo trabajador se deban sobre todo a esa no muy remota posibilidad, que ciertamente actúa como contraindicación para una respuesta netamente afirmativa. Mientras que es poco imaginable una huelga con esa exclusiva dimensión individual (al margen de que legalmente fuera o no posible), entra dentro de un cálculo realista, cauteloso y precavido el riesgo de que el amparo que proporciona el derecho de huelga quiera utilizarse para esos fines no aceptables o no confesables.

Por otra parte, ha de distinguirse entre la huelga “enteramente” individual y la huelga verdaderamente colectiva y concertada a la que se adhiere un solo trabajador. En este segundo caso (al que de alguna manera se enfrenta la sentencia TC 13/1986, de 30 de enero, a propósito de las condiciones de convocatoria de una huelga de radio general y, en consecuencia, de radio superior a la empresa) no debe existir duda alguna acerca de su legalidad. Podrá especularse sobre su oportunidad o su efectividad, y también cabrá aludir muy probablemente a sus deficiencias organizativas, pero de ninguna manera se debe hablar de ilegalidad o impertinencia (desde el punto de vista jurídico) por el solo hecho de que el número de participantes efectivos en la correspondiente convocatoria resulte ser al final excepcionalmente reducido. No es lo mismo, naturalmente, la huelga convocada y gestionada por un solo trabajador, para atender en exclusiva sus propios intereses, que la huelga sustentada en problemas colectivos pero en la que sólo participa un trabajador, aunque los efectos de una y otra (en el plano de la presión frente al empresario y de los intereses finalmente concernidos) pudieran acercarse.

Esta última indicación nos sirve, finalmente, para tomar conciencia de que la dimensión individual no es del todo ajena a la huelga, como ya intentamos advertir. La

observación vale sobre todo, como es natural, para aquellos ordenamientos jurídicos (entre ellos el nuestro) que la conciben y reconocen como derecho individual, según hemos dicho con anterioridad. En efecto, esta opción legal a favor de la titularidad individual puede tener y tiene muchas consecuencias en el plano del ejercicio de la huelga, aun cuando se defienda que ésta deba ser siempre un comportamiento colectivo y concertado. Piénsese en la prohibición de renuncia de la huelga, que constituye una regla de alcance rabiosamente individual, aunque muchas veces haya de compatibilizarse con restricciones o límites aceptados colectivamente. Piénsese también en la terminación de la huelga, que puede ser decidida desde luego por el propio trabajador en cualquier momento, con la consiguiente posibilidad de que de forma individualizada se vaya extinguiendo la huelga. Piénsese, de nuevo, en la adhesión efectiva a una convocatoria de huelga, que no puede dejar de constituir un acto de voluntad exquisitamente individual. Piénsese, en fin, en la posibilidad (admitida por nuestro sistema, por ejemplo) de una convocatoria directa por parte de los trabajadores, sin mediación sindical o corporativa.

6. ¿Qué se nos dice para el sistema francés en la sentencia de referencia? Realmente, el artículo L 521.1 del Code du Travail (que, según hemos visto, constituye la referencia legal básica en el enjuiciamiento de autos, al menos en el plano sustantivo) no ofrece datos seguros en uno u otro sentido. Tan sólo se preocupa de los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo y de las garantías que en este contexto, y frente al empleador, se prestan al huelguista, sin perjuicio de que en los pasajes siguientes de ese mismo precepto legal (en los incisos 3 y 4, concretamente) se hable de *cessation concertée du travail*, y de que en los comentarios al uso se haga prevalecer esa dimensión colectiva, bien es cierto que con algunas excepciones. La principal y más llamativa de esas excepciones es precisamente la que se acota y enuncia en la sentencia del Tribunal de Casación de 13 de noviembre de 1996, que suele ser citada por esa misma razón.

Efectivamente, como ya hemos podido observar, la respuesta del Tribunal francés al dilema en cuestión es positiva, pero “matizadamente positiva”, en el sentido de que se acepta tal medio de lucha en esa discutida dimensión individual cuando concurren determinadas condiciones. Se acepta, concretamente, cuando se trata de una reivindicación efectuada por un trabajador que presta sus servicios de forma solitaria para una empresa; cuando el conflicto afecta a un trabajador en el que se agota, por decirlo así, la totalidad de la plantilla empresarial. De ello podríamos deducir que no sería aceptable la huelga individual, en cambio, en la hipótesis de una plantilla más amplia, pues se parte de que la huelga constituye por esencia, o al menos como característica “ordinaria”, una cesación colectiva y concertada en el trabajo.

Si el caso se analiza con cierto detenimiento, se puede estar de acuerdo con la postura del Tribunal francés, al menos en ese primer paso y en esa vertiente “positiva”. En verdad, no se encuentran razones de peso para privar a una persona de los derechos que formalmente se le reconocen por la sola circunstancia de que su situación en la empresa sea de soledad o aislamiento. Si todos los trabajadores tienen derecho a la huelga, debe tenerlo también el que, por sus circunstancias particulares, trabaja como único empleado de una empresa. Imposible desconocer la fuerza de tal argumento, que a fin de cuentas es el que determina la decisión del citado Tribunal. Pero la sentencia

de autos tiene también la virtud (o tal vez el “inconveniente”, a juicio de más de uno) de llevarnos de modo casi inevitable a un replanteamiento del concepto ordinario de huelga. ¿Cuál es realmente la esencia de esa institución? ¿Es su carácter colectivo o es más bien su finalidad reivindicativa y de presión? Partamos del presupuesto (no siempre compartido, como se sabe) de que la huelga debe implicar en todo caso una cesación en la prestación de servicios, ¿deberá tratarse en todo caso de cesación colectiva y concertada?

La respuesta del Tribunal francés obliga a preguntarse por el ingrediente que, en el fondo de las cosas, sirve para caracterizar a la huelga. Dicho de otra forma: ¿cuál de los aspectos que habitualmente se predicán de la huelga debe primar para su caracterización? ¿El aspecto colectivo, que hace referencia a la manera de actuar, o el simple hecho de que se cese en el trabajo para hacer presión al empresario, que mira más bien a los fines de esa medida? Si consideramos que es el aspecto concertado y colectivo, difícilmente podríamos llamar huelga a la actitud de la trabajadora de referencia, al margen de que dicha actitud pudiera tener justificación, o de que se le pudiera buscar otro sostén jurídico (bastante incierto, dicho sea de paso). Sin embargo, si nos detenemos en el segundo aspecto (el de los fines u objetivos) podríamos llegar a aceptar esa práctica como huelga, aun a sabiendas de que también cabe sostener que los fines siempre deben tener la consabida relevancia colectiva.

7. Si bien se mira, y por muy sorprendente que en principio pudiera parecer (a la vista de las opiniones más generalizadas o habituales, que suelen pronunciarse en contra de la huelga individual), el número de trabajadores afectados, concernidos o “practicantes” del derecho de huelga difícilmente puede actuar como determinante absoluto para la caracterización de esa medida de presión, entre otros motivos porque la línea de frontera entre lo individual y lo colectivo es más bien una zona borrosa. Vale que la huelga se conciba doctrinalmente como cesación “concertada y colectiva” en la prestación de servicios, y que incluso legal y jurisprudencialmente se haga hincapié en ese ejercicio colectivo, que se ha convertido así en algo prácticamente consustancial a la misma. Pero si el asunto se examina con un poco más de cautela la referencia colectiva o numérica deja de tener la solidez conceptual que habitualmente se le supone. Junto al caso que nos muestra la sentencia en cuestión, un tanto excepcional desde luego, cabe identificar también multitud de situaciones en las que el recurso a la huelga puede resultar igualmente chocante, y por esas mismas razones numéricas (esto es, por la dimensión subjetiva del conflicto o el número de trabajadores real o potencialmente afectados por la huelga), al oscurecerse en grado sumo ese pretendido carácter colectivo, y en las que verdaderamente no se encuentran motivos legales para la descalificación de esa medida conflictiva.

Pensemos, de momento, en empresas de dos, tres, cuatro o incluso cinco empleados (las que generalmente se toman por pequeñas unidades productivas, a las que muchas veces no llegan las reglas laborales ordinarias, como las de despido colectivo). Es cierto que en tales casos hay ya posibilidad de “concierto” entre distintas personas, y que formalmente puede hablarse de grupo o colectivo y, en su caso, de cesación colectiva en el trabajo. Pero no deja de ser una cuestión más que nada retórica, pues la problemática real puede ser muy parecida a la del trabajador único de la empresa (más parecida, lógicamente, cuanto menor es el número de trabajadores de la empresa), ya

que a la postre la dimensión colectiva queda en estos otros casos bastante oscurecida. Realmente, diferenciar entre el caso de la sentencia objeto de comentario y estas otras hipótesis no parece llevarnos a conclusiones completamente seguras o convincentes.

Pensemos también en la hipótesis de huelga convocada o practicada por un solo trabajador, aun cuando en él no se agote la plantilla empresarial. Tratándose de un derecho individual susceptible de que su puesta en marcha sea promovida directamente por los trabajadores (como es nuestro caso), puede suceder perfectamente que se suscite la posibilidad de activar la huelga en el seno de un determinado grupo de trabajadores y que finalmente tan sólo uno de ellos esté dispuesto a ejercer efectivamente el derecho en cuestión. En tal hipótesis, el contexto, ambiente o caldo colectivo existe, pero el uso real de la medida proyectada se reduce a un solo individuo. Cabe imaginar incluso la posibilidad de que un trabajador dentro de una plantilla más amplia considere apropiado o necesario adoptar esa medida, oponiéndose al resto de sus compañeros, contrarios a la misma desde el principio. Si la huelga se reconoce como derecho individual, ¿qué razón hay para impedirle que se declare en huelga?

8. Parece oportuno, en consecuencia, apuntalar un poco más la noción jurídica de huelga, algo que, conscientemente o no, ronda por los escuetos razonamientos de la sentencia francesa que nos sirve de pretexto para este breve comentario, una de cuyas mayores aportaciones es, como ya dijimos, la de suscitar este singular debate. En ese sentido, quizá pueda decirse que el rasgo “concertado y colectivo” que habitualmente se predica de la huelga es heredero a la postre de su proceso de formación histórica, y que, por ello mismo, pertenece sobre todo al terreno de los usos y las prácticas laborales, pero no tanto al campo estrictamente jurídico. En este otro terreno tal vez deban prevalecer otros aspectos más esenciales o sustanciosos de esa medida de presión, como pudiera ser, de manera fundamental, la posibilidad de cesar en la prestación de servicios, sin riesgo de represalia o ruptura del contrato, en apoyo de intereses profesionales. En realidad, es esto lo que se desprende del art.28.2 CE, que ciertamente utiliza el plural para referirse a los titulares del derecho de huelga (“los trabajadores”), pero que, sin hacer mención alguna al ejercicio colectivo, habla expresamente de “defensa de intereses”.

Tampoco parece que en el contenido esencial de la huelga (entendido, de nuevo, en su sentido más técnico) tenga ubicación necesaria o imprescindible el consabido dato numérico. Es verdad que el contenido esencial inevitablemente se construye a partir de las ideas y convicciones generalizadas (principalmente entre los juristas) acerca de los derechos en cuestión, y no cabe duda, en relación con la huelga, de que una de tales ideas es precisamente la que enfatiza su carácter colectivo y concertado. Pero también es cierto que a la hora de trazar dicho contenido esencial, y de identificar las limitaciones constitucionalmente aceptables al correspondiente derecho, ocupan un lugar preferente los intereses susceptibles de protección por el mismo, que deben quedar en condiciones de ser real y efectivamente garantizados, al margen de otras consideraciones sobre la modalidad o dimensión que finalmente adopte o alcance la medida en cuestión.

Podría alegarse también que el derecho de huelga es un instrumento “de clase”, y un medio para la consecución de la igualdad real y efectiva entre los distintos sectores

sociales, visto ese objetivo, al menos, desde la perspectiva de los trabajadores por cuenta ajena. En ese contexto, la huelga sólo tendría sentido, ciertamente, como instrumento de uso colectivo, para la protección del correspondiente segmento social. Pero esa visión, siendo cierta, es muy relativa e hipotética. La consecución de esos fines generales puede ser un objetivo final y global de la huelga, pero difícilmente podría ejercitarse este derecho si hubiera que esperar a que toda la clase social de referencia estuviera a favor de ese tipo de medidas de presión. En realidad, se trata de un objetivo “de tendencia”, al que se camina mediante acciones mucho más concretas y limitadas, que en condiciones ordinarias tan sólo se promueven en ámbitos limitados (empresas o, a lo sumo, sectores de actividad), y que cuando alcanzan un radio “interprofesional”, muy raramente por lo demás, tampoco puede decirse que sean compartidas ni practicadas por todos los miembros de la llamada clase trabajadora.

9. Naturalmente, la eventual admisión de la “huelga individual” (de la que aquí se habla más que nada a efectos dialécticos) debería tomarse en todo caso con bastantes cautelas, pues, como era de esperar, alumbraba problemas inéditos o novedosos no sólo respecto de la concepción tradicional y usual de la huelga (y respecto del correspondiente modelo normativo), sino también respecto de las precauciones y salvaguardas que habitualmente se toman frente a esa medida de conflicto. Un derecho de huelga de esas características, para decirlo más claramente, puede generar alteraciones de gran envergadura e incluso situaciones de caos en la organización empresarial; la práctica absolutamente individualizada también puede conducir, por utilizar nociones al uso, al abuso de un derecho que siempre ha de ejercitarse en las debidas proporciones (piénsese en la “rotación” constante de huelguistas individuales). Dicho de otra forma: cabría admitir la huelga de un solo trabajador en determinadas circunstancias (la que está presente en la sentencia objeto de comentario, o algunas otras de similar factura), pero no parece de recibo admitir actitudes de huelga individualizadas en relación con cada problema, cada pretensión o cada “ocurrencia” de cada trabajador individualmente considerado, pues ello sometería a la empresa a un constante riesgo de desactivación o paralización.

En el fondo, la dimensión colectiva que tradicionalmente se ha predicado de la huelga no debe desaparecer en ningún caso, pues a la postre, y aunque suene a paradoja, es el principal ingrediente de control de la misma y el principal resorte para evitar que el ejercicio del correspondiente derecho se desvíe de los fines que le son propios y consustanciales y para procurar, a fin de cuentas, que la huelga cumpla la función que socialmente tiene encomendada. La dimensión colectiva es la que marca, sobre todo, la clase de intereses que pueden figurar en el trasfondo de la huelga. Podrá admitirse una huelga realizada individualmente (en aquellos casos “justificados”), pero los intereses para los que se busca protección con esa medida de conflicto deben ser siempre intereses colectivos o de grupo. Para la protección de intereses puramente individuales existen ya otros instrumentos jurídicos, más ajustados seguramente a las pautas típicas de las obligaciones y contratos, tal vez menos contundentes o atractivos, pero suficientemente efectivos y garantistas. Es el interés colectivo el que puede merecer y requerir instrumentos nuevos o de distinta configuración, y es en ese terreno, precisamente, donde está llamada a jugar una medida tan singular como la huelga. Los llamados derechos colectivos o de dimensión colectiva han nacido en efecto para dar

respuesta a ese otro tipo de intereses, más allá de la esfera estrictamente contractual. La huelga, aun con su peculiar e inevitable implicación individual, pertenece desde luego a este tipo de derechos.

10. Dos observaciones cabe hacer, por lo demás, para poner fin a estas apresuradas y concentradas disquisiciones acerca del derecho en cuestión. La primera de ellas es que la dimensión colectiva de la huelga, al margen de que forme parte o no de manera indisoluble de su concepto técnico, es comprensiblemente necesaria para que, de hecho, logre la efectividad y el “rendimiento” que se le presuponen. Podrá defenderse —en los términos que hemos venido exponiendo— la viabilidad jurídica de la huelga individual, pero es de todo punto evidente que la huelga de un solo trabajador no puede alcanzar ni la potencia ni la capacidad disuasoria que habitualmente uno se imagina en esa medida de conflicto colectivo. Volvamos a una de nuestras primeras observaciones: si la huelga (como otras posibles medidas laborales de dimensión colectiva) nace precisamente para remediar la debilidad contractual del trabajador aisladamente considerado, por sí sola, y sin la connivencia o compenetración colectiva, poco puede aportar a dicho sujeto. Si tiene éxito y se practica es sin duda por su capacidad para aglutinar fuerzas entre el colectivo de trabajadores. Aun en la hipótesis de que fuera viable, la huelga individual (salvo, quizá, en el supuesto límite que se refleja en la sentencia objeto de comentario) no dejará de ser o bien una manifestación testimonial o bien un relativo fracaso. Esta es, por lo demás, la principal contrapartida, y el principal contrapeso, a la eventual tentación de utilizarla de modo individual.

La segunda observación es para poner de relieve que el legislador puede incluir desde luego la dimensión colectiva entre las condiciones necesarias para el lícito ejercicio del derecho de huelga (y no sólo presuponerla, como parece hacer en la mayoría de los sistemas). Tal dimensión puede apuntalarse, además, mediante diversos procedimientos. El más directo tal vez sea el de la titularidad orgánica de la huelga. Un segundo método, compatible con el reconocimiento de una titularidad individual, es el de exigir un quórum mínimo de trabajadores para la válida convocatoria de la huelga (como hizo en su momento en España el RDL 17/1977, hoy en día reinterpretado y “filtrado” por la jurisprudencia constitucional). Y un tercero, conjugable asimismo con la titularidad individual, es la configuración expresa de la huelga como derecho “de ejercicio colectivo”, presuponiendo que las facultades de convocatoria y gestión se quieren ceñir a representaciones colectivas.

Esto último es lo que parece haber hecho, según todos los indicios, la legislación española sobre empleados públicos, que ubica la huelga entre los “derechos individuales ejercidos colectivamente” (art. 15 Ley 7/2007, de 12 de abril), y que da a entender en consecuencia que no cabe en modo alguno una cesación de esas características a título exclusivamente individual. Se trata, dicho sea de paso, de una precaución absolutamente comprensible en un ámbito tan particular como el de las Administraciones públicas, donde los comportamientos de reacción y las medidas de conflicto deben estar mucho más aquilatados, por la presencia de intereses (de alcance general) y deberes (de lealtad hacia el ciudadano) que no juegan, o que no juegan con tanta intensidad, en el ámbito de las relaciones privadas. En este contexto, por consiguiente, ni siquiera la huelga parece susceptible de ejercicio individual; como el resto de los habitualmente llamados “derechos colectivos”, habrá de practicarse de forma colectiva.

11. Un pequeño estrambote (nada lírico, desde luego) para concluir estas breves reflexiones. Cuestión distinta en todo este debate, pero también suscitada de forma implícita por la sentencia de referencia, es si cabe pedir mejoras en las condiciones de empleo o de trabajo que en realidad implican una alteración de lo previamente pactado, como parecía ocurrir en esta ocasión (en la que se pedía, sencillamente, un aumento de salarios, sin ninguna causa especial, al menos si nos atenemos al correspondiente relato de hechos y alegaciones). En apariencia se trata de una cuestión “externa” al caso planteado, aunque tampoco podemos saber si formaba parte o no del enjuiciamiento al que provisionalmente se puso término con aquella resolución judicial. Puede que sí estuviera presente en el litigio, porque, como pudimos apreciar, uno de los reproches que el Tribunal de Casación dirige al juzgado de instancia es precisamente el hecho de que sólo se detenga en el concepto de huelga, sin entrar en otras consideraciones de la trabajadora demandante. Pero lo único que podemos garantizar es que la preocupación de dicho Tribunal no va más allá del alcance numérico del concepto de huelga (en el que residía a la postre el fundamento de la decisión recurrida), por lo que, tras dejar sentado su criterio al respecto, se limita a retrotraer las actuaciones para efectuar un nuevo juicio.

De cualquier manera, vale la pena añadir una breve especulación sobre ese particular aspecto del asunto. No cabe duda de que una petición de esas características (subida del sueldo, o, en general, mejora de las condiciones previamente ajustadas) es formalmente posible, pero también hay que reconocer que su fundamento jurídico e institucional es forzosamente escaso. Como en toda relación bilateral, el trabajador deberá atenerse a lo pactado durante el tiempo acordado (*pacta sunt servanda*), salvo cambio sustancial de circunstancias (*rebus sic stantibus*). Ni siquiera un instrumento tan potente y protegido como la huelga vale siempre para esos fines. Recuérdese que una de las causas de ilegalidad de la huelga, conforme a nuestra regulación vigente, es precisamente el objetivo de alteración de lo pactado en convenio colectivo (art.11.c RDL 17/1977). Más clara aún era la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, conforme a la cual la huelga convocada “para mejorar...las condiciones de trabajo estipuladas en el contrato” (en el contexto de un pacto colectivo) podía dar lugar a la rescisión contractual o al pago de indemnizaciones por daños, sin perjuicio de la obligación de atenerse a lo pactado (art. 91). Ciertamente, no cabe equiparar el convenio o pacto colectivo con el contrato o pacto individual, respecto del que no existe una regla laboral tan taxativa. Pero el asunto no deja de ser complicado, precisamente por el cruce de distintos intereses y distintas instituciones. Habrá que defender por supuesto el cumplimiento de lo pactado, por el juego de aquellos principios. Sin embargo, una exclusión radical de la huelga dirigida a la mejora de las condiciones estrictamente contractuales (no de las establecidas colectivamente, sino de las acordadas de modo individual) no deja de parecer excesiva e incongruente...

