

Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo

Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana

Ulrich Zachert

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

Jesús Martínez Girón

*Catedrático de Derecho del Trabajo
de la Universidad de A Coruña*

Alberto Arufe Varela

*Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo
de la Universidad de A Coruña*



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

netbiblo
www.netbiblo.com

Pares revisores de la obra:

- Prof. Dr. Dr. *h.c.* José Luis Meilán Gil (España)
- Prof. Dr. Dr. *h.c.* António Monteiro Fernandes (Portugal)

LOS GRANDES CASOS JUDICIALES DEL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO. ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL Y TRADUCCIÓN CASTELLANA

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo 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.

DERECHOS RESERVADOS 2008, respecto a la primera edición en español, por

© 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

ISBN: 978-84-9745-379-0

Depósito Legal: C-3135-2008

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

Trabajo realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, y en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Hamburgo, al amparo de 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 de septiembre 2006 [BOE de 11 de octubre de 2006]) y el FEDER.

En España, al igual que sucede en Alemania, la «jurisprudencia» también forma parte del vocabulario jurídico constitucional, al tratarse de una palabra utilizada por nuestra Constitución —precisamente al regular el Tribunal Constitucional— en su artículo 161.1.a), que extiende los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley (“de una norma jurídica con rango de ley”) a la jurisprudencia que la interpreta, «si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». La Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional se refiere también a «la jurisprudencia de los tribunales de justicia», ordenando que esa jurisprudencia «habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales» si ha recaído sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional (art. 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reformado por la Ley Orgánica, 6/2007 de 24 de mayo). Por su parte, es bien conocida la formulación del art. 1.6 del Código Civil, según la cual la jurisprudencia, sin ser fuente del Derecho, complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina establecida de forma reiterada por el Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Lo cierto es que la configuración de la idea de Estado democrático de Derecho como Estado constitucional, junto con la eficacia directa y supremacía de la Constitución, que hace inexcusable la existencia de un sistema de justicia constitucional para el control de la ley y del Estado, produce la *judicialización* del ordenamiento jurídico, fenómeno compartido por el ordenamiento alemán y por el nuestro que responden al mismo modelo, en los términos sentados desde hace más de doscientos años por la Resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury*, recibidos en Europa a lo largo del siglo XIX y sobre todo del siglo XX y en los que todavía nos desenvolvemos. En un Estado constitucional como el establecido por la Constitución de 1978 corresponde a un órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, en exclusiva, asegurar la eficacia de la Constitución frente al legislador mismo (monopolio de rechazo de la constitucionalidad de la ley), así como frente a su aplicación judicial. En esa aplicación judicial, a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, que es en sí misma una institución de garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas, incumbe interpretar y aplicar las leyes según la Constitución, conforme a la interpretación que resulte de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional

en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial). De este modo a la jurisdicción ordinaria, y al órgano superior que la culmina en todos los órdenes, el Tribunal Supremo (salvo “en materia de garantías constitucionales” reservadas a la autoridad suprema de la jurisdicción constitucional: art. 123 CE) que fija y unifica la interpretación jurisdiccional de las leyes, es también debida la aplicación y consolidación del sistema constitucional, la revisión profunda de la estructura del ordenamiento jurídico y su *judicialización*.

La incidencia de la Constitución, de sus valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político y de sus principios, es especialmente cierta y nítida en la elaboración judicial y científica del Derecho del Trabajo español, que se ha ocupado insistentemente de los derechos y libertades fundamentales y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya rica doctrina es de incomparable trascendencia para nuestro Estado social y democrático de Derecho y la totalidad del ordenamiento jurídico. La constitucionalización del contrato individual de trabajo (derechos fundamentales de los trabajadores y empresarios) y de las relaciones laborales colectivas (derechos sindicales, negociación colectiva, huelga y conflicto) se ha debido, desde luego, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, interpretando y aplicando la Constitución, ha constitucionalizado la vida pública y política y también la vida social y privada, extendiendo la defensa y protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo a las relaciones entre trabajadores y empresarios, sindicatos y asociaciones empresariales. Pero también a la jurisprudencia ordinaria y a la doctrina laboralista. El relevante papel de aquélla y de éstas en el descubrimiento y recreación del Derecho del Trabajo constitucional debe ponerse de manifiesto, a lo que contribuye este sobresaliente trabajo.

La Constitución española refiere la jurisprudencia a todos los «órdenes» de la jurisdicción; y por tanto, también al orden jurisdiccional social, en cuyo seno se genera la jurisprudencia laboral ordinaria, evidentemente integrada —al igual que ocurre en Alemania— por miles y miles de casos. Seleccionar sólo lo más grande, dentro de esta masa ingente de casos verdaderamente abrumadora, implicaba correr riesgos —por cierto, propios de la tarea de investigación, sin la que siquiera puede concebirse el oficio universitario, que sólo adquiere significación plena en conexión con aquélla— que los Profesores Zachert, Martínez Girón y Arufe, coautores de este libro, han asumido y gestionado con determinación y éxito innegable respecto de la jurisprudencia alemana sobre Derecho del Trabajo, actuando sobre la base de una lista presentada con precisa y convincente argumentación de las decisiones judiciales seleccionadas en la Parte Primera de la obra («Grandes casos en el Derecho alemán del Trabajo. ¿Una ausencia?»), según un criterio de relevancia objetiva y subjetiva. Son los casos que verdaderamente importan a los autores, que, además, consideran dotados de una relevancia definitoria del sistema jurídico alemán de relaciones laborales, más allá de las coyunturas, de las modas.

Aparte del hecho de tratarse de material jurídico inédito en España, el interés de estos grandes casos judiciales laborales alemanes radica en que efectivamente todos son decisiones jurisdiccionales capitales (y por ello mismo «grandes») sobre “temas de siempre”, bien que planteados en un momento histórico determinado. Cubren un dilatado período de tiempo, que abarca desde 1963 a 2007. Temáticamente comprenden cuestiones centrales de Derecho individual y colectivo del trabajo (protección del trabajador en el contrato de trabajo; derechos de libertad sindical; autonomía colectiva; “derecho de lucha laboral”, y cogestión en el centro de trabajo).

Con la perspectiva de la justicia constitucional española, merecen ser especialmente resaltados los casos números Primero, Segundo, Tercero, Sexto, Décimo, Undécimo y Duodécimo —todos obrantes en el grueso «Apéndice jurisprudencial», ubicado al final del libro—, por causa de haber sido decididos precisamente por el Tribunal Federal Constitucional alemán (en los siete casos, además, mediante Auto).

La lectura de los correspondientes análisis de los grandes “casos” de la jurisprudencia alemana, su contexto propio, con sus variables específicas de tiempo y ordenamiento, y en comparación con el Derecho español, —que constan en la Parte Tercera de la obra («Estudio comparado con el Derecho español de los grandes casos judiciales laborales alemanes») — pone de manifiesto, bien a las claras, la importancia de las cuestiones jurídico-constitucionales que en dichos siete casos se enjuiciaron. En efecto, tratan de la corrección [por aplicación de los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn] de la inferioridad contractual estructural del trabajador frente al empresario, de la protección mínima frente al despido garantizada —de nuevo por dicho artículo 12— a los trabajadores al servicio de las pequeñas empresas, del ámbito nuclear de la libertad sindical, de la eficacia general de los convenios colectivos y de la constitucionalidad del cierre patronal defensivo —en los tres últimos casos, por aplicación del artículo 9, apartado 3, de la propia Ley Fundamental, que genéricamente reconoce y protege el derecho de libre asociación sindical—, y por último, de posibles competencias laborales de los *Länder*, a pesar de que, en principio, la legislación laboral es sólo competencia de la Federación alemana. Pero el interés del libro, siempre desde el punto de vista de la justicia constitucional española, no sólo reside en esto.

Según los Profesores Martínez Girón y Arufe siete sentencias del Tribunal Constitucional español se corresponden con otros tantos grandes casos judiciales laborales alemanes. La correspondencia lo es con Autos y Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo, en cuatro de los supuestos (más en concreto, los decididos por las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional núms. 11/1981, de 8 abril; 13/1986, de 30 enero; 92/1988, de 23 mayo; y 105/1992, de 1 de julio). Y con Autos del Tribunal Federal Constitucional en las hipótesis de las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional núms. 39/1986, de 31 marzo; 86/1991, de 25 abril; y 68/1992, de 30 abril.

La obra se completa con unas acertadas «Precisiones metodológicas para el estudio comparado con el Derecho español de los grandes casos judiciales laborales alemanes», que constan en la parte Segunda. Se trata de precisiones (y también, curiosidades) relativas a los repertorios jurisprudenciales utilizados para fijar el texto de las

decisiones alemanas traducidas, a la estructura de estas últimas —tan diferente de la de las resoluciones jurisdiccionales españolas, sean constitucionales u ordinarias—, a las fuentes citadas tanto por el Tribunal Federal Constitucional como por el Tribunal Federal de Trabajo —haciendo hincapié en el dato de que la cita nominal de doctrina científica es moneda corriente por parte de los jueces alemanes—, a la forma misma cómo se ha efectuado la traducción —según los dos coautores españoles, evitando caer en la tentación de lo que llaman traducción metálica—, y por último, a la precisa y rigurosa contextualización de toda la obra de traducción por ellos realizada. Respecto de esta última, afirman en la ya citada Parte Tercera del libro que «está montada sobre la base de tres elementos», reconducibles a «un estudio aproximativo (en el sentido de aproximación formal) al “gran caso” alemán de que se trate (indicando siempre por qué vía procesal accedió el asunto al Tribunal Federal Constitucional o a Tribunal Federal de trabajo, cuál es la estructura del concreto Auto o Sentencia en cuestión, cuáles fueron los hechos enjuiciados, etc.)», a un segundo elemento «de carácter descriptivo» —que «trata siempre de la médula jurídica del “gran caso”», y «en el que lógicamente quien habla es el gran Tribunal que lo dictó»—, y el tercero, «orientado a buscar equivalentes en el Derecho español del Trabajo de todos y cada uno de los dieciocho “grandes casos”».

Sin olvidar las peculiaridades y diferencias que nacen de las tradiciones, las concepciones jurídicas generales y las circunstancias históricas —variables—, esto es, de las respectivas culturas nacionales y de la conformación de los ordenamientos jurídicos y de la inserción en su unidad de las diferentes disciplinas jurídicas y de su especialidad (particularmente en lo que hace a las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil), la obra de los Profesores Zachert, Martínez Girón y Arufe pone en conexión estrecha las jurisprudencias alemana y española sobre grandes casos laborales para así integrar y formar parte ambas de una contemplación comparada. Esa comparación aporta el nada despreciable resultado de compartir la experiencia de la imbricación entre la norma constitucional y el Derecho del Trabajo; de la participación activa de la jurisprudencia en esa imbricación y en la elaboración y progresión del Derecho del Trabajo; del redimensionamiento del protagonismo de la ley nacional, expresión de la voluntad democrática, no sólo por la incidencia del ordenamiento comunitario europeo (e internacional) y por el papel en el sistema de fuentes jurídico-laborales de la negociación colectiva, expresión del pluralismo social, sino también, de manera destacada, por la participación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la Constitución y de las leyes en conformidad con aquella norma fundante de un Estado democrático de Derecho.

El trabajo de los Profesores Zachert, Martínez Girón y Arufe es especialmente pertinente. Constituye una herramienta particularmente útil para el conocimiento en nuestro país del Derecho del Trabajo de la República Federal de Alemania a través de las decisiones de sus Tribunales Federales Constitucional y de Trabajo sobre “los grandes casos”, traídas con maestría al cauce de nuestro ordenamiento de la mano de las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional para efectuar la comparación sobre

grandes temas laborales de siempre. A los méritos y logros del método comparado une este libro el de favorecer también el proceso común de integración europea, al que tampoco es ajena, antes bien es consustancial, la *judicialización* de su Derecho, del Derecho comunitario, consecuencia de la activa y relevante tarea desplegada por el Tribunal de Justicia, que ha ejercido “funciones constitucionales” a partir de la interpretación de los Tratados y normas comunitarias.

El proceso de integración europea en el que, pese a sus dificultades, avances y retrocesos, estamos empeñados, siempre se beneficiará de estudios comparatistas rigurosos y serios como éste que me cabe la satisfacción de prologar gracias a la generosa invitación de sus autores.

María Emilia Casas Baamonde
Presidenta del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En un Estado social y democrático de Derecho, las ciudadanas y ciudadanos esperan que se imponga el ordenamiento jurídico, a través de la garantía de la protección jurídica del Estado, y que se asegure la paz jurídica. En la vida laboral, se asigna esta función a la Jurisdicción de Trabajo. Como Tribunal Supremo de la Federación en el campo del Derecho del Trabajo, corresponde al Tribunal Federal de Trabajo una responsabilidad especial. Tiene que asegurar la uniformidad de la jurisprudencia y perfeccionar el Derecho.

Desde hace más de cincuenta años, una voluminosa jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo hace realidad la ordenación jurídica de la vida laboral. En la percepción pública, el Tribunal se presenta a menudo como fuerza organizadora. Esto se debe a la retirada del legislador. Con el enorme cambio técnico y social, puede cada vez menos mantener el paso con el trabajo y la economía, que están ininterrumpidamente escapándose. Por eso, sus concepciones normativas se plasman en conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales, que los Tribunales de Trabajo concretan y cuyas lagunas colman. Esto aclara la gran importancia del Derecho judicial precisamente en el Derecho del Trabajo.

En la averiguación jurídica en Derecho del Trabajo y en la germinación del Derecho judicial, la ciencia desempeña tradicionalmente una función de disciplina y de control. De ello se deriva una fructífera relación de intercambio, en la que el Derecho judicial suministra sugerencias a la ciencia y conecta sus teorías y sistema con los problemas de la práctica. Esto conduce a un diálogo continuado entre el Tribunal Federal de Trabajo y la ciencia jurídico-laboral, que se expresa precisamente en las decisiones de importancia fundamental y gran alcance. En comparación con la tradición de la redacción de las sentencias de los más altos Tribunales en España, pero también con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas modelado a través del sistema francés, esto parece desacostumbrado.

No existen para todos los casos aquí seleccionados del Derecho alemán del Trabajo decisiones equivalentes de la Jurisdicción española, y a la inversa.

Esto se debe a las respectivas culturas jurídicas y a los diferentes sistemas de Derecho colectivo. A pesar de todo, se muestra una serie de características comunes

* Traducción al castellano, desde el alemán original («Vorwort»), realizada por Jesús Martínez Girón.

precisamente en la metodología jurídica de averiguación del Derecho y en la fundamentación de los principios de protección. Prueban que los resultados se determinan por las necesidades de protección comparables, y no sólo por esa vía, sino que también dependen de la sensibilidad autónoma de las Jueces y los Jueces de un Estado democrático de Derecho. También por este motivo habría que desear que este libro pueda contribuir a una mejor comprensión del Derecho judicial no sólo en el ámbito jurídico español, sino también en el de la República Federal.

Ingrid Schmidt
Presidenta del Tribunal Federal de Trabajo

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

«GRANDES CASOS EN EL DERECHO ALEMÁN DEL TRABAJO».

¿UNA AUSENCIA?	1
I. El juez como verdadero soberano del Derecho del Trabajo.....	3
II. El Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Dederal Constitucional: visión de conjunto.....	4
III. Derecho judicial y Derecho legislado.....	5
IV. Las decisiones seleccionadas. Advertencia introductoria.....	6
1. Nota preliminar sobre la estructura y la selección.....	6
2. Protección del individuo en la relación de trabajo.....	7
2.1. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre privados	7
2.2. Un ejemplo: protección mínima del puesto de trabajo.....	8
3. Derechos del sindicato (libertad sindical).....	10
3.1. Concepto de sindicato	10
3.2. El campo de juego de la actividad sindical.....	11
3.3. Un ejemplo: derechos de entrada de los mandatarios sindicales en el centro de trabajo	12
4. Autonomía colectiva.....	13
4.1. Sobre el alcance de la competencia de regulación colectiva	13
4.2. Sobre la relación del convenio colectivo con otras fuentes del Derecho, en especial, el contrato de trabajo.....	13
4.3. Sobre la eficacia del convenio colectivo: declaración de eficacia general y declaración de fidelidad convencional.....	15
5. Derecho de lucha laboral.....	17
5.1. Fundamentos (huelga y cierre patronal)	17
5.2. Dos ejemplos: huelga espontánea y huelga de advertencia.....	19
5.3. Desarrollo ulterior de la jurisprudencia a través de la Sentencia sobre las denominadas huelgas de apoyo	20
6. Cogestión en el centro de trabajo	21
6.1. Extensión y límites.....	21
6.2. Ejecución de la cogestión	21
V. Reflexiones finales y perspectiva	22

PARTE SEGUNDA

PRECISIONES METODOLÓGICAS PARA EL ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS GRANDES CASOS JUDICIALES

LABORALES ALEMANES	23
--------------------------	----

PARTE TERCERA

ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL

DE LOS GRANDES CASOS JUDICIALES LABORALES ALEMANES 33

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTROL DE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS PRIVADOS
 POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS, EN CUANTO QUE ELEMENTO
 EVENTUALMENTE CORRECTOR DE LA POSICIÓN DE INFERIORIDAD
 DE UNA DE LAS PARTES DEL CONTRATO. A PROPÓSITO DEL AUTO
 DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE OCTUBRE DE 1993..... 35

- I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 19 de octubre de 1993..... 35
- II. El Código Civil alemán, parágrafos 138 y 242, fundamento del control de contenido (*Inhaltskontrolle*) de los contratos privados por los tribunales ordinarios..... 37
- III. Los porqués de la falta de existencia, en España, de un caso equivalente al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 19 de octubre de 1993..... 39

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SANACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO PARCIALMENTE NULO,
 POR APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO REGULADOR
 DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.
 A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL
 DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2006 43

- I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 23 de noviembre de 2006..... 43
- II. El control del contenido (*Inhaltskontrolle*) del contrato de trabajo por los tribunales laborales, a través de la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación (*allgemeine Geschäftsbedingungen*)..... 45
- III. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 25 de octubre de 1989, sobre sanación parcial del contrato de trabajo parcialmente nulo, por aplicación de las normas sobre interpretación de las obligaciones y contratos del Código Civil 47

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LAS EMPRESAS
 PEQUEÑAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN
 CONTRA EL DESPIDO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL
 FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE ENERO DE 1998 51

- I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 27 de enero de 1998, sobre la constitucionalidad de la exclusión de las pequeñas empresas (*Kleinbetriebe*) del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido 51
- II. La protección mínima (*Mindestschutz*) contra el despido constitucionalmente garantizada a los trabajadores al servicio de empresas pequeñas..... 53
- III. El reforzamiento legal de la protección de los pequeños empresarios españoles frente al despido, tras la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 1992..... 55

CAPÍTULO CUARTO

LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR DESPEDIDO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE DESPIDO. A PROPÓSITO DEL AUTO DE SALA GENERAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 25 DE FEBRERO DE 1985..... 59

I. Aproximación formal al Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 25 de febrero de 1985 59

II. La readmisión (*Weiterbeschäftigung*) del trabajador despedido durante la tramitación del proceso de despido, como manifestación particular de su derecho contractual de ocupación efectiva (*Beschäftigungsanspruch*)..... 61

III. Los porqués de la falta de existencia, en España, de un caso judicial equivalente al Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 25 de febrero de 1985 64

CAPÍTULO QUINTO

LA CAPACIDAD DE LOS SINDICATOS PARA PODER CELEBRAR CONVENIOS COLECTIVOS. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE MARZO DE 2006 67

I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006..... 67

II. La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos (*Tariffähigkeit*), según la jurisprudencia de este Auto..... 69

III. La «capacidad representativa» de los sindicatos españoles, según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical 72

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995 75

I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 14 de noviembre de 1995..... 75

II. La superación de la fórmula del ámbito nuclear (*Kernbereich*) de la libertad sindical..... 77

III. La distinción entre «contenido esencial» y «contenido adicional» de la libertad sindical, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 39/1986, de 31 de marzo..... 79

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL DERECHO DE ACCESO AL CENTRO DE TRABAJO POR MANDATARIO SINDICAL AJENO AL PROPIO CENTRO DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE FEBRERO DE 2006 83

I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de febrero de 2006 83

II. El papel del Derecho judicial alemán en la estructuración del régimen jurídico aplicable a la libertad de acción sindical en la empresa (y en consecuencia, al derecho de acceso [*Zugangsrecht*] al centro de trabajo por mandatario sindical ajeno al propio centro de trabajo)..... 85

III. El artículo 9.1.c) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y su interpretación y aplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas 87

CAPÍTULO OCTAVO

LA LICITUD DE LA HUELGA ORIENTADA A LA ESTIPULACIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL, RELATIVO SÓLO A CONCRETAS EMPRESAS ASOCIADAS INMERSAS EN FENÓMENOS DE DESLOCALIZACIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 DE ABRIL DE 2007	91
I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 24 de abril de 2007, sobre el convenio colectivo de asociación relativo a empresas (<i>firnenbezogene Verbandstarifvertrag</i>) y la huelga orientada a su estipulación	91
II. La licitud del convenio colectivo de asociación relativo a empresas, de su posible contenido anti-deslocalización y, en consecuencia, de la huelga convocada para estipularlo	93
III. Los porqués de la falta de existencia, en España, de un caso judicial equivalente a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 24 de abril de 2007	96

CAPÍTULO NOVENO

LA DEFENSA DEL CONVENIO COLECTIVO FRENTE A FENÓMENOS DE NEGOCIACIÓN EMPRESARIAL SERIADA O EN MASA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE ABRIL DE 1999	99
I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de abril de 1999.....	99
II. La defensa del convenio colectivo por el sindicato, mediante el ejercicio del derecho de cesación (<i>Unterlassungsanspruch</i>), frente a la regulación empresarial o contractual unitaria (<i>betriebliche o vertragliche Einheitsregelung</i>) de las condiciones de trabajo	101
III. La negociación individual seriada o en masa, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 105/1992, de 1 de julio.....	103

CAPÍTULO DÉCIMO

LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL DEL CONVENIO COLECTIVO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 24 DE MAYO DE 1977	107
I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 24 de mayo de 1977, sobre la constitucionalidad de la declaración de eficacia general (<i>Allgemeinverbindlichkeit</i>) del convenio colectivo	107
II. La naturaleza jurídica de la declaración de eficacia general del convenio colectivo	109
III. La naturaleza jurídica de la resolución administrativa de extensión de un convenio colectivo, según la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 86/1991, de 25 de abril.....	111

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DECLARACIONES DE FIDELIDAD CONVENCIONAL. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE JULIO DE 2006	115
I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 11 de julio de 2006.....	115

II. La competencia de los Estados federados para dictar normas sobre declaraciones de fidelidad convencional (<i>Tariftreuerklärungen</i>), y su adecuación a la Constitución y al Derecho Federal.....	117
III. Los paralelismos del caso alemán con la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 68/1992, de 30 de abril, acerca de una constitucionalmente imprevista competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre materia aparentemente laboral	120
CAPÍTULO DUODÉCIMO	
EL CIERRE PATRONAL SUSPENSIVO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL ORDINARIA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 10 DE JUNIO DE 1980	
I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 de junio de 1980, relativa al cierre patronal suspensivo de defensa (<i>suspendierende Abwehraussperrung</i>).....	123
II. Principio de paridad (<i>Paritätsprinzip</i>) en la lucha, huelga parcial (<i>Teilstreik</i>) ofensiva y principio de proporcionalidad (<i>Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</i>).....	125
III. El contrapunto, representado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 31 de marzo de 2000	128
CAPÍTULO DECIMOTERCERO	
LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL ORDINARIA SOBRE EL CIERRE PATRONAL DEFENSIVO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 26 DE JUNIO DE 1991.....	
I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 26 de junio de 1991.....	131
II. La constitucionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad al cierre patronal defensivo	133
III. Los porqués de la falta de existencia, en España, de un caso judicial similar al Auto del Tribunal Federal Constitucional de 26 de junio de 1991	135
CAPÍTULO DECIMOCUARTO	
LA HUELGA SALVAJE. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1963.....	
I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de diciembre de 1963, sobre la huelga salvaje (<i>wilde Streik</i>)	137
II. Las tres cuestiones nucleares sobre la huelga salvaje tratadas por esta Sentencia (su distinción con el derecho de retención, su radical ilicitud y la indemnización de los daños y perjuicios provocados por ella).....	139
III. La jurisprudencia española, ordinaria y constitucional, sobre las tres cuestiones nucleares tratadas por la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de diciembre de 1963.....	142
CAPÍTULO DECIMOQUINTO	
LA HUELGA DE ADVERTENCIA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 21 DE JUNIO DE 1988	
I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 de junio de 1988, relativa a la huelga de advertencia (<i>Warnstreik</i>)	145
II. Huelga de advertencia, huelga contractual ordinaria (o para conseguir por la fuerza [<i>Erzwingungsstreik</i>]) y principio de la «última ratio»	147
III. El preaviso de huelga, según la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 13/1986, de 30 de enero	149

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

LA HUELGA DE APOYO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 19 DE JUNIO DE 2007 151

- I. Aproximación formal a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 19 de junio de 2007, relativa al régimen jurídico aplicable a la huelga de apoyo (*Unterstützungstreik*)..... 151
- II. El principio de proporcionalidad como baremo de la licitud o ilicitud de la huelga de apoyo 153
- III. El régimen jurídico de la huelga de solidaridad o apoyo, según la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 11/1981, de 8 de abril 155

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO DEL ÓRGANO DE ARBITRAJE SOBRE DERECHOS DE COGESTIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 31 DE AGOSTO DE 1982..... 159

- I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 31 de agosto de 1982, sobre cogestión en materia de modificación del horario de trabajo 159
- II. El control judicial del laudo dictado, según criterio equitativo (*nach billigem Ermessen*), por el órgano de arbitraje..... 161
- III. El régimen de la modificación del horario de trabajo, según la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español de 28 de febrero de 2007 163

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

LA PROTECCIÓN PROCESAL ADICIONAL DE LOS DERECHOS DE COGESTIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 3 DE MAYO DE 1994..... 167

- I. Aproximación formal al Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 3 de mayo de 1994 167
- II. La protección procesal tácita del comité de empresa, en cuanto que derecho de prestación adicional (*Nebenleistungsanspruch*) a sus derechos materiales de cogestión..... 169
- III. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 92/1988, de 23 de mayo, sobre protección procesal adicional de los representantes de los trabajadores, vía proceso de conflictos colectivos 171

ÍNDICE TÓPICO DE LA PARTE TERCERA 175

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL 179

- 1. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 19 OCTUBRE 1993 (REFERENCIA 1 BVR 567, 1044/89) 181
- 2. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, SECCIÓN 2, DE 23 NOVIEMBRE 2006 (REFERENCIA 1 BVR 1909/06)..... 194

3. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA PRIMERA, DE 27 ENERO 1998 (REFERENCIA 1 BVL 15/87)	202
4. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA GENERAL, DE 27 FEBRERO 1985 (REFERENCIA GS 1/84)	213
5. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 28 MARZO 2006 (REFERENCIA 1 ABR 58/04).....	237
6. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 14 NOVIEMBRE 1995 (REFERENCIA 1 BVR 601/92).....	258
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 28 FEBRERO 2006 (REFERENCIA 1 AZR 460/04)	264
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 ABRIL 2007 (REFERENCIA 1 AZR 252/06).....	275
9. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 20 ABRIL 1999 (REFERENCIA 1 ABR 72/98).....	301
10. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 2, DE 24 MAYO 1977 (REFERENCIA 2 BVL 11/74)	318
11. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 11 JULIO 2006 (REFERENCIA 1 BVL 4/00)	336
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 10 JUNIO 1980 (REFERENCIA 1 AZR 168/79).....	353
13. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 26 JUNIO 1991 (REFERENCIA 1 BVR 779/85)	378
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 20 DICIEMBRE 1963 (REFERENCIA 1 AZR 428/62)	389
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 21 JUNIO 1988 (REFERENCIA 1 AZR 651/86).....	407
16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 19 JUNIO 2007 (REFERENCIA 1 AZR 396/06).....	427
17. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 31 AGOSTO 1982 (REFERENCIA 1 ABR 27/80)	440
18. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 3 MAYO 1994 (REFERENCIA 1 ABR 24/93)	453

PARTE PRIMERA

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

Prof. Dr. Ulrich Zachert

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Grosse Urteile im deutschen Arbeitsrecht“ – eine Fehlanzeige?), realizada por Alberto Arufe Varela.

I. EL JUEZ COMO VERDADERO SOBERANO DEL DERECHO DEL TRABAJO

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 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, precisamente 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 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 jurisprudencia, que estaba fuertemente marcada por el primer Presidente *Hans-Carl Nipperdey* (1953-1963), se caracterizaba 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.

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

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 J. PÉLISSIER/G. LYON-CAEN/A. JEAMMAUD/E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3ª ed. 2004.

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.

de la parte contractual más débil, que en el Derecho del Trabajo es típicamente el trabajador. Aquí 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. Ellas justifican el interés de este conjunto, y de ellas presentamos una selección. Especialmente atractiva parece, en este contexto, la mirada recíproca sobre los límites de Alemania respecto de España, y viceversa, los cuales, con todas las particularidades que son la expresión de las respectivas culturas jurídicas, sí ponen en claro algunos paralelos sorprendentes.

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 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 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. La Sala Primera juzga, entre otras, sobre cuestiones centrales del Derecho colectivo del Trabajo, como el Derecho de coaliciones y el Derecho de lucha laboral, y la cogestión en el centro de trabajo; la Sala Cuarta —por citar otro ejemplo—, sobre conflictos del Derecho de convenios colectivos; y la Sala Segunda, sobre la protección contra el despido. Cada una de las Salas se compone de tres jueces de carrera y dos jueces electivos, que son propuestos por la parte de los trabajadores o la parte de los empresarios. La denominada Sala General decide en casos (extraordinarios), cuando una Sala quiere separarse en una cuestión de Derecho de la decisión de otra Sala o de la Sala General (los detalles, en el párrafo 45 de la Ley del Tribunal de Trabajo)⁸. El Presidente del

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

⁸ Visión de conjunto, en J. MARTÍNEZ GIRÓN/A. ARUFE VARELA, *Leyes Laborales Alemanas*, 2007, págs. 90 y ss., págs. 242 y ss.

Tribunal es siempre, al mismo tiempo, el Presidente de la Sala Primera. Desde marzo del año 2006, el Tribunal está dirigido por una Presidenta, *Ingrid Schmidt*.

El *Tribunal Federal Constitucional* tiene su sede en 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 dos Salas, cada una con ocho jueces. La Sala Primera es competente para la interpretación vinculante de los derechos fundamentales (artículo 93 de la Constitución Federal), que aquí interesan especialmente. Según el parágrafo 93a de la Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional, para la descongestión de las dos Salas tiene lugar un trámite de admisión por medio de una *Sección* del Tribunal⁹.

III. DERECHO JUDICIAL Y DERECHO LEGISLADO

La cuestión de si el Derecho judicial es una *fuerza 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 *fuerza de conocimiento del Derecho*¹⁰, no existe ninguna duda de que el Derecho judicial ejerce *facticamente* 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. También puede jugar un papel el hecho de que en Alemania, a pesar de varios intentos¹¹, no exista ninguna codificación general del Derecho del Trabajo. Sin embargo, el propio legislador que aspire a una codificación falta de lagunas, sólo puede lograr reglas para los conflictos que sean previsibles. El estado limitado de su conocimiento, así como la realidad vital que da pruebas de una complejidad creciente y que, al mismo tiempo, se somete a transformaciones cada vez más rápidas, conduce a que se produzca, en el mejor de los casos, una red de reglas normativizadas tejida con gruesas mallas¹². Por ello, el juez obligatoriamente debe «llenar las lagunas existentes», y entonces su función es la de proporcionar la solución a concretos conflictos jurídicos. Si desempeña, en este sentido, un papel de estructuración social, no hay que valorarlo negativamente. Se une a ello que la realidad, frecuentemente diversa y orientada a los nuevos desafíos, se concibe más flexiblemente de lo que sería posible a través de la regulación genérica del legislador.

En este contexto, el Tribunal Federal Constitucional advierte justamente que nunca se ha negado —en cualquier caso, durante la vigencia de la Constitución Federal, que en el artículo 20, apartado 3, prevé la sujeción de la jurisprudencia a la Ley y *al*

⁹ Los pormenores, por ejemplo, en: H. D. JARASS/B. PIEROTH, Grundgesetz, 8ª ed., 2006, Art. 93 GG, marginales 1 y ss.

¹⁰ BAG 10.6.1980, Arbeitsrechtliche Praxis (AP), Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹¹ Últimamente, M. HENSSLER/U. PREIS, NZA, suplemento 1/2007, págs. 6 y ss.

¹² Cfr. TH. DIETERICH, Recht der Arbeit (RdA) 1986, págs. 2, 3.

Derecho— que el juez esté autorizado para un «búsqueda creadora del Derecho». Sobre todo en el Derecho del Trabajo, con su desarrollo social dinámico, la función de perfeccionamiento del Derecho adquiere un peso especial¹³. En efecto —como las siguientes decisiones muestran de manera ejemplar—, 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. El Derecho de lucha laboral es un ejemplo característico sobre ello, pero en ningún modo el único (en IV.5). Se menciona incluso el concepto de trabajador, que asimismo es acuñado por el Derecho judicial¹⁴, el (limitado) derecho a la ocupación efectiva del trabajador despedido [en IV.2.2.b)] y la protección mínima contra el despido en las empresas en que no resulta de aplicación la Ley de Protección contra el Despido [en IV.2.2.a)].

Aun con todas las afinidades existentes entre del Derecho legislado y el Derecho judicial, de una parte, no hay que subestimar las respectivas especificidades, de otra parte. El juez resuelve la tarea que le es asignada de manera diferente al legislador. Él decide casos concretos, y da justificaciones que permiten revelar plausible y comprensiblemente el resultado que deriva de la existencia de normas vigentes, así como sus juicios de valor. Para poner de relieve el rasgo característico de este proceso intelectual, la teoría del Derecho y la metodología jurídica suministran ayuda y principios de esclarecimiento. Como muestran las decisiones reproducidas a continuación, en la redacción de las decisiones (judiciales supremas) resulta típico en Alemania que la jurisprudencia indague de forma especial en el discurso de la ciencia jurídica. A diferencia de la cultura jurídica española, y muy especialmente de la francesa, que sigue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en las decisiones se encuentran numerosas referencias a las posiciones de la doctrina científica especializada. Esto contribuye a que la jurisprudencia se exponga explícitamente a la crítica científica y, en cuanto ya es «una institución capaz de aprender en el proceso democrático de formación de la voluntad», a que someta a examen llegado el caso su propia opinión¹⁵.

IV. LAS DECISIONES SELECCIONADAS. ADVERTENCIA INTRODUCTORIA

1. *Nota preliminar sobre la estructura y la selección*

Se han elegido 18 decisiones judiciales supremas del Tribunal Federal de Trabajo y del Tribunal Federal Constitucional. Se asignan, en número aproximadamente igual, a los siguientes campos temáticos:

- Protección del individuo en la relación laboral,
- Derechos del sindicato (libertad sindical),

¹³ BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 287 y ss.

¹⁴ Visión de conjunto, U. ZACHERT, en: El Trabajo Autónomo Dependiente, F. VALDÉS DAL-RÉ/A. VALDÉS ALONSO, Editores, 2003, págs. 59 y ss.

¹⁵ Cfr. TH. DIETERICH, RdA 1986, págs. 1, 3 y ss.

- Autonomía colectiva,
- Derecho de lucha laboral, así como
- Cogestión en el centro de trabajo.

Las siguientes aclaraciones no pretenden presentar las decisiones, en gran parte, pioneras en toda su complejidad y profundidad, y analizar el correspondiente debate científico ante el fondo del asunto. El objetivo es más modesto. Se trata de dar alguna información, en especial para lectores extranjeros, sobre la importancia de las respectivas decisiones y de su argumentación, y de dar el contexto en el que se insertan.

2. Protección del individuo en la relación de trabajo

2.1. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre privados

Sobre las dos decisiones, denominadas «decisiones sobre la garantía», del Tribunal Federal Constitucional de 19.10.1993¹⁶, hay que efectuar ante todo las siguientes puntualizaciones.

El Tribunal Federal Constitucional recalca, en primer lugar, que la 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 a la jurisprudencia, supuesto que su competencia es suficiente para la concreción y el perfeccionamiento jurídico. Para los tribunales civiles se deriva el deber de cuidar, respecto a la aplicación e interpretación de las cláusulas generales del Código Civil (por ejemplo, parágrafo 138: violación de las buenas costumbres; parágrafo 242: buena fe y confianza; parágrafo 315: juicio de equidad) a la luz de los correspondientes derechos fundamentales, que los contratos no sirvan como medio de disposición por parte del otro.

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 empresario¹⁷. 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. No obstante, en el Derecho

¹⁶ BVerfG 7.2.1990, BVerfGE 81, 242; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Primero; y Apéndice jurisprudencial, núm. 1.

¹⁷ Ver la observación en el Auto BVerfG 23.11.2006, AP Nr. 22 zu § 307 BGB; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Segundo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 2.

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. Aquí entra en juego el plano colectivo de las relaciones contractuales, y sobre todo, el nivel del convenio colectivo. En este contexto, otra decisión del Tribunal Federal Constitucional destaca que la autonomía colectiva se dirige a posibilitar una *negociación* aproximadamente *equilibrada* de las condiciones salariales y de trabajo¹⁸.

Junto a las decisiones sobre la garantía, el Tribunal Federal Constitucional se remite aún a otro aspecto trascendental. En la relación de dos partes contratantes privadas, a menudo se trata de equilibrar las contrapuestas posiciones relativas al derecho fundamental al que cada una de las partes puede remitirse. Esta ponderación de los derechos fundamentales tiene que efectuarse según el principio de la «*concordancia práctica*». Esto significa, de acuerdo con la formulación literal del Tribunal Federal Constitucional, que las posiciones en conflicto de los derechos fundamentales hay que verlas en su efecto recíproco, y limitarlas de tal manera que, en lo posible, resulten ampliamente eficaces para todos los interesados.

En lo que afecta a la actividad empresarial práctica, ésta encuentra su protección constitucional, sobre todo, en la norma constitucional de la libertad del ejercicio profesional del artículo 12 de la Constitución Federal. De acuerdo con esto, la elección de profesión y el ejercicio profesional se protegen de manera diferenciada. Aquí, desde hace algunos años, gana mayor peso una idea que subraya la decisión de la Sección del Tribunal Federal Constitucional¹⁹: 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. Esto posee múltiples repercusiones, por ejemplo, en las condiciones de trabajo, pero también en relación con la protección mínima del puesto de trabajo exigida constitucionalmente. Sobre ello habrá que volver otra vez.

De entrada, se advierte que muchas de las ideas aquí esbozadas se vuelven a encontrar en el Auto de la Sección del Tribunal Federal Constitucional de 23.11.2006. Esta decisión no se cuenta, con seguridad, entre los «grandes casos en el Derecho del Trabajo». Sin embargo, da una visión destacada de conjunto sobre la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en relación con la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en el Derecho del Trabajo, referenciando las decisiones pertinentes.

2.2. *Un ejemplo: protección mínima del puesto de trabajo*

a) El Auto del Tribunal Federal Constitucional de enero 1998²⁰ hay que verlo con el trasfondo de que el legislador, en el año 1996, en el marco de la denominada «Ley

¹⁸ BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212, 229; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimotercero; y Apéndice jurisprudencial, núm. 13.

¹⁹ BVerfG 23.11.2006, AP Nr. 22 zu § 307 BGB; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Segundo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 2.

²⁰ BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 165; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Tercero; y Apéndice jurisprudencial, núm. 3.

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 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, a una protección mínima del puesto de trabajo, ante su pérdida por la decisión privada. 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 Despido²¹.

b) El núcleo del Auto, muy detalladamente motivado, de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de febrero 1985²², reside en asegurar el puesto de trabajo del trabajador, con un determinado alcance, durante la tramitación del proceso de protección contra el despido. De nuevo, no hay en el Derecho escrito ninguna protección jurídica efectiva. La Sala General acepta un interés predominante del trabajador a la readmisión en el puesto de trabajo, cuando ha ganado la acción de protección contra el despido en la primera instancia (la acción de protección contra el despido se decide, en primera instancia, en cerca de 4 a 6 meses). La Sala General aún justificaba (en el año 1985) el deber limitado de readmisión con el derecho del trabajador a la protección de su personalidad, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Constitución Federal. Según el actual punto de vista, el mismo resultado se derivaría de la protección mínima que se desprende de la libertad profesional del artículo 12 de la Constitución Federal, también en cuanto derecho fundamental de los trabajadores. Como resultado, se trata de nuevo de un ejemplo de perfeccionamiento judicial del Derecho de amplio alcance y, en mi opinión, logrado.

²¹ 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.

²² BAG 28.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Cuarto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 4.

3. *Derechos del sindicato (libertad sindical)*

3.1. *Concepto de sindicato*

A diferencia de muchos países europeos, también de España, tras la Segunda Guerra Mundial se ha desarrollado en Alemania la idea del sindicato unitario. Con la fundación del sindicato unitario, la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB), en octubre de 1949, se creó un principio de organización que da pruebas, con todas las dificultades, de resistencia y de firmeza hacia el futuro. Los 8, antiguamente 16, sindicatos sectoriales de la DGB organizaban a finales del año 2006 a cerca de 6,6 millones de afiliados. El Sindicato Alemán de Empleados (DAG), que al principio estaba fuera del tejado común de la DGB, está afiliado a la DGB-Organización Central desde la fundación del Sindicato Unido de Prestación de Servicios ver.di en el año 2001, al que está unido.

Desde los años noventa, los sindicatos tradicionales registran una pérdida (relativa) de su capacidad de vinculación. Cabe atribuirlo a un haz de causas, que pueden ser descritas tópicamente con los conceptos de «globalización, individualización, desregulación, flexibilización, ejecución de conceptos neoliberales», etc. Como consecuencia de estas evoluciones, se incrementa la influencia de las asociaciones de trabajadores, hasta el momento más bien marginales, que están fuera de los sindicatos de la DGB. Una tendencia característica de la política de estos pequeños grupos, por ejemplo, el «Sindicato Federal Cristiano (CGB)», reside en perfilarse a través de una competencia en forma de dumping frente a los sindicatos de la DGB. El Sindicato Federal Cristiano es una pequeña asociación con un número pequeño de afiliados, que existe desde el año 1953.

Aquí se plantea la cuestión de si tales organizaciones débiles son, en resumidas cuentas, «sindicatos», a los que corresponde la competencia de celebrar convenios colectivos. A diferencia del Derecho español (artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), no hay en Alemania ni una definición legal ni ayudas legales sobre el concepto de sindicato. Se trata de nuevo de Derecho judicial, cuyo fundamento es la libertad sindical del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Según este derecho fundamental, se garantiza a todos y para todas las profesiones el derecho a fundar asociaciones para la protección y la promoción de las condiciones económicas y de trabajo. El elemento central de la cualidad de sindicato, y en consecuencia, de la capacidad convencional de una coalición, es —según la jurisprudencia de los jueces supremos— el *poder y la capacidad de imponerse* de una coalición²³. Debe estar en la posición de desarrollar tanta presión en la parte empresarial, que la lleve, como regla, a concluir el convenio colectivo. El Tribunal Federal Constitucional confirma esta exigencia²⁴. El rasgo característico del «poder» o de la «fuerza de imponerse» asegura, en efecto, el procedimiento que posibilita un equilibrio justo y eficiente de los intereses de las partes convencionales.

²³ BAG 9.7.1968, AP Nr. 25 zu § 2 TVG, jurisprudencia constante.

²⁴ BVerfG 20.10.1981, BVerfGE 58, 231, 249; BVerfG 24.2.199, BVerfGE 100, 214, 233.

La decisión, aquí denominada «decisión-CGM» («CGM = Sindicato Cristiano del Metal), de marzo 2006²⁵ confirma, de un lado, los principios de las decisiones-guía precedentes, y de otro lado, el Auto establece nuevos acentos. La Sala Primera diferencia muy claramente entre asociaciones de trabajadores que ya eran activas en el campo de las celebraciones convencionales, y organizaciones «más jóvenes». Si una asociación de trabajadores ya ha concluido convenios colectivos con un considerable alcance, entonces esto justificará ordinariamente su fuerza de imponerse. Esto vale tanto respecto de la conclusión de convenios colectivos originales, como también respecto de la conclusión de los denominados convenios colectivos de adhesión, que únicamente copian los convenios colectivos de los grandes sindicatos. En conclusión, los numerosos convenios colectivos concluidos en el pasado por el Sindicato Cristiano del Metal, son una prueba de que es tomado en serio y sinceramente por la parte empresarial, en cuanto parte del convenio colectivo. Ciertamente, en este contexto, la Sala exterioriza dudas sobre si el grado de afiliación de este sindicato, de en todo caso el 1,6% de los trabajadores empleados en el sector, es suficiente para atribuirle la necesaria fuerza de imponerse. Sin embargo, finalmente deja abierta esta cuestión.

A un lector español le sorprenderá que a una organización con un número de afiliados tan escaso, se le adjudique el estatus convencional. Esto se puede criticar. En conclusión, sin embargo, sólo un número muy modesto de «pequeños sindicatos» posee una tradición y una historia convencional tan larga como la del «Sindicato Cristiano Federal del Metal». Parece justificado el pronóstico relativo a que la jurisprudencia de los jueces supremos se aferrará a su opinión para adjudicar la capacidad convencional, en principio, sólo a las coaliciones que puedan llevar a cabo acuerdos que den la impresión de un equilibrio de poder entre las coaliciones, y que conduzcan a resultados justos con una «garantía de equilibrio» del convenio colectivo».

3.2. *El campo de juego de la actividad sindical*

De importancia central para la interpretación del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, es el Auto del Tribunal Federal Constitucional de noviembre 1995²⁶. Más tempranamente, el Tribunal Federal Constitucional había sostenido la opinión de que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protegía únicamente un «ámbito nuclear» de la acción sindical. En concreto, esto significaba que sólo estaban protegidas las actividades sindicales que fuesen «indispensables» para la existencia del sindicato. Esto conducía, en conclusión, a una interpretación tendencialmente estricta de la libertades sindicales, por ejemplo, en el ámbito de la información a los afiliados y del reclutamiento de afiliados.

Con la decisión de noviembre 1995, el Tribunal Federal Constitucional abandona en adelante expresamente esta opinión²⁷. En el ámbito de protección del artículo 9,

²⁵ BAG 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Quinto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 5.

²⁶ BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Sexto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 6.

²⁷ Ya antes, BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212, 228.

apartado 3, de la Constitución Federal, se incluyen no sólo las formas de conducta que sean indispensables para la existencia de la coalición. Más bien, se extiende a todas las actividades que son *específicas de la coalición*. A diferencia de la posición jurídica anterior, las meras consideraciones de oportunidad ya no pueden limitar el campo de juego sindical. Más bien, debe tratarse de importantes posiciones constitucionales de la parte empresarial, por ejemplo, la libertad profesional a que se refiere el artículo 12 de la Constitución Federal, que hay que sopesar con la libertad de coalición a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

Esta decisión, en conclusión, es una muestra de la opinión relativa a que, en el caso del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, se trata de un derecho social de libertad. Posibilita la autodeterminación colectiva, a causa de que corresponde a los sindicatos un campo de juego tendencialmente amplio en los ámbitos de la acción en el centro de trabajo, de la autonomía colectiva y de la lucha laboral, en cuanto a la exigencia del cumplimiento de sus derechos convencionales.

3.3. *Un ejemplo: derechos de entrada de los mandatarios sindicales en el centro de trabajo*

La Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de febrero 2006²⁸ es un ejemplo de cómo esta jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional repercute concretamente en la definición de las libertades sindicales.

Sólo puede comprenderse el conflicto, si se tiene en cuenta que, en Alemania, los intereses de los trabajadores en el centro de trabajo están representados más fuertemente que en España o Francia, y que en otros numerosos países europeos, por medio de dos órganos: por el comité de empresa, que —según la vigente Ley de Organización de la Empresa— es elegido por todos los trabajadores durante cuatro años, y por los sindicatos, cuya legitimación se basa en la adhesión voluntaria de sus afiliados. El comité de empresa tiene en Alemania amplios derechos de cogestión, también en materia de salario y de la jornada de trabajo, que son decididos en caso de conflicto por medio de un órgano paritario de arbitraje. No puede exigir el cumplimiento de sus derechos, según la Ley de Organización de la Empresa, por medio de la lucha laboral. En cambio, el sindicato que concluya convenios colectivos sobre condiciones salariales y de trabajo con la asociación de empresarios o, también, con un empresario concreto, puede apoyarse, en su caso, en el derecho de huelga garantizado constitucionalmente (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal), cuando las negociaciones no conducen a ningún resultado. Aunque en su mayoría (muy próxima al 75%) los comités de empresa están afiliados a los sindicatos de la DGB, esta estructura de «doble canal» lleva necesariamente a tensiones entre la representación de intereses unitaria y sindical. Por ello, el sindicato requiere de competencias propias, con independencia de los derechos asignados al comité de empresa según la Ley de Organización de la Empresa.

²⁸ BAG 28.2.2006, AP Nr. 127 zu Art. 9 GG; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Séptimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 7.

En el concreto conflicto, se trataba del derecho de entrada de mandatarios sindicales en el centro de trabajo, para reclutar nuevos afiliados. El derecho de entrada sindical está garantizado, según la *Ley de Organización de la Empresa*, cuando se trata de apoyar al comité de empresa (parágrafo 2, apartado 2). El Tribunal Federal de Trabajo acepta un *derecho autónomo adicional del sindicato*, a la entrada en el centro de trabajo para el reclutamiento de afiliados. Este derecho es parte de la libertad sindical protegida constitucionalmente por el artículo 9, apartado 3, de la *Constitución Federal*. Sobre ello, el Tribunal Federal de Trabajo se refiere a la nueva jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (resaltada en 3.2). Verdaderamente, los derechos sindicales a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal se sopesan sistemáticamente con las posiciones constitucionales contrapuestas del empresario (artículos 13 y 14 de la Constitución Federal: derecho a la vivienda y derecho de propiedad; artículo 2 de la Constitución Federal: actividad económica), según el principio de la concordancia práctica (sobre él, en IV.2.1), y en este contexto se acepta un derecho al perfeccionamiento judicial del Derecho.

4. Autonomía colectiva

4.1. Sobre el alcance de la competencia de regulación colectiva

La Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de abril 2004²⁹ es de importancia, ante todo, respecto a la cuestión de hasta dónde alcanza el campo de juego de los sindicatos para establecer los contenidos convencionales y, en su caso, para imponerlos por la huelga. En el asunto, se trataba de la admisibilidad y la limitación de reivindicaciones convencionales relativamente amplias (compensaciones, protección del despido, cualificación). Por medio del aseguramiento convencional de un «plan social convencional», la empresa que quiera cerrar ulteriormente un establecimiento, está obligada a tomar en consideración los intereses sociales de los trabajadores. La empresa se refería, en lo esencial, a que por medio de una reivindicación semejante, se perjudica de manera irrazonable su libertad de ejercicio profesional, de conformidad con el artículo 12 de la Constitución Federal. La Sala Primera rechaza esto con una argumentación compleja, que no debe analizarse aquí en detalle. Ante todo, destaca que a las partes convencionales (sindicatos) les corresponde un *derecho de valoración previa*, tanto en relación con el contenido de las reivindicaciones convencionales, como también sobre la exigencia de su cumplimiento por medio de la lucha laboral. Se respeta la autonomía colectiva de las partes convencionales. Existe un límite (sólo), allí donde la reivindicación huelguística de los sindicatos (y a la inversa, en su caso, la conducta del empresario) se dirige indiscriminadamente a la destrucción económica de la existencia del adversario.

4.2. Sobre la relación del convenio colectivo con otras fuentes del Derecho, en especial, el contrato de trabajo

También le corresponde una importancia fundamental al Auto del Tribunal Federal de Trabajo de abril 1999³⁰. Aquí se trata de dos aspectos: de un lado, del derecho

²⁹ BAG 24.4.2007, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifsozialplan; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Octavo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 8.

³⁰ BAG 20.4.1999, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Noveno; y Apéndice jurisprudencial, núm. 9.

de acción judicial de los sindicatos directamente contra una empresa que viola los derechos convencionales (no sólo contra la asociación de empresarios, en cuanto que parte del convenio); y de otro lado, de la cuestión de la preferencia del poder normativo convencional frente a los acuerdos del contrato de trabajo.

En primer lugar, el Tribunal Federal de Trabajo acepta como regla, de nuevo con una argumentación muy compleja, por la vía del perfeccionamiento judicial del Derecho, el derecho de los sindicatos a accionar directamente contra el empresario que viola el contrato. Este poder se deduce finalmente del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, que no sólo protege el derecho de las coaliciones a lograr normas convencionales, sino que también se dirige contra las medidas del empresario que frustran o vacían la eficacia de las normas convencionales. Se trata aquí, en definitiva, de garantizar una protección jurídica eficiente si se viola el convenio colectivo.

Sobre el segundo ámbito temático, el de la relación del convenio colectivo con el contrato de trabajo, el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo establece la preferencia del convenio colectivo. 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 período convencional 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 conjunto, por causa del aseguramiento limitado del empleo, más favorable que el convenio colectivo. Por ello, el contrato de trabajo prevalece sobre el saldo convencional, de conformidad con el párrafo 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. La precisa, y en mi opinión convincente, argumentación adicional del Tribunal Federal de Trabajo, no puede ser reproducida aquí.

Finalmente, 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 seguras³¹, puede ponerse en cuestión

³¹ Sobre similar jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y reflexiones adicionales: U. ZACHERT, in Festschrift für MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2006, págs. 151 y ss.

por medio del principio de favorabilidad convencional. 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 sigue tradiciones distintas de las que rigen en (la mayoría de) los países de la Europa continental.

4.3. *Sobre la eficacia del convenio colectivo: declaración de eficacia general y declaración de fidelidad convencional*

a) Un lector español (y también, de otros países) tendrá dificultades para comprender el trasfondo del conflicto, en que se basa el Auto del Tribunal Federal Constitucional de mayo 1977³². En el Derecho convencional alemán, es característica la sujeción liberal al convenio. A diferencia de España, con la sujeción al convenio de todos los trabajadores (artículo 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores), el convenio colectivo en Alemania sólo se aplica con su eficacia normativa, en principio, cuando el trabajador está afiliado al sindicato, y también, el empresario está afiliado a la asociación de empresarios: parágrafo 3, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo.

No obstante, hay al respecto un número de excepciones, entre las que se cuenta la declaración de eficacia general. Según el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, la autoridad (el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social) puede declarar un convenio colectivo de eficacia general, bajo determinados requisitos, que están definidos en el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, y de acuerdo con una comisión paritaria de las partes convencionales. Este convenio colectivo resulta eficaz entonces para todos los trabajadores y empresarios, y ciertamente, con independencia de si están afiliados a la respectiva asociación (parágrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo).

En los años 70, en un proceso judicial laboral, se puso en duda la constitucionalidad del parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, y se presentó para su examen ante el Tribunal Federal Constitucional. La problemática nuclear era la cuestión de si las empresas que no están afiliadas a la asociación de empresarios (externos), por medio de la declaración de eficacia general, pueden ser obligadas a aplicar las normas convencionales. El Tribunal Federal Constitucional ha confirmado, en la decisión fundamental aquí reproducida, que el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo no viola la Constitución. Especialmente en tiempos de coyuntura peor, los empresarios están obligados a procurarse ventajas frente a la competencia, por medio del acuerdo con los trabajadores sobre salarios inferiores a los del convenio. El sentido de la declaración de eficacia general reside en reaccionar contra dicho «resorte salarial» y «concurrencia sucia». En el caso de la declaración de eficacia general, se trata de una combinación del derecho autónomo de las partes convencionales, cuya legitimación se desprende del artículo 9, apartado 3, y del influjo estatal, cuyo fundamento es el

³² BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Décimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 10.

principio democrático del artículo 20 de la Constitución Federal. Por ello, las normas convencionales están ya suficientemente legitimadas frente a las empresas externas. Tampoco existe ninguna violación de la denominada «*libertad sindical negativa*». Sobre ello, el Tribunal deja pendiente si este derecho también se desprende del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La alternativa sería una protección más débil, al amparo de la libertad genérica de comercio que tiene su fundamento en el artículo 2 de la Constitución Federal. En cualquier caso, por la declaración de eficacia general, no se menoscaba la libertad de unirse a otra coalición diferente de la firmante del convenio, o de no unirse a ninguna coalición. En este sentido, no se ejerce coacción o presión dirigida a la afiliación a una asociación de empresarios.

Estas explicaciones del Tribunal Federal Constitucional en la decisión de los años 70, han resultado después extraordinariamente trascendentes. La relativa debilidad de los sindicatos desde los años 90, y relacionado con ello, la disminuida capacidad de vinculación del convenio colectivo sectorial (ya en 3.1), han conducido a que también en Alemania se adopten iniciativas dirigidas, no ciertamente aún hacia el salario mínimo legal, pero sí hacia salarios convencionales apoyados legalmente en sectores concretos. El fundamento es la Ley sobre Desplazamiento de Trabajadores (AEntG) de 1996, según la cual el Ministro federal de Trabajo, en el caso de convenios colectivos de eficacia general, puede establecer (unilateralmente), por medio de Reglamento, los salarios y otras condiciones de trabajo, cuando en la comisión paritaria no se llegue a un acuerdo entre empresario y sindicato. Esto se aplicó primero en la industria de la construcción, y después se ha ampliado paso a paso a otros sectores. Aquí, en una decisión de la Sala de julio 2000³³, el Tribunal Federal Constitucional se ha referido a su Auto del año 1977, y ha decidido que el establecimiento de salarios mínimos por medio de Reglamento estatal no viola la libertad sindical negativa a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en cuanto a los empresarios que no están afiliados a la asociación competente. Sólo se trata de una presión indirecta a unirse a la asociación, que debe ser tolerada.

b) Esto se acepta en la decisión aquí reproducida del Tribunal Federal Constitucional de julio 2006³⁴, en otro asunto distinto, pero similar en el fondo. En diferentes Estados federados, entre otros Berlín, hay Leyes en las que las contrataciones públicas, sobre todo en el ámbito de la construcción, sólo se adjudican a aquellos empresarios que respetan las condiciones convencionales (la denominada «*declaración de fidelidad convencional*»). El Tribunal, de nuevo completamente en el sentido de su jurisprudencia precedente, resalta que semejantes regulaciones de la fidelidad convencional no lesionan a las empresas excluidas de los convenios colectivos en su libertad sindical negativa. El Tribunal Federal Constitucional justifica las exigencias que establece el Estado federado con una cuidadosa ponderación de la proporcionalidad, sobre todo, de la autonomía colectiva (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal) y del

³³ BVerfG 18.7.2000 (Kammer) AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

³⁴ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Undécimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 11.

precepto del Estado Social (artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal), frente a la libertad profesional del empresario (artículo 12 de la Constitución Federal)³⁵.

5. *Derecho de lucha laboral*

5.1. *Fundamentos (huelga y cierre patronal)*

a) El Derecho de lucha laboral se considera verdaderamente como ejemplo típico de una materia marcada por el Derecho judicial. De nuevo, el fundamento constitucional es el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La posición jurídica actual se registra en tres decisiones fundamentales del Tribunal Federal de Trabajo, la de la Sala General de 1955³⁶, la de la Sala General de 1971³⁷ y la Sentencia de la Sala Primera de 1980, aquí reproducida³⁸. A ellas se añaden todavía otras cerca de 140 decisiones de la Primera Sala, 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 de junio 1991³⁹, que asimismo está incluida en esta visión de conjunto.

Para la comprensión de la importancia y del trasfondo de la jurisprudencia actual del Tribunal Federal de Trabajo, deben esbozarse brevemente las decisiones precedentes.

Según el Auto de la Sala General de enero 1955⁴⁰, que sostiene el manuscrito del primer Presidente del Tribunal, *Hans-Carl Nipperdey*, las luchas laborales ya no se valoran en el plano jurídico-individual, como en la República de Weimar, sino unitariamente en el plano jurídico-colectivo. Sin embargo, el Tribunal inutiliza este progreso metodológico, por causa de que restringe fuertemente la huelga a través de un catálogo de limitaciones sutilmente tejido. Al mismo tiempo, de conformidad con el concepto clave de la denominada «*paridad en la lucha*», se reconoce ampliamente el cierre patronal. El cierre patronal podía conducir, incluso, a que los contratos de trabajo de los afectados se concluyesen por medio de su resolución.

El Auto de la Sala General de abril 1971⁴¹ trajo una modificación tendencial, en el sentido de un «Derecho de lucha laboral más liberal» y más abierto. El cierre patronal sigue quedando admitido, pero en principio ya no podía resolver los contratos de trabajo, sino únicamente suspenderlos, esto es, dejarlos sin efecto durante el conflicto.

³⁵ La decisión del Tribunal Federal Constitucional se limita a una valoración de la situación jurídica nacional, especialmente del alcance del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La muy reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 abril 2008 (asunto C-346/06) ve en la Ley de Fidelidad Convencional del Estado federado de Baja Sajonia un incumplimiento del Derecho europeo, a saber, de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos transnacionales, y de la libre prestación de servicios del artículo 49 del Tratado CE. Tendrá importantes repercusiones prácticas sobre las Leyes de Fidelidad Convencional de muchos Estados federados, cuyas consecuencias político-jurídicas todavía no pueden vislumbrarse actualmente.

³⁶ BAG GS 28.1.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁷ BAG GS 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁸ BAG 10.6.1980, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Duodécimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 12.

³⁹ BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimotercero; y Apéndice jurisprudencial, núm. 13.

⁴⁰ BAG GS 28.1.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴¹ BAG GS 21.4.1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Importante, y hasta ahora actual, es el criterio de la «proporcionalidad», que se aplica para el inicio, la ejecución y la finalización de las luchas laborales. La lucha laboral debe ser el último medio posible, la «ultima ratio».

b) Con la Sentencia aquí reseñada de junio 1980⁴², la Sala Primera ha establecido el marco actual de los principios del Derecho de lucha laboral. En primer lugar, el Tribunal confirma su jurisprudencia relativa a que el derecho de huelga se limita estrictamente a la exigencia del cumplimiento de reivindicaciones convencionales. 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 en lucha laboral, 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 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 la lucha 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 estrategia de lucha laboral⁴³.

c) El Auto del Tribunal Federal Constitucional de junio 1991⁴⁴ 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 fundamental⁴⁵. Finalmente, resulta de trascendental importancia la afirmación, apoyada en la autonomía colectiva, relativa a equilibrar la inferioridad estructural de los trabajadores singulares en la conclusión de los contratos de trabajo, por medio de la acción colectiva, y con ello, para garantizar la negociación de los salarios y de las condiciones de trabajo, con un equilibrio aproximado (véase ya en IV.2.1).

⁴² BAG 10.6.1980, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Duodécimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 12.

⁴³ 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.

⁴⁴ BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimotercero; y Apéndice jurisprudencial, núm. 13.

⁴⁵ Véase BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Sexto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 6.

Finalmente, se encuentran afirmaciones de principio sobre el alcance y la legitimación del Derecho judicial (véase ya en III). Cuando, como en el caso presente, se trata de la situación de dos titulares del derecho fundamental ordenados de igual manera (sindicatos y asociaciones de empresarios), los tribunales, en caso de ayudas legales insuficientes, deben deducir el Derecho material de las bases jurídicas comunes, con los métodos reconocidos de interpretación jurídica que sean decisivos para la situación jurídica en cuestión. Según el Tribunal Federal Constitucional, esto también se aplica allí donde falta una regulación legal, pero parece necesaria por causa de un deber de protección constitucional. Sólo así, los tribunales podrían cumplir el deber que les impone el legislador de decidir materialmente todo litigio jurídico planteado ante ellos.

5.2. Dos ejemplos: huelga espontánea y huelga de advertencia

a) De las decisiones del Tribunal Federal de Trabajo sobre los diferentes campos temáticos de la lucha laboral, aquí se entresacan y documentan dos. Una, sobre la huelga espontánea («salvaje»), es un ejemplo ilustrativo del «sistema de lucha laboral de Nipperdey», el muy influyente primer Presidente de Tribunal Federal de Trabajo. La otra, sobre la denominada huelga de advertencia, muestra cómo este «sistema Nipperdey», que reducía muy fuertemente a los sindicatos en la función de ordenación, fue abierto paso a paso, de manera que el carácter de derecho de libertad colectiva del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, se manifiesta más claramente que en la jurisprudencia sobre lucha laboral de los años 50 y 60.

b) Según la decisión de diciembre 1963⁴⁶, las huelgas *espontáneas* —en la terminología de la Sentencia, las denominadas huelgas «salvajes»— son en principio inadmisibles jurídicamente. Esto es todavía hoy Derecho vigente, esto es, en Alemania, un sindicato no puede apoyar por medio de la lucha laboral a los trabajadores, en caso de una exteriorización espontánea de su descontento, sin arriesgarse a tener que hacer frente, en su caso, a pretensiones de indemnización de daños. La huelga no es, como en la mayoría de los demás países europeos, un derecho individual que se ejercita colectivamente. Su admisibilidad depende de si lo ejercita el sindicato. Se asigna a los sindicatos una función ordenadora, que puede conducirle a un papel difícil frente a los huelguistas, cuando cree justificado el conflicto.

Las asociaciones internacionales han criticado repetidamente los estrechos límites del Derecho alemán de lucha laboral, en comparación con otros países. Así, una limitación estricta del derecho de huelga en la conclusión de convenios colectivos, y con ello, la prohibición de paros laborales espontáneos, se considera una infracción del artículo 6, apartado 4, de la Carta Social Europea⁴⁷. En cuanto a otro campo temático, la Comisión de Expertos de la OIT critica la prohibición absoluta de la huelga respecto de los funcionarios de la Administración pública, por causa de la violación del Convenio núm. 87⁴⁸.

⁴⁶ BAG 20.12.1963, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimocuarto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 14.

⁴⁷ Comité de Ministros de 3.3.1998, Arbeit und Recht (AuR) 1998, 154.

⁴⁸ Comisión de Expertos de la OIT de 16.11.1963, AuR 1994, 34.

c) De gran importancia práctica es la última de las tres denominadas «*decisiones sobre huelga de advertencia*»⁴⁹. Las huelgas de advertencia son luchas laborales de duración breve, que tienen lugar tras el transcurso del deber de paz convencional (según el Derecho alemán de convenios colectivos, las partes convencionales no pueden llevar a cabo ninguna lucha laboral durante el período de vigencia del convenio colectivo), pero durante el curso de las negociaciones. Según la jurisprudencia, son admisibles. De conformidad con la decisión sobre huelga de advertencia del Tribunal Federal de Trabajo de junio 1988, tampoco es necesario un anuncio formal de tales acciones, que frustraría el momento sorpresa de la huelga de advertencia. El Tribunal, con razón, no atribuye una importancia tan extensa al principio desarrollado judicialmente, relativo a que las luchas laborales deban ser el «último medio» («ultima ratio») [ver en IV.5.1.a)]. Con ello, se tiene en cuenta la idea de que las partes de la lucha laboral (sindicatos) pueden, en principio, decidir ellas mismas sobre las estrategias que consideran convenientes en el marco del conflicto.

5.3. *Desarrollo ulterior de la jurisprudencia a través de la Sentencia sobre las denominadas huelgas de apoyo*

También la provisionalmente última Sentencia fundamental del Tribunal Federal de Trabajo sobre la lucha laboral, en el concreto asunto de la denominada «huelga de apoyo»⁵⁰, amplía en definitiva el campo de juego de la acción colectiva en el ámbito de la lucha laboral. Las huelgas de apoyo (huelgas de solidaridad) son luchas laborales que no se dirigen frente a la contraparte convencional, sino frente a un tercero. A través de la presión indirecta, se puede obligar a la propia contraparte convencional a ceder.

En esta decisión, el Tribunal Federal de Trabajo ha incluido, por principio, la huelga de apoyo dentro del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en relación con la jurisprudencia modificada del Tribunal Federal Constitucional sobre la denominada «teoría del ámbito nuclear»⁵¹, y a diferencia de su jurisprudencia previa. Al mismo tiempo, examina primeramente su admisibilidad, usando el baremo de la proporcionalidad, con los clásicos criterios de examen «adecuado, necesario y razonable». No obstante, el Tribunal deja claro que en el futuro, bajo el criterio de la proporcionalidad, no puede darse ningún control de las acciones de huelga ni un control de los objetivos de la huelga, dirigido al caso concreto. La Sala destaca, más bien, que las coaliciones tendrían un *derecho de valoración previa* en cuanto al medio de lucha⁵². En otro lugar, petrifica el que la ilicitud de las luchas laborales sólo entra en consideración cuando una huelga no es, *evidentemente*, ni necesaria ni adecuada⁵³. Además, respecto del examen de

⁴⁹ BAG 21.6.1988, AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimoquinto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 15.

⁵⁰ BAG 19.6.2007, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimosexto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 16.

⁵¹ BVerfG 14.11.1995, BVerfG 93, 352; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Sexto; y Apéndice jurisprudencial, núm. 6.

⁵² BAG 19.6.2007, en el lugar indicado, marginal 29.

⁵³ BAG 19.6.2007, en el lugar indicado, marginal 19, 20, 32.

la proporcionalidad en sentido estricto (razonabilidad), se refiere expresamente al artículo 6, apartado 4, de la Carta Social Europea, para justificar un «en la duda, a favor del derecho de huelga»⁵⁴.

6. Cogestión en el centro de trabajo

6.1. Extensión y límites

Sobre el ámbito temático de la cogestión en el centro de trabajo, con la Ley de Organización de la Empresa de 1972 (con modificaciones sobre todo en el año 2001), existe una base jurídica, detallada en más de 120 párrafos, que representa la legitimación para la actuación de los comités de empresa. No obstante, también aquí el alcance y los límites de las posibilidades de actuación de los comités de empresa son marcados ampliamente por la jurisprudencia (de los jueces supremos). Una vez más, se destaca (ver ya en IV.3.3) que la cogestión en el centro de trabajo constituye, junto a las actividades sindicales, el «segundo pilar» de la representación de los intereses de los trabajadores en Alemania. A la Ley de Organización de la Empresa sirve la idea, comúnmente formulada, de un discurso organizado entre el empresario y la representación de los intereses del centro de trabajo. Esta concepción se remonta al año 1920, al tiempo de la República de Weimar, y ha dado un gran resultado práctico con el correr de las décadas⁵⁵.

La decisión fundamental del Tribunal Federal de Trabajo de agosto 1982⁵⁶, se refiere a la cuestión de si el comité de empresa de unos grandes almacenes, en el marco de su derecho de cogestión sobre el comienzo y el final de la jornada de trabajo (párrafo 87, apartado 1, núm. 2, de la Ley de Organización de la Empresa), también puede cogestionar sobre los períodos de apertura comercial de los grandes almacenes. El Tribunal Federal de Trabajo contesta afirmativamente a esto, y subraya que tales repercusiones del derecho de cogestión en la libertad de decisión empresarial (artículo 12 de la Constitución Federal) son queridas por el legislador, y también, proporcionadas. La queja constitucional contra esta decisión no tuvo éxito⁵⁷.

6.2. Ejecución de la cogestión

En el último Auto reproducido aquí⁵⁸, se trata de la elemental cuestión de la eficacia de los derechos (ya en IV.4.2). También más allá del fundamento legal limitador del derecho (párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa), el comité de empresa puede defenderse por medio de una pretensión de cesación en un procedimiento interdictal rápido, cuando el empresario viola los derechos de cogestión. La

⁵⁴ BAG 19.6.2007, en el lugar indicado, marginal 24, 31.

⁵⁵ Más detalladamente, J. MARTÍNEZ GIRÓN/A. ARUFE VARELA, *Leyes Laborales Alemanas*, 2007, págs. 71 y ss., 179 y ss.; U. ZACHERT, *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, 1988, págs. 77 y ss.

⁵⁶ BAG 31.8.1982, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG Arbeitszeit; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimoséptimo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 17.

⁵⁷ BVerfG 18.12.1985, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

⁵⁸ BAG 3.5.1994, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 72; *infra*, Parte Tercera, Capítulo Decimotavo; y Apéndice jurisprudencial, núm. 18.

jurisprudencia cubre así una laguna de protección jurídica, y procura que los derechos de cogestión no queden sólo en el papel (*law in the books*), sino que puedan llevarse a la práctica (*law in action*)⁵⁹.

V. REFLEXIONES FINALES Y PERSPECTIVA

Las decisiones seleccionadas como «grandes casos del Derecho del Trabajo» justifican suficientemente la opinión manifestada al inicio, relativa a que el poder judicial de estructuración en el Derecho del Trabajo (análogamente en otros ámbitos jurídicos) es suficientemente amplio. 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 del Derecho positivo, y puso de relieve reiteradamente que las codificaciones europeo-continentalas eran superiores al «Common law» anglosajón⁶⁰.

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-continentalas marcadas por el Derecho romano, y las anglosajonas basadas en el «Common law»— se aproximasen progresivamente la una a la otra⁶¹. 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.

⁵⁹ Confirmado por BAG 23.7.1996, AP Nr. 68 zu § 87 BetrVG 1972.

⁶⁰ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980 (1921), pág. 502.

⁶¹ Fundamentalmente, M. REINHARDT, *Konsistente Jurisdiktion*, 1977.

PARTE SEGUNDA

PRECISIONES METODOLÓGICAS PARA EL ESTUDIO
COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DE
LOS GRANDES CASOS JUDICIALES LABORALES ALEMANES

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

1. Hemos manejado los dieciocho «grandes casos judiciales laborales alemanes», seleccionados por el Profesor ZACHERT —cuya lista consta presentada por él, en la Parte Primera de esta obra—, en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Hamburgo, a través de dos vías complementarias, sugeridas por el propio Profesor ZACHERT. En primer lugar, y en formato clásico, por medio del repertorio jurisprudencial *Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)*, popularmente citado por todos en Alemania con su abreviatura AP. En segundo lugar, y en formato electrónico, a través de la base de datos de pago www.juris.de¹. Lógicamente, con la finalidad de poder contar siempre, para traducir, con un texto alemán seguro; seguridad corroborada por el dato de que alguna errata formal —siempre contadísima— obrante en AP se reproduce, también, en la versión electrónica publicitada por «juris». Nuestro respeto por el texto original alemán de los dieciocho «grandes casos» creemos ha sido total, con una excepción. En AP, el texto de las decisiones judiciales carece de numeración marginal, mientras que el texto de «juris» sí la posee. Pues bien, optamos decididamente por incorporar números marginales —los números de «juris»— a nuestra traducción castellana de los dieciocho «grandes casos judiciales laborales alemanes», tras caer en la cuenta de que cualquier concreto texto de las decisiones judiciales alemanas —por causa de la peculiarísima estructura de las mismas, a considerar a continuación— resultaría siempre de más dificultosa localización y manejo, si no se apela a números marginales.

2. A un laboralista español, le llamará la atención la manera en que se estructura el generalmente muy denso contenido de las decisiones judiciales alemanas. Por poner sólo un ejemplo, baste indicar que el Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 marzo 2006 —sobre la capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos²— aparece formalmente dividido en dos grandes partes, encabezadas por las letras «A» y «B» (respectivamente relativas a «circunstancias [*Sachverhalt*]» y «por los motivos [*aus den Gründen*]», y por tanto, a hechos y a Derecho); a su vez, la parte «B» —sin duda, la de más interés iuscomparatista— aparece dividida en otras tres partes encabezadas por un número romano (por tanto, «I», «II» y «III»);

¹ Acerca de esta utilísima —y realmente fácil de manejar— base de datos, 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. 9.

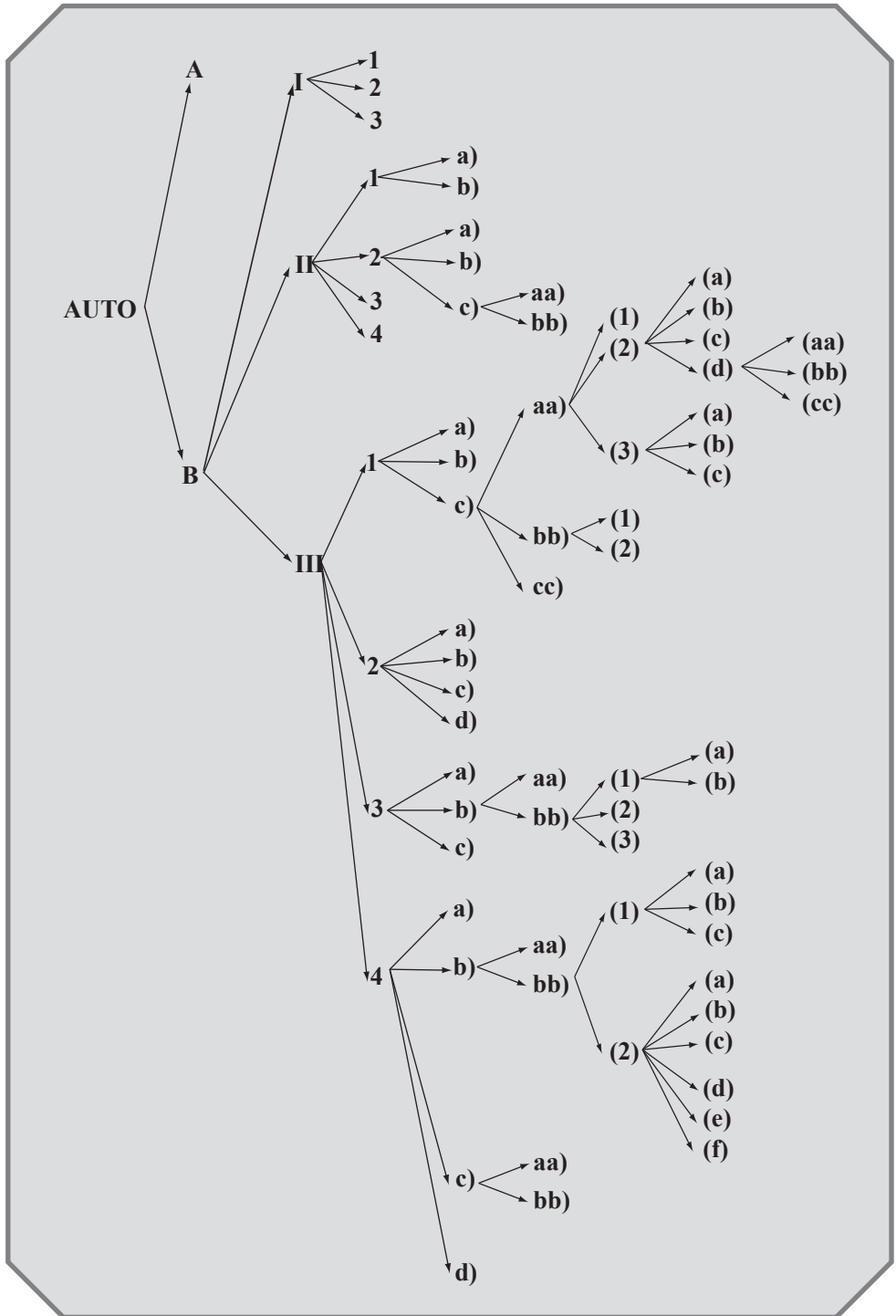
² *Infra*, Parte Tercera. Capítulo Quinto.

y a su vez, estas últimas aparecen divididas y subdivididas en múltiples porciones menores, bastando poner de relieve —para acreditar todas sus complejidades formales— que sólo la citada parte «III» de la gran parte «B» de este Auto aparece dividida en cuatro apartados encabezados por un número arábigo (por tanto, «1», «2», «3» y «4»), que el primero de estos cuatro números se subdivide en tres letras acompañadas de un medio paréntesis [por tanto, «a)», «b)» y «c)»], que la tercera de estas letras se subdivide, a su vez, en tres dobles letras acompañadas de un medio paréntesis [por tanto, «aa)», «bb)» y «cc)»], que la primera de estas tres letras duplicadas se subdivide ahora en tres números arábigos entre paréntesis [por tanto, (1), (2) y (3)], que el segundo de estos tres números vuelve a subdividirse, aunque parezca increíble, en cuatro letras entre paréntesis [por tanto, «(a)», «(b)», «(c)» y «(d)»], y en fin, que la última de estas cuatro letras se subdivide, a su vez, en tres dobles letras entre paréntesis [por tanto, «(aa)», «(bb)», y «(cc)»]. La base de datos «juris» contrapesa toda la chocante complejidad de este sistema de estructuración formal del Auto —al igual que en las demás decisiones judiciales cuyo texto publica—, asignando a todos y cada uno de los párrafos en que se distribuye el contenido de dicho Auto una numeración marginal arábigo corrida (desde 1 hasta 95, en este concreto caso), aun cuando el párrafo en cuestión tenga incluso poco más de una sola línea de texto³; criterio que hemos seguido sistemáticamente, al efecto de citar textos concretos de todas las decisiones judiciales alemanas que debíamos traducir, aun cuando estas últimas citen de otro modo [por ejemplo, el Auto en cuestión se aferra a otro más complicado, incluso a los efectos de cita de la jurisprudencia contenida en el propio Auto, como «(cfr., en relación con ello, B III 2 de los Motivos)»⁴ o «(más detalles, en B III 2 de los Motivos)»⁵]. En cualquier caso, siempre hemos manejado y tenido a la vista la estructura formal de todos y cada uno de los dieciocho «grandes casos» sobre los que trabajábamos. En el caso del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de que venimos hablando, dicha estructura —que tuvimos que componernos en versión manuscrita— era la siguiente:

³ Por ejemplo, los marginales 21, 25 ó 38. Como comprobará el lector, si es que ojea el «Apéndice jurisprudencial» final, puede haber incluso marginales sin línea, como ocurre, por ejemplo, en el caso decidido por el Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 25 febrero 1985 (núm. 4).

⁴ Cfr. marginal 24.

⁵ Cfr. marginal 30.



3. Lógicamente, este esqueleto primordial va recubierto de texto, abundantemente aderezado —pero sin que dé ninguna impresión de que los jueces alemanes cortan y pegan escritos ajenos— no sólo con las fuentes que usualmente aparecen citadas en las resoluciones judiciales españolas, sino también con otro tipo de fuentes distintas. Estas otras fuentes jurídicas que los jueces españoles no citan —salvo, excepcionalmente, en globo⁶— son las doctrinales (estos «grandes casos» emplean, para referirse a la doctrina científica, los sustantivos «*Literatur*»⁷, «*Schrifttum*»⁸ o «*Autoren*»⁹), que los jueces alemanes mencionan con nombres propios, títulos, año de publicación, páginas, etc., citándolas al modo tan típicamente alemán de citar, que nosotros hemos respetado fielmente, con tres salvedades pequeñas (poner en mayúsculas los nombres de los autores, en cursiva los libros y revistas, y entrecomillados los trabajos publicados en estas últimas), de manera que en la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 junio 1980¹⁰, sobre el cierre patronal —donde aparecen mencionados hasta sesenta y seis autores distintos, incluso alguno no alemán—, por ejemplo, hemos dado al marginal 60 del original alemán [«Demgegenüber vertreten einige Autoren, die den Gewerkschaften nahestehen, den entgegengesetzten Standpunkt. Nach ihnen erfordert die Zulässigkeit der Aussperrung den Nachweis, daß dieses Kampfmittel zur Herstellung der Parität erforderlich sei (vgl. Föhr, DB 1979, 1698 (1699) und Zachert/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 128)»] la siguiente versión castellana: «Por el contrario, algunos autores próximos a los sindicatos sostienen la opinión contraria a las leyes. Según ellos, la admisibilidad del cierre patronal exige la prueba de que este medio de lucha es necesario para la construcción de la paridad (cfr. FÖHR, DB 1979, 1698 [1699] y ZACHERT/METZKE/HAMER, *Die Aussperrung*, 1978, pág. 128)»¹¹. En cuanto a las fuentes jurídicas directas, también queremos hacer constar las siguientes advertencias.

Ante todo, la de que hemos desarrollado sistemáticamente las múltiples abreviaturas de leyes laborales alemanas que estos «grandes casos» utilizan, de manera que en esta misma Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, por ejemplo, al marginal 43 original del alemán [«Hingegen ist in verschiedenen arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzen des Bundes ganz allgemein vom “Arbeitskampf” oder von “Arbeitskämpfen” die Rede (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 25 KSchG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 66 Abs. 2

⁶ Sobre el tema, M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Civitas (Madrid, 2002), pág. 28, nota 19, escribió en su día, con toda su autoridad, lo siguiente: «En realidad la ignorancia mutua es fingida; pero los serios de ambos gremios la mantendrán, y harán bien, mientras por ambos no se abandone el silencio, y pasen a citarse nominativamente —la cita impersonal, la *jurisprudencia* es muy frecuente en la doctrina; la *doctrina* siempre impersonal en la jurisprudencia lo es mucho menos— en sus sentencias los unos, en sus libros los otros. Entre tanto son el Juez y el Magistrado los que en general se condenan a ser desconocidos *qua* juristas». Nuestra opinión, en J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 9.

⁷ Por ejemplo, en el marginal 22, inciso primero, del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 14 noviembre 1995 (*infra*, Apéndice jurisprudencial, núm. 6).

⁸ Por ejemplo, en los marginales 8, 28 y 55 del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 19 octubre 1993 (*infra*, Apéndice jurisprudencial, núm. 1).

⁹ Por ejemplo, en el marginal 34, inciso segundo, de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 28 febrero 2006 (*infra*, Apéndice jurisprudencial, núm. 7).

¹⁰ Cfr. *infra*, Apéndice jurisprudencial, núm. 12.

¹¹ Incisos quinto y sexto.

BPersVG, § 116 AFG und § 11 Abs. 5 AÜG). In § 18 Abs. 7 SchwbG werden sogar der Streik und die Aussperrung nebeneinander genannt») hemos dado la siguiente versión castellana: «En cambio, en diferentes leyes de carácter laboral y de seguridad social de la Federación, se habla en general de “lucha laboral” o de “luchas laborales” (parágrafo 2, apartado 1, núm. 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo; parágrafo 25 de la Ley de Protección contra el Despido; parágrafo 74, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa; parágrafo 66, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación; parágrafo 116 de la Ley de Promoción del Trabajo; y parágrafo 11, apartado 5, de la Ley para la Regulación de la Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales). En el parágrafo 18, apartado 7, de la Ley para el Aseguramiento de la Integración de los Grandes Discapacitados en el Trabajo, el Oficio y la Comunidad, la huelga y el cierre patronal se mencionan incluso juntos»¹².

Además, la de que hemos respetado —sin traducir nada, porque no lo considerábamos necesario— la forma en que estos «grandes casos» citan la jurisprudencia, de manera que —siempre en la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, que venimos mencionando— a los marginales 18 y 82 del original alemán [«Im Interesse einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens hat der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtssetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einheiten des Arbeitsvertrages grundsätzlich den Koalitionen überlassen (BVerfGE 34, 307 (316 f.) = AP Nr. 7 zu § 19 HAG (B II 4 b); BVerfGE 44, 322 (340) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG (zu B II 1 b); BVerfGE 50, 290 (367) = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (C IV 1) jeweils m.w.N.)»; y «Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verlieren alle Arbeitnehmer, die als Folge eines Teilstreiks nicht beschäftigt werden können —sei es aus technischen Gründen oder aus wirtschaftlichen Gründen— ihre Beschäftigung— und Lohnansprüche (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG 23, 512 (517 f.) = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 25, 28 = AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko und zuletzt AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; grundlegend schon RGZ 106, 272)»] les hemos asignado la siguiente versión castellana: «En interés de una ordenación práctica de la vida laboral, el Estado ha retirado ampliamente su competencia de regulación y, por principio, ha cedido a las coaliciones la determinación de los pormenores del contrato de trabajo necesitados de regulación (BVerfGE 34, 307 [316 y ss.] = AP Nr. 7 zu §19 HAG [B II 4 b]; BVerfGE 44, 322 [340] = AP Nr. 15 zu §5 TVG [en B II 1 b]; BVerfGE 50, 290 [367] = AP Nr. 1 zu §1 MitbestG [C IV 1], con las correspondientes justificaciones adicionales»¹³; y «Según jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo, todos los trabajadores que, como consecuencia de una huelga parcial, no podrían ser ocupados —sea por motivos técnicos o por motivos económicos— pierden sus derechos a la ocupación y al salario (cfr. BAG AP Nr. 4 zu §615 BGB Betriebsrisiko; BAG 23, 512 [517 y ss.] = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 25, 28 = AP Nr. 29 zu §615 BGB Betriebsrisiko, y últimamente, AP Nr. 30 zu §615

¹² Incisos primero y segundo.

¹³ Inciso primero.

BGB Betriebsrisiko, también prevista para la reproducción en el repertorio oficial del Tribunal; fundamental, RGZ 106, 272)»¹⁴.

4. Ya en el terreno de la traducción pura y dura, confesamos que nuestra traducción ha sido a veces conservadora —nunca metálica— y que otras, en cambio, ha sido más arriesgada o, si se quiere, artística. En el terreno de la terminología procesal, este último ha sido el caso, por ejemplo, de los tecnicismos «*Beschluß*» o «*Revision*», que hemos traducido sistemáticamente —reafirmandonos en traducciones alemanas nuestras, realizadas con anterioridad¹⁵— como «Auto» y «casación», respectivamente; y en el plano de la terminología sustantiva, por ejemplo, ha sido el caso de la palabra «*Maßstab*» —frecuentísimamente utilizada en estos «grandes casos», para aludir a los preceptos de la Constitución Federal, y que tanto nos dio que pensar—, que hemos traducido sistemáticamente por «baremo» (el traductor metálico hablaría, en cambio, de «vara de medir»). Hemos sido conservadores y liberales, por ejemplo, en la traducción de la palabra «*Koalition*» y sus derivados, que hemos traducido a veces por «coalición», aunque en la hipótesis de «*Koalitionsfreiheit*» optamos resueltamente por hablar de «libertad sindical». En el caso de «*Kampf*», optamos por no ser liberales en absoluto, aun cuando la traducción literal de dicha palabra al castellano sonase rara. Nos animaba a actuar así el *dictum* de uno de los dieciocho «grandes casos», literalmente relativo a todo lo siguiente: «El uso común de la lengua puede provocar fácilmente una idea errónea sobre la función de las medidas de lucha [*Kampfmaßnahmen*] de ambas partes. Con frecuencia, se habla de armas de ataque y de defensa, de ataque y de contraataque. Esto da la impresión, en cuanto a los objetivos, de que la huelga sólo va en una dirección, y que el cierre patronal defensivo va sólo en otra dirección. En verdad, tanto la huelga como el cierre patronal son armas absolutamente de doble filo. Ciertamente, el paro colectivo de trabajo priva a los empresarios de la fuerza de trabajo necesaria, pero simultáneamente suspende el derecho al salario, y con ello, priva a los trabajadores transitoriamente de su base de sustento. El cierre patronal suspensivo de defensa, ampliatorio del marco personal de la lucha [*den personellen Kampfrahmen*], tiene exactamente las mismas consecuencias jurídicas ambivalentes. La única diferencia de los dos medios de lucha [*Kampfmittel*] se da en que el sindicato, en caso de huelga ofensiva, se aprovecha de la ventaja táctica de poder decidir el comienzo de la huelga y el marco de la huelga»¹⁶.

5. En fin, acompañamos nuestra traducción de los dieciocho «grandes casos» —que obra en el «Apéndice jurisprudencial» final— de sus correspondientes dieciocho Capítulos contextualizadores —concebidos pensando en el lector español—, insertados en la Parte Tercera, cada uno de los cuales posee una idéntica estructura interna. Esta peculiar estructura está montada sobre la base de tres elementos. El primero, un estudio aproximativo (en el sentido de aproximación formal) al «gran caso» alemán de que se tratase (indicando siempre por qué vía procesal accedió el asunto al

¹⁴ Inciso segundo. Téngase en cuenta que «RGZ» es una abreviatura que hace referencia a la colección de las decisiones del antiguo Tribunal del *Reich* en asuntos civiles.

¹⁵ Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 y ss.

¹⁶ Marginal 68 de la citada Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 junio 1980.

Tribunal Federal Constitucional o al Tribunal Federal de Trabajo, cuál es la estructura del concreto Auto o Sentencia en cuestión, cuáles fueron los hechos enjuiciados, etc.). El segundo, de carácter descriptivo, trata siempre de la médula jurídica del «gran caso», en el que lógicamente quien habla es el gran Tribunal que lo dictó. Y el tercero, que pretendíamos que fuese rigurosamente creativo, orientado a buscar equivalentes en el Derecho español del Trabajo de todos y cada uno de los dieciocho «grandes casos», con el resultado siguiente: 1) en siete, hemos hallado un equivalente español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que encajamos en el apartado III de los Capítulos Sexto («El contenido de la libertad sindical protegido por la Constitución. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 14 de noviembre de 1995») ¹⁷, Noveno («La defensa del convenio colectivo frente a fenómenos de negociación empresarial seriada o en masa de las condiciones de trabajo. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de abril de 1999») ¹⁸, Décimo («La declaración de eficacia general del convenio colectivo. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 24 de mayo de 1977») ¹⁹, Undécimo («La constitucionalidad de las declaraciones de fidelidad convencional. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 11 de julio de 2006») ²⁰, Decimoquinto («La huelga de advertencia. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 de junio de 1988») ²¹, Decimosexto («La huelga de apoyo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 19 de junio de 2007») ²² y Decimoctavo («La protección procesal adicional de los derechos de gestión del comité de empresa. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 3 de mayo de 1994») ²³; 2) en cuatro, consideramos equivalentes otros tantos casos de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, encajados asimismo en el apartado III de los Capítulos Segundo («La sanación del contrato de trabajo parcialmente nulo, por aplicación del régimen jurídico regulador de las condiciones generales de la contratación. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 23 de noviembre de 2006») ²⁴, Tercero («La constitucionalidad de la exclusión de las empresas pequeñas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 27 de enero de 1998») ²⁵, Duodécimo («El cierre patronal suspensivo de defensa en la jurisprudencia laboral ordinaria. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 de junio de 1980») ²⁶ y Decimoseptimo («La impugnación del laudo del órgano de arbitraje sobre derechos de gestión del comité de empresa. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 31 de agosto de 1982») ²⁷; 3) en

¹⁷ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/1986, de 31 marzo.

¹⁸ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1992, de 1 julio.

¹⁹ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 86/1991, de 25 abril.

²⁰ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 68/1992, de 30 abril.

²¹ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/1986, de 30 enero.

²² Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 abril.

²³ Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 92/1988, de 23 mayo.

²⁴ Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 octubre 1989.

²⁵ Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 junio 1992.

²⁶ Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 marzo 2000.

²⁷ Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 febrero 2007.

uno, creímos que no cabía más remedio que apelar en bloque a la jurisprudencia española constitucional ordinaria, que es la hipótesis del Apartado III del Capítulo Decimocuarto («La huelga salvaje. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de diciembre de 1963»); 4) en dos, consideramos que la equivalencia tenía que ser necesariamente legal y contenida, además, en nuestra Ley Orgánica de Libertad Sindical, que es justamente el supuesto estudiado en los Capítulos Quinto («La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006») y Séptimo («El régimen jurídico aplicable al derecho de acceso al centro de trabajo por mandatario sindical ajeno al propio centro de trabajo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de febrero de 2006»); y 5) en los cuatro supuestos restantes, creímos honestamente que sólo cabía hablar de falta de equivalencia legal y jurisprudencial con lo que ocurre en España, según justificamos en los Capítulos Primero («El control de contenido de los contratos privados por los tribunales ordinarios, en cuanto que elemento eventualmente corrector de la posición de inferioridad de una de las partes del contrato. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 19 de octubre de 1993»), Cuarto («La readmisión del trabajador despedido durante la tramitación del proceso de despido. A propósito del Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 25 de febrero de 1985»), Octavo («La licitud de la huelga orientada a la estipulación de un convenio colectivo de asociación empresarial, relativo sólo a concretas empresas asociadas inmersas en fenómenos de deslocalización. A propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 24 de abril de 2007») y Decimotercero («La constitucionalidad de la jurisprudencia laboral ordinaria sobre el cierre patronal defensivo. A propósito del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 26 de junio de 1991»).

PARTE TERCERA

ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL
DE LOS GRANDES CASOS JUDICIALES
LABORALES ALEMANES

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón
Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTROL DE CONTENIDO DE LOS CONTRATOS PRIVADOS POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS, EN CUANTO QUE ELEMENTO EVENTUALMENTE CORRECTOR DE LA POSICIÓN DE INFERIORIDAD DE UNA DE LAS PARTES DEL CONTRATO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE OCTUBRE DE 1993

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 19 DE OCTUBRE DE 1993

1. Sobre la base de que esta decisión —verdadero hito del Derecho judicial alemán de contratos¹— se refiere a lo que la Constitución Federal alemana denomina «quejas constitucionales [*Verfassungsbeschwerden*]»²—equivalentes a los recursos de amparo de que conoce nuestro Tribunal Constitucional—, la explicación de por qué se trata precisamente de un «Auto» de la «Sala 1» del «Tribunal Federal Constitucional» se encuentra, lógicamente, en la Ley reguladora de este último Tribunal (la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, BVerfGG) de 1951. Pues bien, adopta la forma de «Auto» por haberse enjuiciado el asunto por el Tribunal Federal Constitucional sin necesidad de juicio oral, pues —según dicha Ley— «la decisión [*Entscheidung*] basada en juicio oral se dicta como Sentencia [*Urteil*], y la decisión sin juicio oral como Auto [*Beschluß*]»³. Y se trata de un «Auto» de su Sala 1, además, porque —siempre según la misma Ley— «la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional es competente en relación con ... las quejas constitucionales, con excepción de las quejas constitucionales a que se refiere el parágrafo 91 y de las quejas constitucionales en el ámbito del Derecho electoral»⁴, lo que aquí no era en absoluto el caso.

¹ Su referencia es 1 BvR 567, 1044/89.

² Cfr. artículo 93, apartado 1, núm. 4b.

³ Parágrafo 25, apartado 2.

⁴ Parágrafo 14, apartado 1.

2. Al igual que ocurre en la hipótesis del recurso de amparo español, la Ley alemana del Tribunal Federal Constitucional afirma que «la queja constitucional sólo puede ser planteada tras el agotamiento del contencioso ordinario [*nach Erschöpfung des Rechtswegs*]»⁵. Y aquí el contencioso agotado había sido el contencioso civil ordinario —no el contencioso laboral—, que aparece regulado en la Ley de Organización de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz* o, en abreviatura, GVG) de 1950, a cuyo tenor «corresponden a los tribunales ordinarios todos los litigios jurídico-civiles y asuntos penales»⁶, teniendo en cuenta que esta «jurisdicción contenciosa ordinaria se ejerce por medio de los Tribunales de distrito [*Amtsgerichte*], de los Tribunales de primera instancia [*Landgerichte*], de los Tribunales Superiores de Estado federado [*Oberlandesgerichte*], y por el Tribunal Federal Supremo [*Bundesgerichtshof*]»⁷. Más en concreto, lo agotado aquí habían sido dos contenciosos civiles ordinarios —que el Tribunal Federal Constitucional procedió a acumular—, en los que las Sentencias vértice recurridas habían sido una del Tribunal Federal Supremo, de fecha 16 marzo 1989, y otra del Tribunal Superior hanseático de Estado federado de Hamburgo, de fecha 30 junio 1989, afirmando genéricamente el Tribunal Federal Constitucional respecto de ellas que «ambas quejas constitucionales se dirigen contra sentencias sobre pago de la jurisdicción civil»⁸.

3. Lógicamente, el hecho de que resuelva dos quejas constitucionales distintas, acumulándolas, condiciona radicalmente la estructura formal interna del propio Auto. Tras su fallo —colocado al comienzo de la decisión, como es usual en Alemania, y que se pronuncia separadamente sobre ambas quejas—, el Tribunal Federal Constitucional coloca los «Motivos [*Gründe*]» o fundamentación del mismo, agrupándolos en tres grandes partes encabezadas por las letras mayúsculas «A», «B» y «C», en las que procura darse en la medida de lo posible un tratamiento diferenciado a los dos asuntos distintos —por lo demás, de una analogía extrema— que habían sido procesalmente acumulados. La parte «A» se articula alrededor de tres núcleos temáticos, incluso desde un punto de vista formal (aparecen encabezados por los ordinales romanos «I», «II» y «III»), a saber: 1) la descripción del *thema decidendi*, relativo a préstamos bancarios cuya concesión se subordinaba por el banco a la estipulación de un «contrato de garantía [*Bürgschaftsvertrag*]» entre un familiar del prestatario y el propio banco, afirmando el Tribunal Federal Constitucional que «desde hace unos diez años, los tribunales civiles se ocupan crecientemente de casos en los que adultos jóvenes caen en un desesperado endeudamiento excesivo, porque se habían hecho garantes de créditos bancarios elevados de sus cónyuges o de sus padres, aunque sólo disponían de ingresos de poca importancia»⁹; 2) la concreción —por separado— de los hechos que sustentaban las dos quejas constitucionales acumuladas, una relativa a la ejecución por una caja de ahorros municipal de la garantía suscrita por la hija de

⁵ Cfr. párrafo 90, apartado 2, inciso primero.

⁶ Párrafo 13.

⁷ Párrafo 12.

⁸ Marginal 47, inciso primero.

⁹ Marginal 4.

un empresario solicitante de un préstamo («como la caja de ahorros municipal exigía una garantía, firmó con la recurrente en queja, de por aquel entonces 21 años de edad ..., un documento normalizado de garantía»¹⁰, teniendo en cuenta que «no tenía formación profesional alguna» y que «estaba fundamentalmente desempleada»¹¹), y la otra a la ejecución por un banco del aval suscrito por la cónyuge del prestatario («en el momento de la declaración de garantía, no tenía ingresos ni bienes», y «cuidaba como ama de casa de sus dos hijos, nacidos en 1971 y 1978», ocurriendo que «su marido se demoró en el pago de intereses»)¹²; y 3) los informes evacuados al respecto —al amparo de lo dispuesto en el parágrafo 94 de la Ley del Tribunal Federal Constitucional— por el Ministerio Federal de Justicia¹³, la Asociación profesional de banca¹⁴, la Asociación federal de bancos alemanes¹⁵, la Asociación alemana de cajas de ahorro y de cambio¹⁶, la comunidad laboral de asociaciones de consumidores¹⁷, y por último, por la caja de ahorros municipal citada¹⁸. Mucho más breve es, en cambio, la parte «B» del Auto, en la que se declaran procesalmente admisibles —por separado— las dos quejas constitucionales acumuladas¹⁹. En fin, la parte «C» —sin duda, el verdadero núcleo jurídico sustantivo del propio Auto, a ver seguidamente— comienza afirmando que «supuesto que la queja constitucional de la recurrente en queja número 1) [esto es, la hija avalista de su padre] es admisible, también tiene éxito», pero que «en cambio, no está fundada la queja constitucional de la recurrente en queja número 2) [esto es, la esposa avalista de su marido prestatario]»²⁰.

II. EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, PARÁGRAFOS 138 Y 242, FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONTENIDO (*INHALTSKONTROLLE*) DE LOS CONTRATOS PRIVADOS POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

4. En esta parte «C» del Auto, el Tribunal Federal Constitucional actúa casi silogísticamente, partiendo de los preceptos jurídicos —muy genéricos— que consideraba aplicables al caso. Por un lado, el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal —precepto constitucional alegado por ambas recurrentes, al efecto de fundamentar sus pretensiones, y que el Tribunal Federal Constitucional considera precepto protector de la «autonomía privada [*Privatautonomie*]—, a cuyo tenor «cualquiera tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, supuesto que no viole los derechos de

¹⁰ Marginal 11.

¹¹ Cfr. marginal 14.

¹² Cfr. marginal 23.

¹³ Cfr. marginales 27 a 31.

¹⁴ Cfr. marginal 32.

¹⁵ Cfr. marginales 33 a 37.

¹⁶ Cfr. marginal 38.

¹⁷ Cfr. marginales 39 a 43.

¹⁸ Cfr. marginal 44.

¹⁹ Cfr. marginal 45.

²⁰ Marginal 46.

otro y no incumpla el ordenamiento constitucional o la ley moral». Por otro lado, dos preceptos del Código Civil alemán, genéricamente denominados en el Auto «cláusulas generales jurídico-civiles [*zivilrechtlicher Generalklauseln*]; y más en concreto, sus párrafos 138 y 242. Según el primero de estos preceptos (rotulado «Negocio jurídico contrario a la moral; usura [*Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*]), «un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo»²¹, y además, «es en especial nulo un negocio jurídico por el que alguien, aprovechándose de la posición de fuerza, de la inexperiencia, de la falta de capacidad de raciocinio o de debilidades importantes de la voluntad, permite otorgar o prometer, para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que sean notoriamente desproporcionadas en relación con la prestación»²². Por su parte, de acuerdo con el segundo (rotulado «Prestación según la buena fe y la confianza [*Leistung nach Treu und Glauben*]), «el deudor está obligado a realizar la prestación de la manera exigida por la buena fe y confianza, teniendo en cuenta el uso comercial».

5. Sobre esta base jurídica, las afirmaciones clave del Auto son las siguientes. En primer lugar, que «dado que todos los participantes en el tráfico jurídico-civil gozan de la protección del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal y pueden remitirse en igual medida a la garantía constitucional de su autonomía privada, no puede regir sólo el derecho del más fuerte»²³. En segundo lugar, que «si una de las partes del contrato tiene una preponderancia tan fuerte que puede determinar fácticamente de modo unilateral el contenido del contrato, entonces esto crea una disposición ajena [*Fremdbestimmung*] para la otra parte del contrato»²⁴. En tercer lugar, que «si las consecuencias del contrato para la parte contractual inferior [*für den unterlegenen Vertragsteil*] son inusualmente gravosas, entonces el ordenamiento jurídico civil deberá reaccionar a continuación y posibilitar correcciones»²⁵, teniendo en cuenta que «en este contexto, las cláusulas generales del Código Civil tienen un significado central»²⁶, y especialmente el párrafo 242, pues «la ciencia del Derecho Civil es concorde en el resultado de que el principio de la buena fe y confianza ... fundamenta la autorización para un control judicial de contenido del contrato [*zu einer richterlichen Inhaltskontrolle*]]»²⁷. Por último, que «para los tribunales civiles, en caso de interpretación y aplicación de las cláusulas generales, se deriva de ello, en consecuencia, el deber de tener en cuenta que los contratos no sirven como medio para la disposición ajena»²⁸, de manera que «si las partes del contrato han acordado una regulación en realidad admisible, entonces sobrarán ordinariamente un control posterior de contenido»²⁹, pero que «si el contenido del contrato es inusualmente gravoso para una parte y evidentemente

²¹ Apartado 1.

²² Apartado 2.

²³ Marginal 53, inciso tercero.

²⁴ Marginal 54, inciso tercero.

²⁵ Marginal 54, inciso sexto.

²⁶ Marginal 55, inciso cuarto.

²⁷ *Ibidem*, inciso décimo.

²⁸ Marginal 56, inciso primero.

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

inadecuado como compensación de intereses, entonces ... los tribunales ... deben declarar si la regulación es la consecuencia de una fortaleza negociadora estructural desigual, y dado el caso, intervenir corrigiendo en el marco de las cláusulas generales del Derecho Civil vigente»³⁰.

6. Pues bien, aplicando estas premisas jurídicas —que suponían una relectura constitucional del Código Civil alemán, dado que «los autores del Código Civil ... partían de un modelo de participantes formalmente iguales [*formal gleicher*] en el tráfico jurídico privado»³¹—, el Auto del Tribunal Federal Constitucional concluyó valorando el «control de contenido» del contrato efectuado por las Sentencias civiles ante él recurridas, aunque advirtiendo acerca de sus limitaciones para entrar a conocer del fondo del asunto («cómo tienen que proceder en ese caso y qué resultado deben lograr, es una cuestión de Derecho ordinario a la que la Constitución deja un amplio espacio de juego») ³². Y su conclusión fue, respecto de la recurrente en queja número 1) (recuérdese, la hija garante de su padre), que debía prosperar su recurso, pues «la declaración de garantía controvertida fue valorada como si se hubiese celebrado un contrato normal con intereses recíprocos y riesgos asumibles»³³, aduciéndose sólo (y «eso no es suficiente») ³⁴ que «era mayor de edad y ha debido cerciorarse por sí misma de los riesgos existentes»³⁵. En cambio, respecto de la recurrente en queja número 2) (recuérdese, la esposa garante de su marido), concluyó que nada podía objetarse al «control de contenido» realizado, fundamentalmente porque en este otro caso la Sentencias civiles recurridas han «tratado detalladamente las cláusulas generales de los párrafos 138 y 242 del Código Civil»³⁶, no resultaba «evidente»³⁷ que hubiesen «subestimado la garantía constitucional de la autonomía privada»³⁸, y por último, porque «han rechazado declarar nulo el contrato de garantía sólo por causa de que la recurrente en queja no dispone de ingresos o patrimonio propios»³⁹.

III. LOS PORQUÉS DE LA FALTA DE EXISTENCIA, EN ESPAÑA, DE UN CASO EQUIVALENTE AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 19 OCTUBRE 1993

7. Lógicamente, la búsqueda —por un laboralista, como es mi caso— de un equivalente español de este Auto alemán pasa por reconocer que esta resolución del

³⁰ *Ibidem*, incisos tercero y cuarto.

³¹ Marginal 55, inciso segundo.

³² Marginal 56, inciso quinto.

³³ Marginal 57, inciso segundo.

³⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁶ Marginal 61, inciso primero.

³⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, inciso tercero.

Tribunal Federal Constitucional interesa frontalmente al Derecho alemán del Trabajo. Se trata de un interés basado en el dato —siempre en Alemania— de que el Derecho del Trabajo es materialmente hablando verdadero Derecho Civil, por causa de que allí el contrato de trabajo siempre estuvo regulado en el Código Civil, y todavía continúa estándolo⁴⁰. Por eso, aunque el Auto alemán se refiera a contratos bancarios, su consagración de la jurisprudencia civil sobre el «control de contenido» de los contratos privados por los jueces resulta aplicable, sin ningún género de dudas, también al contrato de trabajo. Lo avisa el Auto de dos modos: implícitamente, al afirmar que lo que fallaba se refería a «todos los ámbitos del Derecho»⁴¹ (evidentemente, del Derecho de contratos); y explícitamente, al citar doctrina científica jurídico-laboral (literamente, «*im Arbeitsrecht*») para justificar sus afirmaciones de que «la compensación de la paridad contractual perturbada forma parte de las tareas principales del Derecho Civil vigente»⁴², y también, de que «la ciencia del Derecho Civil ... fundamenta la autorización para un control judicial de contenido del contrato»⁴³. Sobre esta base, es claro —luego se verá, a propósito de otro gran caso laboral alemán⁴⁴— que si el empresario abusa contractualmente de su posición de superioridad sobre el trabajador, entonces —como afirma el Auto— los tribunales laborales alemanes deberán aplicar dicha doctrina civil sobre el «control de contenido», en este caso del contrato de trabajo, utilizando las «cláusulas generales» de los parágrafos 138 y 242 del Código Civil.

8. En España, en cambio, el Derecho del Trabajo es un compartimento virtualmente estanco respecto del Derecho Civil, hasta el punto incluso de que un laboralista español que tuviese que echar mano del concepto jurídico abstracto «buena fe» no acudiría, en principio, a los correspondientes preceptos del Código Civil español, sino a los preceptos específicos del Estatuto de los Trabajadores que la mencionan a los más diversos efectos, tanto del Derecho individual como del Derecho colectivo del Trabajo⁴⁵. El propio Estatuto de los Trabajadores regula, además, cómo deben efectuar los tribunales laborales españoles el «control de contenido» —evidentemente, sin utilizar esta expresión— del contrato de trabajo, haya abusado o no el empresario de su posición de superioridad sobre el trabajador afectado. Se trata de un tema reglado en su artículo 9 (rotulado «Validez del contrato»), que procede a regular la sanación automática del contrato de trabajo parcialmente nulo («si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del

⁴⁰ También marginalmente en la Ordenanza Industrial (*Gewerbeordnung*) de 1869, aunque sólo desde el punto de vista del empresario. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 10 y 11.

⁴¹ Marginal 48, inciso primero.

⁴² Cfr. marginal 55.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Infra*, Capítulo Segundo.

⁴⁵ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 267 y ss. De todas formas, nuestro Tribunal Constitucional suele apelar al artículo 7.1 del Código Civil, en cuanto que precepto de alcance transversal, al efecto de limitar el ejercicio abusivo de los derechos constitucionales fundamentales del trabajador (*ibidem*, pág. 268).

artículo 3 de esta Ley»⁴⁶, la eventual sanación no automática de un contrato de trabajo parcialmente nulo («si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones»)⁴⁷ y, por último, la resulta crucial para el trabajador derivada de la nulidad total de su contrato de trabajo («en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido»)⁴⁸.

9. Para un laboralista español es claro, en fin, que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo fue la verdadera causante de la separación neta que existe hoy en España, material y procesalmente hablando, entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo. En efecto, fue totalmente incapaz de hacer justicia a los obreros cuando tuvo que aplicarles en su día el Código Civil español de 1889, bastando indicar —para probarlo— que nuestra Ley de Accidentes de Trabajo de 30 enero 1900, cuya promulgación se considera convencionalmente como el origen del Derecho español del Trabajo, fue la reacción legislativa frente a una injusta jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de los años 1897 y 1898, que aplicaba ciegamente a los obreros accidentados los preceptos sobre responsabilidad aquiliana de nuestro Código Civil, por aquel entonces casi recién promulgado, renunciando a superar la desigualdad real entre obreros y empresarios de la época, que el propio Código Civil consagraba (calificando como «amo» al empresario, imponiendo la presunción de credibilidad del empresario en caso de pleito, sancionando la nulidad del contrato de trabajo por tiempo indefinido, etc.)⁴⁹. De ahí, hace ya más de tres cuartos de siglo, que los primeros expositores de nuestra disciplina justificasen la emancipación de nuestra disciplina respecto de su madre jurídico-civil, afirmando —frente a la consideración abstracta del trabajador por el Derecho Civil—, por ejemplo, que el «Derecho del Trabajo lo considera, por el contrario, tal como es: rodeado de infinitas limitaciones, nacidas de su condición económica inferior que le hacen acreedor a una protección especial, a fin de colocarle con respecto al patrono en condiciones de verdadera igualdad»⁵⁰; o también, que el Derecho del Trabajo es «un Derecho tutelar» del obrero⁵¹; o en fin, que «aparece una legislación, la de trabajo, eminentemente desigual, porque se propone compensar con una superioridad jurídica la inferioridad económica del obrero»⁵².

⁴⁶ Apartado 1, párrafo primero.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo segundo.

⁴⁸ Apartado 2.

⁴⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 16 y 17.

⁵⁰ Véase J. DE HINOJOSA FERRER, *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado (Madrid, 1933), pág. 8.

⁵¹ Véase C. GARCÍA OVIEDO, «Consideraciones jurídicas acerca del Derecho del Trabajo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 164-1 (1934), pág. 16.

⁵² Véase A. GALLART FOLCH, *Derecho español del Trabajo*, Labor (Barcelona, 1936), pág. 16.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SANACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO PARCIALMENTE NULO, POR APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO REGULADOR DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2006

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2006

1. Según la Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o BVerfGG) de 1951, la tramitación de la «queja constitucional [*Verfassungsbeschwerde*]» —del todo equivalente a nuestro recurso de amparo—, tras el agotamiento del contencioso judicial ordinario, exige cumplimentar un trámite que no se denomina de «admisión [*Zulassung*]» —como ocurre en la jurisdicción ordinaria—, sino de «aceptación [*Annahme*]»¹. Desde el punto de vista orgánico —sobre la base de que en el Tribunal Federal Constitucional «las Salas [*Senate*] designan mientras dura el año judicial diversas secciones [*Kammern*]»², y de que «cada sección se compone de tres jueces»³—, este trámite se caracteriza por el hecho de que lo resuelven precisamente las diversas secciones de que se compone cada una de las dos Salas del propio Tribunal, teniendo en cuenta: 1) que «la sección puede rechazar la aceptación de la queja constitucional»⁴; 2) que esta decisión «se dicta sin juicio oral»⁵ y, en consecuencia, se adopta por medio de «Auto [*Beschluß*]»⁶; y 3) que este Auto

¹ Cfr. su parágrafo 93a.

² Parágrafo 15a, apartado 1, inciso primero.

³ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴ Cfr. parágrafo 93b, inciso primero.

⁵ Cfr. parágrafo 93d, inciso primero.

⁶ Cfr., con carácter general, parágrafo 25, apartado 2.

de la sección requiere de «acuerdo unánime»⁷. Pues bien, la decisión de que trata este Capítulo Segundo es precisamente un Auto de inaceptación de un recurso de queja constitucional (en alemán, «*Nichtannahmebeschluss*»), adoptado por la sección 2 de la Sala 1 del Tribunal Federal Constitucional, con fecha 23 noviembre 2006⁸.

2. Formalmente hablando, este Auto consta de dos partes. En la primera (carente de rótulo, aunque encabezada por el número romano «I»), se informa: 1) del contenido del contrato de trabajo controvertido, que ligaba al trabajador (demandante originario) y al empresario (demandado originario)⁹; 2) del contenido de la decisión recurrida ante el Tribunal Federal Constitucional, que era una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo —el contencioso judicial laboral debía entenderse, en consecuencia, agotado—, rechazando los recursos de casación interpuestos por ambos litigantes¹⁰; y 3) del contenido del recurso de queja constitucional —interpuesto únicamente por el empresario—, indicándose que «la recurrente en queja reprocha con su queja constitucional la violación del artículo 12, apartado 2, de la Constitución Federal»¹¹, que es el precepto que trata de la libertad de ejercicio profesional en dicha norma fundamental. Sobre la base de estos antecedentes, en la parte segunda (rotulada «por los Motivos [*aus den Gründen*]»), lógicamente encabezada por el número «II» y, en cuanto a su extensión, más breve que la parte primera)¹² se contienen las razones del porqué de la no aceptación a trámite del recurso de queja constitucional, que había sido interpuesto por dicho empresario.

3. Estas razones se refieren a la completa irreprochabilidad —desde el punto de vista constitucional— de la doctrina contenida en la Sentencia recurrida del Tribunal Federal de Trabajo. Lo afirma enfáticamente el Auto, justo al comienzo de su parte segunda, afirmando que «no cabe aceptar la queja constitucional para su decisión, porque los requisitos de aceptación del parágrafo 93a, apartado 2, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional no existen»¹³; que «a la queja constitucional no le corresponde ni un significado constitucional fundamental ni su aceptación es indicada para la realización de los derechos de la recurrente en queja»¹⁴, que «la queja constitucional no tiene ninguna perspectiva de éxito, porque está infundada»¹⁵; y por último, que «la Sentencia atacada no permite reconocer una violación de la libertad profesional (artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal) de la recurrente en queja»¹⁶. Esa doctrina —convalidada brevemente y en firme por el Auto («Se prescinde de una fundamentación ulterior, al amparo del parágrafo 93d, apartado 1, inciso 3, de la Ley

⁷ Cfr. parágrafo 93d, apartado 3, inciso primero.

⁸ Referencia 1 BvR 1909/06.

⁹ Cfr. marginales 2 a 11.

¹⁰ Cfr. marginales 13 a 29.

¹¹ Cfr. marginal 30.

¹² Cfr. marginales 37 a 57.

¹³ Marginal 37, inciso primero.

¹⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁶ *Ibidem*, inciso cuarto.

del Tribunal Federal Constitucional»¹⁷; «Esta decisión es irrecurrible»¹⁸)— se refiere, en realidad, a cómo sanar un contrato de trabajo parcialmente nulo, cuando no existen preceptos legales susceptibles de ser aplicados directamente para reemplazar las concretas cláusulas contractuales anuladas.

II. EL CONTROL DEL CONTENIDO (*INHALTSKONTROLLE*) DEL CONTRATO DE TRABAJO POR LOS TRIBUNALES LABORALES, A TRAVÉS DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (*ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN*)

4. La premisa de que parte este Auto —convalidando la doctrina aplicada por el Tribunal Federal de Trabajo— es la de que la libertad contractual del empresario (protegida, en todo caso, por el citado artículo 12 de la Constitución Federal) se encuentra limitada por las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación, actualmente contenidas —al efecto de transponer el Derecho de la Unión Europea— en los párrafos 305 a 310 del Código Civil alemán (agrupados bajo el rótulo genérico «Organización de las relaciones contractuales por medio de las condiciones generales de la contratación [*durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*])). La aplicación al contrato de trabajo de estas normas civiles tan peculiares —pensadas, en principio, para proteger al «consumidor [*Verbraucher*]]— es perfectamente posible en Alemania, pues así lo dispone expresamente el citado párrafo 310, indicando que «en caso de aplicación a los contratos de trabajo [*auf Arbeitsverträge*], hay que tomar en consideración adecuadamente las especialidades vigentes en el Derecho del Trabajo»¹⁹. Pues bien —sobre la base de que el propio artículo 12 de la Constitución Federal «también protege el interés del trabajador a condiciones de trabajo justas»²⁰—, el Auto del Tribunal Federal Constitucional convalida la plena constitucionalidad de la aplicación al trabajador de dichas normas civiles protectoras del consumidor, afirmando: 1) que «en el ámbito de los contratos del consumidor..., [las normas en cuestión] persiguen la compensación de un desequilibrio estructural de las dos partes del contrato»²¹; 2) que «quiso conseguir el legislador que el nivel de protección en el Derecho del Trabajo no se quedase atrás en relación con el Derecho Civil general»²², pues «también en el Derecho del Trabajo existe la necesidad de control judicial de las condiciones laborales establecidas unilateralmente por el empresario»²³; y 3) que no podía discutirse la desigualdad estructural de trabajador y empresario —en cuanto

¹⁷ Marginal 56.

¹⁸ Marginal 57.

¹⁹ Apartado 4, inciso 2.

²⁰ Cfr. marginal 49, párrafo segundo.

²¹ Marginal 48, inciso segundo.

²² *Ibidem*, inciso tercero.

²³ *Ibidem*, inciso cuarto.

que partes del contrato de trabajo—, pues «la inferioridad estructural del trabajador, a tomar en consideración por causa de la Constitución, no existe sólo en el caso de la creación de la relación laboral, sino también durante la vigencia de la relación laboral»²⁴ (además, «típicamente, el trabajador es más acusadamente desigual en la relación laboral dependiente, que el empresario respecto del trabajador individual»)²⁵.

5. Esto despejado, no podía dudarse de que cupiese invocar en pleitos entre trabajador y empresario, sobre nulidad parcial del contrato de trabajo, el parágrafo 307 del Código Civil (rotulado «control del contenido [*Inhaltskontrolle*]), en el que se establece la regla general de que «las disposiciones de las condiciones generales de la contratación son ineficaces si, frente al mandato de la buena fe y la confianza, perjudican inapropiadamente a la contraparte contractual de quien las utiliza»²⁶. Y esto era precisamente lo ocurrido en el caso de autos —relativo a un contrato de trabajo «a llamada [*auf Abruf*]), de algún modo equivalente a nuestros fijos-discontinuos de fechas inciertas²⁷—, en el que el Tribunal Federal de Trabajo consideró, de un lado, su novación como una realidad unilateralmente impuesta por el empresario, ante a la que al trabajador sólo le quedaba adherirse («no cabe objetar, por causa de la Constitución, que el Tribunal Federal de Trabajo también haya aplicado estos principios a la modificación de una relación laboral existente y, además, haya negado la posibilidad real de que la trabajadora tenga influencia en la estructuración del resultado de la modificación contractual»)²⁸; y también, de otro lado, que la nueva cláusula contractual impuesta por el empresario resultaba nula, por perjudicar inadmisiblemente al trabajador actor («no existe aquí una infracción constitucional... en cuanto a la aceptación de la nulidad del acuerdo sobre jornada»²⁹; «jurídico-constitucionalmente, en todo caso, no cabe poner reparos a las consideraciones del Tribunal Federal de Trabajo, con las que ha aceptado un perjuicio inadmisiblemente para el trabajador, en virtud del parágrafo 307, apartado 1, inciso 1, del Código Civil»³⁰). Ahora bien, el Tribunal Federal de Trabajo no sólo se había limitado a decretar la nulidad parcial del contrato de trabajo en cuestión.

6. En efecto, el parágrafo 306 del Código Civil también obligaba a sanar el contrato de trabajo parcialmente declarado nulo, pues —sobre la base de que «si las condiciones generales de la contratación son... ineficaces, entonces permanecerá eficaz el contrato en lo restante»³¹— el contenido de la parte inválida del mismo «se determina... según los preceptos legales»³², incluidos los de los «convenios colectivos, acuerdos de empresa y acuerdos de empresa pública [*Tarifverträge, Betriebs- und*

²⁴ Marginal 50, inciso primero.

²⁵ *Ibidem*, inciso cuarto.

²⁶ Apartado 1, inciso 1.

²⁷ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 26.

²⁸ Marginal 44, inciso tercero.

²⁹ Cfr. marginal 41.

³⁰ Cfr. marginal 45.

³¹ Apartado 1.

³² Apartado 2.

Dienstvereinbarungen]}³³. Ocurría aquí, sin embargo, que el Tribunal Federal de Trabajo llegó a constatar que «no existe una regulación legal de la jornada que pudiera ponerse en el lugar de la regulación contractual, al amparo del párrafo 306»³⁴. Y por eso, había concluido que «el vacío resultante hay que llenarlo por la vía de la interpretación contractual complementaria»³⁵, al efecto de «obtener con ella lo que las partes, en caso de una ponderación apropiada de sus intereses, según la buena fe y la confianza, hubieran acordado como partes contractuales honestas, si hubieran tenido en cuenta la ineficacia de la cláusula»³⁶. Esta actuación del Tribunal Federal de Trabajo —apoyada en muy diversos párrafos del Código Civil— es lo que valida el Auto del Tribunal Federal Constitucional («no existe aquí una infracción constitucional... en cuanto a la interpretación contractual complementaria [*ergänzende Vertragsauslegung*])»³⁷. Se trataba de una validación obtenida sobre la base —sentada por jurisprudencia constitucional— de que «dado que el litigio, a pesar de la influencia constitucional, permanece como jurídico-privado y encuentra su solución en el Derecho privado —interpretado con sentido constitucional—, el Tribunal Federal constitucional tiene que comprobar limitadamente en él, si los Tribunales civiles han tenido en cuenta suficientemente la influencia constitucional»³⁸, aunque «no es su cometido indicar a los Tribunales civiles cómo tienen que decidir el caso litigado en su resultado»³⁹.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 25 DE OCTUBRE DE 1989, SOBRE SANACIÓN PARCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO PARCIALMENTE NULO, POR APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL CÓDIGO CIVIL

7. En España, la transposición del Derecho de la Unión Europea relativo a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores no se ha efectuado —a diferencia de lo que ocurre en Alemania— mediante la modificación del Código Civil, sino a través de la promulgación de una Ley civil especial. Se trata de la Ley 7/1998, de 13 abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación, en la que expresamente se afirma —también a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del Código Civil alemán— que «la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los *contratos de trabajo*, a los de constitución de sociedades, a los

³³ Cfr. párrafo 310, apartado 4, inciso 3.

³⁴ Marginal 25, inciso primero.

³⁵ Marginal 26.

³⁶ Marginal 27, inciso primero.

³⁷ Cfr. marginal 41.

³⁸ Marginal 40, inciso tercero.

³⁹ *Ibidem*, inciso cuarto.

que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios»⁴⁰, ni tampoco «a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes»⁴¹. En consecuencia, parece resultar imposible encontrar un caso español equivalente del citado Auto alemán, puesto que la sanación del contrato de trabajo se rige, en España, por normas específicas distintas de las civiles (comunes o especiales) reguladoras de las obligaciones y contratos.

8. Estas normas específicas son las contenidas en el Estatuto de los Trabajadores; y más en concreto, en su artículo 9 (rotulado «Validez del contrato»)⁴², a cuyo tenor —en lo que aquí interesa— «si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 de esta Ley»⁴³ —que se refiere a los preceptos de «las disposiciones legales y reglamentarias del Estado», y también, a las de «los convenios colectivos»—, teniendo en cuenta que «si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones»⁴⁴. Lógicamente, la aplicación de este precepto viene suscitando la existencia de jurisprudencia del más alto de nuestros Tribunales laborales. Y de entre esta jurisprudencia, a mi juicio, quizá la doctrina establecida por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 octubre 1989⁴⁵, relativa a un caso de nulidad parcial de cierto contrato de trabajo y a su posible sanación o no —asimismo parcial—, sea la que más nítidamente evoque la del Auto alemán de que se ha venido tratando.

9. En el caso enjuiciado por ella, se litigaba el despido de cierto trabajador al servicio de un banco, decretado por el empresario en aplicación de una cláusula del contrato de trabajo que ligaba a ambos, y en la que «se establecía como causa de cese el “no interesar al Banco” la continuación de la relación de trabajo», aunque «en contrapartida a esta facultad de extinción por la sola voluntad de la empresa, el trabajador recibiría una “subvención” vitalicia del 50% de todos sus emolumentos líquidos, renta que pasaría, en su caso, a la viuda y a los hijos hasta la mayoría de edad del más pequeño»⁴⁶. Pues bien, el trabajador cesado —por aplicación de dicha cláusula contractual— demandó al banco, venciendo integralmente en el correspondiente pleito por despido, dado que «la cláusula de retiro objeto de este litigio fue declarada nula en la parte referente a la

⁴⁰ Artículo 4, párrafo primero.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo segundo.

⁴² Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 161 ss.

⁴³ Apartado 1, párrafo primero.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo segundo.

⁴⁵ Aranzadi WESTLAW, RJ 1989/7437.

⁴⁶ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo primero.

facultad de desistimiento por la sola voluntad del empresario, pero válida en cuanto a las indemnizaciones para caso de retiro o cese decidido unilateralmente por la propia entidad bancaria»⁴⁷. Lógicamente, el empresario recurrió —directamente en casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, lo que entonces resultaba posible, por aplicación de las normas procesales en dicha época vigentes—, debiendo pronunciarse la Sala acerca de «la validez o invalidez de la cláusula de retiro indemnizado por decisión unilateral de la empresa», que califica como «principal tema del recurso»⁴⁸. Evidentemente, el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia recurrida, en la parte relativa a la nulidad de la cláusula contractual relativa a la libertad de extinción del contrato atribuida por la misma a la empresa⁴⁹. Pero revocó igualmente la Sentencia recurrida, en la parte relativa a su declaración de validez de la contraprestación pactada a cambio de la plena libertad de cese atribuida a la propia empresa. Y lo hizo —aquí está lo importante—, integrando el contenido del citado artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores con los preceptos generales del Código Civil relativos a la interpretación de las obligaciones y contratos (esto es, sus artículos 1281 a 1289), al efecto de reconstruir —como en el caso alemán— cuál hubiese sido la hipotética voluntad de las partes, en caso de declaración de nulidad de la parte de la cláusula convenida sobre la libertad de cese atribuida a la empresa. Según el Tribunal Supremo, la norma rectora del caso —de entre las nueve del Código Civil recién citadas— resultaba ser su artículo 1289, a cuyo tenor «cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si... el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses»⁵⁰. Lo que explica su conclusión —estimando en parte el recurso de la empresa— de que «en este caso, las reglas de interpretación de contratos del artículo 1289 del Código Civil obligan a reequilibrar los términos del contrato de trabajo encausado, tras la amputación de la cláusula de retiro indemnizado, de forma que no subsistan de ella ninguno de sus dos elementos, indisociables en el consentimiento contractual y vinculados entre sí por una relación de reciprocidad»⁵¹.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo tercero.

⁴⁸ Cfr. Fundamento de Derecho quinto, párrafo primero.

⁴⁹ Al respecto, afirma que «es criterio jurisprudencial constante que las normas de garantía de estabilidad en el empleo —y entre ellas las normas sobre los pactos o cláusulas de extinción del contrato— son normas imperativas o de “derecho necesario”, que, en cuanto tales, no pueden ser objeto de disposición por la autonomía de la voluntad (artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores)» (Fundamento de Derecho sexto, párrafo primero), y «siendo ello así, una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las “consignadas válidamente en el contrato” en el sentido del artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación económica» (*ibidem*).

⁵⁰ Cfr. párrafo primero.

⁵¹ Cfr. Fundamento de Derecho séptimo, párrafo segundo.

CAPÍTULO TERCERO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LAS EMPRESAS PEQUEÑAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE ENERO DE 1998

Jesús Martínez Girón

I APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 27 DE ENERO DE 1998, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LAS PEQUEÑAS EMPRESAS (*KLEINBETRIEBE*) DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

1. En Alemania, el artículo 100 de su Constitución Federal afirma que «si un Tribunal mantiene que una Ley, de cuya validez dependa la decisión, es inconstitucional, entonces tiene que suspender el procedimiento y... si se trata de la violación de esta Constitución Federal, solicitar la decisión del Tribunal Federal Constitucional»¹. Como se ve, es la institución equivalente de nuestra cuestión de inconstitucionalidad, cuyos detalles jurisdiccionales y procesales aparecen regulados en la Ley del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, BVerfGG) de 1951. Según esta Ley —que califica genéricamente el incidente como «procedimiento de control de normas [*Normenkontrollverfahren*]]»²—, su régimen jurídico es bien sencillo, a saber: 1) «la fundamentación [del Tribunal proponente] debe establecer en qué medida depende la decisión del Tribunal [proponente] de la validez del precepto jurídico y con qué norma jurídica superior es incompatible»³; 2) antes de decidir, cabe que el Tribunal Federal Constitucional —cuyas dos Salas son indistintamente competentes para resolver este concreto tipo de asuntos⁴— recabe

¹ Apartado 1.

² Cfr. su párrafo 14, apartados 1 y 2.

³ Párrafo 80, apartado 2.

⁴ Cfr. párrafo 14, apartados 1 y 2.

pareceres sobre el tema de muy diversos órganos, incluidos los diversos Tribunales Supremos de la Federación⁵; y 3) «el Tribunal Federal Constitucional puede decidir sin juicio oral»⁶, teniendo en cuenta que en este caso su decisión adopta necesariamente la forma de «Auto [*Beschluß*]]»⁷.

2. Con este telón de fondo jurídico, el Tribunal de Trabajo de la ciudad de Reutlingen (Estado federado de Baden-Württemberg) dudó en su día, al hilo de la resolución de un pleito sobre despido, de la constitucionalidad del parágrafo 23 de la Ley de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz* o, en abreviatura, KSchG) de 1951⁸, cuyo apartado 1 excluye del ámbito de aplicación de la propia Ley los despidos ocurridos en empresas pequeñas (*Kleinbetriebe*). Se trata de un precepto que viene padeciendo desde 1985 enmiendas diversas —ajenas siempre a problemas de constitucionalidad de la propia norma—, pero que en la redacción vigente cuando se tramitó dicho pleito de despido afirmaba, en lo esencial —refiriéndose al Capítulo medular de la Ley de Protección contra el Despido—, que «los preceptos del Capítulo Primero no rigen para las empresas y Administraciones en las que, como regla, estén empleados cinco o menos trabajadores, incluidos los ocupados para su formación profesional»⁹. Y de ahí, dado que el proceso en cuestión se había trabado por el trabajador despedido frente a una de estas pequeñas empresas excluidas de dicho ámbito protector, que el mencionado Tribunal de Trabajo reclamase la oportuna decisión del Tribunal Federal Constitucional, razonando que el precepto en cuestión podía resultar incompatible con los artículos 3, 12, 19, 20 y 103 de la Constitución Federal, allí donde se refieren al principio de igualdad, a la libertad profesional, a la República Federal de Alemania como Estado social y, también, al derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Pues bien, este importantísimo e interesantísimo Auto de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional, de fecha 27 enero 1998¹⁰, es la decisión que tuvo que resolver el correspondiente «procedimiento de control de normas», planteado —aunque parezca increíble tanto retraso— más de once años antes por el citado Tribunal de Trabajo¹¹. Se trata de una resolución precedida —como es usual en Alemania— de su «fallo [*Entscheidungsformel*]]», muy breve [«El parágrafo 23, apartado 1, inciso 2,

⁵ Cfr. parágrafo 82.

⁶ Parágrafo 82a, apartado 3.

⁷ Cfr. parágrafo 25, apartado 2.

⁸ El texto íntegro de esta Ley, más sus correspondientes concordancias con nuestro Derecho relativo al despido, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 61-70 y 168-178.

⁹ Este precepto, en su redacción hoy vigente, afirma —siempre en lo esencial— que «en empresas y Administraciones en las que, como regla, estén empleados diez o menos trabajadores, incluidos los ocupados para su formación profesional, los preceptos del Capítulo Primero, con excepción de los párrafos 4 a 7 y del parágrafo 13, apartado 1, incisos 1 y 2, no rigen para los trabajadores cuya relación laboral ha comenzado con posterioridad al 31 diciembre 2003». Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), pág. 560.

¹⁰ Referencia 1 BvL 15/87.

¹¹ El Auto de planteamiento de este último Tribunal (referencia 1 Ca 397/86) lleva fecha de 11 diciembre 1986.

de la Ley de Protección contra el Despido (KSchG), en la redacción de la Ley de 26 abril 1985 (Boletín Oficial Federal I, página 710), era compatible con la Constitución Federal, según lo especificado en los Motivos de la decisión», teniendo en cuenta que estos «Motivos [*Gründe*]» aparecen agrupados, a su vez, en dos partes. La primera parte (precedida por la letra «A») contiene los que pueden denominarse antecedentes de la decisión, a su vez, subdivididos en otras tres partes (encabezadas por los números romanos «I», «II» y «III»), que abordan: 1) la contextualización del concreto parágrafo cuestionado, en el marco de la protección contra el despido diseñada por la Ley homónima¹²; 2) el planteamiento de la cuestión por el Tribunal de Trabajo de Reutlingen¹³, en el que se afirmaba que «la acción tendría éxito en caso de aplicabilidad de la Ley de Protección contra el Despido»¹⁴, pues «el despido hubiera debido ser calificado como antisocial»¹⁵; y 3) las alegaciones sobre el tema efectuadas por el Ministro federal competente en materia de Trabajo¹⁶ y por dos asociaciones patronales¹⁷ —los tres a favor de la constitucionalidad del precepto—, por dos asociaciones sindicales¹⁸ —poniendo reparos a su constitucionalidad, aunque una de ellas menos— y, también, por el Tribunal Federal de Trabajo, respecto del que el Auto indica que «la Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo comunica, sin más, que ha considerado como conforme a la Constitución, en su praxis judicial anterior, el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido»¹⁹.

II. LA PROTECCIÓN MÍNIMA (*MINDESTSCHUTZ*) CONTRA EL DESPIDO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA A LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE EMPRESAS PEQUEÑAS

4. La parte «B» de la motivación del Auto, que es el verdadero núcleo duro del mismo, se orienta a razonar la compatibilidad del precepto legal cuestionado con los muy diversos preceptos constitucionales invocados por el Tribunal de Trabajo instante de la cuestión. A este efecto, el Tribunal Federal Constitucional agrupa en cuatro apartados sus razones relativas a los cinco preceptos constitucionales aducidos, concluyendo que la exclusión de las pequeñas empresas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido: 1) se encontraba «en armonía con el principio del Estado social (artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal)»²⁰, supuesto —en cumplimiento del «deber del Estado de preocuparse por un orden social justo»²¹ que «le corresponde

¹² Cfr. marginales 1 a 5.

¹³ Cfr. marginales 6 a 11.

¹⁴ Marginal 9, inciso primero.

¹⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁶ Cfr. marginales 13 a 16.

¹⁷ Más en concreto, la Asociación Federal de Asociaciones de Empresarios Alemanas y la Unión Federal de la Industria Alemana (cfr. marginales 21 y 22).

¹⁸ Más en concreto, la Federación Alemana de Sindicatos (cfr. marginales 18 y 19) y el Sindicato de Empleados Alemán (cfr. marginal 20).

¹⁹ Marginal 17.

²⁰ Marginal 54, inciso primero.

²¹ *Ibidem*, inciso segundo.

al legislador un ámbito de organización adicional»²², de modo que «sobre la cuestión de en qué medida puede ser restringido el ámbito de aplicación empresarial de la Ley de Protección contra el Despido..., nada más detallado se deduce de este principio»²³; 2) era «conforme con el principio general de igualdad (artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal)»²⁴, pues —sobre la base de que la expresión legal «centro de trabajo [*Betrieb*]» debía interpretarse en sentido lato, para así poder construir con realismo la distinción entre empresas grandes y pequeñas²⁵— resultaba claro que «en caso de cooperación personal estrecha, en especial la colaboración personal del empresario en la empresa, así como en caso de dotación financiera y capacidad administrativa más pequeñas del empresario, existen buenas razones para conceder al empresario manos más libres en el ejercicio de su derecho de despido, que lo que le autorizan los preceptos generales de la Ley de Protección contra el Despido»²⁶; 3) respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículos 19, apartado 4, y 103, apartado 1, de la Constitución Federal, pues «los trabajadores de empresas pequeñas... pueden solicitar ante los tribunales la protección jurídica contra la extinción de su relación laboral por el empresario»²⁷; y 4) sobre todo, resultaba «compatible con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal»²⁸. Esta última conclusión es el verdadero eje argumental del Auto, lo que explica que los razonamientos de apoyo de la misma —ubicados en el subapartado «I» de la parte «B»— constituyan el grueso del contenido del propio Auto (marginales 29 a 40, sobre un total de 56).

5. En lo esencial, dicha conclusión —supuesto el «interés del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo, protegido por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal»²⁹— la justifica el Auto, afirmando que «los trabajadores no están completamente dejados sin protección, por causa de su extracción de la protección legal contra el despido»³⁰. En efecto, «donde las disposiciones de la Ley de Protección contra el Despido no surten efecto, los trabajadores están protegidos por las cláusulas generales jurídico-civiles ante el ejercicio... del derecho de despedir del empresario»³¹, teniendo en cuenta que estas cláusulas resultaban ser «las cláusulas generales de los párrafos 138 ó 242 del Código Civil»³², meramente relativos a que «un negocio jurídico que infringe las buenas costumbres es ineficaz»³³, y a que «el deudor está obligado a realizar su prestación con sujeción a la buena fe y confianza, teniendo en consideración el uso común»³⁴. Evidentemente, se trata de una protección

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, inciso tercero.

²⁴ Marginal 41.

²⁵ Al respecto, véanse marginales 52 y 53.

²⁶ Cfr. marginal 49, inciso cuarto.

²⁷ Cfr. marginal 56, incisos segundo y tercero.

²⁸ Marginal 27.

²⁹ Cfr. marginal 28, inciso tercero.

³⁰ Marginal 34, inciso segundo.

³¹ *Ibidem*, inciso tercero.

³² Marginal 37, inciso quinto.

³³ Párrafo 138, apartado 1.

³⁴ Párrafo 242.

que el propio Auto no tiene más remedio que calificar varias veces como «protección mínima [*Mindestschutz*]»³⁵, aunque no podía ser de otro modo, pues «la protección proporcionada por las cláusulas generales no puede conducir a que se impongan prácticamente al pequeño empresario las medidas de infracción social fijadas en la Ley de Protección contra el Despido»³⁶.

6. En qué consista dicha «protección mínima», lo remite el Auto al enjuiciamiento de los tribunales ordinarios (literalmente, «qué lejos alcanza esta protección en el caso concreto, tienen que decidirlo los Tribunales laborales»³⁷, aun cuando avance una serie de pautas para el enjuiciamiento por ellos de los correspondientes pleitos por despido. Así, desde un punto de vista jurídico sustantivo, queda claro —según él— que los trabajadores al servicio de empresas pequeñas están protegidos «ante despidos arbitrarios o basados en motivos ajenos a la realidad»³⁸, frente a «discriminaciones en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal»³⁹, e incluso, que «tampoco puede quedar sin tener en cuenta la confianza en la subsistencia de la relación laboral, servida por la colaboración durante muchos años»⁴⁰. Desde el punto de vista jurídico procesal, en cambio, también le pareció clara al propio Auto la imposibilidad de aplicar las reglas sobre distribución de la carga probatoria previstas para el caso de la protección legal contra el despido (literalmente, «según el párrafo 1, apartado 2, inciso 4, de la Ley de Protección contra el Despido, el empresario tiene que probar los hechos que motivan el despido. Fuera de la Ley de Protección contra el Despido, no rige esta regla»⁴¹, aunque asimismo dejó abierto este importante tema, afirmando que en estos otros casos no cabe resolverlo «con carácter general»⁴², aunque «para una carga de exponer y una carga de probar matizadas, el Derecho procesal ofrece fundamentos adecuados»⁴³.

III. EL REFORZAMIENTO LEGAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS PEQUEÑOS EMPRESARIOS ESPAÑOLES FRENTE AL DESPIDO, TRAS LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 27 DE JUNIO DE 1992

7. En España, resulta completamente imposible encontrar un caso judicial equivalente de este Auto alemán, por la sencilla razón de que el problema que pretendía atajar el párrafo 23 de la Ley alemana de Protección contra el Despido —en lo esencial,

³⁵ Cfr., por ejemplo, marginales 34 y 44.

³⁶ Marginal 35, inciso segundo.

³⁷ Marginal 34, inciso último.

³⁸ Marginal 36, inciso primero.

³⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso último.

⁴¹ Marginal 37, incisos tercero y cuarto.

⁴² *Ibidem*, inciso quinto.

⁴³ *Ibidem*, inciso último.

la debilidad de las pequeñas empresas frente a los costes que siempre supone el despido—, cuya constitucionalidad salva dicho Auto, se viene resolviendo aquí —ya desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, en 1980— de un modo radicalmente antitético. En efecto, en nuestro país, no se procede a debilitar la protección contra el despido de los trabajadores al servicio de empresas pequeñas, sino que —manteniendo la misma protección jurídica, cualquiera que sea el tamaño de la empresa— se refuerza la posición del pequeño empresario (entendiendo por tal el que emplea «menos de veinticinco trabajadores»), asumiendo la Administración pública (a través del Fondo de Garantía Salarial) parte del coste de la indemnización que este pequeño empresario debe pagar, en cierto tipo de supuestos de despido⁴⁴. Estos últimos —que cuantitativamente hablando eran muchos, en la originaria redacción del Estatuto de 1980⁴⁵— fueron reconducidos a muchos menos supuestos, al promulgarse la Ley 32/1984, de 2 agosto, de modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores. Tras esta enmienda⁴⁶, uno de los supuestos en cuestión era el relativo al despido previsto por el artículo 51 del propio Estatuto (entonces rotulado «Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor») —hoy hablaríamos de despidos colectivos, que continúan siendo despidos indemnizados—, pues «en empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley»⁴⁷. Pues bien, la primera sentencia española significativa, relativa a la interpretación y aplicación de este último precepto, es —a mi juicio— la que seguidamente se presenta.

8. Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 junio 1992⁴⁸, fallada resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina. Y resulta interesante —como contrapunto del Auto alemán—, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque no cuestiona en absoluto la constitucionalidad de este peculiar sistema español, confirmando incluso que «la mentada responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial constituye propiamente (en la “ratio” de la norma) no tanto una garantía de cobro para el trabajador, pues su efectividad no se supedita a supuestos de insolvencia de la empresa, cuanto una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas»⁴⁹. En segundo lugar, porque concreta —descendiendo a analizar importantes detalles de Derecho sustantivo— que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial «es pura [porque “no está sujeta a condición o término”,

⁴⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 222-223, 335, 337, 341 y 355.

⁴⁵ El originario artículo 56.4 de esta norma afirmaba lo siguiente, a propósito del despido improcedente: «Cuando el empresario opte por la no readmisión y se trate de empresas con menos de veinticinco trabajadores, la indemnización se reducirá en un veinte por ciento. De la cantidad resultante, el cuarenta por ciento lo pagará el Fondo de Garantía Salarial en un plazo de diez días».

⁴⁶ Que pretendía atajar fraudes, lo que veladamente reconoce la exposición de motivos de la propia Ley 32/1984, afirmando que «se persigue de esta manera reconducir una anomalía que se ha venido observando, por la cual extinciones de contrato que en realidad se deben a causas económicas o tecnológicas se tramitan por la vía del despido disciplinario, no concebido para tal eventualidad» (párrafo decimonoveno).

⁴⁷ Artículo 33.8 del propio Estatuto de los Trabajadores de 1980.

⁴⁸ *Aranzadi WESTLAW*, RJ 1992/4684.

⁴⁹ Cfr. Fundamento de Derecho sexto.

pudiendo exigirse “sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del empresario”], directa [porque el Fondo “tiene el carácter de obligado directo e inmediato ante los trabajadores”] y limitada [porque “la significación económica de dicha obligación se traduce en un mínimo, un porcentaje (el cuarenta por ciento) de la indemnización legal, no de la pactada”]»⁵⁰. En tercer lugar, porque también aborda el examen de importantes cuestiones procedimentales y procesales, afirmando que cabe que el pequeño empresario anticipe el pago de la totalidad de la indemnización («sin perjuicio de pretender... el reintegro... correspondiente al 40% de la indemnización legal impuesta al Fondo»)»⁵¹, pero que también es posible que el propio pequeño empresario únicamente abone la parte de la indemnización (legal o pactada) de que responda («sin perjuicio de que los trabajadores reclamen del Fondo de Garantía Salarial independientemente el 40%»)»⁵².

9. Tras decidirse esta Sentencia —cuya doctrina unificada permanece incólume todavía hoy—, han sido muchas las enmiendas padecidas por este peculiar sistema de reforzamiento legal de la protección de los pequeños empresarios españoles que despiden procedentemente —debiendo abonar, a pesar de esto, una indemnización—, aunque quizá la más trascendental de ellas se produjo solamente dos años después de fallado dicho caso. En efecto, la Ley 42/1994, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, volvió a modificar el Estatuto de los Trabajadores en este concreto punto, ordenando —respecto de los supuestos en que el Fondo de Garantía Salarial debía responder— que «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley *o por la causa prevista en la letra c) del artículo 52*»⁵³. Acerca de la trascendencia de esta modificación, baste indicar que dicha causa de despido —literalmente relativa, en la versión actual del Estatuto de los Trabajadores de 1995, a «cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo»⁵⁴— es «lo primero que se le viene a la mente al empresario cuando considera que en su empresa tiene personal sobrante»⁵⁵, lo que lógicamente provoca que el supuesto de despido procedente indemnizado de más frecuente ocurrencia en España sea, con mucho, el conectado a dicha concreta causa extintiva de la relación laboral⁵⁶.

⁵⁰ Cfr. Fundamento de Derecho quinto.

⁵¹ Cfr. Fundamento de Derecho octavo.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Artículo 33.8, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores de 1980, en la nueva redacción que le dio el artículo 41 de la recién citada Ley 42/1994.

⁵⁴ Inciso primero.

⁵⁵ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., pág. 332.

⁵⁶ Acerca de las conexiones del tema con la extinción del denominado «contrato para el fomento de la contratación indefinida», *ibidem*, pág. 335.

CAPÍTULO CUARTO

LA READMISIÓN DEL TRABAJADOR DESPEDIDO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE DESPIDO. A PROPÓSITO DEL AUTO DE SALA GENERAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 25 DE FEBRERO DE 1985

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DE SALA GENERAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 25 DE FEBRERO DE 1985

1. Según dispone la Ley alemana del Tribunal de Trabajo¹, el Tribunal Federal de Trabajo actúa usualmente a través de sus diversas Salas ordinarias de Justicia —denominadas en alemán «*Senate*», integradas a la vez por Jueces profesionales y por Jueces electivos—, aunque también puede actuar constituido en «Sala General [*Großer Senat*]»². Esta última Sala presenta diferencias notables con lo que en España nuestra jurisprudencia denomina asimismo «Sala General», ante todo por razones de carácter orgánico. En efecto, de un lado, porque pueden constituirse aquí en «Sala General» no sólo la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, sino también las Salas de lo Social de los demás Tribunales laborales españoles colegiados (esto es, las de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos y la de la Audiencia Nacional), mientras que en Alemania sólo existe esta posibilidad en el caso del Tribunal vértice de su jurisdicción laboral, que es precisamente el Tribunal Federal de Trabajo³; y también, de otro lado, porque en España la expresión en cuestión equivale a Sala actuando en pleno —esto es, con la totalidad de los Magistrados que la integran—, mientras que en Alemania

¹ Su texto y concordancias con nuestra legislación procesal laboral, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87-94 y 242-279.

² Acerca de todo esto, 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), págs. 75-77.

³ El parágrafo 45 de la Ley alemana del Tribunal de Trabajo (rotulado precisamente «Sala General») es el último precepto del Capítulo Tercero de la Parte Segunda de la misma, todo él relativo al «Tribunal Federal de Trabajo».

la compone sólo una selección de los Jueces profesionales y electivos adscritos a las diversas Salas ordinarias del Tribunal Federal de Trabajo, presididos —eso sí— por el Presidente (actualmente, Presidenta) del propio Tribunal Federal de Trabajo⁴.

2. Además, pero ahora desde un punto de vista estrictamente procesal, las diferencias entre uno y otro órganos jurisdiccionales son asimismo claras. En efecto, en España, la «Sala General» —reemplazando a la Sala ordinaria— se limita a resolver un procedimiento judicial en curso, asignado —en principio— a la propia Sala ordinaria, sin que nuestra legislación ni orgánica ni procesal otorgue eficacia especial alguna a la resolución que dicte (aunque, de hecho, llegue a tener una «autoridad» en sentido puro muy grande). En cambio, en Alemania, la «Sala General» actúa resolviendo un incidente, planteado de oficio por alguna de las Salas ordinarias del Tribunal Federal de Trabajo, cuyo régimen jurídico —según la Ley del Tribunal de Trabajo— es, en lo esencial, el siguiente: 1) «la Sala General decide cuando una Sala [del Tribunal Federal de Trabajo] quiere apartarse en una cuestión jurídica de la decisión de otra Sala [del propio Tribunal Federal de Trabajo] o de la Sala General»⁵; 2) «la Sala actuante puede plantear a la Sala General para su decisión una cuestión de significado general, cuando en su opinión es necesario para el perfeccionamiento del Derecho [*zur Fortbildung des Rechts*] o para el afianzamiento de una jurisprudencia unificada [*zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*]]»⁶, teniendo en cuenta que «sobre la pregunta [de la Sala actuante] y la respuesta [de la Sala General] decide la Sala respectiva mediante auto [*Beschluß*]]»⁷; y 3) «la Sala General decide sólo sobre la cuestión jurídica»⁸, teniendo en cuenta que «su decisión es vinculante en el caso en cuestión para la Sala actuante»⁹.

3. Pues bien, al amparo de todas estas previsiones legales, ocurrió que la Sala 7 del Tribunal Federal de Trabajo —que resolvía, en casación, un pleito por despido de un trabajador ordinario al servicio de cierta Universidad pública alemana— planteó por Auto a la Sala General dos preguntas, supuesto que pretendía apartarse de la doctrina contenida en una Sentencia anterior del propio Tribunal Federal de Trabajo, dictada por su Sala 2. Y tras la admisión a trámite de la moción, a ambas preguntas dio respuesta —al cabo de dos años, todo hay que decirlo— el Auto de Sala General a que se refiere este Capítulo Cuarto —de fecha 25 febrero 1985¹⁰—, a calificar con objetividad como

⁴ Según el apartado 5 del parágrafo 45 de la Ley del Tribunal de Trabajo, «la Sala General se compone del Presidente, de un juez profesional de cada una de las Salas en las que el Presidente no ejerce la presidencia, y de tres jueces electivos de cada uno de los sectores de trabajadores y de empresarios» (inciso primero), teniendo en cuenta —según el apartado 6 del propio parágrafo— que «los miembros y los sustitutos son nombrados por la Presidencia para un año judicial», que «la presidencia en la Sala General la ocupa el Presidente, y en caso de impedimento, el miembro más antiguo en el servicio», y que «en caso de igualdad de votos, el voto del Presidente es el que decide».

⁵ Parágrafo 45, apartado 2.

⁶ Parágrafo 45, apartado 4.

⁷ Parágrafo 45, apartado 3, inciso 3.

⁸ Parágrafo 45, apartado 7, inciso 1.

⁹ *Ibidem*, inciso 3.

¹⁰ Referencia GS 1/84.

una resolución judicial rotundamente gigantesca. En el densísimo contenido suyo —del que a un lector español le sorprenderá, sobre todo, el fenomenal repaso crítico que efectúa de doctrina científica alemana—, estructurado formalmente en tres partes (encabezadas por las letras mayúsculas «A», «B» y «C»), la verdaderamente trascendental es su parte «C» —también, a su vez, la más extensa¹¹—, puesto que las otras dos partes se limitan a describir brevemente los antecedentes fácticos del procedimiento y a razonar sobre la admisibilidad procesal de la moción propuesta —en 21 diciembre 1983— por la Sala 7 del Tribunal Federal de Trabajo, respectivamente¹².

II. LA READMISIÓN (*WEITERBESCHÄFTIGUNG*) DEL TRABAJADOR DESPEDIDO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE DESPIDO, COMO MANIFESTACIÓN PARTICULAR DE SU DERECHO CONTRACTUAL DE OCUPACIÓN EFECTIVA (*BESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH*)

4. La comprensión de la primera pregunta planteada por la Sala 7 a la Sala General exige tener en cuenta que el apartado 5 del párrafo 102 de la Ley alemana de Organización de la Empresa le reconoce al trabajador despedido del sector privado —al del sector público se lo reconoce, por su parte, el apartado 2 del párrafo 79 de la Ley de Representación del Personal de la Federación— el derecho a su «readmisión [*Weiterbeschäftigung*]» durante la tramitación del proceso de despido, si se cumplen cumulativamente las tres condiciones siguientes: 1) que se trate de un trabajador cubierto por la Ley alemana de Protección contra el Despido, la cual excluye de su ámbito de aplicación las empresas pequeñas¹³; 2) que el trabajador despedido hubiese sido objeto de un «despido ordinario [*ordentliche Kündigung*]», entendiéndose por tal el que sólo se hace efectivo después del transcurso de un plazo de preaviso; y 3) por último, que el comité de empresa se hubiese opuesto al despido en cuestión¹⁴. Sobre esta base, la pregunta se refería literalmente a lo siguiente: «¿Tiene el trabajador despedido, al margen de la regulación contenida en los párrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación, derecho a la ocupación efectiva hasta la conclusión en

¹¹ Comprende la práctica totalidad de sus marginales (esto es, del 27 al 106).

¹² Cfr., para la parte «A», sus marginales 1 a 16; y para la parte «B», sus marginales 18 a 26.

¹³ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las normas estructurales complementarias de la Ley actualmente vigente en Alemania en materia de protección contra el despido», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, núm. 10 (2006), págs. 720-721.

¹⁴ El tenor literal del precepto es el siguiente: «Si el comité de empresa se ha opuesto temporánea y reglamentariamente a un despido ordinario, y el trabajador ha ejercitado acción al amparo de la Ley de Protección contra el Despido para que se declare que la relación laboral no se ha disuelto con el despido, entonces el empresario deberá, si lo exige el trabajador, readmitir [*weiterbeschäftigen*] a éste tras el transcurso del plazo extintivo, y hasta la conclusión del pleito con carácter definitivo, bajo condiciones laborales inmodificadas» (inciso primero).

firme del proceso de protección contra el despido?»¹⁵. Y es que aquí fallaba la tercera de las condiciones citadas, pues la representación del personal no llegó a oponerse expresamente, aunque tampoco se pronunció a favor («el Presidente de la Universidad intentó en vano el consentimiento de la representación del personal para el despido con preaviso del actor»)¹⁶.

5. Pues bien, la respuesta dada por la Sala General a esta primera pregunta puede resumirse en un coloquial «sí, pero», si es que se me permite esta última expresión. En efecto —sobre la base de que el trabajador alemán es titular de un «derecho de ocupación efectiva [*Beschäftigungsanspruch*]» en virtud del contrato, anclado al tenor de los artículos 1 y 2 de la Constitución federal, en los que se impone «la dignidad del hombre y su derecho al libre desarrollo de su personalidad como valores centrales de nuestra Constitución»¹⁷—, sí, en principio, pues «si el trabajador tiene derecho a la ocupación efectiva real en virtud del contrato..., entonces también deberá valer esto, por principio, durante el proceso de despido, cuando la extinción empresarial controvertida sea ineficaz y, por eso, la relación laboral persista durante el proceso de despido»¹⁸. En consecuencia, sí, supuesto que el despido impugnado fuese un despido «evidentemente ineficaz [*offensichtlich unwirksam*]», teniendo en cuenta que «el caso del despido evidentemente ineficaz se dará ordinariamente cuando, en las circunstancias que están

¹⁵ Cfr. marginal 16.

¹⁶ Cfr. marginal 4, inciso primero.

¹⁷ Cfr. marginal 47, inciso primero. Al efecto, luego de indicar que «sólo tras la entrada en vigor de la Constitución Federal ha reconocido la jurisprudencia, con carácter general, un derecho a la ocupación efectiva del trabajador derivado de la relación laboral» (cfr. marginal 30), el Auto hace suyas las afirmaciones de cierta primeriza Sentencia del propio Tribunal Federal de Trabajo —que califica como «fundamental»—, literalmente relativas a todo lo siguiente: «La relación laboral es una relación comunitaria jurídico-personal, que no sólo concierne simplemente a prestaciones concretas determinadas, como en el caso del contrato de servicios de los autónomos o en el caso de otras relaciones obligacionales, sino que comprende en su ámbito de aplicación toda la persona del trabajador, y esencialmente, por eso, organiza su vida y determina su personalidad. El respeto y reconocimiento del trabajador como hombre no se basa tampoco sólo en el valor económico de su prestación, sino en gran parte en cómo cumple las funciones a que está obligado. Precisamente, esto le da en el ámbito de la vida laboral, de modo decisivo, su dignidad como hombre. Por eso, el empresario no debe meramente abstenerse de todo lo que puede perjudicar la dignidad del trabajador y el libre desarrollo de la personalidad, sobre la base de su deber de buena fe, sino ante todo sobre base del deber que obliga a todos, derivado del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal. Pero dicho perjuicio de ambos lugares constitucionales se da a entender si a un trabajador se le exige no sólo transitoriamente, sino en determinadas circunstancias, que acepte la recepción de su salario a lo largo del año, sin poder llevar a cabo su profesión antecedente. Eso acabaría en una coacción al ocio y no permitiría verdaderamente, en realidad, presentar al trabajador afectado como miembro valioso de la comunidad profesional y de la sociedad. No sólo la opinión pública, sino también la mayor parte de los trabajadores conscientes de sus capacidades y prestaciones, considerarían despreciable aceptar la recepción del salario que no se gana a través de las prestaciones correspondientes. Por lo demás, también se impediría que el trabajador, que durante su relación laboral en vigor no puede ofrecer a otro su capacidad productiva, volviese a ocuparse profesionalmente, y que mantuviese y perfeccionase sus capacidades profesionales. Todo esto rige, en especial, en el caso del personal directivo o de otros trabajadores con funciones de significación especial, dado que precisamente en caso de una liberación dilatada de su prestación laboral, se causaría la impresión de que al empresario le gusta más gastar dinero que aceptar la recepción de la prestación. Por eso, se le puede reconocer al empresario, cuando no existe ningún consentimiento del trabajador, el derecho a no ocupar al trabajador durante el contrato existente con pago continuado de su salario, sólo por un período transitorio, por ejemplo, durante el transcurso del plazo extintivo. En todos los otros casos, en relación con ello, deberían existir motivos especiales, que acrediten la necesidad de tal regulación» (*ibidem*).

¹⁸ Cfr. marginal 57.

decididas, se desprenda directamente de la Ley la consecuencia jurídica de la ineficacia o nulidad del despido indudablemente, sin ningún margen para su valoración por el juez de los hechos»¹⁹, lo que sucedería, por ejemplo, en caso de despido verbal²⁰, de despido practicado sin audiencia al comité de empresa²¹ o de despido «extraordinario [*außerordentliche*]» (esto es, sin plazo de preaviso) de un representante del personal sin consentimiento del comité de empresa²². Ahora bien —supuesto que el despido practicado careciese de la naturaleza de «evidentemente ineficaz»—, no, durante la tramitación del proceso de despido ante el Tribunal laboral de primera instancia, pues «descontados los casos de despido evidentemente ineficaz, la inseguridad sobre la eficacia del despido y, en consecuencia, la incertidumbre del resultado del proceso, fundamenta un interés protegible del empresario a no ocupar efectivamente al trabajador despedido mientras dure el proceso de despido»²³. En fin, sí de nuevo, si el trabajador ganase el pleito ante el Tribunal laboral de primera instancia, pues «el equilibrio de intereses se modifica, sin embargo, cuando en el proceso de despido se dicta una sentencia de conclusión de la instancia que declara la ineficacia del despido y, en consecuencia, la subsistencia de la relación laboral»²⁴, aun cuando se trate de una «sentencia todavía no firme»²⁵.

6. La respuesta afirmativa a dicha pregunta —con todos sus matices— obligaba a la Sala General a tener que responder la segunda pregunta planteada por la Sala 7, cuyo tenor literal era el siguiente: «En caso de respuesta positiva a la cuestión 1): ¿cuáles son, en el caso concreto, los requisitos y límites jurídicos de este derecho de readmisión y cómo puede realizarse judicialmente?». Se trataba de una pregunta que exigía una respuesta de carácter procesal, focalizada en cómo hacer valer «judicialmente [*gerichtlich*]» el derecho a la readmisión del trabajador durante la tramitación del proceso de despido. Pues bien —sobre la base de ser la acción de despido regulada por la Ley alemana de Protección contra el Despido una acción declarativa pura, pero en absoluto una acción de condena²⁶—, la Sala General procedió a responderla, indicando en sustancia todo lo siguiente: 1) «el derecho de readmisión [*Weiterbeschäftigungsanspruch*], al igual que el derecho del trabajador despedido a la remuneración, puede reclamarse ya durante el proceso de despido»²⁷, mediante el ejercicio por el trabajador de la correspondiente acción de condena, que la Sala General denomina

¹⁹ Cfr. marginal 85, inciso cuarto.

²⁰ Según el Código Civil alemán, «la terminación de la relación laboral a través del despido o por disolución del contrato necesita de forma escrita para su eficacia; la forma electrónica queda excluida» (parágrafo 623).

²¹ Según la Ley alemana de Organización de la Empresa, «un despido decretado sin audiencia del comité de empresa es ineficaz» (parágrafo 102, apartado 1, inciso 3).

²² Según la Ley alemana de Organización de la Empresa, dicho despido «necesita el consentimiento del comité de empresa [*bedarf der Zustimmung des Betriebsrats*]» (parágrafo 103, apartado 1).

²³ Marginal 87.

²⁴ Marginal 94, inciso primero.

²⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁶ Al respecto, asimismo con estudio de este Auto de Sala General, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), págs. 563-564.

²⁷ Marginal 99, inciso primero.

«acción de ocupación efectiva [*Beschäftigungsklage*]»²⁸; 2) supuesto que se tratase de un trabajador no cubierto por la Ley de Protección contra el Despido —que es el caso, como se dijo, de todos los trabajadores al servicio de empresas pequeñas—, «no se requiere ninguna acción ejercitada, antes o al mismo tiempo que la acción de ocupación efectiva, para la declaración de la ineficacia del despido»²⁹, pues «en estos casos, hay que examinar la ineficacia del despido como cuestión previa en el proceso de readmisión»³⁰; y 3) en cambio, si se tratase de trabajador cubierto por la Ley de Protección contra el Despido, se requería plantear la citada acción de ocupación efectiva «por la vía de la acumulación objetiva de acciones (parágrafo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en otro proceso [distinto del de protección contra el despido]»³¹, pero teniendo en cuenta —como en el supuesto anterior, aunque aquí con la eventual necesidad de coordinar el resultado de dos procesos distintos— que «la acción de readmisión sólo puede atenderse, en este caso, cuando el Tribunal de Trabajo ha declarado o simultáneamente declara, en relación con la correspondiente acción de protección contra el despido del trabajador, que la relación laboral no se ha disuelto a través del despido»³².

III. LOS PORQUÉS DE LA FALTA DE EXISTENCIA, EN ESPAÑA, DE UN CASO JUDICIAL EQUIVALENTE AL AUTO DE SALA GENERAL DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 25 DE FEBRERO DE 1985

7. En España, la absoluta inexistencia de un caso judicial similar a este importante Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo se explica, ante todo, por causa del hecho de que la acción de despido —tal y como la regula nuestra Ley de Procedimiento Laboral— no sea en absoluto ninguna acción declarativa pura —a diferencia de lo que sucede en Alemania—, sino con claridad una acción compleja, que lleva aparejado siempre un elemento de condena. Sobre esta base, lo pretendido por el trabajador es que al dictarse sentencia, pero nunca antes, se condene al empresario a su eventual readmisión. Y a esto obliga, en principio, la Ley de Procedimiento Laboral —cuando procede a regular el proceso de despido tipo, modelo o madre³³—, afirmando: 1) que «si el despido se declara improcedente, se *condenará* al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización»³⁴; 2) que «en caso de que se declare improcedente el despido de un representante legal o sindical de los

²⁸ Cfr. marginal 100.

²⁹ *Ibidem*, inciso primero.

³⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

³¹ Marginal 99.

³² Marginal 101, inciso segundo.

³³ Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 575-577.

³⁴ Artículo 110, apartado 1, párrafo primero, inciso primero.

trabajadores, la opción... corresponderá al trabajador»³⁵; y 3) que «si el despido fuera declarado nulo se *condenará* a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir»³⁶.

8. Es cierto que desde 1990 la propia Ley de Procedimiento Laboral regula cierto mecanismo, que podría llegar a posibilitar —teóricamente— el que un trabajador despedido obtuviese la condena provisional del empresario a tener que readmitirle, antes de que sobre su despido llegase a dictarse sentencia. Se trata del «incidente» previsto ahora en su artículo 178. Pero esta norma no parece haber suscitado ninguna jurisprudencia significativa en nuestro país; y mucho menos, en materia de despido. Y quizá ello se deba, de un lado, a que la norma en cuestión aparece expresamente prevista —en principio— no para enervar la eficacia del despido, sino la de otras decisiones empresariales distintas³⁷. Y también, de otro lado, a la propia redacción del precepto —verdaderamente dramática—, a cuyo tenor «en el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado»³⁸, aunque «sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación»³⁹.

9. En cualquier caso, supuesto que a través de esta vía pudiese llegar a reconocerse a un trabajador despedido el derecho a obtener la readmisión durante la tramitación en la instancia de su proceso por despido, es claro que los fundamentos de la correspondiente resolución judicial —por cierto, necesariamente un «auto»⁴⁰— nada tendrían que ver con los que utiliza el Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo, ensalzando toda la trascendencia constitucional —en Alemania— del derecho de ocupación efectiva. En efecto, el derecho de ocupación efectiva es —en España— sólo un derecho de segundo rango, absolutamente incapaz de llegar a fundamentar por sí mismo una pretensión de readmisión encauzable por la vía del citado artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral. Cuál sea su verdadero rango aquí, lo ha proclamado enfáticamente el Auto del Tribunal Constitucional número 246/2003, de 14 julio⁴¹, en el que se inadmite a trámite el recurso de amparo de cierto trabajador —por carencia manifiesta de contenido constitucional—, razonando que «la ocupación real y efectiva del trabajador, consagrada en el artículo 4.2.a) del E[statuto de los] T[rabajadores],

³⁵ Artículo 110, apartado 2.

³⁶ Artículo 113.

³⁷ No se trataría, sin embargo, de ningún obstáculo insuperable, vista la «exportación» de garantías al proceso de despido, de que habla nuestra jurisprudencia (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 577).

³⁸ Apartado 1, inciso primero.

³⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁰ Según el apartado 3 del citado artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral, «el órgano judicial resolverá en el acto mediante *auto* dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación».

⁴¹ *Aranzadi WESTLAW*, RTC 2003/246 AUTO.

viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la C[onstitución] E[spañola], formando parte de su contenido esencial, mas de todos es sabido que no es éste un derecho fundamental, sino un derecho constitucional ordinario, incardinable dentro de los llamados “derechos y deberes de los ciudadanos” de la Sección Segunda del Título Primero, con lo que la privación de efectividad de este derecho no constituye, “per se”, un incumplimiento constitucionalmente relevante que permita al trabajador afectado sostener una pretensión de tutela de derechos fundamentales»⁴².

⁴² Fundamento Jurídico 2, párrafo primero, inciso primero. Este Auto continúa afirmando que «sólo cuando el incumplimiento de la obligación empresarial de proporcionar ocupación efectiva y adecuada se convierta en el medio o instrumento utilizado por el empresario, y además un instrumento relevante, para lesionar un derecho fundamental o una libertad pública del trabajador podrá considerarse vulnerado un derecho fundamental» (*ibidem*, inciso segundo).

CAPÍTULO QUINTO

LA CAPACIDAD DE LOS SINDICATOS PARA PODER CELEBRAR CONVENIOS COLECTIVOS. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE MARZO DE 2006

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE MARZO DE 2006

1. «*Grand Arrêt*» alemán —en materia de Derecho sindical— es, sin duda, un reciente Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 marzo 2006¹. Ante todo, resulta preciso explicar que la forma adoptada por esta resolución judicial es la de «Auto [*Beschluß*]», por causa de que el litigio aquí resuelto —por la Sala 1 del Tribunal Federal de Trabajo— era un pleito tramitado precisamente a través de lo que la Ley alemana del Tribunal de Trabajo denomina «procedimiento [a resolverse] por Auto [*Beschlußverfahren*]», que dicha Ley prevé para resolver, entre otros, los asuntos en que se demande «la decisión sobre la capacidad para convenir colectivamente y la competencia convencional de una asociación»². De ahí, en la primera instancia, que el proceso concluyese por Auto del Tribunal de Trabajo de Stuttgart de 12 septiembre 2003³; en la segunda instancia, resolviendo la apelación contra este Auto —recurso legalmente denominado «queja [*Beschwerde*]», por la propia Ley del Tribunal de Trabajo—, que se dictase nuevo Auto por el Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baden-Württemberg, de fecha 1 octubre 2004⁴; y que contra este otro Auto, pero ya en sede de casación —recurso legalmente denominado, siempre por la citada Ley del Tribunal de Trabajo, recurso de «queja por razones de Derecho [*Rechtsbeschwerde*]»—, se dictase por el Tribunal Federal de Trabajo este importantísimo Auto de 28 marzo 2006, que brevemente pasamos a reseñar.

¹ Referencia 1 ABR 58/04.

² Cfr. su parágrafo 2a, apartado 1, número 4. Sobre el procedimiento en cuestión, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 94.

³ Localizable, a través de Internet, en www.rechtsrat.ws/vlink/tarif/cgm.htm.

⁴ *Ibidem*.

2. A un laboralista español, más que la extensión del Auto —que no cabe calificar, en absoluto, de resolución judicial corta—, lo que realmente le llama la atención en él es la manera en que se estructura su muy denso contenido. En efecto, aparece formalmente dividido en dos grandes partes —encabezadas por las letras «A» y «B»—, respectivamente relativas a «Circunstancias [*Sachverhalt*]» y «Por los motivos [*Aus den Gründen*]», y por tanto, a hechos y a Derecho. La parte «A» permite acreditar, con claridad, todo lo siguiente: 1) que se trataba de un pleito intersindical, en el que litigaban como partes principales —aunque había hasta quince partes más, todas ellas mencionadas por remisión— el poderoso sindicato IG Metall, en concepto de demandante, frente al pequeño Sindicato Cristiano del Metal (CGM), pretendiendo el primero «la declaración de que el CGM no es ningún sindicato con capacidad convencional»⁵ (e incluso, más radicalmente, que «el CGM no es ningún sindicato, a los efectos del Derecho del Trabajo»)⁶; 2) que el iter procesal subsiguiente al planteamiento de la demanda resultó bastante movido, pues —tras la resolución de un incidente previo, planteado ante el mismísimo Tribunal Federal Constitucional⁷— el Tribunal de Trabajo de primera instancia estimó tal demanda⁸, mientras que el Tribunal de Trabajo de segunda instancia estimó, en cambio, la apelación tramitada por el sindicato demandado; y 3) que el resultado de la casación planteada por el IG Metall, tras perder el pleito en la segunda instancia, la anuncia —aunque sorprenda— el Tribunal Federal de Trabajo al final de la propia parte fáctica de su Auto, afirmando solemnemente —a modo de fallo— que «la queja por razones de Derecho [recuérdese, el nombre que recibe en Alemania la casación en los procedimientos a resolverse por Auto] del IG Metall, admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, no tiene éxito»⁹, lo que provocaba —lógicamente— el vencimiento del actor y la absolución de la parte demandada.