* * *

APÉNDICE DOCUMENTAL**Tribunal de Casación****Sala de lo Social****Audiencia pública del miércoles 13 de noviembre de 1996****Nº de recurso: 93-42247***Publicada en el boletín Casación***Presidente: M.Gélineau-Larrivet, presidente***Ponente: M.Waquet, magistrado ponente**Ministerio Fiscal: M. de Caigny, abogado fiscal***REPÚBLICA FRANCESA
EN NOMBRE DEL PUEBLO FRANCÉS**

Sobre el único motivo:

Visto el párrafo 7 del preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946, el artículo L.521.1 del Código de Trabajo, en conexión con el artículo 455 del nuevo Código de enjuiciamiento civil;

Teniendo en cuenta que la Sra.M...fue contratada, el primero de enero de 1991, por M.X...en calidad de obrera agrícola; que a título de tal se encargaba de una granja porcina y que además de su trabajo ordinario durante la semana tenía la obligación de atender el cuidado y la alimentación de los cerdos un domingo por mes; que, a la vista de que sus peticiones de aumento del salario no fueron atendidas, la Sra. Y...avisó a su empresario con algunos días de antelación que no acudiría al trabajo el domingo 26 de abril de 1992; que su empresario la despidió por falta grave el 9 de mayo de 1992;

Teniendo en cuenta que el juzgado de lo social que resolvió en instancia, tras descartar la existencia de falta grave, estimó que el despido, basado en una ausencia al trabajo no justificada, se fundaba en una causa real y seria;

Teniendo en cuenta no obstante que, si la huelga se entiende como cesación colectiva y concertada del trabajo por los trabajadores con el fin de presionar a favor de sus reivindicaciones profesionales y no puede, en principio, ser practicada por un solo trabajador aisladamente, en las empresas que no tienen más que un trabajador, éste, dado que se ve obligado a presentar y defender por sí mismo y en solitario sus reivindicaciones profesionales, puede ejercitar ese derecho constitucionalmente reconocido;

Que decidiendo de esa manera, sin dar respuesta a las conclusiones de la Sra.Y...que alegó que había dejado de trabajar el domingo 26 de abril de 1992 para hacer valer sus reivindicaciones en pro de un aumento del salario, y que el ejercicio del derecho del huelga no podía ser sancionado por el empleador, salvo falta grave, el juzgado de instancia no ha dado base legal a su decisión a la vista del primero y el segundo de los textos citados y no se ha atendido a las exigencias del último de ellos;

P[or] E[stos] M[otivos]

Casamos y anulamos, en la totalidad de sus disposiciones, el juicio desarrollado el 15 de abril de 1993, entre las partes contendientes, ante el juzgado de lo social de

Nevers; en consecuencia, retrotraemos la causa y la posición de las partes al estado en que se encontraban antes del citado juicio y, para efectuar en nuevo enjuiciamiento, los reenviamos al juzgado de lo social de Bourges.

Publicación: Boletín 1996 V nº 379 p. 272.

Sentencia recurrida: Juzgado de lo Social de Nevers, de 15 de abril de 1993.

Palabras clave y resumen: CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO – Huelga – Derecho de huelga – Ejercicio – Empresa con un solo trabajador – Posibilidad. Si la huelga constituye una cesación colectiva y concertada de trabajo llevada a cabo por los trabajadores para presionar a favor de sus reivindicaciones profesionales y no puede, en principio, ser hecha por un solo trabajador, en aquellas empresas que no tienen más que un trabajador, éste puede ejercitar ese derecho constitucionalmente reconocido, dado que se ve obligado a presentar y defender por sí mismo y en solitario sus reivindicaciones profesionales.

CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO – Huelga – Definición – Carácter colectivo – Cese en el trabajo con el fin de satisfacer sus reivindicaciones profesionales – Empresa con un solo trabajador – Posibilidad.

Textos aplicados:

Código de Trabajo L521-1.

Nuevo Código de enjuiciamiento civil 455.

LOS ESTATUTOS DE LA FEDERACIÓN ALEMANA DE SINDICATOS (*DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND*). COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE COMISIONES OBRERAS Y DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA

[THE BYLAWS OF THE GERMAN FEDERATION OF TRADE UNIONS (DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND). A COMPARISON IN CONTEXT TO CONFEDERATE BYLAWS OF COMISIONES OBRERAS AND OF UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, AND CASTILIAN TRANSLATION]

Jesús Martínez Girón

Sumario: I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE LA FEDERACIÓN ALEMANA DE SINDICATOS. II. COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE COMISIONES OBRERAS. III. COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. AN APPROACH TO THE CONTENTS OF THE BYLAWS OF THE GERMAN FEDERATION OF TRADE UNIONS. II. A COMPARISON IN CONTEXT TO THE CONFEDERATE BYLAWS OF COMISIONES OBRERAS. III. A COMPARISON IN CONTEXT TO THE CONFEDERATE BYLAWS OF UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este estudio compara los estatutos de la DGB alemana, cuya traducción castellana ofrece, y los de las dos grandes confederaciones sindicales españolas, poniendo de relieve la existencia de divergencias profundas entre ellos, pero también coincidencias sorprendentes.

Abstract: This study compares the bylaws of the German DGB, offering its Castilian translation, and the ones of the two great Spanish confederations of trade unions, pointing out the existence of deep divergencies among them, but also surprising coincidences.

Palabras Clave: Derecho comparado – Sindicatos – Estatutos – DGB – CCOO – UGT.

Keywords: Comparative Law – Trade Unions – Bylaws – DGB – CCOO – UGT.

* * *

I. APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE LA FEDERACIÓN ALEMANA DE SINDICATOS

1. Lógicamente, la versión vigente y, además, consolidada de los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*) —en abreviatura, DGB— resulta pública y gratuitamente accesible, en lengua alemana, en el portal de Internet de la propia Federación, ubicado en www.dgb.de (directamente utilizable, sólo en muy pequeña medida, también en castellano e inglés)¹. Para contextualizarlos diacrónicamente, resulta pertinente recordar que se afirma en esta versión oficial que «el Congreso fundacional de la Federación Alemana de Sindicatos de 1949, en Múnich, acuerda los estatutos»²; que «la nueva redacción de los estatutos, acordada por el tercer Congreso federal extraordinario de 1971, en Düsseldorf», fue modificada por diversos Congresos federales posteriores, «y últimamente, por el decimotercero Congreso federal ordinario de 2006, en Berlín»³; y que su último retoque, operado por el Comité federal de la DGB, se produjo el «05.03.2008»⁴. Se trata de unos estatutos muy breves —a pesar de todo el gigantismo de esta Federación, a cuyos sindicatos pertenecen casi seis millones y medio de afiliados⁵—, formalmente divididos en dos porciones bien diferenciadas⁶.

2. La primera porción contiene el articulado en sentido estricto de los estatutos, integrado por diecinueve párrafos. Salvo dos preceptos equivalentes a las disposiciones extravagantes contenidas en las normas españolas —y más en concreto, a las que usualmente denominamos aquí «disposiciones finales»⁷—, sus restantes diecisiete párrafos regulan única y exclusivamente temas «de la Federación [*des Bundes*]», que aquí —en España— denominaríamos «confederales», lo que explica que la única regulación en ellos contenida del asunto cardinal de la «afiliación» se refiera sólo a la de sujetos colectivos, afirmando a este respecto el párrafo 3 (rotulado precisamente así, «Afiliación [*Mitgliedschaft*]») que «pueden ser admitidos en la Federación los sindicatos [*die Gewerkschaften*] que acepten los estatutos de la Federación, y cuyos estatutos no contradigan los estatutos de la Federación»⁸. Se trata de preceptos contruidos sobre la base de los tres principios estructurales siguientes: 1) el del unitarismo confederal, pues la DGB aspira a ser la única central sindical (u «organización central [*Spitzenorganisation*]») existente en Alemania, al que alude el fundamental párrafo 2 (rotulado «Objetivo, estructura y funciones

¹ Utilizando el enlace «DGB» y luego, dentro de él, el vínculo «Aufgaben und Aufbau». Noticiando este portal y alguna de sus potencialidades, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 117.

² Cfr. página de créditos de dicha versión.

³ Acerca de todo ello, *ibidem*.

⁴ Cfr. rótulo de su Anexo 1.

⁵ Más en concreto, «6.441.045» a fecha de 31 diciembre 2007. Las cifras en cuestión y las de años anteriores, desde 1950, pueden localizarse en el citado portal de Internet de la DGB (de nuevo, vía «DGB» y luego, dentro de este enlace, acudiendo a «Mitgliederzahlen»).

⁶ Analizándolos en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, véase R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS y I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 2575-2576.

⁷ Se trata de su párrafo 17 (rotulado «Año económico [*Geschäftsjahr*]») y de su párrafo 19 (rotulado «Entrada en vigor [*Inkrafttreten*]»).

⁸ Apartado 1.

de la Federación [*Zweck, Aufbau und Aufgaben des Bundes*]]⁹, afirmando que «los sindicatos asociados en la Federación son partes del movimiento sindical unitario [*der einheitlichen Gewerkschaftsbewegung*]]¹⁰, se supone que encarnado por ella en la propia Alemania¹¹; 2) el de la autonomía confederal, especialmente evidenciada por el dato de que la DGB posea su propia y peculiar organización territorial —en «Distritos [*Bezirke*]]», regulados en el párrafo 11, que son actualmente nueve¹²; y dentro de éstos, en «Regiones [*Regionen*]]», reguladas en el párrafo 12, que son actualmente ochenta y ocho¹³—, la cual se superpone a la organización territorial política alemana en dieciséis Estados federados; y 3) el de la autonomía sindical, pues el citado párrafo 2 —supuesto que la DGB, como indica su nombre, asocia precisamente «sindicatos», que en la actualidad son sólo ocho¹⁴— afirma que «la estructuración organizativa, las funciones y objetivos de los sindicatos se fijan en sus estatutos»¹⁵, abandonando a la regulación contenida en estos últimos temas cruciales, como el de las prestaciones económicas —incluido el «subsidio de huelga [*Streikunterstützung*]]¹⁶— pagadas a los trabajadores afiliados, respecto de lo que meramente se indica, en el propio párrafo 2, que es función de la DGB «la coordinación de las prestaciones y subsidios [*Leistungen und Unterstützungen*] de los sindicatos para sus afiliados»¹⁷.

3. La segunda porción está integrada, a su vez, por dos «Anexos [*Anlagen*]]» reguladores de temas intersindicales y, en consecuencia, de nuevo estrictamente «confederales». Se trata del «Anexo 1», que contiene las «Directrices para la delimitación de ámbitos organizativos y para la modificación de la descripción organizativa, a que se refiere el párrafo 15, número 1, de los estatutos de la DGB» —Directrices en las que, entre otras cosas, se formula «el principio “un centro de trabajo, un sindicato [*ein Betrieb – eine Gewerkschaft*]]”¹⁸, fundamental de cara a la negociación de convenios colectivos—, afirmando respecto de ellas el precepto en cuestión «que son parte de estos estatutos»¹⁹. Y del «Anexo 2», relativo al «Reglamento del tribunal arbitral [*Schiedsgerichtsordnung*] a que se refiere el párrafo 16 de los estatutos de la DGB» —que comienza regulando el «procedimiento de conciliación [*Vermittlungsverfahren*]]», que precede a la actuación de dicho «tribunal arbitral»²⁰—, específicamente previsto para

⁹ La citada expresión «organización central» aparece utilizada en el párrafo 2, apartado 3, letra h), párrafo cuarto.

¹⁰ Apartado 2, letra c), inciso primero.

¹¹ Por supuesto, existen centrales sindicales alemanas mucho más pequeñas, cuya naturaleza jurídica «sindical» ha sido judicialmente pleiteada, ante los tribunales laborales alemanes, por sindicatos afiliados a la DGB. El caso decisivo sobre el tema, a propósito del «Sindicato Cristiano del Metal», es un Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 marzo 2006, comentado y concordado por U. ZACHTER, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 67 y ss.

¹² Al respecto, dentro del portal de Internet citado, véase el vínculo «Bezirke», dentro del enlace «DGB».

¹³ Al respecto, dentro del portal de Internet citado, véase el vínculo «Regionen», dentro del enlace «DGB».

¹⁴ Al respecto, dentro del portal de Internet citado, véase el vínculo «Gewerkschaften», dentro del enlace «DGB».

¹⁵ Apartado 2, letra c), inciso segundo.

¹⁶ Acerca de la regulación de este tema en los estatutos del poderoso Sindicato Industrial del Metal (o «IG Metall»), véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 148.

¹⁷ Apartado 4, letra k).

¹⁸ Apartado 2, letra a), segundo guión.

¹⁹ Inciso primero, *in fine*.

²⁰ Cfr. su apartado 1.

resolver «conflictos entre los sindicatos asociados a la Federación»²¹, y respecto del que tampoco cabe dudar de su naturaleza jurídica estatutaria, pues el párrafo recién citado afirma asimismo de dicho Reglamento «que es parte de estos estatutos»²².

II. COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE COMISIONES OBRERAS

4. El primer contraste evidente entre los estatutos de la DGB y los estatutos de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras —asimismo accesibles pública y gratuitamente, en versión consolidada, a través de su portal en Internet, ubicado en www.ccoo.es²³— se refiere a su tamaño, pues —aun computando los dos «Anexos» que complementan los de la DGB, y prescindiendo, en cambio, de los nueve reglamentos que desarrollan los de CC.OO.— resulta que los de la central sindical española triplican en extensión a los de la central sindical alemana, a pesar de que esta última sextuple su número de personas físicas afiliadas²⁴. Formalmente hablando, los estatutos confederales de CC.OO. —que fueron «aprobados en el 8º Congreso Confederal» de «24 de abril de 2004»— constan de una «Definición de Principios», de su articulado en sentido estricto —cuyos cuarenta y ocho artículos se agrupan en ocho apartados— y de un «Anexo a los Estatutos de la C.S. de CC.OO. aprobados en el 8º Congreso Confederal», en el que con una prolijidad insufrible (y con el estilo propio de los protocolos notariales) se detallan las «facultades» de su «Secretario General o Secretaria General». Prescindiendo de este «Anexo», los contrastes entre la «Definición de Principios» y el articulado, si comparados con los estatutos de la DGB, resultan claros.

5. En lo tocante a los «Principios», de un lado, porque se reconoce la completa falta de unidad sindical existente a día de hoy en España —lo que dota al conjunto de los estatutos de un cierto aire de provisionalidad—, afirmándose en ellos que la central sindical «se propone, como objetivo fundamental, la consecución de la unidad sindical orgánica dentro del Estado español, mediante la creación, en el menor plazo posible, de una confederación que sea expresión libre y unitaria de todos los trabajadores y trabajadoras»²⁵. Y de otro lado, frente a las rotundas manifestaciones del párrafo 2 de los estatutos de la DGB sobre el ordenamiento constitucional alemán («La Federación y los sindicatos asociados en ella se declaran en favor del ordenamiento constitucional democrático-liberal de la República Federal de Alemania»²⁶; «Son funciones políticas de la Federación», entre otras, «La intensificación y el aseguramiento del Estado social y democrático de Derecho y de su ordenamiento constitucional democrático-liberal»²⁷,

²¹ *Ibidem*, párrafo primero, inciso primero.

²² Apartado 2.

²³ Yendo al vínculo «Conoce CCOO» y luego, dentro de él, a «Estatutos y Reglamentos 8º Congreso».

²⁴ En el recién citado portal de CC.OO. se afirma que «CCOO es el primer sindicato de España por número de personas afiliadas y por delegados elegidos en las elecciones sindicales», publicándose la noticia de que —en diciembre de 2008— había alcanzado la cifra de un millón doscientos mil afiliados. Según la Confederación Sindical Internacional, a la que está afiliada CC.OO., esta última —en diciembre de 2007— poseía un millón mil afiliados. Este último dato resulta accesible a través del portal en Internet de dicha organización sindical mundial, ubicado en www.ituc-csi.org.

²⁵ Cfr. Principio «Unitario», párrafo primero, inciso primero.

²⁶ Apartado 1, letra c), inciso primero.

²⁷ Apartado 3, letra a), párrafo primero.

y «La defensa del ordenamiento constitucional democrático-liberal»²⁸), porque CC.OO. afirma —en cuanto a su Principio «Reivindicativo y de Clase»— que «se orienta hacia la supresión de la sociedad capitalista y la construcción de una sociedad socialista democrática»²⁹, y además —en cuanto a su Principio «Sociopolítico»—, porque «se define a favor del estado federal»³⁰, que no es precisamente a día de hoy la forma política en que se organiza España. Todo ello, al igual que cuando «reconoce el derecho de autodeterminación de aquellos pueblos que lo deseen ejercitar»³¹, declarando rotundamente —eso sí— que «la C.S. de CC.OO. desarrolla su actividad en el marco legal de la Constitución española y lucha por su desarrollo progresivo, respetando la misma como expresión de voluntad democrática del pueblo español que en su día la aprobó»³².

6. Y en cuanto a su articulado, también frente al contenido de los estatutos de la DGB, porque: 1) la organización territorial de CC.OO. está plegada a la organización territorial política de España, salvo en el caso de la «Confederación Sindical de CC.OO. de Euskadi», respecto de la que se aclara que comprende «las Comunidades Autónomas Vasca y Navarra»³³; 2) la autonomía organizativa de sus «Federaciones» es mucho más limitada que la de que disponen los sindicatos asociados a la confederación alemana, evidenciándolo el artículo 48 —sin paralelo posible ninguno en los estatutos de la DGB—, a cuyo tenor: a) «según lo establecido por los artículos 2 y 19.1 de los presentes Estatutos son desarrollables en los Estatutos de las organizaciones confederadas reseñadas en el artículo 17.1 y, respetando en todo caso lo dispuesto en los presentes, los artículos 19.10 y 33»³⁴; b) «asimismo, serán desarrollables en los Estatutos de las Federaciones Estatales los artículos 17.2 y 17.5 y en los de las Confederaciones de Nacionalidad y Uniones Regionales el artículo 17.3»³⁵; y c) «dentro del respeto a lo establecido en los Estatutos, serán artículos de necesaria adaptación en los estatutos de las organizaciones listadas en el artículo 17.1 en virtud de las peculiaridades organizativas de su ámbito, los artículos 3, 4 y 5 (por la Federaciones Estatales); 17, 19 en sus apartados 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, y los artículos 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 45 y 47»³⁶; y 3) por último, entra a regular temas que los estatutos de la DGB en absoluto considerarían «confederales», como todo el contenido del apartado II de su articulado, relativo a la «afiliación» de personas individuales (lógicamente, sólo «a través de las organizaciones confederadas») ³⁷, el «carné» de los afiliados personas físicas³⁸, «derechos» y «deberes» de tales personas como «afiliados y afiliadas»³⁹, «medidas disciplinarias» aplicables a las mismas⁴⁰, etc.

²⁸ *Ibidem*, párrafo séptimo.

²⁹ Inciso segundo.

³⁰ Párrafo tercero, tercer guión.

³¹ *Ibidem*, primer guión.

³² Cfr. Principio «Sociopolítico», párrafo último.

³³ Cfr. la nota 1 del octavo guión de la letra b) del artículo 17.

³⁴ Párrafo primero, inciso primero.

³⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁶ Párrafo segundo.

³⁷ Cfr. artículo 8.

³⁸ Cfr. artículo 9.

³⁹ Cfr. artículos 10 y 13.

⁴⁰ Cfr. artículo 14.

III. COMPARACIÓN CONTEXTUALIZADORA CON LOS ESTATUTOS CONFEDERALES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES

7. Los vigentes estatutos confederales de la Unión General de Trabajadores —accesibles a través del portal en Internet de esta otra central sindical, ubicado en www.ugt.es⁴¹— son también mucho más extensos que los de la DGB, a pesar de que de nuevo —si se atiende al número de concretas personas físicas afiliadas— UGT es ocho veces más pequeña que la central sindical alemana⁴². Formalmente hablando, se estructuran de modo muy distinto a como lo hacen los estatutos confederales de CC.OO., pues los de UGT constan de noventa y tres artículos —agrupados en ocho Títulos—, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, dos disposiciones derogatorias —que confirman que la versión de estos estatutos actualmente vigente fue aprobada por su trigésimoctavo Congreso Confederal, celebrado en Madrid los días 13 a 16 marzo 2002⁴³— y dos disposiciones finales, formando parte inseparable de la segunda de éstas un «Anexo» —del todo idéntico al mencionado antes, de los estatutos confederales de CC.OO.—, en el que se describen las «facultades del Secretario General de la Unión General de Trabajadores de España». En cuanto a su contenido, si comparado con el de los estatutos de la DGB, es claro que sólo cabe hablar de coincidencias sorprendentes.

8. En efecto, en sus Títulos II, III y IV, artículos 2 a 22, las coincidencias son tantas y tan literales, que no queda más remedio que concluir que estas normas estatutarias confederales de UGT —en las que llega a hablarse incluso, como es usual en Alemania, de «luchas laborales»⁴⁴, aunque se elude toda referencia al movimiento sindical «unitario»⁴⁵— son una copia adaptada de los estatutos de la central sindical alemana. Lo prueban, por ejemplo, sus referencias —tan contrastantes con el contenido de los estatutos confederales de CC.OO.— a nuestra Constitución («La Confederación y las Federaciones agrupadas en ella proclaman su adhesión y defensa del orden fundamental democrático del Estado español»)⁴⁶, a la peculiar distribución de «tareas de la Confederación»⁴⁷ —entre las que se incluye, además de «la preparación y la ejecución de medidas en el ejercicio del derecho de huelga para la defensa del orden fundamental democrático, de cada uno de los derechos fundamentales y de la independencia del movimiento sindical»⁴⁸, también la competencia de la propia confederación para resolver conflictos intersindicales típicamente alemanes («El arbitraje en los litigios entre Federaciones, particularmente en los relacionados con la delimitación y modificación de sus ámbitos organizativos»)⁴⁹— o a la creación de un «Fondo de Solidaridad»⁵⁰,

⁴¹ Vía «Nuestra organización», y luego, vía «Nuestra historia» [dentro de ella, vía «38º Congreso Confederal (13-16 marzo de 2002)»].