3. La parte «B» o parte jurídica del Auto —sin duda la de verdadero interés ius-comparatista— aparece dividida, a su vez, en otras tres partes encabezadas por un número romano (en consecuencia, «I», «II» y «III»). En «I», se debatió la legitimación de los múltiples interesados en el proceso, concluyéndose en sustancia que «no es evidente que en el presente procedimiento no hubiese tenido lugar la audiencia de una asociación o parte que esté afectada directamente en su posición jurídica como asociación de trabajadores o asociación empresarial»¹⁰. En «II», a modo de puente entre dicho tema formal-sustantivo (relativo a la legitimación) y el de fondo planteado en el caso, se despejaron diversos extremos, relativos a que la demanda resultaba suficientemente precisa (por aplicación del precepto común regulador del tema, contenido en la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil); a que el demandante tenía pleno derecho, además, a plantear su demanda («supuesto que la asociación que plantea la demanda litigue la capacidad convencional de otra asociación, debe ser capaz de convenir colectivamente

⁵ Marginal 12.

⁶ Marginal 13.

⁷ Cfr. marginal 15.

⁸ Cfr. marginal 15.

⁹ Marginal 15.

¹⁰ Marginal 20.

por sí misma»¹¹; por ello, a que el sindicato demandante tenía interés jurídico; y por último, a que en modo alguno podía ser calificado de litigante temerario (frente a la «afirmación del CGM ... de que el IG Metall abusa del procedimiento para que se elimine a los competidores indeseados», se concluye que «no existen puntos de referencia fiables para la suposición de que el IG Metall se dirige no a la declaración pretendida de falta de capacidad convencional del CGM, sino exclusivamente a obstaculizar a éste en su libertad de acción»¹². En «III», en fin, se trata ya frontalmente del fondo del asunto. Evidentemente, es la parte más sustanciosa y, también, la más extensa del propio Auto (consume prácticamente dos tercios del contenido del mismo, desde el marginal 33 hasta el marginal 95, que es el último).

II. LA CAPACIDAD DE LOS SINDICATOS PARA PODER CELEBRAR CONVENIOS COLECTIVOS (*TARIFFÄHIGKEIT*), SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE ESTE AUTO

4. Lógicamente, el *Leitmotiv* de este denso conjunto de sesenta y tres marginales sólo podía ser —en congruencia con lo pedido en la demanda— el concepto de «capacidad convencional [*Tariffähigkeit*]» sindical, o capacidad de los sindicatos para poder celebrar válida y eficazmente los convenios colectivos regulados en la Ley alemana del Convenio Colectivo, que son única y exclusivamente los convenios colectivos sindicales (en alemán, «*Tarifverträge*»)¹³. Sobre el tema, resultan claves las afirmaciones del Auto relativas a lo siguiente: 1) que la «capacidad convencional» es un concepto jurídico abstracto requerido por la Ley, sí, aunque el legislador ha renunciado a precisar su contenido (literalmente, «la noción de capacidad convencional no está legalmente definida [*der Begriff der Tariffähigkeit ist gesetzlich nicht definiert*]»¹⁴, y «tampoco están legalmente prescritas las exigencias que hay que asignar a la capacidad convencional de una asociación de trabajadores»¹⁵); 2) en consecuencia, que resultaba capital —para su concreción— el papel desarrollado por la jurisprudencia («supuesto que el legislador ha renunciado a regular expresamente los requisitos de la capacidad convencional, se mantiene la función de los Tribunales laborales de completar a través de la interpretación, en el marco del litigio traído ante ellos, el concepto jurídico indeterminado»¹⁶; y 3) que —«según jurisprudencia constante [*nach der ständigen Rechtsprechung*] de la Sala»— un sindicato debía cumplir ciertos «requisitos mínimos determinados [*bestimmte Mindestvoraussetzungen*] para ser capaz de convenir»¹⁷. De acuerdo con esta jurisprudencia, los requisitos mínimos en cuestión eran tres —a un laboralista español

¹¹ Marginal 28.

¹² Marginal 32.

¹³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 79 y ss. (para el estudio comparado de la Ley) y 234 y ss. (para la traducción castellana).

¹⁴ Marginal 35, inciso primero.

¹⁵ Marginal 36, inciso primero.

¹⁶ Marginal 36, inciso sexto.

¹⁷ Marginal 34, inciso primero.

le llama poderosamente la atención el que sólo quepa en Alemania la existencia de sindicatos organizados supraempresarialmente («una asociación de trabajadores ... debe ... estar organizada con una base supraempresarial [*eine Arbeitnehmervereinigung ... muss ... auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein*])¹⁸—, aunque el verdaderamente decisivo resultaba ser el referido a «que la asociación de trabajadores pueda cumplir útilmente su función como parte del convenio colectivo [*dass die Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann*])¹⁹, desdoblable en dos, a su vez, a saber: «de un lado, la fuerza de imponerse frente a la contraparte social, y de otro lado, una indudable capacidad de cumplimiento de la organización»²⁰.

5. La «fuerza de imponerse [*Durchsetzungskraft*]), también denominada «influencia social [*sozial Mächtigkeit*]), mira al reconocimiento del sindicato como interlocutor —por la parte empresarial— para negociar convenios colectivos, afirmando descriptivamente respecto de ella el Auto: 1) que «una asociación de trabajadores debe poseer fuerza de imponerse, para asegurar que la contraparte social no puede pasar por alto ofertas de negociación»; 2) que «un equilibrio de intereses adecuado, socialmente pacificador, sólo puede lograrse cuando la asociación de trabajadores puede ejercer al menos tanta presión, que la parte empresarial se vea motivada a implicarse en negociaciones sobre una regulación convencional de las condiciones de trabajo»; y 3) que «la asociación de trabajadores debe ser tomada con seriedad por su contraparte social, de manera que las condiciones laborales no se establezcan unilateralmente por la parte empresarial, sino que sean realmente negociadas»²¹. Por su parte, la «capacidad de cumplimiento [*Leistungsfähigkeit*]) mira al entramado organizativo requerido para poder negociar convenios colectivos y para poder exigir el cumplimiento de los convenios colectivos negociados —se la califica también como «capacidad organizativa de cumplimiento [*organisatorischen Leistungsfähigkeit*])—, afirmando respecto de ella el Auto, también descriptivamente: 1) que «un sindicato debe estar en posición, en cuanto a su estructura organizativa, de cumplir sus funciones establecidas»; 2) a ese efecto —supuesto que «la celebración de convenios colectivos requiere de preparativos»—, que «hay que observar y pronosticar los desarrollos económicos y demás condiciones marco, para desarrollar a partir de ello las ordenaciones convencionales»; y 3) también a ese mismo efecto —dado que el cumplimiento real de un convenio colectivo igualmente debe ser vigilado y asegurado—, «que el resultado de la negociación, que ordinariamente tiene carácter de compromiso, debe ser gestionado y cumplido dentro de la asociación»²². Como se ve, todo está en función en Alemania de la negociación de convenios colectivos —hasta el punto incluso de que el Auto hace suya la afirmación doctrinal, relativa a que «la negociación de convenios colectivos es la parte más importante de la actividad en cuanto que coalición»²³, esto

¹⁸ Marginal 34.

¹⁹ Marginal 34, inciso quinto.

²⁰ Marginal 34, inciso sexto.

²¹ Todas estas afirmaciones, en marginal 39.

²² Todas estas afirmaciones, en marginal 53.

²³ Marginal 41.

es, como asociación empresarial o sindicato—, todo lo cual se proyecta sobre los dos tipos genéricos de supuestos de hecho, que el auto denomina «situaciones de partida [*Ausgangssituationen*]»²⁴, en los que hay que aquilatar tanto la «fuerza de imponerse» como la «capacidad de cumplimiento» del sindicato, recién mencionadas.

6. El primer supuesto de hecho ocurre cuando el sindicato ya ha logrado concluir en el pasado convenios colectivos con la parte empresarial —es lo que el Auto denomina, también, haber «participado activamente en acontecimientos convencionales [*Tarifgeschehen*]»²⁵—, en cuyo caso la regla general es que posee capacidad convencional, teniendo en cuenta: 1) que evidencia la misma, ante todo, la celebración en el pasado de «convenios colectivos negociados originariamente e independientes [*originär ausgehandelte, eigenständige Tarifverträge*]»²⁶; 2) que también la evidencia la celebración en el pasado de «los llamados convenios colectivos de reconocimiento o convenios colectivos de adhesión [*Anerkennungs- oder Anschlussstarifverträge*], celebrados con una extensión considerable por una asociación de trabajadores, con los que ésta acepta para los trabajadores por ella representados los convenios colectivos acordados por otro sindicato con la parte empresarial»²⁷; y 3) que no la evidencia, en cambio, la celebración en el pasado de convenios colectivos ficticios, pues «la existencia de un convenio colectivo aparente o de un convenio colectivo condescendiente, o de un convenio colectivo basado en el dictado unilateral de la parte empresarial [*das Vorliegen eines Schein- oder eines Gefälligkeitstarifvertrags oder eines auf dem einseitigen Diktat der Arbeitgeberseite beruhenden Tarifvertrags*], anula su eficacia indiciaria»²⁸. El segundo supuesto de hecho es, lógicamente, el inverso («si, en cambio, la asociación de trabajadores todavía no ha participado activamente en acontecimientos convencionales») ²⁹—referido normalmente a «asociaciones de trabajadores todavía jóvenes, que se han puesto como primer objetivo la celebración de convenios colectivos»³⁰—, en cuyo caso «la asociación de trabajadores, que reclama la capacidad convencional, tiene que alegar y probar en el litigio hechos que justifiquen la conclusión de que la parte empresarial no la ignorará previsiblemente»³¹, teniendo en cuenta que «hechos apropiados para ello son, en especial, la fuerza de la organización, así como, en su caso, la capacidad a tener en cuenta para ejercer presión a través de trabajadores en posiciones clave»³². Evidentemente, el sindicato demandado no se encontraba en esta segunda situación, pues —como afirma el Auto— «el CGM se ha implicado activamente en acontecimientos convencionales en el pasado»³³; y dado, además, que se trataba de acontecimientos consistentes en «los alrededor de 3.000 convenios colectivos de adhesión, así como los cerca de 550 convenios colectivos originarios, que

²⁴ Marginal 63.

²⁵ Marginal 61.

²⁶ Marginal 66, inciso primero.

²⁷ Marginal 72, inciso primero.

²⁸ Marginal 71, inciso primero.

²⁹ Marginal 61, inciso sexto.

³⁰ Marginal 64, inciso segundo.

³¹ Marginal 64, inciso quinto.

³² Marginal 64, inciso sexto.

³³ Marginal 80.

el CGM ha celebrado»³⁴, el Tribunal Federal de Trabajo falló reconociendo la capacidad convencional de dicho sindicato —en todo el ámbito reclamado por el sindicato demandante, el IG Metall, y en consecuencia, a nivel federal—, con las afirmaciones de que el CGM dispone «de la influencia social necesaria para el reconocimiento de su capacidad convencional»³⁵ y, también —a pesar de su «aparato de carrera claramente pequeño»³⁶—, «de una estructura organizativa que le capacita para defender las funciones de un sindicato en su ámbito organizativo»³⁷.

III. LA «CAPACIDAD REPRESENTATIVA» DE LOS SINDICATOS ESPAÑOLES, SEGÚN LA LEY ORGÁNICA 11/1985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD SINDICAL

7. En España, la expresión «capacidad convencional» —en cuanto que referida a los sujetos negociadores de convenios colectivos— no la utiliza la legislación. El concepto jurídico clave es, en cambio, el de «capacidad representativa» de los sindicatos, porque es el que utiliza nuestra Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, tanto en su articulado como en sus disposiciones extravagantes, resultando clave al respecto el artículo 6.3 de la misma³⁸, cuya plena constitucionalidad —al igual que la de otros varios preceptos de la propia Ley Orgánica— fue confirmada en su día por la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 julio³⁹. Se trata de un precepto que acredita que la capacidad en cuestión puede llegar a ser formalmente mucho más —incluso hasta siete veces más— que la «*Tariffähigkeit*» alemana, dado que afirma que «las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo ... gozarán de *capacidad representativa* a todos los niveles territoriales y funcionales para» siete actividades distintas (participación institucional, promoción de elecciones, participación en sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, etc.)⁴⁰, una de las cuales resulta ser «la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores»⁴¹.

8. Pues bien, en el Estatuto de los Trabajadores —y más en concreto en su Título III, artículos 82 a 92, que es la parte del mismo que trata «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos»—, es claro que el concepto jurídico del todo equivalente a la «*Tariffähigkeit*» alemana resulta ser el de «legitimación» (obviamente, para celebrar convenios colectivos). Sobre esta base, el contraste entre el Derecho alemán y el Derecho español es rotundo, puesto que el legislador español regula pormenorizadamente el tema,

³⁴ Marginal 93.

³⁵ Marginal 78.

³⁶ Marginal 94, inciso segundo.

³⁷ Marginal 92.

³⁸ Cfr., además, su artículo 7.1, párrafo segundo; su disposición adicional primera, apartados primero y segundo; y su disposición adicional cuarta.

³⁹ BOE de 14 agosto 1985.

⁴⁰ Sobre la faceta funcional de todos los sindicatos legalmente constituidos en España, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 386-387.

⁴¹ Véase la letra b) de dicho precepto.

quizá con el propósito de dejar poco margen de intervención sobre él a la jurisprudencia de los tribunales laborales. En efecto, con independencia de que la palabra «legitimación» (o sus derivados, como «legitimadas» o «legitimados») aparezca utilizada en los dos Capítulos de que se compone el Título III del Estatuto de los Trabajadores (y también, en las dos Secciones en que se subdivide cada uno de esos dos Capítulos), la clave de la regulación del tema pretende serlo la Sección 2ª del Capítulo I (artículos 87 y 88, cuya rúbrica es precisamente la de «Legitimación»), dado que estos dos preceptos pretenden agotar la regulación del mismo, distinguiendo la «legitimación» desde el doble punto de vista del ámbito funcional del convenio colectivo a celebrar (en consecuencia, «en los convenios de empresa o de ámbito inferior» y «en los convenios de ámbito superior a los anteriores») y de los sujetos que pretenden celebrarlo (en consecuencia, de un lado, «el comité de empresa, delegados de personal, en su caso, o las representaciones sindicales si las hubiere» y «los sindicatos»; y de otro lado, «el empresario» y «las asociaciones empresariales»), teniendo en cuenta —con la pretensión de cuadrar el círculo— que la criba entre los muchos sindicatos y asociaciones empresariales existentes en España la realiza esta concreta Sección utilizando el concepto «representatividad», que resulta incluso susceptible de una precisión matemática basada en la «audiencia» del sindicato en los procesos para elegir los órganos de representación unitaria en las empresas —pero no en la «implantación»⁴², también irrelevante en Alemania, de conformidad con el Auto que venimos reseñando⁴³—, en los diversos ámbitos funcionales o geográficos a que se refiera el convenio (en consecuencia, sindicatos más representativos a nivel estatal o a nivel de Comunidad Autónoma, y en consecuencia en todos los ámbitos funcionales comprendidos en dichos ámbitos geográficos; sindicatos mera o simplemente representativos en un concreto ámbito geográfico y funcional, etc.; y lo mismo, como es lógico, para las asociaciones empresariales)⁴⁴.

9. En cualquier caso, esta pretensión de exhaustividad reguladora del legislador laboral español —a propósito siempre del tema de la «legitimación» para celebrar convenios colectivos— ha resultado vana. En efecto, se trata de una regulación que deja huecos sin cubrir y, en consecuencia, espacio para una labor innovadora y creativa por parte de nuestros tribunales laborales. Y si hubiese que afinar, eligiendo sólo una de entre las muchas resoluciones de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo dictadas en materia de «legitimación» para convenir, nos parece claro que la calificación de «*grand arrêt*» debería adjudicársele a una Sentencia de 23 noviembre 1993⁴⁵, que posee sus contrastes con el Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 marzo 2006 —la Sentencia española es breve, cita en globo la «doctrina científica» sin referencias a autores o publicaciones concretas, como es usual en España, y posee incluso un

⁴² Sobre su relevancia, como excepción, en relación con la capacidad negocial de los sindicatos horizontales o de franja, véase artículo 87.1, párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁴³ En su marginal 75 se afirma que «una asociación de trabajadores, en caso de litigio sobre su capacidad convencional, no debe practicar la prueba de que en el ámbito convencional dispone de un número mínimo determinado de afiliados [*eine bestimmte Mindestmitgliederzahl*], a los que se apliquen directamente, de conformidad con el párrafo 4, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, los convenios colectivos celebrados» (inciso primero).

⁴⁴ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 404 y ss.

⁴⁵ Recurso de casación ordinaria núm. 1780/1991. Localizable en *Aranzadi WESTLAW*, RJ 8932.

«voto particular» o disidente de dos magistrados⁴⁶, cosa impensable en el caso del Tribunal Federal de Trabajo—, aunque resulta parangonable con él, al menos por las siguientes razones: 1) se trata de una Sentencia en la que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español actuó constituida precisamente en «Sala General» —concepto éste equivalente, de algún modo, al de «*großer Senat*» al que se refiere, a propósito del Tribunal Federal de Trabajo, la Ley alemana del Tribunal de Trabajo⁴⁷—, con el lógico plus de autoridad (y por tanto, de «*grand arrêt*») atribuible a todo lo decidido por dicha peculiar Sala⁴⁸; 2) se trata asimismo de una Sentencia resolutoria de un pleito intersindical, en el que litigaban —además de la autoridad laboral autonómica y de una asociación de empresarios— los sindicatos «Comisiones Obreras», «Unión General de Trabajadores» y «Confederación Intersindical Galega» —todos con la consideración legal de «más representativos»— frente al pequeño sindicato «USGA», al efecto de que se declarase nulo el convenio colectivo estipulado por este último y la asociación patronal precisamente por falta de legitimación para convenir del mismo⁴⁹; y 3) sobre todo, porque se trata de una Sentencia evidenciadora de que los citados artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores en modo alguno agotaban el tema de la «legitimación» para convenir, dado que: a) junto a la «legitimación inicial» (regulada en el artículo 87) y a la «legitimación plena» (regulada en el artículo 88), debía distinguirse una tercera especie de «legitimación», que la Sentencia califica de «decisoria»⁵⁰; b) esta última aparecía exigida por el tenor del artículo 89, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores⁵¹, aun cuando se tratase de un precepto formalmente relativo no a la «legitimación» para celebrar un convenio, sino a su «tramitación»; y c) el tenor de este último precepto —que en la actualidad afirma que «los acuerdos de la comisión [negociadora] requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones»—, a su vez, admitía diversos sentidos o posibles interpretaciones, optando resueltamente esta Sentencia —aunque ello provocase que el pequeño sindicato «USGA» acabase perdiendo el pleito— por la relativa a que el cómputo de la mayoría en cuestión «debe realizarse atendiendo a la representatividad de las organizaciones profesionales»⁵².

⁴⁶ Con amparo en lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; y también, del artículo 205 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁷ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 90-91.

⁴⁸ El tema lo regula la recién citada Ley Orgánica del Poder Judicial; más en concreto, sus artículos 197 («ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia») y 264.1, inciso primero («los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales»).

⁴⁹ Las partes aparecen claramente delimitadas en la Sentencia recurrida, que es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 julio 1991 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 4574/1991).

⁵⁰ Véase Fundamento de Derecho segundo. Todo ello, por la vía del proceso laboral especial de impugnación de convenios colectivos, regulado en los artículos 161 a 164 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. Fundamento de Derecho tercero. Esta doctrina sigue siendo citada por la jurisprudencia como verdadera doctrina de autoridad, evidenciándolo así una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 enero 2006 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 3000/2006).

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1995

1. Este Auto del Tribunal Federal Constitucional —rectificador, con guante de seda, de una doctrina del propio Tribunal Federal Constitucional, aparentemente malinterpretada en Alemania por los tribunales laborales ordinarios y por la doctrina científica laboralista—, desde un punto de vista formal, es una resolución jurisdiccional dictada por los trámites del procedimiento regulado en los párrafos 90 a 96 de la Ley del Tribunal Federal Constitucional (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht [Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG]*) de 1951. Se trata de un procedimiento de algún modo equivalente a nuestro recurso de amparo —la Ley alemana lo denomina, sin embargo, de «queja constitucional [*Verfassungsbeschwerde*]¹—, cuya tramitación exige tener en cuenta, al igual que ocurre con el amparo español, que «la queja constitucional sólo puede ser planteada tras el agotamiento del contencioso ordinario [*nach Erschöpfung des Rechtswegs*]²; y aquí resultaba evidente que el contencioso en cuestión había sido agotado, pues lo recurrido en queja ante el Tribunal Federal Constitucional era una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, revocatoria —en perjuicio de cierto trabajador— de las resoluciones judiciales previamente adoptadas por la jurisdicción laboral alemana en primera y segunda instancias. Por lo demás, dado que este recurso de «queja constitucional» se tramitó ante el Tribunal Federal Constitucional sin necesidad de vista oral, se explica que la resolución del mismo adoptase precisamente la forma de «Auto», de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional, a cuyo tenor «la decisión [*Entscheidung*] basada en juicio oral se dicta como Sentencia [*Urteil*], y la decisión sin juicio oral como Auto [*Beschluß*]³.

¹ Cfr., por todos, su párrafo 13, núm. 8a.

² Cfr. párrafo 90, apartado 2, inciso primero.

³ Párrafo 25, apartado 2.

2. Sobre la base de que esta «queja constitucional» se refería a una supuesta violación de «derechos fundamentales» —que son los derechos mencionados en los artículos 1 a 19 de la Constitución Federal, justamente bajo ese rótulo genérico («*Grundrechte*») —, se comprende asimismo que el Auto en cuestión tuviese que ser dictado por la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional, pues —de acuerdo con lo dispuesto en su Ley reguladora— «la Sala Primera [*der Erste Senat*] del Tribunal Federal Constitucional es competente ... para las quejas constitucionales, con excepción de las quejas constitucionales a que se refiere el parágrafo 91 y de las quejas constitucionales derivadas del ámbito del Derecho electoral»⁴, lo que aquí —como se verá— no era en absoluto el caso. Según la propia Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional, la estructura de las resoluciones que dicta no puede ser más sencilla, dado que «la decisión tiene que redactarse por escrito, que motivarse [*zu begründen*] y que firmarse por los jueces que han participado en ella»⁵. De ahí —formalmente hablando— que este Auto, aparte el «Fallo [*Entscheidungsformel*]» —ubicado al comienzo del mismo— sólo tenga «Motivos [*Gründe*]», aunque estructurados en dos apartados, que comienzan con las letras mayúsculas «A» y «B».

3. Su apartado «A» tiene carácter más fáctico que propiamente jurídico. Y de entre su contenido, resulta clarificador entresacar los tres aspectos siguientes. En primer lugar, el fondo del asunto —relativo a una sanción disciplinaria impuesta a un trabajador por un supuesto ejercicio ilegítimo del derecho de libertad sindical, consistente en hacer publicidad de su sindicato para el reclutamiento de afiliados durante la jornada de trabajo—, pues «la queja constitucional se refiere a una sanción que fue decretada por el empresario del recurrente en queja, porque éste había hecho publicidad para su sindicato durante la jornada de trabajo»⁶. En segundo lugar —en relación con los derechos fundamentales del recurrente en queja, supuestamente violados por el Tribunal Federal de Trabajo—, que «con su queja constitucional, el recurrente en queja reprocha una violación de su derecho fundamental derivado del artículo 2, apartado 1, del artículo 5, apartado 1, y del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»⁷, aunque de estos tres preceptos el clave resultaba ser el artículo 9, apartado 3, genéricamente regulador en Alemania de la «libertad sindical [*Koalitionsfreiheit*]»⁸, a cuyo tenor: 1) «se garantiza a todos, y para toda profesión, el derecho a formar asociaciones para la preservación y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas»⁹; 2) «los acuerdos que busquen impedir o restringir este derecho son nulos, y las decisiones judiciales basadas en ello son ilegales»¹⁰; y 3) «las medidas a que se

⁴ Cfr. parágrafo 14, apartado 1. Sobre las competencias de la Sala Segunda, véase parágrafo 14, apartado 2.

⁵ Cfr. parágrafo 30, apartado 1, inciso segundo.

⁶ Cfr. apartado A, párrafo primero.

⁷ Cfr. apartado A.II.1, párrafo primero.

⁸ 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), págs. 112-113 y nota 5.

⁹ Inciso primero.

¹⁰ Inciso segundo.

refieren los artículos 12a y 35, apartados 2 y 3, el artículo 87a, apartado 4, y el artículo 91, no pueden dirigirse contra los conflictos laborales que sean declarados para la preservación y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas por las asociaciones a que se refiere el inciso 1»¹¹. En tercer lugar —recuérdese que esta resolución adopta la forma de Auto, precisamente porque no hubo juicio oral—, que «en relación con la queja constitucional, han tomado posición la Asociación Federal de Sociedades Empresariales Alemanas, el Presidente del Tribunal Federal de Trabajo y la demandada en el procedimiento originario»¹², cuyos escritos se pronuncian todos acerca de lo que en Alemania debía considerarse contenido de la libertad sindical, protegido o no por el citado artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

II. LA SUPERACIÓN DE LA FÓRMULA DEL ÁMBITO NUCLEAR (*KERNBEREICH*) DE LA LIBERTAD SINDICAL

4. La parte más propiamente jurídica del Auto —contenida en su apartado «B»— gira alrededor de la discusión sobre la funcionalidad del concepto jurídico «ámbito nuclear [*Kernbereich*]» de la libertad sindical. Y en este punto, el Tribunal Federal Constitucional no engaña, al poner de relieve que el concepto jurídico en cuestión —tal y como aparecía construido en sus propios precedentes jurisdiccionales— marcaba los límites de la protección constitucional de la libertad sindical y, por tanto, de los sujetos titulares de la misma. En este sentido, el Auto afirma: 1) que «naturalmente, el Tribunal Federal Constitucional ha expresado en una serie de decisiones que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege la libertad sindical y también, en consecuencia, la actividad de las coaliciones únicamente en un ámbito nuclear»¹³; 2) que «la actividad sindical está garantizada sólo en este sentido por imperio de la Constitución, en cuanto que aquélla debe ser considerada como imprescindible para la conservación y el aseguramiento de la coalición»¹⁴; y 3) que «estas formulaciones pueden producir la impresión, en efecto, de que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege de antemano la actividad propia de la coalición, en todo caso, sólo con un alcance de contenido muy limitado»¹⁵.

5. Pues bien, esta impresión es la que había impactado en la Sentencia recurrida del Tribunal Federal de Trabajo —también, en la doctrina científica laboralista que aparece citada en este Auto—, según la cual la protección otorgada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal a la libertad sindical quedaba ceñida sólo «al ámbito de lo imprescindible»¹⁶, de manera que fuera de este ámbito (esto es, el «ámbito nuclear») la protección dependía de que la concreta actividad sindical controvertida estuviese protegida, a su vez, por una normativa específicamente reguladora de la misma, que

¹¹ Inciso tercero.

¹² Marginal 11.

¹³ Marginal 21, inciso primero.

¹⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁶ Cfr. marginal 24, inciso primero.

aquí faltaba (según la Sentencia recurrida del Tribunal Federal de Trabajo, «el recurrente en queja sólo podía hacer publicidad para su sindicato en la empresa, supuesto que esta actividad hubiese recibido la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, o estuviese permitida por otra Ley, y rechaza la acción porque no había existido ninguno de estos requisitos»¹⁷. Pero el Tribunal Federal Constitucional se opone tajantemente en este Auto a dicha conclusión, sin desmentir la doctrina contenida en sus propios precedentes sobre el tema (literalmente, «la Sala no se aparta de la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal Constitucional»)¹⁸ —de ahí que hablásemos antes de rectificación enguantada en seda—, afirmando que ahora «sólo se propone una clarificación que estaba motivada por causa de los malentendidos —ajenos a su voluntad— a los que habían conducido las decisiones anteriores»¹⁹. La interpretación clarificadora en cuestión consistía en lo siguiente: 1) «el punto de partida de la fórmula del ámbito nuclear es la convicción de que la Constitución no garantiza la libertad de acción de las coaliciones sin límites, sino que admite su estructuración por el legislador»²⁰; 2) «con la fórmula del ámbito nuclear, el Tribunal alude a los límites que hay que tener en cuenta en ese caso», los cuales «se excederán [por el legislador], supuesto que las regulaciones restrictivas no se presenten con el objeto de proteger otros bienes jurídicos»²¹; y 3) «dicha vinculación del legislador sólo se justifica desde una protección constitucionalmente garantizada de la libertad sindical, que objetivamente va más allá del “ámbito nuclear”»²².

6. Esto sentado, se explica que el Tribunal Federal Constitucional tuviese que estimar el recurso («la queja constitucional es admisible y fundada»)²³, pues «la decisión atacada se basa en la determinación inexacta del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y de ahí que haya que revocarla»²⁴. Sin embargo, este Auto —como claramente pone de relieve su «Fallo»— declinó entrar en el fondo del asunto, devolviendo el mismo al Tribunal Federal de Trabajo para que lo resolviese de nuevo, con sujeción a unas bases precisas que aparecen especificadas en el subapartado II (y último) del apartado «B» del propio Auto. Estas bases —que parten de la premisa de que «forma parte de las actividades protegidas [por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal] el reclutamiento de afiliados por las propias coaliciones»²⁵, teniendo en cuenta que «también el afiliado individual de una asociación está protegido por el artículo 9, apartado 3 ... , cuando busque ganar a otro para que se afilie»²⁶— son, en lo esencial, las siguientes: 1) «cómo haya de decidirse el caso litigioso, no lo fija la Constitución»²⁷, pues «aquí se trata de la determinación de los derechos y deberes recíprocos del recurrente en queja y de su empresario, en lo que se

¹⁷ Cfr. marginal 27, inciso segundo.

¹⁸ Cfr. marginal 25, inciso quinto.

¹⁹ *Ibidem*, inciso séptimo.

²⁰ Cfr. marginal 23, inciso segundo.

²¹ *Ibidem*, inciso tercero.

²² Cfr. marginal 24, inciso cuarto.

²³ Cfr. marginal 16.

²⁴ Cfr. marginal 27, inciso cuarto.

²⁵ Cfr. marginal 19, inciso primero.

²⁶ *Ibidem*, inciso quinto.

²⁷ Cfr. marginal 27, inciso primero.

refiere a la publicidad para el sindicato en la empresa»²⁸, a resolverse recurriendo «a los principios generales y cláusulas del Derecho de contratos»²⁹, pero interpretándolos tomando en consideración «las posiciones protegidas constitucionalmente de ambas partes del contrato»³⁰; 2) «del lado del recurrente en queja, se trata de la protección que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal da al reclutamiento de afiliados para su sindicato, y de la importancia del interés de hacer publicidad para el sindicato también durante la jornada de trabajo»³¹; y 3) «para la posición del empresario, se litiga su libertad de actuación económica (artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal), que se afecta en especial, en caso de una perturbación de la actividad laboral y de la paz de la empresa»³².

III. LA DISTINCIÓN ENTRE «CONTENIDO ESENCIAL» Y «CONTENIDO ADICIONAL» DE LA LIBERTAD SINDICAL, A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 39/1986, DE 31 DE MARZO

7. En España, la búsqueda de un término de comparación con la doctrina de este importante Auto la facilita alguna afirmación del mismo, orientada a probar su novedoso hallazgo de que «en la jurisprudencia más reciente sobre el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, la Sala ya no se ha apoyado en la fórmula del ámbito nuclear»³³; y especialmente, la relativa a que «en la decisión sobre el cierre patronal ha partido de un ámbito de protección amplio y ha confirmado la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Federal de Trabajo en cuanto al contenido, sólo con la fundamentación de que ni lesiona el contenido esencial de la libertad sindical a los efectos del artículo 19, apartado 2, de la Constitución Federal, ni se entromete de modo desproporcionado en el derecho fundamental»³⁴. Esta referencia expresa suya al «contenido esencial de la libertad sindical», aparte evidenciar el parentesco existente entre el artículo 53.1 de nuestra Constitución y el precepto constitucional citado por el Auto (esto es, el artículo 19, apartado 2, de la Constitución Federal)³⁵, apunta asimismo —en cuanto que término de comparación a utilizar— a la distinción entre «contenido esencial» y «contenido adicional» de la libertad sindical, elaborada por nuestra jurisprudencia constitucional

²⁸ *Ibidem*, inciso tercero.

²⁹ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁰ *Ibidem*, inciso quinto.

³¹ *Ibidem*, inciso sexto.

³² *Ibidem*, inciso séptimo.

³³ Cfr. marginal 25, inciso primero.

³⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁵ Recuérdese que el artículo 53.1 de nuestra Constitución afirma que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos», teniendo en cuenta que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a); y que el artículo 19, apartado 2, de la Constitución Federal alemana afirma, por su parte —sobre la base de que «según esta Constitución un derecho fundamental puede ser limitado por Ley o sobre la base de una Ley» (apartado 1)—, que «en ningún caso puede un derecho fundamental ser violado en su contenido esencial [*in seinem Wesensgehalt*]».

inmediatamente después de la promulgación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical³⁶. Según reconoce esa misma jurisprudencia constitucional nuestra, dicha distinción fue formulada con claridad, por vez primera, en la Sentencia de Tribunal Constitucional núm. 39/1986, de 31 marzo³⁷.

8. En esta Sentencia, resolutoria de sendos recursos de amparo acumulados que desestimó en cuanto al fondo, se afirma la existencia de derechos concretos, que «son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería “reconoscible”»³⁸, que se otorgan directamente por el artículo 28.1 de la Constitución —en cuanto que precepto genéricamente protector de la libertad sindical— a todo sindicato legalmente constituido, por el mero hecho de serlo. Pero se afirma en ella, también, que «es perfectamente claro que los sindicatos puedan recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional»³⁹, aunque en relación con estos otros derechos «es posible introducir diferencias entre los sindicatos»⁴⁰ —siempre «con arreglo a “criterios objetivos”»⁴¹—, por lo que «en la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical —que debe ser garantizado a todos—, tampoco se vulnera el artículo 28.1 de la Constitución»⁴². Evidentemente, entre los «criterios objetivos» en cuestión debía contarse el diverso grado de representatividad de los sindicatos —expresamente tenido en cuenta por la Ley Orgánica 11/1985 (claramente, por ejemplo, en su artículo 6)—, al efecto de otorgar derechos adicionales, lo que explica que la Sentencia concluyese —a propósito del derecho de «participación institucional» de los sindicatos— que este concreto derecho «no emana necesariamente de la libertad sindical, sino que es creación de la ley»⁴³, formando parte sólo —sin vulneración ninguna de la Constitución, pero amparado por el artículo 28.1 de ella— de «la libertad sindical “más plena” que pueda corresponder a todo sindicato más representativo (aunque no a otros que no lo sean), tal y como viene configurada en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical»⁴⁴.

9. A la vista de la doctrina de esta Sentencia —reiterada y perfilada luego, hasta el punto incluso de hablar nuestro Tribunal Constitucional de «la ya clásica doctrina de este Tribunal sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical, reiterada en múltiples Sentencias»⁴⁵—, parece razonable sostener que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical presenta contrastes claros en España y

³⁶ Al respecto, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 379.

³⁷ BOE de 9 abril 1986.

³⁸ Fundamento jurídico 3.B), inciso primero.

³⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, inciso cuarto.

⁴³ Fundamento jurídico 3.C), párrafo primero.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo segundo, inciso segundo.

⁴⁵ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit. pág. 379, nota 13.

Alemania, en buena medida derivados del hecho de que el precepto constitucional específicamente regulador del tema haya sido desarrollado en España —por la citada Ley Orgánica 11/1985—, pero no en Alemania⁴⁶. Estos contrastes se refieren sobre todo a lo que el Auto alemán denomina «protección constitucionalmente garantizada de la libertad sindical, que objetivamente va más allá del “ámbito nuclear”»⁴⁷, que es lo que parece equivaler al «contenido adicional» de la libertad sindical, de que habla nuestro Tribunal Constitucional en España. En efecto, de un lado, porque ese «más allá» es en Alemania para todos, mientras que el «contenido adicional» es en España sólo para unos pocos, aunque suelen ser los más grandes; y de otro lado, porque el «más allá» alemán —supuesto que de él se benefician, en principio, todos los sindicatos— soporta restricciones derivadas sobre todo de los derechos constitucionalmente protegidos del empresario, mientras que el «contenido adicional» español —supuesto que de él no se benefician, en cambio, todos los sindicatos— soporta sobre todo las restricciones que pudieran derivarse de los derechos constitucionales (igualdad y no discriminación, por ejemplo) de los sindicatos que resulten excluidos del mismo.

⁴⁶ Al respecto de esto último, 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., págs. 112-113, y nota 5.

⁴⁷ Véase *supra*, núm. 5, *in fine*.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL DERECHO DE ACCESO AL CENTRO DE TRABAJO POR MANDATARIO SINDICAL AJENO AL PROPIO CENTRO DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE FEBRERO DE 2006

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 28 DE FEBRERO DE 2006

1. Esta importante decisión judicial, que mantiene una relación efecto-causa con el Auto del Tribunal Federal Constitucional de que trata el Capítulo inmediatamente precedente a éste, reviste la forma de «Sentencia» del Tribunal Federal de Trabajo, no precisamente por capricho, casualidad o azar. La reviste, por causa de que aquí el Tribunal Federal de Trabajo conoció y resolvió un litigio seguido, en sus diversas instancias y grados jurisdiccionales, por los trámites de lo que la Ley del Tribunal de Trabajo —reguladora, como se sabe, de la jurisdicción laboral alemana— denomina «Procedimiento [a resolverse] por Sentencia [*Urteilsverfahren*]»¹. En efecto, este procedimiento está legalmente concebido para resolver, entre otros varios asuntos litigiosos, también —como aquí era el caso— los «pleitos jurídico-civiles entre las partes con capacidad para convenir colectivamente o entre éstas y terceros respecto de actos ilícitos, supuesto que se trate de medidas con finalidad de lucha laboral, o de cuestiones relativas a la libertad de asociación, con inclusión del derecho de acción [*des Betätigungsrechts*] de las asociaciones relacionadas con ellas»². De ahí, en la primera instancia y grado jurisdiccionales, que el asunto se resolviese por Sentencia —como es lógico— del Tribunal de Trabajo de Frankfurt am Main, de 5 junio 2003; y que la apelación frente a esta

¹ Al respecto, 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. 76.

² Parágrafo 2, apartado 1, núm. 2. Acerca de todos los apartados del precepto en cuestión, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 92 y ss.

Sentencia —por tanto, en la segunda instancia y grado jurisdiccionales—, a su vez, fuese resuelta por nueva Sentencia, más en concreto ahora del Tribunal de Trabajo del Estado federado de Hesse, de 1 abril 2004. En fin, el recurso de «casación [*Revision*]» frente a esta última es precisamente el que resuelve esta importante Sentencia de la Sala 1 del Tribunal Federal de Trabajo de 28 febrero 2006³.

2. Al igual que cualquier resolución estándar del Tribunal Federal de Trabajo, dictada por la vía procesal a que acabamos de referirnos, esta Sentencia contiene una parte fáctica —de extensión muy breve—, encabezada por el rötulo «Circunstancias [*Sachverhalt*]». Esta parte comienza precisando —siempre con acribia— en qué consistía el pleito, a cuyo efecto afirma que «las partes litigan sobre si la empresaria demandada debe tolerar en uno de sus centros de trabajo la entrada de un mandatario de un sindicato ajeno al centro de trabajo, con el objetivo del reclutamiento de afiliados»⁴. Pues bien, el sindicato demandante frente a la empresa demandada, que era una gran empresa alemana (ceñía, sin embargo, su pretensión sólo a uno de sus centros de trabajo, aunque «la demandada, una empresa tecnológica, emplea en total en el ámbito federal alrededor de 7500 trabajadores»)⁵, ganó el pleito sobre el fondo —también antes un «interdicto [*einstweilige Verfügung*]» sobre la apariencia— en primera instancia (literalmente, «el Tribunal de Trabajo ha estimado [*stattgegeben*] la acción»), ganando asimismo el propio sindicato, pero en concepto de parte recurrida, el recurso interpuesto por la empresa ante el tribunal de trabajo de segunda instancia (literalmente, «el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado [*zurückgewiesen*] la apelación de la demandada»)⁶.

3. La parte propiamente jurídica de la Sentencia, que constituye el grueso de su contenido, está encabezada —ligando con una reproducción del fallo, insertada al final de la parte fáctica, y en la que se indica que prosperó el recurso interpuesto por la empresa demandada (literalmente, «la casación de la demandada admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado tiene éxito [*Erfolg*]»)⁷— con la expresión ritual «Por los Motivos [*Aus den Gründen*]», aunque no todos ellos prosperasen. En efecto, no prosperó el motivo referente a la eventual incongruencia *extra petitum* en que supuestamente había incurrido la Sentencia de primera instancia, concluyendo al respecto el Tribunal Federal de Trabajo (en el subapartado «A» de la fundamentación jurídica de esta Sentencia), por aplicación de lo dispuesto en la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil, que «naturalmente, el Tribunal de Trabajo ha violado en su decisión el parágrafo 308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil»⁸, pero también que «la infracción ... fue sanada en la segunda instancia»⁹. Sí prosperó, en cambio, el motivo referente a la falta de fundamentación de la acción en su día ejercitada por el sindicato demandante, acerca de lo cual —después de razonar sobre la admisibilidad

³ Referencia 1 AZR 460/4.

⁴ Marginal 1.

⁵ Marginal 2, inciso primero.

⁶ Marginal 6, inciso tercero.

⁷ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁸ Marginal 9.

⁹ Marginal 14.

de la acción en cuestión (esto último, en el subapartado «B.I» de la parte propiamente jurídica de la Sentencia)— se pronuncia en extenso el subapartado «B.II» de la misma (en su sustancia, que ahora mismo se explicará, «la acción [*die Klage*] es ciertamente admisible [*zulässig*], con la redacción que ha experimentado en la segunda instancia, pero infundada [*unbegründet*])»¹⁰.

II. EL PAPEL DEL DERECHO JUDICIAL ALEMÁN EN LA ESTRUCTURACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA LIBERTAD DE ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA (Y EN CONSECUENCIA, AL DERECHO DE ACCESO [*ZUGANGSRECHT*] AL CENTRO DE TRABAJO POR MANDATARIO SINDICAL AJENO AL PROPIO CENTRO DE TRABAJO)

4. Poseen un interés superlativo en esta Sentencia, en cuanto que razonamientos fundantes de su fallo, todas sus afirmaciones relativas a cuál sea el régimen jurídico aplicable a la libertad sindical en Alemania. Dicho régimen jurídico lo definen tres premisas esenciales. En primer lugar, la relativa a que todo, como es lógico, deriva del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, que es el precepto —equivalente del artículo 28.1 de nuestra Constitución— genéricamente regulador de la «libertad sindical [*Koalitionsfreiheit*])» en Alemania¹¹. En segundo lugar, la relativa —a diferencia de lo que ocurre en España— a la falta de desarrollo legal del precepto constitucional en cuestión, lo que con toda rotundidad confirma esta Sentencia, al expresar que «el legislador ha prescindido hasta ahora de la aprobación de una ley (“de asociaciones”) en la que los derechos y los deberes de los sindicatos, y otros, estuvieran regulados más detalladamente»¹². En tercer lugar, la referente a que todo quedaba en consecuencia remitido —supuesta la falta de regulación legal del precepto constitucional en cuestión— a la prudente labor de creación jurídica llevada a cabo por la jurisprudencia laboral alemana, a lo que se refiere en esta Sentencia el Tribunal Federal de Trabajo, con su afirmación —medida jurídicamente hasta el milímetro— de que el régimen jurídico funcional de los sindicatos «se deriva de la estructuración [*Ausgestaltung*] de la libertad de acción sindical a llevar a cabo por los tribunales [*von den Gerichten*], sobre la base de su deber de protección por la vía del perfeccionamiento jurídico [*Rechtsfortbildung*])»¹³.

5. Sobre este fundamento, lo que la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo realiza es un proceso de concreción progresiva, de acuerdo con el cual va afirmando —paso a paso— que la libertad sindical comprende «la libertad de acción sindical [*die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit*])»; a su vez, que ésta incluye «el reclutamiento de afiliados [*die Mitgliederwerbung*])» en el centro de trabajo; que éste abarca, por su parte, «el derecho de acceso [*das Zugangsrecht*])» —también denominado por la

¹⁰ Marginal 17, inciso tercero.

¹¹ Reproducido *supra*, Capítulo Sexto, núm. 3.

¹² Marginal 32, *in fine*.

¹³ Marginal 36.

Sentencia «derecho de entrada [*Zutrittsrecht*]]— al propio centro de trabajo; y que este último, en fin, abraza el concretísimo derecho reclamado en la demanda, que es el derecho de acceso al centro de trabajo precisamente «a través de mandatario sindical ajeno al centro de trabajo [*durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*]]» (también llamado, siempre en la Sentencia, «mandatario exterior al centro de trabajo [*außerbetriebliche Beauftragte*]]» o «mandatario externo al centro de trabajo [*betriebsexterne Beauftragte*]]»). Todo esto está constitucionalmente protegido en Alemania (según la Sentencia, «porque la protección constitucional del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no se ciñe sólo al ámbito nuclear [*Kernbereich*] de la libertad de acción»¹⁴, aunque a medida que los pasos en cuestión van alejándose progresivamente de dicho «ámbito nuclear», resulte preciso ir teniendo en cuenta con intensidad creciente «las circunstancias respectivas del caso concreto»¹⁵; y especialmente, entre otras varias —por ejemplo, «la frecuencia, la extensión temporal y el momento respectivo de la visita, como también, dado el caso, el número de mandatarios sindicales externos al centro de trabajo a fijar, en relación con el tamaño de la plantilla»¹⁶—, sobre todo los derechos e intereses del empresario —visto que el «reclutamiento de afiliados [por medio de mandatario ajeno] colisiona ... con los derechos protegidos constitucionalmente del empresario»¹⁷—, hasta el punto incluso de afirmar la Sentencia, en relación siempre con estos derechos sindicales más distantes del núcleo, que «ante todo, en el examen del caso concreto, hay que tomar en consideración los intereses justificados del empresario en el centro de trabajo»¹⁸. Por todo ello —con carácter conclusivo—, expone el Tribunal Federal de Trabajo que la labor de los tribunales buscando «concordancias prácticas entre el derecho de los sindicatos al reclutamiento de afiliados en el centro de trabajo, de un lado, y los derechos en sentido contrario del titular del centro de trabajo y del empresario, del otro lado, no permite un reconocimiento o negación generales del derecho de entrada del mandatario sindical ajeno a la empresa, por las variantes reales y posibles del caso»¹⁹, casando mal este cúmulo de variantes con «la formulación en el proceso de una pretensión general de condena dirigida al futuro»²⁰.

6. Pero este último era precisamente el caso de la pretensión formulada por el sindicato demandante, que la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo —«contra la opinión de las instancias previas»²¹— califica como «petición global [*Globalantrag*]]»²² —y además, como «petición dirigida al futuro [*auf die Zukunft gerichtete Antrag*]]»²³— del reconocimiento del derecho de acceso al centro de trabajo por mandatario sindical ajeno al mismo. Y es que, siempre según la Sentencia, dicha petición «comprende variantes posibles del caso en las que no existe el derecho de entrada del mandatario de la demandante

¹⁴ Marginal 39, inciso segundo. Sobre este núcleo, véase *supra*, Capítulo Sexto, núms. 4 y 5.

¹⁵ Marginal 44, inciso segundo.

¹⁶ Marginal 44, inciso cuarto.

¹⁷ Marginal 41, inciso tercero.

¹⁸ Marginal 44, inciso quinto.

¹⁹ Marginal 44, inciso primero.

²⁰ Marginal 45, inciso primero.

²¹ Marginal 46, inciso primero.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

ajeno al centro de trabajo»²⁴, por no poder descartarse en ellas que «las necesidades de la actividad empresarial se opongan al derecho de entrada de la demandante, o esté en peligro la paz de la empresa, de manera que en el marco de la ponderación de intereses, prevalezca el interés justificado de la demandada a impedir el acceso»²⁵. Es de justicia poner de relieve, sin embargo, que el Tribunal Federal de Trabajo se esforzó en este caso por salvar de algún modo la viabilidad de la pretensión sindical aludida, apelando a la doctrina de la separabilidad de lo pretendido en la demanda (esto es, «cuando la petición se refiere a circunstancias a distinguir separadamente y claramente delimitadas las unas de las otras, y hay que tomar la parte ya fundada para la propia petición como objetivo parcial del procedimiento») ²⁶, aunque no tuviese finalmente más remedio que concluir que «la petición accionada no contiene ninguna parte suficientemente delimitada en relación con la cual pudiera ser estimada parcialmente la acción»²⁷.

III. EL ARTÍCULO 9.1.C) DE LA LEY ORGÁNICA 11/1985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD SINDICAL, Y SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR LAS SALAS DE LO SOCIAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

7. La inexistencia en España de una resolución judicial equiparable a esta Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo se explica, ante todo, por razones sustantivas o, si se quiere, de Derecho material del Trabajo. En efecto, no resulta preciso construir judicialmente en España el régimen jurídico aplicable al ejercicio del derecho de acceso al centro de trabajo por representante sindical ajeno al propio centro de trabajo, por la sencilla razón de que este derecho aparece expresamente reconocido y regulado en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical. Como parece más lógico, esta Ley Orgánica lo trata dentro de su Título IV (rotulado «De la acción sindical»), en un precepto específico —sin antecedentes aparentes en la jurisprudencia constitucional que precedió a la promulgación de la propia Ley y, además, sin que suscitase ningún debate en la Sentencia que convalidó la constitucionalidad íntegra de la Ley en cuestión²⁸—, en el que se afirma que «quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal, en las organizaciones sindicales más representativas, tendrán derecho»²⁹, entre otros varios, «a la asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo»³⁰.

8. Pero se explica, también, por razones adjetivas o, dicho más francamente, de Derecho procesal del Trabajo. En efecto, téngase en cuenta que la pretensión deducida

²⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁵ Marginal 48, inciso cuarto.

²⁶ Marginal 47, inciso segundo.

²⁷ Marginal 49.

²⁸ Esto es, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1985, de 29 julio (BOE de 14 agosto 1985).

²⁹ Artículo 9.1.

³⁰ Letra c).

por el sindicato demandante en el caso alemán era una pretensión de condena «de futuro» —y además, recuérdese, efectuada «globalmente»—, que el Tribunal Federal de Trabajo calificó expresamente de «admisible» (aunque «infundada»), con amparo en lo dispuesto en el párrafo 890, apartado 1 (rotulado «Obligación de abstenciones y tolerancias [*Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen*]), de la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil; todo ello, a diferencia de lo que sucede en España, donde nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permite la deducción de pretensiones de condena de futuro, en los términos estrictos expresamente autorizados por el artículo 220 de la misma³¹. Más aún, nuestra Ley de Procedimiento Laboral —cuando procede a regular el proceso laboral especial denominado «De la tutela de los derechos de libertad sindical»— sólo prevé la posibilidad de accionar judicialmente frente a lesiones ya ocurridas de los diversos derechos de libertad sindical, afirmando que «el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad»³²; y además —supuesto que se hubiese probado la lesión sindical habida—, que «la sentencia declarará la existencia ... de la vulneración denunciada ... y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera»³³.

9. Con este telón de fondo material y procesal, es evidente que el concreto régimen jurídico legal del derecho de acceso en cuestión se litiga por los sindicatos, frente a empresarios supuestamente violadores del mismo, ante nuestros tribunales laborales. Lo prueba la existencia de jurisprudencia sobre el precepto citado de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, tanto de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo³⁴ como de las diversas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas³⁵. Y puestos a elegir un caso, que de algún modo evoque el «*Grand Arrêt*» del Tribunal Federal de Trabajo a que hemos venido aludiendo, me decantaría por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia

³¹ A cuyo tenor, «cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte».

³² Artículo 176.

³³ Artículo 180.1.

³⁴ Véanse Sentencias de 14 marzo 1995 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 2007/1995), de 30 mayo 2002 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 7565/2002) y de 11 febrero 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 3087/2003).

³⁵ Véase Sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 10 noviembre 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 4937/1993), de Andalucía (Granada) de 1 marzo 1994 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 988/1994), de Cataluña de 28 septiembre 1994 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 3522/1994), de Andalucía (Sevilla) de 25 noviembre 1994 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 4513/1994), de Andalucía (Sevilla) de 31 mayo 1999 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 3124/1999), de Islas Baleares de 1 junio 1999 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 2446/1999), de Cantabria de 5 mayo 2003 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 3872/2003), de Castilla y León (Valladolid) de 25 octubre 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 3109/2004), de Madrid de 27 diciembre 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 3994/2004), y por último, de Cataluña de 17 diciembre 2004 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 263/2005).

de las Islas Baleares de 1 junio 1999³⁶, referida a lo siguiente: 1) frente a la solicitud de derecho de acceso realizada por un «cargo electo autonómico del Sindicato CCOO»³⁷, con la finalidad «de conseguir afiliación y posibles candidatos para presentarse a las elecciones sindicales convocadas» —buena prueba, por cierto, de que el «doble canal» de representación de los trabajadores, sindical y unitario, tiende a convertirse en la práctica en un canal único ocupado por los sindicatos (hasta el punto incluso de llegar a adjetivarse como «sindicales» las elecciones a representantes unitarios)³⁸—, se le contestó por el empresario «que las reuniones no podían celebrarse en el local de la empresa, pero que sí podrían tener lugar en la calle o en la sede del sindicato»³⁹; 2) por ello, el sindicato en cuestión presentó «la demanda promotora del presente proceso especial de tutela de la libertad sindical»⁴⁰, en la que «denuncia violación por parte de la empresa demandada del derecho a la asistencia y acceso a los centros de trabajo previsto en ... la LOLS en favor de quienes, sin más condicionantes, ostentan cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas»⁴¹; y 3) el Tribunal Superior confirmó, en todos sus términos, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, incluso en la parte de la misma relativa a la «condena a la empresa a pagar al actor la cantidad de medio millón de pesetas en calidad de indemnización de daños y perjuicios»⁴², dado que «la prohibición injustificada de reunirse con los trabajadores en el recinto de la empresa ocasionó al sindicato actor un daño»⁴³, teniendo en cuenta que el sindicato perdió la oportunidad «de conseguir afiliados y la de participar en las elecciones y lograr delegados de personal»⁴⁴, sufriendo asimismo «un claro deterioro de imagen entre los trabajadores al quedar marcado, en comparación con otros, como sindicato enfrentado con la empresa y por ello fuente de potenciales conflictos y problemas laborales para sus miembros, con el subsiguiente quebranto de sus expectativas razonables de implantarse en la empresa demandada»⁴⁵.

³⁶ *Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2446/1999.

³⁷ Antecedente de Hecho 2º.II.

³⁸ Sobre la terminología «doble canal», por ejemplo, véase Auto del Tribunal Constitucional núm. 98/2000, de 6 abril (*Aranzadi WESTLAW*, RTC 98/2000). Acerca del carácter coloquial de la terminología «elecciones sindicales», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 363.

³⁹ Antecedente de Hecho 2º.VI.

⁴⁰ Fundamento de Derecho 1º, párrafo tercero.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Fundamento de Derecho 4º, párrafo primero.

⁴³ Fundamento de Derecho 4º, párrafo segundo.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

CAPÍTULO OCTAVO

LA LICITUD DE LA HUELGA ORIENTADA A LA ESTIPULACIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL, RELATIVO SÓLO A CONCRETAS EMPRESAS ASOCIADAS INMERSAS EN FENÓMENOS DE DESLOCALIZACIÓN. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 DE ABRIL DE 2007

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 DE ABRIL DE 2007, SOBRE EL CONVENIO COLECTIVO DE ASOCIACIÓN RELATIVO A EMPRESAS (*FIRMENBEZOGENE VERBANDSTARIFVERTRAG*) Y LA HUELGA ORIENTADA A SU ESTIPULACIÓN

1. La Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, ArbGG) de 1953, en su párrafo 2, apartado 1, impone la tramitación del denominado «procedimiento [a resolverse] por Sentencia [*Urteilsverfahren*]», entre otros varios supuestos¹, para resolver «pleitos jurídico-civiles entre las partes con capacidad para convenir colectivamente o entre éstas y terceros respecto de actos ilícitos, supuesto que se trate de medidas de lucha laboral, o de cuestiones relativas a la libertad de asociación, con inclusión del derecho de participación de las asociaciones relacionadas con ellas»². Y en dicho concreto tipo de pleitos laborales encajaba, como un guante, el litigio resuelto por esta Sentencia del Tribunal del Tribunal Federal de Trabajo de 24 abril 2007³, desestimando la casación interpuesta frente a Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hesse de 2 febrero 2006, la cual había desestimado, a su vez, la apelación interpuesta frente a la Sentencia de primera instancia de un Tribunal de

¹ Para la compulsa de todos ellos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 242-243.

² Número 2.

³ Referencia 1 AZR 252/06.

Trabajo —no se concreta cuál—, desestimatoria siempre de las pretensiones deducidas por cierta asociación empresarial frente al sindicato por ella demandado. Como es usual en el Tribunal Federal de Trabajo, esta larguísima Sentencia aparece dividida —desde un punto de vista formal—, en dos grandes partes que subsiguen a su fallo, respectivamente relativas a los «Hechos [*Tatbestand*]» y a los «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*]» o fundamentación jurídica aplicable a los hechos declarados probados en segunda instancia.

2. En lo esencial, los hechos desencadenantes del litigio fueron los siguientes: 1) la asociación empresarial demandante y el sindicato demandado estaban tradicionalmente vinculados por un «convenio colectivo sectorial [*Flächentarifvertrag*]», afirmándose en la Sentencia que el sindicato demandado «es la constante contraparte convencional del actor»⁴; 2) este convenio colectivo, allí donde procedía a regular los plazos de preaviso extintivo del contrato de trabajo, fue denunciado por el sindicato⁵; 3) tras esta denuncia, el sindicato requirió a la asociación empresarial para que negociase un peculiar «convenio colectivo de asociación relativo a empresas [*firmenbezogene Tarifvertrag*]», y más en concreto, relativo a una sola de sus empresas afiliadas (figura como probado que a la asociación empresarial en cuestión «pertenecen actualmente 280 empresarios afiliados») ⁶, teniendo en cuenta que dicha concreta empresa estaba inmersa en procesos de deslocalización, que implicaban «la desaparición de 562 puestos de trabajo»⁷ (al respecto, la Sentencia habla de «modificación de centro de trabajo [*Betriebsveränderung*]»⁸, provocada por «traslado de establecimiento [*Standortverlagerung*]»⁹); 4) en el nuevo convenio colectivo, el sindicato pretendía plazos de preaviso extintivo más largos que los tradicionales, indemnizaciones convencionales por despido, a cargo de la empresa que despedía, y medidas de capacitación profesional de los trabajadores despedidos con pago continuado del salario, a pesar de la extinción del contrato, asimismo a cargo de dicha empresa¹⁰; y 5) como la asociación empresarial se negó a negociar semejante convenio colectivo, el sindicato procedió a convocar y llevar a cabo una huelga intermitente —durante dos meses— en la empresa afectada, al efecto de forzar su estipulación¹¹. Pues bien, sobre esta base, la asociación empresarial procedió a demandar al sindicato, ejercitando diversas pretensiones de condena (principales y subsidiarias), que la Sentencia procede a relatar puntillosamente en toda su compleja literalidad¹². Resumiendo de oficio el asunto, esta parte «B» comienza afirmando, con acribia, que «las partes litigan sobre la obligación de la demandada de abstenerse de una determinada convocatoria de huelga»¹³, y además, que «en relación

⁴ Cfr. marginal 2.

⁵ Cfr. marginal 4.

⁶ Cfr. marginal 2.

⁷ Cfr. marginal 3.

⁸ Cfr., especialmente, marginal 40.

⁹ Cfr., especialmente, marginal 112.

¹⁰ Cfr. marginal 4.

¹¹ Cfr. marginales 5 y 6.

¹² Cfr. marginales 17 y 19.

¹³ Marginal 1, inciso primero.

con ello, litigan sobre el derecho de indemnización de daños y perjuicios por causa de la huelga llevada a cabo»¹⁴.

3. Los «Motivos de la decisión» constituyen el grueso del contenido de la Sentencia (más en concreto, sus marginales 23 a 123), y se dividen en dos grandes partes («A» y «B»). La parte «A» —más breve¹⁵— se subdivide en otras seis dotadas de numeración ordinal romana, procediendo en ellas el Tribunal Federal de Trabajo a declarar procesalmente «admisibles [zulässig]» las diversas «pretensiones principales [Hauptansprüche]» y «pretensiones subsidiarias [Hilfensprüche]» deducidas por la asociación empresarial demandante y recurrente¹⁶. La parte «B» —muchísimo más extensa¹⁷— se subdivide, a su vez, en otras diez igualmente dotadas del mismo tipo de numeración ordinal. En ellas, el Tribunal Federal de Trabajo vuelve a repasar de nuevo la batería de pretensiones deducida por la asociación empresarial en cuestión, concluyendo que todas y cada una de tales pretensiones resultaban «infundadas [unbegründet]»¹⁸, de donde que —como afirma el fallo— «la casación del actor contra la Sentencia del Tribunal del Estado federado de Hesse de 2 febrero 2006... se desestima»¹⁹, y además, «el actor tiene que cargar con las costas del procedimiento de casación»²⁰. Toda la complejidad argumentativa de esta parte «B», que abruma —quizá por ser consciente el Tribunal Federal de Trabajo que esta Sentencia suya pasaba a constituir algo así como un punto y aparte—, se refiere a la irreprochable licitud de la huelga convocada para forzar la estipulación del concreto «convenio colectivo de asociación relativo a empresas» pretendido por el sindicato demandado, fundamentalmente por las siguientes razones.

II. LA LICITUD DEL CONVENIO COLECTIVO DE ASOCIACIÓN RELATIVO A EMPRESAS, DE SU POSIBLE CONTENIDO ANTI-DESLOCALIZACIÓN Y, EN CONSECUENCIA, DE LA HUELGA CONVOCADA PARA ESTIPULARLO

4. Ante todo, por causa de la plena regularidad legal y constitucional, en Alemania, de un «convenio colectivo de asociación relativo a empresas», en cuanto que distinto del convenio colectivo sectorial (en este último, el ámbito de aplicación coincide con la totalidad de las empresas afiliadas a la asociación empresarial pactante, siempre en Alemania). Al respecto, el Tribunal Federal de Trabajo: 1) parte de que la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, también si de un tipo tan peculiar como el del caso enjuiciado, está protegida por el precepto constitucional regulador de la libertad sindical («la celebración de dicho convenio colectivo está cubierta por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»²¹; «a las coaliciones

¹⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁵ Marginales 23 a 52.

¹⁶ Lo anticipa el marginal 23.

¹⁷ Marginales 53 a 123.

¹⁸ Lo anticipa el marginal 52.

¹⁹ Número 1.

²⁰ Número 2.

²¹ Marginal 57, inciso primero.

les corresponde en el establecimiento del ámbito de aplicación [*des Geltungsbereichs*] del convenio colectivo, en el marco de su autonomía colectiva constitucionalmente garantizada, un espacio adicional de organización»²²; «esto no vale sólo en relación con el círculo de trabajadores incluidos [*auf den erfassten Arbeitnehmerkreis*]..., sino también para la fijación de las empresas afectadas [*der betroffenen Unternehmen*]»²³; 2) afirma a continuación, sobre esta base, que los únicos límites a observar son los derivados de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación («en ese sentido, únicamente establecen límites al ejercicio de la autonomía colectiva el principio de igualdad del artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal y la prohibición de discriminación del artículo 3, apartados 2 y 3, de la Constitución Federal») ²⁴; y 3) concluye que los límites constitucionales en cuestión no se rebasaban en este caso («por principio, estas restricciones no se oponen a la admisibilidad de tales convenios colectivos») ²⁵. Y de ahí la licitud de la huelga para forzar semejante tipo concreto de convenio colectivo («no es ilícita [*rechtswidrig*]») ²⁶, pues «la libertad sindical colectiva de la asociación no se viola por una huelga para la celebración de un convenio colectivo para una de sus empresas afiliadas»²⁷, cosa que sí ocurriría, en cambio, «cuando la huelga estuviera dirigida precisamente a obligar a la empresa afectada al abandono de su pertenencia a la asociación»²⁸, lo que aquí no era el caso, visto que se trataba de «una huelga orientada sólo a la organización de las condiciones laborales y las condiciones económicas»²⁹.

5. Supuesta la licitud del continente, el Tribunal Federal de Trabajo aborda a continuación la licitud del contenido anti-deslocalización del convenio colectivo en cuestión, pretendido por el sindicato demandado, anticipando al efecto que la asociación empresarial actora «no tiene ningún derecho... a que la demandada se abstenga, en los centros de trabajo con comités de empresa, de convocatorias de huelgas con ocasión de una concreta modificación de centro de trabajo, cuando éstas tengan como objetivo lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas en el que deban regularse la compensación o la atenuación de los perjuicios económicos o demás [*der Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher oder sonstiger Nachteile*] para los trabajadores, derivados de la modificación del centro de trabajo»³⁰. Desde un punto de vista positivo, porque la regulación de indemnizaciones compensatorias —a causa de despidos provocados por la deslocalización— era posible objeto lícito del convenio colectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz* o, en abreviatura, TVG) de 1949 («las huelgas sobre regulaciones indemnizatorias [*Abfindungsregelungen*] convencionales se llevan a cabo para objetivos

²² *Ibidem*, inciso segundo.

²³ *Ibidem*, inciso tercero.

²⁴ *Ibidem*, inciso cuarto.

²⁵ *Ibidem*, inciso quinto.

²⁶ Marginales 56 y 59; también, marginal 63 («tampoco es entonces ilícita»).

²⁷ Marginal 60, inciso primero.

²⁸ *Ibidem*, inciso sexto.

²⁹ *Ibidem*, inciso séptimo.

³⁰ Marginal 75, inciso segundo.

convencionalmente regulares [*tariflich regelbare Ziele*]³¹; «convencionalmente regulares son, en todo caso, aquellos objetivos que se ordenan a los posibles objetos de las normas jurídicas de un convenio colectivo, explicados en el párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo»³²; «las regulaciones indemnizatorias son como mínimo normas jurídicas, a los efectos del párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, que regulan la terminación de las relaciones laborales»³³). Y desde un punto de vista negativo, por no tratarse de ninguna competencia atribuida a los representantes unitarios de los trabajadores, con carácter excluyente, por los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz* o, en abreviatura, BetrVG) de 1972 («a las partes del convenio colectivo, también en centros de trabajo con comité de empresa, no les falta la competencia para lograr regulaciones indemnizatorias por causa de que la regulación colectiva de estas materias se hubiera reservado exclusivamente a los interlocutores de centro de trabajo»³⁴; «dicha eficacia de bloqueo no la ordenan verdaderamente los párrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa»³⁵; «estos preceptos no impiden la celebración concorde de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas para la compensación de los perjuicios conectados a una concreta modificación de centro de trabajo»³⁶).

6. Tienen también extraordinario interés las consideraciones del Tribunal Federal de Trabajo, relativas a las pretensiones sindicales de ampliación de los plazos de preaviso extintivo de los contratos de los trabajadores afectados por las deslocalizaciones proyectadas. Desde el punto de vista empresarial, eran «ilícitas las exigencias... de ampliación de los plazos para despidos»³⁷, pues «en el caso de una duración del empleo de veinte años..., conduce eso a un plazo extintivo de 43 meses»³⁸, pareciéndole incluso al demandante —supuesto que «dicha ordenación convencional... limita de modo económicamente injusto su derecho garantizado [por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal] a la finalización autónomo-privada de las relaciones laborales»³⁹— que «tales plazos son inconstitucionales»⁴⁰. Al respecto, sin embargo, la Sentencia concluyó que «las huelgas para lograr plazos convencionales en despidos por necesidades (de modificación) del centro de trabajo de más de un año de duración, dado el caso, no son ilícitas por causa de la dimensión de la pretensión convencional»⁴¹; y ello, porque: 1) «las huelgas para la regulación convencional de plazos extintivos se llevan a cabo para un objetivo convencional regular»⁴², pues «su ampliación por encima de la duración legal es admisible, en

³¹ Marginal 80, inciso primero.

³² *Ibidem*, inciso segundo.

³³ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁴ Marginal 81, inciso primero.

³⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁶ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁷ Marginal 13, incisos tercero y cuarto.

³⁸ *Ibidem*, inciso último.

³⁹ *Ibidem*, inciso tercero.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso último.

⁴¹ Marginal 95, inciso primero.

⁴² Marginal 94, inciso primero.

virtud del párrafo 622, apartado 4, del Código Civil»⁴³; 2) «las exigencias huelguísticas de un sindicato, cuyo objeto es convencionalmente regular por principio, no están sujetas a ningún control de exceso [*Übermaßkontrolle*]]»⁴⁴, pues «dicho control viola la libertad de acción de las coaliciones sindicales, garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y pone en cuestión la capacidad funcional de la autonomía colectiva»⁴⁵; y 3) apurando el tema del control judicial de esta cuestión, no cabía hablar de ninguna intención destructiva en las reivindicaciones huelguísticas —aun supuestamente exageradas— planteadas por el sindicato («su límite existe allí donde la reivindicación huelguística perseguida está orientada a la destrucción económica de la existencia del contrario y, en consecuencia, no está cubierta ya por el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»)»⁴⁶.

III. LOS PORQUÉS DE LA FALTA DE EXISTENCIA, EN ESPAÑA, DE UN CASO JUDICIAL EQUIVALENTE A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 DE ABRIL DE 2007

7. No resulta posible, en España, encontrar un caso judicial equivalente a éste alemán, por la sencilla razón de que la libertad de elección de que gozan las partes para fijar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo está sujeta, en nuestro país, a cierto tipo de límites inexistentes en Alemania. En efecto, es cierto que el Estatuto de los Trabajadores sienta la regla general de la libertad a tales efectos, afirmando que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden» (artículo 83.1). Pero se trata de una regla general matizada por el hecho de que haya que respetar no sólo —al igual que ocurre en Alemania— los límites impuestos por los principios constitucionales de igualdad y no discriminación⁴⁷, sino también los límites legales impuestos por el propio Estatuto de los Trabajadores, a propósito de la legitimación para negociar convenios colectivos. Estos límites están contenidos en su artículo 87, que establece una correspondencia estricta entre el ámbito de aplicación del convenio colectivo y la legitimación para negociar en el ámbito de aplicación correspondiente, con la consecuencia de que las «asociaciones empresariales» nunca podrían negociar «convenios de empresa o ámbito inferior», sino sólo «convenios de ámbito superior a los anteriores»⁴⁸, por lo que —a diferencia de lo que ocurre en Alemania— no cabe legalmente la existencia entre nosotros de «convenios colectivos de asociación relativos a empresas». Acerca del carácter imperativo de dicho precepto estatutario, el precedente judicial —constantemente invocado por nuestra jurisprudencia laboral

⁴³ *Ibidem*, inciso tercero.

⁴⁴ Marginal 95, inciso segundo.

⁴⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

⁴⁶ Marginal 100, inciso último.

⁴⁷ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 402.

⁴⁸ Cfr. artículo 87, apartados 3 y 4.

ordinaria— resulta ser una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 septiembre 1993⁴⁹, dictada en casación ordinaria.

8. Este caso trata de la impugnación por las dos centrales sindicales españolas más representativas a nivel estatal de cierto convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, a cuyo efecto aducían «la falta de legitimación de las organizaciones [empresarial y sindical] que han pactado el convenio impugnado rompiendo la unidad de negociación tradicional (el sector de panaderías dentro del ámbito territorial de Barcelona)..., creando en su lugar una unidad artificial», constituida exclusivamente por el conjunto de empresas afiliadas en esa misma provincia a cierta «asociación empresarial», carente en el sector de la representatividad legalmente exigida⁵⁰. Pues bien, sobre la base de que el Título III del Estatuto de los Trabajadores regula única y exclusivamente convenios colectivos de eficacia general, el Tribunal Supremo afirmó aquí que «el principio de libertad de la determinación del ámbito de aplicación de los convenios colectivos... no es absoluto, sino que está sometido a determinadas limitaciones, entre ellas las que pueden surgir... de las reglas imperativas sobre legitimación del artículo 87 del mismo Texto Legal»⁵¹, en las cuales estaba implícito el mandato de que «el ámbito de un convenio colectivo de eficacia general se defina de acuerdo con criterios objetivos que permitan establecer con claridad y estabilidad el conjunto de las relaciones laborales reguladas por el convenio y su correspondencia con los niveles de representatividad exigidos»⁵². De ahí que estimase la pretensión impugnatoria de dichas dos centrales sindicales («procede declarar la nulidad del convenio colectivo impugnado como convenio colectivo de eficacia general, sin perjuicio de que las partes puedan configurarlo como convenio colectivo de eficacia limitada») ⁵³, pues «lo que no cabe es que un dato puramente subjetivo, como es la afiliación del empresario a una determinada organización empresarial, se convierta en criterio definitorio del ámbito funcional del convenio»⁵⁴, dado que «en tal caso no se identifica directamente una actividad o cometido para delimitar de una forma objetiva la aplicación del convenio»⁵⁵ (además, siempre según el Tribunal Supremo, «el dato de la afiliación a una organización empresarial no es dato público y se trata incluso de un dato variable en atención al carácter voluntario de las decisiones sobre la afiliación») ⁵⁶.

9. Paradójicamente, a pesar de la completa falta de un deber legal de negociar «convenios colectivos de asociación relativos a empresas» —ni estatutarios ni extraestatutarios⁵⁷—, la huelga convocada para forzar la estipulación de este concreto tipo de convenios colectivos no podría considerarse ilegal, en principio, en España. Y ello,

⁴⁹ Aranzadi WESTLAW, RJ 1993/6889.

⁵⁰ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

⁵¹ Fundamento de Derecho segundo.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho cuarto.

⁵⁴ Fundamento de Derecho segundo.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Acerca de que ni siquiera juega —en relación con este último tipo de convenios colectivos— el deber legal de contestar la iniciativa negocial, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 414.

evidentemente, no porque se trate —como declaró el Tribunal Federal de Trabajo, en su Sentencia de 24 abril 2007— de una huelga que persiga un objetivo convencionalmente regular, sino por causa de que el modelo español de derecho de huelga está constitucionalmente desconectado de la negociación colectiva y, en consecuencia, nada tiene que ver con el «modelo contractual» de derecho de huelga propio del ordenamiento alemán⁵⁸. Lo confirmó en su día, como se sabe, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 abril⁵⁹, al afirmar que nuestra legislación «no establece una necesaria vinculación entre huelga y Convenio Colectivo», que «nada impide la huelga durante el período de vigencia del Convenio Colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el Convenio, como puede ser reclamar una interpretación del mismo», que «es posible reclamar una alteración del Convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial», etc⁶⁰.

⁵⁸ Comparando ambos modelos, 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), págs. 147 ss.

⁵⁹ Boletín Oficial del Estado de 25 abril 1981.

⁶⁰ Cfr., respecto de todo ello, su Fundamento Jurídico decimocuarto.

CAPÍTULO NOVENO

LA DEFENSA DEL CONVENIO COLECTIVO FRENTE A FENÓMENOS DE NEGOCIACIÓN EMPRESARIAL SERIADA O EN MASA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE ABRIL DE 1999

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE ABRIL DE 1999

1. La Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, *ArbGG*) de 3 septiembre 1953 afirma que los tribunales laborales alemanes tienen que conocer de determinados litigios, necesariamente por la vía del «procedimiento [a resolverse] por Auto [*Beschlußverfahren*]]¹. Este procedimiento se denomina así porque la resolución judicial que pone fin a la primera instancia, o grado de cognición del asunto, adopta la forma de Auto; además, porque el recurso frente a esta resolución judicial, que la Ley denomina «queja [*Beschwerde*]]², también se resuelve por medio de Auto; y por último, porque el recurso frente a este otro Auto —legalmente denominado «queja por razones de derecho [*Rechtsbeschwerde*]]³—, a sustanciarse en el Tribunal Federal de Trabajo, se resuelve de nuevo por medio del correspondiente Auto. Pues bien, en el caso de este importante Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 abril 1999⁴ —doctrinalmente conocido en Alemania con el nombre de «decisión Burda», por alusión a la empresa editora de cierta conocida revista alemana de temas femeninos, que aquí figuraba como demandada⁵—, el precepto que obligaba a seguir

¹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 94.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Referencia 1 ABR 72/98.

⁵ Por todos, véase E. KOCHER, «Requisitos de la demanda y objeto del litigio en el ejercicio de una pretensión de conflicto colectivo sobre cesación de negociaciones individuales en masa violadoras del convenio colectivo», traducción al castellano del original alemán de A. ARUFE VARELA, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Revista Jurídica Interdisciplinar Internacional*, vol. 10 (2006), págs. 599 y ss.

la tramitación en cuestión era el párrafo 2a, apartado 1, de dicha Ley, relativo a los «asuntos derivados de la Ley de Organización de la Empresa»⁶.

2. Formalmente hablando, este Auto consta de una parte «A», relativa a los hechos del caso, que constituye —desde un punto de vista cuantitativo— aproximadamente la cuarta parte del contenido de toda la decisión⁷. La clave de estos hechos radica en un acuerdo colectivo, caracterizado por lo siguiente: 1) había sido estipulado por las empresarias demandadas y su comité de empresa, el cual —como se sabe— es un órgano de representación unitaria de los trabajadores regulado en la Ley de Organización de la Empresa⁸; 2) además, había sido estipulado a iniciativa de la parte empresarial, con la finalidad de reducir costes laborales, figurando como probadas en el Auto afirmaciones de dicha parte muy indicativas al respecto (por ejemplo, «el mercado de la industria gráfica se ha transformado en los últimos años en uno de los mercados más disputados de Alemania»⁹; «sobrecapacidad, caída de precios, costes salariales exagerados y convenios colectivos anacrónicos han empeorado dramáticamente la rentabilidad»¹⁰, etc.); y 3) su contenido consistía en aumentar la jornada y reducir los salarios a cambio de «una garantía de empleo ilimitada»¹¹, aunque las empresarias demandadas y el comité de empresa subordinaban la eficacia de este acuerdo al hecho de su aceptación individual por los trabajadores afectados («el comité de empresa y la gerencia están de acuerdo en que los contenidos regulados en contra de los convenios colectivos de la industria gráfica necesitan del consentimiento contractual individual de los trabajadores para su eficacia jurídica»)¹². Precisamente porque este acuerdo violaba los convenios colectivos vigentes en el sector, el sindicato que había estipulado los mismos interpuso demanda en defensa de ellos.

3. Según sigue informando la parte «A» del Auto, esta demanda sindical fue rechazada en primera instancia (más en concreto, aunque no conste, por el Tribunal de Trabajo de la ciudad de Friburgo de Brisgavia), también en segunda instancia (por el Tribunal de Trabajo de Estado federado de Baden-Württemberg), concluyendo —la propia parte «A»— con la afirmación de que «la queja por razones de derecho del sindicato admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, con la cual siguen su curso las peticiones presentadas en segunda instancia, tiene éxito»¹³. Las razones del porqué de este éxito aparecen relatadas en la parte «B», o parte propiamente jurídica, del Auto, encabezada con la expresión ritual «por los motivos [*aus den Gründen*]». Esta última constituye —cuantitativamente hablando— el grueso del contenido de la decisión (más en concreto, los tres cuartos restantes del mismo)¹⁴. El Tribunal Federal

⁶ Número 1.

⁷ De los marginales 1 a 56, sobre un total de 122.

⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 73 y ss.

⁹ Marginal 11, inciso primero.

¹⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

¹¹ Marginal 17.

¹² Marginal 15.

¹³ Marginal 56, inciso segundo.

¹⁴ De los marginales 57 a 122.

de Trabajo la estructura formalmente en cuatro apartados exentos («I», «II», «III» y «IV»), dotados cada uno, a su vez, de múltiples divisiones y subdivisiones, especialmente en el apartado «II». Toda esta compleja argumentación —sustentada en razones jurídicas procesales y sustantivas— puede quedar reconducida, sin embargo, a sólo los tres siguientes núcleos temáticos.

II. LA DEFENSA DEL CONVENIO COLECTIVO POR EL SINDICATO, MEDIANTE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CESACIÓN (*UNTERLASSUNGSANSPRUCH*), FRENTE A LA REGULACIÓN EMPRESARIAL O CONTRACTUAL UNITARIA (*BETRIEBLICHE O VERTRAGLICHE EINHEITSREGELUNG*) DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

4. En primer lugar, el derecho de cesación esgrimido por el sindicato en defensa de los convenios colectivos del sector, al amparo del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, allí donde afirma que «el comité de empresa o un sindicato representado en el centro de trabajo pueden plantear ante el Tribunal de Trabajo, en caso de infracción grave del empresario de sus obligaciones derivadas de esta Ley, que ordene al empresario que cese [*zu unterlassen*] la conducta»¹⁵, teniendo en cuenta que aquí las obligaciones supuestamente incumplidas eran las normadas en el parágrafo 77, apartado 3, de la propia Ley de Organización de la Empresa, a cuyo tenor «los salarios y demás condiciones de trabajo que estén o sean principalmente reguladas por convenio colectivo [*Tarifvertrag*], no pueden ser objeto de un acuerdo de empresa [*Betriebsvereinbarung*]]»¹⁶. Esta alegación sindical fue rechazada por el Tribunal Federal de Trabajo, afirmando —sobre la base de la falta de eficacia normativa del acuerdo colectivo atacado— que «aquí no existe ninguna infracción del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa»¹⁷, porque «el precepto sólo prohíbe acuerdos de empresa, no en cambio acuerdos de regulación [*Regelungsabreden*]]»¹⁸ —que no menciona en absoluto, resultando «justo indicar que los acuerdos de regulación tampoco se mencionan en ningún otro lugar de la Ley de Organización de la Empresa»¹⁹—, visto que «a diferencia de los convenios colectivos y de los acuerdos de empresa, los acuerdos de regulación no pueden crear condiciones de trabajo, por falta de eficacia normativa»²⁰. Y de ahí, en consecuencia, que lo que realmente pudiese violar los convenios colectivos en cuestión era lo que el Tribunal Federal de Trabajo denomina aquí «regulación empresarial unitaria [*betriebliche Einheitsregelung*]]»²¹ o, también, «regulación contractual unitaria [*vertragliche*

¹⁵ Inciso primero.

¹⁶ Inciso primero.

¹⁷ Marginal 77.

¹⁸ Marginal 78.

¹⁹ Marginal 81, inciso tercero.

²⁰ *Ibidem*, inciso séptimo.

²¹ Cfr., por ejemplo, marginal 104, inciso primero; o marginal 121, inciso tercero.

Einheitsregelung]]²², fruto de la transposición a los contratos individuales de trabajo del «acuerdo de regulación» citado.

5. En segundo lugar, el derecho de cesación esgrimido por el sindicato en defensa de los convenios colectivos del sector, pero ahora al amparo de los parágrafos 823 y 1004 del Código Civil, teniendo en cuenta que el primero sienta la regla general de que el dañador de cualesquiera derechos de otro —incluidos los derechos constitucionales y, por tanto, los de libertad de acción sindical²³— debe indemnizar a ese otro los perjuicios culpablemente a él causados, y que el segundo —rotulado en parte «derecho de cesación [*Unterlassungsanspruch*]]»— afirma, también en parte, que «si se prevén más perjuicios, entonces el propietario podrá accionar en cesación [*auf Unterlassung klagen*]]»²⁴. Según razona el Auto, esta otra pretensión del sindicato actor, en cambio, sí podía resultar viable —«según opinión general, el derecho de cesación regulado en el parágrafo 1004, apartado 1, inciso 2, del Código Civil puede ser invocado para la defensa frente a intromisiones en todos los derechos, bienes vitales e intereses protegidos a que se refiere el parágrafo 823 del Código Civil»²⁵—, afirmando también al respecto el propio Auto que de ello «el Tribunal Federal de Trabajo deduce en jurisprudencia constante ... que una coalición puede defenderse frente a intromisiones ilícitas en su libertad sindical colectiva garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal con ayuda de las acciones de cesación»²⁶. Ahora bien, la prosperabilidad de estas pretensiones dependía del cumplimiento de ciertos requisitos, cuya verificación en el caso concreto constituye el tercero de los grandes núcleos temáticos de la parte «B» del Auto.

6. Los requisitos en cuestión eran tres. El primero, relativo a que la conducta empresarial cuya cesación se pretendía tuviese relevancia o trascendencia colectiva, lo cual ocurriría en el caso enjuiciado, pues —según el Auto— «la acción se dirige contra una regulación empresarial unitaria, cuyo carácter colectivo es evidente, porque se basa en un acuerdo de regulación con el comité de empresa»²⁷. El segundo, relativo a que la conducta empresarial en cuestión no estuviese cubierta «por el principio de favorabilidad [*Günstigkeitsprinzip*] del parágrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo»²⁸, lo que aquí se cumplía, de un lado, porque —en cuanto a las materias comparables— el acuerdo de regulación claramente empeoraba para los trabajadores las normas de los convenios colectivos sectoriales («las regulaciones específicas de

²² Cfr., por ejemplo, marginal 80, inciso segundo; o marginal 82, inciso tercero.

²³ Según este precepto (rotulado «Indemnización de daños y perjuicios [*Schadensersatzpflicht*]]»), «quien lesiona ilícitamente, con malicia o negligencia, la vida, la integridad, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otro, está obligado a la indemnización al otro del daño derivado de ello» (apartado 1).

²⁴ Inciso segundo. Por su parte, el inciso primero afirma que «si se perjudica la propiedad de modo diferente a la privación o retención de la posesión, entonces el propietario podrá exigir del perturbador la supresión del perjuicio».

²⁵ Marginal 86, inciso primero.

²⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁷ Marginal 104, inciso primero.

²⁸ Marginal 110. Según este precepto legal, «los acuerdos en contra sólo son admisibles supuesto que estén autorizados por el convenio colectivo, o que contengan una modificación de la regulación en beneficio de los trabajadores».

jornada de trabajo y salario, en cuanto a sus respectivos objetos, son indiscutiblemente más desfavorables para los trabajadores que las correspondientes disposiciones convencionales»²⁹; y también, de otro lado, porque no cabía comparar en conjunto disposiciones heterogéneas («la jornada de trabajo o el salario, por una parte, y una garantía de empleo, por otra parte, son objetos de regulación de índole completamente diferente, para cuya evaluación no hay ninguna vara de medir común»)³⁰, pues «semejante comparación de regulaciones, cuyos objetos no se relacionan temáticamente, es metodológicamente imposible (“manzanas y peras”) y no concorde con el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo»³¹. Y el tercero, en fin, relativo a que «la pretensión de cesación del sindicato también requiera de la aplicabilidad normativa del convenio colectivo»³², acerca de lo cual faltaban hechos probados que permitiesen sustentar la afirmación en cuestión («con respecto a esto, faltan declaraciones del Tribunal de Trabajo del Estado federado»)³³. De ahí que el Tribunal Federal de Trabajo tuviese que revocar el Auto de este último reponiendo los autos al trámite de la queja, o segunda instancia, dado que —sobre la base de que el sistema alemán de negociación colectiva está montado, como regla, sobre convenios colectivos de eficacia limitada anclados en el principio de la «doble afiliación»³⁴— «la Sala no puede ... juzgar concluyentemente en virtud de las circunstancias probadas hasta ahora»³⁵, visto que las empresarias demandadas negaban estar afiliadas a la asociación empresarial pactante de dichos convenios colectivos («según la exposición del sindicato, las empresarias litigantes también pertenecen a la asociación, lo que ésta y el comité de empresa, sin embargo, niegan»)³⁶, y visto, además, que «faltan declaraciones respecto de la parte de los trabajadores sujetos al convenio colectivo»³⁷.

III. LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL SERIADA O EN MASA, A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 105/1992, DE 1 DE JULIO

7. El contexto constitucional sobre el que se apoya la autonomía colectiva es muy distinto en Alemania y en España. En efecto, baste indicar que en nuestro país el derecho de negociación colectiva no constituye formalmente objeto de ningún derecho constitucional fundamental, al estar expresamente regulado entre los preceptos de la Constitución —como se sabe, su artículo 37.1— cuya violación no posibilita,

²⁹ Marginal 111, inciso primero.

³⁰ Marginal 112, inciso cuarto.

³¹ *Ibidem*, inciso primero.

³² Marginal 117, inciso tercero.

³³ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁴ Sobre este sistema, 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), págs. 135-137.

³⁵ Marginal 57, inciso segundo.

³⁶ Marginal 2, inciso tercero.

³⁷ Marginal 121, inciso primero.

en principio, el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional³⁸. Ahora bien, a pesar de ello, existe jurisprudencia constitucional española —dictada, además, por la vía del recurso de amparo— en la misma línea del citado Auto alemán de 20 abril 1999. Sobre la base de caber en nuestro país —a diferencia de lo que ocurre en Alemania— la existencia tanto de negociación colectiva sindical como de negociación colectiva no sindical, se trata de una jurisprudencia constitucional relativa a casos en los que lo alegado era precisamente la violación del derecho de negociación colectiva de los sindicatos; y por tanto, de su libertad sindical *ex* artículo 28.1 de la Constitución, que en España sí tiene expresamente, en cambio, el rango de verdadero derecho constitucional fundamental. Sobre el tema —doctrinal y jurisprudencialmente llamado, entre nosotros, de la «negociación individual seriada o en masa»³⁹—, el precedente es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1992, de 1 julio⁴⁰.

8. En ella —partiendo, por supuesto, de que «el derecho de negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido del derecho del artículo 28.1 de la Constitución»—, lo decidido fue «si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación de una oferta voluntaria formulada por la empresa, puede modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general por el art. 7 del Convenio Colectivo del sector, relativo a la jornada de trabajo en las empresas de seguros»⁴¹. Pues bien —según ella—, «la respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 C[onstitución] E[spañola]»⁴²; e incluso —por si quedaba alguna duda—, que «se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio»⁴³.

9. De entre la jurisprudencia constitucional reiterando la doctrina de este precedente, merecen ser especialmente destacadas las dos Sentencias siguientes. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/1993, de 28 junio⁴⁴, en la que —aun afirmando que el «intento de eludir la intervención de los ... delegados sindicales, y en definitiva de la autonomía colectiva, suplantándola por lo que la demanda llama autonomía individual “en masa”, ... permitiría deducir el carácter antisindical de la medida y reconocer la vulneración del derecho de libertad sindical»⁴⁵— se concluyó

³⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 393 y ss.

³⁹ También con más calificativos, *ibidem*, pág. 398.

⁴⁰ Boletín Oficial del Estado de 24 julio 1992.

⁴¹ Cfr. Fundamento Jurídico 6, párrafo primero, inciso primero.

⁴² *Ibidem*, párrafo primero, inciso segundo.

⁴³ *Ibidem*, párrafo segundo, inciso quinto.

⁴⁴ Boletín Oficial del Estado de 8 agosto 1993.

⁴⁵ Cfr. Fundamento Jurídico 2, párrafo primero, inciso tercero.

que no cabía acceder al amparo constitucional pretendido, de un lado, porque «el sindicato accionante no es parte del convenio colectivo existente en la empresa, que ha sido suscrito por el Comité Intercentros»⁴⁶; y también, de otro lado, «en cuanto al contenido de las medidas, las mismas ... no han supuesto modificación, vulneración o alteración de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, por ser una materia no regulada por el convenio colectivo»⁴⁷, afirmándose incluso —en la línea del Auto alemán— que «de este modo se trata de prestaciones económicas que no sólo no son menos favorables a las establecidas en el convenio colectivo, sino que tampoco pueden entenderse contrarias al mismo»⁴⁸. En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 225/2001, de 26 noviembre⁴⁹, según la cual —pero ahora declarando lesiva de la libertad sindical «la autonomía individual en masa»⁵⁰— «tres son las premisas que conducen al otorgamiento del amparo», a saber: 1) «que la jornada y el salario no sólo conforman partes esenciales de la negociación colectiva ..., sino que constituirían bloques materiales con regulación precisa en el I Convenio colectivo de la empresa ... al tiempo de producirse la oferta empresarial»⁵¹; 2) «la existencia de una manifiesta sustitución del régimen convencional»⁵², y 3) a diferencia de la doctrina sentada por el Auto alemán citado —la defensa del convenio colectivo sindical es, por tanto, más radical en España que en Alemania—, que resultase irrelevante el «supuesto mayor favor de las condiciones de trabajo establecidas a través de la utilización de la autonomía individual plural»⁵³, esto es, en masa.

⁴⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 3, párrafo tercero, inciso segundo.

⁴⁷ Cfr. Fundamento Jurídico 4, párrafo primero, inciso primero.

⁴⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁹ Boletín Oficial del Estado de 27 diciembre 2001.

⁵⁰ Cfr. Fundamento jurídico 4, párrafo tercero.

⁵¹ Cfr. Fundamento Jurídico 6, párrafo quinto, inciso segundo.

⁵² *Ibidem*, inciso tercero.

⁵³ *Ibidem*, inciso cuarto.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL DEL CONVENIO COLECTIVO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 24 DE MAYO DE 1977

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 24 DE MAYO DE 1977, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL (*ALLGEMEINVERBINDLICHKEIT*) DEL CONVENIO COLECTIVO

1. Al igual que ocurrió en la hipótesis del Auto del Tribunal Federal Constitucional a que se refiere el Capítulo Tercero, este otro Auto del propio Tribunal resuelve asimismo una cuestión de inconstitucionalidad suscitada por un Tribunal de Trabajo. Resulta procedente, en consecuencia, repasar brevemente el régimen jurídico a que se ajusta el planteamiento de dicha clase de cuestiones, regulado en el artículo 100 de la Constitución Federal («si un Tribunal mantiene que una Ley, de cuya validez dependa la decisión, es inconstitucional, entonces tiene que suspender el procedimiento y... si se trata de la violación de esta Constitución Federal, solicitar la decisión del Tribunal Federal Constitucional») y, como es lógico, también en la Ley del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, BVerfGG) de 1951. Dicho régimen jurídico —según esta última Ley, que habla genéricamente de «procedimiento de control de normas [*Normenkontrollverfahren*]— es el siguiente¹: 1) «la fundamentación [del Tribunal proponente] debe establecer en qué medida depende la decisión del Tribunal [proponente] de la validez del precepto jurídico y con qué norma jurídica superior es incompatible»; 2) antes de decidir, cabe que el Tribunal Federal Constitucional —cuyas dos Salas son indistintamente competentes para resolver este concreto tipo de asuntos— recabe pareceres sobre el tema de muy diversos órganos, incluidos los diversos Tribunales Supremos de la Federación; y 3) «el Tribunal Federal

¹ Para las referencias a los concretos párrafos de la Ley alemana en cuestión, véase *supra*, Capítulo Tercero, número 1.

Constitucional puede decidir sin juicio oral», teniendo en cuenta que en este caso su decisión adopta necesariamente la forma de «Auto [*Beschluß*]».

2. Sobre la base de todo este *background* jurídico, el Tribunal de Trabajo de la ciudad de Solingen (Estado federado de Renania del Norte-Westfalia) dudó, al hilo de la resolución de un pleito sobre retribución de las vacaciones —que le obligaba a aplicar cierto importante convenio colectivo sectorial—, de la constitucionalidad del parágrafo 5 de la Ley alemana del Convenio Colectivo². Se trata del precepto regulador de la eficacia general del mismo (su rótulo es precisamente «eficacia general [*Allgemeinverbindlichkeit*]»), afirmando al respecto su apartado 4 —en cuanto que excepción a la regla de la usual eficacia normativa meramente limitada, que poseen los convenios colectivos regulados por la propia Ley alemana³— que «con la declaración de eficacia general, las normas jurídicas del convenio colectivo comprenden también en su ámbito de aplicación a los empresarios y trabajadores no obligados por el convenio colectivo hasta ese momento». Y de ahí que dicho Tribunal de Trabajo reclamase la oportuna decisión del Tribunal Federal Constitucional, aduciendo que el precepto en cuestión podía resultar incompatible con los artículos 9, 20, 80 y 82 de la Constitución Federal, relativos a la libertad sindical, a la división de poderes (y a la legitimación democrática de los mismos), al régimen jurídico de los reglamentos y a la publicación de las normas jurídicas, respectivamente.

3. Pues bien, el trascendental Auto de la Sala 2 del Tribunal Federal Constitucional a que se refiere este Capítulo Décimo, de fecha 24 mayo 1977⁴, es la decisión que tuvo que resolver el «procedimiento de control de normas» planteado por dicho Tribunal de Trabajo. Si se exceptúa su «fallo» [muy conciso, en su conclusión relativa a la irreprochable constitucionalidad del precepto cuestionado; literalmente, «El parágrafo 5, apartados 1 a 5 y 7, de la Ley del Convenio Colectivo, en la redacción de 25 agosto 1969 (Boletín Federal Oficial I, pág. 1323), es compatible con la Constitución Federal, supuesto que se refiera a normas jurídicas que regulen el contenido de las relaciones laborales)], no se trata precisamente de una decisión breve, aunque formalmente aparezca dividida en sólo dos grandes partes —al igual que ocurrió en el Auto analizado en el Capítulo Tercero⁵—, ambas subsiguientes al citado «fallo» y encabezadas por el rótulo genérico «Motivos [*Gründe*]». La primera parte (o parte «A») se refiere a

² El texto íntegro de esta Ley, más el de su reglamento de ejecución, más las correspondientes concordancias con nuestro Derecho de convenios colectivos, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 79-86 y 234-241.

³ Según su parágrafo 3, «están obligados por el convenio colectivo los afiliados a las partes del convenio colectivo y el empresario que sea parte autónoma del convenio colectivo» (apartado 1). Poniendo de relieve —en relación con el convenio colectivo sectorial— que dicha eficacia normativa es «una eficacia normativa limitada basada en el principio de la doble afiliación», pues «el convenio colectivo sólo despliega su eficacia sobre los empresarios afiliados a la asociación empresarial pactante y sobre los trabajadores asimismo afiliados al sindicato pactante», 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. 136.

⁴ Referencia 2 BvL 11/74.

⁵ Cfr. su núm. 3.

los antecedentes —no sólo fácticos— de la decisión, que están subdivididos, a su vez, en tres distintos núcleos temáticos (encabezados por los números romanos «I», «II» y «III»), respectivamente relativos a lo siguiente: 1) la contextualización del precepto cuestionado⁶, desde los puntos de vista jurídico-sistemático, histórico-jurídico⁷ e, incluso, sociológico⁸; 2) la descripción del planteamiento efectuado por el Tribunal de Trabajo de Solingen⁹, en el que se razonaba que «su decisión depende de la constitucionalidad del precepto»¹⁰, pues «si fuese válido, entonces la reclamación del actor no dependerá de la Ley Federal de Vacaciones..., sino del contrato marco federal para trabajadores industriales del sector de la construcción, de 1 abril 1971, declarado de eficacia general por el Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social»¹¹; y 3) las alegaciones efectuadas por escrito al planteamiento de la cuestión, que fueron tres —del Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social¹², del Presidente del Tribunal Federal de Trabajo¹³ y de la Dirección federal de la Federación Alemana de Sindicatos¹⁴—, todas ellas contrarias a que se declarase la inconstitucionalidad del concreto precepto legal cuestionado.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL DEL CONVENIO COLECTIVO

4. La parte propiamente jurídica (o parte «B») de la decisión es, en lo esencial, una agotadora discusión acerca de la concreta naturaleza jurídica que cupiese asignar al acto de declaración de eficacia general de un convenio colectivo, que el Tribunal Federal Constitucional procede a efectuar con un repaso de las opiniones vertidas sobre el tema, tanto por la doctrina científica —citada nominalmente¹⁵, como es costumbre en la jurisprudencia alemana, que tanto sorprende en España— y, también, por la jurisprudencia constitucional y la ordinaria. Las posibilidades a utilizar para efectuar dicha calificación jurídica eran cuatro distintas («como acto administrativo, como reglamento, como acto de colaboración no independiente en un procedimiento autónomo de creación de normas o como acto *sui generis* de creación de normas fundamentado en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»)¹⁶, aunque el grueso de la discusión la centró el Tribunal en determinar si debía calificarse o no como «reglamento [*Verordnung* o *Rechtsverordnung*]» el concreto acto en cuestión.

⁶ Cfr. marginales 2 a 16.

⁷ Cfr. marginal 4, cuyo análisis arranca del «párrafo 2 del Reglamento del Consejo de los Representantes del Pueblo sobre Convenios Colectivos, Comisiones de Trabajadores y Comisiones de Empleados, y Conciliación de Conflictos de Trabajo, de 23 diciembre 1918 (Boletín Oficial del Reich, pág. 1456)».

⁸ Cfr. marginales 15 y 16.

⁹ Cfr. marginales 17 a 25.

¹⁰ Cfr. marginal 20, inciso primero.

¹¹ *Ibidem*, inciso segundo.

¹² Cfr. marginales 26 a 31.

¹³ Cfr. marginales 32 y 33.

¹⁴ Cfr. marginales 34 a 38.

¹⁵ Cfr. marginales 44, 53, 79 y 85.

¹⁶ Cfr. marginal 54, inciso segundo.

Pues bien —reconociendo, eso sí, que «el encuentro entre la creación de normas por las coaliciones, reconocida por el Estado, y la declaración de eficacia general, decretada por el Estado, produce reglas jurídicas para los externos [*Außenseiter*] que no se dejan clasificar en el sistema tradicional de fuentes jurídicas, porque no se corresponden ni con el concepto de Ley formal, ni con el de reglamento, ni con el de estatuto autónomo»¹⁷—, el Tribunal Federal Constitucional se decantó aquí por descartar que el acto de declaración de eficacia general del convenio colectivo tuviese la naturaleza jurídica propia de un reglamento («la norma colectiva declarada de eficacia general no es —a diferencia del reglamento [*anders als die Rechtsverordnung*]— resultado de la creación de normas por el ejecutivo..., dentro de un marco anticipado por el legislativo en una Ley»)¹⁸, para asignarle —en la misma línea que venía sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo— la naturaleza jurídica de «un acto *sui generis* de creación de normas [*ein Rechtssetzungsakt eigener Art*], entre la regulación autónoma y la creación estatal de normas, que encuentra su propio fundamento en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»¹⁹.

5. Esta calificación dogmática permitía salvar la constitucionalidad del peculiar modelo alemán de publicidad del convenio colectivo —a calificar como modelo de corte «confidencialista»—, dada la falta de previsión legal de que el contenido de los convenios colectivos, fuesen o no de eficacia general, se publicase —a diferencia de lo que ocurre con el de las leyes o reglamentos— en periódicos oficiales²⁰. En efecto, según este Auto del Tribunal Federal Constitucional, «dado que en el caso de las normas colectivas declaradas de eficacia general no se trata ni de una Ley formal ni de un reglamento, no hay que aplicar el artículo 82 de la Constitución Federal»²¹ —que es, como se dijo, el precepto constitucional relativo a la publicidad formal de las normas estatales en sentido estricto—, afirmándose incluso en él —sobre la base de que «para la declaración de eficacia general se prescribe obligatoriamente el anuncio oficial público [*öffentliche Bekanntmachung*] en el Boletín Federal de Anuncios [*im Bundesanzeiger*]»²², aunque el contenido del «propio convenio colectivo... no será publicitado [*publiziert*]»²³— que «en este sentido, se remite en consecuencia al externo, normativamente sometido, a pedir informaciones al registro de convenios colectivos, a exigir de una de las partes del convenio colectivo una copia del convenio colectivo contra reembolso de los gastos generados y —siempre que sea trabajador— a echar un vistazo al convenio colectivo, cuando lo expone el empresario en un lugar apropiado del centro de trabajo»²⁴, por lo que «a través de ello se garantizará... que está disponible

¹⁷ Marginal 72, inciso primero.

¹⁸ Marginal 63, inciso primero.

¹⁹ Marginal 55, inciso primero.

²⁰ Acerca del modelo en cuestión, 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., págs. 36-38.

²¹ Marginal 79, inciso primero.

²² Marginal 80, inciso primero.

²³ *Ibidem*, inciso cuarto.

²⁴ *Ibidem*, inciso quinto.

para los interesados el contenido de la regulación correspondiente, en todo caso, sin dificultades importantes»²⁵.

6. A su vez, al salvarse la constitucionalidad de este tan peculiar sistema de publicidad, se salvaba asimismo —y con esto concluye la fundamentación jurídica del Auto— la objeción de inconstitucionalidad aducida por el Tribunal de Trabajo proponente, relativa a que «dado que las dificultades derivadas de la falta de conocimiento del Derecho convencional vigente hubieran obligado a muchos externos a afiliarse a una de las partes del convenio colectivo, también habrá que tomar en consideración una violación del derecho fundamental de libertad sindical negativa»²⁶. Pero a esta objeción respondió el Auto que «también el derecho fundamental de libertad sindical negativa... no se opondría a la regulación legal sobre la declaración de eficacia general de las normas del contenido convencional»²⁷, pues «la libertad de adherirse a otra, como la contratante, o a ninguna coalición, no se perjudicará a través de ella, y no se ejerce coacción o presión en dirección a la afiliación»²⁸. Ni siquiera se perjudicaba —siempre según el Tribunal Federal Constitucional— la libertad sindical en su faceta colectiva, pues «el derecho a la existencia y el derecho a la acción de una coalición, garantizados de propósito para la defensa y promoción de los intereses de los afiliados, no impiden al Estado declarar de eficacia general las normas legales de otras coaliciones competidoras, que ya han alcanzado un grado conocido de propagación, porque existe en esto un interés público, también cuando a través de ello se limita el campo de acción de otras asociaciones»²⁹, visto que «la declaración de eficacia general no supone un obstáculo jurídico para la celebración de un convenio colectivo en un ámbito de aplicación profesional similar»³⁰.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DE EXTENSIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO, SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 86/1991, DE 25 DE ABRIL

7. Como se sabe, a diferencia de lo que ocurre en Alemania —y también, a diferencia de lo que ocurre en el resto de países comparativamente significativos del continente europeo— la regla general es en España, desde los tiempos del franquismo, la eficacia normativa general de los convenios colectivos³¹, afirmando al respecto hoy

²⁵ *Ibidem*, inciso sexto. Pero el propio Auto efectúa una crítica velada a este sistema de publicidad convencional, al afirmar que «el legislador tendrá que examinar, sin embargo, qué mejoras de los preceptos de publicidad resultan posibles y señaladas, y en consecuencia, pueden corresponderse, más que hasta el momento presente, con las justas necesidades de la práctica» (marginal 82).

²⁶ Cfr. marginal 25, inciso último.

²⁷ Marginal 86, inciso primero.

²⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁹ Marginal 87, inciso segundo.

³⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

³¹ Al respecto —desde el punto de vista iuscomparatista—, 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., págs. 133 ss.

el Estatuto de los Trabajadores —en su crucial artículo 82.3— que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». No cabe en sentido estricto, por tanto, hallar ningún *pendant* español del caso alemán a que hemos venido refiriéndonos, puesto que nadie discute en España la constitucionalidad de nuestro peculiar sistema de convenios colectivos de eficacia general (paradójicamente sí se ha discutido en nuestro país, en cambio, la constitucionalidad de los convenios colectivos de eficacia limitada, que por vagar al margen de las reglas sobre negociación colectiva contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, suelen conocerse con el nombre de convenios colectivos «extraestatutarios»³²). Sin embargo —a pesar de todo ello—, el *pendant* español de dicho caso alemán existe, aunque no se refiera a la eficacia general del convenio colectivo, sino a cierta institución jurídica construida sobre ella, que provoca —al activarse— una auténtica «hipereficacia» normativa general, si se le permite la expresión, del convenio colectivo.

8. Esta institución es la «extensión del convenio colectivo», que el Estatuto de los Trabajadores —en su versión originaria de 1980— procedía a regular en los siguientes términos: «el Ministerio de Trabajo podrá extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabajadores siempre que exista especial dificultad para la negociación, o se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado»³³. Se trata de un precepto —visto el tenor del artículo 149.1.7^a de la Constitución Española, relativo a ser «competencia exclusiva» del Estado la «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas»— que provocó entre nosotros, en su día, un debate doctrinal con opiniones encontradas a propósito de su encuadre en el sistema de fuentes, pues si a la «resolución» administrativa de extensión³⁴ se le asignase la naturaleza jurídica de «legislación», entonces resultaba indudable la competencia del Estado para dictarla, mientras que si fuese mera «ejecución» de la legislación laboral estatal, entonces la competencia correspondería a las Comunidades Autónomas, ávidas —al menos en el caso de las usualmente llamadas «históricas»— de asumir competencias sobre el tema. Este debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicha resolución administrativa se exacerbó luego, al decidirse la Sentencia del Tribunal Constitucional número 17/1986, de 4 febrero³⁵ —relativa a un conflicto positivo de competencia entre el Gobierno vasco y el Gobierno del Estado español, en la que se calificaba «el acuerdo administrativo por el que se decide la extensión de un convenio colectivo», en línea claramente centralista, como «actuación administrativa de carácter reglamentario»³⁶—, aunque a todas estas

³² Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2^a ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 439 ss.

³³ Párrafo primero. Este precepto fue reglamentado por Real Decreto 572/1982, de 5 marzo (Boletín Oficial del Estado de 20 marzo 1982).

³⁴ «Resolución» era el término expresamente utilizado por el recién citado Real Decreto 572/1982, al afirmar que «la resolución que se dicte decidirá en su caso los extremos del Convenio inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales» (artículo 9.1).

³⁵ Boletín Oficial del Estado de 5 marzo 1986.

³⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 3, párrafo tercero.

discusiones acabó poniendo término, rectificando esta primeriza aproximación de la jurisprudencia constitucional al tema, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 86/1991, de 25 abril³⁷, a considerar —en nuestra opinión— verdadero *pendant* del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 24 mayo 1977, aun cuando no se refiera a la eficacia general del convenio colectivo, que da por supuesta.

9. En ella, a propósito de diversos conflictos positivos de competencia —frontalmente relativos al tema de la extensión de convenios colectivos—, que enfrentaban a los Gobiernos vasco y catalán con el Gobierno español, rotundamente se concluye: 1) que «el acto de extensión pertenece a la esfera de lo ejecutivo» y, en consecuencia, «al ámbito competencial de las Comunidades Catalana y Vasca»³⁸; 2) que «esta conclusión no viene obstaculizada por el hecho de que la STC 17/1986 parezca haberse decantado por la naturaleza reglamentaria del acto de extensión»³⁹, pues «esta Sentencia resolvía un conflicto de competencias sobre el procedimiento de extensión..., lo que hace que las citadas manifestaciones se realizaran *obiter dicta*»⁴⁰; y 3) que «no es misión de este Tribunal terciar en el debate doctrinal acerca de si el acto de extensión ha de considerarse un acto administrativo o una actuación de carácter reglamentario»⁴¹, aunque como el acto en cuestión «intenta simplemente componer los intereses de trabajadores y empresarios que, por las causas previstas en el... ET, no han podido dar vida a un Convenio colectivo propio»⁴², resultaba claro que «puede aproximarse conceptualmente a otros actos de ejecución de la legislación del Estado que, sin perjuicio de su carácter normativo, entran en la esfera competencial de la Comunidades Autónomas»⁴³. Esta misma doctrina fue expresamente reiterada por el propio Tribunal Constitucional, sólo unos pocos días después⁴⁴. Y de ahí que el legislador se viese obligado a modificar luego, en 1999, el tenor del precepto regulador del tema en el Estatuto de los Trabajadores —eliminando su referencia expresa única al «Ministerio de Trabajo»—, para pasar a afirmar ahora que «el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender, con los efectos previstos en el artículo 82.3 de esta Ley [precepto, recuérdese, regulador de la eficacia general del convenio colectivo], las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello»⁴⁵.

³⁷ Boletín Oficial del Estado de 29 mayo 1991. Al respecto de ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 486-487, y bibliografía específica allí citada.

³⁸ Fundamento Jurídico 4, párrafo primero.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo segundo.

⁴² *Ibidem*, párrafo cuarto.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional número 102/1991, de 13 mayo (Boletín Oficial del Estado de 18 junio 1991).

⁴⁵ Artículo 92.2, párrafo primero. Este precepto ha sido muy tardíamente reglamentado por Real Decreto 718/2005, de 20 junio (Boletín Oficial del Estado de 2 julio 2005).

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DECLARACIONES DE FIDELIDAD CONVENCIONAL. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE JULIO DE 2006

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE JULIO DE 2006

1. Lógicamente, esta nueva decisión del Tribunal Federal Constitucional presenta un interés comparatista superlativo por razones de fondo, porque encara un asunto de distribución de competencias entre la Federación y los Estados federados en punto a la negociación colectiva, y además, porque este asunto afecta a uno de los pilares del sistema de negociación colectiva construido por la legislación federal, que es, sin duda, el de la eficacia normativa limitada —tanto del lado de los empresarios, como del lado de los trabajadores— de los convenios colectivos alemanes¹; pero la decisión también resulta sumamente interesante desde un punto de vista formal, porque completa una serie de tres grandes casos —los dos primeros estudiados ya en los Capítulos Tercero y Décimo—, en los que el Tribunal Federal Constitucional Federal interviene en un «procedimiento de control de normas [*Normenkontrollverfahren*]]². En efecto, nos encontramos de nuevo ante una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta al amparo de lo que previene genéricamente el artículo 100, apartado primero, de la Constitución Federal, aunque la misma no se apoya —como las dos precedentes— en su inciso primero (según el cual, recuérdese «si un Tribunal mantiene que una Ley, de cuya validez dependa la decisión, es inconstitucional, entonces tiene que suspender el procedimiento y ... si se trata de la violación de esta Constitución Federal, solicitar la decisión del Tribunal Federal Constitucional»), sino que la cuestión se basaba aquí en el inciso segundo del propio precepto, a cuyo tenor «esto también rige cuando se trata de la violación de esta Constitución Federal por el Derecho de un Estado federado o de

¹ Al respecto, 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), págs. 135-137.

² Cfr. Capítulo Tercero, núm. 1, y Capítulo Décimo, núm. 1.

la incompatibilidad de una Ley de Estado federado con una Ley de la Federación». De todos modos, aun cuestionándose la constitucionalidad de una Ley de Estado federado —a diferencia de los dos casos anteriores, relativos a legislación de la Federación—, las concretas normas procedimentales a seguir son las mismas —contenidas en la Ley del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, BVerfGG) de 1951³—, y por ello, al haber actuado el Tribunal Federal Constitucional sin llevar a cabo un juicio oral, su decisión —que corresponde, además, a la Sala Primera⁴— adopta necesariamente la forma de «Auto [*Beschluß*]»⁵.

2. Siempre desde un punto de visa formal, la superestructura de este importante Auto de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional, de fecha 11 julio 2006⁶, es bien sencilla, pues puede quedar reconducida a sólo dos grandes partes, que son las relativas a su «Fallo [*Tenor*]» y a sus «Motivos [*Gründe*]». Entre ambas grandes partes no resulta posible establecer ningún tipo de comparación formal, dado que el fallo —que es, por cierto, lo primero con lo que se encuentra el lector— abarca muy pocas líneas, en las que literalmente se afirma lo siguiente: «El parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con la Constitución y con el resto del Derecho federal». Los motivos, en cambio, aparecen distribuidos en tres letras sucesivas («A», «B» y «C»), aunque de estos tres motivos resultan particularmente significativos, y merecen toda nuestra atención, el motivo «A» —centrado en el desarrollo de lo que en una Sentencia del Tribunal Constitucional español constituiría su parte «I. Antecedentes», y que ocupa casi la mitad del contenido del Auto— y, aún más especialmente, el motivo «C» —equivalente a lo que en una Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional integraría su parte «II. Fundamentos jurídicos», y que se desenvuelve en algo más de la mitad del propio Auto—, cabiendo prescindir en nuestro análisis del motivo «B»⁷, dado que se limita a despachar con suma brevedad un asunto de carácter procesal relativo a la admisibilidad —para el Tribunal Federal Constitucional, absolutamente inobjetable— de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. Ciertamente, los motivos «A» y «C» sí pueden ser comparados desde una perspectiva puramente formal, supuesto que ambos poseen un tamaño bastante similar, pero no hay que perder de vista que la trascendencia jurídica que corresponde a cada uno, en realidad, es muy distinta. El motivo «A» del Auto da cuenta en esencia de los siguientes extremos fácticos: 1) que el pleito que sirve de marco a la cuestión de inconstitucionalidad enfrentaba como partes al Estado federado de Berlín con la Oficina Federal de Cárteles (*Bundeskartellamt*), por causa de una Resolución de esta última prohibiendo la aplicación de cierta regulación legal de dicho Estado federado —y más en concreto, la contenida en el citado parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de

³ Fundamentalmente, en sus párrafos 14 y 80 a 82a, en relación con el parágrafo 13, núm. 11, de la misma Ley.

⁴ Según su parágrafo 14, apartados 1 y 2, cualquiera de las dos Salas del Tribunal Federal Constitucional podía resultar competente para resolver este concreto tipo de asunto.

⁵ Cfr. parágrafo 25, apartado 2.

⁶ Referencia 1 BvL 4/00.

⁷ Marginales 51 a 53.

la Ley berlinesa de Adjudicaciones (*Berliner Vergabegesetz*) de 1999—, en virtud de la cual todas las empresas que desean participar en las licitaciones de obras públicas para la construcción de carreteras en el Estado de Berlín, deben comprometerse a abonar los salarios fijados en los convenios colectivos aplicables en el territorio de dicho Estado federado; 2) que el pleito siguió su curso en la justicia ordinaria hasta llegar al Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof*) —no se trataba, por tanto, de un pleito laboral—, que decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Federal Constitucional, aunque el Tribunal Federal Supremo opinaba que «está convencido de la inconstitucionalidad de la Ley»⁸; y 3) que sobre el asunto se pronunciaron hasta un total de ocho instituciones públicas y privadas distintas, con inclusión de dos organizaciones sindicales y de tres organizaciones empresariales (por lo demás, las únicas que secundaron la opinión del Tribunal Federal Supremo, y por ello, en contra de la normativa berlinesa)⁹. Por su parte, el motivo «C» del Auto comienza repitiendo el fallo («El parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con la Constitución y con el resto del Derecho federal») ¹⁰, e inmediatamente a continuación enumera las tres columnas que sostienen dicho fallo, al declarar literalmente —a modo de sumario— lo siguiente: «El Estado federado de Berlín era competente para la promulgación del precepto (I). La norma no viola ni el Derecho constitucional (II.) ni otro Derecho federal (III.)»¹¹.

II. LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS FEDERADOS PARA DICTAR NORMAS SOBRE DECLARACIONES DE FIDELIDAD CONVENCIONAL (*TARIFTREUERKLÄRUNGEN*), Y SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y AL DERECHO FEDERAL

4. En efecto, lo primero que resuelve el Tribunal Federal Constitucional es si el Estado federado de Berlín posee competencia para exigir de los licitadores, en el marco de la contratación de obras públicas por las Administraciones berlinesas, lo que el propio Auto denomina —ya desde el inicio— «declaraciones de fidelidad convencional [*Tariftreuerklärungen*]»¹², tal como aparecen reguladas en el citado parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, allí donde afirma que «la adjudicación de trabajos de construcción, así como de prestaciones de servicio en edificios e inmuebles, puede efectuarse con la condición de que las empresas retribuyan a sus trabajadores, en la ejecución de estos trabajos, de conformidad con las respectivas

⁸ Marginal 21.

⁹ En el marginal 36 se informa de que «sobre la cuestión de inconstitucionalidad han tomado posición la Sala de Berlín, la Asamblea parlamentaria de Berlín, el Gobierno estatal bávaro, el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, la Asociación Federal de Asociaciones Alemanas de Empresarios, la Asociación Federal de la Industria Alemana, la Asociación principal de la Industria Alemana de la Construcción, la Confederación Alemana de Sindicatos y el Sindicato de la Industria de la Construcción-Agraria-Medio Ambiente».

¹⁰ Marginal 54.

¹¹ Marginal 55.

¹² Marginal 1.

tablas salariales [*Entgelttarifen*] vigentes en Berlín, y también exijan esto a sus subcontratistas»¹³. En opinión del Tribunal Federal Supremo, esta norma berlinesa violaba las normas constitucionales sobre reparto de competencias entre la Federación y los Estados federados, y más en concreto, las relativas a los ámbitos de «legislación concurrente [*konkurrierende Gesetzgebung*]» —esto es, aquéllos sobre los que «los Estados federados tienen el poder de legislar, siempre y cuando la Federación no haya hecho uso por Ley de su competencia legislativa»¹⁴—, entre los que se encuentra el «Derecho del Trabajo [*Arbeitsrecht*]»¹⁵ —y por tanto, también, los convenios colectivos y su eficacia—, que es un ámbito sobre el que el Estado federado no podría en principio legislar, dado que en 1949 la Federación hizo uso de sus competencias legislativas con la aprobación de la aún hoy vigente Ley del Convenio Colectivo (*Tarifvertragsgesetz*, o TVG). Sin embargo, el Auto del Tribunal Federal Constitucional sostiene que sí «se da la competencia legislativa del Estado federado»¹⁶, aunque el tema de las «declaraciones de fidelidad convencional» no lo reconduce al ámbito del «Derecho del Trabajo», sino al ámbito —también de legislación concurrente— del «Derecho de la Economía [*Recht der Wirtschaft*]»¹⁷, afirmando al respecto: 1) que «el concepto “Derecho de la Economía” ... hay que entenderlo de manera amplia»¹⁸, incluyendo en él «las Leyes con el carácter de regulación de la economía y de encauzamiento de la economía»¹⁹; 2) que «a la regulación de la vida económica ... también pertenecen los preceptos sobre adjudicaciones de encargos públicos»²⁰, teniendo en cuenta que «con la exigencia de una declaración de fidelidad convencional, se regula un criterio para la decisión de la selección perteneciente al Derecho de Adjudicaciones»²¹; y 3) que «el legislador federal no ha hecho uso concluyentemente del correspondiente título legislativo ... de la Constitución Federal, para las regulaciones de las adjudicaciones»²², lo que deja abierto el camino a la intervención de los Estados federados.

5. El Tribunal Federal Constitucional sostiene, en segundo lugar, que la «declaración de fidelidad convencional» regulada en la Ley berlinesa de Adjudicaciones no violaba ningún derecho constitucional fundamental. El análisis del Auto se centra en los derechos constitucionales fundamentales de libertad sindical y de libertad profesional —al amparo del artículo 9, apartado 3, y del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, respectivamente—, ambos enfocados desde la perspectiva del empresario. El

¹³ Marginal 3, inciso segundo.

¹⁴ Cfr. artículo 72, apartado 1. En cambio, el artículo 71 de la Constitución Federal se refiere a los «ámbitos de legislación exclusiva [*ausschließliche Gesetzgebung*] de la Federación», indicando que en tales ámbitos «los Estados federados tienen el poder de legislar sólo, si y en la medida, en que se haya autorizado al respecto en una Ley de la Federación». Dichos ámbitos de legislación exclusiva de la Federación aparecen enumerados en el artículo 73, apartado 1.

¹⁵ Al que se refiere expresamente el artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la propia Constitución Federal.

¹⁶ Marginal 56.

¹⁷ Ámbito de legislación concurrente, según el artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la Constitución Federal.

¹⁸ Marginal 57, inciso primero.

¹⁹ *Ibidem*, inciso tercero.

²⁰ Marginal 58, inciso primero.

²¹ Marginal 59, inciso primero.

²² Marginal 61.

Auto considera que la «declaración de fidelidad convencional» no viola la libertad sindical de los empresarios no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo —cuya aplicación tiene que comprometerse a asumir— vigente en Berlín, afirmando que «por medio de la obligación legal de fidelidad convencional, no se afecta el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en especial desde el punto de vista de la denominada libertad sindical negativa [*unter dem Gesichtspunkt der so gennanten negativen Koalitionsfreiheit*]²³, porque «la obligación de fidelidad ... no limita el derecho de los empresarios interesados en el procedimiento de adjudicación ..., a permanecer alejado de la coalición firmante del convenio colectivo»²⁴. El Auto mantiene, además —ahora desde la perspectiva de los empresarios firmantes del convenio colectivo en cuestión—, que «la regulación legal de una declaración de fidelidad convencional tampoco afecta a la garantía de acción y de existencia de las coaliciones, contenida en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»²⁵, precisando que «no están afectadas ni la libertad de acción, ni la existencia, de aquellas coaliciones cuyos convenios colectivos, como consecuencia de la obligación de fidelidad convencional ... se toman en consideración»²⁶. Y por último, el Auto sostiene —de nuevo desde la perspectiva de los empresarios no firmantes del convenio colectivo que debe ser aplicado— que la «declaración de fidelidad convencional» tampoco viola el derecho de libertad profesional del artículo 12 de la Constitución Federal, y ello —a pesar de admitir que «el contenido protector de la libertad profesional está afectado»²⁷ y que «la regulación legal se entromete en el derecho fundamental de libertad profesional [*in das Grundrecht der Berufsfreiheit*]²⁸—, porque «la intromisión en la libertad profesional está justificada constitucionalmente»²⁹, en la medida en que «el legislador del Estado federado persigue ... objetivos constitucionalmente legítimos»³⁰, que la «obligación de fidelidad convencional ... es un medio adecuado»³¹ y «resulta necesaria para la consecución del objetivo»³², y además, que «el menoscabo de la libertad profesional ... es apropiado»³³.

6. En fin, el Tribunal Federal Supremo opinaba igualmente que la Ley berlinesa de Adjudicaciones —vista la íntima relación de su contenido con la negociación colectiva— violaba la Ley del Convenio Colectivo de 1949, sobre la base de que el convenio colectivo que regula esta Ley federal posee en principio eficacia normativa limitada —tanto del lado de los empresarios, como del lado de los trabajadores—, y sobre la base, además, de que el parágrafo 5 de la Ley federal ya prevé un mecanismo

²³ Marginal 65.

²⁴ Marginal 67, inciso primero.

²⁵ Marginal 69.

²⁶ Marginal 72.

²⁷ Marginal 77.

²⁸ Marginal 81.

²⁹ Marginal 85.

³⁰ Marginal 86.

³¹ Marginal 91.

³² Marginal 94.

³³ Marginal 99.

—constitucionalmente lícito, según el propio Tribunal Federal Constitucional³⁴— para lograr que un determinado convenio colectivo pueda llegar a alcanzar la eficacia normativa general. El choque de la regulación contenida en la Ley berlinesa de Adjudicaciones, con la legislación federal de la Ley del Convenio Colectivo, parecía evidente. Pero el Auto del Tribunal Federal Constitucional descartó que se produjese la violación del Derecho federal, afirmando que la norma berlinesa «no entra en contradicción con el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, dado que la declaración de fidelidad convencional no es comparable con la declaración de eficacia general de un convenio colectivo [*mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags*]»³⁵, por causa de que «no conlleva, al contrario que en el caso de una declaración de eficacia general, la aplicación directa y obligatoria del convenio colectivo respecto de todos los contratos de trabajo»³⁶, sino que únicamente «crea el deber ..., a cargo del empresario ..., de aplicar sólo puntualmente un convenio colectivo salarial»³⁷.

III. LOS PARALELISMOS DEL CASO ALEMÁN CON LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 68/1992, DE 30 DE ABRIL, ACERCA DE UNA CONSTITUCIONALMENTE IMPREVISTA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE MATERIA APARENTEMENTE LABORAL

7. La búsqueda de un caso español equivalente de este Auto alemán tiene que partir de la evidencia de que las «declaraciones de fidelidad convencional», del tipo de las registradas por la Ley berlinesa de Adjudicaciones de 1999, son instituciones jurídicas inexistentes en España (y no parece que puedan llegar a existir, vista la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 abril 2008, dictada en el asunto C-346/06)³⁸. En efecto, aun cuando disponemos aquí de una kilométrica, alambicada y —se supone que— completamente puesta al día legislación estatal sobre «Contratos del Sector Público»³⁹, y aun cuando exista también legislación autonómica —cualquiera que haya sido el título competencial habilitante para dictarla— no mucho menos extensa, farragosa y moderna que la estatal⁴⁰, resulta que no cabe encontrar rastro alguno de tales instituciones jurídicas alemanas en las normas estatal y autonómicas sobre contratación pública, en las que, por lo demás, tampoco existe ni una sola

³⁴ Sobre el tema, véase *supra*, Capítulo Décimo.

³⁵ Marginal 107, inciso primero.

³⁶ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁷ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁸ Esta Sentencia declara incompatible con el Derecho europeo el precepto de la Ley de Adjudicaciones de Baja Sajonia, equivalente a la Ley berlinesa de Adjudicaciones examinada en el Auto alemán del Tribunal Federal Constitucional [cfr. al respecto *supra*, Parte Primera, apartado IV, núm. 4.3, letra b)].

³⁹ Contendida en la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público.

⁴⁰ Es el caso, por ejemplo, de la Ley «Foral» 6/2006, de 9 junio, de Contratos Públicos de Navarra.

alusión de cualquier otro tipo ni a los convenios colectivos, ni a su aplicación, ni a su eficacia. Pero, a mi juicio, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 68/1992, de 30 abril⁴¹ —que aparentemente ningún laboralista español se detendría a considerar⁴², a pesar de tratarse de un caso de relativa notoriedad constitucional, puesto que posee lo que la Ley alemana del Tribunal Federal Constitucional denomina «voto particular [*Sondervotum*]»⁴³—, enjuicia unos hechos y defiende una doctrina con paralelismos muy claros y en la doctrina tratados por el citado Auto del Tribunal Federal Constitucional alemán.

8. Hablo de «paralelismos», por causa de que entre línea paralela y línea paralela coincidentes —ya se verá cuáles— existen, también, algunos segmentos discordantes. En lo esencial, cabe reconducirlos a sólo tres discordias —por razón del concreto proceso constitucional tramitado, por razón de la materia de la norma cuestionada, por razón de la concreta parcela jurídico-laboral por ella tocada—, que vale la pena poner de relieve para comprender mejor la identidad de razón (o «paralelismos») encontrada. En efecto, el Auto alemán resolvió —como se dijo— una cuestión de inconstitucionalidad, mientras que esta Sentencia española resuelve un conflicto positivo de competencias —entre el Estado español y la Comunidad Autónoma de Galicia—, en consecuencia a través de una vía procesal equivalente a la regulada en los parágrafos 76 a 79 de la Ley alemana del Tribunal Federal Constitucional⁴⁴, pues el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra normas autonómicas de contenido presuntamente laboral es un suceso extraordinario, excepcional y casi insólito en España⁴⁵. Además, a diferencia del caso alemán —que giraba en torno a una Ley de Estado federado perteneciente al ámbito del Derecho de Adjudicaciones o, si se prefiere, de la contratación en el sector público—, el caso español lo protagoniza una norma autonómica relativa al Derecho de Ordenación de la Pesca marítima, puesto que —en palabras de la Sentencia— «el objeto del presente conflicto es el art. 84 del Decreto 262/1991, de 12 de julio, de la Junta de Galicia por el que se aprueba el Reglamento de la actividad pesquera»⁴⁶. En fin, este Reglamento autonómico gallego tocaba el «descanso semanal obligatorio» de los pescadores gallegos (y por tanto, materia regulada en el Título I del Estatuto de los Trabajadores, a propósito «De la relación individual de trabajo»), mientras que la «declaración de fidelidad convencional» tenía que ver —según se vio— con la Ley alemana del Convenio Colectivo (y por tanto, con el Derecho colectivo del Trabajo).

⁴¹ Boletín Oficial del Estado de 29 mayo 1992.

⁴² Lo prueba el que no aparezca relacionada en el más persuasivo, autorizado y útil de los repertorios doctrinales de jurisprudencia laboral constitucional con que contamos en España, que es —en relación con el año 1992— M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. X, Civitas (Madrid, 1993), 754 págs.

⁴³ Parágrafo 30, apartado 2.

⁴⁴ Cfr. su parágrafo 13, núm. 6. Además, véase el núm. 6a del propio parágrafo.

⁴⁵ Por eso, verdadera *rara avis* es, a estos efectos, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm 330/2005, de 15 diciembre, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares sobre el artículo 6.6 de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 5/1996, de 18 diciembre, de medidas tributarias y administrativas, que encima fue desestimada.

⁴⁶ Fundamento jurídico primero, párrafo primero.

9. Pues bien, la aparente regulación autonómica de una condición de trabajo mínima (literalmente, «las embarcaciones que estén incluidas en el censo gallego de buques de pesca o que tengan como puerto base algún puerto de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que realicen el arrastre costero o litoral en las aguas del ámbito territorial de Galicia, deberán cesar en su actividad y permanecer en su base como mínimo desde las cero horas del sábado hasta las veinticuatro horas del domingo») ⁴⁷ motivó que el Estado hablase aquí de «invasión de competencias estatales» ⁴⁸, pretendiendo —por este y por otros motivos— la inconstitucionalidad de la norma autonómica en cuestión. Y ello —supuesto que la Constitución Española asigna la «competencia exclusiva» al Estado en materia de «legislación laboral» ⁴⁹—, por carecer la Comunidad Autónoma de Galicia de competencia para dictar leyes o reglamentos laborales, al igual que el Estado federado de Berlín también carecía de competencia para regular los convenios colectivos y su eficacia. Pero como el Tribunal Federal Constitucional, también nuestro Tribunal Constitucional falló aquí a favor de la Comunidad Autónoma demandada. Y lo hizo, al igual que ocurrió en el Auto alemán, buscando y encontrando un título competencial —escrito en la Constitución— distinto del relativo a la legislación laboral, que amparase como fuese la norma autonómica dictada; título ni siquiera relativo a las competencias exclusivas autonómicas, puesto que se trataba de un subtítulo comprendido dentro del título genérico relativo a las competencias exclusivas del Estado en materia de pesca marítima ⁵⁰. Esta rebuscada interpretación de la Constitución —que también evoca los voluntarismos del Auto alemán, a propósito del título competencial relativo al «Derecho de la Economía»— justifica que uno de los magistrados constitucionales discrepase del fallo, afirmando respecto de la norma autonómica impugnada que «su finalidad —excluida la de orden laboral para proteger el descanso semanal de los trabajadores— no puede ser otra que la de protección de los caladeros gallegos frente a las actividades de sobrepesca o sobreexplotación» ⁵¹, lo que «nos sitúa claramente en un título competencial bien distinto al de “ordenación del sector pesquero” que se sostiene en la Sentencia de la que discrepamos» ⁵², y que era —siempre según este voto particular— el «título competencial de “pesca marítima” que corresponde exclusivamente al Estado en aguas exteriores» ⁵³.

⁴⁷ Al respecto, *ibidem*, párrafo segundo.

⁴⁸ Cfr. Antecedentes, núm. 2, párrafo cinco, inciso primero.

⁴⁹ En su artículo 149.1.7ª. Sobre el tema y sus matices, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 20-21 y 485 y ss.

⁵⁰ Cfr. artículo 149.1.19ª de la Constitución Española.

⁵¹ Núm. 3, párrafo tercero, inciso segundo.

⁵² *Ibidem*, inciso cuarto.

⁵³ Núm. 3, párrafo cuarto, inciso primero.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

EL CIERRE PATRONAL SUSPENSIVO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL ORDINARIA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 10 DE JUNIO DE 1980

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 10 JUNIO 1980, RELATIVA AL CIERRE PATRONAL SUSPENSIVO DE DEFENSA (*SUSPENDIERENDE ABWEHRAUSSPERRUNG*)

1. El caso resuelto por esta importante Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, de fecha 10 junio 1980¹, aunque clave para comprender el régimen jurídico del cierre patronal en Alemania, se refiere a una típica reclamación individual de salarios, afirmando la parte de la Sentencia relativa a los «Hechos [*Tatbestand*]» —breve, en el conjunto de esta gigantesca resolución judicial²— que «el demandante exige con su acción el pago del salario, respecto de un período de tiempo en el que padeció el cierre patronal [*ausgesperrt*] de la demandada»³; y más detalladamente, que «el demandante pide su salario correspondiente al período desde 20 marzo 1978 hasta 6 abril 1978, en la cuantía incontrovertida de 1.240,76 marcos alemanes»⁴, porque «la demandada rechazó injustamente la recepción de su prestación laboral y, por ello, se demoró en la recepción»⁵, porque «los cierres patronales [*Aussperrungen*] son ilícitos»⁶, dado que «lesionan la dignidad de los trabajadores que padecieron el cierre, porque los convertían en el objeto del conflicto relativo a la política de las coaliciones»⁷, y «aparte de esto, lesionaban la libertad sindical constitucionalmente garantizada»⁸. En consecuencia, se

¹ Referencia 1 AZR 168/79.

² Sólo marginales 1 a 14, de un total de 114.

³ Marginal 1.

⁴ Marginal 8, inciso primero.

⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

⁶ *Ibidem*, inciso tercero.

⁷ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁸ *Ibidem*, inciso quinto.

trata de un pleito que accedió a la jurisdicción laboral alemana por la vía del número 3 del apartado 1 del párrafo 2 de la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*, en abreviatura ArbGG) de 1953⁹, cabiendo dudar —la Sentencia no lo especifica— si la vía de acceso en cuestión fue la del subapartado a) —cosa que me parece más probable¹⁰— o, por el contrario, la del subapartado d) del propio precepto¹¹. Los hechos continúan relatando que «el demandante ha perdido en las dos instancias previas»¹² —la segunda tramitada ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baden-Württemberg¹³—, y además, que «con el recurso de casación, prosigue su pretensión de pago, mientras que la demandada pide que el recurso de casación sea rechazado»¹⁴.

2. Desde un punto de vista formal, la parte propiamente jurídica de la Sentencia (encabezada con el rótulo «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*])», que constituye el grueso del contenido de la misma, aparece dividida en tres apartados de extensión muy dispar, respectivamente encabezados por las letras mayúsculas «A», «B» y «C». Esta última —brevísima— contiene, frente a lo que es usual en la generalidad de decisiones judiciales alemanas, el fallo de la Sentencia —sin calificarlo formalmente de tal—, concluyéndose en él lo siguiente: «Dado que el cierre patronal era lícito, la demandada no se ha demorado en la recepción, de modo que haya rechazado la ocupación del demandante. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado justamente la acción de pago»¹⁵. En sentido estricto, la verdadera fundamentación jurídica de este fallo aparece contenida en los apartados «A» y «B», que tratan de dos grandes principios del Derecho alemán de lucha laboral, aplicables al concreto supuesto de cierre patronal enjuiciado por esta Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, que era precisamente —como luego se verá— un «cierre patronal suspensivo de defensa [*suspendierende Abwehraussperrung*]».

3. Antes de entrar en la médula jurídica del caso, creo que conviene dejar apuntadas dos singularidades obrantes en los citados apartados «A» y «B» de la Sentencia, que llaman poderosamente la atención de un jurista laboralista español. La primera, relativa a la valoración que realiza el Tribunal Federal de Trabajo de su propia jurisprudencia en cuanto que fuente del Derecho —al efecto de combatir «la opinión de que el cierre patronal encuentra su fundamento legal en jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo»¹⁶, la cual «ha generado normas que poseen eficacia vinculante en la práctica

⁹ Sobre esta Ley, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 y ss. (para el estudio comparado) y 242 y ss. (para la traducción castellana).

¹⁰ Según esta letra, los tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad en pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios «derivados de la relación laboral».

¹¹ Según esta letra, los tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad en pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios «derivados de actos ilícitos, supuesto que estén relacionados con la relación laboral».

¹² Marginal 14, inciso primero.

¹³ En el caso prácticamente clónico, también resuelto por Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de idéntica fecha (referencia 1 AZR 822/79), la Sentencia recurrida en casación había sido dictada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado de Hesse, con sede en Frankfurt am Main.

¹⁴ Marginal 14, inciso segundo.

¹⁵ Marginal 114.

¹⁶ Marginal 46, inciso primero.

jurídica, a pesar de su origen consuetudinario y judicial»¹⁷—, pareciendo especialmente reseñables las tres afirmaciones siguientes: 1) «una jurisprudencia constante sólo puede generar Derecho consuetudinario, cuando se traspasa a la conciencia jurídica general y es aceptada mayoritariamente como norma aplicable por la comunidad jurídica»¹⁸; 2) «la denominación “Derecho judicial [*Richterrecht*]” tampoco puede inducir a la conclusión errónea de que los tribunales podrían establecer las normas»¹⁹, pues «ciertamente, las decisiones fundamentales constituyen una fuente jurídica de conocimiento, pero no crean ninguna norma»²⁰; y 3) «el Derecho judicial sobre Derecho federal es parte del Derecho federal»²¹, rigiendo esto «también, en relación con el Derecho de lucha laboral, que hay que deducir de las decisiones valorativas del Derecho convencional»²². Y la segunda singularidad —especialmente chocante en España—, referente al hecho de que, en prácticamente uno de cada dos marginales de los citados apartados «A» y «B», aparezcan citados, glosados y, en su caso, aprovechados nada más y nada menos —si no he contado mal— que sesenta y seis autores distintos (entre ellos Ulrich ZACHERT, al menos cuatro veces), justificando este hecho el Tribunal Federal de Trabajo con la afirmación de que en Alemania «en la infinita doctrina científica sobre el Derecho de lucha laboral [*im nahezu unübersehbaren Schrifttum zum Arbeitskämpfrecht*], las opiniones sobre la calificación del cierre patronal y la cuestión de la paridad discrepan ampliamente»²³.

II. PRINCIPIO DE PARIDAD (*PARITÄTSPRINZIP*) EN LA LUCHA, HUELGA PARCIAL (*TEILSTREIK*) OFENSIVA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (*GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT*)

4. El punto de partida de la Sentencia —en línea con la argumentación de la empresa demandada, según la cual una prohibición general del cierre patronal «constituiría una violación del principio de paridad [*Paritätsprinzip*] reconocido por el Tribunal Federal de Trabajo en jurisprudencia constante»²⁴— es su afirmación de que el cierre patronal está tácitamente protegido por la Constitución Federal («el fundamento del poder de cierre patronal es la autonomía colectiva, la cual se garantiza en su ámbito nuclear por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal») ²⁵. De ahí, de un lado, que rechazase la argumentación del trabajador demandante que veía en los cierres patronales «una violación de la dignidad humana»²⁶, pues «por esta vía no

¹⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁸ Marginal 47, inciso primero.

¹⁹ Marginal 48, inciso primero.

²⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

²¹ Marginal 49, inciso séptimo.

²² *Ibidem*, inciso octavo.

²³ Marginal 34, inciso primero.

²⁴ Marginal 12, último inciso.

²⁵ Marginal 17.

²⁶ Marginal 51, inciso primero.

se logra justificar una prohibición general del cierre patronal»²⁷; y también, de otro lado, la afirmación del propio trabajador, que consideraba enervado el cierre patronal por el «artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal»²⁸ —allí donde este precepto afirma que «son ilícitas las acciones que buscan impedir o limitar el derecho de la coalición»²⁹, en cuanto que «el demandante ve tal acción en todo cierre patronal defensivo, porque persigue el objetivo de combatir, de limitar, o de hacer imposibles las huelgas»³⁰—, aunque de nuevo sin éxito, pues «esta argumentación pasa por alto que la libertad sindical, por medio del artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, se “garantiza para todos y para todas las profesiones”, y por consiguiente, corresponde igualmente a los empresarios y a los trabajadores»³¹. Sobre esta base, el Tribunal Federal de Trabajo rechaza —siempre respecto de la paridad— «una visión puramente formal»³², pues «la Sala General ha abandonado el principio de la paridad formal [*den Grundsatz der formellen Parität*], para pasarse a una valoración material de la paridad [*zu einer materiellen Paritätsbetrachtung*]»³³, aunque teniendo en cuenta que «esto es malinterpretado por los representantes de la llamada “paridad global [*Gesamtparität*]”»³⁴, supuesto que esta teoría «subestima la función limitada del Derecho de lucha laboral desde la perspectiva de la autonomía colectiva»³⁵, dado que «una ordenación compensadora y una ordenación de la lucha colectiva no es adecuada por su naturaleza para compensar desigualdades de carácter integralmente político y para anular las leyes económicas del mercado»³⁶.

5. Esto sentado, el Tribunal Federal de Trabajo continúa afirmando que «en el presente caso, la problemática de la paridad no deber ser debatida en toda su extensión»³⁷, puesto que sobraba «una toma de posición sobre el cierre patronal ofensivo [*Angriffaussperrung*], sobre el cierre patronal de solidaridad y sobre el cierre patronal extintivo [*lösenden Aussperrung*], porque tales formas de lucha no tuvieron lugar»³⁸. En efecto, lo que había ocurrido era lo que la Sentencia denomina una «huelga parcial [*Teilstreik*]»³⁹, entendiendo por tal la huelga orientada a forzar la negociación de un convenio colectivo sectorial, pero practicándola sólo sobre una parte de las empresas del sector en cuestión («el sindicato competente reivindica un convenio colectivo sectorial, y sin embargo, sólo convoca la huelga para una pequeña parte de los trabajadores afectados»)»⁴⁰, presentando esta concreta modalidad de «huelga ofensiva

²⁷ Marginal 52, inciso quinto.

²⁸ Marginal 53, inciso primero.

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

³¹ Marginal 54, inciso primero.

³² Marginal 56, inciso primero.

³³ Marginal 57, inciso cuarto.

³⁴ Marginal 64, inciso primero.

³⁵ Marginal 66, inciso primero.

³⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁷ Marginal 67, inciso primero.

³⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁹ Esta expresión, por ejemplo, en marginal 69, inciso tercero.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

[*Angriffsstreik*]] —al parecer, extraordinariamente frecuente en Alemania, y que el Tribunal Federal de Trabajo califica de «perfectamente legítima»⁴¹— importantes ventajas para el sindicato, en lo esencial reconducibles a tres: 1) la amortiguación de la carga económica sobre los potenciales trabajadores beneficiarios, pues «un motivo de mucho peso de cara a la limitación, en lo posible amplia, del marco de huelga se deriva de la supresión del derecho al salario, la cual está unida a las luchas laborales»⁴²; 2) la amortiguación de la carga económica para el sindicato —generalmente obligado en Alemania, por sus propios Estatutos, a pagar a los huelguistas con contrato de trabajo suspendido el denominado «subsidio de huelga [*Streikunterstützung*]]—, pues aun siendo cierto que «estos pagos no logran la completa compensación del salario ..., puede partirse de que, por lo general, se restituyen aproximadamente los 2/3 del sueldo bruto»⁴³, siempre con cargo al patrimonio del sindicato; y 3) «las huelgas parciales se presentan como ataque eficaz a la solidaridad de los empresarios»⁴⁴, pues «mientras que los intereses de los afiliados a un sindicato coinciden en gran parte, y los conducen en masa a la solidaridad, los afiliados a un asociación de empresarios normalmente compiten potencial o materialmente»⁴⁵. Evidentemente, a estas características se ajustaba la huelga ocurrida —«en el caso presente, se encontraban en huelga sólo 80.000 trabajadores al principio, y más tarde 90.000, del total de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio»⁴⁶, esto es, «menos del 20%»⁴⁷—, concluyendo el Tribunal Federal de Trabajo que «con una limitación tan importante del marco de lucha, la paridad requiere, de conformidad con la convicción del Tribunal, de un cierre patronal defensivo limitado»⁴⁸.

6. Sobre esta base, el Tribunal Federal de Trabajo valoró dicha limitación apelando al «principio de proporcionalidad», respecto del que indica que «la Sala no distingue entre la prohibición del exceso y el principio de proporcionalidad [*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*]]»⁴⁹, pues ambas denominaciones quedan comprendidas «en el marco del concepto común de proporcionalidad empleado por la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo»⁵⁰. En este punto, la Sentencia echa mano de aquellas concepciones doctrinales que le parecieron más plausibles («una posibilidad de reacción gradual, que una los planteamientos correctos de LÖWISCH y de RAISER»)⁵¹, formulando con precisión matemática las tres reglas siguientes: 1) «si, por medio del acuerdo de huelga, se convoca al paro de trabajo a menos de 1/4 de los trabajadores del ámbito territorial del convenio, entonces se trata de una huelga parcial estrictamente convocada, respecto

⁴¹ Marginal 70, inciso segundo.

⁴² Marginal 71, inciso primero.

⁴³ Marginal 72, inciso segundo.

⁴⁴ Marginal 84, inciso primero.

⁴⁵ Marginal 85, inciso primero.

⁴⁶ Marginal 88, inciso quinto.

⁴⁷ *Ibidem*, inciso sexto.

⁴⁸ *Ibidem*, inciso séptimo.

⁴⁹ Marginal 93, inciso primero.

⁵⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

⁵¹ Marginal 112, inciso primero.

de la cual hay que aceptar los perjuicios descritos para la solidaridad de los empresarios, y con ello, un desplazamiento del equilibrio de fuerzas»⁵²; 2) «aquí, la parte empresarial debe poder ampliar el marco de lucha, en el que no parece desproporcionado un aumento alrededor del 25% de los trabajadores afectados»⁵³; y 3) «conforme a la impresión de la Sala, ... ya no hay que temer una perturbación de la paridad en la lucha cuando, por ejemplo, la mitad de los trabajadores del ámbito territorial del convenio ... es convocada a la huelga»⁵⁴. Y de ahí, en conclusión, la licitud del cierre patronal suspensivo de defensa enjuiciado, de un lado, porque el sindicato «ha convocado a la huelga al principio, de los más de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio, sólo a cerca de 80.000 trabajadores, y más tarde a 90.000 trabajadores»⁵⁵, por lo que «la lucha laboral se limitó siempre a menos del 25% de los trabajadores del ámbito territorial del convenio»⁵⁶; y de otro lado, porque «la asociación empresarial amplió esta dimensión, por medio del cierre patronal, a 120.000 trabajadores»⁵⁷, aunque «tampoco ello excedió del límite del 25% de los trabajadores afectados»⁵⁸.

III. EL CONTRAPUNTO, REPRESENTADO POR LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2000

7. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, el tratamiento jurídico del cierre patronal en España está totalmente condicionado por el hecho de que contemos aquí con una regulación legal del mismo contenida en el Capítulo II del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo, artículos 12 a 14 (Capítulo rotulado precisamente «Cierre patronal») ⁵⁹. La lectura de estos preceptos debe efectuarse teniendo a la vista la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 abril ⁶⁰, que confirmó su constitucionalidad. En esta importante Sentencia, cabe resaltar especialmente sus afirmaciones relativas a lo siguiente: 1) que «la Constitución española y, por consiguiente, el ordenamiento jurídico de nuestro país no se funda en el principio que con expresión alemana se conoce como de la “Waffengleichheit”, también llamado de la “Kampfparität”, esto es, de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial» ⁶¹; 2) que el derecho de cierre patronal es un mero derecho cívico —frente a lo que ocurre con la huelga, verdadero

⁵² *Ibidem*, inciso segundo.

⁵³ *Ibidem*, inciso tercero.

⁵⁴ *Ibidem*, inciso sexto.

⁵⁵ Marginal 113, inciso primero.

⁵⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

⁵⁷ *Ibidem*, inciso tercero.

⁵⁸ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁵⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 469-472.

⁶⁰ Boletín Oficial del Estado de 25 abril 1981.

⁶¹ Fundamento jurídico 22, párrafo segundo, inciso primero.

derecho constitucional fundamental—, pues el «constituyente español, que ha reconocido la huelga como un derecho fundamental autónomo en el artículo 28, ... ha incluido el “lock-out” entre las medidas generales de conflicto en el artículo 37»⁶², aunque sin mención expresa del mismo, dado que dicho artículo 37 meramente afirma que «se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo»⁶³; y 3) que «el poder de cierre se le otorga al empresario como lo que se puede llamar un poder de policía»⁶⁴—expresión, ésta («*pouvoir de police*»), seguramente tomada del Derecho francés⁶⁵, donde no se reconoce al empresario el derecho de «lock-out»⁶⁶—, pues «se entiende que el empresario tiene un poder de policía y un deber de asegurar el orden dentro de su empresa, cuando puede crearse una situación de peligro para la vida, la integridad física, las instalaciones o los bienes por la desorganización que las medidas de conflicto adoptadas por los trabajadores conllevan»⁶⁷.

8. Durante los años setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, la aplicación de estos tres preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977 dio lugar a una litigiosidad extraordinaria, cabiendo la cita de hasta ciento veintiuna Sentencias sobre el tema sólo del Tribunal Central de Trabajo (como se sabe, extinto en 1989). Toda esta masa de pleitos⁶⁸, generada tanto ante los tribunales laborales como ante los tribunales contencioso-administrativos—no ha vuelto a haber, sin embargo, jurisprudencia significativa sobre el cierre patronal de nuestro Tribunal Constitucional⁶⁹—, culmina al decidirse por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación ordinaria, tres Sentencias de fechas 14 enero 2000⁷⁰, 17 enero 2000⁷¹ y 31 marzo 2000⁷², a partir de las cuales se estabilizan aparentemente los litigios relativos a este derecho meramente cívico del empresario, cabiendo afirmar a día de hoy que los pleitos laborales españoles, también los contencioso-administrativos, sobre el mismo vienen a constituir más bien una *rara avis*. De estas tres Sentencias de 2000 de nuestro Tribunal Supremo sobre el cierre patronal, la más significativa sin duda, a nuestros efectos, es la última en el tiempo de la trilogía en cuestión.

9. Esta Sentencia—supuesto que en España sólo resulta admisible el cierre patronal de «centro de trabajo», pero en absoluto el cierre patronal sectorial⁷³— parte de la

⁶² *Ibidem*, último inciso.

⁶³ Apartado 2, inciso primero.

⁶⁴ Fundamento jurídico 22, párrafo sexto, inciso primero.

⁶⁵ Véase, con las citas doctrinales pertinentes, J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos (Barcelona, 2005), pág. 426.

⁶⁶ Al respecto, 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), págs. 149-150.

⁶⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

⁶⁸ Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», cit., págs. 427 y ss.

⁶⁹ Por las razones a que se alude *infra*, Capítulo Decimotercero, núm. 7.

⁷⁰ *WESTLAW* Aranzadi, referencia RJ 2000/977.

⁷¹ *WESTLAW* Aranzadi, referencia RJ 2000/1429.

⁷² *WESTLAW* Aranzadi, referencia RJ 2000/7403.

⁷³ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 470-471.

distinción entre cierre patronal «ofensivo» y «defensivo», afirmando que el primero «de acuerdo con la doctrina científica y la jurisdiccional emanada del extinguido Tribunal Central de Trabajo, ... es ... todo aquél que se lleva a cabo como medida para impedir la huelga, presionar para que se ponga a la misma, o sancionar a los huelguistas»⁷⁴, mientras que el segundo —único que considera «lícito»— «es, por contraposición al ofensivo, aquél que se realiza sin ánimo de impedir, interferir o sancionar el desarrollo del derecho fundamental de huelga, y con la exclusiva finalidad de preservar a personas y bienes de las consecuencias excesivamente onerosas y desproporcionadas que pueden derivarse del ejercicio de aquel derecho»⁷⁵. Sobre esta base, el Tribunal Supremo tiene en cuenta, a continuación, que resultaba inexacta la afirmación de los convocantes de la huelga de que «la huelga fue total en los centros en que se llevó a cabo el cierre patronal»⁷⁶, pues —aun admitiendo que «ante un paro de la totalidad de sus trabajadores no habría surgido la necesidad de cerrar, porque previamente no habría existido obligación de abrir los centros, que sólo debe mantener abiertos, por respeto al derecho al trabajo que ostentan los trabajadores no huelguistas, cuando parte de su plantilla no secunda el paro»⁷⁷— lo cierto es que la huelga en cuestión «no fue total, pues acudieron a sus puestos de trabajo y quedaron a disposición del empresario, algunos de los trabajadores del departamento de administración»⁷⁸. Y de ahí la legalidad del cierre patronal enjuiciado —por aplicación del «principio de proporcionalidad de los sacrificios»⁷⁹—, dado que «no cabe imponer a la empresa, cuando no existe posibilidad alguna de realizar la más mínima producción, que además de los perjuicios inherentes a toda huelga, tenga que soportar gastos generales de explotación totalmente inútiles, y abonar salarios y cuotas de Seguridad Social a aquéllos que, por causas no imputables directamente a ella, han de permanecer inactivos»⁸⁰.

⁷⁴ Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo, inciso primero.

⁷⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

⁷⁶ Fundamento de Derecho décimo, párrafo primero, inciso segundo.

⁷⁷ *Ibidem*, inciso quinto.

⁷⁸ Fundamento de Derecho décimo, párrafo segundo, inciso segundo.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo cuarto, inciso segundo.

⁸⁰ *Ibidem*, inciso último.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL ORDINARIA SOBRE EL CIERRE PATRONAL DEFENSIVO. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 26 DE JUNIO DE 1991

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 26 DE JUNIO DE 1991

1. Al igual que ocurrió en la hipótesis del Auto del Tribunal Federal Constitucional a que se refiere el Capítulo Sexto, este otro Auto del propio Tribunal, de fecha 26 junio 1991¹, es una resolución dictada resolviendo un recurso de «queja constitucional [*Verfassungsbeschwerde*]» —equivalente a nuestro recurso de amparo—, regulado en los párrafos 90 a 96 de la Ley del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, BVerfGG) de 1951. Como se indicó en dicho Capítulo, la tramitación de este recurso exige tener en cuenta —al igual que ocurre en el amparo español— que el planteamiento de la «queja constitucional» presupone el agotamiento del contencioso judicial ordinario², resultando también aquí que lo recurrido en queja ante el Tribunal Federal Constitucional era una Sentencia dictada en casación por el Tribunal Federal de Trabajo, revocatoria —en perjuicio de cierto empresario— de las resoluciones judiciales previamente adoptadas por la jurisdicción laboral alemana, en primera y segunda instancias. Por lo demás —y al igual que en la hipótesis del Auto a que se refiere el citado Capítulo Sexto—, también aquí este otro recurso de «queja constitucional» se tramitó ante el Tribunal Federal Constitucional sin necesidad de vista oral, lo que explica que la resolución del mismo adoptase precisamente la forma de «Auto [*Beschluß*]»³, refiriéndose la queja, además, a supuestas violaciones de «derechos fundamentales [*Grundrechte*]» —ya se verá cuáles⁴— distintos de los contemplados en las cláusulas exceptivas contenidas en el párrafo 14, apartado 1, de

¹ Referencia 1 BvR 779/85.

² Cfr. *supra*, Capítulo Sexto, núm. 1.

³ *Ibidem*.

⁴ *Infra*, núm. 2.

la Ley reguladora del Tribunal Federal Constitucional, lo que explica, a su vez, que el Auto también aquí tuviese que ser dictado por la Sala Primera del propio Tribunal⁵.

2. De las tres partes de que consta formalmente este Auto —las tres agrupadas bajo el rótulo genérico «Motivos [*Gründe*]», las tres encabezadas por una letra mayúscula, y las tres subsiguientes al «fallo [*Entscheidungsformel*]», que es muy breve («La queja constitucional se rechaza») —, su parte «A» resume el objeto del recurso, afirmando que «la queja constitucional se dirige contra una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, que ha calificado como ilegal un acuerdo de cierre patronal, seguido por la recurrente en queja»⁶, procediendo a desarrollar luego con acribia los cuatro siguientes núcleos temáticos. En el primero, supuesto que «el Derecho de lucha laboral [*Arbeitskampfrecht*] no está legalmente regulado»⁷, efectúa un repaso de las decisiones de la jurisprudencia laboral ordinaria que el Tribunal Federal Constitucional considera más significativas en materia de «huelga [*Streik*]» y de «cierre patronal [*Aussperrung*]»⁸, incluida la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 1980 a que se refiere el Capítulo Decimosegundo, inmediatamente precedente a éste. El segundo describe el *iter* del asunto ante la jurisdicción laboral ordinaria, resumiendo las razones que condujeron a la Sentencia atacada del Tribunal Federal de Trabajo a fallar que «el derecho a diferencias salariales está motivado porque la [empresa] recurrente en queja ha incurrido en retraso en la recepción [de la prestación laboral de sus trabajadores, y por tanto, en *mora accipiendi*]»⁹, a causa de la ilegalidad del cierre patronal que había procedido a secundar¹⁰. El tercero explicita las alegaciones de la empresa recurrente en queja¹¹, centradas en «la violación del artículo 2, apartado 1, en conexión con el artículo 20, apartado 2 y 3; el artículo 3, apartado 1; el artículo 5, apartado 1, inciso 2; el artículo 9, apartado 3; el artículo 14, apartado 1, inciso 1, y el artículo 109, apartado 2, de la Constitución Federal»¹². Y el cuarto, en fin, resume las alegaciones escritas realizadas por diversas asociaciones empresariales y sindicales interesadas en el recurso, considerando las primeras «fundada la queja constitucional»¹³, mientras que las segundas —a pesar de sostener, frente a la Sentencia recurrida, que «el cierre patronal es incompatible con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal» — concluían que «en todo caso, no cabe poner reparos a la Sentencia atacada, en la medida en que declara ilícita la medida de lucha laboral litigada»¹⁴.

3. La parte «B» del Auto —muy breve— se refiere a la admisibilidad formal de la «queja constitucional» interpuesta, salvo en lo concerniente a dos concretas alegaciones

⁵ Acerca de todo esto, véase *supra*, Capítulo Sexto, número 2.

⁶ Marginal 1.

⁷ Marginal 2, inciso primero.

⁸ Marginales 2 a 5.

⁹ Marginal 8, inciso cuarto.

¹⁰ Cfr. marginales 6 a 15.

¹¹ Cfr. marginales 16 a 24.

¹² Marginal 16.

¹³ Cfr. marginal 25.

¹⁴ Cfr. marginal 26.

efectuadas por la empresa recurrente. De un lado, la relativa a la supuesta violación por la Sentencia atacada del artículo 101, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal —sobre el derecho de los litigantes a que sus pretensiones fuesen conocidas y resueltas por el «juez legal [*gesetzliche Richter*]» (que nosotros llamaríamos juez natural prede-terminado por la Ley), y que en este caso no era, a juicio de la empresa recurrente, la Sala Primera del Tribunal Federal de Trabajo, sino la Sala General del propio Tribunal Federal de Trabajo—, de imposible admisión a causa de su radical extemporaneidad, pues «una nueva circunstancia... ya no puede alegarse como objeto de la queja constitucional, tras el transcurso del plazo de la queja»¹⁵. De otro lado, la relativa a la supuesta violación del artículo 109, apartado 2, de la Constitución Federal, asimismo «inad-misible, porque esta norma no garantiza un derecho fundamental o un derecho igual a los derechos fundamentales (artículo 93, apartado 1, número 4a, de la Constitución Federal; y parágrafo 90, apartado 1, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional)»¹⁶.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL CIERRE PATRONAL DEFENSIVO

4. La parte «C» del Auto es, sin duda, la verdaderamente relevante jurídicamente hablando, pues contiene las razones que llevaron al Tribunal Federal Constitucional a rechazar la «queja constitucional» interpuesta por la empresa recurrente y, en consecuencia, a confirmar la Sentencia atacada del Tribunal Federal de Trabajo. De los dos subapartados de que consta, el más trascendente resulta ser el subapartado «I»¹⁷, frontalmente relativo a la supuesta violación por la Sentencia recurrida del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en cuanto que precepto genéricamente regulador de la libertad sindical en Alemania. Lógicamente, el punto de partida de toda su argumentación se refiere a que dicho precepto constitucional amparaba, también, las medidas de lucha laboral del empresario, que expresa del siguiente modo, casi silogístico: 1) los titulares de la libertad sindical no son sólo los trabajadores, sino también los empresarios («La libertad sindical [*Koalitionsfreiheit*] rige, en virtud del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, para todos y para toda profesión. Por consiguiente, aunque ante todo históricamente la retienen los trabajadores y se reclamaba por éstos, no se estructura como derecho fundamental de los trabajadores, sino que corresponde de igual modo a los empresarios»)¹⁸; 2) desde un punto de vista teleológico, la libertad sindical se orienta a la celebración de convenios colectivos («Un objetivo esencial de las coaliciones protegidas por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal es la celebración de convenios colectivos»)¹⁹; y 3) las medidas

¹⁵ Cfr. marginal 28.

¹⁶ Marginal 29.

¹⁷ Cfr. marginales 31 a 54. El subapartado «I», muy breve (cfr. marginales 55 a 57), se refiere a las supuestas violaciones por la Sentencia atacada del artículo 5, apartado 1, inciso 2 (libertad de prensa), y del artículo 14 (derecho de propiedad) de la Constitución Federal.

¹⁸ Marginal 33, incisos primero y segundo.

¹⁹ Marginal 34, inciso primero.

de lucha laboral de ambas partes están constitucionalmente protegidas, supuesto que sirvan a la consecución del objetivo convencional citado («La elección de los medios que consideran adecuados para alcanzar este objetivo, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal lo cede, por principio, a las coaliciones»²⁰; «En los medios protegidos, también cuentan las medidas de lucha laboral que se orienten a la celebración de convenios colectivos»²¹).

5. Sobre esta base, el Auto renuncia a hacer teoría general sobre la constitucionalidad del cierre patronal («Qué lejos se protege el cierre patronal constitucionalmente, con carácter general, no requiere de ninguna decisión definitiva»)²², aunque establece los dos parámetros abstractos con arreglo a los cuales debía enjuiciarse la constitucionalidad o no de dicha concreta medida de lucha patronal. En primer lugar, el relativo a que el cierre se orientase a restablecer la paridad en la negociación del convenio colectivo [«No cabe poner reparos constitucionalmente a la opinión del Tribunal Federal de Trabajo de que las medidas de lucha laboral servían a la creación de un peso igual de negociación en las posiciones convencionales enfrentadas (paridad en la negociación [*Verhandlungspärität*]), y había que valorarlas con este objetivo»]²³, lo que acarrea la legitimidad constitucional del cierre patronal defensivo, incluso de carácter sectorial (que el Auto denomina «cierre patronal de asociación [*Verbandsaussperrung*])»²⁴, pues «la capacidad de los empresarios para llevar a cabo una lucha laboral eficaz no puede ponerse en cuestión, a través de una ordenación de la lucha laboral que se oriente al objetivo de un peso negociador igual [*eines Verhandlungsgleichgewichts*] de las partes del convenio colectivo»²⁵. En segundo lugar, el referente a que el cierre patronal decretado se adecuase a las exigencias del principio de proporcionalidad («Además, no cabe objetar que el Tribunal Federal de Trabajo admita el cierre patronal defensivo [*Abwehraussperrung*] sólo como una medida limitada por el principio de proporcionalidad [*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*]»)²⁶, teniendo en cuenta que esta adecuación debía enjuiciarse atendiendo, en principio, al acuerdo de cierre que hubiese sido adoptado, cualquiera que hubiese sido su verdadera efectividad («La licitud de este acuerdo hay que medirla sólo por su contenido, pero no por la disposición de seguirlo del empresario concreto»)²⁷.

6. Precisamente por aplicación de este principio de proporcionalidad, se imponía la desestimación de la «queja constitucional» planteada por la empresa recurrente, que se había sumado al cierre patronal («ilícito») decretado por la asociación empresarial convocante, aun sin estar afiliada a ella (pero porque tenía verdadero interés directo

²⁰ Marginal 34, inciso tercero.

²¹ Marginal 35, inciso primero.

²² Marginal 36, inciso primero.

²³ Marginal 48, inciso primero.

²⁴ Cfr., por ejemplo, marginal 37, inciso segundo.

²⁵ Marginal 49, inciso segundo.

²⁶ Marginal 52, inciso primero.

²⁷ Marginal 53, inciso tercero.

en el asunto)²⁸. En efecto, frente a las huelgas declaradas por la contraparte sindical, precisamente porque se trataba de «huelgas parciales [*Teilstreiks*]» —esto es, limitadas a sólo concretas empresas o centros de trabajos del sector²⁹— lo habido era una reacción empresarial completamente desproporcionada. Lo evidenciaba con claridad, para el Auto del Tribunal Federal Constitucional —según recuerda casi al final de su fundamentación jurídica—, el que «el acuerdo de cierre patronal comprendía alrededor de 130.000 trabajadores y aproximadamente 4.300 huelguistas [*Streikenden*]»³⁰ —los primeros se califican *passim*, en este Auto, como trabajadores «que padecieron el cierre patronal [*ausgesperrt*]»—, el que «por consiguiente, la relación numérica se eleva aproximadamente a treinta a uno»³¹, y el que «por cada día de lucha hubieran debido perderse más de dos veces y media de días laborales por el cierre patronal, que los días laborales que se habían perdido hasta ahora en el conjunto de dos semanas por las huelgas del sindicato»³²; razón por la cual —concluyó— «esto podía dar ocasión al Tribunal Federal de Trabajo para calificar como ilícito [*rechtswidrig*] el acuerdo de cierre patronal, sin restringir desproporcionadamente por dicha valoración la actividad, en cuanto que coalición, de la recurrente en queja»³³.

III. LOS PORQUÉS DE LA FALTA DE EXISTENCIA, EN ESPAÑA, DE UN CASO JUDICIAL SIMILAR AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 26 DE JUNIO DE 1991

7. Aparte las razones dadas en el Capítulo Decimosegundo³⁴, a propósito de la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 10 junio 1980 —trasladables aquí en su integridad—, cabe añadir ahora que la imposibilidad de existencia de un caso español formalmente equivalente a este Auto del Tribunal Federal Constitucional alemán (esto es, un caso resuelto por nuestro Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo y, además, en el que el recurrente fuese precisamente la parte empresarial) es consecuencia de la peculiar regulación que posee el cierre patronal en la Constitución Española. En efecto, recuérdese que aparece regulado al margen de los derechos constitucionales fundamentales, en el artículo 37.2 de la misma, como mera medida

²⁸ En el marginal 37, incisos primero, segundo y tercero, se afirma todo lo siguiente: «También una empresa que se une como externo [*Außenseiter*] a un cierre patronal de asociación actúa en cuanto que coalición. La alianza en la lucha de un externo con una asociación dotada de capacidad convencional puede ser una asociación a los efectos del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, cuando debe influir en la celebración de un convenio colectivo en interés del externo. Este objetivo se deriva ya de que la recurrente en queja había acordado, con carácter general, la vigencia de los salarios de asociación en los contratos de trabajo».

²⁹ Sobre este tipo de huelgas, véase *supra*, Capítulo Decimosegundo, núm. 5.

³⁰ Marginal 54, inciso segundo.

³¹ *Ibidem*, inciso tercero.

³² *Ibidem*, inciso cuarto.

³³ *Ibidem*, inciso quinto. Sobre la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, y consecuente licitud del cierre patronal suspensivo de defensa allí enjuiciado, véase *supra*, Capítulo Decimosegundo, núm. 7.

³⁴ Cfr., en él, sus núms. 7, 8 y 9.

cívica de conflicto colectivo, insusceptible de poder invocarse para fundamentar la eventual interposición de un recurso de amparo³⁵. Al respecto, resulta elocuente la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 72/1982, de 2 diciembre³⁶, en la que se afirma —precisamente por la vía del recurso de amparo— la imposibilidad de hacer «juicio alguno acerca del cierre patronal producido, ya que el mismo no está incluido dentro de los derechos fundamentales susceptibles del recurso de amparo sino dentro de las medidas de conflicto colectivo a que se refiere el artículo 37 de la Constitución, por lo que al no haber sido vulnerado el derecho fundamental de huelga por la resolución impugnada, no podemos hacer en el presente recurso ninguna consideración, por conexión, acerca del cierre empresarial»³⁷; razón por la cual —concluía— quedaban «así sin plantear ni resolver, por exceder del ámbito del recurso de amparo antes expuesto, todas las cuestiones relativas al cierre empresarial en los supuestos en que se utiliza como respuesta a una huelga abusiva, cuestiones que el Tribunal podría examinar si le fueran planteadas en su momento por los Tribunales ordinarios a través de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad»³⁸, cuyo equivalente en Alemania —como ya se vio— no es la «queja constitucional», sino el «procedimiento de control de normas [*Normenkontrollverfahren*]», asimismo regulado en la Ley del Tribunal Federal Constitucional³⁹.

³⁵ La doctrina general sobre el tema, en J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El derecho de cierre patronal y la libertad de empresa», en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos (Barcelona, 2005), págs. 425 ss.

³⁶ Boletín Oficial del Estado de 29 diciembre 1982.

³⁷ Fundamento Jurídico 7º, inciso primero.

³⁸ *Ibidem*, inciso segundo. En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 191/1987, de 1 diciembre (Boletín Oficial del Estado de 26 diciembre 1987).

³⁹ Véase *supra*, Capítulo Tercero, núm. 1.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA HUELGA SALVAJE. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1963

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1963, SOBRE LA HUELGA SALVAJE (*WILDE STREIK*)

1. Esta veterana Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo¹, tan interesante desde el punto de vista iuscomparatista —porque fija el régimen jurídico de la «huelga salvaje [*wilde Streik*]» o «huelga no sindical [*nichtgewerkschaftliche Streik*]»²—, resuelve un litigio planteado ante los tribunales laborales alemanes al amparo del número 2 del apartado 1 del párrafo 2 de la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, ArbGG) de 1953³, a cuyo tenor dichos tribunales son competentes para resolver «pleitos jurídico-civiles entre las partes con capacidad para convenir colectivamente o entre éstas y terceros respecto de actos ilícitos, supuesto que se trate de medidas con finalidad de lucha laboral...». En el correspondiente «procedimiento [a resolverse] por Sentencia»⁴, figuraban como demandante una empresa y como demandados 63 antiguos trabajadores suyos, que resultaron vencidos en primera instancia y en apelación (esta última, tramitada ante una de las dos sedes del Tribunal estatal de Trabajo bávaro)⁵. En cambio, en casación, esta Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo estimó parcialmente el recurso de los trabajadores originariamente demandados, fallando que «se revoca la Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado de

¹ Referencia 1 AZR 428/62.

² Para esta última terminología, en la propia Sentencia, véanse marginales 60 y 74.

³ El texto de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 242 ss.

⁴ Sobre «los procesos laborales alemanes, según la Ley del Tribunal de Trabajo», *ibidem*, págs. 92 ss.

⁵ Sobre la organización de la jurisdicción laboral alemana, 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), págs. 75 ss.

Baviera, Sala 6, sede de Nuremberg, de 29 junio 1962»⁶; y además, que «el asunto se devuelve para nuevo enjuiciamiento y decisión, también sobre las costas de la casación, al Tribunal de Trabajo de Estado federado»⁷.

2. Tras su fallo y su resultancia fáctica —asimismo muy breve⁸—, el denso contenido jurídico de esta Sentencia aparece formalmente estructurado en dos grandes partes, «A» y «B». Sobre la base de que la empresa demandante había ejercitado una acción declarativa pura (literalmente, como petición principal, «Que se declare que los demandados están obligados solidariamente a indemnizar a la demandada todos los perjuicios que se le originaron y todavía se le originen en el futuro, por el paro de trabajo [*Arbeitsniederlegung*] ocurrido en el centro de trabajo de N[uremberg], a partir del 12.12.1961»)⁹, la parte «A» procede a efectuar —entre otras cosas— un repaso de los requisitos a que se sujeta el ejercicio admisible de acciones laborales declarativas, casi treinta años antes de que el tema se normalizase jurisdiccionalmente en España¹⁰. Los requisitos-clave al respecto, que concurrían en el caso aquí enjuiciado, eran los siguientes: 1) la existencia de «un interés a la protección jurídica»¹¹, pues «nuestro ordenamiento jurídico no autoriza a los tribunales laborales la emisión de un dictamen jurídico, y prohíbe, además, toda invocación inútil de los tribunales»¹², dado que «la función asignada a los tribunales es la decisión de cuestiones litigiosas existentes y relacionadas con casos concretos»¹³, por lo que «los tribunales para asuntos laborales no están autorizados a solucionar casos jurídicos sólo imaginarios, y por eso, los buscadores de justicia no tienen derecho a plantear ante estos tribunales un litigio de forma puramente teórica»¹⁴; 2) «no deben existir sólo los requisitos del interés a la protección jurídica»¹⁵, sino también «un interés jurídico a que se declare inmediatamente la relación jurídica»¹⁶; y 3) ahora «bajo el punto de vista de la economía procesal»¹⁷, es claro que «quien invoca para sí el derecho de crédito no puede..., como regla, accionar en declaración, sino que debe accionar en condena cuando está en posición para ello, en especial cuando puede cuantificar y calcular, en caso de una reivindicación dineraria, ésta»¹⁸, lo que aquí no ocurría, pues «en el momento de ejercicio de la acción, seguía el acontecimiento del que la actora deriva su reivindicación de daños y perjuicios, a saber, el paro de trabajo de la mayor parte de sus trabajadores industriales»¹⁹.