⁴² Según la Confederación Sindical Internacional, poseía —en diciembre de 2007— ochocientos diez mil afiliados (cfr. *supra*, nota 24).

⁴³ La disposición derogatoria primera indica que «los presentes Estatutos sustituyen a los aprobados por el 37º Congreso Confederal celebrado en Madrid del 11 al 14 de marzo de 1998».

⁴⁴ Por ejemplo, en el artículo 8.9º. Cfr., además, su artículo 5.1.

⁴⁵ El artículo 7.1º.e) se refiere a «mantener relaciones con otras confederaciones sindicales nacionales e internacionales».

⁴⁶ Artículo 2.3. Cfr., además, su artículo 8.1º.

⁴⁷ En el Capítulo II de su Título II.

⁴⁸ Artículo 8.1º. Cfr., también, artículo 7.1º.b).

⁴⁹ Artículo 8.10º. Cfr., además, el Capítulo II de su Título III, y el artículo 39.e).

⁵⁰ Cfr. su artículo 22.

cabiendo detectar la existencia de alguna traducción (como en el caso, por ejemplo, de la palabra alemana «*Kündigung*») puramente metálica⁵¹. Fuera de estos tres Títulos, también cabe hablar de copias de preceptos realizadas prácticamente al pie de la letra, como la que el artículo 93 («La Confederación sólo podrá disolverse si así lo decide un Congreso Confederal convocado con este punto del orden del día, por una mayoría de cuatro quintos de los delegados»⁵²; «En caso de disolución, el Congreso Confederal decidirá sobre el destino del patrimonio confederal existente»⁵³) efectúa del párrafo 18 de los estatutos de la DGB («La Federación sólo puede disolverse cuando decida sobre ello un Congreso federal, convocado con este punto del orden del día, por una mayoría de cuatro quintos de sus miembros con derecho de voto»⁵⁴; «Sobre el empleo del patrimonio federal existente decide, en este caso, el Congreso federal»⁵⁵).

9. En lo demás —contrastando con los estatutos de la DGB—, la pauta que se sigue es la misma a la que se ajustan los estatutos confederales de CC.OO., evidenciada especialmente por el plegamiento de la UGT a la organización territorial política de España («establece territorialmente su organización a través de Uniones de Comunidad Autónoma, con el objeto de coordinar la acción de las Federaciones y desarrollar las políticas y tareas sindicales establecidas por la Confederación»⁵⁶, por la limitación de la autonomía de sus sujetos colectivos territoriales («la Comisión Ejecutiva Confederal visará los Estatutos de las Uniones, exigiendo la rectificación de aquellos aspectos que contravengan los criterios organizativos establecidos para toda la Confederación»⁵⁷; «la Confederación podrá otorgar personalidad jurídica a las Uniones de Comunidad Autónoma cuando las circunstancias así lo aconsejen»⁵⁸) y por la regulación de asuntos que en Alemania no se considerarían «confederales» en sentido estricto (significativamente, todo el contenido de su Título VI, rotulado «De los afiliados *al Sindicato*», en el que se trata de la «Adquisición y pérdida de la condición de afiliado al Sindicato»⁵⁹, del «Traslado de afiliación y modificación de datos personales»⁶⁰, del «Archivo y uso de los datos de carácter personal»⁶¹, de los «Derechos y deberes de los afiliados»⁶², de las «Faltas y sanciones»⁶³, y de la «Suspensión cautelar de derechos»⁶⁴).

* * *

⁵¹ Así, al proceder a traducir el contenido del párrafo 3, apartado 6, de los estatutos de la DGB («El abandono voluntario por un sindicato de la Federación sólo es admisible ante el Comité anual, tras denuncia [*Kündigung*] preceptiva de seis meses. En las sesiones de los órganos de los sindicatos en los que se delibere sobre su dimisión o se exija acuerdo, participan representantes de la Junta Directiva federal con voz pero sin voto»), el artículo 11.3 afirma literalmente lo siguiente: «La baja voluntaria de una Federación sólo se admitirá para el fin del año previa rescisión [*sic*] de la afiliación con una antelación de al menos seis meses. En las sesiones de los órganos de la Federación en los que se delibere o se resuelva sobre la baja voluntaria participarán, con derecho a voz, representantes de la Comisión Ejecutiva Confederal».

⁵² Apartado 1.

⁵³ Apartado 2.

⁵⁴ Apartado 1.

⁵⁵ Apartado 2.

⁵⁶ Disposición adicional primera, apartado 1.

⁵⁷ Artículo 79.2.

⁵⁸ Disposición adicional primera, apartado 4.

⁵⁹ Artículos 58 a 63.

⁶⁰ Artículos 64 a 66.

⁶¹ Artículos 67 a 69.

⁶² Artículos 70 y 71.

⁶³ Artículos 72 a 75.

⁶⁴ Artículo 76.

APÉNDICE DOCUMENTAL

Estatutos de la DGB

Edición de Junio 2006

Últimamente modificados por el Decimoctavo Congreso Federal Ordinario de 2006, en Berlín

El Congreso fundacional de la Federación Alemana de Sindicatos de 1949, en Múnich, acuerda los estatutos.

Estos estatutos fueron modificados en el segundo Congreso federal ordinario de 1952, en Berlín; en el tercer Congreso federal ordinario de 1954, en Frankfurt (Main); y en el cuarto Congreso federal ordinario de 1956, en Hamburgo.

El sexto Congreso federal ordinario de 1962, en Hannover, acuerda una nueva redacción.

Se modificó por el séptimo Congreso federal ordinario de 1966, en Berlín, y por el octavo Congreso federal ordinario de 1969, en Múnich.

La nueva redacción de los estatutos, acordada por el tercer Congreso federal extraordinario de 1971, en Düsseldorf, fue modificada por el noveno Congreso federal ordinario de 1972, en Berlín; por el décimo Congreso federal ordinario de 1975, en Hamburgo; por el undécimo Congreso federal ordinario de 1978, en Hamburgo; por el decimocuarto Congreso federal ordinario de 1990, en Hamburgo; por el decimoquinto Congreso federal ordinario de 1994, en Berlín; por el quinto Congreso federal extraordinario de 1996, en Dresde; por el decimosexto Congreso federal ordinario de 1998, en Düsseldorf; por el decimoséptimo Congreso federal ordinario de 2002, en Berlín; y últimamente, por el decimoctavo Congreso federal ordinario de 2006, en Berlín.

El Anexo 1, acordado por el Comité federal de la DGB el 11.03.1992, y el Anexo 2, acordado el 02.12.1997, fueron modificados por el Comité federal de la DGB el 08.03.2000, y el Anexo 2, últimamente, el 06.03.2002.

Índice

Parágrafo 1. Nombre y sede

Parágrafo 2. Objetivo, estructura y funciones de la Federación

Parágrafo 3. Afiliación

Parágrafo 4. Contribuciones

Parágrafo 5. Fondo de solidaridad

Parágrafo 6. Órganos de la Federación

Parágrafo 7. Congreso federal

Parágrafo 8. Comité federal

Parágrafo 9. Junta Directiva federal

Parágrafo 10. Comisión de Revisión.

Parágrafo 11. Distritos

Parágrafo 12. Regiones**Parágrafo 13. Capacidad de acordar, votaciones, derecho de voto, elecciones****Parágrafo 14. Publicaciones oficiales****Parágrafo 15. Delimitación de los ámbitos organizativos****Parágrafo 16. Procedimiento del tribunal arbitral****Parágrafo 17. Año económico****Parágrafo 18. Disolución de la Federación****Parágrafo 19. Entrada en vigor****Anexo 1****Anexo 2****Parágrafo 1. Nombre y sede**

1. La asociación de los sindicatos lleva el nombre Federación Alemana de Sindicatos.
2. La Federación tiene su sede en Berlín.

Parágrafo 2. Objetivo, estructura y funciones de la Federación

1. a) La Federación asocia los sindicatos en una unidad eficaz y representa sus intereses comunes.
b) La Federación y los sindicatos asociados en ella representan los intereses asociativos, económicos, sociales y culturales de las trabajadoras y los trabajadores, y se asientan sobre la democracia de género.
c) La Federación y los sindicatos asociados en ella se declaran en favor del ordenamiento constitucional democrático-liberal de la República Federal de Alemania. Se movilizan para el aseguramiento y la intensificación del Estado social de Derecho y la democratización ulterior de la economía, el Estado y la sociedad.
d) La Federación y los sindicatos asociados en ella se declaran en favor del logro de una Europa unida con un ordenamiento asociativo democrático.
e) La Federación se dota de un programa de principios y de un programa de acción.
2. a) La Federación y los sindicatos asociados en ella se estructuran democráticamente.
b) Son independientes de Gobiernos, partidos, comunidades religiosas, Administraciones y de los empresarios.
c) Los sindicatos asociados en la Federación son partes del movimiento sindical unitario. La estructuración organizativa, las funciones y objetivos de los sindicatos se fijan en sus estatutos. Los estatutos de los sindicatos no pueden contradecir los estatutos de la Federación.
3. Son funciones políticas de la Federación:
a) En la política general sindical, comunitaria y de igualdad, en especial:
La intensificación y el aseguramiento del Estado social y democrático de Derecho y de su ordenamiento constitucional democrático-liberal;

Abogar por un desarme controlado general y de ámbito mundial, para la realización y el mantenimiento de la paz y de la libertad, en el espíritu del entendimiento entre los pueblos;

El reforzamiento del movimiento sindical internacional libre;

Los esfuerzos para los progresos en la unidad europea;

La realización de la democracia de género y de la participación igualitaria de mujeres y hombres en todos los centros de trabajo y Administraciones, en la economía, la sociedad y la política, también con sujeción a la aplicación de la estrategia de transversalidad del género;

La promoción de la integración social de las trabajadoras y los trabajadores extranjeros;

La defensa del ordenamiento constitucional democrático-liberal, de los concretos derechos fundamentales democráticos y de la independencia del movimiento sindical;

La salvaguardia del derecho de resistencia (artículo 20, apartado 4, de la Constitución Federal);

b) En la política social, en especial:

La representación de los intereses de las trabajadoras y los trabajadores en la política nacional e internacional social y de salud, incluida la protección del medio ambiente;

En el aseguramiento social, incluida la autoadministración;

En la política del mercado de trabajo y de la seguridad del trabajo;

En el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social, en el Derecho de organización de la empresa y en el Derecho de representación del personal;

En la protección jurídica;

c) En la política económica, en especial:

La representación de los intereses de las trabajadoras y los trabajadores en la política económica nacional e internacional;

En la democratización de la economía y de la Administración, a través de la realización amplia de la cogestión de las trabajadoras y los trabajadores;

En la política de capital, la planificación económica;

Política coyuntural y política estructural;

Política de precios, concursos y del consumidor;

d) En la política de mujeres, en especial:

La representación de los intereses de las mujeres en todos los ámbitos de las funciones políticas de la Federación, especialmente en la política de igualdad y en la política familiar, con los objetivos de la participación igualitaria de mujeres y hombres en todos los ámbitos sociales, y de la eliminación de la discriminación directa e indirecta por causa de sexo, así como del facilitamiento de la compatibilidad de familia y profesión.

En consecuencia, las mujeres deben estar representadas en los mandatos de órganos colegiados y delegaciones en los que la DGB tenga la competencia de nombramiento o, en su caso, posibilidades de influjo, al menos en correspondencia a su parte en la afiliación;

e) En la política de jóvenes:

La representación de intereses de los adolescentes y los adultos jóvenes. El trabajo sindical de jóvenes tiene que apoyar la función, procesos de desarrollo y procesos de identidad de las personas jóvenes a través de una oferta variada, y activarlas a través de la representación de sus intereses y la colaboración en el sindicato y la sociedad. Como parte de la Federación Alemana de Sindicatos, existe la DGB-Jóvenes, asociación juvenil independiente. Las estructuras decisorias se establecen en las directrices;

f) En la política de mayores, en especial:

La representación de los intereses de las mayores y los mayores, y la defensa de su participación en la organización de la vida social, y en el aseguramiento y el desarrollo de sus intereses económicos y sociales.

La DGB se moviliza para el logro de un clima amistoso para los mayores y la eliminación de cualquier tipo de discriminación de la generación de los mayores en la sociedad.

g) En la política de formación y en la política cultural, en especial:

La representación de los intereses de las trabajadoras y los trabajadores, a través de la promoción de una política progresista nacional e internacional de formación y cultural, especialmente política educativa y universitaria, política de formación profesional y de formación profesional continua, formación política, formación sindical y formación en todos los niveles, con el objetivo del desarrollo de la igualdad de oportunidades, la justicia social y la democratización;

h) La representación y coordinación de los intereses comunes, en especial:

Las atribuciones asignadas por las Leyes a la Federación, a realizarse en la economía, en el ámbito cultural, en las restantes corporaciones, instituciones y Administraciones, así como en la jurisdicción laboral, de seguridad social, contencioso-administrativa y económico-administrativa, y para defender las funciones que se derivan de ellas;

Para informar a la Cámara Baja federal, a la Cámara Alta federal, a los Parlamentos de los Estados federados, a los Gobiernos y Autoridades, así como a los órganos de las Comunidades Europeas, sobre pareceres sindicales en relación con cuestiones actuales, que afecten a los intereses de las trabajadoras y los trabajadores, y para plantearles exigencias;

La defensa de la función como organización central en cuestiones del Derecho de funcionarios y del Derecho de retribuciones;

La defensa de las funciones comunes de los sindicatos sobre trabajadoras y trabajadores, empleados, funcionarias y funcionarios, mujeres, los jóvenes, y las mayores y los mayores;

La defensa de las funciones asignadas a la Federación en los órganos de las Comunidades Europeas.

4. Son funciones organizativas de la Federación, en especial:
 - a) La preparación y realización de medidas en defensa del derecho de resistencia (artículo 20, apartado, 2, de la Constitución Federal) para la defensa del ordenamiento constitucional democrático-liberal, los derechos fundamentales concretos y la independencia del movimiento sindical;
 - b) La formación profesional y la formación continua de los afiliados y funcionarios de los sindicatos, a través del mantenimiento de escuelas propias de la Federación, así como de instituciones de formación profesional, de educación y de cultura, locales y supralocales, en conexión con el trabajo educativo de los sindicatos;
 - c) La creación de servicios jurídicos. Los servicios jurídicos trabajan, supuesto que sea legalmente admisible, en los ámbitos de lo ordinario, de la jurisdicción contencioso-administrativa, de la jurisdicción económico-administrativa, de la jurisdicción laboral y de la jurisdicción de seguridad social. Actuarán según las directrices de la Junta Directiva federal.

Los responsables del asesoramiento jurídico y la representación procesal son competentes, a los efectos de la Ley del Tribunal de Trabajo, de la Ley del Tribunal de Seguridad Social, de la Ley del Tribunal Contencioso-administrativo, de la Ordenanza Federal Disciplinaria y de la Ordenanza del Tribunal Económico-administrativo, para la representación procesal ante los tribunales laborales, los tribunales de la jurisdicción de seguridad social, la jurisdicción disciplinaria, los tribunales contencioso-administrativos y los tribunales económico-administrativos;
 - d) La defensa de las relaciones con el público de la Federación;
 - e) La promoción de iniciativas económicas generales, de utilidad pública y mutualísticas de riesgos laborales;
 - f) La elaboración de principios de política de convenios colectivos;
 - g) El logro de directrices para llevar a cabo y apoyar luchas laborales;
 - h) La delimitación y modificación de los ámbitos organizativos de los sindicatos;
 - i) La conciliación de conflictos entre sindicatos;
 - j) La creación de instituciones comunes para la Federación y los sindicatos;
 - k) La coordinación de las prestaciones y subsidios de los sindicatos para sus afiliados;
 - l) La coordinación de la inversión y utilización del patrimonio sindical;
 - m) La coordinación de las condiciones salariales y de contratación de los empleados de la Federación y de los sindicatos;
 - n) El apoyo a los sindicatos en caso de desempeño de funciones extraordinarias.
5. Por el Congreso federal y el Comité federal pueden asignarse más funciones a la Federación.
6. Para el cumplimiento de sus funciones, la Federación tiene que lograr los requisitos técnicos y personales, con aplicación de los principios de una organización y Administración racionales y modernas.

Parágrafo 3. Afiliación

1. Pueden ser admitidos en la Federación los sindicatos que acepten los estatutos de la Federación, y cuyos estatutos no contradigan los estatutos de la Federación.
2. Sobre la admisión en la Federación decide el Comité federal, por una mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto.

Un sindicato sólo puede ser admitido en la Federación con el consentimiento del sindicato o de los sindicatos que ya son miembros de la Federación para este ámbito organizativo.

3. Los sindicatos de la Federación tienen que respetar sus estatutos y cumplir los acuerdos de los órganos de la Federación (Congreso federal, Comité federal y Junta Directiva federal).
4. Un sindicato que actúe contra los estatutos de la Federación o que incumpla los acuerdos de los órganos de la Federación, puede ser expulsado de la Federación, por acuerdo de una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité federal. Lo mismo se aplica al sindicato que no se someta al procedimiento del tribunal arbitral o cuyo laudo, tras el rechazo de una queja posible, no reconozca.
5. Frente a la expulsión, es admisible la apelación dentro de tres meses del sindicato afectado, ante el próximo Congreso federal.

En este caso, se suspenden sus derechos y deberes hasta la decisión por el Congreso federal.

6. El abandono voluntario por un sindicato de la Federación sólo es admisible ante el Comité anual, tras denuncia preceptiva de seis meses. En las sesiones de los órganos de los sindicatos en los que se delibere sobre su dimisión o se exija acuerdo, participen representantes de la Junta Directiva federal con voz pero sin voto.
7. Los sindicatos expulsados o dados de baja pierden desde el día de su exclusión todo derecho a cualquier parte del patrimonio e instituciones de la Federación.

Parágrafo 4. Contribuciones

1. Para el cumplimiento de sus funciones, los sindicatos tienen que pagar a la Federación contribuciones en cuantía del 12 por ciento del ingreso por contribuciones. El ingreso por contribuciones se compone de las contribuciones pagadas por los afiliados al sindicato (contribuciones totales, contribuciones de reconocimiento, contribuciones voluntarias).
2. Las contribuciones hay que abonarlas a la Federación con posterioridad al trimestre.
3. El Comité federal promulga un reglamento de contribución.
4. Los sindicatos expulsados o dados de baja pagan sus contribuciones hasta el momento en que la expulsión o la baja sea eficaz.

El parágrafo 3, número 5, último inciso, permanece inalterado.

5. Para cubrir gastos extraordinarios de la Federación, pueden acordarse contribuciones especiales por el Comité federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto.

Parágrafo 5. Fondo de solidaridad

1. La Federación crea un fondo de solidaridad. Según directrices a acordar por el Comité federal, se garantizan por él ayudas de la Federación y se apoyan acciones sindicales especiales.
2. Los sindicatos pagan contribuciones para ello. La cuantía de estas contribuciones la acuerda el Comité federal.
3. El Comité federal acuerda las directrices y el empleo de los medios del fondo de solidaridad. Hasta el tope fijado en las directrices, la Junta Directiva federal puede hacer disposiciones provisionales.

Parágrafo 6. Órganos de la Federación

Los órganos de la Federación son:

El Congreso federal,

El Comité federal,

La Junta Directiva federal,

La Comisión de Revisión.

Parágrafo 7. Congreso federal

1. El Congreso federal es el órgano supremo de la Federación.
2. Cada cuatro años tiene lugar un Congreso federal ordinario. Dentro de los tres meses precedentes a un Congreso federal ordinario, no deben tener lugar reuniones sindicales y no pueden tener lugar Conferencias federales de mujeres y Conferencias federales de jóvenes, así como Conferencias de distrito y Conferencias de Estado federado de la Federación.
3. Son funciones del Congreso federal:
 - a) Establecer las directrices generales de la política sindical y acordar el programa de principios;
 - b) Recibir los informes de actuación de la Junta Directiva federal y de la Comisión de Revisión, y acordar sobre su exculpación;
 - c) Acordar modificaciones de los estatutos;
 - d) Acordar sobre las peticiones planteadas al Congreso federal;
 - e) Acordar sobre los recursos y apelaciones planteados al Congreso federal;
 - f) Elegir la Junta Directiva federal gestora;
 - g) Elegir los miembros de la Comisión de Revisión.
4. El Congreso federal extraordinario hay que convocarlo por acuerdo del Comité federal o a petición de más de la mitad de los sindicatos, o a petición de los sindicatos que representen más de la mitad de los afiliados.
5. Los delegados para el Congreso federal y sus suplentes femeninas o, en su caso, masculinos se eligen por los sindicatos, según principios democráticos y según

sus reglas jurídicas estatutarias. En ese caso, las mujeres y los jóvenes deben estar representados de acuerdo con su afiliación en el sindicato respectivo. Los detalles los regula una directriz.

Los delegados y sus suplentes femeninas o, en su caso, masculinos mantienen su mandato hasta el próximo Congreso federal ordinario.