⁶ Párrafo primero.

⁷ Párrafo segundo.

⁸ Cfr. marginales 1 a 11, encabezados por el rótulo «Hechos [*Tatbestand*]».

⁹ Marginal 8. Además, había solicitado que «los demandados tienen que cargar solidariamente con los costes del litigio» (marginal 9).

¹⁰ Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LÓPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 62 ss.

¹¹ Cfr. marginal 14.

¹² Marginal 16, inciso primero.

¹³ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁵ Marginal 21, inciso primero.

¹⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁷ Marginal 24, inciso primero.

¹⁸ *Ibidem*, inciso cuarto.

¹⁹ Marginal 26, inciso primero.

3. La parte «B» de la fundamentación jurídica de la sentencia, en la que se abordan las cuestiones de fondo, constituye el grueso de su contenido. Formalmente hablando, aparece dividida en cuatro apartados de extensión parecida, ordenados con numeración romana. En realidad, tratan de sólo tres grandes núcleos temáticos, respectivamente relativos a lo siguiente: el apartado «I»²⁰, a que «los demandados niegan, en primer lugar, que haya existido, en realidad, una huelga»²¹; el del apartado «II»²², a que «el paro de trabajo de la mayor parte de los trabajadores industriales del centro de trabajo de N[uremberg] de la actora sólo puede ser valorado justamente como una medida de lucha laboral, esto es, como huelga»²³, que «fue ilícita en el caso dado»²⁴; y por último, a cómo debían calibrarse las responsabilidades de los trabajadores huelguistas, originariamente demandados y luego recurrentes en casación, pues —supuesta su evidente responsabilidad de daños y perjuicios, declarable por aplicación de lo dispuesto en el Código Civil (de lo que trata el apartado «III») ²⁵— la sentencia recurrida no había valorado correctamente la eventual «corresponsabilidad» de la empresa demandante en los hechos (de lo que trata el apartado «IV») ²⁶.

II. LAS TRES CUESTIONES NUCLEARES SOBRE LA HUELGA SALVAJE TRATADAS POR ESTA SENTENCIA (SU DISTINCIÓN CON EL DERECHO DE RETENCIÓN, SU RADICAL ILICITUD Y LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PROVOCADOS POR ELLA)

4. En efecto, la primera cuestión de fondo tratada se refiere a la distinción entre huelga y autotutela jurídico-civil, pues los trabajadores del caso negaban su condición de huelguistas, afirmando que habían «hecho uso, y ciertamente justificado, de su derecho de retención [*Zurückbehaltungsrecht*]»²⁷ —con las consecuencias jurídicas derivadas «del párrafo 273, apartado 1, y del párrafo 320, apartado 1, inciso 1, del Código Civil»²⁸—, a ejercitar «entre otros supuestos, cuando el empresario no cumple su promesa de pagar el salario por un tiempo y trabajado determinados o sus obligaciones»²⁹. Ahora bien, aun admitiendo que «también pueden varios trabajadores simultáneamente, esto es, conjuntamente, ejercitar su derecho de retención»³⁰, el Tribunal Federal de Trabajo concluyó aquí —visto, en sustancia, que los demandados «declararon querer sólo comenzar el trabajo cuando la actora se desprenda del director

²⁰ Marginales 43 a 56.

²¹ Marginal 43, inciso primero.

²² Marginales 57 a 74.

²³ Marginal 57, inciso primero.

²⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁵ Marginales 75 a 88.

²⁶ Marginales 89 a 100.

²⁷ Marginal 43, inciso primero.

²⁸ Marginal 44, inciso primero.

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁰ *Ibidem*, inciso cuarto.

del centro de trabajo y de un supervisor»³¹, rechazando la empresa actora «despedir a estos dos empleados bajo la presión del paro de trabajo»³²— que no podía calificarse «una acción masiva, como la suspensión del trabajo de 454 trabajadores en un solo día, como ejercicio del derecho obligacional de retención»³³. Y ello, fundamentalmente por dos razones, ancladas ambas en lo que la Sentencia denomina repetidas veces «experiencia vital [*Lebenserfahrung*]»³⁴. En primer lugar, la relativa a que «aquel que quiere hacer uso del derecho de retención tiene el deber de manifestarlo inequívocamente a la contraparte contractual, cuando puedan existir, en el caso concreto, confusiones acerca de si, en caso de un paro de trabajo, se trata de una lucha laboral o del ejercicio del derecho de retención»³⁵, habiendo incumplido aquí los trabajadores dicha obligación, a pesar de haber cabido la posibilidad —cuando se trata de ejercicio plural del citado «derecho de retención»— de «servirse de un representante, incluso de un representante común, para cumplir su deber de manifestación»³⁶. En segundo lugar —sobre la base de que «a través de una huelga, se interrumpe frente a los huelguistas el deber de pago del salario del empresario»³⁷, mientras que «en cambio, en caso de ejercicio del derecho de retención, persiste frente a los que hacen uso de él, como regla general»³⁸—, el hecho de que los trabajadores no hubieran reclamado «sus derechos salariales durante el tiempo del paro de trabajo»³⁹, lo que «sería del todo incomprensible si hubieran tenido la creencia de no hacer huelga, sino de hacer uso del derecho de retención que les corresponde, según su opinión»⁴⁰.

5. Esto despejado, la Sentencia constata que «el Tribunal de Trabajo de Estado federado declara, como incontrovertido —no se ha presentado una pretensión de rectificación—, que el sindicato competente en el centro de trabajo de la actora ni ha aprobado el paro de trabajo, ni lo ha autorizado con posterioridad ni tampoco lo ha proseguido»⁴¹, de manera que «por consiguiente, se trata de una llamada huelga salvaje [*einen sogenannten wilden Streik*]»⁴², concluyendo que «dicha lucha laboral es ilícita [*rechtswidrig*], en todo caso»⁴³. Según la propia Sentencia, a pesar de que el tema «resulta controvertido en la doctrina científica»⁴⁴, resultaba preciso «seguir la opinión de NIPPERDEY»⁴⁵ —que «sólo considera lícita la huelga sindical»⁴⁶—, pues «el medio

³¹ Cfr. marginal 2.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. marginal 48.

³⁴ Cfr. marginales 33, 36, 37, 48 y 83.

³⁵ Marginal 52, inciso primero.

³⁶ Marginal 53, inciso tercero.

³⁷ Marginal 51, inciso segundo.

³⁸ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁹ Marginal 56, inciso segundo.

⁴⁰ *Ibidem*, inciso quinto.

⁴¹ Marginal 58, inciso primero.

⁴² *Ibidem*, inciso segundo.

⁴³ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁴⁴ Marginal 61, inciso primero.

⁴⁵ Marginal 65, inciso primero.

⁴⁶ Marginal 61, inciso cuarto.

de la huelga es un arma afilada [*ist eine scharfe Waffe*]⁴⁷, lo que «prohíbe confiar el derecho de huelga a personas o grupos en los que no existe la garantía de que sólo harán uso de él con un alcance justificable»⁴⁸. Y de ahí —según ella—, «resumiendo, hay que decir que titulares de la lucha laboral pueden ser, de un lado —junto a las asociaciones de empresarios—, también ciertamente los empresarios individuales, pero del otro lado sólo los sindicatos»⁴⁹ —únicos sujetos que poseen verdadera «capacidad convencional»⁵⁰—, por lo que «si se incumple en una huelga este principio, entonces se trata de antemano de una huelga ilícita»⁵¹.

6. En fin, la ilicitud de la huelga en cuestión generaba el derecho de la empresa demandante, que había padecido la misma, a la exigencia de responsabilidad de daños y perjuicios frente a los huelguistas («a través de la huelga no lícita, se interfiere ilícitamente la actividad empresarial instalada y ejercida del empresario», perteneciendo «ésta... a los bienes jurídicos protegidos, que están mencionados en el párrafo 823, apartado 1, del Código Civil») ⁵², y teniendo en cuenta que «la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios de aquellos que han participado culpablemente en una huelga ilícita es solidaria [*gesamtschuldnerische*]⁵³, pues así «se desprende... de los párrafos 830 y 840 del Código Civil»⁵⁴. No cabía, sin embargo, estimar la acción declarativa deducida por la empresa, puesto que faltaban constataciones fácticas y sus correspondientes valoraciones jurídicas, a propósito de la eventual «corresponsabilidad [*Mitverschulden*]⁵⁵ de la propia empresa demandante»⁵⁵. De ahí que el Tribunal Federal de Trabajo revocase la sentencia recurrida con devolución de los autos al tribunal de segunda instancia, a fin de éste se pronunciase sobre diversas cuestiones —que podrían determinar que se suprimiese «incluso la responsabilidad de cualquier tipo de la parte demandada, si a la parte actora le alcanza una corresponsabilidad muy predominante»⁵⁶—, entre las que se contaba el «deber de mitigación del daño [*Schadensminderungspflicht*]⁵⁷ derivado del párrafo 254, apartado 1, del Código Civil»⁵⁷, pues «como han afirmado los demandados, si la actora no ha hecho uso, o no ha hecho uso suficientemente rápido, o no ha hecho uso con un alcance suficiente, de cada oferta de trabajar [realizada por los demandados], y a través de ello ha aumentado el perjuicio, entonces existe la posibilidad... de que... esté obligada... a cargar por sí misma sus perjuicios en la dimensión marcada por la Ley»⁵⁸.

⁴⁷ Marginal 72, inciso primero.

⁴⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁹ Marginal 74, inciso primero.

⁵⁰ Cfr. marginal 66.

⁵¹ Marginal 74, inciso segundo.

⁵² Cfr. marginal 75.

⁵³ Marginal 81, inciso primero.

⁵⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

⁵⁵ Cfr. marginal 89.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. marginal 97.

⁵⁸ Marginal 98, inciso tercero.

III. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL, SOBRE LAS TRES CUESTIONES NUCLEARES TRATADAS POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1963

7. En términos relativamente análogos a los de este caso alemán, la distinción entre paros colectivos de trabajo —que no son huelgas— y las huelgas propiamente dichas fue esclarecida por la jurisprudencia laboral ordinaria española, durante el más inmediato postfranquismo⁵⁹, a través de dos importantes Sentencias del Tribunal Central de Trabajo —órgano jurisdiccional hoy desaparecido— de 14 enero 1977⁶⁰ y 28 junio 1978⁶¹. En la primera de ellas, se confirma la improcedencia del despido por el empresario de una pluralidad de sus trabajadores —no se aclara cuántos—, pues si «por causa de un incendio y subsiguiente pánico entre los trabajadores por falta de salidas de emergencia, ello “dio lugar a un estado de excitabilidad entre los afectados que solicitaron un mayor número de puertas en la Sección y que una de ellas permaneciera siempre abierta para evitar situaciones similares a la descrita y al no ser atendida dicha petición en forma satisfactoria a juicio de los trabajadores, éstos iniciaron un paro que se prolongó hasta el día siguiente”»⁶², resultaba «evidente que... a ese paro colectivo no le pueden ser de aplicación las normas... sobre sanción de huelga ilegal»⁶³. En la segunda —mucho más perfecta—, a propósito de un supuesto de hecho prácticamente idéntico⁶⁴, se afirma que el mismo encajaba en «el doctrinalmente denominado “ius resistitiae”, como derecho del trabajador a negar la prestación de sus servicios»⁶⁵, concluyéndose en ella que debía prosperar la reclamación salarial deducida por los trabajadores que habían parado, dado que «el “ius resistitiae” aun colectivamente ejercitado, no debe ser confundido con el derecho de huelga..., tanto porque ambos atienden intereses y responden a finalidades distintas, cuanto por las diferentes consecuencias [salariales y de Seguridad Social, en el caso] que comporta su ejercicio»⁶⁶.

8. En cambio, en lo tocante a la ilicitud de las «huelgas salvajes», no cabe hablar de analogía ninguna entre el Derecho alemán y el Derecho español, dada la perfecta litud de la huelga «salvaje» en España. Lo declaró la fundamental Sentencia del

⁵⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 238.

⁶⁰ *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, 1977, referencia 76.

⁶¹ *Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, 1978, referencia 4547.

⁶² Considerando 3º.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Relativo a la declaración del «derecho del colectivo de trabajadores afectados por el presente conflicto —quienes no prestaron sus servicios en favor de la empresa demandada desde el 19 diciembre 1977 al 8 enero 1978, ambos días inclusive, por entrañar la realización de su trabajo grave riesgo personal, dado el carácter deficiente de la instalación eléctrica del local y medios de trabajo— a que les sean abonados por dicha demandada los salarios correspondientes al período de inactividad y que se efectúe por la misma la cotización a la Seguridad Social correspondiente a dicho período» (considerando 1º).

⁶⁵ Considerando 3º.

⁶⁶ Considerando 5º.

Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 abril⁶⁷, afirmando que «en el momento actual son perfectamente posibles las huelgas organizadas, dirigidas y controladas por los sindicatos de trabajadores, y las llamadas huelgas espontáneas, que en la terminología anglosajona se conocen con el nombre de “wild strikes”, huelgas “salvajes” o huelgas sin control sindical»⁶⁸. Y ello, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, porque en España (al igual que en Francia, Italia o Portugal) la huelga no es un derecho de titularidad sólo sindical, sino un derecho de titularidad individual (aunque, eso sí, de ejercicio colectivo)⁶⁹, afirmando al respecto la propia Sentencia del Tribunal Constitucional lo siguiente: 1) que «define el derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores “uti singuli”, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos»⁷⁰; 2) que «para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada»⁷¹; y 3) que «se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales»⁷².

9. En fin, respecto de las responsabilidades de daños y perjuicios derivadas de la convocatoria y participación en huelgas, nada hay tampoco similar en nuestro Derecho a este caso alemán, aunque del bloque de cuatro Sentencias «clásicas» sobre el tema, de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo —que dejan impregunadas, de todas formas, las responsabilidades derivadas de la convocatoria de huelgas ilegales o abusivas, al referirse sólo a convocatorias de huelgas legales⁷³—, cabe extraer, al menos, dos importantes reglas generales. En primer lugar —frente a la responsabilidad solidaria de los trabajadores participantes, declarada por el caso alemán—, la relativa a que de la convocatoria de huelga responde sólo el sujeto convocante, pero en absoluto los concretos trabajadores participantes en la misma, lo que explica que esta jurisprudencia nuestra —a pesar de la titularidad individual del derecho de huelga— haya desestimado sistemáticamente la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (supuestamente existente entre los trabajadores participantes y el sindicato convocante), esgrimida en el pleito —por paradójico que pueda resultar— por el propio sindicato convocante de la huelga, frente a la acción de indemnización de daños

⁶⁷ Boletín Oficial del Estado de 25 abril 1981.

⁶⁸ Fundamento Jurídico 11º, párrafo segundo, inciso tercero.

⁶⁹ Respecto de todo ello, 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., págs. 147 ss.

⁷⁰ Fundamento Jurídico 11º, párrafo primero, inciso primero.

⁷¹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁷² *Ibidem*, inciso tercero.

⁷³ Se trata de las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 febrero 1990 (*WESTLAW Aranzadi*, RJ 1990/1088), de 30 junio 1990 (*WESTLAW Aranzadi*, RJ 1990/5551), de 6 julio 1990 (*WESTLAW Aranzadi*, RJ 1990/6072) y de 3 abril 1991 (*WESTLAW Aranzadi*, RJ 1991/3248).

y perjuicios ejercitada contra él por el empresario⁷⁴. En segundo lugar, la de que —en principio— no puede responsabilizarse al sujeto convocante de las irregularidades cometidas por los trabajadores participantes en la huelga convocada («la tacha que hace su contraparte [esto es, el empresario demandante] a la huelga realizada no se funda en actos irregulares efectuados por los huelguistas sino en que su convocatoria determinada naciera viciada»)⁷⁵ —téngase en cuenta, además, que en el Derecho Civil español la responsabilidad solidaria nunca se presume⁷⁶—, aclarando a este respecto el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, que «el sindicato no responderá por actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato»⁷⁷.

⁷⁴ Al respecto, la citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 julio 1990 afirma lo siguiente: «los otros dos reparos opuestos, inicialmente, por la parte recurrida hacen referencia a la falta de legitimación pasiva del Sindicato... y, en su defecto, a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido llamados a los autos los trabajadores de la empresa recurrente, que protagonizaron, en ella, la huelga cuyas consecuencias indemnizatorias se reclaman en la litis. Ambos apuntados defectos procesales carecen, asimismo, de consistencia jurídica suficiente por cuanto el Sindicato... figura como convocante de la huelga origen del presente litigio..., sin que, por tanto, pueda esgrimir una falta de legitimación pasiva de la que viene investido por precepto legal y por propia actuación en los hechos de que dimana la reclamación de autos. Argüir, al respecto, que la huelga es un derecho singular de realización colectiva resulta muy poco novedoso y, por supuesto, no empaña, en modo alguno la directa y propia responsabilidad que alcanza al Sindicato inspirador y convocante de la medida de conflicto colectivo en cuestión. Ampararse en el carácter singular del derecho de huelga para eludir la responsabilidad institucional que le es propia supone por parte del Sindicato impugnante prestar un flaco servicio al trabajador afiliado al que, con mayor o menor conocimiento y adhesión, por su parte, se le impulsa al ejercicio del derecho de huelga sin asumir, posteriormente la responsabilidad que, como tal ente sindical, le incumbe. Tampoco es de apreciar, en este caso, un defecto litisconsorcial pasivo de ineludible estimación, pues... dada la legitimación pasiva propia que le incumbe, no cabe advertir el apuntado defecto procesal» (Fundamento de Derecho 2º). En sentido análogo, véase asimismo la citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 julio 1990 (Fundamento de Derecho 4º).

⁷⁵ Cfr. la citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 julio 1990 (Fundamento de Derecho 4º, inciso segundo).

⁷⁶ Al respecto, véase artículo 1137 del Código Civil.

⁷⁷ Sobre este tema, la resolución judicial española decisiva es, de momento, una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 abril 2005 (*WESTLAW Aranzadi*, AS 2005/1548), ejemplarmente comentada por A. ARUFE VARELA, «La problemática exigencia de responsabilidades laborales a los sindicatos por actividades huelguísticas de sus afiliados. Un análisis comparado de los ordenamientos español y norteamericano», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2006), págs. 23 ss.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LA HUELGA DE ADVERTENCIA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 21 DE JUNIO DE 1988

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 21 DE JUNIO DE 1988, RELATIVA A LA HUELGA DE ADVERTENCIA (*WARNSTREIK*)

1. Originariamente, el litigio a que se refiere esta importante Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo —muy útil para comprender cuán diferente es el régimen jurídico de la huelga en España y Alemania¹— accedió a la jurisdicción laboral por la vía del párrafo 2, apartado 1, número 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, ArbGG) de 1953², relativo —en parte— a la competencia exclusiva de los Tribunales laborales alemanes para conocer los «pleitos jurídico-civiles entre las partes para convenir colectivamente o entre éstas y terceros respecto de actos ilícitos, supuesto que se trate de medidas con finalidad de lucha laboral». Agotadas la primera instancia —ante un Tribunal de Trabajo— y la segunda instancia —ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baden-Württemberg—, ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación. Y ambos recursos acumulados fueron resueltos por la Sentencia en cuestión del Tribunal Federal de Trabajo, con el resultado de que «para una decisión concluyente sobre una parte de la pretensión accionada, el litigio debe ser remitido al Tribunal de Trabajo del Estado federado»³.

2. Formalmente hablando, la primera de las dos grandes partes en que se distribuye el contenido de la Sentencia (rotulada «Hechos [*Tatbestand*]»), además del iter procesal del asunto, describe con acribia dos cosas. En primer lugar, el supuesto base del pleito, relativo a que un establecimiento de la empresa actora —dedicada al

¹ Al respecto, 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), págs. 145 ss.

² Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 ss. y 242 ss.

³ Marginal 44, inciso segundo.

comercio minorista— «fue objeto de una huelga el 27 abril 1985, un sábado denominado corto, en el que los negocios deben permanecer abiertos únicamente hasta las 14.00 horas, durante el tiempo comprendido entre las 6.30 horas y las 11.50 horas»⁴ —huelga que «las partes unánimemente califican como “huelga de advertencia [*Warnstreik*]”»⁵—, teniendo en cuenta que «con ocasión de esta huelga ha ocurrido una multitud de “disturbios huelguísticos [*Streikausschreitungen*]”»⁶. En segundo lugar, las pretensiones deducidas por la empresa actora frente a los cuatro sujetos por ella demandados, reconducibles a que «la actora exige la indemnización del perjuicio que se le ha causado por esta huelga, y la abstención de huelgas de advertencia futuras en sábados cortos que duren más de 30 minutos y, subsidiariamente, 90 minutos»⁷, y además, «el cese futuro de los disturbios afirmados y la obligación de los demandados de influir en los trabajadores huelguistas [*streikende Arbeitnehmer*] y piquetes de huelga [*Streikposten*], para que dichos disturbios no sucedan en el futuro»⁸.

3. La parte propiamente jurídica de la Sentencia (o «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*]») aparece formalmente dividida, a su vez, en cuatro apartados (encabezados por las letras mayúsculas «A», «B», «C» y «D»). De ellos, el que posee un más subido interés doctrinal es el subapartado I del apartado «A» —equivalente, además, a prácticamente un tercio del contenido de toda la Sentencia⁹—, pues es el que trata en extenso del régimen jurídico aplicable a la huelga de advertencia. Todo lo demás se destina a razonar, sobre la base de la insuficiencia y las contradicciones del relato fáctico de la Sentencia de segunda instancia: 1) que «si la actora puede exigir la indemnización del perjuicio correspondiente, que se le ha causado por los disturbios afirmados con ocasión de la huelga de advertencia, no lo puede decidir la Sala concluyentemente»¹⁰; 2) que «la actora no puede exigir que los demandados se abstengan en el futuro de huelgas de advertencia —da igual de qué duración— contra su establecimiento»¹¹; 3) que «si la actora puede exigir de los demandados que éstos se abstengan en el futuro de disturbios huelguísticos determinados con ocasión de una huelga contra su establecimiento..., no puede decidirlo la Sala concluyentemente»¹²; y 4) que «supuesto también que la actora ha solicitado que renuncien los demandados a influir, tanto en los huelguistas como en los piquetes de huelga, para que por éstos se realicen los concretos actos mencionados o para que induzcan a su ejercicio, no es posible para la Sala una decisión concluyente»¹³.

⁴ Marginal 2, inciso primero.

⁵ Marginal 4, inciso primero.

⁶ Marginal 2, inciso tercero.

⁷ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁸ *Ibidem*, inciso quinto.

⁹ Marginales 47 a 83.

¹⁰ Marginal 84. La Sentencia, a propósito de este asunto, había razonado antes que «la lucha laboral lícita no se convierte en ilícita, sin embargo, por causa de que con ocasión de esta lucha laboral los trabajadores huelguistas, los piquetes de huelga o los dirigentes huelguistas cometan actos ilícitos, que no están cubiertos por el derecho de huelga» (marginal 82, inciso segundo).

¹¹ Marginal 97.

¹² Marginal 100.

¹³ Marginal 107.

II. HUELGA DE ADVERTENCIA, HUELGA CONTRACTUAL ORDINARIA (O PARA CONSEGUIR POR LA FUERZA [ERZWINGUNGSSTREIK]) Y PRINCIPIO DE LA «ÚLTIMA RATIO»

4. Sobre la base de un repaso concienzudo de los precedentes judiciales sobre el tema —en especial, dos Sentencias del propio Tribunal Federal de Trabajo, asimismo sobre huelgas de advertencia, de los años 1976 y 1985¹⁴— y de la abundante doctrina científica suscitada por dichos precedentes judiciales, esta Sentencia se plantea —en esencia— la cuestión relativa a si la huelga de advertencia, por no estar sujeta al denominado principio de la «última ratio», constituye —frente a la huelga contractual ordinaria o «huelga para conseguir por la fuerza [Erzwingungsstreik]»— una modalidad privilegiada de huelga. Al efecto, parte —como es lógico— de la noción de «última ratio» ofrecida por la propia jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, en los siguientes términos: «las luchas laborales sólo pueden comenzarse y llevarse a cabo cuando sean apropiadas para alcanzar objetivos de lucha justos y la subsiguiente paz laboral, y sean objetivamente necesarias. Toda medida de lucha laboral —sea huelga, sea cierre patronal— sólo puede acometerse, además, tras el agotamiento de todas las posibilidades de entendimiento; la lucha laboral, por consiguiente, debe ser el último medio (última ratio) posible [*das letzte mögliche Mittel (ultima ratio)*]»¹⁵. Esto sentado, el Tribunal Federal de Trabajo llega aquí a la conclusión de que la huelga de advertencia lícita —como la ocurrida en el caso que enjuiciaba— no constituye ninguna modalidad privilegiada de huelga, fundamentalmente por dos razones.

5. La primera, porque no cabe diferenciar —por razón de sus objetivos— la huelga de advertencia y la huelga contractual ordinaria («la huelga de advertencia, como toda otra forma de huelga, es una huelga para conseguir por la fuerza») ¹⁶. En este sentido, aun admitiendo que la huelga de advertencia suele ser una huelga «corta y con plazo temporal», a través de la cual se ejerce «solamente una “presión atenuada”»¹⁷, el Tribunal Federal de Trabajo descarta que quepa hallar verdaderas diferencias entre una y otra modalidades de huelga, si es que se atiende a «las funciones de la huelga de advertencia, discutidas en la doctrina científica»¹⁸. En efecto: 1) «si se afirma... que con la huelga de advertencia podría ejercerse... únicamente presión para que [la parte empresarial] negocie rápido y se muestre más dispuesta al compromiso, pero que con la huelga para conseguir por la fuerza debe trabajarse hacia la celebración de un convenio colectivo con un contenido determinado, y esta diversa orientación de la presión justifica también una valoración jurídica diferenciada, entonces se divide con ello arbitrariamente una circunstancia vital unitaria»¹⁹, pues «objetivo de todas las negociaciones de un convenio colectivo es la celebración de un convenio colectivo»²⁰,

¹⁴ Cfr. marginales 47 y 48.

¹⁵ Marginal 63, con cita de un Auto de Sala General de 21 abril 1971.

¹⁶ Marginal 74, inciso segundo.

¹⁷ Al respecto, cfr. marginal 52.

¹⁸ Marginal 55.

¹⁹ Marginal 56, inciso segundo.

²⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

y «de ahí que todo ejercicio de presión, amenazada o real, sobre la parte empresarial aspire a la celebración de un convenio colectivo»²¹; 2) «tampoco por la función de demostración se diferencia la huelga de advertencia de la huelga para conseguir por la fuerza»²², pues «la demostración de la disposición para lucha en forma de huelga de advertencia... no demuestra sólo disposición para la lucha y no ejerce sólo presión psicológica, sino que es directamente ejercicio material de presión, por las propias consecuencias y perjuicios del paro de trabajo»²³; y 3) «se hace valer, además, que [la huelga de advertencia] es una prueba necesaria para los sindicatos, para sondear la solidaridad y la disposición para la lucha de sus afiliados y de los externos»²⁴, pero «esta prueba, en cuanto que suceso sindical interno, no puede efectuarse en perjuicio de la parte empresarial»²⁵, no cabiendo «privilegiar jurídicamente [*rechtlich zu privilegieren*] la huelga de advertencia sólo por causa de esta función de prueba, o sea, excepcionarla del principio de la última ratio [*ihn vom ultima-ratio-Prinzip auszunehmen*]»²⁶.

6. La segunda razón se refiere al significado que debía asignarse a este último principio, respecto de lo que el Tribunal Federal de Trabajo rechaza aquí que «el agotamiento de todas las posibilidades de entendimiento» —médula, recuérdese, del principio— deba entenderse tanto en un sentido material como en un sentido formal. En efecto, «para la determinación de este momento, no puede plantearse si se han agotado realmente todas las posibilidades de negociación o si convienen todavía negociaciones ulteriores en perspectiva de un acuerdo»²⁷, pues esta «contemplación material [*materielle Betrachtungsweise*] no es ni posible ni admisible»²⁸, dado que «la disposición existente en las partes del convenio colectivo para la negociación y el compromiso, en cuanto que hecho interno, no puede ser constatada, o sólo puede serlo con grandes dificultades, mediante indicios»²⁹. Y en cuanto a lo formal, porque «las medidas de lucha laboral no son sólo admisibles cuando se declara o ha sido declarado “oficialmente [*offiziell*]” el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo»³⁰, pues «si ello no puede depender materialmente de una disposición continua a la negociación y al compromiso de las partes del convenio colectivo, y las partes del convenio colectivo determinan libremente por sí mismas sobre ello, más bien, cuándo han fracasado las negociaciones, la declaración del fracaso de las negociaciones formalizada de cualquier modo tampoco puede hacer admisible por sí sola una medida de lucha laboral»³¹. La conclusión, en fin, de que «aquella parte del convenio colectivo que acometa medidas de lucha laboral, da a reconocer con ello simultáneamente, más bien, que considera agotadas las posibilidades de negociación y no ve ninguna posibilidad de llegar a un acuerdo sin la puesta en práctica de medidas

²¹ *Ibidem*, inciso cuarto.

²² Marginal 57, inciso primero.

²³ Marginal 58, inciso tercero.

²⁴ Marginal 59, inciso primero.

²⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

²⁶ *Ibidem*, inciso sexto.

²⁷ Marginal 66, inciso primero.

²⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁹ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁰ Marginal 69, inciso primero.

³¹ *Ibidem*, inciso segundo.

de lucha laboral»³², no implicaba que se privase «al principio de la última ratio de su significado para el Derecho de lucha laboral»³³. Y ello, porque «la admisibilidad de toda medida de lucha laboral requiere que las reivindicaciones sobre el contenido del convenio colectivo a celebrar hayan sido planteadas antes, y que, como regla, también se hayan llevado a cabo negociaciones convencionales sobre estas reivindicaciones»³⁴, de donde —tanto para las huelgas de advertencia como para las contractuales tradicionales— que «el principio de la última ratio prohíba la lucha laboral por la lucha laboral y la demostración de una fuerza, y para un momento en el que todavía no se ha tenido conocimiento del punto de vista de la contraparte»³⁵.

III. EL PREAVISO DE HUELGA, SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 13/1986, DE 30 DE ENERO

7. Además de la contractualidad estricta del modelo alemán de derecho de huelga, quizá a un lector español de este caso alemán le llamará poderosamente la atención, asimismo, el que no haya ni una sola alusión en él a ningún eventual «preaviso» de huelga. El hecho de que el empresario alemán tenga que enterarse por su cuenta de que acabará habiendo una huelga lo evidencia, siempre en esta Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, su afirmación de que «de la convocatoria de la huelga de advertencia tendrá ordinariamente conocimiento, con carácter general, también la parte empresarial»³⁶, pues «las luchas laborales, también en la forma de huelgas de advertencia, no pueden llevarse a la práctica de un momento a otro»³⁷ —la sorpresa no puede ser, en consecuencia, fácticamente total—, sino que «requieren una preparación organizativa, para que los trabajadores deban ser convocados a ellas»³⁸. En España, en cambio, quizá porque el derecho de huelga está constitucionalmente desconectado de la negociación de los convenios colectivos, no cabe sorprender al empresario con el ejercicio del derecho en cuestión, puesto que la licitud del mismo se subordina a que se curse en tiempo y forma el correspondiente «preaviso» de huelga.

8. Se trata de un tema regulado en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, distinguiendo dos hipótesis distintas³⁹. En primer lugar, la de las empresas no encargadas de la prestación de servicios públicos, en cuyo caso el «preaviso» en cuestión se somete a las siguientes reglas: 1) en cuanto a sus destinatarios, la de que «el acuerdo de declaración de huelga habrá de ser comunicado al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral»⁴⁰; 2) en cuanto al plazo para efectuarlo,

³² *Ibidem*, inciso tercero.

³³ Cfr. marginal 72.

³⁴ Marginal 73, inciso segundo.

³⁵ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁶ Marginal 70, inciso undécimo.

³⁷ *Ibidem*, inciso octavo.

³⁸ *Ibidem*, inciso noveno.

³⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 457-458.

⁴⁰ Artículo 3.3, párrafo primero.

la de que la comunicación deberá serles «notificada con cinco días naturales de antelación, al menos, a su fecha de iniciación»⁴¹; y 3) en cuanto a la forma de efectuarlo, la de que deberá realizarse «por escrito»⁴², teniendo en cuenta que «la comunicación de huelga habrá de contener los objetivos de ésta, gestiones realizadas para resolver las diferencias, fecha de su iniciación y composición del comité de huelga»⁴³. En segundo lugar, la de que «la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos»⁴⁴, en cuyo caso «el preaviso del comienzo de huelga al empresario y a la autoridad laboral habrá de ser, al menos, de diez días naturales»⁴⁵, teniendo en cuenta que «los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio»⁴⁶.

9. Acerca de esta exigencia legal, el caso español más decisivo ha resultado ser la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13/1986, de 30 enero⁴⁷. En ella, se sienta la regla de «la innecesariedad de una notificación individualizada» a cada empresario⁴⁸, debiendo cursarse el «preaviso» a «quienes en el ámbito en el que la huelga se declara sean representantes de los empresarios»⁴⁹; y ello, tanto «cuando se trata de una huelga convocada durante la negociación de un convenio colectivo sectorial»⁵⁰, como «cuando las huelgas sectoriales o generales no se vinculen a la negociación de un convenio»⁵¹. Según la propia Sentencia, razones de Derecho y de hecho justificaban la innecesariedad de un «preaviso» individualizado a cada empresa. Las primeras, ancladas en la noción legal de la «mayor representatividad» empresarial, pues «las asociaciones empresariales... son Entidades representativas de los empresarios y sus intereses, y, del mismo modo que los sindicatos, no son únicamente asociaciones privadas representantes de sus afiliados»⁵². Y fácticamente —esto es, «a efectos del conocimiento real»—, porque «la doble constancia de la notificación a las asociaciones empresariales y de la comunicación pública [a la autoridad laboral], garantiza sobradamente la posibilidad de que cada empresario pueda adoptar las medidas necesarias»⁵³.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo segundo, inciso primero.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, inciso tercero.

⁴⁴ Artículo 4, inciso primero.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁷ Boletín Oficial del Estado de 12 febrero 1986. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, cit., págs. 461-462.

⁴⁸ Fundamento Jurídico 3º, párrafo segundo, inciso primero.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

⁵¹ *Ibidem*, inciso tercero.

⁵² *Ibidem*, inciso quinto.

⁵³ *Ibidem*, inciso sexto. La doctrina de esta Sentencia fue luego reiterada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1993, de 8 febrero (Boletín Oficial del Estado de 11 marzo 1993), en la que —además de confirmarse expresamente que «en modo alguno puede decirse que la huelga general del 14 de diciembre de 1988 fuera ilegal por no haberse comunicado a todas y cada una de las empresas del país, o al menos, en todas aquellas en las que los trabajadores ejercitaron finalmente el derecho» (Fundamento Jurídico 2º, párrafo segundo, inciso primero)— se confirma que la finalidad ordinaria del «preaviso» al empresario «es la de que éste conozca que se va a realizar una huelga previamente a su realización, a fin de que esté advertido y, en los supuestos en los que la satisfacción de las reivindicaciones de los huelguistas dependan de él, que negocie desde el momento de la notificación con el comité de huelga a fin de “llegar a un acuerdo”» (*ibidem*, párrafo tercero, inciso segundo).

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

LA HUELGA DE APOYO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 19 DE JUNIO DE 2007

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 19 DE JUNIO DE 2007, RELATIVA AL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA HUELGA DE APOYO (*UNTERSTÜTZUNGSSTREIK*)

1. El litigio resuelto por esta importante Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 19 junio 2007¹, tan reciente, se refiere a la declaración de ilicitud de una huelga de apoyo instada por una empresa, que también reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios causados por ella. En consecuencia, encajó como un guante en el tenor del párrafo 2 de la Ley alemana del Tribunal de Trabajo², allí donde este precepto afirma que «los Tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad en... pleitos jurídico-civiles entre las partes con capacidad para convenir colectivamente o entre éstas y terceros respecto de actos ilícitos, supuesto que se trate de medidas con finalidad de lucha laboral»³. Este encaje suyo en el precepto recién transcrito provocó, a su vez, la consecuencia de que el pleito tuviese que tramitarse precisamente por la vía del proceso laboral que en Alemania concluye por Sentencia, pues —de conformidad con la propia Ley del Tribunal de Trabajo— «en los pleitos jurídicos a que se refieren estas normas [esto es, los diversos apartados del citado párrafo 2], tiene lugar el procedimiento [a resolverse] por sentencia»⁴. Lógicamente, tales previsiones se cumplieron aquí, en los tres grados jurisdiccionales en los que sucesivamente tuvo que llegar a ventilarse el pleito. En efecto, en el primer grado (o grado de cognición), fue resuelto por Sentencia del Tribunal de Trabajo de Oldenburg, de fecha 20 octubre

¹ Referencia 1 AZR 396/06.

² Acerca de esta Ley, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 87 ss. y 242 ss.

³ Cfr. apartado 1, número 2.

⁴ Apartado 5 del propio párrafo 2.

2004; en el segundo grado (o grado de apelación), el recurso ordinario frente a ella se resolvió por Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baja Sajonia, de fecha 7 marzo 2006; y en el tercer grado (o grado de casación), el recurso extraordinario frente a esta última Sentencia lo resolvió, por fin, la de la Sala 1 del Tribunal Federal de Trabajo, que aquí brevemente se presenta y se concuerda.

2. Formalmente hablando, esta Sentencia aparece encabezada por su fallo —como es costumbre en Alemania—, subsiguiendo a él su resultancia fáctica y su fundamentación jurídica. La parte fáctica de la resolución (rotulada «Hechos [*Tatbestand*]») es brevísima. En ella, se relata en lo esencial todo lo siguiente: 1) ante todo, que «las partes litigan sobre la licitud de una huelga de apoyo»⁵; 2) que la parte demandada era el sindicato «ver.di»⁶ (esto es, el «Sindicato Unido de Servicios [*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft*]»), afiliado a la poderosa «Federación Alemana de Sindicatos»⁷, el cual había declarado —con el objetivo de celebrar un convenio colectivo— una huelga principal (que padecía, entre otras empresas, «la sociedad editorial NWZ») ⁸ y luego, también, una «huelga de solidaridad temporal» (que padecía la empresa actora)⁹, teniendo en cuenta que ambas empresas formaban parte del mismo grupo de empresas¹⁰; 3) que la empresa demandante —esto es, la que padecía la huelga de apoyo— «ha exigido con la acción una indemnización de daños y perjuicios»¹¹, expresando «la opinión de que la huelga de solidaridad había sido ilícita»¹²; 4) que ganó el pleito en primera instancia, pues «el Tribunal de Trabajo ha estimado la acción»¹³; y 5) que también llegó a vencer en segunda instancia, pues «el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la apelación de la demandada»¹⁴ —esto es, del citado sindicato «ver.di»—, teniendo en cuenta que en casación «la demandada todavía solicita la desestimación de la acción»¹⁵.

3. La parte propiamente jurídica de la Sentencia (rotulada «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*]») constituye el grueso del contenido de la misma. Consta de dos apartados, respectivamente encabezados por los números romanos «I» y «II», aunque el apartado «I» es el verdadero cuerpo de la resolución (incluso, cuantitativamente hablando)¹⁶, pues todo él se orienta a reconstruir con claridad, por vez primera en

⁵ Marginal 1.

⁶ Cfr. marginal 2.

⁷ Acerca de la «*Deutscher Gewerkschaftsbund*», con indicación del sitio de Internet donde puede localizarse todo tipo de información sobre ella, 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.

⁸ Cfr. marginal 3.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Acerca de esto, con muchos detalles, véase marginal 2.

¹¹ Marginal 4.

¹² *Ibidem*.

¹³ Marginal 7.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Abarca 41 de los 58 marginales en que se subdivide el texto de la Sentencia.

Alemania —de ahí la trascendencia del caso—, el régimen jurídico de la huelga de apoyo de otra huelga principal o primaria (la primera, sistemáticamente denominada «*Unterstützungstreik*»; y la segunda, «lucha laboral principal [*Hauptarbeitskampf*]»), destinándose el apartado «II» de la misma a aplicar ese régimen jurídico previamente esclarecido a los concretos hechos enjuiciados, con el resultado —anticipado al comienzo de toda la motivación jurídica— de que prosperase el recurso de casación planteado por el sindicato originariamente demandado («la casación de la demandada está fundada», «las instancias previas han estimado injustamente la acción», «la actora no tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios frente a la demandada», «se trata de una huelga de apoyo conforme a Derecho»)¹⁷. Pues bien, la reconstrucción de dicho régimen jurídico la realiza aquí el Tribunal Federal de Trabajo partiendo de tres premisas infraestructurales o básicas, a saber: 1) que la huelga, sea o no de apoyo, está amparada y protegida por el precepto constitucional genéricamente regulador de la libertad sindical en Alemania, puesto que la huelga forma parte de la libertad de acción de los sindicatos («las huelgas de apoyo gozan —como otras medidas de lucha laboral—, por principio, de la protección de la libertad de acción [*Betätigungsfreiheit*] sindical garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal»)¹⁸; 2) dada la falta de regulación legal de las huelgas, que corresponde a los tribunales la determinación de su régimen jurídico («el Derecho de conflictos colectivos ha quedado legalmente, en gran parte, sin regulación»; «no obstante, los Tribunales laborales deben decidir ante los conflictos que se les plantean sobre la juridicidad de medidas de lucha laboral y no pueden sustraerse a ello con la indicación de la falta de regulaciones legales»; «deben, más bien, en caso de normas legales insuficientes, derivar el Derecho material de los principios generales, con los métodos de averiguación jurídica reconocidos, que sean determinantes para la relación jurídica afectada»)¹⁹; y 3) para llevar a cabo esta última tarea —que la Sentencia denomina de «estructuración del derecho fundamental [*Ausgestaltung des Grundrechts*]»²⁰—, que no resultaba útil el principio de paridad, a pesar de la esencialidad del mismo en materia de conflictos laborales («el principio de paridad [*Paritätsprinzip*] no es ordinariamente suficiente para la evaluación de situaciones de lucha concretas, por causa de su grado de abstracción»)²¹.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BAREMO DE LA LICITUD O ILICITUD DE LA HUELGA DE APOYO

4. Sobre la base de que «el baremo [*Maßstab*] central y adecuado, para el enjuiciamiento de las diversas formas fenoménicas de lucha laboral, es el principio de proporcionalidad [*der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*]»²², esta Sentencia anticipa

¹⁷ Todas estas afirmaciones, y algunas más, en el marginal 8.

¹⁸ Marginal 10.

¹⁹ Todas estas afirmaciones, y algunas más, en marginal 16.

²⁰ Cfr., por todos, marginal 14.

²¹ Marginal 21.

²² Marginal 22.

con toda rotundidad —en relación siempre con las huelgas de apoyo—, como es lógico, que «su admisibilidad depende del principio de proporcionalidad»²³. En efecto, se trata del criterio que permite calibrar mejor la peculiar posición jurídica en que se encuentra el empresario que padece una huelga de apoyo de otra principal, como ocurría en el caso de autos; posición muy gráficamente descrita por el Tribunal Federal de Trabajo, afirmando que «las posiciones jurídicas enfrentadas, a ponderar, son diferentes en la huelga de apoyo y en la lucha laboral principal», pues «a diferencia del caso de la lucha laboral principal, el empresario afectado por la huelga de apoyo tampoco tiene ordinariamente la posibilidad de cumplir las reivindicaciones sindicales a través de una concesión propia o a través del influjo en su asociación empresarial, ni de lograr la celebración de un convenio colectivo», por lo que «requiere... de una mayor protección que la del empresario directamente afectado por la lucha laboral principal»²⁴. Y supuesta siempre la licitud de la huelga principal —a valorar, como es lógico, según los parámetros del «modelo contractual» alemán de derecho de huelga²⁵—, la aplicación del principio de proporcionalidad llevó a concluir a esta Sentencia que las huelgas de apoyo «son ilícitas [*rechtswidrig*] cuando son evidentemente inapropiadas, evidentemente innecesarias o inadecuadas para apoyar la lucha laboral principal»²⁶.

5. En efecto, «una huelga de apoyo es ilícita cuando resulta evidentemente inapropiada [*ungeeignet*] para la promoción del objetivo perseguido con la lucha laboral principal»²⁷, como en el caso en que «los participantes en la lucha laboral principal y en la huelga de apoyo estén tan alejados sectorialmente, económicamente o espacialmente, que evidentemente la huelga de apoyo ya no sea apropiada para impresionar a la contraparte social de la lucha laboral principal»²⁸. Además, «también... es ilícita una huelga de apoyo cuando manifiestamente no es necesaria [*nicht erforderlich*]»²⁹, afirmando a este respecto la Sentencia que la huelga de apoyo es «manifiestamente no necesaria, por ejemplo, cuando se declare contra la voluntad del sindicato que lleva a cabo la lucha laboral principal»³⁰; y a la inversa, que «no puede negarse la necesidad de la huelga de apoyo con la consideración de que antes debe ser intensificada o ampliada la lucha laboral principal»³¹. En fin, asimismo «una huelga de apoyo es ilícita cuando, a pesar de la libertad de acción sindical garantizada por la Constitución federal, no es adecuada [*nicht angemessen*]... tomando en consideración las posiciones jurídicas... constitucionalmente protegidas del empresario»³², pero teniendo en cuenta

²³ Marginal 9, inciso segundo.

²⁴ Todas estas afirmaciones, y algunas más, en el marginal 38.

²⁵ Acerca de este modelo —tan contrastante con el modelo español—, 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., págs 147-148.

²⁶ Marginal 9, inciso tercero.

²⁷ Marginal 33, inciso primero.

²⁸ Marginal 35, inciso primero.

²⁹ Marginal 36, inciso primero.

³⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

³¹ *Ibidem*, inciso cuarto.

³² Marginal 37.

que «la cualidad de adecuada... de una huelga de apoyo no puede ser afirmada o negada con carácter general»³³, dependiendo su adecuación de la concurrencia de muy diversas circunstancias favorables o adversas a la misma —que la Sentencia procede a ejemplificar³⁴—, una de las cuales concurría con claridad en el caso aquí enjuiciado, llevando a concluir —si sumada al carácter «apropiado» y «necesario» de la huelga— que lo declarado por el sindicato demandado había sido una huelga lícita.

6. Se trataba de «la circunstancia de si, y en qué modo, el empresario afectado por la huelga de apoyo está vinculado económicamente al [empresario] destinatario o destinatarios de la lucha laboral principal»³⁵. Por supuesto —siempre según la Sentencia—, «dichas vinculaciones están... marcadas en especial, en los casos en los que la lucha laboral principal y la huelga de apoyo afectan a empresas del mismo grupo»³⁶, aunque «una estrecha conexión económica puede producirse fuera de las vinculaciones jurídicas de grupo, también a través de relaciones productivas, de relaciones de prestación de servicios y de relaciones de suministros»³⁷. Precisamente, ambas variantes de la circunstancia en cuestión concurrían en el caso aquí enjuiciado —lo que explica la definitiva absolución del sindicato demandado—, pues «la actora... pertenece... al mismo grupo de empresas que la sociedad editorial NWZ, implicada en la lucha laboral»³⁸, de un lado; y además, «aparte esto, se añade la relación proveedor/cliente existente entre ellas»³⁹, del otro.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HUELGA DE SOLIDARIDAD O APOYO, SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 11/1981, DE 8 DE ABRIL

7. En España, el *pendant* de este caso alemán es, con seguridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, de 8 abril⁴⁰. Se trata de una Sentencia gigante —casi un tratado de Derecho colectivo del Trabajo—, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad planteado en su día contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, de relaciones laborales, que es la norma preconstitucional todavía reguladora aquí, en nuestro país —a falta de desarrollo legal de lo dispuesto

³³ Marginal 43.

³⁴ Aparte la que a continuación se dirá, menciona —sin ánimo exhaustivo—, por ejemplo, las siguientes: «si el empresario que padece la huelga ya se ha “mezclado” en la lucha laboral principal y ha perjudicado su “neutralidad”» (marginal 47); «si el sindicato que convoca una huelga de apoyo hace esto para apoyar una lucha laboral principal llevada a cabo por él mismo o por otro sindicato» (marginal 48); y «cuando el centro de gravedad de la lucha laboral conjunta se desplace significativamente a la huelga de apoyo, y ésta pierda su carácter de apoyo de una lucha laboral principal llevada a cabo con seriedad» (marginal 49).

³⁵ Marginal 46, inciso primero.

³⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁷ *Ibidem*, inciso último.

³⁸ Cfr. marginal 58.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Boletín Oficial del Estado de 25 abril 1981. Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 454 ss.

en el artículo 28, apartado 2, de nuestra Constitución—, del ejercicio del derecho de huelga⁴¹; y más en concreto —respecto de lo que nos interesa—, contra el artículo 11, apartado b), de la norma cuestionada, a cuyo tenor «la huelga es ilegal... cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promueven o sostengan». El resultado de este recurso constitucional es bien conocido. En efecto, la citada Sentencia 11/1981 decidió —siempre en relación con el concreto punto indicado— «que es inconstitucional la expresión “directamente” del apartado b) del artículo 11»⁴². Y de ahí que haya que entender hoy, en España, que la huelga «de solidaridad o apoyo» es siempre «legal», supuesto que afecte de algún modo —incluso indirectamente o mediatamente— «al interés profesional de quienes la promueven o sostengan»⁴³.

8. Ocurre, sin embargo, que lo que usualmente se conoce en nuestro país con el nombre de huelga «de solidaridad o apoyo» poco o nada tiene que ver con una «*Unterstützungstreik*», del tipo de la enjuiciada por el Tribunal Federal de Trabajo en su Sentencia de 19 junio 2007. En efecto, suele tratarse aquí, en España, de huelgas de protesta pura y dura, en las que falta la finalidad de apoyo a una huelga principal o primaria (por cierto, un tema sobre el que el caso alemán declinó expresamente decidir y pronunciarse)⁴⁴. Al respecto, nuestra casuística jurisprudencial no deja margen ninguno a la duda, al calificar como verdaderas huelgas «de solidaridad o apoyo» —amparadas por el tenor constitucionalmente depurado del citado artículo 11, apartado b), del Real Decreto-ley 17/1977—, por ejemplo, una huelga que «tenía como esencial motivo manifestar oposición frente al despido de dos oficiales, constituyendo medio de presión para que se procediera a su readmisión»⁴⁵; «el paro [en la minería del carbón de Asturias], en señal de duelo [por el fallecimiento de un trabajador], convocado por las Centrales Sindicales mayoritarias»⁴⁶; «la convocatoria de la huelga para el apoyo contrario a la decisión de la empresa de amortizar un puesto de trabajo»⁴⁷, etc.

9. Acerca del amparo constitucional de este tipo de huelgas (y por tanto, de su licitud) —cuya forma más extrema la encarnan las huelgas generales para protestar por la

⁴¹ Dicho precepto constitucional, recuérdese, afirma lo siguiente: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

⁴² Apartado f) de su Fallo.

⁴³ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 462.

⁴⁴ Según él, «la cuestión de si también las huelgas puras de advertencia [*reine Demonstrationsstreiks*], solamente con su protesta o simpatía [*Protest oder Sympathie*], sin conexión con la lucha laboral llevada a cabo para un convenio colectivo..., debe ser traída a pronunciamiento..., por pertenecer a la libertad de acción sindical, no se plantea como existente» (marginal 13 *in fine*).

⁴⁵ Véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 octubre 1989 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 1989/7533) y de 24 octubre 1989 (*Aranzadi WESTLAW*, RJ 1989/7422).

⁴⁶ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 octubre 2000 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 2000/3208).

⁴⁷ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 noviembre 2005 (*Aranzadi WESTLAW*, AS 2006/784).

política socio-económica del Gobierno⁴⁸—, no cabe entre nosotros duda de ningún tipo, pues la citada Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, interpretando el tenor del citado artículo 28, apartado 2, de la Constitución, resulta inequívoca: 1) al rechazar que «la ilegalidad de una huelga de solidaridad puede sostenerse en términos abstractos, partiendo de la idea de que la infracción del contrato de trabajo, en que la huelga consiste siempre, y el consiguiente incumplimiento de las obligaciones, sólo se justifican cuando el huelguista incumplidor lo realiza para defender reivindicaciones que atañen a su propia relación de trabajo con el patrono, y que éste puede atender»⁴⁹; 2) al defender, en cambio, que «es posible también una interpretación más amplia»⁵⁰, de acuerdo con la cual «cuando el artículo 28 habla de huelga de trabajadores, lo hace para excluir de la protección constitucional las huelgas de otro tipo de personas, como son pequeños empresarios, trabajadores autónomos y otros similares, mas los intereses defendidos mediante la huelga no tienen que ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores»⁵¹; y 3) al concluir, en fin, que «la exigencia de que la incidencia del interés profesional sea directa restringe el contenido esencial del derecho»⁵², imponiendo consecuentemente la Constitución «precisar que el adjetivo profesional... ha de entenderse referido a los intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales, no, naturalmente, en cuanto miembros de una categoría laboral específica»⁵³.

⁴⁸ Al respecto, a propósito de la huelga general de 14 diciembre 1988 y sus objetivos, véase Sentencia del Tribunal Constitucional número 36/1993, de 8 febrero (Boletín Oficial del Estado de 11 marzo 1993). En este caso, sin embargo, lo expresamente debatido fue si el supuesto de hecho enjuiciado («una protesta por la política social llevada a cabo por el Gobierno; por la petición de retirada de un proyecto de contrato llamado de “inserción” de jóvenes; por la reivindicación de un Plan General de Empleo; por la recuperación de dos puntos de poder adquisitivo como consecuencia de los errores en la previsión de inflación; por el incremento de la cobertura de los desempleados hasta un determinado porcentaje; por la equiparación de las pensiones hasta el salario mínimo interprofesional; y por las demás reivindicaciones de la huelga del 14 de diciembre»; cfr. su Fundamento Jurídico 3, párrafo tercero) encajaba o no en el tenor del apartado a) [no el apartado b)] del artículo 11 del Real Decreto-ley 17/1977, relativo a que reputa «ilegal», asimismo, la huelga «cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados».

⁴⁹ Fundamento Jurídico 21, párrafo primero, inciso segundo.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo segundo, inciso primero.

⁵¹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁵² *Ibidem*, párrafo tercero, inciso tercero.

⁵³ *Ibidem*, párrafo cuarto.

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO DEL ÓRGANO DE ARBITRAJE SOBRE DERECHOS DE COGESTIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 31 DE AGOSTO DE 1982

Jesús Martínez Girón

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 31 DE AGOSTO DE 1982, SOBRE COGESTIÓN EN MATERIA DE MODIFICACIÓN DEL HORARIO DE TRABAJO

1. Sobre la base de que en Alemania resulta preciso distinguir entre «cogestión en la empresa [*Mitbestimmung im Unternehmen*]» —o integración de los trabajadores en la composición de los órganos de administración de las sociedades— y «cogestión en el centro de trabajo [*Mitbestimmung im Betrieb*]» —o participación del comité de empresa en las decisiones del empresario¹—, y de que la segunda aparece regulada en la gigantesca Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz* o, en abreviatura, BetrVG) de 1972², el contencioso judicial relativo a este segundo tipo de «cogestión» lo asigna la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en abreviatura, ArbGG) de 1953, en principio, a los órganos de la jurisdicción laboral alemana, pues —según el apartado 1 del párrafo 2a de esta última Ley— «los Tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad, además, en... asuntos derivados de la Ley de Organización de la Empresa, supuesto que no se haya atribuido la competencia a otro Tribunal, en relación con las medidas a que se refieren sus párrafos 119 a 121»³. Se trata de pleitos a tramitar por la vía del legalmente denominado «procedimiento [a resolverse] por Auto [*Beschluß*]»⁴, que eventualmente

¹ Sobre ambas formas tan diferentes de «cogestión», 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. 124.

² Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 71 ss. y 179 ss.

³ Número 1.

⁴ Cfr. párrafo 2a, apartado 2.

podrían llegar a ser hasta tres Autos distintos, a saber: el dictado por el Tribunal de Trabajo, en primera instancia; el dictado por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, en segunda instancia; y el dictado por el Tribunal Federal de Trabajo, en el tercer grado jurisdiccional, resolviendo el legalmente denominado recurso de «queja por razones de Derecho [*Rechtsbeschwerde*]»⁵. Este último recurso —del todo equivalente al recurso de «casación [*Revision*]», con el que concluyen los procedimientos a resolverse por Sentencia— fue el que resolvió el Auto del Tribunal Federal de Trabajo aquí presentado y brevemente concordado con nuestro Derecho, de fecha 31 agosto 1982⁶.

2. Este Auto comienza con una parte «A», carente de rótulo y muy breve, en la que se describen los hechos del litigio⁷. Según ellos, la demandante —que era propietaria de una cadena de grandes almacenes— impugnaba judicialmente el «laudo [*Spruch*]» del «órgano de arbitraje [*Einingungsstelle*]» de centro de trabajo —previsto en la Ley de Organización de la Empresa, con la finalidad de reemplazar la falta de acuerdo entre el empresario y el comité de empresa sobre materias objeto de «cogestión», como era el caso de la modificación (aquí a iniciativa del comité de empresa) del horario de trabajo, respecto de las cuales queda radicalmente excluida la posibilidad de declarar huelgas⁸—, dado que el mismo, según opinión de la propia empresa, «es ineficaz»⁹, pues «al comité de empresa no le corresponde, en cuanto al comienzo y la finalización de la jornada del personal de venta, ningún derecho de cogestión y, en todo caso, ningún derecho de iniciativa, cuando la regulación de la jornada repercute directamente, como aquí, en los períodos de apertura comercial»¹⁰, por lo que «con una decisión sobre los períodos de apertura comercial, el comité de empresa interfiere directamente en el ámbito nuclear de la libertad de decisión empresarial [*in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit*]»¹¹. Según los propios hechos, la empresa perdió el pleito en primera y segunda instancias, pues «el Tribunal de Trabajo y el Tribunal de Trabajo del Estado federado han rechazado la pretensión»¹².

3. La parte «B» del Auto (rotulada «por los motivos [*aus den Gründen*]» comienza con el fallo, desestimatorio del recurso interpuesto por la empresa ante el Tribunal Federal de Trabajo («El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha afirmado, conforme a Derecho, la eficacia del laudo del órgano de arbitraje»)¹³, al que siguen cuatro subapartados ordenados con numeración romana. El «I», muy breve, se limita a despejar dos cuestiones de Derecho procesal, respectivamente relativas a la falta de consideración de parte del «órgano de arbitraje» en los procesos judiciales laborales relativos a

⁵ Acerca de todo esto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., pág. 94.

⁶ Referencia 1 ABR 27/80.

⁷ Cfr. marginales 1 a 19.

⁸ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., pág. 78.

⁹ Marginal 10, inciso primero.

¹⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

¹¹ *Ibidem*, inciso tercero.

¹² Marginal 19, inciso primero.

¹³ Marginal 20.

la impugnación de su «laudo» («la peticionaria alega, conforme a Derecho, que el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha implicado en el presente procedimiento al órgano de arbitraje»¹⁴; «sin embargo, este error procedimental es inocuo, dado que la decisión del Tribunal de Trabajo del Estado federado no se basa en él»¹⁵) y a la concreción de la pretensión deducida por la empresa demandante y recurrente, en el sentido de que «ésta pretende la declaración de la ineficacia del laudo del órgano de arbitraje»¹⁶. Los otros tres subapartados, que constituyen el grueso del contenido del Auto, desgranán las tres razones justificadoras de la irreprochable legalidad del «laudo» que la empresa impugnaba.

II. EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO DICTADO, SEGÚN CRITERIO EQUITATIVO (*NACH BILLIGEM ERMESSEN*), POR EL ÓRGANO DE ARBITRAJE

4. Supuesto que la actuación del «órgano de arbitraje» presuponía la falta de acuerdo entre el empresario y el comité de empresa (o «interlocutores de centro de trabajo [*Betriebspartnern*])»¹⁷ sobre materia sujeta a «cogestión», la primera razón se refería a que «el órgano de arbitraje ha decidido en un asunto sobre el que le corresponde al comité de empresa un derecho forzoso de cogestión [*ein zwingbares Mitbestimmungsrecht*]»¹⁸. En efecto, sobre la base —según el número 2 del apartado 1 del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa— de que «el comité de empresa tiene que gestionar [*mitzubestimmen*] sobre el comienzo y la finalización de la jornada diaria, incluidos los descansos, así como sobre la distribución de la jornada en días concretos de la semana»¹⁹, resultaba claro el encaje en dicha norma genérica del conflicto habido

¹⁴ Marginal 21, inciso primero.

¹⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁶ Marginal 22, inciso sexto.

¹⁷ Acerca de esta expresión, véase marginales 24, 25, 26, 28, etc.

¹⁸ Marginal 23, inciso segundo. Acerca de esta expresión, también, véanse los marginales 47, 49 y 50.

¹⁹ Marginal 24, inciso primero. Los restantes números de dicho apartado del parágrafo en cuestión mencionan hasta otras doce materias distintas sobre las que también existe «derecho forzoso de cogestión», a saber: «cuestiones de ordenación del centro de trabajo y de la conducta del trabajador en el centro de trabajo»; «acortamiento o prolongación transitorios de la jornada ordinaria del centro de trabajo»; «tiempo, lugar y forma del pago de los salarios»; «fijar los principios generales de las vacaciones y del calendario de vacaciones, así como la determinación de la situación temporal de las vacaciones para cada trabajador individual, cuando no se logre ningún acuerdo entre el empresario y los trabajadores afectados»; «introducción y aplicación de mecanismos técnicos que sean determinados para vigilar la conducta o la prestación del trabajador»; «reglas sobre la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como sobre la protección de la salud en el marco de las normas legales o de las normas de prevención de accidentes»; «forma, ampliación y administración de instituciones sociales cuyo ámbito de aplicación esté limitado al centro de trabajo, a la empresa o al grupo de empresas»; «asignación y desposesión de lugares habitables que se alquilen a los trabajadores en consideración a la existencia de una relación laboral, así como el establecimiento común de las condiciones de utilización»; «cuestiones de estructura salarial del centro de trabajo, en especial la fijación de los principios del pago y la introducción y aplicación de nuevos métodos de pago, así como su modificación»; «fijación de incentivos y primas, y de compensaciones por rendimiento similares, con inclusión de factores monetarios»; «principios sobre la naturaleza de las propuestas del centro de trabajo»; y «principios sobre la realización del trabajo de grupo», teniendo en cuenta que «el trabajo de grupo existe a los efectos de este precepto cuando, en el marco de la actividad laboral del centro de trabajo, un grupo de trabajadores atiende las funciones conjuntas a él encomendadas, en lo esencial con responsabilidad propia».

entre las partes, pues «el litigio de los interlocutores de centro de trabajo trataba exclusivamente la cuestión de cuándo debía comenzar antes y finalizar más tarde la jornada en días concretos de la semana»²⁰. Se trataba, además, de un resultado no excluido por otras normas más específicas que el propio Auto menciona, como el convenio colectivo sectorial aplicable a dicho centro de trabajo, el cual «regula únicamente... la duración de la jornada ordinaria, y confía... la fijación del comienzo y la finalización de la jornada diaria, así como de la ubicación de los descansos, a la regulación por los interlocutores de centro de trabajo»²¹.

5. La segunda razón —supuesto que la nueva regulación del horario de trabajo interfería el horario de apertura al público de los grandes almacenes— se refería a que «el derecho de cogestión del comité de empresa sobre el comienzo y la finalización de la jornada no se limita en su alcance, por causa de que la fijación de la jornada de los trabajadores empleados en la venta tenga influencia en los períodos de apertura comercial del empresario que regenta establecimientos de venta, o de que pueda tenerla»²². En lo esencial, de un lado, porque la matizada regulación contenida en la Ley de Organización de la Empresa, distinguiendo los «derechos de participación debilitados [*schwächere Beteiligungsrechte*] de los «derechos de consentimiento o verdaderos derechos de cogestión [*von Zustimmung- oder echten Mitbestimmungsrechten*]²³, tenía que ser necesariamente asumida por los jueces («los tribunales tienen que respetar esa decisión del legislador») ²⁴. De otro lado —supuesta la existencia aquí de «derechos forzosos de cogestión»—, porque no podía negarse el «derecho de iniciativa [*Initiativrecht*] correspondiente al comité de empresa»²⁵, pues «cogestión significa los mismos derechos para ambas partes [*Mitbestimmung bedeutet gleiche Rechte für beide Teile*], con la consecuencia de que tanto el empresario como el comité de empresa pueden tomar la iniciativa sobre una regulación pretendida, y para su materialización pueden, en caso necesario, invocar al órgano de arbitraje»²⁶.

6. En fin, la tercera razón se refería a que el «laudo» impugnado «no sobrepasa los límites del criterio confiado al órgano de arbitraje»²⁷, teniendo en cuenta que este «criterio» aparecía definido en la Ley de Organización de la Empresa, allí donde afirma que «el órgano de arbitraje adopta sus acuerdos teniendo en cuenta apropiadamente el interés del centro de trabajo y de los trabajadores afectados, según un criterio equitativo [*nach billigem Ermessen*]²⁸. Según el Tribunal Federal de Trabajo, el control judicial de la sujeción del «laudo» a estos límites era «una cuestión jurídica»²⁹, a pesar

²⁰ Marginal 25, inciso segundo.

²¹ Marginal 28.

²² Marginal 30.

²³ Al respecto, cfr. marginal 36, inciso tercero.

²⁴ *Ibidem*, inciso séptimo.

²⁵ Marginal 52.

²⁶ Marginal 53, inciso segundo.

²⁷ Marginal 56, inciso segundo.

²⁸ Parágrafo 76, apartado 5, inciso 3.

²⁹ Marginal 57, inciso tercero.

de que «la Ley de Organización de la Empresa no impone al órgano de arbitraje el deber de fundamentar su laudo [*keine Begründung ihres Spruches zur Pflicht macht*]³⁰, orientada a constatar si había habido o no «conciliación equitativa [*billige Ausgleich*]³¹ de los intereses de ambas partes³¹, aunque teniendo en cuenta que «cuándo es éste el caso, no cabe determinarlo abstractamente»³². Y en el caso de autos, la había habido en los concretos términos fijados por el «laudo» cuya revocación pretendía la empresa peticionaria. De un lado, a causa de «que un adelantamiento del final de la jornada diaria exista... en interés de los trabajadores de la peticionaria empleados en la venta, es evidente»³³, aunque «no puede hablarse de una necesidad urgente especial y, en consecuencia, de un interés predominante de los trabajadores a una hora de cierre más temprana»³⁴. De otro lado, porque «el interés de la peticionaria a un aprovechamiento completo de los períodos legales de apertura comercial es obvio»³⁵, aunque en relación con él y «a diferencia de aquellas circunstancias que determinan la importancia del interés de los trabajadores a una hora de cierre más temprana, no cabe constatar exactamente la cuantía de la disminución ocurrida del volumen de ventas, en caso de cierre comercial más temprano»³⁶, por lo que no cabía «temer una amenaza verdaderamente seria, a causar al centro de trabajo de la peticionaria, que pudiera aconsejar dejar completamente fuera de consideración los intereses de los trabajadores a una hora de cierre más temprana»³⁷.

III. EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN DEL HORARIO DE TRABAJO, SEGÚN LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 28 DE FEBRERO DE 2007

7. Supuesto que «derecho reforzado de cogestión» (o «derecho de consentimiento») es, en Alemania, el derecho del comité de empresa de exigir acuerdo con el empresario, en cuanto que requisito previo para el ejercicio lícito por el propio empresario de su poder de dirección, cabe afirmar —pero ahora respecto a España— que la regla general es aquí que la representación unitaria de los trabajadores en la empresa (esto es, la materializada en nuestros delegados de personal y comités de empresa) sólo posee lo que el Auto alemán citado denominaría «derechos de participación debilitados», que el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores ciñe a recibir información o documentación del empresario, emitir informes, ejercer una labor de vigilancia, etc., sobre diversas

³⁰ Marginal 60, inciso primero.

³¹ Marginal 62, incisos primero y sexto.

³² *Ibidem*, inciso séptimo.

³³ Marginal 64, inciso primero.

³⁴ Marginal 66.

³⁵ Marginal 67, inciso primero.

³⁶ Marginal 68, inciso segundo.

³⁷ Marginal 70, inciso sexto.

cuestiones laborales y no laborales³⁸. Se trata quizá de una regla totalmente condicionada por el hecho de que los delegados de personal y comités de empresa españoles sean titulares de un verdadero derecho integral de negociación colectiva, incluida la posibilidad de declarar huelgas —que no posee, en cambio, el comité de empresa alemán³⁹—, aunque se trate de un derecho de negociación colectiva referido sólo, como es lógico, a la negociación de convenios colectivos «de empresa o ámbito inferior»⁴⁰. Pero se trata sólo de una regla general —no de un dogma—, que cuenta por ello mismo con alguna excepción legal que la hace brillar —referida, en consecuencia, a la imposibilidad de ejercicio de la libertad de decisión del empresario sin el acuerdo previo con los representantes de sus trabajadores en la empresa—, como es el caso de la excepción «cogestionaria» regulada en el artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores, a propósito de las modificaciones sustanciales relativas a diversas condiciones de trabajo, entre las que se incluye —como en el caso enjuiciado por el Auto alemán— precisamente el horario de trabajo⁴¹.

8. Este precepto estatutario se refiere a la distinción entre las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo «de carácter individual o colectivo»⁴². Y permite modificar determinadas condiciones de trabajo (entre ellas, el horario de trabajo), aun si se trata de «condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley» (por tanto, condiciones establecidas en convenios colectivos dotados de eficacia normativa general), pero teniendo en cuenta en este caso —aquí está la citada excepción «cogestionaria»— que dicha modificación «sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»⁴³. Sobre este precepto —a propósito siempre de las modificaciones relativas al horario de trabajo—, la última palabra acaba de pronunciarla en España una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 febrero 2007⁴⁴, resolutoria de un recurso de casación ordinaria, a través del cual el empresario pretendía obtener la declaración —aferrándose a una interpretación literal del precepto estatutario— de que la modificación horaria unilateralmente efectuada por él, al afectar únicamente a un número ínfimo de los trabajadores de su plantilla («sólo afectó a dieciocho trabajadores sobre un total de dos mil») ⁴⁵, tenía carácter meramente

³⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 370.

³⁹ Sobre el tema, 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., págs. 128-129.

⁴⁰ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 405 ss.

⁴¹ Otra aparente «excepción» la regula el artículo 82.3, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores, a propósito de las usualmente denominadas «cláusulas de descuelgue salarial», pero existe jurisprudencia laboral de aplicación relativizándola. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Comentario al Artículo 82.3», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII-Volumen 1º, EDESA (Madrid, 2001), pág. 47.

⁴² Párrafo primero.

⁴³ Párrafo segundo, inciso segundo.

⁴⁴ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2007/3388.

⁴⁵ Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, apartado 2, párrafo segundo.

«individual» y podía, en consecuencia, ser adoptada sin necesidad del «acuerdo» con los representantes de los trabajadores afectados⁴⁶.

9. Ahora bien, sobre la base de que «dicha modificación horaria constituía una modificación del horario general establecido en el Convenio Colectivo del sector»⁴⁷ —que era, además, un convenio colectivo de eficacia normativa general— y efectuando una interpretación «sistemática», el Tribunal Supremo concluyó que «cuando se trate de modificaciones de convenios colectivos, éstas siempre serían... colectivas “per se”»⁴⁸, cualquiera que fuese el número de trabajadores afectados, y «necesitadas de un previo acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores»⁴⁹. De un lado, porque dicho tipo de modificación «introducida sin el previo acuerdo que exige el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, constituye una modificación contraria... a las exigencias del artículo 37 y 28 de la Constitución por cuanto contradice la fuerza vinculante de los convenios y atenta al derecho a la negociación colectiva que forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical»⁵⁰. De otro lado, porque la modificación tocaba «condición tan propia de la negociación colectiva como son los temas de... horario que afectan profundamente al régimen de vida de los trabajadores y, por lo tanto, constituyen una de las materias más sensibles sobre las que se impone la necesidad de la negociación»⁵¹.

⁴⁶ La tesis de la empresa se apoyaba en el tenor literal del párrafo cuarto del artículo 41.2 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en las que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores».

⁴⁷ Fundamento de Derecho primero, apartado 1.

⁴⁸ Fundamento de Derecho cuarto, apartado 3, párrafo primero.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Fundamento de Derecho cuarto, apartado 4, párrafo segundo.

⁵¹ *Ibidem*.

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

LA PROTECCIÓN PROCESAL ADICIONAL DE LOS DERECHOS DE COGESTIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA. A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 3 DE MAYO DE 1994

Alberto Arufe Varela

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 3 DE MAYO DE 1994

1. Como se sabe, la norma reguladora en Alemania de los órganos de representación unitaria de los trabajadores —reconducibles, en lo esencial, al «comité de empresa [*Betriebsrat*]»— y de sus competencias —reconducibles de nuevo, también en lo esencial, a los «derechos de cogestión [*Mitbestimmungsrechte*]» en el centro de trabajo— es la Ley de Organización de la Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*), o en abreviatura, BetrVG, de 1972¹. Desde un punto de vista procesal, la regla general es que los pleitos relativos a la interpretación y aplicación de esta Ley se tramitan, ante los tribunales laborales alemanes, por la vía del denominado «procedimiento [a resolverse] por Auto [*Beschlußverfahren*]»², afirmando al respecto la Ley reguladora de la jurisdicción laboral alemana que «los Tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad ... en ... asuntos derivados de la Ley de Organización de la Empresa»³. Precisamente por esta vía procesal, acabó dictándose el Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 3 mayo 1994⁴, resolutorio del legalmente denominado «recurso de queja por

¹ Al respecto, 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), págs. 124-125 y 128-129.

² Contrapuesto al «procedimiento [a resolverse] por Sentencia [*Urteilsverfahren*]». Sobre ambos tipos de procedimiento, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 92 a 94.

³ Parágrafo 2a, apartado 1, núm. 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*), o en abreviatura, ArbGG, de 1953. Sobre esta Ley, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 87 y ss. (para el estudio comparado) y 242 y ss. (para la traducción castellana).

⁴ Referencia 1 ABR 24/93.

razones de Derecho [*Rechtsbeschwerde*]], en el que el más alto órgano de la jurisdicción laboral alemana actúa como Tribunal de tercer grado jurisdiccional.

2. Este Auto aparece formalmente dividido en dos grandes partes, de las cuales la parte «I» (carente de rótulo) trata sustancialmente de los hechos del caso. Siempre en lo esencial, estos hechos pueden reconducirse a los siguientes: 1) los trabajadores al servicio de un supermercado percibían sus salarios, en principio, con arreglo al correspondiente convenio sectorial («el empresario ... aplica el convenio colectivo de grandes almacenes a las relaciones laborales de los trabajadores ocupados por él»)⁵; 2) parte de la plantilla cobraba, además, un complemento por encima de lo marcado en dicho convenio («estaban ocupados en el supermercado L. 289 trabajadores, y entre ellos, ... 41 trabajadores disfrutaban de un complemento extra convenio colectivo [*eine übertarifliche Zulage*]]»⁶; y 3) con ocasión de un incremento de los salarios de convenio, el empresario procedió unilateralmente a imputar la subida al citado complemento extra convenio —en consecuencia, absorbiéndola y compensándola con él—, lo que provocó que el comité de empresa dedujese demanda cesatoria contra el empresario, en defensa de sus derechos de cogestión sobre el tema («en los años 1991 y 1992, los salarios convencionales se incrementaron en junio, con carácter retroactivo al 1 marzo de cada año»⁷; «los litigantes pleitean sobre si estos incrementos deben ser absorbidos y compensados [*angerechnet*] de manera completa y uniforme con todos los complementos que eran extra convenio colectivo»⁸; y «con su petición interpuesta ante el Tribunal de Trabajo ..., el comité de empresa ha solicitado, ante todo, que prohíba al empresario la modificación unilateral de los complementos, así como que vuelva a pagar los complementos enteros a los trabajadores mencionados»⁹). En esta misma parte «I» del Auto, continúa afirmándose que el empresario ganó el pleito en primera instancia y perdió en la segunda («el Tribunal de Trabajo ha rechazado la petición del comité de empresa, y el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha accedido a la petición principal»)¹⁰, concluyendo con el fallo, que volvió a dar la razón al empresario, al confirmar la tesis del Tribunal de primera instancia (literalmente, «la queja por razones de Derecho admitida del empresario tiene éxito»)¹¹.

3. La fundamentación jurídica de este fallo aparece contenida en la parte «II» (encabezada con el rótulo «Por los motivos [*aus den Gründen*]]»), que consume lo más sustancial y sustancioso del contenido de la decisión. Formalmente hablando, esta parte «II» se divide en cuatro subapartados, ordenados por letras mayúsculas, de los cuales resultan irrelevantes a nuestros efectos: 1) el subapartado «A», que se refiere a la irreprochabilidad formal de la pretensión deducida por el comité de empresa demandante y recurrido («el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha considerado

⁵ Marginal 2, incisos primero y segundo.

⁶ Marginal 6, inciso primero y segundo.

⁷ Marginal 8, inciso primero.

⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

⁹ Marginal 12, inciso primero.

¹⁰ Marginal 18, inciso primero.

¹¹ *Ibidem*, inciso tercero.

admisible, conforme a Derecho, la petición de cesación presentada como petición principal»¹²; «ha aceptado que la petición transcribe de manera suficientemente detallada la conducta a cesar, y de aquí que esté suficientemente determinada»¹³; 2) el subapartado «C», relativo a la falta de justificación de la petición principal deducida por el comité de empresa —que el Auto califica de «petición global [*Globalantrag*]—, pues «la petición principal [*der Hauptantrag*] del comité de empresa está injustificada [*unbegründet*], porque comprende todas las modificaciones posibles de los complementos, aunque no exista un derecho de cogestión ulterior que los comprenda»¹⁴; y 3) el subapartado «D», referente a la petición subsidiaria del propio comité, que debía correr la misma suerte («la petición subsidiaria [*der Hilfsantrag*] basada en las mismas circunstancias que la petición principal está, como ésta, injustificada») ¹⁵. En cambio, el subapartado «B» —a examinar seguidamente— constituye la médula jurídica del Auto¹⁶.

II. LA PROTECCIÓN PROCESAL TÁCITA DEL COMITÉ DE EMPRESA, EN CUANTO QUE DERECHO DE PRESTACIÓN ADICIONAL (*NEBENLEISTUNGSANSPRUCH*) A SUS DERECHOS MATERIALES DE COGESTIÓN

4. En él, lo que se resuelve por el Tribunal Federal de Trabajo es la cuestión relativa a si «el comité de empresa sólo puede exigir la cesación [*die Unterlassung*] de conductas violadoras de la cogestión, en principio, de conformidad con el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa»¹⁷. Y ello, sobre la base de que este precepto afirma —en lo que aquí interesa— que «el comité de empresa o un sindicato representado en el centro de trabajo pueden plantear ante el Tribunal de Trabajo, en caso de infracción grave [*bei groben Verstößen*] del empresario de sus obligaciones derivadas de esta Ley, que el empresario cese de mantener la conducta, que tolere la realización de un acto o que realice un acto»¹⁸. Como se ve, se trata de un precepto exigente de «rígidos requisitos»¹⁹, dado que —al efecto de poder accionar procesalmente el comité de empresa contra el empresario— «constituye un requisito el hecho de que el empresario viole gravemente sus deberes derivados de la Ley de Organización de la Empresa»²⁰, lo cual se aplicaría «también en caso de las violaciones por el empresario de los derechos de cogestión a que se refiere el parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa»²¹.

¹² Marginal 20, inciso primero.

¹³ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁴ Marginal 45.

¹⁵ Marginal 60.

¹⁶ Marginales 23 a 44.

¹⁷ Marginal 24, inciso segundo.

¹⁸ Inciso primero.

¹⁹ Marginal 26, medioinciso primero.

²⁰ Marginal 24, inciso tercero.

²¹ *Ibidem*, inciso cuarto.

5. Este último precepto —cuyo apartado 1 se refiere hasta a trece bloques distintos de materias cogestionables²²—, según explica pedagógicamente el Auto, «regula la cogestión forzosa [*die erzwingbare Mitbestimmung*]²³, lo que significa que «el empresario sólo puede tomar medidas en este ámbito con el consentimiento del comité de empresa [*mit Zustimmung des Betriebsrats*]²⁴. Se trata de un precepto con una cláusula de cierre —contenida en su apartado 2—, relativa a que «si no se logra un acuerdo sobre un asunto mencionado en el apartado 1, entonces decidirá el órgano de arbitraje²⁵, teniendo en cuenta que «la decisión del órgano de arbitraje reemplaza el acuerdo entre el empresario y el comité de empresa²⁶. Como se ve, este precepto carece de indicaciones procesales, lo que —según relata el Auto— condujo a que la Sala Primera del Tribunal Federal de Trabajo hubiese «aceptado hasta ahora, en jurisprudencia constante, que la Ley de Organización de la Empresa no conoce ningún derecho general del comité de empresa, en virtud del cual el empresario esté genéricamente obligado a cesar en conductas que violan los derechos de cogestión o de colaboración del comité de empresa ... , Auto de 22 febrero 1983²⁷, aunque —según continúa relatando el propio Auto— «tras un nuevo examen de la situación jurídica y material, la Sala no se aferra a la fundamentación de su decisión de 22 febrero 1983²⁸, concluyendo que «no cabe mantener una negación genérica del derecho de cesación ligada a las circunstancias específicas del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa²⁹.

6. La nueva doctrina fijada por el Auto cabe reconducirla a su afirmación de que «el comité de empresa tiene un derecho de cesación frente al empresario, en caso de violación de su derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa³⁰, aunque «este derecho no está regulado expresamente en el parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa³¹. Esta doctrina la fundamenta el Tribunal Federal de Trabajo, en lo esencial, con los tres argumentos siguientes: 1) porque «los derechos de cesación pueden existir autónomamente como derechos de prestación adicionales [*Nebenleistungsansprüche*], y ser reclamables judicialmente, incluso sin una regulación legal³²; 2) sobre la base de resultar esto indiscutible en «las relaciones jurídicas contractuales³³ —en cuyo caso «los deberes de cesación se derivan ... del parágrafo 242 del Código Civil³⁴—, porque

²² Su tenor, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., pág. 211.

²³ Marginal 36, inciso primero.

²⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁵ Inciso primero.

²⁶ Inciso segundo. Sobre el tema, véase *supra*, Capítulo Decimoseptimo.

²⁷ Marginal 24, inciso primero.

²⁸ Marginal 27, inciso primero.

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁰ Marginal 31.

³¹ Marginal 32, inciso primero.

³² *Ibidem*, inciso segundo.

³³ *Ibidem*, inciso cuarto.

³⁴ *Ibidem*, inciso quinto.

la «“relación de empresa”, que tiene lugar por la creación del comité de empresa en virtud de la Ley ..., es similar a una relación obligatoria duradera»³⁵; y 3) porque «a ello no cabe objetar que el parágrafo 87, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa prevé otra regulación del conflicto»³⁶, pues «la posibilidad de invocar el órgano de arbitraje no asegura el derecho de cogestión del comité de empresa hasta su decisión»³⁷. Y todo ello, en definitiva, porque con esta ampliación de las posibilidades de defensa procesal del derecho de cogestión, «ciertamente, se ejerce indirectamente una presión sobre el empresario para que garantice el derecho de cogestión del comité de empresa»³⁸, resultando prescindible —supuesto que el «derecho de cesación ... no esté limitado a una infracción grave del empresario»³⁹— la posibilidad de que «el comité de empresa puede abusar de él»⁴⁰, dado que si «el comité de empresa acciona su derecho de cesación por la vía del interdicto [*im Wege der einstweiligen Verfügung*]»⁴¹, el eventual abuso se neutraliza «con las exigencias a imponer en la motivación del interdicto»⁴², supuesto que «el peso de la violación amenazante y la importancia de la medida controvertida, de un lado, para el empresario, y de otro lado, para la plantilla, pueden tomarse en consideración apropiadamente»⁴³.

III. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NÚM. 92/1988, DE 23 DE MAYO, SOBRE PROTECCIÓN PROCESAL ADICIONAL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, VÍA PROCESO DE CONFLICTOS COLECTIVOS

7. En España, la regla general es que los representantes legales o unitarios de los trabajadores —esto es, comités de empresa y delegados de personal— defienden procesalmente los derechos que les reconoce la legislación laboral sustantiva a través del proceso laboral especial de conflictos colectivos⁴⁴. No se trata de ningún proceso interdictal, pero sí de un proceso muy rápido, afirmando al respecto nuestra vigente y séptima Ley de Procedimiento Laboral de 1995, que «este proceso tendrá carácter urgente»⁴⁵, y además, que «la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales»⁴⁶. Desde la promulgación de nuestra primera Ley de Procedimiento

³⁵ Marginal 33, inciso segundo.

³⁶ Marginal 37, medioinciso primero.

³⁷ Marginal 38, inciso primero.

³⁸ Marginal 40, inciso primero.

³⁹ Marginal 43, inciso primero.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Marginal 44, inciso tercero.

⁴² *Ibidem*, inciso sexto.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Sobre el tema, véase J. MARTINEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 573-574.

⁴⁵ Cfr. artículo 157, inciso primero.

⁴⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

Laboral en 1958, se trata de un proceso concebido para tramitar única y exclusivamente, en principio, pretensiones de naturaleza meramente declarativa⁴⁷, indicando sobre el tema la Ley hoy vigente que «se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa»⁴⁸.

8. La naturaleza tradicionalmente declarativa de este proceso laboral especial fue conmocionada, sin embargo, al decidirse la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 92/1988, de 23 mayo⁴⁹. Se trataba de un caso relativo a una pretensión «de condena» ejercitada por un comité de empresa contra cierto empresario —por la vía del proceso de conflictos colectivos⁵⁰—, que llegó a prosperar, pero que no pudo llegar a ejecutarse, al haberse aplicado por la resolución judicial impugnada ante el Tribunal Constitucional el tópico de siempre, relativo a que «las Sentencias dictadas en el procedimiento de conflicto colectivo, por su naturaleza declarativa y cuasi-normativa, no son directamente ejecutables, con la consecuencia de que, si no se cumplen voluntariamente por el demandado, los beneficiados por la misma habrán de acudir a un nuevo procedimiento en el que, a la vista de las circunstancias de cada caso se especifiquen los términos de aquéllas y se dicte un procedimiento de condena»⁵¹. Precisamente fue este tópico al que puso fin dicha Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, concluyendo —sobre la base de que «no todos los procedimientos de conflicto colectivo presentan los mismos caracteres, ni todos ellos persiguen el mismo objeto»⁵²— que «en un supuesto como el aquí planteado ..., la denegación de la ejecución de una Sentencia que incluya un inequívoco pronunciamiento de condena carece de justificación y ha de considerarse contraria, en consecuencia, al derecho a la ejecución protegido por el artículo 24.1 de la Constitución»⁵³.

9. Para acreditar la importancia de este caso constitucional —cuya doctrina, al igual que la del Auto alemán, ampliaba la protección procesal de los órganos de

⁴⁷ Sobre el tema, véase J.M. BOTANA LÓPEZ, *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 53 y ss.

⁴⁸ Cfr. artículo 151, apartado 1.

⁴⁹ Boletín Oficial del Estado de 15 junio 1988.