6. El Congreso federal se compone de 400 delegados. El número de delegados correspondiente a cada sindicato lo determina la Junta Directiva federal, según el número de afiliados, por las contribuciones pagadas a la Federación. La Junta Directiva federal establece en qué período de cálculo de doce meses de pago se basa.
7. Hay que convocar el Congreso federal al menos doce semanas antes de su comienzo. El orden del día se propone por la Junta Directiva federal. En los Congresos federales extraordinarios, el plazo puede ser acortado por la Junta Directiva federal. La convocatoria se efectúa temporáneamente en publicaciones de la Federación, y también debe efectuarse en los órganos de prensa de los sindicatos.
8. Las peticiones al Congreso federal pueden plantearse por:
Las Juntas Directivas de los sindicatos,
La Junta Directiva federal,
Las Juntas Directivas de distrito,
El Comité de Mujeres federal,
El Comité de Jóvenes federal.
La Junta Directiva federal fija el plazo para la presentación de peticiones, en el que hay que remitírselas a ella.
9. La Junta Directiva federal, antes del Congreso federal, elige de entre los delegados un Comité asesor de peticiones, en el que deben estar representados todos los sindicatos. El Comité asesor de peticiones informa las peticiones antes del Congreso federal. En sus sesiones, los miembros de la Junta Directiva federal pueden participar asesorando.
10. Los miembros del Comité federal, de la Junta Directiva federal, de la Comisión de Revisión, los Presidentes de distrito, así como respectivamente tres representantes femeninas o, en su caso, masculinos del Comité de Mujeres federal y del Comité de Jóvenes federal, participan en el Congreso federal con voz pero sin voto.
11. El Congreso federal se dota de un reglamento de régimen interno y elige la presidencia. Sobre sus deliberaciones y acuerdos hay que redactar un acta.

Parágrafo 8. Comité federal

1. El órgano supremo de la Federación entre Congresos federales es el Comité federal.
2. El Comité federal se compone de 70 miembros a enviar por todos sindicatos, de la Junta Directiva federal y de los Presidentes de distrito. Para las Presidentes de distrito hay que nombrar representantes permanentes femeninas o, en su caso, masculinos. Todo sindicato envía al menos dos miembros. El reparto del resto de miembros a enviar por los sindicatos se calcula en procedimientos numéricos máximos, según

el número de afiliados por los que se han pagado contribuciones a la Federación. Rige el período de cálculo a que se refiere el párrafo 7, número 6. En el nombramiento de los miembros a enviar por los sindicatos, las mujeres y los jóvenes deben estar representados en correspondencia a su participación en la afiliación en el sindicato respectivo. Los detalles los regula una directriz.

Una representante femenina o, en su caso, masculino del Comité de Mujeres federal y del Comité de Jóvenes federal participa en las sesiones con voz pero sin voto.

3. Son funciones del Comité federal:

- a) En relación con cuestiones organizativas y de política sindical, tomar posiciones y adoptar acuerdos;
- b) Acordar el presupuesto de la Federación;
- c) Entre Congresos federales, hacer las elecciones complementarias necesarias a los órganos de la Federación, por mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho de voto;
- d) Decidir sobre la petición de un miembro de la Junta Directiva federal gestora, con mayoría de dos tercios de sus miembros con derecho a voto. Contra ello, el peticionario tiene, en su caso, derecho de recurso ante el Congreso federal, que decide definitivamente.

Por decisión del Comité federal, se suspenden los derechos y deberes, en su caso, del peticionario;

- e) Decidir sobre el recurso de miembros de las Juntas Directivas de distrito y de las Juntas Directivas regionales contra su petición por la Junta Directiva federal;
- f) Acordar sobre las contribuciones especiales necesarias para la Federación;
- g) Acordar sobre las directrices a que se refiere el párrafo 5, número 1, y el empleo de los medios del fondo de solidaridad;
- h) Acordar sobre la admisión o expulsión de un sindicato;
- i) Acordar directrices para la delimitación de ámbitos organizativos y la modificación de descripciones organizativas;
- j) acordar el reglamento del tribunal arbitral;

4. El Comité federal se reúne al menos una vez al año. Si solicita la convocatoria de una sesión con puntos determinados del orden del día un tercio de las representantes o, en su caso, los representantes de los sindicatos en el Comité federal, o lo solicitan sindicatos que representen más de un tercio de todos los afiliados a los sindicatos, entonces la Junta Directiva federal tiene que acceder a esta petición y poner los puntos solicitados en el orden del día.

Aparte ello, tiene que convocar cuando una decisión del Comité federal deba adoptarse y ésta no pueda aplazarse hasta la siguiente sesión ordinaria.

5. La o, en su caso, el Presidente federal o la o, en su caso, el Presidente suplente dirige la Presidencia en el Comité federal.

Parágrafo 9. Junta Directiva federal

1. La Junta Directiva federal se compone, en su caso, del Presidente, en su caso, del Presidente suplente, de tres miembros de carrera de Junta Directiva y de los Presidentes de los sindicatos asociados en la Federación.
2. La Junta Directiva federal representa a la Federación en el interior y en el exterior. Está vinculada por los estatutos de la Federación y por los acuerdos del Congreso federal y del Comité federal.
3. La o, en su caso, el Presidente, la o, en su caso, el Presidente suplente y los tres miembros adicionales de Junta Directiva forman la Junta Directiva federal gestora, que dirige los negocios de la Federación en el marco del reglamento de régimen interno acordado por la Junta Directiva federal. La Junta Directiva federal gestora tiene derecho a acordar medidas inmediatas cuando la decisión sea inaplazable.
4. La o, en su caso, el Presidente o la o, en su caso, el Presidente suplente dirige la Presidencia en la Junta Directiva federal.
5. Son funciones de la Junta Directiva federal:
 - a) Cumplir las funciones y encargos organizativos y de política sindical que se derivan de los estatutos y de los acuerdos de los órganos;
 - b) Vigilar que se cumplan los estatutos y que se realice una cooperación de plena confianza en la Federación;
 - c) Preparar y realizar medidas en defensa del derecho de resistencia (artículo 20, apartado 4, de la Constitución Federal). Si se oponen a la reunión temporánea de la Junta Directiva federal obstáculos insuperables, entonces hay que nombrar en su lugar a la Junta Directiva federal gestora para la adopción de acuerdos.
 - d) Determinar el tiempo y lugar del Congreso federal, proponer el orden del día y fijar el plazo para la presentación de peticiones;
 - e) Convocar el Congreso federal y presentar un informe escrito;
 - f) Convocar el Comité federal para sus reuniones y establecer el orden del día;
 - g) Presentar propuestas a las Conferencias de distrito para la elección de las o, en su caso, de los Presidentes de distrito y de las o, en su caso, de los Presidentes suplentes, y propuestas a las Conferencias de Estado federado para la elección de las o, en su caso, de los Presidentes de Estado federado;
 - h) Confirmar a los miembros de las Juntas Directivas de distrito. La confirmación puede denegarse cuando lo requiera un motivo de política sindical o ligado a la persona;
 - i) Decidir sobre una petición de un miembro de Junta Directiva de un distrito de la DGB o de una región de la DGB, derivada de su cargo, cuando a aquél le ha retirado la confianza un órgano del distrito o de la región con mayoría de dos tercios, o la Junta Directiva federal. Si se trata de la representante o del representante de un sindicato, entonces hay que lograr la conformidad de la organización competente.

Hay que oír previamente a los afectados. Contra la petición, los afectados tienen derecho de recurso al Comité federal. Éste decide definitivamente. Hasta la decisión, se suspenden los derechos y deberes por el Comité federal;

- j) Decidir directrices para la defensa de las funciones comunes de los sindicatos, para la gestión dentro de la Federación y para la regulación de elecciones, incluidos los perfiles requeridos para los mandatos electorales de la DGB en todos los niveles, así como según las restantes disposiciones de estos estatutos;
 - k) Crear comités y comisiones;
 - l) Ejercer la dirección de personal y financiera de todas las instituciones de la Federación;
 - m) Confirmar las condiciones salariales y de contratación de los empleados de la Federación.
6. La Junta Directiva federal se reúne ordinariamente una vez al mes. Los Presidentes de los sindicatos pueden enviar a un miembro personalmente nombrado de la Junta Directiva de su sindicato, como representante femenina o, en su caso, representante masculino fijo, con derecho de voto, cuando no puedan participar en las sesiones. Como regla, los Presidentes de distrito serán incorporados a las sesiones con voz pero sin voto.
7. Para la celebración de contratos y negocios vinculantes para la Federación, así como para la realización de derechos legítimos, se requiere la firma de las Presidentas o, en su caso, Presidentes, y en caso de incapacidad, de las o, en su caso, de los Presidentes suplentes, así como de un miembro más de la Junta Directiva federal gestora. La Junta Directiva federal gestora puede conceder en su reglamento de régimen interno plenos poderes de actuación a empleados de la Federación, temporales y/o funcionalmente limitados, así como restringidos a negocios jurídicos determinados.
8. La Junta Directiva federal tiene derecho en la Junta Directiva de un sindicato a solicitar la expulsión de un miembro. El procedimiento se rige por los estatutos del sindicato competente.

Parágrafo 10. Comisión de Revisión

1. La Comisión de Revisión, compuesta por tres miembros, vigila la dirección de las cajas y las cuentas anuales de la Federación, y presenta al Comité federal y al Congreso federal informe sobre los exámenes realizados.
2. La revisión de la caja de la Federación se realiza cada trimestre. La Comisión de Revisión tiene derecho a realizar en todo momento revisiones adicionales. La Comisión de Revisión de la Federación puede adjudicar auditorías externas sobre circunstancias complejas de la caja de la Federación.
3. Como miembros de la Comisión de Revisión no pueden ser elegidos empleados de la Federación.

Parágrafo 11. Distritos

1. Se crean distritos para el cumplimiento de las funciones sindicales comunes.
La Junta Directiva federal determina, de acuerdo con el Comité federal, su número y delimitación.

2. Son órganos de los distritos:
 - a) Las Conferencias de distrito;
 - b) Las Juntas Directivas de distrito.
3. La o, en su caso, el Presidente del distrito y la o, en su caso, el Presidente suplente del distrito forman la Junta Directiva de distrito gestora, que gestiona en el marco del reglamento de régimen interno acordado por la Junta Directiva de distrito y de las directrices a que se refiere el parágrafo 9, número 5.j).
4. Son vinculantes para los órganos del distrito los estatutos de la Federación, los acuerdos del Congreso federal, del Comité federal y de la Junta Directiva federal.
5. Las Conferencias de distrito tienen lugar cada cuatro años, pero a más tardar tres meses antes del Congreso federal correspondiente. Se componen de miembros elegidos de los sindicatos. En ese caso, las mujeres y los jóvenes deben estar representados en correspondencia a su participación en la afiliación en el respectivo sindicato. Los detalles los regula una directriz.

Los miembros de la Junta Directiva de distrito, la Comisión de Revisión, los Presidentes de las Juntas Directivas regionales y respectivamente tres representantes femeninas o, en su caso, representantes masculinos del Comité de Mujeres de distrito y del Comité de Jóvenes de distrito participan con voz pero sin voto en las Conferencias de distrito.

Las Conferencias de distrito se dotan de un reglamento de régimen interno y eligen una Presidencia. La Junta Directiva federal acuerda directrices sobre el número de delegados, el procedimiento de distribución de los delegados en los sindicatos, la convocatoria y realización de las Conferencias de distrito.

6. Son funciones de las Conferencias de distrito:
 - a) La adopción de acuerdos sobre el informe sobre gestión y el informe de cajas de la Junta Directiva de distrito;
 - b) La elección de las o, en su caso, de los Presidentes de distrito, de los miembros de carrera y de los demás miembros de la Junta Directiva de distrito, así como de los tres miembros de la Comisión de Revisión existente. En la comisión de Revisión pueden ser elegidas suplentes femeninas o, en su caso, suplentes masculinos;
 - c) Dirigir peticiones organizativas y de política sindical, y sugerencias, a la Junta Directiva federal;
 - d) La presentación de propuestas para el Legislativo de Estado federado y toma de posición sobre cuestiones de política de Estado federado, que afecten a los intereses de las trabajadoras y los trabajadores.
7. Hay que convocar la Conferencia de distrito extraordinaria por acuerdo de la Junta Directiva de distrito o a petición de más de la mitad de los sindicatos representados en el distrito, o a petición de sindicatos que representen más de la mitad de los afiliados del distrito.
8. Las peticiones a las Conferencias de distrito pueden ser planteadas por:
Las Juntas Directivas de los sindicatos a nivel de distrito,
El Comité de Mujeres del distrito,

El Comité de Jóvenes del distrito,

Las Juntas Directivas de Estado federado en el distrito,

Las Juntas Directivas regionales en el distrito.

La Junta Directiva de distrito fija el plazo para la resolución de las peticiones.

9. Las Juntas Directivas de distrito se componen de las o, en su caso, de los Presidentes de distrito, de las o, en su caso, de los Presidentes suplentes de distrito, respectivamente de una directiva de distrito o, en su caso, de un directivo de distrito de los sindicatos representados en el distrito, de la portavoz femenina o, en su caso, del portavoz masculino del Comité de Mujeres del distrito y del Comité de Jóvenes del distrito, así como de como máximo cinco afiliados más.

Los sindicatos representados en la Junta Directiva de distrito, así como el Comité de Mujeres de distrito y el Comité de Jóvenes de distrito, en caso de incapacidad de sus miembros ordinarios en la Junta Directiva, pueden enviar a sus representantes femeninas o, en su caso, representantes masculinos fijos, que entonces participan en las sesiones con derecho de voto.

La directiva de distrito o, en su caso, el directivo de distrito se nombra por el sindicato respectivo.

10. Son funciones de las Juntas Directivas de distrito:

a) Representar a la Federación dentro del distrito;

b) Presentar propuestas al Legislativo del Estado federado y tomar posición en cuestiones de política del Estado federado, que afecten a los intereses de las trabajadoras o, en su caso, trabajadores, así como formular las exigencias correspondientes;

c) Cumplir en el distrito las funciones organizativas y de política sindical comunes, a los efectos de los estatutos;

d) Ejecutar las instrucciones de la Junta Directiva federal;

e) Presentar informe a la Junta Directiva federal;

f) Presentar las peticiones de las regiones y del distrito a la Junta Directiva federal para su reconsideración;

g) Dar instrucciones sobre el trabajo de las regiones, apoyar su trabajo, coordinar y revisar;

h) Presentar propuestas a las Asambleas de delegados regionales para la elección de las o, en su caso, de los Presidentes regionales;

i) Confirmar a los miembros de las Juntas Directivas regionales. La confirmación puede rechazarse cuando lo requiera un motivo de política sindical o ligado a la persona.

11. La Comisión de Revisión vigila la dirección de las cajas del distrito y de las regiones. Presenta a la Conferencia de distrito y a las Asambleas de delegados regionales el informe sobre los exámenes realizados. El parágrafo 10, números 2 y 3, se aplican analógicamente.

12. La Federación está representada en los Estados federados a través de Presidentes de Estado federado de la DGB y Juntas Directivas de Estado federado de la DGB, elegidos. La asignación de funciones, reuniones y elección se regulan por directrices.
13. Los costes personales y reales del distrito y regiones los asume la Federación. Todo distrito recibe para sí, y para los servicios regionales existentes en su ámbito, un presupuesto. Las Juntas Directivas de distrito son responsablemente competentes sobre el presupuesto.

Parágrafo 12. Regiones

1. La Junta Directiva federal crea regiones, tras deliberación conjunta y de acuerdo con las Juntas Directivas de distrito.
2. Son órganos de las regiones:
 - a) Las Asambleas de delegados regionales,
 - b) Las Juntas Directivas regionales.
3. Para los órganos de las regiones son vinculantes los Estatutos federales y los acuerdos del Congreso federal, del Comité federal, de la Junta Directiva federal, de la Conferencia de distrito y de la Junta Directiva de distrito.
4. Las Asambleas de delegados regionales tienen lugar cada cuatro años, pero a más tardar tres meses antes de la respectiva Conferencia de distrito.

Las Asambleas de delegados regionales se componen de afiliados sindicales elegidos. En este caso, las mujeres y los jóvenes deben estar representados en correspondencia a su participación en la afiliación en el respectivo sindicato. Los detalles los regula una directriz. Además, los miembros de la Junta Directiva regional, las representantes o, en su caso, los representantes de la Comisión de Revisión de distrito y respectivamente tres representantes femeninas o, en su caso, representantes masculinos del Comité de Mujeres regional y del Comité de Jóvenes regional participan en las Asambleas de delegados regionales, con voz pero sin voto.

Las Asambleas de delegados regionales se dotan de un reglamento de régimen interno y eligen la Presidencia.

La Junta Directiva federal acuerda directrices sobre el número de delegados, la convocatoria y la realización de Asambleas de delegados regionales.

5. Son funciones de las Asambleas de delegados regionales:
 - a) La adopción de acuerdos sobre el informe de gestión y el informe sobre las cajas de la Junta Directiva regional;
 - b) La elección cada cuatro años de las o, en su caso, de los Presidentes regionales y demás miembros de la Junta Directiva regional;
 - c) Dirigir a la Junta Directiva federal peticiones y propuestas organizativas y de política sindical;
 - d) La presentación de propuestas, tomas de posición y exigencias sobre cuestiones locales, regionales y de política del Estado federado, que afecten a los intereses de las trabajadoras o, en su caso, trabajadores.

6. Hay que convocar la Asamblea extraordinaria de delegados regionales por acuerdo de la Junta Directiva regional o a petición de más de la mitad de los sindicatos representados en la región, o a petición de sindicatos que representen más de la mitad de los afiliados en la región.
7. Las peticiones a las Asambleas de delegados regionales pueden plantearse por:
 - a) Las Juntas Directivas de los sindicatos en la región,
 - b) La Junta Directiva regional,
 - c) Las Juntas Directivas de asociación local y de asociación sectorial,
 - d) El Comité de Mujeres regional,
 - e) El Comité de Jóvenes regional.

La Junta Directiva regional fija el plazo para la presentación de las peticiones.

8. Las Juntas Directivas regionales se componen de las o, en su caso, de los Presidentes de carrera, la o, en su caso, el que dirige la gestión, respectivamente una representante o, en su caso, un representante de los sindicatos representados en el ámbito de la región, la portavoz o, en su caso, el portavoz del Comité de Mujeres regional y del Comité de Jóvenes regional, y como máximo tres afiliados más. La representación permanente con derecho de voto es posible. Los presidentes de las asociaciones locales y sectoriales participan con voz pero sin voto en las sesiones de las Juntas Directivas regionales.

Las o, en su caso, los Presidentes regionales y demás miembros se eligen por la Asamblea de delegados regional. Las representantes femeninas o, en su caso, los representantes masculinos de los sindicatos representados en la región se nombran por las Juntas Directivas competentes de su sindicato.

9. Son funciones de las Juntas Directivas regionales:
 - a) Representar a la Federación en la región;
 - b) La presentación de propuestas, tomas de posición y exigencias sobre cuestiones locales, regionales y de política de Estado federado, que afecten a los intereses de las trabajadoras y los trabajadores;
 - c) Tratar todas las funciones comunes organizativas y de política sindical en la región, y presentar peticiones al distrito y a la Federación;
 - d) Ejecutar las instrucciones de la Junta Directiva federal y de la Junta Directiva de distrito;
 - e) Apoyar a los sindicatos en el cumplimiento de sus funciones.
10. Las Juntas Directivas regionales crean Juntas Directiva honoríficas sectoriales o, en su caso, locales, tras deliberación con la Junta Directiva de distrito. La Junta Directiva federal acuerda directrices sobre principios y organización del trabajo honorífico de las regiones.
11. La Federación puede acordar con un sindicato que su gestión local y la dirección de cajas sean asumidas, total o parcialmente, por sus regiones. La Federación también puede acordar con un sindicato que apoye a otro sindicato en ámbitos determinados.

También puede acordarse que la dirección de la gestión para la región de la DGB se asuma, total o parcialmente, por el servicio administrativo de un sindicato. En este caso, se coloca en la posición de las o, en su caso, de los Presidentes de carrera la Presidenta honorífica regional o, en su caso, el Presidente honorífico regional.

Entre la Federación y los sindicatos debe asegurarse, a través de una coordinación útil, que en todos los ámbitos organizativos se garantice la asistencia sindical suficiente, por medio de apoyos recíprocos.

Parágrafo 13. Capacidad de acordar, votaciones, derecho de voto, elecciones

1. Los órganos de la Federación, de los distritos y de las regiones tienen capacidad de acordar cuando está presente más de la mitad de los miembros del órgano con derecho de voto. La capacidad de acordar se constatará por las o, en su caso, los Presidentes del órgano.
2. Supuesto que en estos estatutos no se regule lo contrario, los acuerdos requieren la mayoría simple de los votos dados. Las abstenciones y la emisión de votos no válidos se consideran como votos no dados.
3. Las modificaciones de los estatutos requieren dos tercios de los miembros con derecho de voto de un Congreso federal.
4. Votante en el Congreso federal, en las Conferencias de distrito, Conferencias de Estado federado y Asambleas de delegados regionales es aquella o, en su caso, aquél a la que o, en su caso, al que le ha sido reconocido el derecho de votar por acuerdo del órgano, tras examen por la Comisión de examen del mandato.
5. En elecciones a órganos de la Federación, de los distritos y de las regiones, es elegido quien obtiene en votación secreta la mayor parte de votos dados y más de la mitad de los votos de los votantes. Si no se deriva ninguna mayoría de los votantes, entonces tiene lugar una segunda votación, en la que se elige a quien obtenga la mayor parte de los votos dados. En igualdad de votos, se repetirá la elección. Las abstenciones y la emisión de votos no válidos se consideran como votos no dados.
6. Regulan los detalles más concretos los reglamentos de régimen interno y reglamentos electorales, que se acuerden por el Congreso federal, las Conferencias de distrito, las Conferencias de Estado federado y las Asambleas de delegados regionales.