⁵⁰ En lo esencial, el supuesto de hecho se refería a lo siguiente: que «el procedimiento de conflicto colectivo que ha dado origen a este recurso de amparo se inició no para lograr la interpretación más correcta de una norma preexistente, sino para reclamar el cumplimiento de una obligación a cargo del empresario pactada en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa durante el año 1980 y, por efecto de la prórroga automática derivada del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, durante el año 1981» (Fundamento jurídico 5º, párrafo primero, inciso segundo); que «en esa cláusula se establecía que el empresario debía abonar a la plantilla una cantidad equivalente a las dos terceras partes de lo percibido de la Seguridad Social en caso de que el trabajador, dado de baja por accidente de trabajo o enfermedad profesional, no fuera sustituido por otro, especificándose en este sentido que un 25 por 100 de aquella cantidad correspondería a los trabajadores que formaran parte de la misma sección que el trabajador accidentado y el 75 por 100 restante al Comité de Empresa para sus gastos de representación y funcionamiento» (*ibidem*, inciso tercero); y además, que «la pretensión de los demandantes consistió en reclamar las cantidades que, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable en la empresa, se les debían haber abonado durante los citados años 1980 y 1981» (Fundamento jurídico 5º, párrafo segundo, inciso primero).

⁵¹ Fundamento jurídico 3º, párrafo primero.

⁵² Fundamento jurídico 4º, párrafo primero.

⁵³ Fundamento jurídico 5º, párrafo quinto.

representación de los trabajadores en la empresa, al añadir a la tradicional posibilidad de ejercitar pretensiones colectivas declarativas, también la de ejercitar pretensiones colectivas de condena—, basta poner de relieve que provocó una modificación de nuestra legislación procesal laboral de siempre. En efecto, sólo dos años después de fallada dicha Sentencia del Tribunal Constitucional se promulgó nuestra sexta Ley de Procedimiento Laboral de 1990 —con el objetivo declarado de acomodar nuestra legislación procesal laboral a la jurisprudencia constitucional⁵⁴—, en cuyo articulado se incluyó un precepto que amparaba, en la línea marcada por el Tribunal Constitucional, la posibilidad de ejercitar pretensiones colectivas de condena. Este precepto aparece contenido hoy en el artículo 301 de nuestra séptima y vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995, a cuyo tenor «las sentencias que recaigan en los procesos de conflictos colectivos ..., serán ejecutivas desde que se dicten, *según la naturaleza de la pretensión reconocida* [declarativa o de condena], no obstante, el recurso que contra ellas pudiera interponerse»⁵⁵.

⁵⁴ Lo explicita, con rotunda claridad, la exposición de motivos de la Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases de Procedimiento Laboral, afirmando —en su apartado I, párrafo tercero— todo lo siguiente: que «el dictado de una nueva Ley rituarial laboral no sólo obedece, sin embargo, a la necesidad de acomodar el proceso a la reforma operada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en la estructura judicial» (inciso primero); que «con ello se ha pretendido, al tiempo, lograr la más ajustada realización práctica del derecho constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva» (inciso segundo); y además, que «para ello se han tenido en cuenta los criterios que sobre el contenido de ese derecho con garantía constitucional ha elaborado el Tribunal Constitucional, que, en el ejercicio de su función de intérprete supremo de la Constitución, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la conformidad o disconformidad del vigente texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral al texto constitucional» (inciso tercero).

⁵⁵ Al respecto, véase J. MARTINEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., pág. 573.

ÍNDICE TÓPICO DE LA PARTE TERCERA¹

- Abuso contractual del empresario: 1-7
- Accidente de trabajo: 1-9
- Acción de cesación: 9-4; 9-5; 18-4
- Acción de condena: 4-7; 18-7
- Acción de ocupación efectiva: 4-6
- Acción de readmisión: 4-6
- Acción declarativa: 14-2; 18-7
- Autonomía colectiva: 9-7
- Autonomía individual: 9-8
- Autonomía privada: 1-4

- Caso «Burda»: 9-1
- Cierre patronal
 - Extintivo: 12-5
 - Igualdad de armas: 12-7
 - Ofensivo: 12-5
 - Poder de policía: 12-7
 - Principio de paridad: 12-4
 - Principio de proporcionalidad: 12-6; 13-5; 13-6
 - Regulación: 13-2
 - Sectorial: 13-4
 - Suspensivo de defensa: 12-2
- Cláusulas generales jurídico-civiles: 3-5; 6-6
- Cogestión
 - Criterio de equidad: 17-6
 - Derecho de iniciativa: 17-5
 - Derecho forzoso: 17-4; 17-7; 18-5
 - Derechos de participación debilitados: 17-5; 17-7
 - Derechos de prestación adicionales: 18-6
- En el centro de trabajo: 17-1
- En la empresa: 17-1
- Impugnación del laudo del órgano de arbitraje: 17-4
- Laudo del órgano de arbitraje: 17-2
- Órgano de arbitraje: 17-2
- Protección procesal: 18-6
- Comunidades Autónomas
 - Competencias sobre negociación colectiva: 10-9
 - Legislación laboral: 11-9
- Condenas de futuro: 7-8
- Condiciones generales de la contratación: 2-4
 - Inaplicación al contrato de trabajo: 2-7
- Constitucionalidad de la Ley de Protección contra el Despido: 2-4
- Constitucionalidad de la Ley del Convenio Colectivo: 10-4
- Contratación individual en masa: 9-9
- Contrato de garantía bancaria: 1-3
- Contrato de trabajo a llamada: 2-5
- Contratos del sector público: 11-7
- Control del contenido del contrato: 1-5; 1-7
- Convenios colectivos
 - Ámbito de aplicación: 8-4; 8-8
 - Control de exceso: 8-6
 - De adhesión: 5-6
 - De asociación relativos a empresas: 8-2

¹ El primer número remite al Capítulo y el segundo número al apartado en numeración arábica dentro del propio Capítulo, de manera que 3-3 significa Capítulo Tercero, núm. 3.

- Declaraciones de fidelidad convencional: 11-4
- Eficacia general: 10-2; 11-6
- Extensión: 10-8
- Extraestatutarios: 10-7
- Fracaso de las negociaciones: 15-6
- Legitimación negocial: 8-7
- Originarios: 5-6
- Primacía sobre los acuerdos de empresa: 9-4
- Principio de favorabilidad: 9-6
- Publicidad: 10-5
- Sectoriales: 8-2; 17-4
- Cuestión de inconstitucionalidad: 3-1; 10-1; 11-2
- Cuestiones de competencia: 11-8
- Declaraciones de fidelidad convencional: 11-4
- Derecho judicial: 12-3
- Derechos cívicos: 13-7
- Derechos fundamentales: 6-2
- Descanso semanal: 11-9
- Desigualdad de las partes contractuales: 1-6
- Deslocalización: 8-2; 8-5; 8-6
- Despido:
 - Carga probatoria: 3-6
 - En pequeñas empresas: 3-2; 3-6; 3-7
 - Evidentemente ineficaz: 4-5
 - Extraordinario: 4-5
 - Libre: 2-9
 - Objetivo: 3-9
 - Ordinario: 4-4; 8-6
 - Protección contra el despido: 3-3
 - Protección mínima: 3-5
 - Readmisión: 4-4
- Disturbios huelguísticos: 15-2
- Doctrina científica: 4-3; 5-9; 12-3; 14-5; 15-4
- Fondo de Garantía Salarial: 3-8
- Horario de trabajo: 17-2; 17-7
- Huelga
 - De advertencia: 15-2; 15-5
 - De apoyo: 16-3
- De solidaridad: 16-7; 16-8; 16-9
- Diferencias con derecho de resistencia: 14-7
- Diferencias con derecho de retención: 14-4
- Efectos: 14-4
- En servicios públicos: 15-8
- Lucha laboral principal: 16-3
- Para conseguir por la fuerza: 15-4
- Piquetes: 15-3
- Principio de paridad: 12-4; 16-3
- Principio de proporcionalidad: 12-6; 16-4
- Mitigación del daño: 14-6
- Modelo contractual: 8-9
- No sindical: 14-1
- Ofensiva: 12-5
- Parcial: 12-5; 13-5; 13-6
- Preaviso: 15-7; 15-9
- Regulación: 13-2
- Representantes unitarios: 8-5
- Responsabilidades: 14-3; 14-6
- Salvaje: 14-1; 14-8
- Titularidad del derecho: 14-5
- Total: 12-9
- Última ratio: 15-4
- Incidente procesal: 4-8
- Incongruencia: 7-3
- Inferioridad económica del trabajador: 1-9
- Inferioridad estructural del trabajador: 2-4
- Interdicto: 7-2; 18-6
- Interpretación contractual complementaria: 2-6
- Interpretación de los contratos: 2-9
- Jornada de trabajo: 2-6
- Juez natural: 13-3
- Jurisprudencia: 12-3
- Ley Berlinesa de Adjudicaciones: 11-3
- Libertad de decisión empresarial: 17-2

- Libertad sindical: 6-3; 13-4
 - Ámbito nuclear: 6-4
 - Contenido adicional: 6-7; 6-9
 - Contenido esencial: 6-7
 - De los empresarios: 11-4
 - Libertad de acción: 6-5; 16-3
 - Negativa: 10-6
 - Participación institucional: 6-8
 - Regulación: 7-4
- «Manzanas y peras»: 9-6
- Modificaciones de las condiciones de trabajo: 17-8; 17-9
- Ocupación efectiva: 4-5; 4-9
- Paro de trabajo: 14-2
- Pesca marítima: 11-9
- Petición en globo: 7-6; 18-3
- Pretensiones: 8-3
- Procedimiento a resolverse por Auto: 5-1; 9-1; 17-1; 18-1
- Procedimiento a resolverse por Sentencia: 7-1; 8-1; 12-1; 14-1; 15-1; 16-1
- Procedimiento de control de normas: 3-1; 10-1; 11-1
- Queja constitucional: 1-1; 2-1; 6-1; 13-1
 - Aceptación: 2-1
 - Agotamiento del contencioso ordinario: 1-2; 2-2; 6-1
 - Inaceptación: 2-3
- Readmisión: 4-4
- Reglamentos: 10-9
- Regulación contractual unitaria: 9-4
- Representantes de los trabajadores
 - Acuerdos de empresa: 9-2
 - Cogestión en el centro de trabajo: 17-2; 18-2
 - Comité de empresa: 17-1; 18-1
 - Doble canal representativo: 7-9
- Interlocutores de centro de trabajo: 17-4
- Legitimación activa en conflictos colectivos: 18-7
- Titularidad del derecho de huelga: 8-5
- Sala actuante: 4-2
- Sala General: 4-1
- Sala ordinaria: 4-2
- Salarios: 12-1; 13-2
 - Absorción y compensación: 18-2
 - Complemento extra convenio colectivo: 18-2
- Sanación del contrato de trabajo: 1-8; 2-8
- Sindicatos
 - Acceso al centro de trabajo: 7-5
 - Acción sindical: 7-1
 - Capacidad convencional: 5-4
 - Capacidad representativa: 5-7
 - Cargos electivos: 7-7
 - CGM: 5-2
 - Defensa procesal del convenio colectivo: 9-4
 - Fuerza de imponerse: 5-5
 - IG Metall: 5-3
 - Legitimación negocial: 5-8
 - Libertad de acción: 6-5
 - Mandatarios: 7-5
 - Pleito intersindical: 5-2
 - Reclutamiento de afiliados: 6-6
 - Responsabilidades por actos de afiliados: 14-9
 - Ver.di: 16-2
- Subsidio de huelga: 12-5
- Trabajo a llamada: 2-5
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: 11-7
- Vacaciones: 10-3
- Validez del contrato de trabajo: 2-8
- Voto particular: 5-9; 11-7

APÉNDICE
JURISPRUDENCIAL

1. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 19 OCTUBRE 1993 (REFERENCIA 1 BVR 567, 1044/89)

Fallo:

1. La Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 16 marzo 1989 —IX ZR 171/88 lesiona a la recurrente en queja número 1) en su derecho fundamental derivado del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal. Se anula. El asunto se remite al Tribunal Federal Supremo.

La subsiguiente queja constitucional se desestima.

La República Federal de Alemania tiene que devolver a la recurrente en queja número 1) los desembolsos necesarios.

2. La queja constitucional de la recurrente en queja número 2) se rechaza.

Motivos:

A.

1 Las quejas constitucionales se refieren a la cuestión de hasta qué punto los tribunales civiles están constitucionalmente obligados a someter los contratos de garantía con bancos a un control de contenido, supuesto que los familiares carentes de ingresos y de bienes de los tomadores del crédito asuman riesgos de responsabilidad altos como garantes.

I.

2 1. El Derecho de Contratos Bancarios no está regulado por una legislación especial. Se rige por el Derecho de Contratos del Código Civil y por las condiciones generales de la contratación, en las que las instituciones de crédito tienen reguladas unitaria y completamente sus prestaciones de servicios. En el caso de la garantía de crédito, se utilizan contratos modelo que coinciden en gran parte. Actúa coordinando una Comisión central de crédito, a la cual pertenecen como miembros las asociaciones de instituciones de crédito.

3 En la práctica de aseguramiento de las instituciones de crédito, ha llegado a ser habitual concluir contratos de garantía con familiares, en caso de créditos al consumo y de créditos comerciales con empresas medianas. En ese caso, con frecuencia, sus circunstancias de ingresos y de bienes quedan sin examinar. El objetivo de tales contratos no es exclusivamente el de aumentar el volumen de garantía, más bien se trata asimismo de conseguir otros bienes, y de inducir al tomador del crédito a una administración diligente a través de la inclusión de sus familiares (opinión de la Asociación Federal de Bancos Alemanes).

4 2. Desde hace unos diez años, los tribunales civiles se ocupan crecientemente de casos en los que adultos jóvenes caen en un desesperado endeudamiento excesivo, porque se habían hecho garantes de créditos bancarios elevados de sus cónyuges o de sus padres, aunque sólo disponían de ingresos de poca importancia.

5 a) Los tribunales de primera instancia sometían la mencionada práctica contractual, ante todo, a un intenso control de contenido. En primer lugar, se basaban en el parágrafo 138, apartado 1, del Código Civil. Los Tribunales Superiores de Estado federado de Düsseldorf (ZIP 1984, pág. 166), Frankfurt (ZIP 1984, pág. 1465) y Colonia (ZIP 1987, pág. 363), así como el

Tribunal de primera instancia de Hamburgo (WM 1985, pág. 1465), califican como contraria a la moral la ampliación de responsabilidad a cónyuges y otros familiares sin experiencia comercial, en caso de falta visible de ingresos y bienes. El Tribunal de primera instancia de Lübeck (NJW 1987, pág. 959) ha puesto reparos incluso, por contraria a la moral, a toda obligación que debiera exceder de antemano, y de manera fácilmente reconocible, las cuantías mensuales inembargables al deudor. Por su parte, el Tribunal Superior de Estado federado de Stuttgart (NJW 1988, pág. 833) considera decisivo el parágrafo 310 del Código Civil. Más allá de su tenor literal, el precepto tiene el significado de proteger al individuo contra el daño «al derecho humano inalienable a la esperanza y a la ambición de felicidad». Por ello, es nula una obligación contractual cuando el acreedor puede conocer de antemano que la corresponsabilidad deba conducir a un desesperado endeudamiento excesivo.

6 Otros Tribunales Superiores de Estado federado se refieren, ante todo, a los deberes de claridad y de cuidado que se derivan del parágrafo 242 del Código Civil, y que existen ya antes de la conclusión del contrato (cfr. el resumen de jurisprudencia en CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 3ª ed., T. 1, marginales 100 y ss.; ROTH en: *Münchener Kommentar zum BGB*, marginal 217). Los Tribunales Superiores de Estado federado de Celle (WM 1988, pág. 1436 [1438] y de Hamm (NJW - RR 1993, pág. 113) rechazan acciones de pago contra familiares corresponsables, con la justificación de que los bancos accionantes no habían eliminado el error de manera conveniente, y de ahí que hubiesen infringido sus deberes de advertencia y se hubiese originado un deber de indemnización de daños.

7 b) El control de contenido de los contratos por los tribunales de primera instancia fue rechazado ampliamente por la Sala IX de lo Civil del Tribunal Federal Supremo (BGHZ 106, 269; 107, 92; ZIP 1989, págs. 629 y ss.; NJW 1991, págs. 2015 y ss., y BB 1992, págs. 387 y ss.). La Sala III de lo Civil se adhiere a ella en lo esencial (ZIP 1989, págs. 487 y ss.). Por ello, los contratos de garantía no pueden ser considerados como contrarios a la moral porque conduzcan probablemente a un endeudamiento excesivo. La libertad de estipulación contractual comprende, para todos los que tengan plena capacidad de contratar, el poder jurídico de asumir las obligaciones que sólo sean realizables bajo condiciones especialmente favorables. La inexperiencia de un garante no es motivo para sobrecargar a las instituciones de crédito con deberes de claridad y asesoramiento. Por lo general, un mayor de edad también sabe, sin advertencias especiales, que la emisión de una declaración de garantía representa un negocio de riesgo. Por ello, el banco puede partir de que aquél que se hace cargo de una obligación de garantía conoce la trascendencia de su acto, y valora su riesgo autorresponsablemente. Algo distinto sucede, por ejemplo, cuando el banco, a través de su propia conducta, provoca en el garante un error reconocible para aquél, por medio del cual se elevase el riesgo de la garantía.

8 Esta jurisprudencia ha encontrado, parcialmente, moderada aprobación en la doctrina científica (MEDICUS, ZIP 1989, págs. 817 y ss.; REHBEIN, JR 1989, págs. 468 y ss.; también, H.P. WESTERMANN, JZ 1989, págs. 746 y ss.; todos con la indicación de que las formulaciones apodícticas del Tribunal Federal Supremo no permiten prescindir de una cuidadosa apreciación en conjunto de los casos individuales). Pero es mayoritariamente rechazada (DERLEDER en: *Festschrift für Bärmann und Weitnauer*, 1990, págs. 121 y ss.; GRÜN, NJW 1991, págs. 925 y ss.; H. HONSELL, JZ 1989, págs. 495 y ss.; REIFNER, ZIP 1990, págs. 427 y ss.; REINICKE/TIEDTKE, ZIP 1989, págs. 613 y ss.; TIEDTKE, ZIP 1990, págs. 413 y ss.). Algunos tribunales de primera instancia también han rechazado adherirse a ella (LG Osnabrück, NJW - RR 1990, pág. 306; LG Münster, NJW 1990, pág. 1668). La crítica se centra en el hecho de que el Tribunal Federal Supremo haya defendido la función del control judicial del contenido demasiado rígida e indeferentemente, y con ello, subestime las disposiciones básicas de la Constitución.

9 Entretanto, la Sala XI de lo Civil del Tribunal Federal Supremo, que es competente en Derecho Bancario, ha modificado esta jurisprudencia (NJW 1991, pág 923 y ZIP 1993, pág. 26). Apelando al Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE 81, 242), sostiene la opinión de que el juez está obligado, en caso de perturbación de la paridad contractual, a un control de contenido de los contratos de garantía, con ayuda de las cláusulas generales del Código Civil. La corresponsabilidad de cónyuges o de padres, respecto de deudas bancarias elevadas, puede resultar contraria a la moral bajo determinados requisitos.

II.

10 1. El procedimiento 1 BvR 567/89.

11 a) El padre de la demandante en queja número 1) ejerció primero como agente de la propiedad inmobiliaria; construía y vendía pisos en propiedad. En el año 1982, pidió a la caja de ahorros municipal C. que doblase su límite de crédito, de 50.000 DM a 100.000 DM. Como la caja de ahorros municipal exigía una garantía, firmó con la recurrente en queja, de por aquel entonces 21 años edad, el 29 noviembre 1982, un documento normalizado de garantía por un importe máximo de 100.000 DM más prestaciones adicionales, en el que se decía, entre otras cosas:

12 1. La garantía se toma ... para el aseguramiento de todas las deudas existentes o futuras, incluso condicionadas o a plazo, de la caja de ahorros frente al deudor principal ... derivadas de su vinculación comercial.

...

13 3. La garantía se hace cargo como deudora directamente responsable, con renuncia a la excepción de acción previa. El garante renuncia a las excepciones de impugnabilidad y de imputabilidad ..., así como a la excepción de prescripción de la deuda principal ... El garante no puede invocar ningún derecho derivado de la forma o del momento de utilización o de la existencia de garantías de otro tipo. La caja de ahorros no está obligada a solicitar otras garantías antes de reclamar al garante.

14 A continuación, el aumento de crédito fue autorizado. La demandante en queja obtuvo el derecho de firma para la cuenta de crédito de su padre, pero no dispuso por sí misma de ningún bien. Ella no tenía formación profesional alguna, estaba fundamentalmente desempleada y percibía, en la fecha de la declaración de garantía, 1.150 DM netos mensuales en una factoría de pescado.

15 En octubre de 1984, el padre de la demandante en queja vendió su agencia inmobiliaria y se empleó, a partir de entonces, como armador. La caja de ahorros municipal financió la compra de un barco con 1,3 millones DM. En diciembre de 1986, extinguió el crédito abierto (aproximadamente 2,4 millones DM) y comunicó a la recurrente en queja que se le reclamaría como consecuencia de la garantía.

16 b) En primer lugar, la recurrente en queja accionó en relación con la declaración de ineficacia de su garantía. Después de que la caja de ahorros municipal hubo formulado reconvencción para el pago de 100.000 DM, junto con los intereses, las partes del procedimiento originario consideraron arreglada la acción declarativa. El Tribunal de primera instancia estimó la reconvencción con la sentencia impugnada.

17 En la apelación de la recurrente en queja, el Tribunal Superior de Estado federado modificó la resolución del Tribunal de primera instancia, y rechazó la reconvencción (WM 1988, pág. 1436 [1438]): la caja de ahorros municipal está obligada, de acuerdo con el punto de vista del deudor en las negociaciones contractuales, a liberar de la garantía a la recurrente en queja, dado que ha infringido los deberes de información que le incumben. Ciertamente, por lo general,

el acreedor no debe aclarar al garante su riesgo. Pero una excepción a este principio resulta conveniente cuando el acreedor causa perceptiblemente el error del garante por medio de su conducta. A ello se asimila el que una institución de crédito, en cuanto que acreedora, dé poca importancia al tipo y a la extensión de la responsabilidad en garantía ante un garante reconocidamente inexperto en los negocios y, por causa de ello, influya en su decisión. Este caso se da aquí. Tras la práctica de la prueba, es seguro que el representante de la caja de ahorros municipal ha declarado literalmente, en la firma del documento de garantía: «firme aquí, por favor, aunque Usted no asume ninguna obligación importante, yo lo necesito para mis actas». En consecuencia, él no ha «expuesto a ningún peligro» importante a la recurrente en queja, y ha dado poca importancia al riesgo material. No hay que aceptar que estuviese preparada para asumir la garantía con una valoración realista.

18 El Tribunal Federal Supremo revoca la decisión del Tribunal Superior de Estado federado con la sentencia impugnada, y rechaza la apelación de la recurrente en queja contra la Sentencia del Tribunal de primera instancia (ZIP 1989, págs. 629 y ss.): la garantía es un negocio jurídico obligatorio unilateral, en el que no incumbe al acreedor, como regla, ni un deber de aclaración, ni el deber de informarse sobre el nivel de conocimiento del garante. Una persona de más de 18 años de edad, y en consecuencia, mayor de edad conforme a la Ley, conoce, por lo general, incluso sin experiencia particular en el tráfico comercial, que la emisión de una declaración de garantía conlleva riesgos de responsabilidad. La expectativa del garante de que no se le reclamará no puede ser fundamento del negocio. El representante de la caja de ahorros municipal no ha hecho nada a través de lo cual se hubiera influido en esta valoración. En el momento de la declaración de garantía, la solvencia del deudor principal era buena, y la información del empleado bancario fue justa. La recurrente en queja, en cuanto que garante, hubiera debido observar por sí misma el desarrollo ulterior de los negocios de su padre, y en consecuencia, su riesgo futuro de responsabilidad. Sobre la posibilidad de extinción, se había advertido expresamente en el formulario de garantía.

19 c) Con la queja constitucional, la recurrente en queja censura la violación de su derecho fundamental derivado del artículo 1, apartado 1, y del artículo 2, apartado 2, de la Constitución Federal, en conexión con el principio del Estado Social. El Tribunal de primera instancia y el Tribunal Federal Supremo han violado los deberes de tutela y de protección del Estado amparados por estas normas sobre derechos fundamentales.

20 Del artículo 1, apartado 1, de la Constitución Federal se deriva el deber de garantizar protección al particular ante las necesidades materiales. Cuando la persona está forzada a vivir bajo condiciones de vida económicas que le humillan, ello menoscaba su dignidad. Del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal se desprende que la libertad de contratación no puede conducir a un abuso de poder; esto rige principalmente para la protección de partes contractuales dependientes, frente a conductas antisociales de empresas que dominan en el mercado. Los tribunales debían rechazar el reconocimiento de contratos en los cuales está tan fuertemente limitada la libertad de acción de uno de los vinculados por el contrato, que éste ya no puede vivir dignamente.

21 En caso de una suma garantizada en cuantía de 100.000 DM, y de un tipo de interés del 8,5 por ciento, se deriva una carga anual de intereses de 8.500 DM, y por consiguiente, de aproximadamente 708 DM mensuales. Para poder soportar en solitario esta carga de intereses, la recurrente en queja debía ganar, según la tabla oficial actualmente vigente en el parágrafo 850c de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aproximadamente 1.800 DM netos mensuales. Nunca ha obtenido todavía tales ingresos. En el momento de la declaración de la garantía, los ingresos embargables a ella ascendían a 413,70 DM. Desde octubre de 1991, es madre de un hijo, que

educa sola; vive de la asistencia social y del subsidio de educación. Hasta enero de 1992, se ha acumulado un saldo deudor calculado en la suma de 160.000 DM. En consecuencia, cabe contar con que nunca pueda pagar semejante deuda.

22 2. El procedimiento 1 BvR 1044/89.

23 a) La recurrente en queja garantizaba en 1979 como responsable directa, frente al banco demandante, el aseguramiento de un denominado «préstamo de seguro», el cual había sido concedido a su marido en cuantía total de 30.000 DM. En el momento de la declaración de garantía, no tenía ingresos ni bienes. Cuidaba como ama de casa de sus dos hijos, nacidos en 1971 y 1978. Como su marido se demoró en el pago de intereses, el banco extinguió el préstamo en el año 1988. El saldo de la deuda ascendía por aquel entonces a 32.140,31 DM. Por medio del cobro del valor de rescate del seguro de vida, se redujo a 16.274,02 DM. El banco formuló la demanda frente a la recurrente en queja en la cuantía de este importe.

24 b) El Tribunal de primera instancia estimó la demanda con la Sentencia impugnada: no existía ninguna duda en contra de la eficacia de la obligación de garantía. El parágrafo 310 del Código Civil no es aplicable, dado que las deudas a cumplir en el futuro, como son también altas e irrealizables, no representan ninguna transmisión patrimonial futura. El contrato de garantía tampoco es nulo de conformidad con el parágrafo 138 del Código Civil. Respecto de la asunción de la garantía, no hay que descartar que la recurrente en queja inicie una actividad profesional, u obtenga otros ingresos, aún antes de la liquidación del crédito. En caso de pérdida del empleo por su marido, éste habría podido asumir el cuidado de la casa y de los hijos. Pero la insolvencia permanente en sí misma no conduce aún a que el contrato de garantía sea contrario a la moral. Nada se ha hablado de una deuda de asesoramiento del banco.

25 El Tribunal Superior de Estado federado rechazó la apelación de la recurrente en queja, con la Sentencia asimismo impugnada, por los motivos de la decisión del Tribunal de primera instancia.

26 c) Con la queja constitucional, la recurrente en queja censura la violación de su derecho fundamental derivado del artículo 1 y del artículo 2 de la Constitución Federal. Al banco le constaba que ella, como madre de dos niños pequeños, no podría llegar a estar profesionalmente activa en un futuro próximo. En el caso de la actividad profesional ahora exigible a ella, nunca estará en la posición de liberarse de la deuda de garantía. Más bien, el endeudamiento debe subir constantemente a pesar de los pagos ordinarios. La destrucción de toda perspectiva de futuro derivada de ello fundamenta la infracción constitucional.

III.

27 1. Por el Gobierno federal, el Ministerio federal de Justicia ha defendido la opinión de que, por principio, los tribunales tendrían que decidir, con la apreciación de todas las circunstancias del caso concreto, si un contrato de garantía resulta eficaz, incluso cuando conduce a un sobreendeudamiento para toda la vida. En ese caso, debían tener en cuenta los derechos fundamentales. En este sentido, los casos presentes merecen diferenciadamente la atención del Tribunal Federal Constitucional.

28 a) No resulta constitucionalmente problemática la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo que descarta la aplicación, tanto directa como también por analogía, del parágrafo 310 del Código Civil. Tampoco cabe plantear objeción a la interpretación y aplicación del parágrafo 138 del Código Civil, por la Sala III del Tribunal Federal Supremo (ZIP 1989, pág. 487). Ciertamente, en la doctrina científica se considera la hipótesis de un negocio jurídico contrario a la moral, cuando una parte contractual contrae deudas elevadas y ya resulta evidente, al celebrarse el contrato, que ésta nunca podría devolver el dinero. Sin embargo, estos requisitos

no se darían cuando los ingresos del deudor principal y del corresponsable eran suficientes considerados en conjunto, y ambos vivían en matrimonio o en una comunidad de vida análoga al matrimonio; esto vale, al menos, cuando el préstamo sirve en su mayor parte para la financiación de los gastos comunes.

29 Sería erróneo suponer la infracción de la moral en aquellos negocios en los que entrarían en juego dificultades posteriores de pago. Dicha jurisprudencia conduciría a la «incapacitación parcial de los que tienen pocos bienes e ingresos», y limitaría su libertad para la consecución de créditos. La finalidad de asegurar una existencia digna de los deudores en situación de necesidad, en primer lugar, la satisfacen los preceptos de protección de la ejecución (parágrafos 811 y ss., y 850 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No obstante, posiblemente éstos no resulten suficientes para casos de incapacidad de prestación persistente; de aquí que se proponga, en el marco de la reforma del Derecho de insolvencia, un procedimiento que pueda ayudar a los deudores a liberarse de la deuda restante bajo determinados requisitos. En cambio, una solución contractual no parece conveniente.

30 b) Por el contrario, las decisiones impugnadas en el procedimiento 1 BvR 567/89 infringían la libertad de acción garantizada por el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal, así como el principio de Estado Social consagrado en el artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal. Los tribunales debían haber considerado la nulidad del contrato de garantía, de conformidad con el párrafo 138, apartado 1, del Código Civil.

31 Los créditos garantizados se habían afectado sólo al negocio inmobiliario del padre, y no habrían proporcionado beneficios directos a la recurrente en queja número 1). No cabe admitir un interés digno de protección de la caja de ahorros municipal en la aclaración de la garantía a la recurrente en queja. La recurrente en queja sólo disponía, al celebrarse el contrato de garantía, de ingresos muy reducidos no asegurados permanentemente, y no disponía de ningún bien. Era claramente perceptible que, en un futuro próximo sin que concurriesen circunstancias especiales más favorables, no estaría nunca en posición de pagar los intereses vencidos. Por lo tanto, la caja de ahorros municipal ha obtenido ventajas apenas apreciables. En cambio, del contrato de garantía se derivarían para la recurrente en queja perjuicios graves: tomando en consideración el desarrollo esperable de los ingresos, de una parte, y los límites de inembargabilidad, de otra parte, probablemente nunca en su vida podría procurarse su propio sustento, y nunca estaría libre de la deuda principal.

32 2. La Asociación Profesional de Banca ha defendido la jurisprudencia atacada del Tribunal Federal Supremo. El establecimiento de un límite objetivo de endeudamiento admisible conduciría a que deberían denegarse los créditos para labrarse un futuro, o incluso para la reparación urgente de automóviles necesarios para la profesión, cuando los tipos de amortización junto con otras obligaciones superasen el mínimo existencial establecido. Esto contradice el interés del tomador del crédito, y también, es innecesario, porque los propios prestamistas, por motivos económicos, ya se cuidan de la capacidad de prestación de sus deudores. Si realmente pudiese existir el caso teóricamente posible de una situación desesperada al celebrarse el contrato, y esto fuese reconocible para el prestamista, entonces hay que ponerle remedio a través de la aplicación del párrafo 138 del Código Civil y de regulaciones análogas. Por lo demás, por medio de los preceptos de protección del embargo, el legislador ha hecho lo necesario para la defensa de la dignidad humana y para la observancia del principio de Estado Social.

33 3. La Asociación Federal de Bancos Alemanes considera asimismo conforme a la Constitución la jurisprudencia atacada.

34 a) La autonomía privada y el principio de Estado Social no se han subestimado en las decisiones impugnadas. Potenciales tomadores de crédito podrían valorar por sí mismos los

límites de su capacidad y, por principio, también deberían soportar las consecuencias de su actuación responsable. Esto no excluye que en casos particulares (entre otros, en caso de especial falta de experiencia del deudor, de completa falta de esperanza de devolución del crédito, o de encubrimiento del volumen de la carga mensual) intervenga el parágrafo 138 del Código Civil. Además, se han desarrollado por la jurisprudencia deberes de asesoramiento y aclaración, los cuales otorgaban una protección al tomador del crédito. Los principios de la alteración de la base del negocio, así como la institución de la culpa al contraerse el contrato, proporcionarían ayudas jurídicas adicionales, en su caso. La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo mantiene abierta la posibilidad de un examen orientado al caso concreto, sin impedir una utilización económicamente razonable del crédito y conforme a los intereses. La problemática del sobreendeudamiento se plantea en circunstancias tan variadas, que hay que preferir cláusulas generales a un límite rígido. Respecto de la concreción de las cláusulas generales, habría que tener en cuenta el principio de Estado Social.

35 Las garantías no se exigirían sin orden ni concierto, ni por rutina. No obstante, en caso de créditos a los consumidores, muchas veces no podrían ponerse a disposición otro tipo de garantías. Pero corresponde a la práctica acreditada de garantía de créditos aceptar sólo aquellas garantías que sean «valiosas». Ciertamente, la garantía de quien carece permanentemente de bienes no tiene para el banco, por lo general, ningún interés; pero ello no conduce todavía a su ineficacia. La inclusión de un tercero como garante o deudor solidario resulta adecuada, ante todo, cuando éste obtiene beneficios económicos por medio del crédito. No raramente, el otorgamiento del crédito sólo se justifica en atención a los ingresos conjuntos de ambos cónyuges. De aquí se sigue que ambos cónyuges también tendrían que responder de la devolución del crédito.

36 b) En tomas de posición complementarias, la Asociación ha informado de que las Asociaciones centrales de la economía del crédito habrían aconsejado, a las instituciones adheridas a ellas, examinar aún más intensivamente que hasta ahora, si en un caso individual concreto, el aval por medio de garantes o codeudores sin bienes o ingresos propios es económicamente oportuno y necesariamente eficaz. Esto hay que aceptarlo cuando existe la perspectiva de que el garante dispondrá en breve de ingresos propios (labrarse el futuro, conclusión de formación, reincorporación a la vida profesional). Además, los contratos de garantía son convenientes cuando el mismo responsable adicional se aprovecha del préstamo en un futuro próximo (en especial, en caso de utilización del préstamo en un objeto conjuntamente provechoso, o para una actividad profesional ejercida conjuntamente). También puede tratarse de prevenir cambios en la situación patrimonial. Finalmente, juega un papel la consideración de que el tomador del crédito, con la inclusión de su cónyuge, se administre más diligentemente y perseverantemente.

37 Muestreos realizados a corto plazo en entidades bancarias concretas habrían evidenciado que éstas tientean de otro modo, cuando se trata de labrarse un futuro. La parte de los créditos en los que se incluyan los familiares, en particular los cónyuges, asciende con frecuencia aproximadamente del 35 al 40 por ciento; sin embargo, un banco ha informado de que, en caso de creación de empresas individuales, de empresas de manufactura, y de pequeñas sociedades, la adopción de la responsabilidad personal a través del cónyuge del tomador del crédito se solicita en aproximadamente el 90 por ciento de todas las concesiones de crédito. Muchas veces, se recurre a programas de promoción para la creación de un futuro autónomo. Las instituciones involucradas en ello, la mayoría de las veces genéricamente, preverían en sus directrices de promoción la adopción de la corresponsabilidad a través del cónyuge.

38 4. La Asociación Alemana de Cajas de Ahorro y de Cambio opina que el derecho fundamental de la dignidad humana, protegido por el artículo 1 de la Constitución Federal, admite que

la persona decida por sí misma si y en qué medida quiere aceptar riesgos de tipo financiero. Esto vale también cuando exige demasiado de sus circunstancias financieras. Una protección que exceda de las disposiciones de protección del embargo sólo encaja en casos individuales especiales. Dicho caso excepcional no es el deber de garantía de la recurrente en queja número 1).

39 5. La comunidad laboral de asociaciones de consumidores considera fundadas ambas quejas constitucionales. Variantes del caso similares resultan frecuentes. Al riesgo del garante se le quita importancia la mayoría de las veces por la institución crediticia. La pérdida de ingresos del garante conduce, como regla general, a la pérdida de perspectivas y de salidas de los afectados, descritas por las quejas constitucionales. En especial, en los nuevos Estados federados se agravan dichos casos. Por lo demás, la asociación se remite a dos peritos.

40 a) Uno considera las consecuencias de la «responsabilidad familiar», en especial para las mujeres. Llega a la declaración de que en la República Federal ninguna persona casada obtiene un crédito sin que se exija la firma del cónyuge. El tomador del crédito carece de defensa eficaz frente a la exigencia de la «segunda firma», dado que en caso contrario se le deniega el crédito. La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo apoya esta práctica. Lo considera especialmente duro para las mujeres divorciadas que cuidaban niños. El perceptor principal de ingresos está obligado al sustento, tras el divorcio, pero junto a ello debe amortizar el crédito. Esto hace ampliamente desmotivante para él dedicarse a un trabajo, dado que a él sólo le queda la cuantía inembargable. Si deja el trabajo o se limita al trabajo negro, entonces la esposa no cobra ninguna prestación de sustento. No obstante, permanece deudora civilmente del total de la suma de amortización del crédito. Si inicia ahora por su lado un trabajo, para no tener que conformarse con la asistencia social, el banco empieza el embargo salarial de sus ingresos.

41 La problemática constitucional se caracteriza por el hecho de que las empresas fuertes, organizadas fáctica y jurídicamente en grupos, aprovechan de modo sistemático la libertad contractual, que conduce a una amenaza general de la institución del matrimonio y de la familia, y viola el principio de igualdad de derechos. Los bancos son instituciones a las que el legislador, en el párrafo 1, apartado 1, número 2, de la Ley de Entidades de Crédito, concede un monopolio en el ámbito del crédito y el préstamo, y ha exceptuado la prohibición general de grupos, en virtud del párrafo 102, apartado 1, número 1, de la Ley contra las Restricciones a la Competencia. De ello se desprende una responsabilidad especial en el cumplimiento de la Constitución.

42 b) El segundo perito debate ante todo el endeudamiento excesivo de los adultos jóvenes, como consecuencia de la corresponsabilidad en el crédito bancario. La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo subestima el derecho común de la personalidad de los afectados. Precisamente las personas que han alcanzado la mayoría de edad sólo disponían, como regla, de muy poca experiencia jurídico-mercantil. Con los negocios crediticios y las obligaciones mercantiles podrían conseguir experiencia tras alcanzar la mayoría de edad, y desarrollar formas de conducta adecuadas. La jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo posibilita que personas jóvenes, con su sola firma en un formulario habitual en los bancos, contraigan una deuda tan alta que se les obstruya durante su vida la construcción de su propia existencia económica. Su autodeterminación individual conduce a pérdidas en lo financiero y lo social.

43 La dimensión de la cláusula de garantía en los formularios bancarios usuales cubre prácticamente todas las mejoras del deudor principal, sin que este riesgo fuese completamente evidente para el garante inexperto. Más bien, ante todo, esto refuerza frecuentemente la esperanza de que no se llegue a la utilización de la garantía. La relación de garantía no obliga de nuevo a la institución crediticia, según el dogma de la unilateralidad estricta, a las informaciones más principales sobre el desarrollo de la deuda principal. En los formularios contractuales usuales

de los bancos se anularían ampliamente las normas dispositivas de protección del Derecho de garantías. En consecuencia, se deriva un vacío de protección que es incompatible con el artículo 1 y el artículo 2 de la Constitución Federal.

44 6. La caja de ahorros que reconviene a la recurrente en queja número 1) en el procedimiento originario, considera infundada la queja constitucional. Su objetivo constituye una injerencia intolerable en la libertad contractual, en la responsabilidad propia en los negocios jurídicos de los mayores de edad y, también, en el principio del Estado de Derecho.

B.

45 Las quejas constitucionales son admisibles en lo esencial. Sólo es parcialmente inadmisibles la queja constitucional del recurrente en queja número 1), supuesto que se dirige contra la Sentencia del Tribunal de primera instancia. En este caso, falta el interés jurídico de protección. Aunque el Tribunal de primera instancia había condenado a la recurrente en queja al pago, esta Sentencia ya fue modificada por el Tribunal Superior de Estado federado a favor de la recurrente en queja. Ciertamente, el Tribunal Federal Supremo ha restablecido la Sentencia de primera instancia con ocasión de la casación de la caja de ahorros; sin embargo, resulta suficiente, para eliminar esta consecuencia jurídica, la queja constitucional frente a la Sentencia de casación. Un interés jurídico de protección ulterior sólo se tomaría en consideración cuando cupiese lograr de esta manera que el asunto se remita al Tribunal de primera instancia. Sin embargo, esto no es posible. El Tribunal Federal Constitucional debe examinar ante todo la Sentencia impugnada del Tribunal Federal Supremo. Si se produce la anulación de la Sentencia de casación, entonces se restablece con ello, ante todo, la Sentencia del Tribunal Superior de Estado federado. Dado que la recurrente en queja no reclama esto, y tampoco es impugnada por ella, no ha lugar a la remisión al Tribunal de primera instancia.

C.

46 Supuesto que la queja constitucional de la recurrente en queja número 1) es admisible, también tiene éxito. En cambio, no está fundada la queja constitucional de la recurrente en queja número 2).

I.

47 Ambas quejas constitucionales se dirigen contra sentencias sobre pago de la jurisdicción civil. No se atacan los fundamentos normativos en los que las decisiones se apoyan; los preceptos decisivos del Código Civil permanecen inobjetados. Los argumentos de las recurrentes en queja se refieren, más bien, a la interpretación y aplicación de las correspondientes cláusulas generales que permiten a los tribunales civiles un control de contenido de contratos vinculantes, ante todo de los párrafos 138 y 242 del Código Civil. Para su concreción, hay que tomar en consideración la garantía constitucional de la autonomía privada y el derecho común de la personalidad, que los tribunales civiles habrían subestimado en los procedimientos originarios. Esta fundamentación comprende el significado de los derechos fundamentales para la correcta concreción de las cláusulas generales jurídico-civiles.

48 La Constitución contiene en su parte dogmática disposiciones jurídico-constitucionales básicas para todos los ámbitos del Derecho. Estas disposiciones básicas se desarrollan por medio de los preceptos correspondientes, que gobiernan directamente el respectivo ámbito jurídico, y ante todo tienen significado, también, en caso de interpretación de las cláusulas generales jurídico-civiles (cfr. BVerfGE 7, 198 [205 ss.]; 42, 143 [148]). Cuando los párrafos 138 y 242 del Código Civil remiten muy genéricamente a las buenas costumbres, al uso negocial, así

como a la buena fe y confianza, exigen de los tribunales concretar el criterio de medición de las formulaciones valorativas que se determinan, en primer lugar, por las disposiciones básicas de la Constitución. Por eso, los tribunales civiles están obligados, por causa de la Constitución, en caso de interpretación y aplicación de las cláusulas generales, a tener en cuenta como «directrices» los derechos fundamentales. Si subestiman esto y, por eso, deciden en perjuicio de una parte procesal, entonces perjudicarán a ésta en sus derechos fundamentales (cfr. BVerfGE 7, 198 [206 ss.]; jurisprudencia constante).

49 No obstante, el Tribunal Federal Constitucional no tiene que verificar, por principio, la interpretación y aplicación del derecho ordinario. Le incumbe simplemente asegurar la observancia por los tribunales ordinarios de las normas y baremos constitucionales. De ahí que no pueda contradecir una decisión firme de la jurisdicción civil cuando, en caso de valoración propia de las posiciones constitucionales enfrentadas, hubiera marcado pautas de otro modo, y de ahí que hubiera decidido de manera distinta. El umbral de la infracción constitucional, que el Tribunal Federal Constitucional tiene que corregir, sólo se alcanza cuando la decisión atacada permite reconocer errores interpretativos que se basan en una interpretación incorrecta, por principio, del significado de un derecho fundamental, en especial del alcance de su ámbito de protección, y que también tienen algún peso en su significado material para el litigio concreto (BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149]; jurisprudencia constante). Aplicando esto, en el caso de la recurrente en queja número 1), no puede perdurar la Sentencia del Tribunal Federal Supremo (II). En cambio, en el caso de la recurrente en queja número 2), por principio, no cabe reconocer que los tribunales civiles hubieran subestimado en las decisiones atacadas el significado de los derechos fundamentales (III).

II.

50 1. El contrato de garantía, que tenía que valorar el Tribunal Federal Supremo, se diferencia esencialmente de las garantías crediticias corrientes. La recurrente en queja número 1) asume en él un alto riesgo extraordinario, sin tener en el crédito asegurado un interés económico propio. Con renuncia a casi todos los preceptos de protección disponibles del Código Civil, respondió con responsabilidad propia del riesgo empresarial de su padre, con un alcance que excede ampliamente sus relaciones económicas. Era de prever de antemano, y para el instituto crediticio fácilmente comprobable, que la recurrente en queja, en caso de responsabilidad, no habría estado probablemente hasta el fin de su vida en la posición de liberarse de la eficacia propia de la carga deudora asumida. En este estado de cosas, debía realmente plantearse la cuestión de los requisitos y motivos de la celebración del contrato, y especialmente se concentró en ello la exposición de la parte. La recurrente en queja había aducido en las instancias fácticas que la caja de ahorros municipal ha violado deberes precontractuales de cuidado, y realizado intereses propios aprovechándose de su inexperiencia negocial. El Tribunal Superior de Estado federado fue consecuente con eso en el resultado. En contraste con ello, el Tribunal Federal Supremo no vio ningún motivo para un control de contenido del contrato de garantía. La cuestión de si y en qué medida ambas partes del contrato pudieron decidir libremente de manera objetiva sobre la celebración y el contenido del contrato, no se la planteó el Tribunal Federal Supremo. En ello, existe una subestimación de la autonomía privada constitucionalmente garantizada.

51 2.a) Según jurisprudencia constante del Tribunal Federal Constitucional, la organización de las relaciones jurídicas por los particulares de acuerdo con su voluntad es una parte de la libertad de acción común (cfr. BVerfGE 8, 274 [328]; 72, 155 [170]). El artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal garantiza la autonomía privada como «autodeterminación de los particulares en la vida jurídica» (ERICHSEN en: ISENSEE/KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo VI, pág. 1210, número marginal 58).

52 La autonomía privada está necesariamente limitada y requiere de estructuración jurídica. Por eso, las ordenaciones jurídico-privadas consisten en un sistema diferenciado de reglas y medios de organización acordados mutuamente, que deben insertarse en la ordenación constitucional. Esto no significa, sin embargo, que la autonomía privada permaneciera a la libre disposición del legislador y su garantía constitucional quedara en punto muerto como consecuencia de ello. Más bien, en caso de una estructuración requerida, el legislador está vinculado por las normas jurídicas objetivas de los derechos fundamentales. Debe abrir un espacio de acción adecuado a la autodeterminación de los particulares en la vida jurídica. De acuerdo con su objeto de regulación, la autonomía privada depende necesariamente de su realización por el Estado. Su garantía está atenta en cierto modo a la realización justa, y de ahí que fundamente el deber del legislador de poner a disposición medios de organización jurídico-negociales, que hay que tratar como jurídicamente vinculantes, y que fundamentan también, en el litigio, posiciones jurídicas entremezcladas.

53 b) Con el deber de estructurar la ordenación privada se plantea al legislador un problema de concordancia práctica. En el tráfico jurídico-civil participan titulares de derechos fundamentales de igual rango, que persiguen intereses diferentes y a menudo objetivos contrapuestos. Dado que todos los participantes en el tráfico jurídico-civil gozan de la protección del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal y pueden remitirse en igual medida a la garantía constitucional de su autonomía privada, no puede regir sólo el derecho del más fuerte. Las posiciones constitucionales en colisión hay que mirarlas en su interacción y limitarlas así, para que en lo posible sean ampliamente eficaces para todos los participantes.

54 En el Derecho de contratos, surge del equilibrio objetivo de intereses derivado de la voluntad concorde de las partes del contrato. Ambas se vinculan y, en consecuencia, defienden simultáneamente su libertad de acción individual. Si una de las partes del contrato tiene una preponderancia tan fuerte que puede determinar fácticamente de modo unilateral el contenido del contrato, entonces esto crea una disposición ajena para la otra parte del contrato (cfr. BVerfGE 81, 242 [255]). Naturalmente, el ordenamiento jurídico no puede tomar precauciones para todas las situaciones en las que el peso igual de negociación está más o menos perjudicado. Verdaderamente, por razones de seguridad jurídica, no puede ponerse en cuestión o corregirse posteriormente un contrato, en caso de cualquier perturbación del peso igual de negociación. Sin embargo, se trata de una variante típica del caso que permita reconocer una inferioridad estructural de una de las partes del contrato; y si las consecuencias del contrato para la parte contractual inferior son inusualmente gravosas, entonces el ordenamiento jurídico civil deberá reaccionar a continuación y posibilitar correcciones. Esto se desprende de la garantía constitucional de la autonomía privada (artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal) y del principio del Estado Social (artículo 20, apartado 1, y artículo 28, apartado 1, de la Constitución Federal).

55 c) El Derecho vigente de contratos satisface estas exigencias. Ciertamente, los autores del Código Civil, también cuando han creado normas diversas de protección para los más debilitados en el tráfico jurídico, partían de un modelo de participantes formalmente iguales en el tráfico jurídico privado, pero ya el Tribunal del Reich abandonó esta visión y «convirtió la responsabilidad social en una ética material» (WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, pág. 24). Hoy existe amplia conformidad acerca de que la libertad contractual sólo sirve en caso de una relación de fuerza aproximadamente equilibrada de las partes, como medio de un equilibrio apropiado de intereses, y de que la compensación de la paridad contractual perturbada forma parte de las tareas principales del Derecho Civil vigente (cfr. la visión general de LIMBACH, *Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre*, JuS 1985, págs. 10 y ss., con numerosas justificaciones;

ulteriormente, PREIS, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, págs. 216 ss.). A efectos de esta función, se señalan grandes partes del Código Civil (HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, 1982). En este contexto, las cláusulas generales del Código Civil tienen un significado central. La literalidad del párrafo 138, apartado 2, del Código Civil lo expresa de modo especialmente claro. En él, se describen las circunstancias típicas que conducen necesariamente a la inferioridad negocial de una de las partes del contrato, cuya inexperiencia también se cuenta entre aquéllas. Si la parte contractual preponderante aprovecha esta debilidad para la realización unilateral de sus intereses de modo llamativo, entonces esto conducirá a la nulidad del contrato. El párrafo 138, apartado 1, del Código Civil liga de forma completamente general la consecuencia de la nulidad a una infracción de las buenas costumbres. Consecuencias jurídicas diferenciadas se desprenden del párrafo 242 del Código Civil. La ciencia del Derecho Civil es concorde en el resultado de que el principio de la buena fe y confianza describe un límite inmanente del poder contractual de organización y fundamenta la autorización para un control judicial de contenido del contrato (cfr., últimamente, FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, págs. 70 y ss.; PREIS, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht*, 1993, págs. 249 y ss.). Sobre los requisitos y la intensidad de este control de contenido existe ciertamente conflicto en la literatura jurídica. Sin embargo, para una valoración constitucional, basta la declaración de que el Derecho vigente mantiene preparados, en todo caso, instrumentos que hacen posible reaccionar adecuadamente ante las perturbaciones estructurales de la paridad contractual.

56 Para los tribunales civiles, en caso de interpretación y aplicación de las cláusulas generales, se deriva de ello, en consecuencia, el deber de tener en cuenta que los contratos no sirven como medio para la disposición ajena. Si las partes del contrato han acordado una regulación en realidad admisible, entonces sobrará ordinariamente un control posterior de contenido. Pero si el contenido del contrato es inusualmente gravoso para una parte y evidentemente inadecuado como compensación de intereses, entonces no pueden los tribunales conformarse con la declaración: «el contrato es el contrato». Más bien, deben declarar si la regulación es la consecuencia de una fortaleza negociadora estructural desigual, y dado el caso, intervenir corrigiendo en el marco de las cláusulas generales del Derecho Civil vigente. Cómo tienen que proceder en ese caso y qué resultado deben lograr, es una cuestión de Derecho ordinario a la que la Constitución deja un amplio espacio de juego. Pero una violación de la garantía constitucional de la autonomía privada entra en consideración cuando no se ve en absoluto el problema de la paridad contractual perturbada, o su solución se intenta con medios inútiles.

57 3. La decisión atacada del Tribunal Federal Supremo está marcada por dicha violación. La declaración de garantía controvertida fue valorada como si se hubiese celebrado un contrato normal con intereses recíprocos y riesgos asumibles. Todos los argumentos con los que la recurrente en queja número 1) quiso documentar su debilidad negociadora fueron rechazados con la admonición de que era mayor de edad y ha debido cerciorarse por sí misma de los riesgos existentes. Eso no es suficiente.

58 El riesgo de responsabilidad que la recurrente en queja asumió con el contrato de garantía controvertido, sin un interés económico propio, fue —como ya se expresó— inusualmente alto. Aparte esto, era extraordinariamente difícil de calcular. El total de la garantía establecida sólo mencionaba la exigencia principal de un límite máximo; los costes e intereses considerables del crédito debían ser calculados sin que su base de cálculo se identificase en el contrato de garantía. Pero, ante todo, faltaba cualquier limitación de las deudas negociales aseguradas. Además, si se toma en consideración el objeto de los preceptos de protección de la garantía jurídica, entonces es evidente que la recurrente en queja debía responder prácticamente como un socio de su padre. El significado y extensión de este riesgo se hubieran podido autovalorar con dificultad por

personas expertas negocialmente; para la recurrente en queja, de sólo 21 años, que no disponía de ninguna formación profesional cualificada, eran prácticamente impenetrables.

59 En una inferioridad tan acusada de una de las partes del contrato, es importante decidir en qué modo se realiza el contrato y cómo se ha comportado en especial la parte contractual preponderante. No obstante, el Tribunal Federal Supremo niega cualquier tipo de deber de aclarar y de avisar de la institución de crédito. Incluso la insistencia del empleado bancario con el aditamento «Usted no asume ninguna obligación importante», la considera irrelevante el Tribunal Federal Supremo. Ve en ello únicamente —contra las declaraciones del Tribunal Superior de Estado federado— una información provisional correcta, que no podía tener ninguna influencia en la posición negociadora de la recurrente en queja. Eso no se ajusta a la problemática del caso originario y subestima la garantía constitucional de la autonomía privada tan acusadamente, que la decisión no puede perdurar. Si también entra en consideración una violación del derecho común de la personalidad, puede quedar abierto.

III.

60 En el caso de la recurrente en queja número 2), no se trataba de la asunción de un riesgo empresarial alto y difícilmente valorable. La garantía se refería a un crédito de consumo cuyo importe no era inusual, si se tiene en cuenta el coste de adquisición en el caso de la creación de un hogar. El tomador del crédito era el marido de la recurrente en queja, de manera que podía partirse de que ésta está interesada directamente en la concesión del crédito. También las circunstancias acompañantes a la celebración contractual, según las declaraciones de la Sentencia atacada, no daban ninguna ocasión para la sospecha de que la recurrente en queja sea apremiada para su declaración de garantía o haya sido perjudicada de otro modo en su libertad de decisión. Para una eventual deuda de asesoramiento de la institución de crédito, faltan igualmente puntos de referencia. Ciertamente, el banco ha hecho depender la concesión del crédito del aseguramiento por medio de una garantía, pero en ese caso, según las declaraciones del Tribunal de primera instancia, no viola ningún deber de información, en especial no disimula el riesgo de responsabilidad.

61 En el enjuiciamiento de estos hechos, el Tribunal de primera instancia ha tratado detalladamente las cláusulas generales de los párrafos 138 y 242 del Código Civil. Que hubiese subestimado la garantía constitucional de la autonomía privada, no es evidente. Ciertamente, el Tribunal de primera instancia y el Tribunal Superior de Estado federado han rechazado declarar nulo el contrato de garantía sólo por causa de que la recurrente en queja no dispone de ingresos o patrimonio propios. Sin embargo, en cuanto a la forma y cuantía del crédito, no cabe tomar en consideración esto por causa de la Constitución.

62 Del mismo modo, no viene al caso la argumentación relativa al derecho común de la personalidad. Puede permanecer cuestionado si y en qué medida esto está alterado por la jurisprudencia desarrollada sobre el derecho abstracto de libertad, cuando verdaderamente en la celebración de un contrato de crédito o de un contrato de garantía debe contarse con un desesperado endeudamiento excesivo. Que dicho peligro hubiera existido, no cabe deducirlo de las declaraciones del juez de los hechos en el procedimiento originario, y tampoco se acredita suficientemente en la queja constitucional.

2. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, SECCIÓN 2, DE 23 NOVIEMBRE 2006 (REFERENCIA 1 BVR 1909/06)

1 La queja constitucional se refiere a la eficacia e interpretación de un acuerdo de trabajo a llamada, previamente redactado por el empresario.

I.

2 1. La recurrente produce planchas de escalera en una empresa a turnos y ocupa un promedio de 80 trabajadores.

La actora del procedimiento originario está empleada como trabajadora industrial en ella desde julio 1998.

Durante la vigencia de la relación laboral acordaron las partes repetidas veces la modificación de las condiciones. En los contratos de trabajo previamente redactados de las partes, de 13 julio 1998 y de 1 octubre 2000, se acordó, respectivamente, una jornada semanal de «treinta y cinco horas en días laborables».

3 El 1 octubre 2002 concluyen las partes un nuevo contrato previamente redactado por la recurrente en queja (en adelante, contrato de trabajo), con un acuerdo de jornada modificada. Éste dice extractadamente:

4 Parágrafo 4: Jornada de trabajo:

5 Parágrafo 4.1. La jornada semanal ordinaria asciende a treinta horas. Las partes acuerdan sobre ello que el trabajador no tiene ningún derecho frente al empresario para que le emplee más de treinta horas semanales. ...

6 Parágrafo 4.2. El trabajador se declara expresamente conforme con ello y se obliga, a requerimiento del empresario, a trabajar más de treinta horas. El trabajo se asignará cada vez que se produzca trabajo, una semana antes. Por las horas de trabajo prestadas, de la trigésima hora hasta la hora cuadragésima, incluida, cobra el trabajador la misma retribución horaria por hora de trabajo prestado que para las horas de trabajo dentro de la jornada ordinaria.

7 Parágrafo 4.3. El trabajador se obliga, ocasionalmente también de noche, a trabajar domingos y festivos y más de cuarenta horas a la semana. Este trabajo debe ser prestado por escrito, a través de autorización al empresario o de encargo expreso del empresario. Las horas de trabajo que el trabajador trabaje de noche, en domingos y festivos o a partir de la hora cuadragésima primera por semana, podrán ser compensadas con tiempo libre por el empresario. No existe ningún derecho del trabajador a la compensación con tiempo libre. Siempre y cuando no se produzca ninguna compensación de tiempo libre, sino la remuneración, hay que remunerar estas horas con lo que corresponda a las horas de trabajo en la jornada ordinaria.

8 Parágrafo 4.4. Las partes acuerdan que el trabajador no tiene ningún derecho frente al empresario a ser empleado más de treinta horas a la semana, de noche o en domingos y festivos. Esto vale también, además, cuando el empresario ocupe al trabajador repetidas veces en el trabajo con el alcance antes mencionado, y en ese caso no haya declarado ninguna reserva expresa. ...

9 Parágrafo 25. Otras disposiciones:

10 Parágrafo 25.1. En caso de que disposiciones concretas de este contrato sean declaradas jurídicamente ineficaces, sólo será afectada por ello la validez de las disposiciones restantes.

Las partes acuerdan, en este caso, una nueva redacción de las disposiciones correspondientes, a través de la cual se alcance o, en su caso, pueda ser alcanzado lo más pronto posible el

objetivo jurídico y económico conectado a la disposición jurídicamente ineficaz. En la duda, corresponde al empresario el derecho de decidir, en virtud del parágrafo 315 del Código Civil.

...

11 La jornada semanal de trabajo que realmente llevaba a cabo la actora ascendía, desde esta modificación contractual y hasta la enfermedad de febrero 2003, a un promedio de 35,02 horas.

Cuando la actora, tras su convalecencia, se presentó de nuevo a trabajar a comienzos de abril de 2003, la recurrente en queja le asignó un puesto de trabajo en otro departamento y la empleó tan sólo 30 horas semanales.

12 2. La actora reclamó en el procedimiento originario un derecho de ocupación efectiva de 40 horas semanales, porque la regulación de la jornada en el contrato de trabajo es ineficaz.

El Tribunal de Trabajo condenó a la recurrente en queja el 7 enero 2004, en virtud de la solicitud, a una ocupación efectiva de la actora de 40 horas semanales. En la apelación, el Tribunal de Trabajo del Estado federado condenó a la recurrente en queja, por Sentencia de 17 diciembre 2004, tan sólo a una ocupación efectiva de 35 horas semanales.

13 3. El Tribunal Federal de Trabajo rechazó la casación de ambas partes con la siguiente especificación: La jornada semanal ordinaria, a los efectos del parágrafo 4 del contrato de trabajo, asciende a 35 horas y la actora está obligada a trabajar ordinariamente, a requerimiento de la reclamante en queja, hasta 40 horas semanales.

14 a) El acuerdo en cuestión sobre jornada del contrato de trabajo de las partes es ineficaz, según el parágrafo 307 del Código Civil.

15 En el caso del contrato de trabajo, se trata de condiciones generales de la contratación, a los efectos del parágrafo 305, apartado 1, inciso 1, del Código Civil.

El control del contenido de las reglas del contrato de trabajo previamente redactadas por el empresario, que establecían una duración determinada de la jornada semanal y aparte de esto obligaban al trabajador a prestar más trabajo (a llamada) a requerimiento correspondiente del empresario, desde la entrada en vigor el 1 enero 2002 de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, ya no depende del parágrafo 134 del Código Civil, desde el punto de vista de la evitación objetiva de los preceptos imperativos del Derecho del despido y del Derecho de protección contra el despido, sino de los párrafos 305 y siguientes del Código Civil.

16 Según el parágrafo 307, apartado 3, inciso 1, del Código Civil, regirían los apartados 1 y 2, así como los párrafos 308 y 309 del Código Civil, sólo para las condiciones generales de la contratación a través de las que se hubiesen acordado reglas diferentes de las de preceptos jurídicos o complementarias de éstos.

Preceptos jurídicos, a los efectos del parágrafo 307, apartado 3, inciso 1, del Código Civil, son también los correspondientes principios jurídicos generales que reconocen un mandato de justicia y, por consiguiente, también todos los principios jurídicos no escritos, las reglas del Derecho judicial o los derechos y deberes a deducir sobre la base de la interpretación complementaria a que se refieren los párrafos 157 y 242 del Código Civil y derivados de la naturaleza de la correspondiente relación obligacional (cfr. BGHZ 121, 13, 18; 137, 27, 29 ss.). Los derechos unilaterales de determinación de la prestación, que concedían a su titular el derecho de recortar, de cambiar, de organizar o de modificar los deberes de la prestación principal, se sujetan a un control del contenido.

Se desvían del principio general *pacta sunt servanda*.

17 La cuestión de si existe un perjuicio inadmisiblemente violador de la buena fe y la confianza, a los efectos del parágrafo 307, apartado 1, inciso 1, del Código Civil, hay que responderla sobre la base de una ponderación comprensiva de los intereses justificados de los afectados. En ese

caso, hay que ponderar el interés del titular, al mantenimiento de la cláusula, con el interés del otro contratante, a la sustitución de la cláusula por medio del Derecho dispositivo (parágrafo 306, apartado 2, del Código Civil). En caso de valoración de la inadmisibilidad, hay que aplicar, por principio, un baremo general, típico y despegado del caso concreto. No obstante, dado que el trabajador es consumidor a los efectos del parágrafo 310, apartado 3, del Código Civil, hay que tener en cuenta, en caso de que se juzgue inadmisibile el perjuicio al amparo del parágrafo 307, apartado 1 y apartado 2, del Código Civil, también las circunstancias acompañantes a la celebración del contrato (parágrafo 310, apartado 3, número 3, del Código Civil).

18 Con el derecho concedido a la recurrente en queja por el parágrafo 4.2 del contrato de trabajo, de poder prolongar unilateralmente la jornada semanal ordinaria de 30 horas, acordada en el parágrafo 4.1, inciso 1, hasta 40 horas, una parte del riesgo económico correspondiente a la recurrente en queja, según el parágrafo 615 del Código Civil, se desplazará a la actora. En este sentido, hay que ponderar los siguientes intereses de las partes del contrato:

19 El empresario tiene un interés justificado a una cierta flexibilidad de las condiciones laborales. La realización del trabajo con sistemas rígidos de jornada apenas es hoy posible. El empresario debe tener la posibilidad de poder reaccionar deprisa y apropiadamente ante una diferente producción de trabajo. El Derecho del despido no resulta apropiado en relación con ello, porque las extinciones (novaciones extintivas) causadas por el empresario requieren una supresión duradera de las posibilidades de ocupación efectiva y constan de plazos extintivos frecuentemente largos.

20 Del otro lado, el trabajador tiene un interés justificado a una duración fija acordada de la jornada de trabajo.

De ello depende ordinariamente la cuantía de los ingresos obtenidos por él. Al trabajador se le posibilitará tanto más una mayor seguridad de planificación cuanto menos se organice variablemente la extensión de la jornada. En caso de jornadas fijas, el trabajador puede planificar su tiempo libre y considerar si puede y quiere, dado el caso, emplearse en una relación laboral adicional a tiempo parcial.

21 El interés del empresario a la flexibilización y el interés del trabajador a una regulación fija de la duración de la jornada, así como a la remuneración derivada de ello, hay que ponerlos adecuadamente en equilibrio. La prestación laboral del trabajador a llamada del empresario, que sobrepasa la jornada acordada, no podía importar más del 25% de la jornada mínima semanal acordada. Dicha regulación concede al empresario una medida alta de flexibilidad. En caso de una jornada base de 30 horas semanales, puede aumentar la jornada ordinaria en la semana, sobre el trabajo acordado a llamada, hasta 37,5 horas.

Supuesto que existieran los requisitos para ordenar horas extra, la jornada de trabajo aún podría volver a ser prolongada.

22 El presente trabajo a llamada acordado no satisface estas exigencias. La obligación de la actora, regulada en el parágrafo 4.2, inciso 1, del contrato de trabajo, de trabajar por encargo de la recurrente en queja diez horas más a la semana, perjudica inadmisiblemente a la actora (parágrafo 307, apartado 1 y apartado 2, del Código Civil). El trabajo a llamada acordado sobrepasa un 33,33% la duración mínima establecida de la jornada de 30 horas a la semana. En consecuencia, la cláusula es ineficaz, en virtud del parágrafo 307, apartado 1, inciso 1, del Código Civil.

23 b) Del lado de las consecuencias jurídicas, la ineficacia del parágrafo 4.1, inciso 1, del contrato de trabajo, a causa de la interpretación contractual complementaria ofrecida, conduce a una jornada ordinaria de más de 30 horas semanales, a saber, 35 horas semanales. La recurrente en queja puede en ese caso, a requerimiento de la actora, exigir una prestación laboral de hasta 40 horas semanales.

24 El trabajo a llamada acordado en el párrafo 4.2, inciso 1, del contrato de trabajo está en una conexión inseparable con la jornada de 30 horas semanales acordada en el párrafo 4.1.

Precisamente, la recurrente en queja no ha querido acordar ninguna jornada semanal fija, sino trabajo a llamada sobrepasando la base de una jornada fija. La ineficacia de la regulación sobre el trabajo a llamada también conduce, por eso, a la ineficacia de la jornada mínima de 30 horas semanales acordada en el párrafo 4.1 del contrato de trabajo. Del mismo modo, si es ineficaz el párrafo 4.4 del contrato de trabajo, según ello la actora no tiene ningún derecho frente a la recurrente a ser empleada más de 30 horas a la semana. También esta cláusula está en conexión estrecha con el párrafo 4.2 del contrato de trabajo, porque asegura el acuerdo a llamada. La cláusula debe dejar abierta duraderamente a la recurrente en queja la posibilidad de organización variable de la jornada acordada en el párrafo 4.2 del contrato de trabajo. La ineficacia del párrafo 4.2, inciso 1, del contrato de trabajo conduce, en consecuencia, a la ineficacia de toda la regulación contractual de la jornada dependiente de la misma.

25 No existe una regulación legal de la jornada que pudiera ponerse en el lugar de la regulación contractual, al amparo del párrafo 306, apartado 2, del Código Civil. El recurso al párrafo 12, apartado 1, inciso 3, de la Ley del Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos de Trabajo a Plazo queda excluido, en cuanto que no equitativo para los intereses. Ambas partes hubieran querido abiertamente una clara jornada mínima más larga, que la allí prevista de diez horas semanales.

26 El vacío resultante hay que llenarlo por la vía de la interpretación contractual complementaria. Esto vale también, como punto de partida, para el párrafo 25.1 del contrato de trabajo.

27 En caso de interpretación complementaria, hay que obtener con ella lo que las partes, en caso de una ponderación apropiada de sus intereses, según la buena fe y la confianza, hubieran acordado como partes contractuales honestas, si hubieran tenido en cuenta la ineficacia de la cláusula. Para la averiguación de la voluntad presunta de las partes, tiene un importante significado la ejecución real del contrato. Da información sobre la duración de la jornada querida realmente por las partes.

28 Acertadamente, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha tomado en consideración el período desde la celebración de la última modificación contractual, que había regulado de nuevo las relaciones jurídicas de las partes, hasta la modificación de la jornada en abril 2003, y averiguado una jornada promediada de 35,02 horas semanales. La jornada ordinaria establecida de 35 horas semanales, derivada de ello, también se corresponde con la jornada ordinaria acordada en el contrato anterior de 1 octubre 2000.

29 Dado que la recurrente en queja no ha querido acordar con la actora ninguna jornada semanal fija, sino trabajo a llamada, y dado que dicho acuerdo es admisible según lo razonado, a esta voluntad también hay que prestarle atención, en caso de interpretación contractual complementaria. Por eso, partiendo de una jornada mínima de 35 horas semanales, existe un deber de la actora de trabajar por encargo de la recurrente en queja hasta 40 horas a la semana.

Con ello, el margen acordado de cinco horas correspondiente al 14'3% se mantiene en un marco admisible.

30 4. La recurrente en queja reprocha con su queja constitucional la violación del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

31 Una germinación especial de la libertad de ejercicio profesional protegida por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal es la libertad contractual del empresario en la negociación del contenido de los contratos de trabajo.

La Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo ignora este principio a través del control del contenido, propuesto como baremo, del párrafo 307, apartado 1 y apartado 2, del Código Civil.

32 a) De hecho, por falta de desigualdad estructural de las partes, el Tribunal Federal de Trabajo no hubiera debido declarar la ineficacia de la regulación de la jornada existente. La actora ha sido hasta el momento de celebración del último contrato de trabajo trabajadora de la recurrente en queja y ha disfrutado de protección general contra el despido. Sólo la situación de un trabajador en busca de trabajo puede provocar una desigualdad típica.

Además, las reglas sobre limitación del derecho de ocupación efectiva, en su dimensión temporal, no son condiciones generales. Han sido adoptadas con una extensión diferente para cada trabajador empleado por la recurrente en queja. Se trata, por consiguiente, de un componente del contrato individualmente negociado. La actora lo hubiera hecho posible sin más, de exteriorizar ideas diferentes, lo que no ha hecho.

33 b) Pero incluso si se presume un sobreponder negociador de la reclamante en queja, esto sólo podrá justificar la solución de declarar la regulación flexible ineficaz en su conjunto.

34 Además, en el caso de la interpretación contractual complementaria ofrecida, no debe encontrarse ninguna regla que las partes no hubieran querido realmente. Según ello, se ha excluido en el presente otorgar a la actora un derecho de ocupación efectiva de más de 30 horas semanales. Sobre la hipotética voluntad de las partes, sólo expresaban algo los otros acuerdos del contrato de trabajo.

Estos mostraban que la recurrente en queja, ante todo, no ha llegado a obligarse en ello, en ningún caso, a ocupar efectivamente a la actora más de 30 horas, lo que la actora ha aceptado.

35 El recurso a cómo se llevaba a cabo realmente la ocupación efectiva no puede sostener, en ningún caso, la interpretación. Pues la prestación laboral sólo se ha realizado en esa dimensión, porque las partes se han basado en la eficacia de las regulaciones. De ello no puede derivarse lógicamente nada para el caso quasi-inverso. Otra cosa regiría entonces, en el mejor de los casos, cuando la actora no hubiera trabajado al menos siempre sólo un promedio de 35 horas por semana natural.

36 Tampoco las reglas del contrato anterior de las partes podían fundamentar el resultado interpretativo, porque el contrato subsiguiente expresa explícitamente que ahora se quiere otra cosa.

Por los Motivos:

II.

37 No cabe aceptar la queja constitucional para su decisión, porque los requisitos de aceptación del párrafo 93a, apartado 2, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional no existen. A la queja constitucional no le corresponde ni un significado constitucional fundamental ni su aceptación es indicada para la realización de los derechos de la recurrente en queja. La queja constitucional no tiene ninguna perspectiva de éxito, porque está infundada. La Sentencia atacada no permite reconocer una violación de la libertad profesional (artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal) de la recurrente en queja.

38 I. Acertadamente, parte la recurrente en queja, como corresponde, de que su libertad contractual en el ámbito de la organización de los contratos de trabajo se protege por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal. Ciertamente, la protección constitucional de la libertad contractual se garantiza, con carácter general, a través del derecho constitucional general de libertad de acción, en virtud del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 65, 196, 210; 74, 129, 151 ss. = AP BetrAVG §1 Unterstützungskassen Nr. 11).

Sin embargo, si se trata de la libertad de acción precisamente en el ámbito del derecho a la profesión, que ha encontrado su garantía especial en el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, se excluye el artículo 2, apartado 1, como baremo en la comprobación (cfr. BVerfGE 68, 193, 223 ss.; 77, 84, 118; 95, 173, 188), dado que el artículo 2, apartado 1, de la Constitución

Federal es subsidiario frente a otros derechos de libertad (cfr. BVerfGE 89, 1, 13). Esto rige, en especial, en el ámbito del Derecho del contrato individual de trabajo (cfr. BVerfGE 57, 139, 158; BVerfGK4, 356, 363 ss.).

39 2. El Tribunal Federal de Trabajo no ha subestimado el alcance de este derecho fundamental. No cabe poner reparos jurídico-constitucionales a su interpretación y aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación y el control del contenido de los contratos.

40 a) En la interpretación y aplicación de los preceptos jurídico-civiles, los Tribunales civiles deben tener en cuenta el significado y alcance de los derechos constitucionales rozados por sus decisiones; con ello, queda garantizado su significado establecedor de valores, también en el plano de la aplicación jurídica (cfr. BVerfGE 7, 198, 205 ss.; 95, 28, 37 = AP Nr. 3 zu Art. 5 Abs. 1 GG Pressefreiheit; 99, 185, 196). Esto exige, como regla, una ponderación de los bienes en contradicción protegidos constitucionalmente, que hay que atender primero en el marco de los rasgos fácticos de los preceptos jurídico-civiles dotados de capacidad interpretativa, y tiene que tener en cuenta las circunstancias especiales del caso (cfr. BVerfGE99, 185, 196; jurisprudencia constante). Dado que el litigio, a pesar de la influencia constitucional, permanece como jurídico-privado y encuentra su solución en el Derecho privado —interpretado con sentido constitucional—, el Tribunal Federal Constitucional tiene que comprobar limitadamente en él, si los Tribunales civiles han tenido en cuenta suficientemente la influencia constitucional (cfr. BVerfGE18, 85, 92 ss.; 101, 361, 388). En cambio, no es su cometido indicar a los Tribunales civiles cómo tienen que decidir el caso litigado en su resultado (cfr. BVerfGE 94, 1, 9 ss.). Una infracción constitucional existe entonces cuando se ha pasado por alto, en caso de interpretación y aplicación de preceptos de Derecho privado con virtualidad constitucional, que había que tener en cuenta derechos constitucionales, cuando el ámbito de protección de los derechos constitucionales a tener en cuenta ha sido determinado injustamente o de modo incompleto, o su importancia ha sido injustamente valorada, de manera que, por causa de ello, sufre la ponderación de las posiciones jurídicas de ambas partes en el marco de la regulación jurídica-privada, y la decisión se basa en este error (cfr. BVerfGE101, 361, 388).

41 b) Según este baremo, no existe aquí una infracción constitucional ni en cuanto a la aceptación de la nulidad del acuerdo sobre jornada, ni en cuanto a la interpretación contractual complementaria.

42 aa) Las consideraciones del Tribunal Federal de Trabajo sobre la incompatibilidad de la cláusula con el párrafo 307 del Código Civil resisten la revisión jurídico-constitucional.

43 (1) Jurídico-constitucionalmente, no hay que poner reparos a que el Tribunal Federal de Trabajo haya partido de la aplicabilidad de los párrafos 306 y 307, en conexión con el párrafo 310, apartado 3, del Código Civil, en el caso concreto. La objeción de que la recurrente en queja ha sujetado a sus trabajadores a regulaciones de jornada diferentes, sin excepción, y de que hubiera sido posible sin más a la actora exteriorizar sus ideas de otro modo, no puede impedir la aplicación de los párrafos 306 y 307 del Código Civil.

44 En virtud del párrafo 310, apartado 3, número 2, del Código Civil, se aplican aquí entonces por sí mismos, frente a un consumidor —y tal es, según el párrafo 13 del Código Civil, el trabajador en la celebración del contrato de trabajo—, los interesados párrafos 306 y 307 del Código Civil, cuando las condiciones contractuales redactadas previamente sólo están determinadas para su utilización una vez, y supuesto que el consumidor, sobre la base de la redacción previa, no pueda tener ninguna influencia en su contenido (cfr. BAG Sentencia de 25 mayo 2005 — 5 AZR 572/04 — AP BGB §310 Nr. 1). La posibilidad de tener influencia requiere que exista una posibilidad real de modificar el contenido contractual, para la realización de intereses propios (cfr. HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 65ª ed., 2006, §310, marginal 17). En todo caso, no cabe objetar, por causa de la Constitución, que el

Tribunal Federal de Trabajo también haya aplicado estos principios a la modificación de una relación laboral existente y, además, haya negado la posibilidad real de que la trabajadora tenga influencia en la estructuración del resultado de la modificación contractual.

45 (2) Jurídico-constitucionalmente, en todo caso, no cabe poner reparos a las consideraciones del Tribunal Federal de Trabajo, con las que ha aceptado un perjuicio inadmisibles para el trabajador, en virtud del parágrafo 307, apartado 1, inciso 1, del Código Civil, en caso de que una porción sobrepase el 25% de la prestación laboral a llamada.

El Tribunal Federal de Trabajo no ha subestimado en ese supuesto la autonomía privada de la recurrente en queja, protegida por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, sino que, en caso de interpretación y aplicación de los párrafos 305 y siguientes del Código Civil del modo constitucionalmente ofrecido, a la vez la ha respetado y limitado.

46 (a) La garantía jurídico-constitucional de la autonomía privada se basa en que la acción libre y auto-responsable en la relación con otros se hará realidad de modo decisivo a través del instrumento del contrato. Las partes del contrato determinan por sí mismas cómo efectuar una compensación adecuada la una y la otra de sus intereses individuales. Por eso, su voluntad concorde permite, como regla, lograr un equilibrio de intereses objetivo, creado a través del contrato, que el Estado, por principio, tiene que respetar (cfr. BVerfGE 103, 89, 100).

47 Sin embargo, supuesto que la autonomía privada no permite explicar su fuerza reguladora, porque una de las partes del contrato puede establecer unilateralmente disposiciones contractuales, a causa de su exceso de poder, las regulaciones estatales deben intervenir equilibrando, para asegurar la protección del derecho constitucional (cfr. BVerfGE 98, 365, 395 = AP Nr. 26 zu §18 BetrAVG; 103, 89, 101). Cuándo las posiciones de poder desigual pesan tan fuerte, que la libertad contractual deba ser limitada o completada a través del Derecho legal imperativo, no se deduce directamente de la Constitución. También las características, en las que, por ejemplo, poder colocar los preceptos protectores necesarios, sólo se comprenden tipificando. En ese caso, existe para el legislador un espacio adicional especial de organización y de valoración, para disponer.

Es cierto que debe tener en cuenta suficientemente las posiciones constitucionales concurrentes de los interesados, pero también abarca, en este sentido, una amplia libertad de organización (cfr. BVerfGE 81, 242, 255).

48 (b) Las normas aplicadas por el Tribunal Federal de Trabajo, en caso de control del contenido contractual, derivadas del Derecho de las condiciones generales de la contratación, las ha creado el legislador en el marco de este ámbito de organización. En especial en el ámbito de los contratos del consumidor (parágrafo 310, apartado 3, del Código Civil), persiguen la compensación de un desequilibrio estructural de las dos partes del contrato. A través de la limitación de la excepción de ámbito de aplicación del parágrafo 23, apartado 1, de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Generales de la Contratación, vigente hasta 31 diciembre 2001, quiso conseguir el legislador que el nivel de protección en el Derecho del Trabajo no se quedase atrás en relación con el del Derecho Civil general. También en el Derecho del Trabajo existe la necesidad de control judicial de las condiciones laborales establecidas unilateralmente por el empresario (*BT-Drucks.* 14/6857, pág. 53 ss.).

49 Que el trabajador individual se encuentre típicamente, en el caso de la celebración de contratos de trabajo, en una situación de inferioridad estructural, está reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (cfr. BVerfGE 84, 212, 229 = AP GG Art. 12 Nr. 65; 85, 191, 213; 92, 365, 395 = AP Nr. 4 zu §116 AFG; 97, 169, 177 ss.; 98, 365, 395 = AP Nr. 26 zu §18 BetrAVG; BVerfGK 4, 356, 364).

Igualmente está reconocido que en el ámbito de la vida laboral no sólo el empresario, sino también el trabajador, están bajo la protección del artículo 12, apartado 1, de la Constitución

Federal. Ante este trasfondo, el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal también protege el interés del trabajador a condiciones laborales justas (cfr. BVerfGK 4, 356, 364).

50 La inferioridad estructural del trabajador, a tomar en consideración por causa de la Constitución, no existe sólo en el caso de la creación de la relación laboral, sino también durante la vigencia de la relación laboral. Contra la opinión de la recurrente en queja, tampoco finaliza al alcanzarse la protección general contra el despido (parágrafos 1 y 23 de la Ley de Protección contra el Despido). Ésta nada modifica la relación de fuerza económica desigual de las partes del contrato de trabajo. Típicamente, el trabajador individual es más acusadamente desigual en la relación laboral dependiente, que el empresario respecto del trabajador individual. Consideraciones en contra tampoco contiene la decisión del Tribunal Federal Constitucional citada por la recurrente en queja, en relación con la cuantía de los derechos de pensión en curso de adquisición de los trabajadores del servicio público, en caso de retiro anticipado (cfr. BVerfGE 98, 365, 396 ss. = AP Nr. 26 zu §18 BetrAVG).

51 (c) Para la igualación de intereses a realizar aquí según estos principios, en virtud del párrafo 307, apartado 1, inciso 1, del Código Civil, el Tribunal Federal de Trabajo, por la vía de un análisis y ponderación cuidadosos, ha fijado tanto los intereses del empresario como también los intereses del trabajador. Los intereses de ambas partes del contrato se han tenido en cuenta apropiadamente (de acuerdo, BAUER/GÜNTHER, *DB* 2006, pág. 950, 952; PREIS/LINDEMANN, *NZA* 2006, pág. 632, 633).

52 bb) Tampoco a la interpretación contractual complementaria propuesta por el Tribunal Federal de Trabajo se le pueden poner reparos, en todo caso, por causa de la Constitución.

53 (1) El reproche expresado por la recurrente en queja de un gran descubrimiento falso de la hipotética voluntad de las partes, lo basa en el fundamento de que hay que suponer, para el contrato de trabajo, una clara voluntad de las partes de no acordar en ningún caso una jornada mínima que sobrepase 30 horas semanales. Frente a ello, está la interpretación del Tribunal Federal de Trabajo, de que la recurrente en queja no quería acordar sólo una jornada fija, sino que para ella era esencialmente importante el acuerdo de trabajo a llamada, y comprensible y justificable. La introducción de la cláusula de trabajo a llamada, a través del contrato de trabajo litigioso, fue una innovación estructural, mientras que la reducción de la jornada ordinaria fue sólo una modificación cuantitativa.

54 (2) También la concreta disposición propuesta por el Tribunal Federal de Trabajo, sobre las partes fija y variable de la jornada, derivadas de la ejecución real anterior, resiste el examen jurídico-constitucional.

55 Está reconocido que para la averiguación de la supuesta voluntad de las partes tenga significado importante la ejecución contractual real. Contra la opinión de la recurrente en queja, también se justificó que el Tribunal Federal de Trabajo tomase por base el promedio de la extensión de trabajo prestado por la actora. La orientación formulada por la reclamante en queja por debajo de los límites de las horas semanales prestadas, no hubiera reflejado representativamente la ejecución real del contrato.

La aproximación a la regulación de la jornada en el contrato de trabajo anterior, objetada por ella, sólo se realizó con carácter complementario. Por eso, ante el trasfondo de una no reconocible situación de necesidad modificada, no resultaba injustificable, como reflexión de control sobre la cuestión de qué número de horas hay que considerar como «ordinarias», incluir también la situación anterior a la última modificación del contrato.

56 Se prescinde de una fundamentación ulterior, al amparo del párrafo 93d, apartado 1, inciso 3, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional.

57 Esta decisión es irrecurrible.

3. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA PRIMERA, DE 27 ENERO 1998 (REFERENCIA 1 BVL 15/87)

Fallo:

El párrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido (KSchG), en la redacción de la Ley de 26 abril 1985 (Boletín Oficial Federal I, página 710), era compatible con la Constitución Federal, según lo especificado en los Motivos de la decisión.

Motivos:

A.

1 El procedimiento plantea la cuestión de si había que excluir del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido a las empresas y Administraciones con un número pequeño de empleados —empresas pequeñas—.

I.

2 1. Según el párrafo 1, apartado 1 y 2, de la Ley de Protección contra el Despido (KSchG), en la redacción del anuncio oficial de 25 agosto 1969 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1317), modificada por la Ley de 26 abril 1985 (Boletín Oficial Federal I, pág. 710), la extinción por parte del empresario de una relación laboral es socialmente injustificada y, en consecuencia, ineficaz, cuando no está condicionada por motivos que se refieran a la persona o a la conducta del trabajador, o por necesidades empresariales urgentes que se opongan a la recolocación del trabajador en la empresa. El empresario debe expresar y probar los motivos del despido (párrafo 1, apartado 2, inciso 4, de la Ley de Protección contra el Despido). Aparte de esto, según la opinión dominante en la jurisprudencia y la doctrina, un despido es sólo admisible si parece apropiado en relación con el objetivo por él perseguido. En este caso, hay que ponderar los intereses contrapuestos de las partes del contrato de trabajo. El despido motivado por la conducta no será considerado como medio extremo de otro para eliminar una perturbación de la relación laboral. Un despido por voluntad de la empresa sólo puede ser decretado cuando el trabajador no puede ser ocupado en otro lugar de la empresa.

3 2. Según el párrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido, no rigen las disposiciones generales de la Ley para las denominadas pequeñas empresas. La constitucionalidad de esta disposición es el objeto del Auto de proposición. El párrafo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido dice en su redacción decisiva para el presente procedimiento:

4 Los preceptos de los Capítulos Primero y Segundo rigen en las empresas y Administraciones de Derecho público y privado, con excepción de los preceptos del párrafo 24 para las empresas de navegación marítima, de navegación fluvial y de tráfico aéreo. Los preceptos del Capítulo Primero no rigen para las empresas y Administraciones en las que, como regla, estén empleados cinco o menos trabajadores, incluidos los ocupados para su formación profesional. En la declaración del número de trabajadores ocupados, a que se refiere el inciso 2, sólo hay que computar los trabajadores cuya jornada ordinaria sobrepase 10 horas semanales o 45 horas mensuales. ...