Parágrafo 14. Publicaciones oficiales

Las publicaciones oficiales de la Federación Alemana de Sindicatos se efectúan en los órganos de publicación de la Federación Alemana de Sindicatos y de los sindicatos.

Parágrafo 15. Delimitación de los ámbitos organizativos

1. Para la delimitación de los ámbitos organizativos de los sindicatos, se elaborarán por el Comité federal, a propuesta de la Junta Directiva federal, directrices para la delimitación de los ámbitos organizativos, que son parte de estos estatutos (Anexo 1). El Comité federal acuerda las directrices y sus modificaciones por mayoría de dos tercios de sus miembros.

2. Los ámbitos organizativos indicados en los estatutos de los sindicatos y las descripciones organizativas sólo pueden modificarse eficazmente con el consentimiento unánime de la Junta Directiva federal. Si no se alcanza el voto unánime, hay que solicitar el consentimiento del Comité federal.

En tanto no exista el consentimiento a que se refieren los incisos 1 ó 2, permanece como único competente aquel sindicato que era competente antes de la modificación estatutaria pretendida.

De la intención modificativa, y de las consecuencias jurídicas a que se refiere el inciso 3, tienen que informar inmediatamente los sindicatos afectados y la Junta Directiva federal.

Parágrafo 16. Procedimiento del tribunal arbitral

1. Los conflictos entre los sindicatos asociados a la Federación, que a pesar de la conciliación de la Junta Directiva federal no puedan resolverse, hay que decidirlos a través del procedimiento del tribunal arbitral.
2. El Comité federal acuerda el reglamento del tribunal arbitral, que es parte de estos estatutos (Anexo 2).

Parágrafo 17. Año económico

Como año económico rige el año natural.

Parágrafo 18. Disolución de la Federación

1. La Federación sólo puede disolverse cuando decida sobre ello un Congreso federal, convocado con este punto del orden del día, por una mayoría de cuatro quintos de sus miembros con derecho de voto.
2. Sobre el empleo del patrimonio federal existente decide, en este caso, el Congreso federal.

Parágrafo 19. Entrada en vigor

Estos estatutos entran en vigor el 1 julio 1971.

Nueva redacción de las directrices para la delimitación de los ámbitos organizativos y del reglamento del tribunal arbitral, a que se refieren los parágrafos 15 y 16 de los estatutos de la DGB.

Anexo 1

Directrices para la delimitación de ámbitos organizativos y para la modificación de la descripción organizativa, a que se refiere el párrafo 15, número 1, de los estatutos de la DGB *(acordadas por el Comité federal de la DGB de 11.03.1992; modificaciones acordadas por el Comité federal de la DGB de 08.03.2000 y de 05.03.2008)*

1. Principios

- a) La competencia organizativa de sindicatos concretos se deriva, por principio, de sus estatutos en conexión con los estatutos de la DGB.
 - b) Las modificaciones de los ámbitos organizativos y descripciones organizativas indicados en los estatutos de los sindicatos requieren para su eficacia el procedimiento a que se refiere el párrafo 15, número 2, de los estatutos de la DGB.
 - c) De las modificaciones estatutarias pretendidas tienen que informar, desde el momento más temprano posible, los sindicatos afectados por ellas y la Junta Directiva federal de la DGB.
 - d) En interés de los afiliados sindicales afectados y para evitar repercusiones negativas en la Federación, hay que solucionar los conflictos surgidos entre sindicatos sobre competencias organizativas lo más rápido posible, por la vía de negociaciones entre las Juntas Directivas de los sindicatos interesados. Hay que informar a la Junta Directiva federal sobre el desarrollo y el resultado.
- Si las negociaciones quedan sin resultado, hay que instruir y realizar inmediatamente el procedimiento de conciliación o, en su caso, el procedimiento del tribunal arbitral a que se refiere el párrafo 16 de los estatutos de la DGB.
- e) El laudo arbitral y los acuerdos en el marco del procedimiento del tribunal arbitral a que se refiere el párrafo 16 de los estatutos de la DGB interpretan los estatutos de los sindicatos de la DGB a efectos internos, y con eficacia vinculante para el exterior.
 - f) Los sindicatos afectados por un laudo arbitral están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para permitir que el laudo arbitral sea eficaz y para finalizar el conflicto organizativo.

Sobre las medidas adoptadas y los resultados de la ejecución del laudo arbitral tiene que informar por escrito la o, en su caso, el Presidente del servicio de conciliación dentro del semestre siguiente al procedimiento de conciliación o, en su caso, procedimiento del tribunal arbitral.

2. Criterios para la delimitación organizativa

Los criterios establecidos a continuación sirven como puntos orientativos de la necesaria delimitación a realizar, y necesitan en el caso concreto, dado el caso, de la combinación así como del complemento de criterios subsidiarios.

a) Son criterios para la delimitación organizativa:

- Los estatutos de los sindicatos afectados.
- El principio «un centro de trabajo, un sindicato».

- El punto de gravedad económico o, en su caso, la naturaleza económica de los centros de trabajo, empresas subsidiarias o, en su caso, Administraciones e instituciones del servicio público.
- Las regulaciones actuales del Comité federal y de la Junta Directiva federal sobre competencias organizativas.

b) Podrían ser criterios adicionales para la delimitación organizativa, entre otros:

- El contexto económico-productivo.
- Procedimiento de fabricación, el grado de elaboración y de transformación de bienes y prestaciones de servicios.
- Forma de empleo y propósito de empleo de bienes y prestaciones de servicios.
- Forma de origen (vegetal, animal, mineral) y forma de material (materia prima, forma de producto intermedio o, en su caso, semiproducto) de bienes y prestaciones de servicios.
- Forma de la prestación de servicios.
- Funciones públicas.
- La presencia sindical en el centro de trabajo, y subsidiariamente en la empresa.
- Vinculación y optimización de la asistencia por los afiliados sindicales.

c) No son, por principio, criterios para la delimitación organizativa:

- Las modificaciones de la organización empresarial, por ejemplo, división, fusión y modificación de la forma jurídica.
- Ingreso en y/o abandono de una asociación empresarial.
- Decisiones y acuerdos de las plantillas/comités de empresa sobre la pertenencia organizativa.

Anexo 2

Reglamento del tribunal arbitral a que se refiere el parágrafo 16 de los estatutos de la DGB *(acordado por el Comité federal de la DGB el 02.12.1997; acuerdos complementarios del Comité federal de la DGB de 08.03.2000, de 06.03.2002 y de 05.03.2008)*

1. Procedimiento de conciliación

En los conflictos entre los sindicatos asociados a la Federación, la Junta Directiva federal gestora lleva a cabo, a petición de una de las partes en conflicto, un procedimiento de conciliación ante el servicio de conciliación. La otra(s) parte(s) está/están obligada(s) a participar en el procedimiento de conciliación y a discutir el objeto litigioso.

a) El servicio de conciliación se compone respectivamente de dos vocales femeninas o, en su caso, vocales masculinos de las partes en conflicto (que no estén empleados en el centro de trabajo en conflicto o, en su caso, en la empresa competente) y de la o, en su caso, del Presidente, la cual o el cual se nombra por la Junta Directiva federal gestora.

b) La o, en su caso, el Presidente invita a las sesiones del servicio de conciliación y adopta las decisiones necesarias sobre el procedimiento, por ejemplo, en cuanto a las consultas a expertos.

c) El desarrollo esencial y el resultado de las negociaciones ante el servicio de conciliación hay que protocolizarlos. Hay que entregar el protocolo a las partes en conflicto. Si se logra un acuerdo entre las partes, hay que formalizarlo por escrito y firmarlo por los miembros del servicio de conciliación. El acuerdo tiene la eficacia de un laudo arbitral.

d) De conformidad con las partes en conflicto, el procedimiento conciliatorio puede llevarse a cabo como procedimiento escrito. El número 1.c), incisos 3 y 4, se aplican igualmente.

2. Comienzo del procedimiento del tribunal arbitral

Si queda sin resultado, en su totalidad o en parte, el procedimiento de conciliación, tiene lugar a petición de una de las partes en conflicto el procedimiento del tribunal arbitral ante el tribunal arbitral.

3. Provisión del tribunal arbitral

El tribunal arbitral se compone respectivamente de hasta tres vocales femeninas o, en su caso, vocales masculinos de las partes en conflicto, una o, en su caso, un Presidente imparcial y dos Presidentes suplentes imparciales. La o, en su caso, el Presidente debe tener la cualificación para el oficio judicial. La o, en su caso, el Presidente, así como los Presidentes suplentes del tribunal arbitral, se elegirán por la Junta Directiva federal para un período de dos años. El acuerdo de la Junta Directiva federal requiere de unanimidad. Las reelecciones de la o, en su caso, del Presidente y de los Presidentes suplentes son posibles. Si falla la o, en su caso, el Presidente y/o una/uno de las/los Presidentes suplentes al servicio del tribunal arbitral, la Junta Directiva federal tiene que efectuar una elección posterior. También aquí rige la necesidad de unanimidad.

La Junta Directiva federal puede elegir para los miembros imparciales del tribunal arbitral suplentes femeninas o, en su caso, suplentes masculinos para un período de dos años. Son posibles las reelecciones. En las elecciones se requiere la unanimidad.

El orden de representaciones se determina según la letra de comienzo del apellido, por orden alfabético.

4. Procedimiento ante el tribunal arbitral

a) La o, en su caso, el Presidente tiene, entre otras, las siguientes funciones:

Ella/él realiza la invitación a las sesiones del tribunal arbitral. A requerimiento de ella/él, hay que preparar los juicios orales del tribunal arbitral por medio de tomas de posición por escrito. La o, en su caso, el Presidente decide sobre la citación de testigos y expertos, así como sobre la práctica de pruebas.

b) Las partes pueden hacerse representar ante el tribunal arbitral, y traer hasta tres expertos. La representación por abogado es admisible. Sobre la audiencia de los expertos y su presencia en el juicio oral decide el tribunal arbitral por mayoría.

c) Sobre la reunión del tribunal arbitral hay que redactar un protocolo, que reproduzca el desarrollo esencial del juicio y las decisiones de la o, en su caso, del Presidente y del tribunal arbitral. Hay que entregar los protocolos a las partes.

5. Conclusión del procedimiento del tribunal arbitral

a) El procedimiento del tribunal arbitral puede terminarse por acuerdo. El contenido de este acuerdo hay que formalizarlo por escrito y firmarlo por los miembros del tribunal arbitral. En lo demás, rige la regla de 1.c) igualmente.

b) Si no se logra un acuerdo, se terminará por laudo arbitral el procedimiento del tribunal arbitral. En este caso, todos los miembros del tribunal arbitral tienen derecho de voto. La abstención no es admisible. El tribunal arbitral decide por mayoría simple.

El tribunal arbitral también puede prever la formación de una unidad de negociación colectiva por un período transitorio.

c) En caso necesario, cabe acoger en el laudo arbitral períodos transitorios y reglas en el laudo arbitral para la asistencia a los afiliados, para el trabajo del comité de empresa o, en su caso, el trabajo del comité de personal, así como el envío de representantes de los trabajadores en los consejos de vigilancia. Además, puede acordarse un procedimiento de mediación para los actores en conflicto en el centro de trabajo, o adoptarse, frente al sindicato cuyo trabajo organizativo actual finaliza, que se efectúe una compensación financiera.

d) El laudo arbitral tiene entre las partes la eficacia de una sentencia firme.

e) El laudo arbitral requiere de forma escrita. Debe contener los hechos en que se basa la decisión y la motivación. Hay que firmar el laudo arbitral por la o, en su caso, el Presidente, así como por los Presidentes suplentes, y entregarlo a las partes.

6. Realización del laudo arbitral

a) La parte perdedora está obligada a sobreseer inmediatamente todas las medidas adoptadas en relación con el objeto del conflicto, y a no adoptar ninguna nueva medida en este sentido.

b) En los casos de delimitación de los ámbitos organizativos, tiene que exigir a sus afiliados en el ámbito organizativo controvertido, con explicación cumplida del laudo arbitral, de sus motivos y de sus consecuencias, de conformidad con la parte ganadora, que se pasen al sindicato competente. En los casos de delimitación de los ámbitos organizativos, además, la parte perdedora está obligada a no manifestarse ya como sindicato competente de cara al exterior, y especialmente a no celebrar ningún nuevo convenio colectivo.

c) Sobre las medidas adoptadas y resultados de la ejecución del laudo arbitral, tiene que informar por escrito la Junta Directiva federal a la/el Presidente del servicio de conciliación, dentro del semestre siguiente a la conclusión del procedimiento del tribunal arbitral.

La Junta Directiva federal puede acordar, en base al laudo arbitral, por incumplimiento (llevar a la práctica), condiciones y medidas sancionadoras para la parte perdedora. Pueden ser medidas sancionadoras, entre otras:

- El reembolso de costes por el procedimiento del tribunal arbitral,
- El reembolso del daño probado a la parte ganadora.

7. Recurso

a) Dentro del plazo de cuatro semanas siguientes a la entrega del laudo arbitral, la Junta Directiva federal puede ser invocada por los sindicatos afectados por el procedimiento y por la Junta Directiva gestora, con la petición de que se revoque el laudo arbitral, de que se reabra el asunto para nuevo enjuiciamiento y decisión, o que se ordene la realización de un nuevo procedimiento del tribunal arbitral.

b) Esta petición sólo puede apoyarse en que el procedimiento del tribunal arbitral no se realizó regularmente, en que el tribunal arbitral no se constituyó en correspondencia con las directrices, existencia de infracciones procedimentales a los efectos de los números 4 y 5 de las directrices, o infracción por el laudo arbitral de los estatutos de la DGB.

c) La invocación de la Junta Directiva federal no tiene ninguna eficacia suspensiva en relación con el laudo arbitral.

8. Medidas provisionales

a) Son admisibles medidas provisionales cuando hay que cuidar que la realización de los derechos de una parte pudiera frustrarse o dificultarse esencialmente por una modificación de la situación existente, o esto se presente necesario para evitar perjuicios esenciales, o por otros motivos.

b) Sobre la petición de medida provisional decide la/el Presidente con ambos Presidentes suplentes, en el marco de un juicio oral.

El juicio oral sobre la petición de medida provisional puede tener lugar, en casos urgentes, dentro de las 48 horas siguientes a la entrega de la citación.

c) La medida provisional tiene la eficacia de un laudo arbitral. Hay que sujetarla a plazo.

d) La petición de medida provisional sólo es admisible cuando simultáneamente se entabló el procedimiento principal a que se refieren los números 2 y siguientes. El procedimiento principal debe concluirse dentro del ámbito temporal de la medida provisional.

LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN ALEMANIA*

[THE LABOR CASE LAW IN GERMANY]

Ulrich Zachert

Sumario: I. «GRANDES CASOS EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO». ¿UNA AUSENCIA? II. EL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO Y EL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL: VISIÓN DE CONJUNTO. III. LAS DECISIONES SELECCIONADAS. 1. Nota preliminar sobre la estructura y la selección. 2. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre privados. 3. Un ejemplo: la protección mínima contra despidos. 4. Autonomía colectiva: los convenios colectivos y otras fuentes del Derecho. 5. Derecho del conflicto laboral: fundamentos. IV. DERECHO JUDICIAL COMO «FUENTE DEL DERECHO» IMPORTANTE.

Contents: I. «GREAT LEGAL CASES OF THE GERMAN LABOR LAW». AN ABSENCE? II. THE FEDERAL LABOR COURT AND THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT: AN OVERVIEW. III. THE SELECTED DECISIONS. 1. Preliminary note about the structure and selection. 2. About the efficacy of the fundamental rights inter privados. 3. An example: the minimum protection against dismissals. 4. Collective autonomy: the collective bargaining agreements and another legal sources. 5. The Law relating to industrial conflict: foundations. IV. THE JUDICIAL LAW AS AN IMPORTANT «LEGAL SOURCE».

Resumen: Este trabajo presenta y comenta los más grandes casos judiciales laborales alemanes, a juicio del autor, decididos por el Tribunal Federal alemán de Trabajo y por el Tribunal Federal alemán Constitucional.

Abstract: This paper introduces and comments the most great German labor legal cases, according to the author, decided by the German Federal Labor Court and by the German Federal Constitutional Court.

Palabras clave: Derecho comparado – Alemania – Jurisprudencia laboral.

Keywords: Comparative law – Germany – Labor case law.

* * *

* Conferencia pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (España), el día 8 mayo 2008, en el marco del II Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, sobre «La jurisprudencia laboral en Europa», en dicha Universidad celebrado.

I. «GRANDES CASOS EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO». ¿UNA AUSENCIA?

Según una frase frecuentemente citada de *Franz Gamillscheg*, el juez es el verdadero soberano del Derecho del Trabajo. Valora por sí mismo, y somete a examen, las valoraciones del legislador. Sus decisiones, principalmente las del grado de casación, son casi siempre decisiones modelo para una multitud de casos similares¹. Esta afirmación es reconocida en la ciencia jurídica alemana sobre el tema, con independencia de cómo se valoren en conjunto concretas decisiones particulares o la tendencia de la jurisprudencia de los jueces supremos. Aunque el Derecho judicial, sobre todo en el Derecho del Trabajo, disfruta de una gran importancia, no había en Alemania hasta ahora ninguna presentación de los «grandes casos del Derecho del Trabajo». Que nosotros la encontremos en la cultura jurídica angloamericana², con su tradición de «case law», no puede sorprender. Pero, por ejemplo, la ciencia francesa, con su Derecho del Trabajo fuertemente regulado, ya ha valorado también desde hace tiempo el papel importante de la jurisprudencia³.

Respecto del Derecho alemán del Trabajo, se debe mirar muy atrás en el tiempo para encontrar trabajos que se ocupen, principalmente y monográficamente, de la jurisprudencia de los jueces supremos. Aquí hay que mencionar, en especial, la contribución de *Otto Kahn-Freund* en el año 1931, sobre «El ideal social del Tribunal de Trabajo del Reich»⁴. *Kahn-Freund* había criticado la jurisprudencia de los jueces supremos, porque en su opinión, ante todo, restringía el espacio de libertad de los sindicatos en el Derecho colectivo del Trabajo. Le reprochaba que de esta manera prestaba su contribución a la demolición de la democracia, y ayudaba a que se promoviesen las estructuras totalitarias. Una aportación monográfica de comienzos de los años 70 en la República Federal, intentaba referirse a este análisis de la jurisprudencia de los jueces supremos del Tribunal del Reich⁵. Reprochaba al Tribunal Federal de Trabajo, creado en 1953, que su propia jurisprudencia, que estaba fuertemente marcada por su primer Presidente *Hans-Carl Nipperdey* (1953-1963), se caracterizaba también por un «concepto socialconservador del mundo», e impedía la protección de los intereses sindicales, sobre todo en el ámbito de la lucha laboral. Esto había provocado en aquel tiempo una aguda polémica en contra⁶. Los dos ejemplos del año 1931 y de 1975 sirven para un debate crítico con las decisiones judiciales supremas en el Derecho del Trabajo Alemán.

Más tarde, se perdió un poco de vista que la jurisprudencia, condicionada por estructuras sociales más abiertas que en los primeros veinte años de la República Federal, y marcada por una nueva generación de jueces, se ha abierto en muchos campos temáticos jurídico-laborales desde los años 70. Se hizo «más plural». Se considera ejemplar la fuerte influencia de los derechos fundamentales en beneficio de la parte contractual más débil, que en el Derecho del Trabajo es típicamente el trabajador. Aquí

¹ F. GAMILLSCHEG; Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1964, pág. 385, 388.

² L. J. COOPER/C. L. FISK; Editores, Labor Law Stories, 2005.

³ G. LYON-CAEN/J. PÉLISSER, Les Grands arrêts du Droit du Travail, 3ª ed. 1988.

⁴ O. KAHN-FREUND, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts (1931), en: TH. RAMM, Editor, Arbeitsrecht und Politik, 1966, págs. 149 y ss.

⁵ W. DÄUBLER, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, 1975.

⁶ Expuesta, por ejemplo, en R. RICHARDI, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, 2002, págs. 238 y ss.

vinieron los impulsos decisivos del Tribunal Federal Constitucional. Además, de ello forma parte una «modernización de la jurisprudencia sobre la lucha laboral», entre otras cosas, por medio de la restricción del cierre patronal, del que los empresarios habían hecho uso con una gran extensión en los años 70. Finalmente, el Tribunal Federal de Trabajo ha reconocido en numerosas Sentencias que a las partes convencionales les corresponde un margen de juego, tendencialmente amplio, en el establecimiento de las condiciones de trabajo por medio del convenio colectivo. Sobre estos campos temáticos y otros aspectos, existen numerosas decisiones que entretanto han estructurado y perfeccionado el Derecho alemán del Trabajo.

II. EL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO Y EL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL: VISIÓN DE CONJUNTO

Las decisiones aquí reproducidas son las del Tribunal Federal de Trabajo y del Tribunal Federal Constitucional.

El *Tribunal Federal de Trabajo* se creó en el año 1953, sobre la base de la aún hoy vigente *Ley del Tribunal de Trabajo (ArbGG)*, en la ciudad de Kassel (en el norte de Hesse). Con la Ley del Tribunal de Trabajo se logró una jurisdicción de trabajo, que está organizada autónomamente, en todos y cada uno de sus tres grados, frente a las otras jurisdicciones⁷. Desde 1999, el Tribunal Federal de Trabajo tiene su sede en la ciudad de Erfurt, en el Estado federado de Turingia, uno de los nuevos Estados federados tras la unificación de los dos Estados alemanes en el año 1989. El Tribunal tiene diez Salas, cada una de las cuales es competente, tras una distribución interna, para determinados temas específicos jurídico-laborales. Se trata de un grado de casación, que sólo decide cuestiones de Derecho.

El *Tribunal Federal Constitucional* tiene su sede en la ciudad de Karlsruhe, en el Estado federado de Baden-Württemberg. Se creó en el año 1951, sobre la base de la *Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional (BVerfGG)*. El Tribunal se compone de sólo dos Salas, cada una con ocho jueces. La Sala Primera es competente para la interpretación vinculante de los derechos fundamentales.

III. LAS DECISIONES SELECCIONADAS

1. NOTA PRELIMINAR SOBRE LA ESTRUCTURA Y LA SELECCIÓN

Se han elegido sólo unas pocas decisiones judiciales supremas del Tribunal Federal de Trabajo y del Tribunal Federal Constitucional. Se asignan a los siguientes campos temáticos:

- Protección del individuo en la relación laboral,
- Autonomía colectiva y
- Derecho del conflicto laboral.

⁷ Sobre la historia de la jurisdicción de trabajo: W. LINSENMAIER, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2004, págs. 401 y ss.

2. SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PRIVADOS

El Tribunal Federal Constitucional recalca, en primer lugar, que nuestra Constitución, la Ley Fundamental, ha adoptado en los derechos fundamentales un criterio básico objetivo, que se aplica en todos los ámbitos del Derecho. De acuerdo con ello, los derechos fundamentales surten efecto no sólo en la clásica dimensión vertical entre el Estado y el ciudadano, sino también en la relación horizontal entre ciudadano y ciudadano. Esta *eficacia indirecta sobre terceros de los derechos fundamentales* rige en el Derecho Civil, cuando una parte del contrato tiene frente a la otra una superioridad tan fuerte, que fácticamente puede fijar de manera unilateral las regulaciones contractuales.

De aquí se deriva que el ordenamiento jurídico está obligado a garantizar una protección mínima, para impedir que el poder contractual superior se haga realidad. De esta manera, los derechos fundamentales actúan como un motor del perfeccionamiento jurídico. No obligan sólo al legislador, sino también a la jurisprudencia.

De importancia central para el Derecho del Trabajo es la afirmación adicional, relativa a que el *trabajador*, en la celebración de los contratos de trabajo, se encuentra típicamente en una situación de *inferioridad estructural* frente al empresario⁸. Llegado el caso, los tribunales han tenido en cuenta esta disparidad de poder en perjuicio del trabajador, en la interpretación de los contratos de trabajo.

3. UN EJEMPLO: LA PROTECCIÓN MÍNIMA CONTRA DESPIDOS

El Auto del Tribunal Federal Constitucional de enero 1998⁹ hay que verlo con el trasfondo de que el legislador, en el año 1996, en el marco de la denominada «Ley de Promoción del Empleo», elevó el umbral para la aplicación de la Ley de Protección contra el Despido. Tras esta modificación, la Ley de Protección contra el Despido impone la obligación de sopesar si un despido es o no «socialmente justificado» (párrafo 1, apartado 2, de la Ley de Protección contra el Despido), sólo a partir de centros de trabajo con 11 trabajadores. Antes, ya resultaba de aplicación para centros de trabajo a partir de 6 trabajadores (a continuación, el legislador adoptó diversas modificaciones en una u otra dirección).

El Tribunal Constitucional se refiere al artículo 12 de nuestra Constitución. En este derecho fundamental se protegen la selección de profesión y el ejercicio profesional de manera diferenciada. Aquí, desde hace algunos años, gana mayor peso una idea, a saber: se reconoce, en el ámbito de la vida laboral, que no sólo el empresario, sino también el trabajador, se encuentra bajo el campo de protección del artículo 12 de la Constitución Federal. Su puesto de trabajo y su ejercicio profesional están también protegidos.

En esta línea, el Tribunal Federal Constitucional deja claro, en el marco del artículo 12 de la Constitución Federal, que los intereses del empresario a limitar en su tamaño el número de ocupados que corresponda a sus ideas, hay que contrapesarlos con los intereses del trabajador a conservar su puesto de trabajo. Esta ponderación conduce, también en los pequeños centros de trabajo, donde no vale la Ley de Protección contra el Despido, a una protección mínima del puesto de trabajo, ante su pérdida por la

⁸ Ver la observación en el Auto BVerfG 23. 11. 2006, AP Nr. 22 zu § 307 BGB.

⁹ BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 165.

decisión privada del empresario. Qué lejos lleva esto, es algo a decidir por los Tribunales de Trabajo. Como regla mínima, el Tribunal Federal Constitucional establece que el despido no puede ser arbitrario ni carecer de objetividad, que corresponde al empresario —ciertamente, no en virtud de la Ley de Protección contra el Despido— la carga de la prueba de los hechos respectivos, que tiene que motivar el despido, y que, en relación con los despidos motivados por razones empresariales, la elección social debe satisfacer los principios de la consideración social. Esto se deriva del principio de Estado Social del artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal.

En conclusión, aquí se ha logrado una *protección mínima contra el despido* a través del Derecho judicial, que resulta de aplicación para todo trabajador, con independencia de la aplicación de la Ley de Protección contra el Despido¹⁰.

4. AUTONOMÍA COLECTIVA: LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y OTRAS FUENTES DEL DERECHO

En el Derecho del Trabajo se da la particularidad de que las relaciones contractuales entre empresario y trabajador no se limitan, con frecuencia, al contrato individual de trabajo, sino que entra en juego el plano colectivo, sobre todo el nivel del convenio colectivo. En este contexto, una decisión del Tribunal Federal Constitucional destaca que la autonomía colectiva se dirige a posibilitar una *negación aproximadamente equilibrada* de las condiciones salariales y de trabajo¹¹. Sin embargo, puede suceder que haya dudas acerca de cuál de los niveles se aplica, el nivel del contrato individual de trabajo o el nivel del convenio colectivo. A este tema se refiere un Auto del Tribunal Federal de Trabajo de abril 1999¹², que tiene una importancia fundamental.

Sobre la relación del convenio colectivo con el contrato de trabajo, el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo establece como regla la preferencia del convenio colectivo ante el contrato individual. No obstante, las regulaciones del contrato de trabajo prevalecen sobre el convenio colectivo cuando son más beneficiosas (el denominado «*principio de favorabilidad*»). Completando este contexto, se apunta que el Auto no habla de la relación del convenio colectivo con el acuerdo de empresa. Los acuerdos de empresa se concluyen entre el empresario y el comité de empresa, en los campos de la cogestión a nivel de centro de trabajo. Aquí, el párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa establece una clara preferencia del convenio colectivo frente al acuerdo de empresa. Por consiguiente, no rige el principio de favorabilidad.

En el asunto que el Tribunal Federal de Trabajo tenía que decidir, la empresa prolongó en el contrato de trabajo el tiempo de trabajo en cuatro horas, de las cuales sólo se pagaban dos horas, y simultáneamente prometió un aseguramiento, temporalmente limitado, del puesto de trabajo. En caso contrario, la producción se trasladaría al extranjero. La empresa defendía la opinión de que la regulación del contrato de trabajo era en su conjunto, por causa del aseguramiento limitado del empleo, más favorable que el convenio colectivo. Por ello, el contrato de trabajo prevalece sobre el saldo

¹⁰ Sobre la transposición a través de los tribunales especializados, por ejemplo, BAG 25.4.2001, NZA 2002, 87; BAG 6.11.2003, NZA 2005, 218.

¹¹ BVerfG 26. 6. 1991, BVerfGE 84, 212, 229.

¹² BAG 20.4.1999, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG.

convencional, y eso de conformidad con el parágrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo.

El Tribunal Federal de Trabajo no se suma a esto. La comparación de lo favorable entre el convenio colectivo y el contrato de trabajo hay que efectuarla de manera estricta. Sólo se puede comparar, en uno y otro, lo que es materialmente homogéneo, por ejemplo, la jornada de trabajo convencional con la jornada de trabajo del contrato de trabajo. Todo lo demás es una decisión de política convencional de las partes, en la que los tribunales no tendrían que entrometerse.

Al fin y al cabo, se trata de la fundamental cuestión de si el carácter obligatorio del convenio colectivo, el cual garantiza a los trabajadores sujetos a él un nivel mínimo de protección, en el sentido de condiciones mínimas seguras¹³, puede ponerse en cuestión por medio del principio de la norma más favorable. Si se hubiese decidido de manera distinta a la del Tribunal Federal de Trabajo, entonces el convenio colectivo habría perdido su eficacia obligatoria. Regiría un sistema de regulación en el que el convenio colectivo representa sólo una orientación. Esto se corresponde con la cultura jurídica angloamericana, que, sin embargo, sigue tradiciones distintas de las que rigen en (la gran mayoría de) los países de la Europa continental.

5. DERECHO DEL CONFLICTO LABORAL: FUNDAMENTOS

El Derecho del conflicto laboral se considera verdaderamente como ejemplo típico de una materia marcada por el Derecho judicial. El fundamento constitucional es el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal que garantiza la libertad sindical en un sentido amplio. La posición jurídica actual se registra en tres decisiones fundamentales del Tribunal Federal de Trabajo, la de la Sala General de 1955¹⁴, la de la Sala General de 1971¹⁵ y la Sentencia de la Sala Primera de 1980, aquí referida¹⁶. A ellas se añaden todavía otras cerca de 140 decisiones de la Sala Primera, que complementan estas decisiones-guía del Tribunal. Los principios de la decisión del Tribunal Federal de Trabajo de 1980 fueron aceptados por el Tribunal Federal Constitucional en junio 1991¹⁷. Con estas dos Sentencias, del Tribunal Federal de Trabajo de 1980 y del Tribunal Federal Constitucional de 1991, se marca el ámbito actual del Derecho del conflicto laboral en Alemania.

Con la Sentencia de junio 1980¹⁸, el Tribunal Federal de Trabajo confirma su jurisprudencia relativa a que el derecho de huelga se limita estrictamente a exigencias relativas al convenio colectivo. La decisión tiene en cuenta, en una medida más alta que la jurisprudencia precedente, la proporción objetiva de las fuerzas de las partes del conflicto, los sindicatos y las asociaciones de empresarios, cuando resalta: «Se confía a los sindicatos la disposición a concluir convenios colectivos. No podrían recurrir a otro interlocutor convencional, como sería conveniente a las leyes del mercado. Tampoco

¹³ Sobre similar jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y reflexiones adicionales: U. ZACHERT, in Festschrift für MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2006, págs. 151 y ss.

¹⁴ BAG GS 28.1.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁵ BAG GS 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁶ BAG 10.6.1980, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁷ BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212.

¹⁸ BAG 10.6.1980, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

podrían exigir que la parte empresarial tuviese el mismo interés en la conclusión del convenio colectivo, y por ello, que esté dispuesta a negociar. La historia social muestra hasta el momento, más bien, que los sindicatos casi siempre estaban destinados a reivindicar y exigir el cumplimiento de la mejora de las condiciones de trabajo. Con esta contraposición de intereses, las negociaciones convencionales sin el derecho a la huelga serían no más que un mendigar colectivo».

No obstante, el Tribunal no deduce de ahí la prohibición del cierre patronal. Éste se reconoce en el conflicto laboral bajo el punto de vista de la igualdad de oportunidades (paridad en la negociación), pero limitado según el principio de proporcionalidad, de manera que los sindicatos pueden prepararse mejor en su estrategia¹⁹.

El Auto del Tribunal Federal Constitucional de junio 1991²⁰ no es sólo interesante porque confirma esta jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo. En su primera parte resume, de manera casi profesoral, el objetivo de protección y el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en relación con sus cuatro elementos nucleares, la libertad sindical, la acción de la coalición, la autonomía colectiva y el derecho de lucha laboral. Además, la decisión ya deja claro que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no puede limitarse por medio de cualquier derecho, sino sólo en principio por otras posiciones concernientes a un derecho fundamental²¹.

IV. DERECHO JUDICIAL COMO «FUENTE DEL DERECHO» IMPORTANTE

Con estas decisiones quisiera demostrar de manera ejemplar que en el Derecho del Trabajo se ha desarrollado un considerable número de instituciones jurídicas y de reglas jurídicas específicas, por medio del relleno judicial de lagunas y del perfeccionamiento jurídico.

La cuestión de si el Derecho judicial es una *fuentes del Derecho autónoma*, y por tanto, de si el juez crea normas autónomamente, al igual que el legislador o las partes del convenio colectivo, ha suscitado en Alemania un vivo debate teórico-metodológico. Aun cuando se parta, en relación con la jurisprudencia de los jueces supremos, de que el Derecho judicial no es ninguna fuente del Derecho creadora de normas, sino sólo una *fuentes de conocimiento del Derecho*²², no existe ninguna duda de que el Derecho judicial ejerce *fácticamente* una importante función social de estructuración, y en consecuencia, una función similar a la del legislador. Aquí son fundamentales las numerosas cláusulas legales generales, así como los conceptos jurídicos indeterminados y, en este contexto, las lagunas que deja el Derecho normativizado.

Para el gran sociólogo y jurista alemán *Max Weber*, cualquier forma de decisión judicial propia era sospechosa. Él se fijaba fundamentalmente en el conjunto lógico

¹⁹ Sobre el complejo problema del denominado «cierre patronal frío», esto es, del riesgo salarial en caso de la acción a distancia de las luchas laborales: U. ZACHERT, *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, 1989, págs. 52 y ss.

²⁰ BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212.

²¹ Véase BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352.

²² BAG 10.6.1980, *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*, Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*.

del Derecho positivo, y puso de relieve reiteradamente que las codificaciones europeo-continenciales eran superiores al «Common law» anglosajón²³.

En cualquier caso, ya no parece justificado actualmente partir en el Derecho del Trabajo de dos culturas jurídicas diferentes, la del «Derecho escrito» aquí, y la del «Derecho judicial» allí. Más bien, tenemos que trabajar, también en el Derecho positivo, con una interacción compleja del Derecho escrito y de los principios judiciales. Esto vale para el Derecho de base legal, pero también, sobre todo, para el Derecho de base constitucional, que puede formular obligatoriamente sólo principios generales en el ámbito de los derechos fundamentales. Por ello, el Derecho judicial pone el acento autónomamente en muchos campos temáticos, estructurando de manera decisiva la realidad jurídica.

El desarrollo en los diferentes países de la Europa continental podría conducir por supuesto a que las dos culturas jurídicas —las europeo-continenciales marcadas por el Derecho romano, y las anglosajonas basadas en el «Common law»— se aproximasen progresivamente la una a la otra²⁴. El Derecho de la Comunidad Europea, con el papel central del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, podría dar aquí en lo sucesivo un impulso adicional, que acelerase estas tendencias.

²³ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980 (1921), pág. 502.

²⁴ Fundamentalmente, M. REINHARDT, *Konsistente Jurisdiktion*, 1977.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

G. NESI, L. NOGLER y M. PERTILE (Editores), *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, Ashgate (Aldershot-Hampshire, 2008), 467 págs.

Aunque no tan antigua y linajuda como la Universidad de Bolonia —que tanta vinculación tiene con España, como es sabido, a través de su Colegio de los Españoles—, la Universidad italiana de Trento es ya un referente en toda Europa —y en España—, en materia de Derecho comparado. Se trata de un referente claro desde el punto de vista docente, pero también desde el punto de vista investigador. Al igual que sucede en España, los profesores de las Universidades públicas italianas —como lo es la querida *alma mater* tridentina— parece que se ven obligados a buscar también financiación externa, que pueda darles un mayor margen de holgura y sosiego económicos, con el que poder dar rienda suelta a sus inquietudes investigadoras, especialmente si éstas se proyectan sobre lo que suele tener costes económicos añadidos (viajes, acogida de otros investigadores, adquisición de bibliografía extraordinaria, publicaciones en foros menos usuales desde el punto de vista nacional, etc.), como es el caso del Derecho comparado. Pues bien, ese mayor margen de holgura y sosiego suele otorgarlo —también en España— la realización de proyectos de investigación financiados por muy diversas entidades administrativas, incluido el Estado. Y ésta es justamente la causa de la causa de este magnífico libro internacionalista y iuscomparatista, que tengo el honor de presentar brevemente, en el que se formalizan los frutos de un proyecto de investigación —financiado por el Ministerio italiano de Universidades e Investigación—, titulado «El sistema de vigilancia de la Organización Internacional del Trabajo y el trabajo infantil». El impacto internacional del libro, que es un libro grueso, está muy facilitado por el dato de haber sido publicado en lengua inglesa. Pero existen —en mi opinión— otras razones que también lo justifican, y que paso seguidamente a relatar.

Ante todo, su temática, que combina un tema de estricta justicia social —la utilización explotadora del «trabajo infantil [*child labour*]», también por empresas del llamado «primer mundo», en tantas y tantas ocasiones indirectamente—, de un lado, y la acción de la Organización Internacional del Trabajo («ILO» en inglés), del otro. Este aspecto creo que conviene destacarlo, pues —al menos en España— parece que se ha producido un desplome, verdadero colapso, de la literatura jurídica universitaria relativa a la OIT, al aparecer ahora todo centrado y focalizado en el Derecho de la Unión Europea, a pesar de que tantos disgustos y sobresaltos suele darnos a nosotros, los laboristas. Todo ello, en contraste con lo que sucede con la acción de la OIT, todavía fiel a sus principios y objetivos de siempre, que de seguro causarían perplejidad a más de un tecnócrata de Bruselas (y pienso, por ejemplo, en el «mercado de trabajo» de que se habla por todas partes en el Derecho de la Unión Europea, frente a la grandeza moral de «el trabajo no es una mercancía», que siempre defendió la OIT; o también, de la política de subvenciones, por no decir limosnas, que constituye la estructura de la acción social de la Unión Europea en relación con el llamado «tercer mundo», frente a la clara acción normativa posibilista, en relación con ese mismo mundo y los demás, de la OIT).

Sobre esta base, el tratamiento del tema resulta agotador por su exhaustividad, facilitando este resultado el hecho de que el libro se haya estructurado de un modo que permite tratar todo lo relativo al mismo, aunque obviando la resulta de la inmanejabilidad de lo tratado. En efecto, la obra aparece estructurada en cuatro partes, respectivamente relativas a «La acción de la OIT en la lucha contra el trabajo infantil [*The ILO's action in the fight against child labour*]», «La puesta en marcha de mínimos sobre trabajo infantil: instrumentos seleccionados e interacción de la OIT con otras organizaciones internacionales [*The implementation of child labour standards: selected instruments and ILO's interaction with other international organizations*]», «Estudios de casos [*Case studies*]» y «¿Un epílogo? [*An epilogue?*]». La contextualización de estas cuatro partes, que consumen el grueso del contenido de la obra (411 páginas de un total de 467), viene dada por un estudio introductorio realizado por uno de los editores del libro —tomando aquí la palabra «editor» en el sentido alemán de la misma, que tanto sorprende en España (esto es, «*Herausgeber*») —, el internacionalista de la Universidad de Trento, Profesor «investigador [*ricercatore*]» Marco PERTILE, sobre el tema «La lucha contra el trabajo infantil en un mundo globalizado [*The fight against child labour in a globalized world*]».

Las partes en cuestión entremezclan aportaciones de internacionalistas y laboralistas, de Universidades tanto italianas (Trento, Bolonia, Milán y Sassari) como de fuera de Italia (Salamanca, París X Nanterre, Universidad del Pacífico-Sacramento-EEUU, Bamako y Cambridge), además de personal investigador de centros de referencia no universitarios (Instituto Max Planck de Heidelberg y la propia OIT). Lógicamente, a un laboralista —como yo— le llaman la atención más las aportaciones al tema realizadas por los colegas laboralistas, que las realizadas por los colegas internacionalistas. Estas aportaciones de laboralistas son cuatro, una en cada una de las cuatro partes anteriormente mencionadas, a saber: la de Matteo BORZAGA, Profesor-investigador de la Universidad de Trento, centrada en una convincente sistematización de la historia normativa de la acción de la OIT sobre los límites mínimos de la edad para trabajar, titulada «Limitar la edad mínima: el Convenio 138 y el origen de la acción de la OIT en el campo del trabajo infantil [*Limiting the minimum age: Convention 138 and the origin of the ILO's action in the field of child labor*]», págs. 39 a 64; la del querido colega laboralista tridentino Profesor-«Titular [*Associato*]», Riccardo SALOMONE —realizada en coautoría con el Profesor Lector boloñés, Fabio PANTANO—, sobre el tema «Comercio, mínimos de la OIT sobre trabajo infantil y la cláusula social: definiciones, dudas y (algunas) respuestas [*Trade, ILO child labour standards and the social clause: definitions, doubts and (some) answers*]», que es una aportación valiente, exaltadora de lo social sobre lo meramente economicista y yo diría, incluso, que de eficacia transversal, en la que se concluye —a lo que nada se puede objetar— que «sostenemos que los temores a un abuso proteccionista de estas cláusulas como una consecuencia de una interpretación amplia no están justificados» (pág. 343); la del Catedrático español Wilfredo SANGUINETI, centrada en un tema que nadie mejor que él conoce —desde todos los puntos de vista jurídicos y no jurídicos, sobre los que el mismo pueda observarse, por razón de su peculiar peripezia vital—, que es el tema de «La puesta en marcha de los mínimos de la OIT en relación con el trabajo infantil en América del Sur: una perspectiva general y los logros más significativos

[*The implementation of the ILO's standards regarding child labour in South America: a general overview and the most meaningful achievements*]], págs. 391 a 413; y por último, y de carácter epilógico, la de Bob HEPPLÉ, reconocido maestro laboralista de Cambridge, sobre el tema «¿Está “al alcance” la erradicación del trabajo infantil? Logros y retos venideros [*Is the eradication of child labour “within reach”? Achievements and challenges ahead*]]», págs. 417 a 427.