5 3. A través del artículo 1 de la Ley Jurídico-Laboral para la Promoción del Desarrollo y la Ocupación (Ley de Promoción de la Ocupación Jurídico-Laboral) de 25 septiembre 1996 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1476) se modificó el párrafo 23 de la Ley de Protección contra

el Despido. Según él, ya no rige la protección general contra el despido, a que se refiere el Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido, en empresas y Administraciones en las que estén ocupados, como regla, diez o menos trabajadores incluidos los ocupados para su formación profesional. Según la nueva redacción del inciso 3, en la declaración del número de trabajadores ocupados, se computarán los trabajadores empleados a tiempo parcial con una jornada semanal ordinaria de no más de diez horas, con 0,25, de no más de 20 horas, con 0,5, y de no más de 30 horas, con 0,75.

II.

6 1. El actor del procedimiento originario, un panadero cualificado nacido en el año 1941, fue empleado desde mayo 1968 por el demandado, que ocupaba por aquel entonces cuatro trabajadores y dos aprendices. El demandado extinguió la relación laboral con preaviso, por causa de una enfermedad de larga duración del actor. Éste dedujo acción ante el Tribunal de Trabajo con la petición de que se declarase que subsiste la relación laboral.

7 2. El Tribunal de Trabajo ha suspendido el procedimiento y planteado al Tribunal Federal Constitucional, para su decisión, el asunto de la constitucionalidad del parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido.

8 a) Expone que la protección existente perseguida por la Ley de Protección contra el Despido se suplantarán en la praxis judicial laboral casi completamente por indemnizaciones. De ellas se excluirá a los trabajadores de empresas pequeñas. Sólo entonces, cuando el empresario deba calcular con una decisión judicial favorable al trabajador despedido o, en todo caso, no pueda descartar la misma, está dispuesto por experiencia a negociar seriamente con éste sobre la indemnización compensatoria. Precisamente en la empresa pequeña, el trabajador depende en especial de la protección judicial, ante el número desproporcionadamente alto de despidos.

9 b) La acción tendría éxito en caso de aplicabilidad de la Ley de Protección contra el Despido. El empresario hubiera estado entonces dispuesto, también, al pago de una indemnización. El despido hubiera debido ser calificado como antisocial, a los efectos del parágrafo 1, apartado 2, de la Ley de Protección contra el Despido. El actor, tan bueno como nunca durante sus 18 años de pertenencia a la empresa, había estado enfermo con incapacidad laboral. Además, los costes por pago continuado del salario apenas se hubieran cargado al empresario, por causa de su derecho de reembolso en virtud de los parágrafos 10 y ss. de la Ley de Pago Continuo del Salario (en adelante, LFZG). Además, según pronóstico médico, ha habido que contar con la pronta recuperación del actor.

10 c) La exclusión de las empresas pequeñas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido no cabe compatibilizarla con el artículo 3, apartado 1, con el artículo 12, apartado 1, con el artículo 19, apartado 4, con el artículo 20, apartado 1, y con el artículo 103, apartado 1, de la Constitución Federal. En el año 1970, por ejemplo, había sido ocupado el ocho por ciento de todos los trabajadores en empresas con no más de cinco trabajadores. En 1978, según un informe de investigación del Instituto Max-Planck para el Derecho Privado Extranjero e Internacional, alrededor del 21 por ciento de todos los despidos había sido decretado en empresas pequeñas (FLAKE/HÖLLAND/RHODE/ZIMMERMANN, *Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Forschungsbericht Arbeitsrecht* Núm. 47, 1981, pág. 74; en adelante, *Forschungsbericht*). En consecuencia, los trabajadores afectados han quedado sin protección jurídica eficaz y sin una posibilidad realista de conclusión de una indemnización compensatoria.

11 Las empresas pequeñas están hoy, por lo general, en posición de pagar una indemnización. Como consecuencia del progreso técnico, podían obtenerse importantes ganancias en caso de

baja alineación de personal. En caso necesario, compensan la baja capacidad de prestación a través del procedimiento de cotización correspondiente al parágrafo 10 de la Ley de Pago Continuo del Salario. Finalmente, también existe una ventaja competidora del empresario pequeño, incompatible con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, en que no necesitan economizar con las obligaciones indemnizatorias y, por eso, tendrían costes de mantenimiento y costes secundarios socialmente más pequeños.

III.

12 En relación con el auto de suspensión y el auto de proposición, se han expresado el Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social en nombre del Gobierno federal, el Tribunal Federal de Trabajo, la Federación Alemana de Sindicatos y el Sindicato de Empleados Alemán, así como —en una toma de posición conjunta— la Asociación Federal de Asociaciones de Empresarios Alemanas y la Unión Federal de la Industria Alemana.

13 1. El Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social mantiene la conformidad constitucional del parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido. No se viola el principio de igualdad del artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal. El legislador ha querido tener en cuenta las relaciones especiales en las empresas pequeñas. En las empresas de este tipo, el contacto personal es tan estrecho en la prestación laboral, que debe ser posible, en caso de tensiones en la empresa, el despido ordinario no ligado a un motivo especial. Por eso, el legislador sólo prevé la protección ante despidos injustificados por voluntad del empresario, si existe motivo de ineficacia jurídica fuera de la Ley de Protección contra el Despido. Aparte de esto, un proceso de protección contra el despido perjudica con fuerza desproporcionada al empresario de la empresa pequeña.

14 La infracción constitucional del parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido no puede basarse por sí misma en el trato fáctico desigual en la conclusión de indemnizaciones compensatorias. Dichos acuerdos no son consecuencia necesaria de la protección legal contra el despido. El número de indemnizaciones compensatorias nada significa sobre ello, en relación con la efectividad de la protección jurídica garantizada por la Ley de Protección contra el Despido.

15 Asimismo, el principio del Estado social no se viola por el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido. El Estado ha cumplido su función de cuidar el equilibrio social y una ordenación social justa: de un lado, los trabajadores de las empresas pequeñas también están protegidos por normas jurídicas, al margen de la Ley de Protección contra el Despido, frente a despidos arbitrarios; de otro lado, el principio del Estado social nada expresa sobre cómo tiene en eso que realizar el legislador la misión de ordenación, en el caso concreto.

16 Finalmente, el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido tampoco viola el artículo 103, apartado 1, en conexión con el artículo 19, apartado 4, de la Constitución Federal. También los trabajadores de las empresas pequeñas pueden lograr protección jurídica frente a los despidos arbitrarios.

17 2. La Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo comunica, sin más, que ha considerado como conforme a la Constitución, en su praxis judicial anterior, el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido.

18 3. La Federación Alemana de Sindicatos comparte la opinión del Tribunal expresado. El perjuicio de los trabajadores en las empresas pequeñas no está objetivamente justificado. Subjetivamente, existe la unión a la empresa; esta noción no considera correctamente la imagen del pequeño empresario normal, que debe ser protegido por la regulación presentada. La

intensificación de formas laborales, tanto en el ámbito de la producción como también en el la prestación de servicios, hubiera conducido a empresas de mayor capacidad competitiva y capital intensivo con plantilla más pequeña. Además, estarían comprendidas en la regulación también las pequeñas empresas pertenecientes a grupos de empresas.

19 El parágrafo 9 de la Ley de Protección contra el Despido toma en cuenta suficientemente el punto de vista de la estrecha colaboración personal. La intentada descongestión financiera y organizativa de las pequeñas empresas no está justificada objetivamente. La debilidad financiera no es típica de la pequeña empresa. En relación con lo organizativo, las pequeñas empresas estarían apoyadas suficientemente por sus Cámaras y asociaciones. La norma presentada es asimismo desproporcionada. Los trabajadores de las empresas pequeñas están necesitados de protección de modo especial. En algunos sectores —agencias de publicidad, tratamiento de datos y asesoramiento de software—, trabaja el 98 por ciento de los ocupados en empresas pequeñas, en conjunto se trata en ese caso de alrededor de tres millones de empleados.

20 4. El Sindicato de Empleados Alemán secunda al Tribunal expresado. Anualmente, permanece un cuarto escaso de todos los despidos decretados en Alemania sin revisión jurídica eficaz, porque los trabajadores afectados están empleados en empresas pequeñas. El riesgo del despido es, en las empresas pequeñas, aproximadamente el doble de grande que en las empresas con un número de ocupados entre 20 y 50 trabajadores, cuatro veces mayor que en las empresas con 300 a 2000 trabajadores, y casi siete veces mayor que en las grandes empresas con más de 2000 trabajadores. Los empresarios de empresas pequeñas no están preparados voluntariamente, según demuestra la experiencia, para negociar sobre el pago de una indemnización. La fuerza económica de muchas empresas pequeñas sobrepasa la de las grandes empresas. El legislador puede lograr la igualdad a través de la cotización.

21 5. La Asociación Federal de Asociaciones de Empresarios Alemanas y la Unión Federal de la Industria Alemana mantienen como objetivamente justificada la regulación. La especial posición de las empresas pequeñas se ha desarrollado históricamente y está acreditada desde hace tiempo en la praxis. También está justificada por motivos derivados de la política del mercado de trabajo. Las empresas pequeñas debían poder adaptar sus existencias de personal, dado el caso, también a corto plazo, a la situación de los pedidos. A ello corresponde una más alta disposición de contratación en el caso de un incremento de la demanda.

22 Las empresas pequeñas disponen de una cobertura de capital más limitada que las empresas grandes. La presión fáctica resultante de exigencias altas en la justificación de un despido en relación con la readmisión, así como los costes altos de administración y procesales, podrían conducir a una carga financiera desproporcionada. El clima empresarial en las empresas pequeñas es más frágil que en las empresas grandes, por causa de las vinculaciones personales. Las indemnizaciones en el marco de las compensaciones se basan en el principio de la libertad contractual y no en los preceptos de la Ley de Protección contra el Despido.

B.

23 La norma sometida a examen era compatible con la Constitución Federal, según lo especificado en los Motivos de la decisión.

I.

24 Prioritariamente, hay que medirla con el baremo del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

25 1. Este derecho fundamental garantiza la libre elección del puesto de trabajo. El individuo estará protegido en su decisión de aprovechar una concreta posibilidad de ocupación en la

profesión elegida, o de mantener o abandonar una relación laboral existente, ante medidas estatales que le impidan la adquisición de un puesto de trabajo existente para su cumplimiento, u obliguen a la aceptación, mantenimiento o ejercicio de un puesto de trabajo determinado. En cambio, no están vinculados con la libertad de elección profesional ni el derecho a la puesta a disposición de un puesto de trabajo de propia elección, ni la garantía de continuidad del puesto de trabajo una vez elegido. Igualmente, el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal garantiza una protección directa frente a la pérdida del puesto de trabajo basada en planes privados. Pero en este sentido obliga al Estado a un subsiguiente deber de protección derivado del derecho fundamental, que tenga en cuenta los preceptos vigentes sobre el despido (cfr. BVerfGE 84, 133 [146 ss.]; 85, 360 [372 ss.]; 92, 140 [150]).

26 2. La cláusula de la empresa pequeña no se injerta en relaciones laborales existentes y, en consecuencia, en una posición de los trabajadores protegida constitucionalmente. Se trata de una norma organizativa del Derecho privado de contratos, que hay que medir sólo en relación con el contenido objetivo del derecho fundamental. En consecuencia, el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal sólo puede ser violado por ella cuando el legislador no ha cumplido suficientemente su deber, a derivar de este derecho fundamental, de protección de los trabajadores ante extinciones empresariales.

27 3. La norma es compatible con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

28 a) En las regulaciones jurídico-privadas que establecen límites a la libertad contractual, se trata de equilibrar intereses contrapuestos, que ordinariamente están establecidos por la Constitución. Así ocurre también aquí. Frente al interés del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo, protegido por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, existe el interés del empresario a ocupar en su empresa sólo trabajadores que cumplan sus expectativas, y a limitar su número en la medida determinada por él. Con ello, ejercita ordinariamente su libertad profesional, a los efectos del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, pero igualmente su libertad de acción económica, que está protegida por el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal. En consecuencia, se plantea al legislador un problema de concordancia práctica. Las posiciones constitucionales en colisión hay que entenderlas y así limitarlas en su interacción, para que sean eficaces lo más ampliamente posible para todos los interesados (cfr. BVerfGE 89, 214 [232]).

29 Al legislador, que quiere llevar estos intereses a un equilibrio justo, se le concede un ámbito adicional de estructuración. La valoración de las condiciones marco económicas y sociales, decisivas para la situación de conflicto, pertenece a su responsabilidad política, al igual que la previsión del desarrollo futuro y los efectos de su regulación. Lo mismo rige para la valoración de la posición de intereses, esto es, el peso de los intereses contrapuestos mutuos y la determinación de su necesidad de protección. De ahí que la violación de deberes de protección constitucionales pueda declararse respecto de una de dichas posiciones, sólo cuando una posición constitucional esté subordinada a los intereses de la otra parte del contrato, de un modo que ya no pueda hablarse de equilibrio apropiado, considerando el significado y alcance del derecho fundamental afectado (así, por ejemplo, en BVerfGE 81, 242 [255]; 89, 214 [232 ss.]).

30 b) Medida así, la cláusula de empresa pequeña no viola el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal. El legislador ha encontrado con ella un equilibrio entre los intereses de las partes del contrato de trabajo, que satisface el deber de protección derivado de esta norma constitucional. Los intereses mutuos contrapuestos han sido apropiadamente tomados en consideración. Los trabajadores afectados no han sido entregados sin protección a despidos por los empresarios.

31 aa) En el caso de la regulación de la protección contra el despido, hay que poner en la báscula, del lado del trabajador, intereses de peso. La actividad profesional, garantizada para el marco necesario de libertad por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, puede realizarse exclusivamente mediante la celebración y el mantenimiento de contratos de trabajo (cfr. BVerfGE 81, 242 [254]). El puesto de trabajo es el fundamento económico existencial para él y su familia. La hechura vital y el entorno residencial serán determinados por ello, al igual que la posición social y la autoestima. Con la finalización de la relación laboral se pondrá en cuestión este trenzado de relaciones económicas y sociales. Las perspectivas de encontrar una posición similar sin perder nivel de vida y relaciones de vecindad, dependen del mercado de trabajo. En tiempos de desempleo estructural, son malas ante todo para los trabajadores mayores. Si no consigue encontrar con rapidez un nuevo puesto de trabajo, se mete frecuentemente en una crisis, en la que se le ayudará a través de las prestaciones de desempleo sólo parcialmente y, también, sólo durante un período de tiempo limitado.

32 bb) Del otro lado, es también digno de protección, en gran medida, el derecho de despido del empresario pequeño. En una empresa con menor fuerza laboral, el resultado del negocio depende más que en las grandes empresas de cada concreto trabajador. En su capacidad de prestación depende, como si fuese una característica de la personalidad, de que, para el trabajo conjunto, son importantes la eficacia exterior y el clima empresarial. Los pequeños equipos son proclives a malos humores y querellas. Las perturbaciones del clima laboral pueden conducir a disminuciones de rendimiento, que en el caso de volumen de negocio pequeño impacten sensiblemente en el resultado. Las pérdidas sólo se pueden compensar con dificultad, en caso de existencias de personal bajas. Típicamente en el caso de empresas pequeñas, el propio empresario trabaja como jefe del lugar. En consecuencia, la relación de confianza con cada uno de sus trabajadores recibe una relevancia especial. También el equipamiento financiero, ordinariamente más pequeño, cae por su peso. Una empresa pequeña no está frecuentemente en posición de pagar indemnizaciones por extinción de una relación laboral o de cargar con personal de menor capacidad laboral, menos necesario o también sólo menos apropiado. Finalmente, el gasto administrativo, que trae consigo un proceso de protección contra el despido, también perjudica con más fuerza a la empresa pequeña que a una empresa grande.

33 cc) Con la norma sometida a examen, esta contraposición de intereses ha encontrado un equilibrio, que no cabe objetar jurídico-constitucionalmente.

34 A los trabajadores en las empresas pequeñas hay que exigirles el riesgo jurídico grande de la pérdida del puesto de trabajo, en vista de los intereses predominantes y constitucionales de los empresarios. En ese caso, cae por su peso que los trabajadores no están completamente dejados sin protección, por causa de su extracción de la protección legal contra el despido. Donde las disposiciones de la Ley de Protección contra el Despido no surten efecto, los trabajadores están protegidos por las cláusulas generales jurídico-civiles ante el ejercicio, contrario a las buenas costumbres o a la buena fe, del derecho de despedir del empresario. En el marco de estas cláusulas generales, también hay que tener en cuenta el contenido objetivo del derecho fundamental (cfr. BVerfGE 7, 198 [204 ss.]). Aquí surgen los principios decisivos derivados, ante todo, del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal. En consecuencia, la protección mínima constitucionalmente ofrecida del puesto de trabajo, ante su pérdida por disposición privada, está garantizada en todo caso. Qué lejos alcanza esta protección en el caso concreto, tienen que decidirlo los Tribunales laborales.

35 El punto de partida de dicha valoración es el respeto ante la delimitación legislativa de la protección legal contra el despido, a través del artículo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido. La protección proporcionada por las cláusulas generales no puede conducir a

que se impongan prácticamente al pequeño empresario las medidas de infracción social fijadas en la Ley de Protección contra el Despido. Esto lo ha subrayado correctamente el Tribunal Federal de Trabajo en jurisprudencia constante (BAGE 28, 176 [184]; 77, 128 [133], respectivamente con justificaciones adicionales). Aparte de esto, la protección del derecho fundamental ofrecida por las cláusulas generales surte eficacia más débil cuanto más fuertemente están afectadas las posiciones constitucionales del empresario, protegidas con la cláusula de pequeña empresa, en el caso concreto.

36 En cuanto a lo funcional, se trata ante todo de proteger a los trabajadores ante despidos arbitrarios o basados en motivos ajenos a la realidad. (cfr., en relación con ello, por ejemplo, BAGE 77, 128 [133 ss.]). Correctamente, se mencionan en la doctrina como ejemplos de ello discriminaciones en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal (OETKER, *ArbuR* 1997, pág. 41 [48]; PREIS, *NZA* 1997, pág. 1256 [1266]). Supuesto que entre varios trabajadores haya que realizar una selección, la protección constitucional del puesto de trabajo, en conexión con el principio del Estado social, ofrece una medida segura de toma en consideración social (cfr. BVerfGE 84, 133 [154 ss.]; BAGE 79, 128 [138]). Finalmente, tampoco puede quedar sin tener en cuenta la confianza en la subsistencia de la relación laboral, servida por la colaboración durante muchos años.

37 El contenido objetivo del derecho fundamental también puede alcanzar significado en el Derecho procesal (cfr. BVerfGE 89, 276 [289 ss.]). Para la eficacia de la protección judicial contra el despido tiene significado especial la distribución de la carga de exponer y la carga de probar (cfr. PREIS, *NZA* 1997, pág. 1256 [1268]). Según el párrafo 1, apartado 2, inciso 4, de la Ley de Protección contra el Despido, el empresario tiene que probar los hechos que motivan el despido. Fuera de la Ley de Protección contra el Despido, no rige esta regla. Cómo hay que valorar la carga de exponer y la carga de probar observando las posiciones constitucionales, en caso de aplicación de las cláusulas generales de los párrafos 138 ó 242 del BGB, no cabe establecerlo con carácter general (cfr., en relación con ello, OETKER, *ArbuR* 1997, pág. 41 [53]; PREIS, *NZA* 1997, pág. 1256 [1269]; PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweilast*, 1983, pág. 248 ss.). Pero para una carga de exponer y una carga de probar matizadas, el Derecho procesal ofrece fundamentos adecuados (cfr. PREIS, en el lugar indicado).

38 c) La circunstancia de que en el proceso a que se refiere la Ley de Protección contra el Despido se negocie la mayoría de las veces, menos para la continuación de la relación laboral litigada que sobre una indemnización, nada modifica esta valoración. A través de este desarrollo ni se consigue el establecimiento del objetivo de la Ley de Protección contra el Despido, ni se pierde la extracción de la empresa pequeña de la protección legal contra el despido en su justificación interna.

39 La expectativa del empresario de poder finalizar la relación laboral sólo con una indemnización, repercute protegiendo el puesto de trabajo como preludio de un despido. Esta inversión se realizará sólo en los casos que presenten para él urgencia especial. En la indemnización compensatoria, la protección existente ambicionada en primer lugar por la Ley se corregirá por las partes mediante una compensación monetaria, cuya cuantía se corresponde con la valoración armonizada de las expectativas procesales. De ahí que también en ello se condense la protección proporcionada por la Ley. Los intereses del empresario pequeño a la finalización de la relación laboral, específicos y considerados por el legislador como dignos de protección en especial, debilitarían su posición negociadora en las negociaciones sobre la indemnización, si estuvieran sujetos a las reglas de la Ley de Protección contra el Despido. Además, a través de la indemnización, el titular de empresa pequeña económicamente débil encontraría más difícil que el de la gran empresa poder reunir antes las indemnizaciones (cfr., en relación con ello, WANK, «Nota» a BAG, EZA §23 KSchG Nr. 8).

40 d) Si el legislador ha trazado de manera conforme a la Constitución, en el párrafo 23, apartado 1, inciso 2 y 3, de la Ley de Protección contra el Despido, los límites de la empresa pequeña, hay que debatirlo en conexión con el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal, en cuanto que derecho fundamental en este sentido más objetivamente próximo.

II.

41 La norma sometida a examen es, según lo especificado en los Motivos de la decisión, también conforme con el principio general de igualdad (artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal).

42 1. En el examen de la constitucionalidad de las normas, el principio general de igualdad no fija ningún baremo examinador uniforme. Cada vez, según el objeto de regulación y las características diferenciadoras, surgen límites diversos para el legislador, que van desde la simple prohibición de la arbitrariedad hasta la vinculación exacta a las necesidades de la proporcionalidad. Las exigencias son más exactas cuanto más se aproximan a las características relacionadas con la persona, mencionadas en el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal. En caso de trato desigual orientado al comportamiento objetivo, corresponde decidir en qué medida están los interesados en posición de influir a través de su conducta en la realización de las características diferenciadoras. La distinta vinculación del legislador repercute correlativamente en la prerrogativa de evaluación que le corresponde y, también, en la densidad del control constitucional (cfr., en detalle, BVerfGE 88, 87 [96 ss.]).

43 2. El párrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido perjudica a los trabajadores de empresas pequeñas en comparación con los trabajadores de empresas grandes. Como se expuso, la regulación tiene repercusiones en la libertad de actividad profesional protegida por el artículo 12 de la Constitución Federal; por consiguiente, el legislador ha atribuido, por principio, una vinculación exacta (cfr. BVerfGE 82, 126 [146]).

44 3. La falta de protección general contra el despido no se aplica fácilmente a los trabajadores de empresas pequeñas. Las diferencias jurídicas entre la protección contra el despido, según la Ley de Protección contra el Despido, y la protección mínima garantizada sólo por las cláusulas generales jurídico-civiles han sido ya expresadas. El párrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido tiene como consecuencia que se extraiga una parte muy importante de la manufactura, del comercio al por menor, de las empresas de construcción y de las empresas familiares de profesión libre de la protección contra el despido. Según una investigación jurídico-estatal, fueron afectados por ello a finales de los años 70 alrededor de 1,8 millones de trabajadores (cfr., en relación con esto, la investigación empírica distribuida por el Ministerio federal de Trabajo y Ordenación Social, de FALKE/HÖLAND/RHODE/ZIMMERMANN, *Forschungsbericht*, pág. 74; HUECK/VON HOYNINGEN-HUENE, *Kündigungsschutzgesetz*, 12ª ed., 1997, §23, marginal 19). Las estadísticas disponibles, igual que antes sin datos sobre empresas, incluyen que ocupan como máximo cinco trabajadores, cuya jornada ordinaria semanal sobrepasa 10 horas ó 45 horas mensuales, y por eso, no caen bajo la Ley de Protección contra el Despido. Según el Registro de Lugares de Trabajo de 1987, en los 1.688.000 lugares de trabajo con uno a cuatro trabajadores, estaban ocupados 2.608.000 hombres y 854.000 mujeres; y en los 495.000 lugares de trabajo con cinco a nueve trabajadores, 1.579.000 hombres y 1.612.000 mujeres (cfr., en relación con ello, los datos del Gobierno federal ante el Tribunal de Justicia Europeo, en el asunto C 189/91, págs. 191 ss. del informe de sesión).

45 4. No obstante, no existe violación de la igualdad.

46 a) Que los puntos de vista objetivos ya mencionados, que justifican restringir a los trabajadores de empresas pequeñas su derecho fundamental a la libre elección del puesto de trabajo,

simultáneamente justifiquen el trato desigual de este trabajador en comparación con los que están empleados en grandes empresas, no requiere de ninguna expresión adicional, según las explicaciones correspondientes al artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

47 b) Pero no cabe poner reparos a la norma, en cuanto a la definición de pequeña empresa, planteada por el legislador, a través de la cual se organizará el grupo de trabajadores perjudicados. Esto rige tanto en cuanto al tamaño de la empresa pequeña (aa) como también —en caso de la interpretación más conforme constitucionalmente— en cuanto a su fundamento en el concepto «centro de trabajo» (bb).

48 aa) Con la fijación del tamaño decisivo de la empresa a través del número de trabajadores allí empleados a tiempo completo, el legislador ha encontrado una regla de tipificación que satisface los baremos constitucionalmente vigentes en relación con ello. Toda regla legal debe generalizar. De ahí, especialmente en caso de decisiones sobre dimensiones, que el legislador esté obligado, pero también tenga derecho, a basarse en sus decisiones en la visión de conjunto que se deriva de las experiencias existentes (cfr. BVerfGE 11, 245 [254]; jurisprudencia constante; últimamente, BVerfGE 89, 15 [24]). El despido por parte del empresario es una típica decisión de dimensiones. Las regulaciones claras son imprescindibles para el funcionamiento de una economía de división del trabajo y de una Administración pública compleja. Esto justifica limitar el ámbito de aplicación empresarial de la Ley de Protección contra el Despido, mediante hechos más simples y fácilmente declarables.

49 En el asunto, se trata en ese caso de una limitación de posiciones de intereses típicos. El legislador parte de que las reglas adoptadas en el primer y segundo capítulos de la Ley de Protección contra el Despido sólo representan, a partir de un tamaño empresarial determinado, el equilibrio de intereses contrapuestos de empresario y trabajador. Eso está justificado en una primera fase. Ya ha sido expresado que, en caso de cooperación personal estrecha, en especial la colaboración personal del empresario en la empresa, así como en caso de dotación financiera y capacidad administrativa más pequeñas del empresario, existen buenas razones para conceder al empresario manos más libres en el ejercicio de su derecho de despido, que lo que le autorizan los preceptos generales de la Ley de Protección contra el Despido.

50 En este sentido, el límite establecido en la Ley no es tan absoluto que los trabajadores a tiempo parcial, que trabajen menos de diez horas semanales ó 45 al mes, queden sin ser considerados. Las cuestiones con ello planteadas son objeto de otro procedimiento de control de normas, aparte el que hoy ha sido decidido. Según ello, la norma sólo queda en armonía con el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal, siempre que exista una empresa pequeña que tome por base la modalidad de cálculo del inciso 3, en la nueva redacción vigente desde 1 octubre 1996, del parágrafo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido. En los detalles, se remitirá al Auto en el Asunto 1 BvL 22/93¹.

51 Con esta demarcación, la Ley encuentra con precisión suficiente el grupo de pequeños empresarios dignos de protección. En las empresas con esta ordenación de tamaño, las relaciones pueden por supuesto ser como el legislador supone. En todo caso, no existen motivos suficientes para que éste, con frecuencia considerable, no sea el caso. Seguramente, hay numerosas empresas altamente automatizadas con plantilla más pequeña que son financieramente fuertes, a las que podía serles exigida sin más la protección legal contra el despido, y que, en caso de extinción de la relación laboral, también pueden pagar indemnizaciones apropiadas. Pero, de otro lado, hay empresas personalmente intensivas con plantilla más grande, para las que no vale esto con idéntico alcance. El material numérico comparable del que se derivaría

¹ Nr. 13, pág. 186.

que el legislador hubiera subestimado gravemente la relación con la demarcación propuesta por él, no existe. Si el informe sobre la praxis del despido y la protección contra el despido en la República Federal de Alemania (*BTDrucks* 13/5107), solicitado en virtud de la decisión de la Cámara Baja de 28 junio 1996 (Acta de Sesiones 13/117, pág. 10616), debió demostrar otra cosa, el legislador hubiera sometido a revisión su regulación.

52 bb) Como resultado, tampoco cabe poner reparos a que el legislador se haya asido al concepto «centro de trabajo» como marca distintiva, aunque en la doctrina se ha advertido con frecuencia que la posición de intereses determinada por la cláusula de empresa pequeña se deja caracterizar más frecuentemente por el concepto de «empresa» (cfr. Juicios del 59º Día del Jurista Alemán, Hannover 1992, tomo 1 [dictamen], parte D, pág. 129; también, HANAU, *ZRP* 1978, pág. 215 [221]). En el «centro de trabajo», se comprende generalmente la unidad organizativa, dentro de la que el empresario persigue objetivos técnico-laborales determinados (cfr., por ejemplo, ETZEL, en *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften* — KR —, 4ª edición, 1996, §1 KSchG, marginal 138 ss.; KITTNER/TRITTIN, *Kündigungsschutzrecht*, 3ª edición, 1997, §1 KSchG, marginal 17; ambos con justificaciones adicionales). Dentro de él, en el caso concreto, también se pueden incluir partes de empresas más grandes, para las que no resultan correctos los puntos de vista que justifican el perjuicio del trabajador de empresas pequeñas, en caso de estructuración del derecho de despido (críticamente en relación con ello, WEIGAND, en *KR*, §23 KSchG, marginal 17). Esto, en efecto, no hay que conciliarlo con el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal.

53 Sin embargo, por la vía de la interpretación conforme con la Constitución, la noción de centro de trabajo se deja recortar en unidades, para cuya protección está fijada la sola protección de la cláusula de empresa pequeña. El uso de este concepto en el parágrafo 23 de la Ley de Protección contra el Despido tiene motivos históricos; al principio, estaba sujeto a la protección contra el despido en la Ley de Organización de la Empresa y restringido a centros de trabajo, en los que existe representación (cfr. JOOST, *Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht*, 1988, pág. 335 ss.). Pero el concepto no está tan inequívocamente caracterizado, de modo que a través de él no fuera accesible a ninguna interpretación restrictiva en conexión con la Ley de Protección contra el Despido. A través de una interpretación del concepto de centro de trabajo, orientada a los efectos y con el objetivo de la cláusula de empresa pequeña, se permite evitar que unidades comprendidas en él no valgan para la idea de protección del parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la norma se restringirá a los casos en los que está objetivamente fundado el perjuicio de los trabajadores afectados. A través de ello, se evitará la violación del principio de igualdad (así, ya en el resultado, BAG, AP Nr. 1 en §23 KSchG 1969; en relación con ello, JOOST, en el lugar respectivo, pág. 339 ss., con justificaciones adicionales).

III.

54 La norma sometida a examen, con esta especificación, está en armonía con el principio del Estado social (artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal). Fundamenta el deber del Estado de preocuparse por un orden social justo; en el cumplimiento de este deber, sin embargo, le corresponde al legislador un ámbito de organización adicional (cfr. BVerfGE 5, 85 [189]; 59, 231 [263]). Sobre la cuestión de en qué medida puede ser restringido el ámbito de aplicación empresarial de la Ley de Protección contra el Despido y, en consecuencia, traídos los trabajadores allí ocupados a la protección contra el despido, nada más detallado se deduce de este principio. En este sentido, el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal establece el concreto baremo.

IV.

55 Los derechos procesales fundamentales no serán violados a través de la norma presentada.

56 También en los litigios jurídico-civiles está garantizado el derecho de acceso a los tribunales y al examen objetivo y jurídico, comprensivo del objeto del litigio, por principio, así como a una decisión vinculante a través de los jueces (cfr. BVerfGE 85, 337 [345] con justificaciones adicionales). Este derecho a la garantía de la justicia tampoco se privará a los trabajadores de empresas pequeñas por el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido. Pueden solicitar ante los tribunales la protección jurídica contra la extinción de su relación laboral por el empresario. La cuestión de las perspectivas de éxito de dicha acción, y de las perspectivas basadas en ello a una indemnización compensatoria, se refiere al Derecho material de protección contra el despido, que hay que medir aquí, como se expresó, sólo con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal y el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal, y resiste este examen, según lo especificado en las explicaciones anteriores.

4. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA GENERAL, DE 27 FEBRERO 1985 (REFERENCIA GS 1/84)

Fundamentos

1 A. El demandante entró el 1 mayo 1974 al servicio del Estado federado demandado como empleado de administración. Fue colocado en la sección de aprovisionamiento de la Administración central de la Universidad J de M, y recibía últimamente su salario según el grupo salarial IV b del convenio colectivo de empleados de la Federación.

2 Tras ello, el puesto de director de la sección de aprovisionamiento, para el que también había concursado el actor, había sido ocupado de nuevo el 2 noviembre 1978, y se plantearon en lo sucesivo quejas del actor sobre el cumplimiento de las funciones del nuevo director de sección y, a la inversa, quejas del director de sección sobre la forma de trabajo y la conducta del demandante.

3 Tras audiencia del comité de personal, el Estado federado demandado despidió al actor sin preaviso, por medio de escrito de 25 enero 1979, y le exigió que abandonase su puesto de trabajo y la oficina del servicio. Como justificación, se expuso en la carta de despido que el actor ha mostrado a través de sus declaraciones y a través de su comportamiento objetivo, que no piensa aceptar y cumplir las especificaciones de su director de sección; su insistente desprecio de las órdenes del director de sección y su correlativa conducta rebelde hubieran conducido a una perturbación persistente de la paz del centro de trabajo. La acción de protección contra el despido planteada, frente a ello, por el actor fue estimada por el Tribunal de Trabajo, por Sentencia de 2 marzo 1979. La apelación planteada por el Estado federado demandado se rechazó por Sentencia de 12 diciembre 1979, que se convirtió en firme.

4 Durante el pleito sobre el despido sin preaviso, intentó en vano el Presidente de la Universidad el consentimiento de la representación del personal para el despido con preaviso del actor. Tras ello, finalmente, el Ministro de Cultura del Estado federado demandado había reemplazado el consentimiento del comité de personal para el despido con preaviso proyectado, y el Estado federado demandado extinguió la relación laboral del demandado el 30 septiembre 1980, con un escrito de 30 junio 1980 notificado el mismo día. En la carta de despido, se imputaron al demandado, como causas de despido, incumplimientos de los deberes de obediencia y confianza, así como su conducta en el proceso de despido precedente, en el que había utilizado por escrito frases despectivas para el director de la sección.

5 Con su acción, registrada en el Tribunal de Trabajo el 9 julio 1980, se dirige el actor contra el despido con preaviso decretado. Ha sostenido la opinión de que el despido con preaviso está, en lo esencial, apoyado en los motivos que ya habían sido tomados como fundamento del despido sin preaviso de 25 enero 1979. Dado que estos comportamientos habían sucedido hacía más de 18 meses, el Estado federado ya no puede invocarlos después, para justificar el despido con preaviso. Refuta, también, la conducta culpable a él reprochada. Las declaraciones efectuadas por escrito durante el primer proceso de despido no podían serle imputadas, porque provenían de su representante procesal y siempre ha tenido únicamente un conocimiento posterior de ello. Dado que el despido es ineficaz, el Estado federado demandado también debe readmitirle en su puesto de trabajo.

6 Por eso, el actor ha solicitado:

7 1. Que se declare que su relación laboral no fue extinguida por el despido de 30 junio 1980,

2. Que se condene al Estado federado demandado a volver a ocuparle como director de área especializada en la sección de aprovisionamiento del Campus, y subsidiariamente, en la Clínica Universitaria de la Universidad J de M, hasta la decisión firme sobre la petición 1),

3. Que se condene al Estado federado demandado a pagarle 3.121,52 marcos brutos como salario del mes de octubre 1980.

8

9 El Estado federado demandado ha solicitado:

10 Que se rechace la acción, y subsidiariamente, que se extinga la relación laboral de conformidad con los parágrafos 9 y 10 de la Ley de Protección contra el Despido.

11

12 El Estado federado demandado ha expuesto: la conducta del demandante tras el ingreso del nuevo director de sección, y que ha impedido el trabajo ante los mecanógrafos, y justificado el despido con preaviso. Por causa de estos comportamientos, había sido advertido, también, antes de las Navidades de 1978. Además, el actor ha actuado de forma ridícula y de un modo denigrante y con desprecio, en los escritos en cuestión de su representante procesal en el proceso por despido previo, para con el nuevo director de sección y el vértice de la Administración en su conjunto, por lo que la ulterior cooperación con él no resulta exigible ni a los colegas ni a los superiores. En todo caso, sin embargo, la petición de extinción planteada subsidiariamente está fundada.

13 El actor ha expuesto y replicado, para que se rechace la solicitud de extinción, que no ha sucedido ningún tipo más de reparos, y tras ello, sobre la base de la sentencia de readmisión litigada por él, del Tribunal de Trabajo de M de 13 marzo 1980 —4 Ca 181/80—, que fue empleado en la sección de aprovisionamiento del Clínico de la Universidad M, desde 24 abril a 30 septiembre 1980.

14 El Tribunal de Trabajo ha estimado la acción. La apelación del Estado federado demandado, que readmitió de nuevo al actor sobre la base de la sentencia del Tribunal de Trabajo, desde 12 enero 1981, en su antiguo puesto de trabajo en la sección de aprovisionamiento de la Administración central de la Universidad M, ha sido desestimada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado. Con la casación admitida a trámite, el Estado federado demandado persigue de nuevo su petición de rechazo de la acción, mientras que el actor solicita que se rechace la casación.

15 La Sala Séptima del Tribunal Federal de Trabajo, competente para decidir sobre la casación, por Auto de 21 diciembre 1983 (BAG 44, pág. 370), al amparo del parágrafo 45, apartado 2, inciso 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo, ha planteado a la Sala General para el aseguramiento de una jurisprudencia uniforme, por causa de su significado fundamental para la decisión, las siguientes cuestiones:

16 1. ¿Tiene el trabajador despedido, al margen de la regulación contenida en los parágrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación, derecho a la ocupación efectiva hasta la conclusión en firme del proceso de protección contra el despido?

2. En caso de respuesta positiva a la cuestión 1), ¿cuáles son, en el caso concreto, los requisitos y límites jurídicos de este derecho de readmisión y cómo puede imponerse el mismo judicialmente?

17

18 B. El planteamiento es admisible.

19 La invocación de la Sala General está apoyada en el parágrafo 45, apartado 2, inciso 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo. Según este precepto, la Sala actuante puede provocar la decisión

de la Sala General en una cuestión de significado fundamental, cuando lo requieran, según su opinión, el perfeccionamiento del Derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia uniforme. La Sala Séptima actuante atribuye a la cuestión jurídica planteada significado fundamental y mantiene como necesaria la decisión de la Sala General para el aseguramiento de una jurisprudencia uniforme.

20 1. El significado fundamental de la cuestión jurídica planteada forma parte de los requisitos de admisibilidad para la invocación de la Sala General, que ésta tiene que examinar autónomamente (jurisprudencia continua de la Sala General: BAG 8, pág. 285 y 289 ss. = AP Nr. 21 zu §616 BGB, con más pruebas jurisprudenciales; BAG 13, pág. 1 y 2 = AP Nr. 19 zu §1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen; BAG 20, pág. 175 = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG).

21 Una cuestión jurídica tiene entonces significado fundamental cuando existe la necesidad de encontrar, más allá del caso concreto, orientación para una multitud existente de casos iguales o parecidos, o cuando existe una cuestión controvertida de importancia esencial para el ordenamiento jurídico y la vida del Derecho (BAG GS 20, pág. 175 y 180 = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, en II 1 de los Fundamentos). Que las cuestiones planteadas en este sentido tienen significado fundamental no plantea ninguna duda. Como ha explicado la Sala Séptima en el Auto de planteamiento (BAG 44, pág. 370, 374 ss.), la cuestión es, si y en el caso dado, bajo qué requisitos el trabajador despedido, al margen de la regulación contenida en los parágrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación, tiene derecho a la ocupación efectiva hasta la conclusión en firme del proceso de protección por despido, a pesar de la Sentencia de la Sala Segunda de 26 mayo 1977 (BAG 29, pág. 195 = AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht), y según lo intensamente discutido por la jurisprudencia y la doctrina. A la Sentencia mencionada de la Sala Segunda, que ha reconocido dicho derecho a la readmisión tras el transcurso del plazo extintivo o, en su caso, tras la notificación de un despido sin plazo hasta la conclusión en firme del proceso de protección contra el despido sólo excepcionalmente, y así en caso de despido con ineficacia jurídica evidente o con abuso manifiesto o arbitrario, la sigue sólo una parte de la doctrina; en su mayoría, se la somete a crítica (cfr., al margen de los autores a favor citados en el Auto de planteamiento: BERKOWSKY, *NJW* 1982, pág. 905; el mismo, en *DB* 1983, pág. 2362; BÖTTICHER, *BB* 1981, pág. 1954; DUDZUS/FROHNER, *BB* 1979, pág. 482; KAMMAN/HESS/SCHLOCHAUER, *BetrVG*, 5ª ed., §102, marginal 165; KLEEMANN, *DB* 1981, pág. 2276; KRAFT, *ZfA* 1979, pág. 123; MAYER-MALY, *BB* 1984, pág. 1751; STEGE/WEINSPACH, *BetrVG*, 5ª ed., §102, marginales 251 ss.; en principio, también ahora probablemente, DIETZ/RICHARDI, *BetrVG*, 6ª ed., §102, marginal 251 ss., en contra todavía los mismos, en *BPersVG*, 2ª ed., §79, marginal 108 ss.; críticamente, en caso esencialmente de reconocimiento subsiguiente del derecho de readmisión: COEN, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, Köln 1979, pág. 75 ss.; EISEMANN, *Sozialer Fortschritt* 1981, pág. 88; JOBS, *AuR* 1981, pág. 16; KAMPHAUSEN, *BISoZArb* 1982, pág. 65; KEHRMAN, *AuR* 1979, pág. 267; KLEBE/SCHUMANN, *Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß*, Köln 1981, pág. 283 ss.; KR-WOLF, 2ª ed., *Grundsätze marginal* 473; SCHAUB, *NJW* 1981, pág. 1807; SÖLLNER, *Grundriß des Arbeitsrechts*, 8ª ed., 1984, pág. 827; WENZEL, *AuR* 1980, pág. 97). También la jurisprudencia de los Tribunales de instancia ha permanecido no uniforme. Así, ante todo, una serie de Tribunales de Trabajo de los Estados ha declinado someterse a la decisión de la Sala Segunda (cfr., por ejemplo, LAG Berlín de 24 septiembre 1979 —9 Sa 73/79—, EZA §611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 4, y de 26 septiembre 1980 —12 Sa 63/80—, DB 1980, pág. 2448; LAG Bremen de 31 marzo 1981 —4 Sa 39/81—, *AuR* 1981, pág. 384, y de 2 febrero 1982 —4 Sa 392/81—, DB 1982, pág. 1278; LAG

Hamburgo de 15 junio 1978 —4 Sa 127/77—, NJW 1979, pág. 127, y de 7 noviembre 1978 —1 Sa 40/78—, BB 1979, pág. 991; LAG Renania-Palatinado de 28 marzo 1980 —5 Sa 653/79—, EzA §1 KSchG Tendenzbetrieb Núm. 7; LAG Hamm de 5 mayo 1983 —8 Sa 255/83—, EzA §102 BetrVG 1972 Núm. 52).

22 A causa de la inseguridad jurídica provocada por ello, la cuestión planteada requiere urgentemente una decisión orientadora.

23 Aparte de esto, las cuestiones planteadas sobre los requisitos y los límites del derecho de readmisión del trabajador, en caso de litigio sobre la subsistencia de su relación laboral, son también de importancia esencial para el ordenamiento jurídico y la vida del Derecho, por lo que también les corresponde significado fundamental derivado de este motivo. El reconocimiento general del derecho a la readmisión o su rechazo tienen gran alcance político-social y económico para la protección del puesto de trabajo del trabajador despedido y para el reparto del riesgo procesal en el litigio de despido entre empresario y trabajador. Si el trabajador debe abandonar la empresa, tras el transcurso del plazo extintivo o, en caso de despido sin plazo, tras su notificación, y no puede exigir su readmisión mientras dure el proceso de protección contra el despido planteado por él, entonces dificultades notables obstaculizarán frecuentemente su posterior regreso a la empresa cuando finalmente venza en el litigio de despido. Esto existe una vez que el trabajador despedido y no readmitido debe esforzarse por conseguir enseguida un nuevo puesto de trabajo, y cuando ha encontrado un puesto de trabajo adecuado con otro empresario prefiere frecuentemente, también, tras el proceso de protección por despido ganado, permanecer en el nuevo puesto de trabajo y no regresar a su anterior empresa empleadora, de la que entre tanto se ha distanciado. Pero también cuando el trabajador despedido ha permanecido sin trabajo, su regreso a la empresa fracasa no raras veces, en todo caso, por el alejamiento ocurrido entre tanto entre él y su empresario, su antigua empresa y sus compañeros de trabajo, o también, porque ocupa su puesto de trabajo entre tanto otro trabajador o ha sido suprimido a través de medidas de racionalización. Si el trabajador despedido pudiera exigir, con carácter general o bajo requisitos determinados, su readmisión durante el proceso de protección contra el despido, entonces ésta disminuiría notablemente los perjuicios derivados de la pérdida transitoria del puesto de trabajo. Pero una readmisión provisional del trabajador significa entonces para el empresario, de otro lado, una carga importante cuando la acción de protección contra el despido no tiene finalmente ningún éxito y, con ello, se declara en firme la extinción de la relación laboral a través del despido controvertido; entonces, la revocación de la ocupación efectiva, ocurrida realmente sin obligación, apenas resulta prácticamente posible.

24 También ilumina el gran significado de esta problemática para el mundo laboral el que el derecho a la readmisión ya ha sido objeto de dos congresos sobre protección contra el despido del IG Metall, en octubre 1977 y en marzo 1978 (cfr. el protocolo de los congresos 1977 y 1978, Serie Escrita del IG Metall, 1978), así como de la reunión de afiliados de la Asociación Federal de Asociaciones Alemanas de Empresarios (cfr. *Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Perspektiven, Vorträge und Referate der Mitgliederversammlung 1978*, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände 1979). También en el 52º Congreso de Juristas Alemanes de septiembre 1978, el derecho de readmisión ha jugado un papel importante en las discusiones de la sección jurídico-laboral (cfr. el dictamen presentado por ZÖLLNER: «*Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?*»), Dictamen D, así como el Protocolo de las Sesiones del 52º Congreso de Juristas Alemanes de 1978, Informe de Reunión M, pág. 42 ss.).

25 2. La Sala General no tiene que examinar si la cuestión planteada a la Sala General resulta necesaria —como opina la Sala Séptima proponente— para el aseguramiento de una jurisprudencia

uniforme. En este sentido, según el claro tenor literal del párrafo 45, apartado 2, inciso 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo, para ello resulta determinante únicamente la opinión de la Sala proponente.

26 3. Corresponde examinar de la misma manera a la Sala General si la resolución de casación, a adoptar por la Sala proponente, depende jurídicamente de las cuestiones planteadas. Como juez legalmente designado para la resolución del litigio, la Sala Séptima proponente ha expuesto en el Auto de planteamiento que tiene por importantes las cuestiones planteadas para la decisión, en ella pendiente, del derecho de readmisión. A ello está vinculada la Sala General (BAG GS 6, pág. 149, 150 = AP Nr. 61 zu §72 ArbGG, en II de los Fundamentos; BAG GS 8, págs. 285 y 290 = AP Nr. 21 zu §616 BGB, en A IV 1 de los Fundamentos; BAG GS 20, págs. 175 y 183 = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, en II 4 a de los Fundamentos). La Sala General sólo tiene que prestar atención, en relación con ello, a que su decisión no termine con la emanación de un dictamen. Eso sería inadmisibles (BAG 6, pág. 149 y 151 = AP Nr. 61 zu §72 ArbGG 1953, en II de los Fundamentos; BAG 20, págs. 175 y 183 = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, en II 4 b de los Fundamentos). Por eso, para el examen de las cuestiones propuestas, hay que partir de que la Sala proponente no pide explicaciones jurídicas que, de manera evidente, no puedan tener ningún significado para la decisión del litigio (BAG 23, págs. 292 y 299 = AP Nr. 43 zu Art. 99 GG Arbeitskampf). Esto significa, en relación con la cuestión planteada sobre la imposibilidad judicial del derecho existente a la readmisión del trabajador despedido, por ejemplo, durante el proceso de protección contra el despido, que sólo puede importar aquí si el derecho —como ocurre en el caso presente—, simultáneamente con la acción de protección contra el despido, se hace valer judicialmente por la vía de la acumulación de acciones a que se refiere el párrafo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si sobre ello también puede decidirse simultáneamente con la acción de protección contra el despido o si, en cuanto a la petición de la acción a la condena a la readmisión, cabe un aplazamiento del procedimiento hasta la decisión en firme del proceso de protección contra el despido, al amparo del párrafo 148 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, tampoco puede ampliarse la cuestión a, si y en el caso dado, con qué requisitos jurídicos, en el caso concreto, antes de la decisión del proceso principal, resulta posible un interdicto para la satisfacción del derecho de readmisión. De ello no depende evidentemente la decisión del litigio. La cuestión planteada sobre la imposibilidad judicial de un eventual derecho a la readmisión también necesita, en todo caso, de una interpretación estricta.

27 C. El derecho del trabajador despedido a la readmisión hasta la conclusión en firme del proceso de despido también es posible, por principio, al margen de la regulación contenida en los párrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación.

28 I. Dicho derecho a la ocupación real tras el transcurso del plazo extintivo o, en caso de despido sin plazo, tras su notificación, hasta la finalización del litigio sobre la eficacia de despido, sólo se deriva, al margen de las reglas legales mencionadas, del contrato de trabajo del trabajador despedido. Eso presupone, en primer lugar, que el Derecho vigente sobre el contrato de trabajo —al margen de un acuerdo especial, relativo a ello, de las partes del contrato de trabajo— no da al trabajador sólo el derecho a la remuneración acordada, sino también el derecho a exigir del empresario la ocupación efectiva convenida contractualmente.

29 1. a) El Derecho del contrato de trabajo del Código Civil (párrafos 611 ss. del Código Civil), concebido en el siglo XIX, todavía no conoce ningún derecho general de ocupación efectiva del obligado a la prestación del servicio. Considera el contrato de trabajo simplemente como un contrato obligacional de cambio, en el cual el empresario sólo aparece como acreedor de la prestación laboral contractual, pero no estaba obligado a su recepción y sólo debía la

remuneración contractual. De ahí se reconoció con carácter general, en primer lugar, que el empresario podía remunerar a voluntad la capacidad productiva del trabajador y no necesitaba recibirla (cfr., para el desarrollo histórico: FABRICIUS, *ZfA* 1972, págs. 35 y 36 ss.; LEPKE, *Der Anspruch auf Beschäftigung*, Conferencia, Berlín 1966, pág. 26 ss.). Una excepción se practicó sólo, de momento, en caso de artistas de espectáculos, por causa de su interés especial a la ocupación efectiva, cuando el deber de ocupación efectiva hubo que aceptarlo sobre la base de un acuerdo tácito, tomando en consideración las circunstancias del caso concreto (RG *JW* 1911, pág. 39; KG *JW* 1917, pág. 488). Más tarde, por la vía de la interpretación contractual, se amplió el deber de ocupación efectiva a otros trabajadores que tenían interés especial en el ejercicio de sus actividades, cuando este interés le era conocido, o debía haberle sido conocido, al empresario (cfr. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, 1928, Tomo 1, pág. 218; RAG *ARS* 1, pág. 69; 9, 72 ss., y *JW* 1929, pág. 212).

30 b) Sólo tras la entrada en vigor de la Constitución Federal ha reconocido la jurisprudencia, con carácter general, un derecho a la ocupación efectiva del trabajador derivado de la relación laboral. Fundamental, en relación con ello, fue la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo de 10 noviembre 1955 —2 AZR 591/54— (BAG 2, pág. 221 = AP Nr. 2 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht, con «Nota» a favor de HUECK = *SAE* 1956, pág. 145, con «Nota» a favor de PIEPER = *BarbBl.* 1957, pág. 11, con «Nota» a favor de TRIESCHMANN = *AuR* 1957, pág. 217, con «Nota» a favor de FREY). En los fundamentos decisorios de esta Sentencia se expuso, en relación con ello: La relación laboral es una relación comunitaria personal, que no sólo concierne simplemente a prestaciones concretas determinadas, como en el caso del contrato de servicios de los autónomos o en el caso de otras relaciones obligacionales, sino que comprende en su ámbito de aplicación toda la persona del trabajador, y esencialmente, por eso, organiza su vida y determina su personalidad. El respeto y reconocimiento del trabajador como hombre no se basa tampoco sólo en el valor económico de su prestación, sino en gran parte en cómo cumple las funciones a que está obligado. Precisamente, esto le da en el ámbito del mundo laboral, de modo decisivo, su dignidad como hombre. Por eso, el empresario no debe meramente abstenerse de todo lo que puede perjudicar la dignidad del trabajador y el libre desarrollo de la personalidad sobre la base de su deber de buena fe, sino ante todo sobre la base del deber que obliga a todo hombre, derivado del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal. Pero dicho perjuicio de ambos lugares constitucionales se da a entender si a un trabajador se le exige no sólo transitoriamente, sino en determinadas circunstancias, que acepte la recepción de su salario a lo largo del año, sin poder llevar a cabo su profesión antecedente. Eso acabaría en una coacción al ocio y no permitiría verdaderamente, en realidad, presentar al trabajador afectado como miembro valioso de la comunidad profesional y de la sociedad. No sólo la opinión pública, sino también la mayor parte de los trabajadores conscientes de sus capacidades y prestaciones, considerarían despreciable aceptar la recepción del salario que no es ganado a través de las prestaciones correspondientes. Por lo demás, también se impediría que el trabajador, que durante su relación laboral en vigor no puede ofrecer a otro su capacidad productiva, volviese a ocuparse profesionalmente, y que mantuviese y perfeccionase sus capacidades profesionales. Todo esto rige, en especial, en el caso del personal directivo o de otros trabajadores con funciones de significación especial, dado que precisamente en caso de una liberación dilatada de su prestación laboral, se causaría la impresión de que el empresario prefiere el dinero gastado a aceptar la recepción de la prestación. Por eso, se le puede reconocer al empresario, cuando no existe ningún consentimiento del trabajador, el derecho a no ocupar al trabajador durante el contrato existente con pago continuado de su salario, sólo por un período transitorio, por ejemplo, durante el transcurso del plazo extintivo. En todos los otros casos, en relación con ello, deberían existir motivos especiales, que acrediten la necesidad de tal regulación.

31 Esta jurisprudencia, que pone el acento en la protección de la personalidad del trabajador, la ha proseguido desde entonces el Tribunal Federal de Trabajo (BAG 23, pág. 484 = AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskämpft; BAG 28, pág. 169 = AP Nr. 4 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht, con «Nota» a favor de BIRK = *AR-Blattei* Beschäftigungspflicht, Decisión 4, con «Nota» a favor de BUCHNER = *SAE* 1978, pág. 66, con «Nota» a favor de MAYER-MALY; BAG 29, pág. 195 = AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG 44, págs. 201, 210 y 211 = AP Nr. 29 zu §102 BetrVG 1972, en B I de los Fundamentos).

32 c) En la doctrina, el reconocimiento de un derecho general a la ocupación efectiva del trabajador, derivado del contrato de trabajo, ha encontrado asentimiento principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (cfr., junto a las reseñas a favor ya mencionadas de la Sentencia expresada, además: BÄCHLE, *NJW* 1979, pág. 1693; BROX, en *25 Jahre Bundesarbeitsgericht*, pág. 37 ss.; DIETZ/RICHARDI, *BetrVG*, 6ª ed., §102, marginal 249; DÜTZ, *DB* 1978, suplemento Núm. 13, pág. 10; FREY, *BB* 1959, págs. 528 y 529 GAMILLSCHEG, *AcP* 164, págs. 385 y 423; el mismo, en «Nota» en *EzA* §611 BGB Beschäftigungspflicht Núm. 3; GEIGER, *BISoZArbR* 1978, pág. 149; GUMPERT, *BB* 1961, pág. 833; HERSCHEL, *Sozialer Fortschritt* 1980, págs. 166 y 167; HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7ª ed., Tomo 1, págs. 380 ss.; ISELE, *Das suspendierte Arbeitsverhältnis*, en *Festschrift für Molitor*, 1962, pág. 107 y 118; KEMPF, *DB* 1976, pág. 2111; KLEBE/SCHUMANN, *Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß*, 1981, pág. 287 ss.; LÖWISCH, *DB* 1978, suplemento núm. 7, pág. 4; MARCUS, *RdA* 1975, pág. 341; MAYER-MALY, *BB* 1984, pág. 1751 y 1755; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Tomo I, pág. 514; OTTO, *RdA* 1975, pág. 68; RICHARDI, *JZ* 1978, pág. 485; SÖLLNER, *Münchener Kommentar zum BGB*, §611, marginal 359 a 362; el mismo: *Grundriß des Arbeitsrechts*, 8ª ed, pág. 246; ZÖLLNER, *Arbeitsrecht*, 2ª ed., pág. 70 y 140 ss.).

33 Ciertamente algunos autores están de acuerdo con la conclusión del Tribunal Federal de Trabajo, pero ven en parte otros caminos para la fundamentación. Así, se sostuvo la opinión de que del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal no se deriva ningún deber de conducta del empresario y que, por eso, estas normas constitucionales no pueden ofrecer solas ningún fundamento sólido del derecho general de ocupación efectiva. Dicho fundamento del derecho hay que buscarlo, más bien, en la propia relación laboral, que no se limita al puro cambio de prestaciones, sino que incluye una multitud de deberes de conducta. Los deberes intensivos de garantía de intereses del empresario, resultantes de la duración y la intensidad de la influencia en la vida del trabajador, le exigirían no perjudicar el desarrollo del trabajador. El juicio de valor expresado en el artículo 1 y 2 de la Constitución Federal es adecuado para satisfacer el contenido, necesitado de concreción, del deber de garantía de intereses del empresario (KÖRNIG/REINECKE, *AuR* 1978, pág. 193 y 196 ss.; parecidamente: FABRICIUS, *ZfA* 1972, pág. 35 y 44 a 48; HUBMANN, *Persönlichkeitsrecht*, 2ª ed., 1967, pág. 185 ss.; SCHAUB, *NJW* 1981, pág. 1807 y 1810; WIESE, *ZfA* 1971, pág. 273 y 280).

34 WIEDEMANN (*Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966, pág. 62) intenta fundamentar el deber puramente obligacional de ocupación efectiva del empresario, derivado del contrato de trabajo, con la advertencia de que en los casos en los que la parte contractual tiene interés en el uso de su prestación, el Código Civil sobrecarga al acreedor, por principio, con un deber de deuda, de responsabilidad suya, de disminuir la contraprestación (parágrafos 433, apartado 2, y 640 del Código Civil). Se trata aquí de una figura jurídica típica de los contratos de cambio en general, y no sólo del contrato de trabajo. El deber de ocupación efectiva se representa como deber de disminución del empresario (críticamente, en relación con ello: FABRICIUS, *ZfA* 1972, pág. 35 y 42, y SCHWERDTNER, *Arbeitsrecht* I, 1976, pág. 114).

35 Por un recortamiento del deber general de ocupación efectiva se ha pronunciado LEPKE (*AuR* 1968, pág. 78 ss.; *DB* 1975, pág. 498 ss.). Se dirige, en todo caso, contra la derivación del derecho de ocupación del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal, porque de ellos derivan sólo prohibiciones de intervención y deberes de abstención, pero no también deberes de actos positivos. El fundamento del deber de ocupación efectiva lo ve sólo en el deber de asistencia del empresario, pero no en todo caso, sino sólo y supuesto que en el caso concreto exista un interés considerable a la ocupación efectiva en el trabajador, cuando ofrezca una ocupación real del trabajador. En toda regla, no corresponde el derecho a la ocupación efectiva a los trabajadores que meramente efectúan sólo trabajos no necesitados de ninguna preparación o formación, por causa de la falta de un interés a la ocupación efectiva. En cambio, un interés especial a la ocupación efectiva existe en los trabajadores con profesiones artísticas o científicas, o con otra preparación profesional especial o con otras habilidades especiales, que sólo a través de la práctica mantienen, amplían y podían profundizar (parecidamente en lo esencial, también, GRIESAM, *Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers*, Múnich 1978, pág. 121 ss.).

36 KRAFT (*ZfA* 1979, pág. 123 ss.) sólo quiere conceder el derecho de ocupación efectiva a aquel trabajador al que se le puede producir un daño o perjudicarlo, a través de la no ocupación efectiva, en intereses dignos de protección. Rechaza el deber general de ocupación efectiva.

37 Fundamentalmente contra el derecho general de ocupación efectiva se han pronunciado Hj. WEBER (*BB* 1974, pág. 698 ss., «Nota» en BAG AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht) y, últimamente, HEINZE (*DB* 1985, pág. 111 ss.). Según su opinión, la regulación legal que falta del derecho a la ocupación efectiva en la relación laboral no puede ser reemplazada por la vía de colmar lagunas o de la interpretación, porque no existe vacío legal. Se basan para ello en que en el Derecho del contrato de trabajo sólo se da el sinalagma del derecho del empresario a la prestación laboral, de un lado, y el derecho del trabajador a la remuneración acordada, de otro lado, lo que en especial HEINZE intenta documentar refiriéndose a la historia de la creación del parágrafo 615 del Código Civil.

38 2. La Sala General se adhiere a la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo iniciada hace ahora 30 años y continuada desde entonces por todas las Salas que se han ocupado de esta cuestión, relativa a que el empresario está también, por principio, obligado a ocupar efectivamente a su trabajador en virtud del contrato, cuando éste lo exija. El fundamento de tal derecho de ocupación efectiva del trabajador es el Derecho del contrato de trabajo. El derecho hay que derivarlo de los parágrafos 611 y 613 del Código Civil, en conexión con el parágrafo 242 del Código Civil. En relación con ello, la cláusula general del parágrafo 242 del Código Civil se colmará, además, a través del juicio valorativo del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal.

39 a) No obstante, los preceptos del Código Civil sobre el contrato de trabajo (parágrafos 611 ss. del Código Civil) no arrojan por sí mismos ninguna explicación acerca de si el deber derivado de la relación laboral obliga al empresario a recibir la prestación laboral contractualmente ofrecida del trabajador y a ocuparle efectivamente en el puesto de trabajo correspondiente. Pero tampoco se oponen a la suposición de tal deber. En especial, de la regla del parágrafo 615 del Código Civil, sobre las consecuencias del retraso presunto del empresario, y de la historia de la creación de este precepto, no se extrae la conclusión de que la Ley excluya realmente el derecho de ocupación efectiva del trabajador.

40 Para su interpretación contraria, sobre la incompatibilidad de un derecho accionable del trabajador a la ocupación efectiva con el sistema jurídico-laboral del Código Civil, se basa HEINZE (*DB* 1985, págs. 111 y 114 ss.) en la suposición de que el legislador ha fingido, en el caso de la regla del retraso presunto del parágrafo 615, apartado 1, del Código Civil, el cumplimiento de la consecuencia prestacional debida del lado del trabajador (la prestación laboral); la

prestación laboral vale como realizada cuando el trabajador simplemente no puede conseguir la realización de su prestación debida, por causa de no darse el acto de cooperación de responsabilidad del empresario (puesta a disposición del puesto de trabajo y del substrato laboral). Pero cuando —así lo concluye HEINZE— la Ley finge la realización de la prestación debida del trabajador, e introducida en el plano de la realización de la prestación, como consecuencia de la responsabilidad de cooperación del empresario, omitida e introducida en el plano del acto prestacional, no podrá existir ningún espacio desde el principio para un deber de cooperación del empresario constituido de algún modo, y no deberían aceptarse contradicciones graves y fallas del sistema jurídico-laboral. La ficción de realización, que se presupone en el párrafo 615, apartado 1, del Código Civil, es considerada incompatible con la fundamentación de un eventual deber del empresario a la recepción de la actividad laboral ofrecida; si es que la Ley regula —como en el párrafo 615— la responsabilidad de cooperación, introducida en el plano del acto prestacional y no surgida, con el resultado de una ficción en cuanto a la prestación de cumplimiento introducida en el plano de la consecuencia prestacional legal, entonces no podrá quedar ya jurídicamente espacio para deberes «disminuidos» introducidos y revestidos de aquel contenido, pero por debajo de esta eficacia de cumplimiento.

41 Para la suposición de una ficción de cumplimiento prevista en el párrafo 615 del Código Civil, en cuanto a la prestación laboral debida, no existe ni en la literalidad de la Ley ni en el motivo citado por HEINZE ningún sostén firme suficiente. El precepto del párrafo 615, apartado 1, del Código Civil sólo determina que el obligado a la prestación del servicio, en caso de retraso en la recepción del acreedor del servicio, puede exigir la retribución acordada como consecuencia del retraso en el servicio no prestado, sin estar obligado a la prestación ulterior. Con ello, la Ley libera al trabajador ciertamente de su deber de prestación laboral, pero no dice que esta liberación suceda por causa de que el deber de prestación del servicio debe valer como cumplido. En los Motivos relativos al párrafo 615 del Código Civil (*Motive II*, págs. 462 y 463), se dice en relación con esto, y se ha eludido expresarlo, que la prestación del servicio en caso de retraso en la recepción vale como realizada, porque a través de dicha versión se expresaría una ficción de manera poco ajustada; más bien, resulta más adecuado y simultáneamente más sencillo, que poner de relieve consecuencias basadas en la ficción y, por consiguiente, a determinar, que el deudor del servicio tenga derecho, en caso de que ocurra, a la remuneración en virtud del contrato. Si el legislador histórico ha eludido a continuación conscientemente fijar normativamente una ficción de cumplimiento, porque eso es menos adecuado, entonces difícilmente se podrá suponer que la Ley se basa en una ficción de cumplimiento en el párrafo 615 del Código Civil, y extraer la importante conclusión, derivada de ello, de que este precepto se opone al reconocimiento de un deber de ocupación efectiva del empresario, porque es infractor del sistema.

42 Si se trataba del perfeccionamiento del Derecho, en caso de reconocimiento de un derecho general de ocupación efectiva a través de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, entonces se desprenderá de lo dicho ahora mismo que este perfeccionamiento del Derecho no se realiza en contradicción con el sistema del Derecho del contrato de servicios del Código Civil y, por ello, contra *legem*, sino que aquí existe un perfeccionamiento complementario del Derecho.

43 b) Los preceptos del Código Civil no contienen ninguna regla acabada del Derecho del contrato de trabajo. El legislador histórico del Código Civil ha sometido el contrato de servicios libre y el contrato de trabajo, que tiene por objeto la prestación de servicios con dependencia personal, en gran parte a las mismas reglas, en los párrafos 611 y ss. del Código Civil. Las especialidades derivadas de las circunstancias vitales del trabajo dependiente, junto con la integración del trabajador en la organización laboral del empresario y la ajenidad del trabajador

condicionada por ello, en cuanto a los servicios a prestar por él, se asoman a la conciencia jurídica sólo con más fuerza en el curso del desarrollo posterior del Derecho, y han conducido, entonces, a una evolución complementaria del Derecho legal a través de la jurisprudencia. Esto ocurrió principalmente a través de una ampliación importante del deber de asistencia del empresario, más allá del marco del parágrafo 618 del Código Civil.

44 Dicho perfeccionamiento del Derecho no infringe el principio constitucional de vinculación del juez a la Ley y el Derecho, normado en el parágrafo 20, apartado 3, de la Constitución Federal. El juez no está remitido en consecuencia, según la Constitución Federal, a aplicar al caso concreto las instrucciones del legislador dentro de los límites del sentido literal posible. El Derecho no es idéntico en la totalidad de las Leyes escritas. La función de la jurisprudencia puede requerir en especial expresiones valorativas, que son inmanentes al ordenamiento jurídico en virtud de la Constitución, pero que no llegan a ser imprimidas, o lo son sólo de manera incompleta, en los textos de las Leyes escritas, en un acto de reconocimiento valorable, al que tampoco faltan elementos de voluntariedad que aportan luz y a hacerse realidad en las decisiones judiciales. Sobre ello, el juez debe, sin embargo, guardarse de la arbitrariedad. Su decisión debe basarse en la argumentación racional; debe poder mostrarse como razonable que la Ley escrita no cumple su función de resolver con justicia un problema jurídico. La decisión judicial colma entonces este vacío con los baremos de la razón práctica y de las ideas generales de justicia fundamentadoras de la comunidad (BVerfGE 9, pág. 338 y 349; 34, pág. 269 y 287).

45 La libertad del juez para el perfeccionamiento creativo del Derecho aumenta necesariamente con la distancia temporal entre la entrada en vigor de los preceptos legales tomados en consideración y su aplicación al caso concreto a resolver por el juez. El Tribunal Federal de Trabajo, precisamente en relación con la codificación del Código Civil que entró en vigor hace aproximadamente 80 años, ha expresado: «La norma permanece fija en el contexto de las relaciones sociales y de los conceptos político-comunitarios en los que debe surtir efecto; su contenido puede y debe cambiarse, según las circunstancias, con ellos. Esto rige, en especial, cuando entre la producción y la aplicación de una Ley se han modificado las relaciones vitales y los conceptos jurídicos, tan profundamente como en este siglo. Según esto, un posible conflicto de la norma con las ideas materiales de justicia de una sociedad cambiante no puede resolverlo el juez refiriéndose al tenor legal que permanece inmodificado; está obligado al manejo más libre de las normas legales cuando no quiere errar en su función de decir “Derecho”» (BVerfGE 34, pág. 269, 288 y 289).

46 El perfeccionamiento del Derecho, que el Tribunal Federal de Trabajo ha propuesto con el reconocimiento, por principio, de un derecho del trabajador a la ocupación efectiva derivado del contrato de trabajo, se justifica porque el Derecho del contrato de servicios del Código Civil, que no conoce tal derecho, no ha sido completado luego por el desarrollo jurídico y, por eso, necesita complemento y realización posterior.

47 La Constitución Federal ha impuesto en su artículo 1 y 2 la dignidad del hombre y su derecho al libre desarrollo de su personalidad como valores centrales de nuestra Constitución. La vida del trabajador se determinará y caracterizará, en una parte completamente esencial, a través de la relación laboral. Su autoestima, así como el respeto y aprecio que experimenta en su familia, en sus amigos y colegas y, en general, en su círculo vital, serán codeterminados decisivamente por el modo en que presta su trabajo. El trabajo representa para el trabajador en su relación laboral, al mismo tiempo, una posibilidad esencial de desarrollo de sus capacidades espirituales y corporales y, con ello, de desarrollo de su personalidad. Si se aportase al trabajador esta posibilidad de desarrollo de la personalidad a través de la prestación laboral en el marco de su relación laboral, entonces esto conmovió su dignidad como hombre.

48 No obstante, hay que admitir que de la protección de la personalidad garantizada por el artículo 1 y 2 de la Constitución Federal no se deriva, sin más y directamente, un deber del empresario a la promoción positiva del desarrollo de la personalidad de su trabajador a través de la prestación laboral. Pero la decisión fundamental del Tribunal Federal de Trabajo de 10 noviembre 1955 tampoco pone las nudas disposiciones constitucionales mencionadas como fundamento de un derecho general a la ocupación efectiva, sino que también remite en conexión con esto al «deber de buena fe del empresario» derivado de la relación laboral (BAG 2, pág. 221 y 224 = AP Nr. 2 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht). Con ello, se menciona finalmente el principio de la buena fe y la confianza normado en el parágrafo 242 del Código Civil. En caso de respuesta a la cuestión relativa a lo que la buena fe y la confianza respectivamente ofrecen, también hay que manejar con cuidado el juicio valorativo de la Constitución expresado en los derechos fundamentales de la Constitución Federal. La ordenación valorativa objetiva contenida en las normas sobre derechos fundamentales rige como decisión fundamental jurídico-constitucional en todos los ámbitos del Derecho e influye, por eso, también en el Derecho privado (BVerfGE 34, pág. 269 y 280). Con ello, gana significado la protección jurídico-constitucional de la personalidad y los derechos y deberes derivados de ella. Simultáneamente, los intereses ideales del trabajador, basados en la protección de la personalidad, a su ocupación efectiva real en el marco de su relación laboral mantienen, precisamente a través del juicio valorativo de la Constitución, un amplio peso jurídico más fuerte y una importancia esencialmente más alta, como ocurrió en el caso de la entrada en vigor del Código Civil. El especial equilibrio de intereses en la relación laboral permite que la prestación laboral sea comprendida no sólo como bien económico, sino también como expresión de la personalidad del trabajador. La no consideración de estos intereses ideales del trabajador en el Derecho del contrato de trabajo del Código Civil se muestra hoy, en el terreno de la Constitución Federal y de su juicio valorativo dado en el artículo 1 y 2, como un vacío de regulación, que hay que colmar a través del reconocimiento, por principio, de un derecho a la ocupación efectiva derivado del contrato de trabajo.

49 Este resultado de perfeccionamiento del Derecho ha obtenido —como se expuso— amplia aceptación en la doctrina científico-jurídica. En principio, las voces discrepantes han quedado aisladas. Ello muestra que este perfeccionamiento judicial del Derecho está en armonía con las «ideas generales de justicia fundamentadoras de la comunidad» (BVerfGE 9, pág. 338 y 349).

50 El fundamento jurídico del derecho a la ocupación efectiva es, por eso, el contrato de trabajo (parágrafo 611 del Código Civil), que obliga al trabajador, en virtud del parágrafo 613 del Código Civil, a la prestación de servicios personales para el empresario. El derecho se basa directamente en el deber del contrato de trabajo de promoción de los intereses a la ocupación efectiva del trabajador, derivado para el empresario del parágrafo 242 del Código Civil, a tomar en consideración de acuerdo con las opciones valorativas jurídico-constitucionales del artículo 1 y 2 de la Constitución Federal, sobre la protección de la personalidad.

51 c) Para el reconocimiento de dicho derecho general del contrato de trabajo a la ocupación efectiva tampoco habla en último lugar el derecho a la readmisión del trabajador despedido durante el tiempo subsiguiente al transcurso del plazo extintivo y hasta la conclusión en firme de un proceso conexo de protección contra el despido, regulado en los párrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación. De acuerdo con la opinión dominante, este derecho a la readmisión está dirigido a la ocupación efectiva real, en las condiciones laborales actuales, y no sólo al mantenimiento de la relación laboral con continuación del pago de la remuneración laboral (BAG 29, pág. 195 y 208 = AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht, en III 6 de los Fundamentos; LAG Düsseldorf, DB 1974, pág. 2112; LAG Berlín, BB 1976, pág. 1273; LAG

Hamburgo, DB 1977, pág. 500; DIETZ/RICHARDI, *BetrVG*, 6ª ed., §102, marginal 209; GALPERIN/LÖWISCH, *BetrVG*, 6ª ed., §102, marginal 110; GNADE/KEHRMANN/SCHNEIDER/BLANKE, *BetrVG*, 2ª ed., §102, marginal 100; GK-KRAFT, *BetrVG*, §102, marginal 99; HEINZE, *Personalplanung, Einstellung und Kündigung*, pág. 237, marginal 600; KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER, *BetrVG*, §102, marginal 153; KR-ETZEL, 2ª ed., §102 *BetrVG* marginal 214; FITTING/AUFFARTH/KAISER, *BetrVG*, 14ª ed., §102, marginal 65; GRIESAM, *Der Beschäftigungsanspruch im Arbeitsverhältnis*, pág. 111 ss., pág. 119; KLEBE/SCHUMANN, *Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß*, pág. 190; GUMPERT, *BB* 1972, pág. 47 y 50 nota 8; HANAU, *BB* 1972, pág. 541 y 455; G. HUECK, en *25 Jahre Bundesarbeitsgericht*, pág. 243 y 266; MAYER-MALY, *DB* 1979, pág. 1601 y 1603; OTTO, *RdA* 1975, pág. 68 y 69; SCHAUB, *NJW* 1981, pág. 1807 y 1811; STEGE/WEINSPACH, *BetrVG*, 5ª ed., §102 marginal 175; otros autores: ADOMEIT, *DB* 1971, pág. 2360 y 2363; WEBER, *BB* 1974, pág. 698 y 702; MEISEL, *DB* 1972, pág. 1675 y 1677). El deber a la ocupación efectiva real se deriva directamente del texto legal del parágrafo 102, apartado 5, de la *BetrVG*, que todavía no se limita, como el parágrafo 39, apartado 3, del borrador CDU/CSU, a ordenar que la relación laboral permanezca existente (*BT-DRUCKS* VI/1806, pág. 9), sino que exige la readmisión del trabajador.

52 Si el derecho de readmisión, al amparo del parágrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, también debe garantizar que el trabajador despedido, en caso de ganar en el proceso de protección contra el despido, conserve su puesto de trabajo y, también, que pueda ser readmitido realmente en él, entonces la regulación legal de dicho derecho de readmisión efectiva, no obstante, el aviso de que el legislador parte de que en la relación laboral no impugnada existe un derecho a la ocupación efectiva real en virtud del contrato. Si el trabajador despedido debe ser readmitido, entonces esto sólo podrá significar que debe conservar su posición jurídica actual hasta la conclusión en firme del proceso de protección contra el despido. Difícilmente hay que suponer que el legislador quería conceder más derechos al trabajador despedido durante el proceso de protección contra el despido que los que tenía el trabajador antes de la extinción de la relación laboral.

53 3. En el caso de la fundamentación jurídico-personal del derecho de ocupación efectiva derivada del equilibrio de intereses ideales, por principio, existe para cada trabajador un derecho a la ocupación efectiva derivado de la relación laboral. No puede depender de si puede efectuar trabajos superiores o de menos valor, y de si necesita o no una preparación o formación especial para su trabajo. Del mismo modo, el derecho a la ocupación efectiva puede realizarse dependiendo de si, en el caso concreto, existe un interés fáctico del trabajador a la prestación laboral y si la prestación laboral, en virtud del contrato, según el sentimiento subjetivo del trabajador, se plantea como peso y carga o como desarrollo útil de su personalidad. El derecho a la ocupación efectiva no se impondrá a ningún trabajador, porque como derecho dispositivo depende de si el trabajador exige ser ocupado efectivamente. Si exige su ocupación efectiva en virtud del contrato, entonces también deberá serle dada sobre ello, por principio, una oportunidad.

54 Dado que el interés ideal general basta verdaderamente para la fundamentación del derecho general a la ocupación efectiva, finalmente tampoco puede resultar decisivo para el derecho a la ocupación efectiva, si el trabajador soporta un perjuicio concreto a través de la no ocupación efectiva. Los derechos protegibles de la personalidad del trabajador, al que el empresario no ocupa efectivamente a pesar de exigirlo, se perjudicarán siempre —supuesto que no se opongan intereses prevalentes del empresario—, porque todo trabajador, que quiere trabajar, también debe tener la oportunidad sobre ello en el marco de su contrato de trabajo.

55 Dado que el derecho general de ocupación efectiva hay que derivarlo del deber del empresario surgido de la buena fe y la confianza, naturalmente debe ceder allí donde se opongan

intereses protegibles prevalentes del empresario. El empresario no está obligado, según la buena fe y la confianza, a promover los intereses del trabajador sin tener en cuenta los propios intereses protegibles y prevalentes. Por eso, cuando el empresario rechaza la ocupación efectiva del trabajador por causa, en el caso concreto, de un interés propio opuesto, se requiere una ponderación de los intereses de ambas partes, para la declaración de si el interés del empresario a la no ocupación efectiva es digno de protección y prevalece. Éste puede ser el caso, por ejemplo, de la desaparición de la base de la confianza, de la falta de pedidos o, por motivos de garantía de los secretos empresariales, de un trabajador inmediatamente dedicado a la competencia. De otro lado, puede todavía incrementarse en la parte del trabajador el interés general ideal a la ocupación efectiva, en el caso concreto, a través de intereses especiales de carácter ideal y/o material (por ejemplo, prestigio en el mundo profesional, formación, desarrollo de conocimientos especiales).

56 Con esta limitación en caso de intereses empresariales valorables, predominantes y contrapuestos, hay que reconocer, con la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal de Trabajo, el derecho general del trabajador a la ocupación efectiva en el marco de una relación laboral existente.

57 II. Si, según ello, el trabajador tiene derecho, en principio, a la ocupación efectiva real en virtud del contrato, sobre la base de su relación laboral, entonces también deberá valer esto, por principio, durante el proceso de despido, cuando la extinción empresarial discutida sea ineficaz y, por eso, la relación laboral persista durante el proceso de despido.

58 1. Las valoraciones legales, que excluyen tal derecho del contrato de trabajo a la ocupación efectiva durante el proceso de despido, no se oponen a ello.

59 a) La Sala Segunda, en su Sentencia de 26 mayo 1977 (BAG 29, pág. 195 = AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht), ha mantenido la opinión de que la regla legal de la readmisión, del parágrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, contiene una advertencia clara de que sólo hay que reconocer bajo muy estrictos requisitos el derecho a la ocupación efectiva durante el litigio de despido; si la Ley sólo ha admitido bajo los muy estrictos requisitos allí mencionados que la relación laboral debe existir, condicionándose la extinción a la declaración en firme de la eficacia del despido, entonces ello supondrá, al mismo tiempo, el rechazo por el legislador de un derecho general de readmisión durante el proceso de despido.

60 La Sala General no es capaz de seguir esta interpretación. La regla de la readmisión del parágrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa ha sido introducida en el contexto de la nueva redacción de la Ley de Organización de la Empresa de 1972. Objetivo de la nueva redacción era reforzar la posición del comité de empresa. Para este objetivo, también servía al comité de empresa el derecho de oposición contra un despido con preaviso intentado por el empresario, admitido en el parágrafo 102, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Los motivos para una posible oposición del comité de empresa, mencionados y regulados en detalle en el parágrafo 103, apartado 3, número 1 a 5, de la Ley de Organización de la Empresa, se refieren a todo el ámbito jurídico-colectivo. Si la Ley anuda entonces, en el parágrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, a la oposición del comité de empresa, en virtud de la norma, el deber del empresario a readmitir al trabajador despedido, si éste lo exige, en condiciones laborales inmodificadas, tras el ejercicio de la acción de protección contra el despido y hasta la conclusión en firme del proceso de despido, entonces evitará aquí con énfasis provocar la oposición del comité de empresa en el plano del contrato individual de trabajo. Al comité de empresa, cuya cogestión completa en caso de despidos ha sido exigida durante el procedimiento legislativo, debía dársele a través de ello una posición más fuerte. Ciertamente, esto ha conducido a una mejora de la situación jurídico-individual del trabajador

despedido, pero sólo como consecuencia de los derechos concedidos al comité de empresa. El reforzamiento de los derechos individuales del trabajador despedido tiene su origen sólo en el ámbito jurídico-colectivo. Por eso, la regulación del parágrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa no excluye el derecho general del contrato de trabajo a la ocupación efectiva del trabajador despedido hasta la conclusión en firme del proceso de despido.

61 b) La Sentencia mencionada de la Sala Segunda de 26 mayo 1977 se apoya, además, en la consideración de que el reconocimiento de un derecho contractual general a la ocupación efectiva conduce a una completa modificación de las funciones y poderes jurídico-laborales en el pleito de despido; la protección individual contra el despido, tal y como está regulada ante todo en la Ley de Protección contra el Despido, sólo conoce la revisión posterior de la eficacia jurídica de un despido a través de los Tribunales de Trabajo; el aseguramiento financiero del trabajador despedido durante el proceso de despido se realiza, en primer lugar, por el seguro de desempleo; en caso de que venza el trabajador, la liquidación en virtud de los ingresos se regula en el parágrafo 615 del Código Civil y en el parágrafo 11 de la Ley de Protección contra el Despido; en caso de admisión de un derecho contractual general a la readmisión, se colocaría, en el lugar de una revisión posterior de la eficacia del despido en forma de sentencia declarativa (parágrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido), un control preventivo en forma de sentencia de condena decretada para la readmisión (igualmente, en especial, G. HUECK en su «Nota» a BAG AP Nr. 7 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht, y en su *Kommentar zum KSchG*, 10ª ed., 1980, comienzo del marginal 130 a; además, KRAFT, *ZfA* 1979, pág. 123 y 133; en sentido parecido, BÖTTICHER, *BB* 1981, pág. 1954 ss., que mantiene, por causa del engranaje del parágrafo 1, inciso 1, con el parágrafo 3 de la Ley de Protección contra el Despido, la ineficacia del despido por causa de infracción social con aplazamiento condicional, a través de la sentencia de última instancia declaratoria de la ineficacia).

62 No hay que subestimar el que, en caso de la readmisión del trabajador despedido realizada en contradicción con la situación jurídica objetiva, una posterior sentencia firme declarativa de la eficacia ex tunc del despido tenga como resultado práctico el efecto de una sentencia constitutiva de eficacia ex nunc, porque la ocupación efectiva ya ocurrida ha creado hechos que no pueden volver a ser anulados. Pero la problemática que plantea una consecuencia opuesta al Derecho material, a través de la ejecución de una sentencia injusta de condena aún impugnada con un recurso, se pone en pie finalmente en caso de la realización de todo derecho de condena sobre la base de una sentencia ejecutable provisionalmente. El legislador ha tenido en cuenta esta problemática a través de los preceptos sobre la protección de la ejecución (parágrafo 62 de la Ley del Tribunal de Trabajo y párrafos 707 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La sola circunstancia de que la Ley de Protección contra el Despido haya concebido la acción de protección contra el despido como acción declarativa y no como acción constitutiva, no podrá ser por eso motivo para excluir pretensiones del trabajador de condena conexas a la ineficacia del despido hasta la decisión firme del proceso de protección contra el despido. Así, el Tribunal Federal de Trabajo hasta ahora ha partido siempre, desde luego, de que el trabajador despedido puede plantear judicialmente sus derechos a la remuneración derivados de la ineficacia del despido y protegidos, por eso, en el retraso en la recepción (parágrafo 615 del Código Civil), ya durante el proceso de protección contra el despido, a través de la correspondiente acción de condena, y que el Tribunal puede decretar la correspondiente sentencia de condena (como regla, de ejecución provisional), también cuando la sentencia declarando la ineficacia del despido todavía no es firme (cfr., p.ej., BAG Sentencia de 23 marzo 1972 —2 AZR 226/71— AP Nr. 63 zu §626 BGB; BAG Sentencia de 26 agosto 1971 —2 AZR 301/70— AP Nr. 26 zu §615 BGB; BAG 24, pág. 446 = AP Nr. 28 zu §615BGB Betriebsrisiko, y BAG Sentencia de 16 junio 1976 —3 AZR 36/75— AP Nr. 57 zu §4 TVG Ausschlussfristen).

63 Si se quería apoyar una exclusión general del derecho del contrato de trabajo a la ocupación efectiva durante el pleito de despido en la sistemática de la Ley de Protección contra el Despido, entonces para esto deberían verdaderamente poder ser traídos a juego otros motivos distintos de la sola advertencia de la concepción de la acción de protección contra el despido como acción declarativa.

64 HUECK («Nota» a BAG AP Nr. 7 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht) advierte sobre ello en los párrafos 4, 7 y 13, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido. Ciertamente, según el párrafo 1 de la Ley de Protección contra el Despido, el despido es jurídico-materialmente ineficaz desde el principio en caso de falta de un motivo socialmente justificado. Pero dado que, en virtud del párrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido, su ineficacia debe hacerse valer con una acción declarativa sujeta a plazo y forma, para evitar, según el párrafo 7 de la Ley de Protección contra el Despido, la sanación del despido, la acción declarativa también tiene un elemento organizativo. De ello se sigue en conexión con el párrafo 13, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido, en cuanto que concepto fundamental de la Ley de Protección contra el Despido, que la eficacia del despido sea examinada judicialmente con posterioridad, y que sólo la decisión firme declare vinculantemente para las partes la existencia de la relación laboral y los derechos que se derivan de ello. Hasta ahí, según ello, no puede existir ningún deber de ocupación efectiva del empresario, porque ya no puede realizarse el derecho a la ocupación jurídico-material efectiva del trabajador correspondiente al tiempo transcurrido, en cuanto que distinto del derecho al salario, tras la declaración firme de la ineficacia del despido.