Más datos para la contextualización de esta obra singular constan explicitados en el «Prefacio» de la misma, firmado en Trento y Nueva York en octubre de 2007, por sus tres «editores» —en el sentido alemán del término, recuérdese—, los internacionalistas tridentinos, Giuseppe NESI y Marco PERTILE, de un lado; y el Profesor-«Catedrático [*Ordinario*]]» de Derecho del Trabajo de la propia Universidad de Trento, Luca NOGLER. Ponen allí de relieve la pertinencia de la elección del tema a investigar, su encauzamiento por la vía de los proyectos financiados por el citado Ministerio estatal italiano, los viajes de investigación que hubo que acometer a lo largo de su realización, y sobre todo, la culminación del mismo ofreciendo a toda la comunidad científica, internacional incluso, el resultado material de esta obra publicada en Inglaterra por la editorial Ashgate. La valorada cosecha periódica de frutos investigadores iuscomparatistas a que nos tiene acostumbrados la Universidad de Trento —bajo la dirección eficaz, en el área del Derecho del Trabajo, del Profesor NOGLER— se apunta en su haber un mojón singular, ahora por su estricta interdisciplinariedad, que hubiese resultado injusto no jalearse de algún modo en nuestro «Anuario» de Derecho comparado.

Alberto Arufe Varela

J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD y E. DOCKÈS,
Les grands arrêts du Droit du Travail, 4^a ed., Dalloz (París, 2008),
XX + 970 págs.

En mi opinión, el calificativo que más justamente conviene a este libro es el de monografía insólita. Ante todo, por causa del hecho de haber alcanzado ya su cuarta edición —la que aquí brevemente se presenta—, mereciendo en consecuencia el privilegio de deber tener que ubicarla en el podio (reservado en principio, en el mundo del Derecho, sólo a los comentarios de leyes y manuales) de las obras científicas no sólo meramente vivas, sino incluso rigurosamente vitales. Es asimismo un libro insólito por su temática, centrada en el análisis sistematizador, contextualizador y crítico de los grandes casos judiciales del Derecho francés del Trabajo. Y ello —reforzando la impresión de sorpresa—, en un país donde la palabra «*jurisprudence*» sólo se menciona anecdóticamente y de refilón en alguna ley ordinaria. Y donde, como continuamente recuerdan los cuatro colegas franceses coautores de la obra, resulta frecuente calificar de «pretoriano» —adjetivo que suena tan mal en España— el Derecho («*Droit prétorien*») que emana de las decisiones judiciales.

Como acredita su título, las protagonistas absolutas de esta obra son las «grandes sentencias [*grands arrêts*]» francesas sobre Derecho del Trabajo. Se trata de un conjunto de doscientos trece casos, pertenecientes a lo que en Francia se denomina jurisprudencia «constitucional», jurisprudencia «administrativa» y jurisprudencia «judicial [*judiciaire*]», pues el libro —supuesto que la materia contenciosa laboral, al igual que sucede en España, interesa evidentemente a una pluralidad de jurisdicciones distintas— se basa en casos decididos por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado, y por el Tribunal de Conflictos y las diversas Salas de la Corte de Casación. Según explicita la «*Table chronologique des arrêts*» que la obra incluye —en uno de sus dos apéndices finales—, se trata de una casuística que elude rebuscar raíces en los precedentes viejos, pues sólo dos de esos más de dos centenares de casos fueron decididos en el siglo XIX (más en concreto, en 1872 y 1882), frente a los ciento setenta y dos (por tanto, el grueso de los estudiados) del siglo XX, y los treinta y nueve fallados en este siglo XXI, en que nos encontramos.

Resulta comprensible, sin embargo, que las estrellas del libro sean precisamente las sentencias de la Sala de lo Social (*Chambre Social*) de la Corte de Casación, que acaba de cumplir (se creó en 1938) sus buenos setenta años. Si no he contado mal, se trata de ciento sesenta y ocho sentencias de dicho órgano jurisdiccional (por tanto, más de tres cuartas partes de todo el material jurisprudencial primordial a que se refiere el libro). Su reproducción a la letra —que tanto agradece el lector foráneo— resulta facilitada por el hecho de que en Francia la regla (como lo era, también, en la España del siglo XIX) siga siendo todavía la utilización por los jueces del que cabría denominar «Considerando corto», que precipita en razonamientos desnudos de paja, y que en Francia se identifica por la expresión ritual «*Attendu que...*». Nada que ver, por tanto, con el actual fárrago de los «Fundamentos de Derecho» de las sentencias de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, en las que parece mandar la técnica informática de copiar y pegar párrafos de sentencias anteriores de la propia Sala. El exacerbado

conceptismo judicial francés —que tanto sorprende en España— obliga, como es lógico, a mirar con lupa todo cuanto la Sala de lo Social de la Corte de Casación escribe en sus sentencias, aunque lo más decisivo suelen ser concretas palabras o frases de las mismas (destacadas en cursiva por los autores de la obra), contenidas sobre todo en un razonamiento exento y de epílogo en cada sentencia, encabezado por la expresión ritual «Pero considerando [*Mais attendu*] que...».

Acerca del método para la selección de los casos —tema siempre fascinante, y nada fácil—, está implícita en la obra la atención preferente que los autores han dado a los criterios que la propia Sala de lo Social de la Corte de Casación utiliza para discriminar lo que ella misma, en su propia jurisprudencia, considera más importante (el famoso «B+P+R» jerarquizador de casos, de que habla la doctrina francesa), aunque también recopilen —por relevante— algún que otro caso «inédito [*inédit*]», en el sentido de no haberse ordenado por la Corte su publicación en el «*Bulletin des arrêts*», repertorio que nada tiene que ver con la apollada «Colección Legislativa» que tenemos en España. Junto a este criterio formal, también resulta evidente el criterio selectivo material de pretender cubrir todas las áreas temáticas en que se diversifica el Derecho francés del Trabajo. De ahí las trece grandes «Partes» en que la obra se estructura, para así poder cubrir con toda holgura «El ámbito del Derecho del Trabajo», «Las justicias del trabajo» —en puridad, la jurisdicción laboral de primera instancia y su procedimiento—, la «Conclusión del contrato», la «Ejecución del contrato y prerrogativas del empresario», la «Suspensión del contrato de trabajo», la «Calificación de la ruptura del contrato», el «Derecho común del despido», «Los despidos por motivo económico», las «Consecuencias de la ruptura del contrato de trabajo», el «Derecho sindical», la «Representación del personal en la empresa», «El estatuto colectivo» —esto es, la negociación colectiva— y, por último, «Los conflictos colectivos».

Cada una de estas trece «Partes» posee siempre el mismo sólido anclaje: piezas, en número variable (hasta nueve, por ejemplo, en el caso de la «Parte» relativa a la «Ejecución del contrato y prerrogativas del empresario») y dotadas todas de idéntica estructura formal, que está integrada por tres elementos primordiales. En primer lugar, el título genérico de la pieza, precedido por números árabes indicadores de cuántas «grandes sentencias» aparecen reproducidas en ella. En segundo lugar, la rúbrica de los diversos temas tratados por los casos en cuestión. Y en tercer lugar, las «observaciones [*observations*]» de los autores del libro a dichos casos, siempre breves, incisivas y trazadoras del contexto legal y jurisprudencial en que cabe ubicar los casos tratados. Por poner sólo un ejemplo, la «Parte» primera —sobre «El ámbito del Derecho del Trabajo»— distribuye diecisiete «grandes sentencias» en cuatro piezas, relativas a «Trabajadores o asimilados y trabajadores independientes», «Trabajadores de derecho público y trabajadores de derecho privado en el sector público», «Los dirigentes» y el «Ámbito de aplicación en el espacio internacional».

Quizá el fruto más jugoso que quepa extraer de la lectura de las piezas —que son cuarenta y ocho, en total— sea el de poder hacerse con una visión esencialista de temas y problemas, en la que los muchos árboles que conforman las instituciones jurídico-laborales francesas dejan ver el bosque frondoso que es, en Francia al igual que en todas partes, el Derecho del Trabajo. Prueba este esencialismo —para

mí, siempre admirable— la patente antisismicidad de la obra. Téngase en cuenta que todas las «grandes sentencias» en ella tratadas son anteriores a la promulgación del vigente *Code du Travail* de 2008 —referente obligado, supuesto que pretendan realizarse análisis del Derecho positivo francés del Trabajo—, lo que no obsta para que la esencia de cada caso mantenga siempre íntegra su fragancia, acentuándola incluso —como, por ejemplo, en el del supuesto enjuiciado por la sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 3 diciembre 2002, a propósito de los «criterios de representatividad» de los sindicatos, incluida en una de las tres piezas de la «Parte» de la obra relativa al Derecho sindical— el paciente contraste que los autores realizan sistemáticamente entre los preceptos del viejo Código de 1973, judicialmente interpretados y aplicados, y los del Código novísimo, por ellos puntillosamente concordados y contextualizados.

Este planteamiento esencialista justifica el éxito editorial de la obra, ya comentado —insólito, repito, en monografías jurídicas—, al contar con todas las potencialidades requeridas para poder llegar a interesar al público jurídico-laboral más variado. Acerca de esto, el Prof. Gérard LYON-CAEN —en el prólogo de la tercera edición del libro, perpetuado como prólogo único, también en esta cuarta edición— hablaba de la voluntad fundacional de que la obra fuese «quizá útil algún día a las direcciones de empresas, a los abogados, a los estudiantes, a los jueces». A esta relación de potenciales destinatarios añadiría yo ahora el círculo de los iuscomparatistas. Y es que los estudios de Derecho comparado —supuesto que no nos resignemos a mirar sólo desde lejos, o con telescopio, lo que ocurre en otros países distintos del nuestro— están necesitados de instrumentos de ayuda, que permitan salvar la distancia que media entre dicha clase de investigaciones desde lejos (tendencialmente ajenas al Derecho positivo y, en consecuencia, al Derecho que es) y las de carácter microscópico (inmersas hasta la asfixia, por el contrario, en las profundidades abisales del Derecho positivo y de sus mutaciones constantes). La atmósfera intermedia —o macroscópica— entre esas dos atmósferas extremas, en la que debe vivir y trabajar el iuscomparatista, se oxigena precisamente con libros como es éste, sin paja en su exposición rigurosa del Derecho positivo del Trabajo.

Jesús Martínez Girón

O.E. KEMPEN y U. ZACHERT (Editores), *Tarifvertragsgesetz. Kommentar für die Praxis*, Bund-Verlag, 4ª ed. (Frankfurt am Main, 2006), 1209 págs.*

La Ley del Convenio Colectivo, que entró en vigor en abril de 1949, aún antes de la Ley Fundamental, de la Constitución de la República Federal de Alemania de mayo 1949, es con 13 párrafos una de las Leyes más cortas en el Derecho alemán del Trabajo. Que sobre ella se escriba un comentario con aproximadamente 1000 páginas, sorprende sólo a primera vista. Los autores, Otto Ernst Kempfen, Catedrático en Frankfurt, Axel Stein, Catedrático en Münster, Ulrike Wendeling-Schröder, Catedrática en Hannover, Ulrich Zachert, Catedrático en Hamburgo, con la colaboración de Eva Kocher, Profesora habilitada en Hamburgo/Frankfurt, dan ya en el Prólogo algunas indicaciones sobre los motivos de la abundante materia que había que comentar.

De un lado, desde la edición precedente del año 1997, ha aumentado considerablemente la importancia de la jurisprudencia en la interpretación de los convenios colectivos, en la configuración de su relación con otras fuentes del Derecho como el acuerdo de empresa y el contrato de trabajo, así como en la definición de los espacios de libertad de las partes convencionales. Esto vale, aunque ahora como antes los tribunales se contengan de intervenir en las decisiones valorativas de política convencional de las partes de los convenios. De otro lado, la frase de *Otto Kahn-Freund*, relativa a que en el Derecho del Trabajo una semana ya es mucho tiempo, vale muy especialmente para el Derecho colectivo. Siempre, y muy especialmente en la década pasada, está en el primer plano de la polémica jurídica y político-jurídica. Los autores llaman ejemplarmente la atención sobre la controversia relativa al denominado «principio de favorabilidad», las propuestas sobre cláusulas legales de apertura respecto a «pactos empresariales para el trabajo», el debate sobre un salario mínimo legal y sus repercusiones en la autonomía colectiva, además de la cuestión de cómo haya que definir el concepto de sindicato (para el cual no se da en Alemania ninguna especificación legal), con inclusión de las consecuencias de las reestructuraciones de empresas en la aplicación de los convenios colectivos, los principios de los acuerdos colectivos a nivel europeo, etc. Con ello, únicamente se indica a título de ejemplo qué gran programa de trabajo hay que llevar a cabo cuando se quiere describir y comentar el Derecho colectivo. Cubre en cuanto al contenido todo el espectro jurídico-laboral y, además de ello, incluye algunas especialidades esenciales que se derivan de las peculiaridades del “instrumento del convenio colectivo”.

Esto conecta con el origen del convenio colectivo y de su regulación por el Derecho estatal. El Comentario, desde su primera edición del año 1984, está «dedicado a la memoria de *Hugo Sinzheimer*». Si se relee el Capítulo introductorio sobre la historia del convenio colectivo («Fundamentos», marginales 1-47), se encuentra el motivo de este homenaje a uno de los más importantes iuslaboralistas alemanes y también europeos. Él sentó, juntamente con *Philipp Lotmar*, en la transición del siglo 19 al 20, los fundamentos esenciales para la regulación jurídica y la ordenación de los convenios colectivos, que ya había en gran cantidad en aquel tiempo, sin que los juristas supieran

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Alberto Arufe Varela.

que con ello empezaba algo. De ello forma parte la idea de la «inderogabilidad del convenio colectivo», esto es, de su eficacia obligatoria, que fundamenta su primacía frente a otros acuerdos contractuales. Además, las asociaciones, tanto los sindicatos como las asociaciones de empresarios, debían poder crear Derecho autónomamente. El convenio colectivo se concibe entonces como fuente de Derecho propia, junto al Derecho del Trabajo estatal, y se entiende como expresión de la autorregulación social (*Zachert*, «Fundamentos», marginal 21). Todo esto se aceptó en la legislación de la República de Weimar (Reglamento sobre los Convenios Colectivos de 1918 y Constitución de Weimar, artículos 159 y 165 de la Constitución de Weimar) y se asumió tras la segunda guerra mundial (1949) en la Ley del Convenio Colectivo y en la Ley Fundamental (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal) (*Kempen*, «Fundamentos», marginal 24 y siguientes, y 42 y siguientes).

Con la Ley Fundamental, la Constitución de la República Federal, se menciona una palabra clave, que juega un papel central en la interpretación de las cuestiones relativas al Derecho colectivo. El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal sólo protege expresamente la libertad sindical. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha reconocido desde sus primeras decisiones la autonomía colectiva con una amplia extensión, como derecho al establecimiento de normas, que descongestiona la legislación estatal. El Comentario no sólo presenta íntegramente la jurisprudencia correspondiente, sino que desarrolla con su completa fundamentación de teoría constitucional (*Kempen*, «Fundamentos», marginales 48-267) la concepción de la autonomía colectiva como un derecho de libertad social, que hace realidad de manera amplia la autorregulación colectiva por medio de la organización autónoma de los afectados, y así tiene en cuenta los ideales jurídico-laborales de protección (*Kempen*, «Fundamentos», marginales 62 y ss., y 100 y ss.). Los «Fundamentos», que con aproximadamente 300 páginas representan una tercera parte del Comentario, contienen entre otros el Capítulo sobre el aspecto central de la relación del convenio colectivo con otras fuentes de Derecho, en especial con el acuerdo de empresa. El acuerdo de empresa es la expresión de la cogestión existente en Alemania. No se concluye entre sindicatos y asociaciones de empresarios, sino entre el empresario y el comité de empresa elegido. La solución al conflicto no es, como en el caso del convenio colectivo, la huelga, sino el denominado órgano de arbitraje, un órgano arbitral de composición paritaria. La primacía existente por principio del convenio colectivo sobre el acuerdo de empresa (parágrafo 77, apartado 3, y parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa) estaba en la década pasada, en el marco de las tendencias de la «descentralización del denominado convenio colectivo sectorial», en el punto central de las controversias jurídico-políticas. Esto condujo a importantes decisiones fundamentales del Tribunal Federal de Trabajo, que han reconocido la primacía del convenio colectivo en cuanto derecho constitucional sobre el acuerdo de empresa, el cual concurre como regulación colectiva en el nivel de la empresa con el convenio colectivo (al respecto, *Wendeling-Schröder*, «Fundamentos», marginales 315-350). Otro extenso Capítulo de la parte fundamental se dedica a la interpretación del convenio colectivo (*Zachert*, «Fundamentos», marginales 358-417). Los tribunales, como ya se ha dicho, se han abstenido de corregir los resultados convencionales, que siempre son la expresión de un compromiso. *Zachert* denomina el método de interpretación cimentado por el Tribunal Federal de Trabajo como «positivismo valorativo» («Fundamentos», marginal 396).

El comentario al párrafo 1 de la Ley del Convenio Colectivo, que establece el marco para las posibilidades de regulación en cuanto al contenido y los espacios de juego de las partes del convenio colectivo, comprende a su vez casi 300 páginas. Aquí se muestra la diversidad de los más de 60.000 convenios colectivos existentes en Alemania, de los cuales cada año aproximadamente 7000 se renuevan o se concluyen de nuevo (*Zachert*, párrafo 1, marginal 4). Ahora igual que antes es central, desde la perspectiva de todos los interesados y afectados, el salario (comentado por *Stein*, párrafo 1, marginales 97-228). La relevancia práctica de los comentarios se manifiesta, entre otros, en la descripción extensa de las numerosas cuestiones (jurídicas) de la asignación de los empresarios al grupo convencional correcto, respecto de la cual —también una especialidad de la cogestión en el centro de trabajo— el comité de empresa tiene un derecho de participación importante (*Stein*, párrafo 1, marginales 160-195). Especialmente complejo y detallado es el comentario de la jornada, que en Alemania desde la mitad de los años 80 se determina por la estrategia de los sindicatos a la realización de 35 horas semanales, una tendencia que actualmente se ha estancado. Las variadas opciones en los convenios colectivos se detienen en una estructuración flexible de la jornada según las necesidades empresariales, acaso por medio de cuentas de jornada o de pasillos de jornada (sobre todo ello, *Zachert*, párrafo 1, marginales 97-462). Junto al salario y a la jornada, bajo el título «Política convencional cualitativa», también se comentan otros contenidos, que muestran, ahora igual que antes, que la política convencional está llena de facetas. De ello forman parte la protección de la racionalización, la prevención de riesgos y la protección de la salud, la formación profesional y la formación profesional continua (*Zachert*, párrafo 1, marginales 463-556). En este contexto, se alude a una visión general sobre la negociación colectiva europea (*Kocher*, párrafo 1, marginales 709-726), para la que ya hay un variado material conceptual, pero no se ha encontrado hasta ahora ningún fundamento jurídico claro.

En el comentario al párrafo 2 de la Ley del Convenio Colectivo, que establece quién es parte del convenio colectivo, sin dar al respecto una definición (en lo esencial, por *Kempen* y *Stein*), sólo se pone de relieve el problema actual que ha originado a los tradicionales sindicatos de la DGB la concurrencia, tanto de pequeños sindicatos, que ofrecen rebajas respecto de los convenios colectivos concluidos, como también de fuertes sindicatos de especialistas (pilotos, maquinistas y otros), que están en posición de negociar mejores condiciones para sus grupos y de hacer la huelga en caso necesario. En el comentario es reconocible la tendencia fundamental a atribuir la cualidad de sindicato sólo a aquellas asociaciones que también están en la posición de salvaguardar la función responsable de política asociativa de la autonomía colectiva, de modo que exista en perspectiva un «compromiso justo en el sentido de una garantía de equilibrio» (*Kempen*, párrafo 2, marginales 34 y siguientes). Al respecto, en los años venideros podrían plantearse nuevos desafíos a la jurisprudencia de los más altos órganos judiciales.

A los lectores españoles podría resultarles especialmente interesante que en Alemania exista una «sujeción al convenio muy liberal». Según el párrafo 3 de la Ley del Convenio Colectivo, se supone, por principio, que (sólo) están sujetos al convenio los afiliados a las partes convencionales. No obstante, de ello hay numerosas excepciones

prácticas, ante todo la remisión al convenio colectivo en los contratos de trabajo (al respecto, *Stein*, parágrafo 3, marginales 754-219), y una regulación de una excepción jurídicamente importante en forma de declaración de eficacia general, de conformidad con el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo. Dado que el convenio colectivo (también) ha perdido en Alemania en autoridad, precisamente en relación con los grupos más débiles de trabajadores, la actual discusión en Alemania se encamina a reforzar la ayuda estatal en relación con un salario mínimo (*Kempen*, parágrafo 5, marginales 14 y siguientes), sin que hasta ahora una mayoría política haya reconocido una Ley general de salario mínimo.

El comentario sobre la eficacia (normativa) obligatoria del convenio colectivo (parágrafo 4), con todos sus elementos individuales (apartado 4, renuncia sólo por las partes del convenio; apartado 5, ultraactividad), comprende aproximadamente 250 páginas, cuya realización se divide entre todos los colaboradores. Se menciona el «principio de favorabilidad» como excepción de la eficacia obligatoria del convenio colectivo, por causa de su especial actualidad. El Tribunal Federal de Trabajo, a través de una interpretación amplia de la comparación de lo favorable, ha dado una negativa a todos los intentos de poner patas arriba la primacía de principio del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo.

También se comentan las reglas de procedimiento (parágrafo 6, registro de convenios colectivos en el Ministerio de Trabajo y, en este contexto, parágrafo 7, deberes de comunicación de las partes del convenio; parágrafo 8, publicidad del convenio colectivo por el empresario; así como parágrafo 9, eficacia jurídica de las acciones declarativas por las asociaciones), continuamente con referencias detalladas a la jurisprudencia correspondiente (*Zachert*).

En suma, se trata de una obra cuya presentación y consideración en Alemania no sólo ha influido ya muchos años en el discurso científico sobre el Derecho colectivo, sino también, ante todo, que se consulta con frecuencia por la jurisprudencia de los más altos órganos judiciales.

Anne Queck

TH. DIETERICH, P. HANAU y G. SCHAUB (Fundadores), R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS y I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 9ª ed. (Múnich, 2009), XLII + 2777 págs.

La editorial muniquesa Beck acaba de publicar la novena edición de su acreditadísimo *Erfurter Kommentar*, que maneja en un volumen autógrafamente dedicado a los Profesores MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, por el Dr. Thomas DIETERICH, uno de los tres «Fundadores» del mismo. Sobre la base de que los «comentarios» de Leyes constituyen uno de los géneros más clásicos de la literatura jurídica alemana, el que aquí brevemente se reseña posee tres singularidades caracterizadoras, que vale la pena destacar. En primer lugar, la relativa a su propia denominación, que no es antroponímica, sino rigurosamente toponímica, supuesto que el adjetivo calificativo «erfurtense [*Erfurter*]» alude a la ciudad de Erfurt (Estado federado de Turingia), que es donde tiene su sede el Tribunal Federal alemán de Trabajo. En segundo lugar, la relativa a que se trata no de un «comentario» a una sola Ley, sino a toda una pluralidad de ellas, las más significativas de las que conforman en la actualidad el Derecho alemán del Trabajo (lo que explica que se refiera «al Derecho del Trabajo [*zum Arbeitsrecht*]»). En tercer lugar, la relativa a que se trata de un «comentario» incardinable en lo que editorialmente se conoce en Alemania con el nombre de «comentario breve [*Kurzkommentar*]», por la sencilla razón —frente a lo que ocurre en la hipótesis de los denominados «comentarios grandes [*Grosskommentare*]»— de que aparece encarnado en un solo volumen, aunque se trate de un volumen kilométrico, que llega a tener (además, en papel de biblia) sus buenas casi tres mil páginas.

Se trata de una obra en la que las concretas Leyes laborales ordinarias (también, alguna de Seguridad Social) interpretadas, anotadas y concordadas aparecen ordenadas alfabéticamente —empezando con la «Ley sobre los contratos de trabajo con plazo de los médicos en formación continua [*Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung*]» o, en abreviatura, *ÄArbVtrG*, y terminando con la «Ley de contratos temporales en la ciencia [*Wissenschaftszeitvertragsgesetz*]» o, en abreviatura, *WZVG*—, para así facilitar su localización. Se trata, además, de un volumen en el que la numeración de las Leyes incluidas deja espacios entre ellas (la *ÄArbVtrG* va precedida por el número «25», mientras que la *WZVG* va precedida por el número «700»), con el propósito de acoger en ediciones posteriores del propio «comentario» más Leyes que pudiesen llegar a promulgarse, sin necesidad de tener que modificar la estructura de la obra. Por lo demás, acerca de la complitud del material normativo en ella tratada, baste indicar que todas las leyes traducidas y concordadas con el Derecho español por los citados Profesores MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, en su libro *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), salvo una —interesante desde el punto de vista español, aunque en Alemania forme parte del entramado que conforma el Derecho Administrativo allí vigente—, aparecen en este prestigiosísimo «comentario» tratadas al modo típicamente alemán de comentar, esto es, parágrafo tras parágrafo.

Acerca de la «autoridad» que tiene en Alemania este «comentario», me limitaré a poner de relieve sólo tres cosas. En primer lugar, que el mencionado Tribunal Federal de Trabajo lo cita frecuentísimamente, en las Sentencias y Autos que dicta. En segundo lugar, que se trata de una obra considerada en Alemania «neutral», desde el punto de vista ideológico, a pesar de que el Derecho del Trabajo —en Alemania y en todas partes— puede contemplarse desde al menos dos puntos de vista enconados, que son el de los de trabajadores y sus representantes, y el de los empresarios. En tercer lugar, el hecho de que figuren como «autores» del mismo nada más y nada menos que quienes han sido sucesivos Presidentes del propio Tribunal Federal de Trabajo, junto a una larguísima nómina de redactores de los correspondientes comentarios, asimismo integrada por casi una decena de Catedráticos alemanes de Derecho del Trabajo. Y más en concreto, el ya citado Thomas DIETERICH, que también figura como uno de los «fundadores» de la obra; e igualmente, la señora Ingrid SCHMIDT, que figura como uno de los «editores» actuales de la propia obra, y que es, además —desde el año 2006—, la actual Presidenta del Tribunal Federal de Trabajo.

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, 2ª edición, Vintage (Nueva York, 2002), XI + 302 págs.

Evidentemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos es un órgano jurisdiccional regulado, apareciendo contenida esta regulación, en lo más esencial, en el título 28 del Código de los Estados Unidos y en el apéndice a este mismo título. Ahora bien, la lectura de estos preceptos legales, aun eventualmente completada con la de los casos que decide la propia Corte Suprema, aclara más bien muy poco acerca del funcionamiento interno de la misma. Y es, precisamente, dicho funcionamiento («historia íntima») el que desvela este libro fenomenal, con toda la autoridad que le da el haber sido escrito precisamente por William H. Rehnquist, cuyo currículo esencial paso a relatar brevísimamente. Nacido en Milwaukee en 1924, se graduó en leyes en la prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad californiana de Stanford, lo que le valió su elección como «auxiliar jurídico» (*legal clerk*) del entonces Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Robert Jackson. Tras muchos años de ejercicio de la profesión en el foro, fue nombrado Juez de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, por el Presidente Nixon, tomando posesión del puesto el 7 enero 1972. Catorce años más tarde, el Presidente Reagan lo designó Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como 55º Presidente de dicho altísimo órgano jurisdiccional, cargo en el que permaneció hasta su fallecimiento, en septiembre de 2005. En consecuencia, nadie con más autoridad que el Juez Rehnquist para contar las interioridades e intimidades de la Corte que presidió durante diecinueve años, cosa que procedió a realizar por escrito animándose a publicar la primera edición (1987) de este libro, cuyo éxito editorial le animó a realizar una segunda edición (ésta del año 2002, editada ahora por Vintage), objeto de la presente recensión.

Aparte lo propiamente protocolar (un «Prefacio») y epilogal («Apéndice: Tabla de Casos», «Bibliografía», «Índice»), se trata de un libro formalmente integrado por una «Introducción» y quince capítulos. En la obra se intercalan muy diversas fotografías (más concretamente, en sus páginas 82 y 242, relativas a retratos de diferentes miembros de la Corte y, también, del interior y el exterior del edificio donde la misma trabaja), que contribuyen a contextualizar todo cuanto el Juez Rehnquist cuenta en sus densas 302 páginas. En puridad, se trata de una verdadera historia —relatada con rigor, pero también con extraordinaria amenidad— de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al hilo de los que el autor considera casos más significativos decididos por ella, desde *Marbury v. Madison* (1803) hasta los decididos por «La Corte en su tercera centuria» (éste es precisamente el rótulo de su capítulo decimoquinto y último), siendo el último de los casos que analiza —desde un punto de vista cronológico— *Bowsher v. Synar* (1986). Lo verdaderamente relevante, sin embargo, no es tanto esta historia de más de doscientos años, redactada con tanta acribia por quien formaba parte de esa misma historia, sino más bien lo que cuenta acerca de la Corte, que el público en general no podía conocer. Precisamente es esta historia interna de la Corte, inaccesible para el gran público, lo que convierte este libro del Juez Rehnquist en una monografía jurídica del más alto valor pedagógico, que debía ser quizá libro de obligada lectura en las Facultades de Derecho, también en las de fuera de los Estados Unidos.

Aunque evidentemente a todo tipo de público le interesarán los tiras y aflojas entre el Presidente de los Estados Unidos y el Senado, a la hora de efectuar nombramientos de Jueces de la Corte Suprema —supuesto que se trata, en todo caso, de nombramientos vitalicios—, lo que con claridad no resulta en absoluto accesible al gran público es el funcionamiento interno de la propia Corte, esto es, las costumbres no escritas a que se ajustan los Jueces miembros de la misma a la hora de confeccionar los escritos (sentencias y autos), que sí trascienden luego al público en general. Sobre estas costumbres, creo que las partes más decisivas del libro son la citada Introducción y sus capítulos duodécimo, decimotercero y decimocuarto. La Introducción (subtitulada «Un auxiliar de Derecho viene a Washington»), porque describe el proceso de selección por los Jueces de sus «auxiliares jurídicos», llamando la atención el hecho de que se trate de nombramientos de jóvenes graduados universitarios, que desempeñarán su oficio en la Corte Suprema, adscritos al concreto Juez que los eligió, durante un período de sólo un año; el capítulo duodécimo (titulado «Certioraris: selección de casos que van a decidirse»), porque describe el curioso procedimiento de criba de los casos que van a ser decididos en cada concreto año judicial por la Corte Suprema, determinando este peculiarísimo proceso de selección que se trate de una Corte que nunca se encuentra saturada por su carga de trabajo; el capítulo decimotercero (titulado «Cómo hace la Corte su trabajo: vista oral»), porque describe —con toda amenidad, pero también con toda crueldad— cómo deben actuar los abogados en las vistas orales desarrolladas ante la Corte, al efecto de intentar impresionar —si es que esto resulta posible— a los Jueces integrantes de la misma; y el capítulo decimocuarto (titulado «Cómo hace la Corte su trabajo: decisión de los casos»), por describir todas las porciúnculas del procedimiento que conduce a la impresión de las decisiones finales de la Corte en los denominados «volúmenes vinculantes», se supone que, completamente depurados de erratas. En conclusión, autor autorizado y libro riguroso, ingenioso e, incluso, divertido, que permite trazar mucho mejor que las normas orgánicas y procesales las diferencias de bulto existentes entre una Corte Suprema que resuelve «certioraris», y Cortes Supremas —como las europeas, nuestro Tribunal Supremo incluido— atadas de pies y manos (y atascadas) por la obligación de resolver recursos extraordinarios, como el que representa por antonomasia la «casación».

Iván Vizcaíno Ramos

**ACTIVIDADES DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN
CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

*[ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE
CORUNNEAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE
LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW]*

Crónica del «II Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, sobre “La jurisprudencia laboral en Europa”»

CHRONICLE OF THE «IIND INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW ABOUT “THE LABOR CASE LAW IN EUROPE”»]

Los días 8 y 9 mayo 2008 se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, el II Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, monográfico sobre «La jurisprudencia laboral en Europa», organizado por el Consello Galego de Relacións Laborais, por la Universidad de A Coruña y por el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. La inauguración corrió a cargo de la Sra. Dña. Marisa Peña Cebreiro, en representación del Consello Galego de Relacións Laborais, y del Prof. Dr. Alberto Arufe Varela, Director del Congreso. Ambos pusieron de relieve, ante un nutrido público —mayoritariamente integrado por estudiantes de cuarto curso de la Facultad de Derecho coruñesa—, las fructuosas relaciones de colaboración existentes entre las tres entidades coorganizadoras. Se recordó que se trataba de relaciones que venían de antiguo, aunque últimamente venían materializándose en la celebración de eventos de carácter internacional. En este sentido, la Sra. Peña y el Director del Congreso recordaron la celebración, durante los días 28 y 29 mayo 2007, del I Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, también en la Facultad de Derecho coruñesa, sobre el tema «El impacto de la globalización en las relaciones laborales».

Este II Congreso se desarrolló únicamente en jornadas vespertinas, con la finalidad no sólo de facilitar la afluencia de nuestros estudiantes de la Licenciatura en Derecho, sino también con la de favorecer que los ilustres relatores intervinientes dispusiesen de más tiempo libre para conocer la ciudad y el área metropolitana en la que se asienta nuestra Universidad. En la primera de las jornadas —del día 8 mayo, recuérdese—, tuvieron lugar cuatro ponencias plenarias con sus correspondientes debates. Una de estas ponencias pretendía ofrecer una visión más «empírica» del tema monográficamente tratado en el Congreso, mientras que en las otras tres primaba su carácter estrictamente académico. La primera corrió a cargo de los representantes de los sindicatos UGT-Galicia, CCOO de Galicia y CIG, y del representante de la Confederación de Empresarios de Galicia —todos ellos *sponsors* del Congreso—, que ofrecieron su visión crítica sobre «Organización, competencias y efectividad de la actuación de los tribunales laborales en España y en Galicia». Tras un animado debate, tuvo lugar la exposición de la primera ponencia académica, a cargo del Sr. Luis Fernando de Castro Mejuto (Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia), sobre el tema «La jurisprudencia laboral europea: visión española». A esta ponencia subsiguieron —siempre con sus correspondientes debates— las ponencias nacionales alemana y portuguesa, a cargo del Prof. Dr. Ulrich Zachert (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo y Juez electivo del Tribunal Federal de

Trabajo [*Bundesarbeitsgericht*]) y del Prof. Dr. Dr. *h.c.* António Monteiro Fernandes (Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa [ISCTE] de Lisboa), que versaron sobre «La jurisprudencia laboral europea: visión alemana» y «La jurisprudencia laboral europea: visión portuguesa», respectivamente. Cumplido el horario previsto, el Director del Congreso emplazó a los congresistas para la celebración de la segunda jornada, el día siguiente.

Esta segunda jornada, correspondiente al 9 mayo, tuvo tres partes claramente diferenciadas, de las cuales la primera giró alrededor de nuevas ponencias plenarias de carácter académico, que fueron cuatro. Una, a cargo del Prof. Dr. Luca Nogler (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento), que trató el tema «La jurisprudencia laboral europea: visión italiana». La segunda, expuesta por el Prof. Dr. Antoine Jeammaud (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Lyon y Presidente de la Asociación Francesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), versó sobre «La jurisprudencia laboral europea: visión francesa». La tercera, a cargo del Prof. Dr. Jesús Martínez Girón (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad anfitriona y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), sobre el tema «La jurisprudencia laboral federal de los Estados Unidos: comparación con Europa». Y la cuarta y última —siempre con debate—, desarrollada por el Prof. Dr. Alberto Arufe Varela (Director de este segundo Congreso, recuérdese, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), relativa a «La jurisprudencia laboral del Tribunal de Luxemburgo. En especial, la relativa al incumplimiento por los Estados miembros de la legislación básica comunitaria sobre prevención de riesgos laborales».

Concluidas las ponencias generales y sus debates, se abrió paso a las comunicaciones presentadas a este II Congreso Internacional coruñés de Derecho Comparado del trabajo. Se trataba de un apartado del Congreso ideado por sus organizadores, con la finalidad de que pudieran llegar a tener una participación activa —no meramente como espectadores o asistentes— los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña. Haciendo uso de este turno, las estudiantes de cuarto curso Dña. María Caínzos Suárez, Dña. Susana Couto Ramos y Dña. Beatriz Abal Rodríguez presentaron y defendieron, en castellano y en inglés —y mediante la utilización de Internet—, una muy interesante comunicación titulada «Las becas universitarias fraudulentas. A propósito de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 2007» (cfr. *infra*, Anexo I). Fue la ocasión para que se oyesen los aplausos más estruendosos, a cargo —como es lógico— del nutrido público estudiantil presente. También comunicó en este Congreso la que suscribe estas líneas, desarrollando una breve comunicación sobre la peculiar estructura a que se ajustan las Sentencias de la Cámara de los Loes, que titulé «*Seriatim*» (cfr. *infra*, Anexo II).

En el acto de clausura, celebrado —como estaba previsto en el programa— a las 21:00 horas, intervinieron el Prof. Dr. Alberto Arufe Varela y el Presidente del Consello Galego de Relacións Laborais, Ilmo. Sr. D. Demetrio Fernández López. El Prof. Arufe Varela hizo balance de las dos densas jornadas de ponencias, comunicaciones y debates, resaltando el éxito habido en cuanto a la participación estudiantil —ofreció la prueba del abarrotamiento del Salón de Grados de la Facultad de Derecho—, y agradeciendo especialmente al Presidente del Consello que hubiese tenido la generosidad de allegar

los medios económicos, utilizados siempre con sobriedad, que habían hecho posible la celebración del evento. Por su parte, el Ilmo. Sr. D. Demetrio Fernández López afirmó el carácter institucional y estable de las relaciones de colaboración que el Consello que preside mantiene con la Universidad de A Coruña y con la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social; y tras emplazar a todos los asistentes a la celebración del III Congreso Internacional coruñés de Derecho Comparado del Trabajo, para el próximo mes de mayo del año 2009, pronunció las palabras rituales de clausura.

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

* * *

ANEXO I
PRIMERA COMUNICACIÓN

**LAS BECAS UNIVERSITARIAS FRAUDULENTAS. A
PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA DE LA SALA DE LO
SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 2007**

María Caínzos Suárez
Susana Couto Ramos
Beatriz Abal Rodríguez

1. En nuestra intervención mancomunada de tres minutos (esto es, un minuto cada una) ...
... we are going to talk about a Social Chamber Supreme Court Decision of March, 29th 2007, deciding a case Law unification appeals.

2. Esta Sentencia considera que las universidades públicas no pueden explotar a sus estudiantes ...
... by means of «collaboration grants» disguising true contracts of employment for ancillary services.

3. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo reconoce que la práctica de las becas fraudulentas está muy extendida en las universidades públicas españolas, pero ...
... it is very hard for us to think that this practice exists in our «alma mater», that is, in this University of A Coruña.

* * *

ANEXO II

SEGUNDA COMUNICACIÓN

«SERIATIM». A PROPÓSITO DE UN CASO LABORAL RECIENTE, DECIDIDO POR LA CÁMARA DE LOS LORES

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

1. La jurisprudencia de la Cámara de los Lores puede consultarse gratuitamente, desde casa, a través del «British and Irish Legal Information Institute»...

... located on Internet at www.bailii.org.

2. En esta gigantesca base de datos, consta el caso «*Serco Limited v. Lawson (2006)*» —en realidad, tres casos laborales acumulados—, que fue decidido por la Cámara de los Lores «seriatim» —como es usual en esta altísima Corte—, teniendo en cuenta que aquí los cinco «Law Lords» actuantes eran cuatro Lores y una Lady, y además, que...

... «seriatim» means that each of the deciding Law Lords must give in writing his own and personal opinion about the case.

3. La única Juez actuante, que era la Baronesa HALE OF RICHMOND, sostuvo por escrito la siguiente «opinión» sobre este caso:

«My Lords,

For the reasons given in the opinion of my noble and learned friend, Lord Hoffmann, with which I agree, I would dismiss the appeal in *Crofts v Veta Limited* and allow the appeals in *Serco Limited v Lawson* and *Botham v Ministry of Defence*».

COEDICIÓN DE LIBROS*[COEDITION OF BOOKS]*

— U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), XIX + 464 págs. ISBN: 978-84-9745-389-0.

— A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), 104 págs. ISBN: 978-84-9745-162-8.

PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN

[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION]

— Ponencia de A. ARUFE VARELA sobre «La jurisprudencia laboral del Tribunal de Luxemburgo. En especial, la relativa al incumplimiento por los Estados miembros de la legislación básica comunitaria sobre prevención de riesgos laborales», en el II Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo: «La Jurisprudencia laboral en Europa»; A Coruña, 8 y 9 mayo 2008; Consello Galego de Relacións Laborais, Universidad de A Coruña e Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA sobre «¿Cómo se articulan jurídicamente en Francia medidas de prevención de los accidentes de trabajo *in itinere*, al efecto de mejorar las cifras francesas de siniestralidad laboral?», en el Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; León, 10-12 septiembre 2008; Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA sobre «Does the European Union forbid the inequality of treatment, regarding to its hired staff?», en el IX Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Freiburg im Breisgau (República Federal de Alemania), 16-19 septiembre 2008; Albert-Ludwigs-Universität y Asociación Europea de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA sobre «Should the Regulation (EC) no. 883/2004 deal with the coordination of the so-called principle of automatic payment of benefits, since it constitutes a crucial principle in the domestic social security legislations of several member States?», en la International Conference «50 years after the start – New rules on EU Social Security coordination»; Berlín, 26 y 27 septiembre 2008; European Institute of Social Security.

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «La jurisprudencia laboral federal de los Estados Unidos», en el II Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo: «La Jurisprudencia laboral en Europa»; A Coruña, 8 y 9 mayo 2008; Consello Galego de Relacións Laborais, Universidad de A Coruña e Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

— Comunicación de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «¿Resulta jurídicamente admisible, vistas las cifras españolas de siniestralidad laboral, la resignación prevencionista española ante el fenómeno de los accidentes de trabajo *in itinere*?», en el Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; León, 10-12 septiembre 2008; Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

— Comunicación de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «Is it possible to control the implementation by the European Union of the principle of equality of treatment, regarding to its contract staff?», en el IX Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Freiburg im Breisgau (República Federal de Alemania), 16-19 septiembre 2008; Albert-Ludwigs-Universität y Asociación Europea de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

— Comunicación de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «Should the Regulation (EC) no. 883/2004 deal with the coordination of the so-called principle of automatic payment of benefits, since it constitutes a principle ruled in the secondary Labor Law of the European Union?», en la International Conference «50 years after the start – New rules on EU Social Security coordination»; Berlín, 26 y 27 septiembre 2008; European Institute of Social Security.