65 Estas consideraciones de HUECK no son capaces de persuadir. Que el ejercicio temporáneo de la acción de protección contra el despido excluya la sanación de la infracción social del despido, no le da «un elemento organizativo seguro» con repercusión de gran alcance, como HUECK supone. La necesidad de tener que atacar la ineficacia del despido, en el ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido, mediante la acción de protección contra el despido a que se refiere el párrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido, tiene como consecuencia que el trabajador no pueda limitarse, en relación con ello, a plantear la ineficacia del despido sólo como cuestión previa en el marco de la acción de condena derivada de la relación laboral, según su opinión, no extinguida. La necesidad de la acción declarativa sujeta a plazo sirve a la clarificación inmediata y vinculante, para las partes del contrato de trabajo, también en relación con todos los derechos ulteriores derivados de la relación laboral, de la cuestión de si el despido fue socialmente justificado y de si ha conducido, por eso, a la extinción de la relación laboral. El ejercicio en plazo de la acción declarativa impide sólo, por lo demás, según el párrafo 7 de la Ley de Protección contra el Despido, la sanación incoada de un despido ineficaz, pero en lo restante no modifica la situación jurídica material entre despido y sentencia. El carácter meramente declarativo de la sentencia en el proceso de protección contra el despido no será afectado por ello.

66 También de otras disposiciones de la Ley de Protección contra el Despido no se derivan, contra la opinión de KRAFT (*ZfA* 1979, pág. 133) y de SCHWERDTNER (*DB* 1979, suplemento núm. 12, pág. 13), indicios suficientes de que el legislador se haya basado en que un trabajador despedido no necesita ser readmitido durante el proceso de protección contra el despido.

67 En primer lugar, esto vale para la regla contenida en el párrafo 9 de la Ley de Protección contra el Despido, sobre la extinción judicial de la relación laboral. Si el Tribunal declara que la relación laboral no se ha extinguido con el despido, entonces tendrá que extinguir la relación laboral de acuerdo con los requisitos más detalladamente descritos allí, a instancia del trabajador o del empresario, y condenar al empresario al pago de una indemnización apropiada.

Según el párrafo 9, apartado 2, de la Ley de Protección contra el Despido, en caso de despido socialmente justificado, el Tribunal tiene que fijar, para poder extinguir la relación laboral, el momento en que hubiera finalizado. Esta regulación se basa en que el despido es ineficaz, y de ahí que la relación laboral haya persistido hasta su extinción por el Tribunal. No obstante, se determina como momento de la extinción aquel en el que hubiera finalizado la relación laboral, cuando el despido hubiera sido justificado. Según ello, no se distingue si la relación laboral continuó realmente sobre la base de la ocupación efectiva del trabajador. A pesar de ello, esta regulación no es útil en relación con la readmisión. No puede ser valorada ni como índice de que el legislador de la Ley de Protección contra el Despido no quería reconocer un derecho general a la readmisión, ni justifica eventualmente la conclusión provisional contraria, de que precisamente ha necesitado de esta regulación para limitar más la consecuencia jurídica ocurrida de que el despido ineficaz extingue la obligación del empresario de readmitir al trabajador. El precepto del párrafo 9 de la Ley de Protección contra el Despido fue introducido con la Ley de Protección contra el Despido de 1951. Ha padecido modificaciones sólo en algunos puntos, no esenciales para la presente reflexión. El derecho de readmisión no jugaba por aquel entonces todavía ningún papel en la jurisprudencia. Por eso, debe partirse de que el legislador, con la regulación del párrafo 9 de la Ley de Protección contra el Despido, no quería hacer ninguna declaración sobre la existencia o inexistencia del derecho a la readmisión.

68 Del párrafo 12 de la Ley de Protección contra el Despido nada se deriva asimismo. Según este precepto, el trabajador que vence en el proceso de protección contra el despido y que, entre tanto, ha aceptado una nueva relación laboral, puede dentro de la semana siguiente a la firmeza de la sentencia, por medio de declaración frente al antiguo empresario, rehusar la continuación de la relación laboral con éste. De ello sólo se desprende que el legislador parte de la posibilidad de aceptación de una nueva relación laboral durante el proceso de protección contra el despido, a pesar de la persistencia de la relación laboral extinguida. Pero eso nada quiere decir acerca de si el trabajador despedido, en vez de aceptar una nueva relación laboral, hubiera podido exigir la readmisión por su empresario anterior.

69 Finalmente, contra la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado de Bremen (*DB* 1979, pág. 459), tampoco hay que deducir de la regulación del párrafo 11 de la Ley de Protección contra el Despido, sobre descuento de lo ganado en otro sitio, que la Ley de Protección contra el Despido se base en la finalización de la ocupación efectiva con el plazo de despido. Este precepto sólo prevé una regulación para el caso de que el trabajador no haya sido readmitido durante el litigio. En ello no existe ninguna descalificación concluyente del derecho a la readmisión, porque el significado del párrafo 11 de la Ley de Protección contra el Despido, en lo esencial, se reduce a facilitar a los empresarios y trabajadores el informe sobre la situación jurídica existente, a que se refiere el párrafo 615 del Código Civil. Del precepto del párrafo 11, número 3, de la Ley de Protección contra el Despido, sobre el descuento de las prestaciones jurídico-públicas de asistencia social o de seguro recibidas, del salario a pagarse con posterioridad, en caso de declaración de la ineficacia del despido, tampoco puede deducirse que en el sistema de protección individual contra el despido el aseguramiento financiero del trabajador durante el pleito de protección contra el despido sea suficiente y, al mismo tiempo, no exista necesidad ninguna de un derecho a la readmisión.

70 2. Como se expuso, sólo existe el derecho general de ocupación efectiva derivado del principio de buena fe y confianza (párrafo 242 del Código Civil), supuesto que no se opongan en el caso concreto intereses prevalentes del empresario dignos de protección. En caso de conflicto de intereses contrapuestos, se requiere entonces de una ponderación de intereses para declarar si el empresario está obligado a la ocupación efectiva real del trabajador. Esto vale verdaderamente para una relación laboral existente no litigada.

71 a) Si la relación laboral se extinguió por el empresario y se litiga sobre la persistencia de la relación laboral, porque el trabajador despedido mantiene la ineficacia del despido y se defiende con una acción, entonces se modificará, a través de ello, el equilibrio de intereses de las partes del contrato de trabajo, en lo relativo a una posterior ocupación efectiva real del trabajador despedido. Es cierto que el requisito fundamental del derecho general a la ocupación efectiva es siempre la existencia jurídica de la relación laboral, de modo que el derecho contractual a la ocupación efectiva durante el pleito de despido sólo puede darse cuando, de acuerdo con la situación jurídica objetiva, el despido decretado es ineficaz y, como consecuencia de ello, la relación laboral también subsiste durante el proceso de despido. Pero hasta la decisión firme del proceso de despido predomina la incertidumbre sobre la situación jurídica objetiva. Precisamente esta incertidumbre repercute sobre el equilibrio de intereses y lo modifica. Si el empresario readmite al trabajador despedido durante el proceso de despido, entonces correrá el riesgo de que crear hechos en perjuicio suyo que no pueden volver a ser anulados, o no pueden volver o a ser anulados totalmente, en caso de proceso ganado finalmente por él al trabajador ocupado efectivamente sin fundamento. Si, frente a ello, el empresario no readmite al trabajador despedido durante el pleito de despido y, entonces, por medio de sentencia firme se declara la ineficacia del despido, entonces se creará para el trabajador el hecho no anulable de que, a pesar de su derecho a la ocupación efectiva en el pasado, no ha sido a pesar de todo ocupado efectivamente, y esta ocupación efectiva tampoco puede ser ya recuperada. De ahí que este riesgo, para ambas partes, del resultado procesal incierto no quepa dejarlo fuera de consideración en caso de examen del derecho de readmisión.

72 A ello no puede oponerse el que la situación jurídica material objetiva dada existe con independencia de si se litiga sobre ella en un pleito, y que la existencia del derecho jurídico-material no puede depender de que esté en tramitación un pleito sobre sus requisitos; la cuestión de qué parte tiene que cargar con el riesgo del resultado procesal incierto, en caso de ejecución provisional de un derecho todavía no basado en una sentencia firme, no es una cuestión jurídico-material, sino jurídico-procesal, que estará regulada en los preceptos del Derecho de ejecución forzosa sobre la protección de la ejecución provisional.

73 Ciertamente es correcto, en principio, que la situación jurídica material objetiva existente no conduce sola a una modificación, por la que se litigará en un pleito con resultado incierto. Pero cuando un derecho, como el existente del derecho general a la ocupación efectiva, puede ser influido en su existencia, jurídico-materialmente, por los respectivos equilibrios de intereses de las partes del contrato, entonces también podrá la existencia conexa de un litigio tener efectos jurídico-materiales, cuando se aplaza el equilibrio de intereses consecuencia de la incertidumbre e inseguridad provocadas por ello.

74 b) Quizá por eso, tampoco puede prescindirse del examen de la cuestión de cómo surte efectos la incertidumbre, condicionada por el proceso, sobre la subsistencia de la relación laboral en el equilibrio de intereses de las partes y, con ello, en el derecho general a la ocupación efectiva, porque ya los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre protección de la ejecución garantizan un reparto apropiado del riesgo.

75 Los preceptos jurídico-procesales sobre protección de la ejecución no pueden modificar la posición jurídica material objetiva existente. No obstante, pueden ganar significado para el enjuiciamiento de la posición jurídica material, cuando ello viene a cuestionar el perfeccionamiento del Derecho; entonces, el perfeccionamiento del Derecho sólo puede entrar en consideración cuando el ordenamiento jurídico no posibilita verdaderamente una solución apropiada, sobre la base de las reglas existentes.

76 No obstante, el reconocimiento, por principio, del derecho general del contrato de trabajo a la ocupación efectiva tampoco representa, para la duración del litigio planteado sobre la

subsistencia de la relación laboral, ningún nuevo y posterior perfeccionamiento del Derecho frente a la jurisprudencia anterior. Más bien, se trata en este sentido simplemente de la aplicación de los principios ya desarrollados por la jurisprudencia, sobre el derecho general a la ocupación efectiva, a la situación especial del litigio en trámite sobre la existencia posterior de la relación laboral. Al mismo tiempo, los requisitos y límites del derecho general a la ocupación efectiva reconocido no pueden ser cambiados, sino que se fijan simplemente sus límites sobre la base del equilibrio de intereses provocado por la incertidumbre del resultado procesal. No obstante, el examen de la cuestión aconseja ya, no considerar adecuadamente en el pleito, para la extinción, los preceptos jurídico-procesales sobre protección en la ejecución del equilibrio de intereses de las partes del contrato de trabajo, en cuanto a la readmisión del trabajador despedido. Si tampoco cabe aquí para un nuevo perfeccionamiento del Derecho, entonces deberá considerarse ya que el reconocimiento del derecho general a la ocupación efectiva es el resultado de un perfeccionamiento del Derecho, y por eso, la Sala General debe construir sobre este perfeccionamiento del Derecho, en el caso de la cuestión sobre la organización de este derecho durante el proceso de despido. De ahí que la respuesta a esta cuestión no pueda efectuarse sin tener en cuenta los valores legales existentes sobre el reparto del riesgo del resultado incierto del proceso.

77 Sin embargo, los preceptos procesales sobre protección de la ejecución (parágrafo 62, apartado 1, inciso 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo, y párrafos 707 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no tienen en cuenta suficientemente el específico equilibrio de intereses de las partes del contrato de trabajo, en relación con la readmisión del trabajador despedido durante el proceso de despido.

78 En virtud del parágrafo 62, apartado 1, inciso 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo, el empresario sólo puede evitar la ejecución de una sentencia todavía no firme del Tribunal de Trabajo, sobre ocupación efectiva, cuando la ejecución le provocaría un perjuicio irreparable. Según este precepto, ni siquiera tales perjuicios, que sólo hay que indemnizar con severidad o fijar con severidad, bastan para excluir la ejecutabilidad provisional de la sentencia del Tribunal de Trabajo. De ello ya se desprende que la regulación legal de la protección de la ejecución no es apropiada como baremo, por causa de su complejidad, para la necesaria ponderación de todos los intereses a servir de ambas partes, en el caso del derecho general a la ocupación efectiva.

79 No obstante, se sostuvo la opinión de que la ejecución de una sentencia judicial a la ocupación efectiva le provoca siempre al empresario un perjuicio irreparable, cuando luego se declare en firme la eficacia del despido atacado y se niegue, como consecuencia de ello, el derecho a la readmisión, porque la ocupación efectiva forzada del trabajador, como tal, y el perjuicio intencionado del empresario, ligado a ello, no resultan anulables (DUDZUS/FROHNER, *BB* 1979, pág. 482 ss.; HILLEBRECHT, *BISoZArb* 1978, pá. 113 y 115; KRAFT, *ZfA* 1979, pág. 123 y 136; KÖRNIG/REINECKE, *AuR* 1978, pág. 233 y 235). La Sala General no comparte esta opinión.

80 Si verdaderamente sólo hubiera que mirar un perjuicio irreparable en el perjuicio intencionado del deudor ligado a la ejecución forzosa, entonces debería excluirse siempre la ejecutabilidad provisional, en todos los casos, de sentencias judiciales sobre realización de un acto o sobre tolerancia o cesión; entonces, ni siquiera el doblegamiento voluntario del deudor resulta luego anulable. Especialmente en caso de sentencias de tolerancia o abstención provisionalmente ejecutables, la ejecución de la sentencia logra en todo caso, a veces, una situación que no es anulable desde el mundo. Pero esto solo no basta para quitar a una sentencia la ejecutabilidad provisional. Un perjuicio irreparable, en el sentido de los preceptos mencionados sobre protección de la ejecución, sólo puede ser tal, más bien, el que por encima del solo perjuicio en

eso existente no sobrepasa el poder actuar según su voluntad (BGH Auto de 9 noviembre 1960 —IV ZR 238/60—, NJW 1961, pág. 76). En caso de una sentencia judicial sobre ocupación efectiva del trabajador, ya no hay que mirar, por eso, un perjuicio irreparable sólo en que no pueda anularse la ocupación efectiva ocurrida. Más bien, la ocupación efectiva debe temer otros perjuicios en una dimensión que, con toda probabilidad, será la de no obtener ninguna indemnización por parte del trabajador (DÜTZ, *DB* 1980, pág. 1069 y 1072; GRUNSKY, *ArbGG*, 4ª ed., §62, marginal 4; LÖWISCH, *DB* 1978, Suplemento Núm. 7, pág. 7; COEN, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, 1979, pág. 133 ss.; KLEBE/SCHUMANN, *Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß*, 1981, pág. 364 ss.).

81 Según ello, los preceptos sobre protección de la ejecución no ofrecen ningún fundamento bastante para que sean juzgados los intereses de ambas partes del contrato de trabajo, en cuanto a la readmisión del trabajador despedido hasta la conclusión en firme del proceso de despido, de modo que para la determinación de los límites del derecho general a la ocupación efectiva tiene que tener lugar una propia ponderación de intereses, no vinculada a las reglas jurídicas de protección de la ejecución.

82 3. Según todo ello, se requiere la declaración de si, en caso de relación laboral subsistente, la incertidumbre existente durante el litigio fundamenta, sobre ella, un interés prevalente y protegible del empresario demandado a la no ocupación efectiva, y contrario al interés a la ocupación efectiva del trabajador actor, y por ello, si se suprime el derecho a la ocupación efectiva mientras dura el proceso.

83 a) La incertidumbre sobre la subsistencia del contrato de trabajo extinguido no puede conducir a un aplazamiento del equilibrio de intereses de las partes del contrato de trabajo, comparable con el tiempo de existencia no impugnada de la relación laboral, cuando el despido litigado es evidentemente ineficaz.

84 En caso de ineficacia evidente del despido decretado, no existe en verdad ninguna duda a resolver sobre la subsistencia de la relación laboral, de modo que en dicho caso, sólo con la incertidumbre subjetiva pura del empresario sobre el resultado del proceso, ningún interés prevalente del empresario contrario a la readmisión del trabajador despedido puede ser fundamentado. Hay que estar de acuerdo, por eso, con la estudiada decisión mencionada de la Sala Segunda de 26 mayo 1977 (BAG 29, pág. 195 = AP Nr. 5 zu §611 BGB Beschäftigungspflicht), en que el caso del despido evidentemente ineficaz no puede ser tratado de modo diferente a aquel en el que la subsistencia de la relación laboral no es dudosa y sólo se litigará sobre si realmente hay que ocupar efectivamente al trabajador. Y es que en tales casos no existe objetivamente en absoluto ninguna incertidumbre sobre la subsistencia de la relación laboral, de manera que tampoco puede existir motivo para la no ocupación efectiva provisional del trabajador.

85 No obstante, no hay verdaderamente que suponer entonces el despido evidentemente ineficaz cuando un Tribunal de instancia declara la ineficacia del despido. Sólo existe entonces, más bien, cuando derivada de la propia alegación del empresario sin práctica de prueba y sin que se hubiera dado un margen para enjuiciar, debe imponerse realmente a todo experto la ineficacia del despido. La ineficacia del despido debe, pues, manifestarse sin ninguna duda razonable, en cuanto a lo jurídico y lo fáctico. En este sentido, la Sala Segunda entiende también, en la decisión mencionada, la característica de la evidencia, cuando significa allí que el caso del despido evidentemente ineficaz se dará ordinariamente cuando, en las circunstancias que están decididas, se desprenda directamente de la Ley la consecuencia jurídica de la ineficacia o nulidad del despido indudablemente sin ningún margen para su enjuiciamiento por el juez de los hechos. Sólo en caso de dicha comprensión del concepto del despido evidentemente ineficaz

está justificado dejar de tener en cuenta este despido para la ponderación de intereses y partir de que, para el derecho de ocupación efectiva, subsiste la relación laboral de las partes.

86 La delimitación de los despidos evidentemente ineficaces de los demás despidos ineficaces no crea especiales dificultades prácticas, en tanto que no se opongan motivos de puesta en práctica de dicha solución. También la Ley conoce el concepto de evidencia y lo emplea como rasgo de delimitación. Se avisa con respecto a ello, por ejemplo, en el párrafo 102, apartado 5, inciso 2, número 3, de la Ley de Organización de la Empresa, según el cual el Tribunal de Trabajo puede eximir al empresario, a petición suya, del deber de readmitir a que se refiere el inciso 1, mediante un interdicto, cuando la oposición del comité de empresa fue evidentemente inmotivada.

87 b) Descontados los casos de despido evidentemente ineficaz, la inseguridad sobre la eficacia del despido y, con ella, la incertidumbre del resultado del proceso, con los riesgos derivados de ello, fundamenta un interés protegible del empresario a no readmitir al trabajador despedido mientras dure el proceso de despido.

88 Si el empresario readmite al trabajador despedido a pesar del resultado procesal incierto, entonces correrá el peligro de prejuzgar fácticamente en su contra, a través de ello, el resultado del proceso de despido. A través de la readmisión real pueden perder significado los motivos de despido relativos a la persona, la conducta y la empresa (BÄCHLE, *NJW* 1979, pág. 1695 ss.; SCHWERDTNER, *DB* 1979, suplemento núm. 12, pág. 15).

89 Pero de importancia notable es, por eso, el interés del empresario a la no ocupación efectiva, porque la ocupación efectiva del trabajador durante el proceso de despido, en caso de una declaración firme posterior de la eficacia del despido, conduce a la fundamentación de una relación laboral real. Una ocupación efectiva, completamente realizada, ya no puede deshacerse. Al mismo tiempo, puede quedar pendiente si dicha relación laboral real concede, en el sentido habitual, los mismos derechos que una relación laboral de hecho y hay que tratarla, por eso, de cara al pasado, como una relación laboral jurídicamente eficaz, con la consecuencia de que el trabajador en este caso, a pesar de la eficacia del despido y de la finalización de la relación laboral derivada de ello, mantuvo su derecho a la remuneración por el tiempo de la ocupación efectiva real (así, por ejemplo, HILBRECHT, *BStSozArb* 1978, pág. 113 y 115; BÄCHLE, *NJW* 1979, pág. 1693 y 1694; COEN, *Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses*, 1979, pág. 87 ss.; MAYER-MALY, *DB* 1979, pág. 1601 y 1606; en contra: HEINZE, *DB* 1985, pág. 111 y 122 ss.; KLEBE/SCHUMANN, *Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß*, 1981, pág. 356 ss., que quiere ver, no obstante, un fundamento jurídico para la relación laboral en la «relación de ejecución procesal»). Una relación laboral fáctica requiere por lo menos, en el sentido habitual, que la ocupación efectiva del trabajador se realice ciertamente sin fundamento jurídico, pero ordinariamente con el conocimiento y la voluntad del empresario, mientras que aquí se forzará al empresario a la readmisión contra su voluntad, lo que al mismo tiempo perjudica la libertad contractual. También cuando, por eso, se quieran tomar en consideración, en este caso, los principios sobre el tratamiento de una relación laboral fáctica, recortados o no, y la revocación según el Derecho del enriquecimiento, empujará entonces dicha revocación a dificultades prácticas muy notables, que conducirían ordinariamente, o en muchos casos, al resultado de que el empresario no recobró la remuneración pagada sobre la base de su ocupación efectiva real. En todo caso, existiría el peligro de que, por causa de la revocación, ocurrieran más conflictos, y en un nuevo pleito con todas las cargas derivadas de ello. Lo mismo vale cuando, para la eventual compensación sobre el pago de la remuneración sin fundamento jurídico, se produzcan perjuicios y daños extraordinarios para el empresario. También aquí se cargaría al empresario con la prueba, a menudo difícil, de la causalidad y la cuantía del perjuicio.

90 Del lado del trabajador, subsiste un interés ideal decisivo para la aplicación del derecho general a la ocupación efectiva, a través del ejercicio de la actividad en virtud del contrato para el desarrollo de su personalidad, así como para ganarse o mantener el respeto y aprecio de los hombres de su círculo vital, igualmente no disminuido durante el proceso de despido. De ahí que sea irrelevante si en la no ocupación condicionada por el despido existe una ofensa demostrada al honor del trabajador. La protección general de la personalidad, a la que sirve el derecho a la ocupación efectiva, no se limita a la protección ante las ofensas al honor. La autoestima del trabajador y su reputación en su familia y en su medio ambiente social sufren cuando no resulta efectivamente ocupado por causa del despido.

91 El interés ideal caracterizado del trabajador a la ocupación efectiva tampoco se debilitará, por el hecho de que al mismo tiempo ello repercute en su realización durante el proceso de despido, en el sentido de una protección provisional de la existencia de la relación laboral, porque a través de la readmisión se asegurará o facilitará la reintegración del trabajador a la empresa tras el proceso ganado por él. El fundamento jurídico, el objetivo de protección y los efectos jurídicos de la readmisión hay que separarlos unos de otros, de modo que no aparezca justificado el derecho a la readmisión, en cuanto al fundamento jurídico a enjuiciar, como distinto del derecho a la ocupación efectiva (BITTER, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, 1978, pág. 38 ss.).

92 En cambio, el interés material juzgado del trabajador a la ocupación efectiva, para la percepción del salario, está por lo general suficientemente asegurado a través del parágrafo 615 del Código Civil. Si el trabajador no resulta efectivamente ocupado durante el proceso de despido, a pesar de la persistencia de la relación laboral, entonces el empresario incurrirá en retraso en la recepción, de modo que está obligado al pago de la remuneración acordada sin poder exigirse por parte del empresario la prestación posterior del servicio. El trabajador despedido puede ya plantear este derecho a la retribución en el proceso de protección contra el despido, a través de la correspondiente pretensión de condena junto a la pretensión declarativa sobre el despido. Si el trabajador despedido no aprovecha la oportunidad ofrecida a él de un trabajo diferente durante el proceso de despido, entonces sólo surtirá efecto el derecho a su remuneración al amparo del parágrafo 615 del Código Civil, cuando haya que reprocharle malevolencia. La dejación malevolente de trabajo diferente no merece ninguna protección.

93 Si se sopesan, unos frente a otros, los intereses representados por ambas partes, resultará entonces, en todo caso, que por una vez aparenta ser más fuerte y más urgente como regla, de momento, el interés protegible y justificado del empresario, por causa del alto riesgo para él, ligado a ello, de no ocupar efectivamente al trabajador despedido durante el proceso de despido. Los perjuicios causados al empresario, en caso de proceso de despido ganado finalmente por él y derivados, entonces, de la ocupación efectiva del trabajador llevada a cabo sin fundamento jurídico, son por lo general más graves que los perjuicios del trabajador, y que éste soporta a través de la cesación momentánea de la ocupación efectiva. Ciertamente, una ocupación cesada tampoco puede ser ya recuperada más tarde, cuando se confirma finalmente el despido como ineficaz. Pero una interrupción sólo transitoria de su actividad no significa todavía para el trabajador ningún perjuicio grave de las posibilidades de desarrollo de su personalidad y de su reputación en su medio ambiente social.

94 c) El equilibrio de intereses se modifica, sin embargo, cuando en el proceso de despido se dicta una sentencia de conclusión de la instancia que declara la ineficacia del despido y, con ello, la subsistencia de la relación laboral. A través de dicha sentencia todavía no firme, no se logra ciertamente ninguna clarificación definitiva sobre la subsistencia de la relación laboral. Pero las partes tuvieron oportunidad de exponer al Tribunal, en un proceso judicial regular

para el enjuiciamiento jurídico del despido, los hechos requeridos desde su perspectiva, de practicar prueba sobre ellos y de exponer sus opiniones jurídicas. Cuando, tras ello, un Tribunal dicta decisión de conclusión de la instancia y declara la ineficacia del despido, entonces ha existido con ello, al menos, un primer esclarecimiento de la situación jurídica, en el sentido del trabajador accionante. La sentencia todavía impugnada con un recurso le basta ya a la Ley, en muchos otros casos, como fundamento de una ejecución forzosa —provisional—, porque el interés de la parte, que vence en primer lugar, a realizar su derecho de accionar vale más —con excepciones previstas— que el interés de la parte contraria a no permanecer afectada por las medidas de ejecución hasta la aclaración definitiva de la situación jurídica. Por eso, la sentencia declarativa controvertida, si se interpone recurso por parte del trabajador en el proceso de despido, en caso de valoración necesaria de los intereses contrapuestos de las partes del contrato de trabajo, también debe reparar, a pesar de la incertidumbre, en su notable importancia respecto del derecho a la ocupación efectiva. Entre tanto exista, repercute en ello que, a partir de ahora, la incertidumbre del resultado procesal definitivo ya no puede fundamentar por sí sola un interés prevalente opuesto del empresario.

95 Si existe una sentencia de instancia declarativa de la ineficacia del despido, entonces deberán existir circunstancias complementarias a la de la incertidumbre del resultado procesal, de las que se desprenda, en el caso concreto, un interés prevalente del empresario para no ocupar efectivamente al trabajador.

96 Hay que pensar en este caso, por ejemplo, en circunstancias que dan derecho al empresario a la suspensión provisional del trabajador, también en la relación laboral vigente no litigada. Si existe contra el trabajador, por ejemplo, la sospecha de traición de secretos empresariales, entonces podría el empresario rehusar la readmisión de este trabajador ya durante la relación laboral existente, para impedir el espionaje de más secretos empresariales. Pero entonces deberá corresponderle, también, mantener alejado al trabajador de la empresa, a pesar de la declaración provisional de la ineficacia del despido, entre tanto no se haya comprobado con firmeza la insostenibilidad del reproche. Lo mismo podría suponerse en otros casos de conducta del trabajador punible o dañosa. También de la posición del trabajador despedido en la empresa y del tipo de su ámbito laboral puede derivarse un interés protegible prevalente del empresario, a mantener alejado de su puesto de trabajo al trabajador afectado por causa de la incertidumbre en la subsistencia de la relación laboral.

97 Además, el interés del empresario a la no ocupación efectiva deberá entonces prevalecer, cuando la readmisión del trabajador conduciría a una inexigible carga económica del empresario. Ya la regulación legal del derecho de readmisión del trabajador despedido, en el párrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, da al empresario, cuando se cumplan estos requisitos, la posibilidad de eximirse de la obligación de readmisión a través de un interdicto del empresario.

98 Sólo en caso de existencia de dichas circunstancias complementarias, cargadas en particular a él, puede el empresario entonces, a pesar de una sentencia judicial ya emanada, aún si todavía no firme, que declara la ineficacia del despido, evitar su condena a la readmisión del trabajador despedido por lo que resta de duración del litigio.

99 III. El derecho de readmisión, al igual que el derecho del trabajador despedido a la remuneración, puede hacerse valer ya durante el proceso de despido. Esto puede suceder por la vía de la acumulación objetiva de acciones (párrafo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en otro proceso.

100 Supuesto que la ineficacia del despido no deba plantearse al amparo de los preceptos de la Ley de Protección contra el Despido (cfr. párrafo 13, apartado 2 y 3, de la Ley de Protección

contra el Despido), no se requiere ninguna acción ejercitada antes o al mismo tiempo que la acción de ocupación efectiva para la declaración de la ineficacia del despido. En estos casos, hay que examinar la ineficacia del despido como cuestión previa en el proceso de readmisión.

101 En cambio, si hay que hacer valer la ineficacia del despido al amparo de los preceptos de la Ley de Protección contra el Despido y, por eso, según el párrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido, si hay que ejercitar dentro de las tres semanas siguientes a la comunicación del despido acción para la declaración de que la relación laboral no se ha extinguido a través del despido, entonces el planteamiento judicial de la readmisión requerirá el ejercicio de la acción de protección contra el despido. La acción de readmisión sólo puede atenderse, en este caso, cuando un Tribunal de Trabajo ha declarado o simultáneamente declara, en relación con la correspondiente acción de protección contra el despido del trabajador, que la relación laboral no se ha extinguido a través del despido.

102 El aplazamiento del procedimiento sobre la acción de ocupación efectiva hasta la decisión firme del proceso de despido, en virtud del párrafo 148 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no está permitida. Ciertamente, el derecho de readmisión depende de la cuestión de la subsistencia de la relación laboral, que es objeto del proceso de protección contra el despido. Sin embargo, el párrafo 148 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confía a la debida discreción del Tribunal si aplaza su procedimiento en caso de anticipación de otro litigio conexas, pero no fuerza al Tribunal al aplazamiento del procedimiento.

103 Contra el parecer de HEINZE (*DB* 1985, pág. 111 y 125), la regulación de los párrafos 61a, apartado 1, y 64, apartado 8, de la Ley del Tribunal de Trabajo no conduce a una reducción del ámbito de discreción judicial a que se refiere el párrafo 148 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que el Tribunal estaría forzado al aplazamiento del procedimiento sobre la acción de ocupación. Los preceptos mencionados de la Ley del Tribunal de Trabajo ofrecen la tramitación preferente del proceso de despido. Pero esto sólo significa que la decisión sobre la pretensión de ocupación efectiva no puede conducir a un retraso del litigio de despido. Si la acción de ocupación efectiva está madura para decidirse al mismo tiempo que la acción de protección contra el despido, entonces el litigio de despido no se retrasará a través de la decisión simultánea de la pretensión de ocupación.

104 IV. Este resultado obtenido por la Sala General no está en contradicción con la toma de posición del legislador. Ni el tratamiento no repetido de las propuestas de la Comisión del Código de Trabajo, planteadas en enero de 1970 por el Gobierno federal en un procedimiento legislativo, ni el rechazo de una solicitud de decisión de los Estados federados de Hamburgo y Hesse, sobre el derecho de readmisión en el proceso de despido, por la Cámara Alta el 7 octubre 1983, permiten reconocer la voluntad del legislador de que el derecho a la readmisión, al margen de las regulaciones de los párrafos 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, y 79, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación, deba ser excluido.

105 Las propuestas de la Comisión del Código de Trabajo, sobre un Derecho general del contrato de trabajo, también preveían una regulación, copiada del párrafo 102, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa, sobre el derecho de readmisión tras el transcurso del plazo extintivo y hasta la finalización del proceso de despido. Los trabajos de esta Comisión no han concluido a finales de 1976. Para el tratamiento del resultado elaborado no se ha producido un procedimiento legislativo. Por eso, no dice que el legislador no haya querido introducir un derecho a la readmisión. La regulación conjunta no ha sido retomada por él, aunque en muchas cuestiones ha existido y existe una necesidad de regulación.

106 La solicitud de decisión presentada en la Cámara Alta por los Estados federados de Hamburgo y Hesse, con el requerimiento planteado en común al Gobierno federal de presentar un proyecto de Ley para la ampliación del derecho de readmisión durante el proceso de protección contra el despido (*BR-Drucks. 273/83*), fue rechazada en la sesión plenaria de la Cámara Alta de 7 octubre 1983 (Protocolo 527. Sesión, pág. 357 ss.) por la mayoría de la Cámara Alta. Este rechazo lo ha fundamentado por la mayoría de la Cámara Alta el Senador Prof. Dr. SCHOLZ (Berlín), ante todo en que, según la solicitud de decisión, el derecho a la readmisión debe ser garantizado globalmente en todo caso y sin tener en cuenta la legitimidad material del despido. De sus manifestaciones para el rechazo, sólo se deduce que la mayoría de la Cámara Alta no quería ver que se hiciera realidad un derecho general e incondicionado a la readmisión, pero que otras regulaciones «son discutibles y quizá también plausibles» (*ibidem*, pág. 369). Por consiguiente, no hay que ver en el tratamiento de esta solicitud ninguna toma de posición excluyente e inequívoca en la Cámara Alta sobre la cuestión de un derecho a la readmisión durante el proceso de protección contra el despido. Faltan, para ello, en esta toma de posición cualquier tipo de manifestaciones de voluntad de la Cámara Baja Alemana, al igual que declaraciones sobre los correspondientes objetivos del legislador.

5. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 28 MARZO 2006 (REFERENCIA 1 ABR 58/04)

1 **Circunstancias:** A. Los litigantes pleitean sobre la capacidad convencional del «Sindicato Cristiano del Metal».

2 Demandante es el Sindicato de la Industria del Metal (IG Metall), litigante número 1). Exige, al amparo de sus estatutos, la competencia para convenir en todo el territorio federal, en especial en las empresas de la industria del metal, de la producción de metal, industria de producción de hierro y acero, de manufactura de metal, de electroindustria y empresas de prestación de servicios conexos. En enero 2002, tenía 2.685.942 afiliados, de los que 1.769.776 tienen una relación laboral.

3 El Sindicato Cristiano del Metal (CGM), litigante número 2), según sus datos, fue fundado en el año 1899, y según datos del IG Metall, fue fundado en el año 1959 como Asociación Cristiana de Trabajadores del Metal de Alemania (CMV). En octubre 1991, se dio a la asociación su nombre actual. Según el párrafo 1, número 3, de sus estatutos, que entraron en vigor el 16 octubre 1999, el CGM es un «sindicato independiente». Su ámbito organizativo estatutario se extiende al territorio de la República Federal de Alemania y comprende los ámbitos de la producción de metal, industria de utilización de metal, de la manufactura del metal, de electroindustria y de las demás empresas del metal. Pueden ser afiliados los trabajadores empleados en este ámbito organizativo. El CGM se subdivide en asociaciones de Estado federado, de Distrito, de Lugar y/o Sector, así como en grupos de empresas. Forman parte de sus funciones y objetivos, según el párrafo 2 de los estatutos, entre otros, «contribuir a una regulación justa del salario y a la participación de los trabajadores», la «regulación de las demás condiciones laborales a través de los convenios colectivos» y los «subsidios en caso de huelgas reconocidas sindicalmente, en caso de cierre patronal y de sanción». Está afiliado a la Federación Sindical Cristiana de Alemania (CGB), litigante número 8).

4 En el año 2001, estaban empleados en el ámbito de organización del CGM poco menos de 5,5 millones de trabajadores. De ellos correspondían cerca de 960.000 a la fabricación de vehículos, cerca de 780.000 a la electroindustria, cerca de 903.000 a la fabricación de máquinas y cerca de 993.000 trabajadores a artefactos metálicos y elaboración de artefactos metálicos. En la manufactura del metal y en la manufactura eléctrica estaban ocupados en 1995 —en este sentido, no se han encontrado los registros de 2001—, en todo el territorio federal, aproximadamente 1,9 millones de trabajadores. El CGM, según declaración jurada de sus secretarios de Estado federado de 23 julio 2003, tenía 97.389 afiliados en todo el territorio federal, a 31 diciembre 2001, de los que 88.044 permanecen activos en la vida laboral. El IG Metall sostiene «en el mejor de los casos» unos efectivos de afiliados, del orden de 50.000, por justificar.

5 El CGM emplea 43 trabajadoras y trabajadores, y entre ellos, 14 secretarios sindicales de carrera. Trabajan en la administración principal en Stuttgart, así como en los Secretariados de Sulzbach/Murr, Friedrichshafen, Duisburgo, Bonn, Schweinfurt, Regensburg, Ausburgo, Rüsselsheim, Saarbrücken, Wolfsburgo, Hannover, Gera, Chemnitz, Magdeburgo y Berlín. Junto a ellos, están ocupados honoríficamente un total de 498 afiliados sindicales.

6 El CGM asume representar por sí una «política convencional orientada al consenso». Al mismo tiempo, según sus estatutos, también afirma la huelga como medida de conflicto para alcanzar los objetivos establecidos. No ha organizado todavía ninguna huelga. En 1984, varios miles de sus afiliados fueron incluidos en un conflicto laboral, a través de un cierre patronal, y recibieron de él más de 10 millones de marcos en subsidios de cierre.

7 En el ámbito de la industria del metal y de la electroindustria, el CGM concluyó en el pasado, ante todo en los antiguos Estados federados, cerca de 3.000 convenios colectivos de adhesión con asociaciones empresariales o empresarios concretos.

8 En el ámbito de la manufactura, acordó desde finales de los 80/comienzos de los 90, con las asociaciones especializadas que están organizadas en la Manufactura del Metal Alemana Asociación del Metal Asociación Federal (BVM), litigantes número 11), así como con las Asociaciones Corporativas de Estado federado, litigantes números 12) a 17), un conjunto de 550 convenios colectivos propios en alrededor de 30 ámbitos convencionales. En ese caso, se trataba de convenios colectivos marco, para los convenios colectivos salariales y retributivos, así como para los convenios colectivos sobre otras materias reguladas. El CGM ha presentado 31 documentos notariales, según los cuales se prueba la identidad por medio del carnet de identidad y del carnet de afiliado, pero en los documentos no constan con una relación laboral los afiliados mencionados nominalmente como trabajadores, en las concretas empresas de manufactura expresamente designadas. En el ámbito de la manufactura eléctrica, el CGM ha desplazado en gran medida al IG Metall, como parte de convenios colectivos, en los nuevos Estados federados. También en otros ámbitos de la manufactura, la organización del IG Metall es relativamente escasa. Osciló en 1998 entre el 2,4% (peones de dispositivos frigoríficos, electrónicos de información de oficina) y el 10,2% (peones de carrocías/fabricación de vehículos, mecánicos de automóviles).

9 El CGM acordó con la asociación OSTMETALL en el año 1998, para los Estados federados de Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia, el instrumento colectivo «Phönix». Al OSTMETALL pertenecen la Asociación de la Industria del Metal y de la Electroindustria de Sajonia, asociación registrada (VSME), la Asociación de la Industria del Metal y de la Electroindustria de Sajonia-Anhalt, asociación registrada, y la Asociación de la Industria del Metal y de la Electroindustria de Turingia, asociación registrada, litigantes número 3). Estas tres asociaciones están afiliadas a la Asociación Conjunta de las Asociaciones Empresariales de las Industrias del Metal (Gesamtmetall), litigante número 10). El CGM concluyó con la VSME, desde 1996, más convenios colectivos.

10 El CGM acordó, además, alrededor de 40 convenios colectivos empresariales, y entre ellos, un instrumento colectivo con el Grupo JENOPTIK de 6 marzo 1999. La estipulación se efectuó tras el hecho de que el Grupo JENOPTIK, dado de baja en la asociación empresarial, y el IG Metall no pudiesen acordar a comienzos de 1999 un convenio colectivo empresarial. Éste se logró finalmente el 17 noviembre 1999. En lo sucesivo, se adoptó un convenio colectivo de adhesión celebrado con el CGM.

11 La capacidad convencional del CGM es discutida desde hace tiempo. Por Auto de 4 febrero 1972 (6 BV 3/71 - EzA GG Art. 9 Nr. 9), el Tribunal de Trabajo de Stuttgart declaró, a instancia del por aquel entonces CMV, que éste es un sindicato a los efectos del Derecho del Trabajo. El Auto quedó firme.

12 Con la demanda presentada en el Tribunal de Trabajo en 27 noviembre 1996, el IG Metall ha solicitado la declaración de que el CGM no es ningún sindicato con capacidad convencional. El CGM no posee la fuerza de imponerse necesaria para ello. Ésta no se deriva ni del grado de organización ni de los convenios colectivos celebrados por el CGM. No se ha determinado en qué medida los convenios celebrados se aplicarían realmente a las relaciones laborales.

13 El IG Metall ha solicitado que se declare que el CGM no es ningún sindicato, a los efectos del Derecho del Trabajo.

14 El CGM, el litigante número 4) y los litigantes números 9) a 17) han solicitado que se rechace la demanda. Han expresado la opinión de que el CGM tiene capacidad convencional. Su fuerza de imponerse se muestra en especial en que en el ámbito de la manufactura ha celebrado numerosos convenios colectivos originarios y en el ámbito de la industria ha celebrado gran número de convenios colectivos de reconocimiento. Para la capacidad convencional de una asociación de trabajadores, no resulta necesario un número mínimo de afiliados en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo. El IG Metall abusa del procedimiento presente para eliminar al CGM como competencia no querida.

15 Las partes han litigado, en primer lugar, acerca de si la firmeza del Auto del Tribunal de Trabajo de Stuttgart de 4 febrero 1972 se opone a la demanda del IG Metall. La Sala ha negado esto por Auto de 6 junio 2000 (1 ABR 21/99 - BAG 95, 47 = AP BetrVG 1972 § 97 Nr. 9). La queja constitucional interpuesta frente a ello, no fue admitida para su decisión por el Tribunal Federal Constitucional (23 febrero 2001 - 1 BvR 4/01 - AP GG Art. 20 Nr. 32). Tras la prosecución del procedimiento, el Tribunal de Trabajo ha estimado la demanda del IG Metall. En la queja del CGM, así como de los litigantes números 3) y 9) a 17), el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha revocado el Auto del Tribunal de Trabajo y desestimado la demanda. La queja por razones de Derecho del IG Metall, admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, no tiene éxito.

16 **Por los motivos:** B. La queja por razones de Derecho no está fundada. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha desestimado la demanda del IG Metall conforme a Derecho. El CGM es un sindicato con capacidad convencional.

17 I. Aparte de los litigantes oídos por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, no han pleiteado en el procedimiento otras personas, asociaciones o partes.

18 I. La participación en un procedimiento para decidir sobre la capacidad convencional de una asociación de trabajadores —como tradicionalmente también en el procedimiento [a decidirse] por Auto— hay que examinarla de oficio, aun en el procedimiento de queja por razones de Derecho. A las personas y partes que no fueron oídas injustamente hasta aquí, también hay que consultarlas sin que ello se reclame en el procedimiento (cfr. BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG § 2 Nr. 55 [apartado B I 3a de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG § 2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B I 1 de los Motivos]). En cambio, en el procedimiento de queja por razones de Derecho no hay que examinar de oficio, por principio, si todas las personas, asociaciones y partes litigantes fueron oídas conforme a Derecho en las instancias previas (cfr. BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 1 [B I 1 de los Motivos], con justificaciones adicionales).

19 2. Quién sea litigante en el procedimiento a que se refiere el párrafo 97, apartado 1, y el párrafo 2a, apartado 1, número 4, de la Ley del Tribunal de Trabajo, se deduce del párrafo 83, apartado 3, de la Ley del Tribunal de Trabajo, que resulta de aplicación igualmente en virtud del párrafo 97, apartado 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo. Es decisiva la afectación directa en la posición jurídica como asociación de trabajadores o asociación empresarial. De ahí que siempre sea interesado la asociación sobre cuya capacidad convencional se discute. Interesados son, además, la parte trabajadora y la parte empresarial, supuesto que pueda afectarles la decisión. En este caso, por principio, es suficiente la participación de las correspondientes asociaciones centrales (BAG 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG § 2 Nr. 36 [B I 3a de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG § 2 Nr. 55 [apartado B I 3b y c de los motivos], con justificaciones adicionales; 14 diciembre 2004 - 1 ABR

51/03 - AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr.1 = EZA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B I 1 de los Motivos]). Esto rige también, además, cuando las asociaciones empresariales que están afiliadas a una organización central, han formado una comunidad convencional que, a su vez, no está afiliada a la organización central. Los intereses de las asociaciones empresariales incluidas en la comunidad convencional pueden ser, por tanto, defendidos a través de las organizaciones centrales que sean parte. No se requiere —con independencia de su naturaleza jurídica— de una participación separada de la comunidad convencional. Supuesto que del Auto de la Sala de 6 junio 2000 (1 ABR 10/99 - AP TVG § 2 Nr. 55 [B I 3 c aa de los Motivos]) podía deducirse una conclusión distinta, la Sala no se aferra a ello. Si se extiende la competencia de la asociación, sobre cuya capacidad convencional se litiga, al territorio de varios Estados federados, también está interesada en el procedimiento la autoridad laboral suprema de la Federación (cfr. 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - AP TVG § 2 Nr. 36; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - AP TVG § 2 Nr. 55 [B I 3d de los Motivos]).

20 3. Según ello, no es evidente que en el presente procedimiento no hubiese tenido lugar la audiencia de una asociación o parte que esté afectada directamente en su posición jurídica como asociación de trabajadores o asociación empresarial, a través de la decisión a adoptar. Contra la opinión de los litigantes números 3), 9), 10) y 12) a 17), OSTMETALL no es interesada. En ese caso, lo importante no es si OSTMETALL está afiliada a Gesamtmetall o a la BDA. Las afiliadas a OSTMETALL —la VSME, la Asociación de la Industria del Metal y de la Electroindustria de Sajonia-Anhalt, asociación registrada, y la Asociación de la Industria del Metal y de la Electroindustria de Turingia, asociación registrada— están simultáneamente afiliadas a Gesamtmetall. De ahí que sea suficiente que esta asociación, en cuanto que asociación central competente, sea parte en el procedimiento. No se requiere el examen de si todos los actuales interesados fueron oídos conforme a Derecho. No se han efectuado críticas por ninguna de las partes en contra de la participación admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado.

21 II. Las instancias previas han valorado la demanda, en cuanto a su admisibilidad, conforme a Derecho.

22 1. La demanda es suficientemente precisa, a los efectos del procedimiento jurídico-laboral [a decidirse] por Auto, aplicando el parágrafo 253, apartado 2, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, ello requiere de interpretación.

23 a) Objeto del procedimiento es la decisión sobre la capacidad convencional de una asociación, a los efectos del parágrafo 2a, apartado 1, número 4, y parágrafo 97, apartado 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo. Debe aclararse si el CGM puede ser parte de un convenio colectivo, a los efectos del parágrafo 2, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo. En cambio, no se trata de si es un sindicato, a los efectos de todas las disposiciones —por ejemplo, a los efectos del parágrafo 2 de la Ley de Organización de la Empresa— jurídico-laborales. De ahí, en el caso litigado, que ello no dependa de si el concepto de sindicato es uno uniforme para todo el Derecho del Trabajo —en especial, la Ley de Organización de la Empresa, la Ley del Convenio Colectivo y la Ley del Tribunal de Trabajo— (así, BAG 15 marzo 1977 - 1 ABR 16/75— BAG 29, 72 = AP GG Art. 9 Nr. 24 [III 1 de los Motivos]; sobre la cuestión, KRAFT/FRANZEN, *GK-BetrVG*, 8ª ed., §2, marginal 33 ss., con justificaciones adicionales). Sucediendo, contra la interpretación de la demanda efectuada por las instancias previas, que con ella se demandará finalmente una decisión sobre la capacidad convencional del CGM, los litigantes tampoco han planteado ninguna objeción.

24 b) La precisión de la demanda no obstaculiza litigar sobre la posibilidad de una capacidad convencional relativa o parcial (cfr., en relación con ello, B III 2 de los Motivos). La demanda

está evidentemente dirigida a la declaración de que al CGM no le corresponde en absoluto ninguna capacidad —tampoco ni general ni parcial— convencional.

25 2. El IG Metall tiene derecho de demandar, en virtud del parágrafo 97, apartado 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo.

26 a) Para ello es necesario que coincida el ámbito de competencia espacial y objetivo de la asociación que plantea la demanda, al menos parcialmente, con el ámbito de competencia de la asociación cuya capacidad convencional se discute (cfr. BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B I 2 de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B II 2 de los Motivos]). Éste es aquí el caso.

27 b) Contra la opinión expresada por los litigantes números 3), 9) y 12) a 17), el poder de demandar de un sindicato, en el procedimiento a que se refiere el parágrafo 97, apartado 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo, no requiere de ningún derecho propio trascendente del sindicato. Más bien, el parágrafo 97, apartado 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo —entre otros— confiere a una asociación de trabajadores, competente espacial y objetivamente, el poder procesal de clarificar judicialmente la capacidad convencional de otra asociación de trabajadores con derecho al mismo ámbito de competencia, total o parcialmente. De ahí que tampoco dependa el poder de demandar del sindicato demandante, de si debe conseguir, por causa del principio actual de la unidad convencional, expresado por el Tribunal Federal de Trabajo, que el convenio colectivo celebrado por él pueda ser desplazado por un acuerdo de la asociación de trabajadores competidora.

28 c) Supuesto que la asociación que plantea la demanda litigue la capacidad convencional de otra asociación, debe ser capaz de convenir colectivamente por sí misma (cfr. BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B I 2 de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B II 2 de los Motivos]). También es éste el caso presente.

29 aa) La capacidad convencional general del IG Metall no se niega por ninguno de los litigantes. Difícilmente se deja discutir con seriedad, en el caso de una de las asociaciones de trabajadores con más afiliados a escala mundial.

30 bb) Los litigantes números 3), 9), así como 12) a 17), han objetado que la capacidad convencional del IG Metall no puede ser admitida sin más, en todo caso, referida a los ámbitos de la manufactura del metal, manufactura sanitaria y manufactura eléctrica, dado que el CGM ha sustituido casi al IG Metall en estos ámbitos convencionales como parte del convenio colectivo. Esta objeción no resulta adecuada para poner en cuestión el poder de demandar del IG Metall. La falta de fuerza de imponerse de una asociación de trabajadores, en una parte del ámbito de competencia reclamado, no suprime la totalidad de su capacidad convencional (más detalles, en B III 2 de los Motivos). De ahí que el IG Metall tenga también entonces, en el presente procedimiento, un poder de demandar no restringido, aun cuando —ya— no puede tener ninguna fuerza de imponerse en el ámbito de la manufactura del metal, de la manufactura sanitaria y de la manufactura eléctrica.

31 3. El IG Metall tiene interés jurídico necesario en la declaración demandada, según el parágrafo 256, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esto se sigue de hecho que la decisión firme sobre la capacidad convencional despliega toda su eficacia a favor y en contra de todos (BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B I 1 de los Motivos]).

32 4. La admisibilidad de la demanda no se opone a la afirmación del CGM y de los litigantes números 3), 9), 10), así como 12) a 17), de que el IG Metall abusa del procedimiento para

que se elimine a los competidores indeseados. No existen puntos de referencia fiables para la suposición de que el IG Metall se dirige no a la declaración pretendida de falta de capacidad convencional del CGM, sino exclusivamente a obstaculizar a éste en su libertad de acción. La circunstancia de que el IG Metall se encuentre en competencia con el CGM respecto del reclutamiento de afiliados, no basta para ello.

33 III. La demanda está infundada, como ha reconocido acertadamente el Tribunal de Trabajo del Estado federado. El CGM es capaz de convenir. Cumple en relación con ello todos los requisitos necesarios.

34 1. Según jurisprudencia constante de la Sala, una asociación de trabajadores debe cumplir los requisitos mínimos determinados para ser capaz de convenir. La Sala ha descrito estos requisitos, últimamente, en el Auto de 14 diciembre 2004 (1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 2, [prevista para la Colección Oficial], [B III 1 de los Motivos]). Según él, una asociación de trabajadores debe haberse fijado como función estatutaria la salvaguardia de los intereses de sus afiliados en cuanto que trabajadores, y estar dispuesta a celebrar convenios colectivos. Debe estar constituida con libertad, libre de enemigos, independiente y estar organizada con una base supraempresarial, y reconocer el Derecho de convenios colectivos vigente como vinculante. Además, es requisito que la asociación de trabajadores pueda cumplir útilmente su función como parte del convenio colectivo. De ello forma parte, de un lado, la fuerza de imponerse frente a la contraparte social, y de otro lado, una indudable capacidad de cumplimiento de la organización (cfr. 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1; 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B II 2 y 3 de los Motivos]; 16 enero 1990 - 1 ABR 10/89 - BAG 64, 16 = AP TVG §2 Nr. 39 [B II 1 y 2 de los Motivos]; 16 enero 1990 - 1 ABR 93/88 - AP TVG §2 Nr. 38 = EzA TVG §2 Nr. 19 [B II 1 de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 = EzA TVG §2 Nr. 24 [B II 1 de los Motivos]). A estos principios se aferra la Sala.

35 a) La noción de capacidad convencional no está legalmente definida. Está requerida como cualidad en el parágrafo 2a, apartado 1, número 4, y parágrafo 97, apartado 1 y apartado 5, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo. Se trata de una capacidad jurídica, para regular a través de acuerdo con la contraparte social las condiciones laborales mediante convenios colectivos, con la eficacia de que rijan directamente e independientemente como normas jurídicas para las personas vinculadas por el convenio (BVerfG 19 octubre 1966 - 1 BvL 24/65 - BVerfGE 20, 312 = AP TVG §2 Nr. 24 [C I 1 de los Motivos]; BAG 16 noviembre 1982 - 1 ABR 22/78 - AP TVG §2 Nr. 32 = EzA GG Art.9 Nr. 36 [B II de los Motivos]). Su fracaso no conduce a la incapacidad negocial de la asociación de trabajadores afectada. Siempre y cuando posea capacidad jurídica, puede celebrar con un empresario o con una asociación de empresarios acuerdos obligacionales, llamados acuerdos de coalición (cfr. LÖWISCH/RIEBLE, *MünchArbR*, §280, marginal 10 ss.; SCHAUB/Franzen, *ErfK*, 6ª ed., §2 TVG, marginal 4). Pero tales acuerdos no se corresponden con la eficacia normativa de un convenio colectivo. Necesitan, más bien, la transposición contractual a la relación laboral individual.

36 b) Tampoco están legalmente prescritas las exigencias que hay que asignar a la capacidad convencional de una asociación de trabajadores. El parágrafo 2, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo no determina la noción de sindicato con capacidad de convenir, sino que la exige. La regulación del [apartado] A III 2 del Contrato de Estado para Lograr una Unión Monetaria, Económica y Social entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana de 18 mayo 1990, y el Protocolo Común sobre Principios, que se corresponde casi literalmente con las exigencias desarrolladas por la jurisprudencia, no representa igualmente ninguna regulación legal de los requisitos a asignar a la capacidad convencional de una

asociación de trabajadores. Ciertamente, a través de la Ley de Aprobación de la Cámara Baja de 25 junio 1990 (Boletín Oficial Federal II, pág. 518), ha encontrado acogida en la voluntad del legislador (BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 21/99 - BAG 95, 47 = AP BetrVG 1972 §97 Nr. 9 [B II 4 c de los Motivos]). Pero no se ha convertido a través de ella en Ley material (BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 21/99 - AP BetrVG 1972 §97 Nr. 9, con justificaciones adicionales; RICHARDI, *NZA* 2004, 1025, 1028; cfr., también, WIEDEMANN/OETKER, *TVG*, 6ª ed., §2, marginal 7; LÖWISCH/RIEBLE, *TVG*, 2ª ed., §2, marginal 7). Supuesto que el legislador ha renunciado a regular expresamente los requisitos de la capacidad convencional, se mantiene la función de los Tribunales laborales de completar a través de la interpretación, en el marco del litigio traído ante ellos, el concepto jurídico indeterminado, a la luz del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. BVerfG 20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfG 58, 233 = AP TVG §2 Nr. 31 = EzA TVG §2 Nr. 13 [B I 2 de los Motivos]). En ese caso, hay que tener en cuenta la manifestación de voluntad asumida por los órganos legislativos de la República Federal de Alemania, que se hizo expresa en la Ley de Aprobación de 25 junio 1990 (BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 21/99 - AP BetrVG 1972 §97 Nr. 9).

37 c) Las exigencias del Derecho judicial relativas a la capacidad convencional se ofrecen en interés de una autonomía convencional que funcione. Son —contra el dictamen jurídico emitido por HENSSLER, por encargo del CGM (*Soziale Mächtigkeit und organisatorische Leistungsfähigkeit als Voraussetzungen der Tariffähigkeit der Gewerkschaften - Das Beispiel der Christlichen Gewerkschaft Metall*)— conformes a la Constitución. Tampoco hay que poner reparos de Derecho comunitario o de Derecho internacional.

38 aa) Esto rige en especial para la necesidad de influencia social.

39 (1) Según jurisprudencia constante de la Sala, una asociación de trabajadores debe poseer fuerza de imponerse, para asegurar que la contraparte social no puede pasar por alto ofertas de negociación. Un equilibrio de intereses adecuado, socialmente pacificador, sólo puede lograrse cuando la asociación de trabajadores puede ejercer al menos tanta presión, que la parte empresarial se vea motivada a implicarse en negociaciones sobre una regulación convencional de las condiciones de trabajo. La asociación de trabajadores debe ser tomada con seriedad por su contraparte social, de manera que las condiciones laborales no se establezcan unilateralmente por la parte empresarial, sino que sean realmente negociadas. Si una asociación de trabajadores posee tal fuerza de imponerse, ello deberá declararse sobre la base de todas las circunstancias del caso concreto (cfr., últimamente, 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e de los Motivos]; además, 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B II 3 a de los Motivos]; 16 enero 1990 - 1 ABR 10/89 - BAG 64, 16 = AP TVG §2 Nr. 39 [B II 2 de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B II 1 de los Motivos]). Por supuesto, no pueden imponerse a la capacidad convencional exigencias que repercutan de manera importante en la constitución y actividad de una coalición, que recorten éstas desproporcionadamente y que conduzcan así a ahuecar la actividad y constitución libres de las coaliciones, aseguradas por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. De ahí que la capacidad de imponerse frente a la contraparte social para participar en una ordenación útil de la vida laboral no puede significar que los trabajadores-coalición deban tener la oportunidad de victoria total. Sólo debe poder esperarse que será tomado realmente con seriedad por la contraparte y, por eso, la regulación de las condiciones de trabajo no provendrá del dictado de una de las partes (BVerfG 20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfG 58, 223 = AP TVG §2 Nr. 31 = EzA TVG §2 Nr. 13, [B I 2 de los Motivos]; BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 de los Motivos], con justificaciones adicionales).

40 (2) Esta jurisprudencia es conforme a la Constitución. La necesidad impuesta por el Derecho judicial de influencia social se injerta ciertamente en la libertad de acción de una asociación de trabajadores. Sin embargo, el injerto está justificado en interés de una autonomía convencional capaz de funcionar.

41 (a) El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza a todo hombre y para toda profesión el derecho a formar coaliciones para la garantía y la promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas. El derecho fundamental protege a los individuos a la hora de fundar una de dichas asociaciones, de afiliarse a ella o de no afiliarse. Además, protege a la coalición en su existencia y su estructuración organizativa, así como en aquellas actividades que estén dirigidas a garantizar y promover las condiciones laborales (cfr. BVerfG 14 noviembre 1995 - 1 BvR 601/92 - BVerfG 93, 352 = AP GG Art. 9 Nr. 80 = EzA GG Art. 9 Nr. 60 [B I 1 de los Motivos]). De la actividad protegida forma parte la celebración de convenios colectivos, a través de los cuales las coaliciones regulan las condiciones salariales y demás condiciones laborales materiales con responsabilidad propia y, en lo esencial, sin interferencia estatal, en un ámbito en el que el Estado ha renunciado ampliamente a su competencia reguladora (BVerfG 20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfGE 58, 233 = AP TVG §2 Nr. 31 = EzA TVG §2 Nr. 13 [B I 1 de los Motivos]). La garantía y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas es efectivamente sólo posible en cooperación con la contraparte social. Por consiguiente, la negociación de convenios colectivos es la parte más importante de la actividad en cuanto que coalición (DIETERICH, *RdA* 2002, 1, 8).

42 (b) La protección garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal a la libertad de acción sólo se pone en juego, entonces, cuando la asociación de trabajadores es capaz de convenir (BAG 15 marzo 1977 - 1 ABR 16/75 - BAG 29, 72 = AP GG Art. 9 Nr. 24 [III 2 de los Motivos], con justificaciones adicionales). Las asociaciones disfrutan, más bien, de la protección del artículo 9 de la Constitución Federal ya en un estadio en el que sólo aspiran a la necesaria fuerza de imponerse (BAG 17 febrero 1998 - 1 AZR 364/97 - BAG 88, 38 = AP GG Art. 9 Nr. 87 [II 1 b aa de los Motivos], con justificaciones adicionales). De ahí que haya que tener ya en cuenta la protección de la libertad de acción cuando se trata de la determinación de las exigencias que hay que requerir a la capacidad convencional de una asociación de trabajadores. Esto se corresponde con la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, según la cual la libertad sindical garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no permite hacer depender la capacidad convencional de una asociación de trabajadores —en todo caso, para las profesiones del hogar— de su disposición de lucha (6 mayo 1964 - 1 BvR 79/62 - BVerfG 18, 18 = AP TVG §2 Nr. 15 [B IV de los Motivos]).

43 (c) Si se niega la capacidad convencional a una asociación de trabajadores, entonces se la perjudicará notablemente en su acción específica como coalición. Se le negará el poder jurídico de celebrar convenios colectivos. Además, se le dificultará notablemente de manera fáctica, en todo caso, el reclutamiento de afiliados, que forma parte igualmente de la libertad de acción (cfr. BVerfG 14 noviembre 1995 - 1 BvR 601/92 - BVerfGE 93, 352 = AP GG Art. 9 Nr. 80 = EzA GG Art. 9 Nr. 60 [B I 2 de los Motivos]), porque no puede hacer publicidad con convenios colectivos ya celebrados o a punto de celebrarse, sino en el mejor de los casos con la oportunidad de que será capaz posiblemente de convenir en el futuro.

44 (d) De ahí que la limitación de la libertad de acción, que está ligada a que se exija la capacidad de imponerse o una influencia cierta para el reconocimiento de la capacidad convencional, requiera de una justificación constitucional. En ese caso, en fin, no depende de si la posibilidad de celebrar convenios colectivos forma parte del «ámbito nuclear» de la libertad sindical (cfr., para la clarificación de la llamada formalidad del ámbito nuclear, BVerfG 14 noviembre 1995

- 1 BvR 601/92 - BVerfGE 93, 352 = AP GG Art. 9 Nr. 80 = EzA GG Art. 9 Nr. 60). Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, el derecho fundamental de libertad sindical prohíbe hacer depender la capacidad convencional de circunstancias que no resultan exigidas por la naturaleza de la cosa y, por consiguiente, de la función de ordenación y pacificación de la vida laboral existente en interés general (20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfGE 58, 233 = AP TVG §2 Nr. 31 = EzA TVG §2 Nr. 13 [B I 1 de los Motivos]). Por principio, para justificar una limitación de la libertad de acción resulta especialmente apropiada la capacidad funcional de la autonomía convencional existente en interés general.

45 (aa) Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal sólo obliga en sustancia a ese efecto al Estado a establecer un sistema de convenios colectivos; naturalmente, no es el sentido de la libertad sindical garantizada en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal que el legislador admita sin más toda coalición para la celebración de convenios colectivos (18 noviembre 1954 - 1 BvR 629/52 - BVerfGE 4, 96 = AP GG Art.9 Nr. 1 [C 2 b aa y bb de los Motivos]). Más bien, por causa de la Constitución, la autonomía convencional corresponde sólo a las coaliciones que estén en posición de organizar con provecho, a través de convenios colectivos, el espacio de la vida laboral dejado libre por el ordenamiento jurídico del Estado. Esto requiere solidaridad de la organización y fuerza de imponerse frente a la contraparte social (24 febrero 1999 - 1 BvR 123/93 - BVerfG 100, 214 = AP BetrVG 1972 §20 Nr. 18 = EzA GG Art. 9 GG Nr. 64 [B II 2 b bb de los Motivos]). Las exigencias se justifican desde la función de la autonomía convencional. Esto está dirigido a equilibrar la inferioridad estructural de los trabajadores individuales para la celebración de convenios colectivos a través de la negociación colectiva, y con ello, posibilitar una negociación próxima a la igualdad de los salarios y condiciones laborales (26 junio 1991 - 1 BvR 779/85 - BVerfG 84, 212, 229 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 97 [C I 3 b aa de los Motivos]; DIETERICH, *RdA*, 2002, 1, 9).

46 (bb) La ordenación útil de la vida laboral a realizar por medio de la autonomía colectiva es al mismo tiempo fundamento de la praxis del legislador para asignar en muchos campos a las partes del convenio colectivo poderes de regulación, que niega por razones de protección del trabajador a las partes del contrato de trabajo (cfr. RICHARDI, en *FS Wißmann*, pág. 159, 164). Así, las Leyes imperativas de protección del trabajador contienen frecuentemente cláusulas de apertura convencional, que permiten a las partes del convenio colectivo apartarse de la regulación legal, también en perjuicio del trabajador. Las cláusulas correspondientes se encuentran, por ejemplo, en el parágrafo 622, apartado 4, inciso 1 y 2, del Código Civil; en el parágrafo 8, apartado 4, inciso 3 y 4, parágrafo 12, apartado 3, inciso 1 y 2, parágrafo 13, apartado 4, inciso 1 y 2, parágrafo 14, apartado 2, inciso 3 y 4, de la Ley sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos de Trabajo a Plazo; en el parágrafo 13, apartado 1, de la Ley de Vacaciones de la Federación, así como en el parágrafo 3, apartado 1, número 3, inciso 2 y 3, de la Ley para la Regulación de la Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales. Con ello, se abrirá también, para las relaciones laborales con trabajadores no vinculados por el convenio colectivo, la posibilidad de sustituir la regulación legal más favorable para los trabajadores por una regulación convencional más desventajosa desde el punto de vista del contrato de trabajo. De ahí que una regulación convencional desventajosa para los trabajadores también pueda repercutir en perjuicio de los trabajadores no vinculados por el convenio colectivo. También los controles del contenido vigentes para los contratos de trabajo, al amparo de los párrafos 307 a 309 del Código Civil, anulados en virtud del parágrafo 310, apartado 4, inciso 1, del Código Civil, cuando se adopte el correspondiente convenio colectivo (cfr. RICHARDI, en *FS Wißmann*, pág. 159, 164; el mismo, en *NZA* 2002, 1057; RIEBLE, en *FS Wiedemann*, pág. 519,

527; DÄUBLER, *NZA* 2001, 1329, 1334). Una responsabilidad importante para la protección de los trabajadores se asignará a las partes del convenio colectivo, además, a través de los párrafos 7 y 12 de la Ley de Jornada de Trabajo. Finalmente, el párrafo 87, apartado 1, media entrada, de la Ley de Organización de la Empresa no suspende los derechos de cogestión del comité de empresa, supuesto que para el asunto de la obligada cogestión, existe, por lo demás, una regulación convencional.

47 (cc) Esta concepción legal se basa en la suposición de que los convenios colectivos disfrutan de una mayor «fiabilidad de certeza» que el contrato de trabajo individual. Ofrecen, según jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo, una garantía de equilibrio material (10 junio 1980 - 1 AZR 168/79 - BAG 33, 185 [en este sentido no publicada] = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65 [A I 1 c de los Motivos]; 18 enero 2001 - 2 AZR 619/99 - EzA BGB nF §622 Nr. 62 [II 3 b de los Motivos]; 24 febrero 2004 - 3 AZR 10/02 - [B II 4 a de los Motivos], con justificaciones adicionales; 24 marzo 2004 - 5 AZR 303/03 - BAG 110, 79 = AP BGB §138 Nr. 59 [I 2 b de los Motivos]). Sobre la base del equilibrio negociador de las partes del convenio colectivo, hay que partir de que las regulaciones convencionales acordadas son justas para los intereses de ambas partes y ninguna parte ejerce un sobreponder desmedido (BAG 10 junio 1980 - 1 AZR 168/79 - AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 65; 3 octubre 1969 - 3 AZR 400/68 - BAG 22, 144 = AP AZO §15 Nr 12 [IV 3 de los Motivos]). Por principio, esta suposición de la garantía de equilibrio de los convenios colectivos exige, a continuación, hacer depender la capacidad convencional de una asociación de trabajadores de una fuerza de imponerse y de una influencia claras. Ciertamente, no está prohibido a los Tribunales laborales examinar si los convenios colectivos son acordes con el Derecho legal imperativo o el Derecho judicial interpretador de la Ley (cfr., para el límite convencional de edad de 55 años para el personal de cabina, BAG 31 julio 2002 - 7 AZR 140/01 - BAG 102, 65 = AP TVG §1 Tarifverträge: Luftfahrt Nr. 14), con los derechos de igualdad y de libertad garantizados constitucionalmente (cfr., al respecto, BAG 27 mayo 2004 - 6 AZR 129/03 - BAG 111, 8 = AP TVG §1 Gleichbehandlung Nr. 5 [B II 3 a y b de los Motivos], así como con exigencias de justicia elementales (cfr., al respecto, BAG 24 marzo 2004 - 5 AZR 303/03 - BAG 110, 79 = AP BGB §138 Nr. 59 [I 2 a bb de los Motivos]). Pero las posibilidades de control judicial se refieren únicamente a los límites externos de las reglas convencionales admisibles. No se aplican al examen de si éstas representan un equilibrio apropiado de los intereses de trabajadores y empresarios.

48 (3) La necesidad de la influencia tampoco infringe las normas del Derecho comunitario o del Derecho Internacional. Contra la opinión de los litigantes números 3), 9), 10) y 12) a 17), no existía ningún motivo para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 234 del Tratado CE. No existe en el contexto presente ninguna cuestión jurídica comunitaria de importancia decisoria que pudiera ser planteada admisiblemente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En especial, no cabe reconocer en qué medida debía depender de una interpretación del Tratado CE o de Directivas de la CE.

49 (a) La consideración de los litigantes números 3), 9), 10) y 12) a 17), de que a través de la necesidad de influencia se toca la libre circulación de servicios a los efectos del artículo 49 del Tratado CE, en el sentido de que se dificultará la actividad en la República Federal de Alemania de las asociaciones de trabajadores de otros Estados miembros, parece poner demasiado lejos que fuese apropiado justificar una cuestión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Los sindicatos no realizan frente a sus afiliados —en todo caso, en lo principal— ninguna prestación de servicios, a los efectos del artículo 50 del Tratado CE (cfr.,

al respecto, también BAG 31 mayo 2005 - 1 AZR 141/04 - AP GG Art. 9 Nr. 124 = EzA GG Art. 9 Nr. 84 [también prevista para la Colección Oficial], [I 2 a bb (2) de los Motivos]). Esto rige, en especial, para la celebración de convenios colectivos. Por lo demás, sus prestaciones tampoco se realizan con el propósito de lucro (cfr., para esta necesidad, TIEDJE/TROBERG, en GROEBEN/SCHWARZE, Art. 50 EG, marginal 7).

50 (b) Además, al amparo del artículo 137, apartado 5, del Tratado CE, la capacidad convencional podía ser de todos modos exceptuada del poder de regulación de la Comunidad. Se trata de una cuestión de «Derecho Sindical» (cfr. KREBBER, en CALLIESS/RUFFERT, *EUV/EGV*, 2ª ed., Art. 137, marginal 9, con justificaciones adicionales). La suposición reenvía a las diversas formulaciones de la función de los convenios colectivos y de su eficacia jurídica en los Estados miembros (cfr. WIßMANN, *RdA*, 1999, 152, 157; BIRK, *RdA*, 71, 72 ss.). En este sentido, «tampoco hay que importar ningún principio no escrito del Derecho de la Comunidad» (WIßMANN, en el lugar indicado). En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los miembros de la Comunidad Europea no valen, por ejemplo, como capaces de convenir indistintamente todas las coaliciones (cfr. BIRK, en el lugar indicado, pág. 74).

51 (c) La necesidad de influencia tampoco infringe —a tener en cuenta por la Sala (cfr. 10 diciembre 2002 - 1 AZR 96/02 - BAG 104, 155 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162 [B I 2 a de los Motivos])— la Carta Social Europea (CSE). Ésta no contiene ninguna regulación sobre los requisitos que hay que exigir a la capacidad convencional de un sindicato. Lo mismo vale para el artículo 11, apartado 1, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

52 bb) También la necesidad, desarrollada por el Derecho judicial, de la capacidad organizativa de cumplimiento de un sindicato con capacidad convencional se ofrece en interés de una autonomía convencional que funciona, y no cabe objetarla constitucionalmente.

53 (1) Según jurisprudencia constante de la Sala, un sindicato debe estar en posición, en cuanto a su estructura organizativa, de cumplir sus funciones establecidas. La celebración de convenios colectivos requiere de preparativos. A este efecto, hay que observar y pronosticar los desarrollos económicos y demás condiciones marco, para desarrollar a partir de ello las ordenaciones convencionales. El cumplimiento real de un convenio colectivo también debe ser vigilado y asegurado. El resultado de la negociación, que ordinariamente tiene carácter de compromiso, debe ser gestionado y cumplido dentro de la asociación (14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B II 2 b bb de los Motivos]). En la necesaria estructura organizativa no pueden ser exigidos requisitos mínimos fijos. Son decisivas también, en este sentido, las circunstancias del caso concreto. Decisivo es si la organización puede cumplir sus funciones en el propio ámbito determinado de competencia. Si se extiende éste a todo el territorio federal y a trabajadores en una multitud de profesiones y ramas, también será necesario ordinariamente un importante equipo organizativo en el área (cfr. BAG 16 enero 1990 - 1 ABR 10/89 - BAG 64, 16 = AP [B IV 3 de los Motivos]). En cambio, si el sindicato limita su competencia a un grupo profesional y espacialmente a menos puntos de gravedad, también puede bastar un aparato centralizado y relativamente pequeño, para dirigir efectivamente la negociación colectiva, para vigilar y asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos, así como para cuidar de los afiliados (BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 [B III 2 e de los Motivos]).

54 (2) La intromisión en la libertad de acción de una asociación de trabajadores, ligada a la necesidad de la capacidad organizativa de cumplimiento, está justificada en interés de

una autonomía convencional con capacidad funcional. Ésta no está garantizada sin una organización con capacidad de cumplimiento de las partes que celebran convenios colectivos. Naturalmente, las exigencias a la organización necesaria tampoco pueden en ese sentido ser exageradas. El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal confía, por principio, a la coalición la elección de los medios que, en el caso de su acción específica como coalición, considere apropiados y necesarios (BAG 28 febrero 2006 - 1 AZR 460/04 - AP GG Art. 9 Nr. 127 [B II 1 c dd (4) de los Motivos], con justificaciones adicionales). Por consiguiente, el modo y forma de la organización sindical interna cae dentro, por principio, de la libertad de acción de la coalición. La mayoría de las veces una organización con capacidad de cumplimiento requerirá de un aparato de afiliados de carrera. Pero no es requisito imprescindible el empleo de afiliados de carrera. No está excluido de antemano estructurar una organización con capacidad de cumplimiento sobre la base de afiliados honoríficos (BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e de los Motivos]).

55 cc) La jurisprudencia —contra la opinión meramente expresada por el IG Metall en el procedimiento de queja por razones de Derecho— no ha exigido explícitamente hasta ahora como característica esencial de un sindicato con capacidad convencional la estructura interna democrática (cfr., últimamente, BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1). Tampoco el [apartado] A III 2 del Contrato de Estado de 18 mayo 1990 menciona esta característica. Lo mismo vale —a diferencia del artículo 21, apartado 1, inciso 3, de la Constitución Federal— para el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Ciertamente, la necesidad de una legitimación afiliatoria del poder de creación de normas jurídicas, garantizada a través de la celebración de convenios colectivos, puede exigir requisitos mínimos ciertos relativos a la constitución democrática de un sindicato. Pero siempre y cuando los estatutos de una asociación de trabajadores prevean, por principio, la igualdad de los afiliados y su participación en el proceso de formación de la voluntad interna de la asociación, no existe ningún motivo para poner en cuestión la capacidad convencional de la asociación de trabajadores por causa de un eventual déficit en la estructura interna democrática.

56 2. La capacidad convencional de una asociación de trabajadores es uniforme e indivisible para el ámbito de competencia reclamado. Para ello, basta que la asociación de trabajadores posea fuerza de imponerse y capacidad organizativa de cumplimiento en al menos una parte no secundaria del ámbito de competencia reclamado. Una capacidad convencional parcial, limitada a regiones, círculos profesionales o sectores determinados, no la hay.

57 a) El concepto de capacidad convencional indivisible, fundada en una representación significativa, se corresponde con el interés general a una autonomía convencional con capacidad funcional, y no es dudoso constitucionalmente. La influencia de una asociación de trabajadores en al menos una parte no secundaria del ámbito de competencia reclamado por ella, permite esperar en un caso normal que la coalición de trabajadores, también en los ámbitos en los que le falta fuerza de imponerse, no se someta a las exigencias de la parte empresarial, en caso de celebración de convenios colectivos. Con eso, no se indica generalizadamente qué tamaño relativo del ámbito parcial en proporción al ámbito total debe tener precisamente, para poder mirarse a la asociación de trabajadores como capaz de convenir en su conjunto. Teniendo en cuenta la circunstancia de que la negación de capacidad convencional representa una intromisión importante en la libertad sindical, se ofrece naturalmente una reflexión, antes que generosa, amistosa con el derecho fundamental.

58 b) Frente a ello, ciertamente, el concepto de capacidad/incapacidad convencional parcial (cfr., en especial, RIEBLE, en *FS Wiedemann*, pág. 519, 526 ss.; además, también, LÖWISCH/

RIEBLE, §2, marginal 37 ss.; DÜTZ, *DB*, 1996, 2385, 2389, 2390; BAYREUTHER, *BB*, 2005, 2633, 2637 ss.) se encarna consecuentemente en el principio de que hay que reconocer capacidad convencional allí, pero también sólo allí, donde está vinculada con la correspondiente influencia de la asociación de trabajadores. Pero plantea dudas provocadas por motivos de seguridad jurídica (cfr. DOERLICH, *Die Tariffähigkeit der Gewerkschaft*, págs. 243 a 323; OETKER, en SCHLEEF/OETKER, *Tarifpolitik im Wandel – Eine tarifpolitische und tarifrechtliche Studie am Beispiel des Tarifkonflikts bei der JENOPTIK AG*; WIEDEMANN/OETKER, §2, marginal 314; HERGENRÖDER, *HWK*, Art. 9 GG, marginal 52, 58; KISSEL, *Arbeitskampfrecht*, §9, marginal 34; BENECKE, *SAE* 1998, 60, 65 ss.). Si hubiera que juzgar diversamente la capacidad convencional de una asociación de trabajadores respectivamente según la región, el sector profesional o la rama, se crearía una inseguridad que haría peligrar seriamente la capacidad funcional de la autonomía convencional. En cada convenio colectivo, se plantearía la cuestión de si la asociación de trabajadores que lo celebra posee en el correspondiente ámbito espacial u objetivo fuerza de imponerse y, con ella, capacidad convencional (parcial). Para ello, serían difíciles de determinar los ámbitos espaciales, dentro de los que existe o no existe capacidad convencional. En el caso de un sindicato de sector, ciertamente entraría en consideración posiblemente una diferenciación según asociaciones de Estado federado. Pero podría entonces llegar a litigarse sobre la capacidad convencional en relación con cada unidad política de Estado federado. Las correspondientes diferenciaciones habrían de extenderse consecuentemente también a los sindicatos ya «establecidos». Con la inseguridad jurídica que de ello surgiría, se conectarían al funcionamiento de la autonomía convencional riesgos mucho más grandes que con el reconocimiento de la capacidad convencional general de una asociación de trabajadores no (todavía) influyente en regiones o ramas determinadas.

59 c) Igualmente no resultaría sólido exigir la capacidad convencional en su conjunto, cuando la fuerza de imponerse o la capacidad organizativa de cumplimiento falta en algún ámbito parcial. Ciertamente, hay que valorar la fuerza de la organización en relación, por principio, con el ámbito espacial y objetivo de la organización, elegido por la propia coalición de trabajadores; en éste, debe poder imponerse frente a la parte empresarial (BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e aa de los Motivos]). También forma parte del poder de decisión y de la responsabilidad de una asociación de trabajadores no reclamar en sus estatutos la competencia convencional para ámbitos en los que no es capaz de imponerse. No obstante, tal reivindicación no sería conforme con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. No sólo conduciría a que un sindicato reconocido pudiera perder en conjunto su capacidad convencional, cuando en un ámbito parcial ya no tiene fuerza de imponerse. Más bien, también provocaría esta consecuencia cuando un sindicato con capacidad convencional amplía su ámbito de competencia anterior, a través de una modificación estatutaria, a ámbitos en los que —todavía— no dispone en todas partes de la necesaria fuerza de imponerse (cfr., en relación con ello, BAG 27 septiembre 2005 - 1 ABR 41/04 - EzA TVG §2 Tarifzuständigkeit Nr. 9 = NZA 2006, 273). Esto contradiría el derecho garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la GG, a establecer con responsabilidad propia el ámbito de competencia (cfr. BAG 14 diciembre 1999 - 1 ABR 74/98 - BAG 93, 380 = AP TVG §2 Tarifzuständigkeit Nr. 14 [B III 2 a de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP §2 TVG Tariffähigkeit Nr. 1 [B III 2 e de los Motivos]; 27 septiembre 2005 - 1 ABR 41/04 - en el lugar indicado [B II 1 a aa de los Motivos]).

60 d) A la inversa, la fuerza de imponerse en algún ámbito parcial no puede siempre fundamentar la capacidad convencional para el ámbito en su conjunto. También con ello se crearían riesgos muy importantes para el funcionamiento de la autonomía convencional. De una asociación de trabajadores que sólo es capaz de imponerse en un parte pequeña e insignificante de

un ámbito de competencia muy amplio, espacial y objetivamente, no puede esperarse que esté cubriendo sectores en la posición de negociar regulaciones convencionales que sean justas para los intereses de ambas partes.

61 3. Para el examen judicial de la capacidad convencional de una asociación de trabajadores es esencial si ésta ya ha participado activamente en acontecimientos convencionales. Si una asociación de trabajadores ya ha celebrado convenios colectivos en una extensión considerable, esto justificará ordinariamente su fuerza de imponerse y capacidad de cumplimiento. Esto vale tanto para la celebración de convenios colectivos originarios como también para la celebración de convenios colectivos de reconocimiento. La eficacia indiciaria no procede sólo, por excepción, cuando se trata de convenios colectivos aparentes o de convenios colectivos condescendientes, o de convenios colectivos basados en el dictado unilateral de la parte empresarial. Para ello se requieren puntos de referencia especiales. Si, en cambio, la asociación de trabajadores todavía no ha participado activamente en acontecimientos convencionales, se requiere la exposición de hechos que justifiquen la conclusión de que la parte empresarial previsiblemente no podrá ignorar a la asociación de trabajadores.

62 a) Según jurisprudencia constante de la Sala (cfr., en especial últimamente, 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e de los Motivos], con justificaciones adicionales), la fuerza de imponerse de una asociación de trabajadores puede evidenciarse en que ya ha intervenido activamente en el proceso de regulación convencional de las condiciones laborales (25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B II 3 d de los Motivos]; 16 enero 1990 - 1 ABR 10/89 - BAG 64, 16 = AP TVG §2 Nr. 39 [B II 2 de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAG 95, 36 = TVG §2 Nr. 55 [B II 1 y 2 b aa de los Motivos]). En relación con ello, los convenios colectivos de adhesión también pueden ser un síntoma de la fuerza de imponerse. Pero este indicio no es suficiente, entonces, en el caso de convenios colectivos, cuando se trata de convenios colectivos aparentes o de convenios colectivos condescendientes, o cuando se basan en el dictado de la parte empresarial (cfr. 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B I 4 de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1). La fuerza de imponerse de una asociación de trabajadores puede ser valorada para ello en conexión con su número de afiliados (cfr. 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - AP TVG §2 Nr. 55 [B II 2 b aa de los Motivos]). De ahí que la fuerza de la organización haya que valorarla en relación con el ámbito espacial y objetivo de la organización, elegido por la propia coalición de trabajadores. En éste debe poder imponerse frente a la parte empresarial (cfr. BVerfG 20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfG 58, 233 = AP TVG §2 Nr. 31 = EzA TVG §2 Nr. 13 [B I 3 a de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1). En caso de un número sólo pequeño de afiliados, la posibilidad de que una asociación de trabajadores ejerza presión sensible en la contraparte social también puede derivarse de que, en caso de trabajadores organizados, se trate de especialistas en puestos clave que no puedan ser reemplazados en absoluto, o sólo con dificultad, a corto plazo por la parte empresarial, en caso de conflicto laboral (cfr., al respecto, 9 julio 1968 - 1 ABR 2/67 - BAG 21, 98 = AP TVG §2 Nr. 25 [2 de los Motivos]; 14 marzo 1978 - 1 ABR 2/76 - AP TVG §2 Nr. 30 [IV 2 de los Motivos]; 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - AP TVG §2 Nr. 55 [B II 2 b aa (1) de los Motivos]; cfr., también, BVerfG 20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - en el lugar indicado [B I 3 b de los Motivos]).

63 b) A esta jurisprudencia se aferra la Sala. Por consiguiente, hay que distinguir fundamentalmente dos situaciones de partida.

64 aa) Una asociación de trabajadores que todavía no ha celebrado ningún tipo de acuerdos —sean convenios colectivos, sean los demás acuerdos de coalición— con la contraparte social no

puede reclamar para sí haber intervenido activamente en el proceso de regulación convencional de las condiciones laborales. En este caso, se trata como regla de asociaciones de trabajadores todavía jóvenes, que se han puesto como primer objetivo la celebración de convenios colectivos. Aquí falta, en primer lugar, cualquier tipo de prueba de que la asociación será, en realidad, percibida y tomada en serio por la parte empresarial. La fuerza de imponerse y la influencia se dejan enjuiciar en este caso sólo como pronóstico. En relación con ello, la asociación de trabajadores, que reclama la capacidad convencional, tiene que alegar y probar en el litigio hechos que justifiquen la conclusión de que la parte empresarial no la ignorará previsiblemente y que no se puedan extraer de la duración de la negociación (convencional). Hechos apropiados para ello son, en especial, la fuerza de la organización, así como, en su caso, la capacidad a tener en cuenta para ejercer presión a través de trabajadores en posiciones clave.

65 bb) Esta relación regla-excepción se invierte cuando una asociación de trabajadores ya ha celebrado convenios colectivos con la parte empresarial en el ámbito de competencia reclamado o en ámbitos parciales importantes, con un alcance considerable. Ciertamente, esto no prueba todavía concluyentemente una fuerza negociadora, que fuese suficiente para imponer un convenio colectivo, también contra la voluntad de la contraparte —en caso de necesidad, a través de la amenaza o la realización de un conflicto laboral—. Pero está probado que la asociación de trabajadores será percibida por la contraparte social, y al menos se tendrá en cuenta de modo importante, de manera que «vale la pena el esfuerzo» de concluir con ella acuerdos sobre las condiciones laborales. Por lo demás, la fuerza de imponerse frente a la contraparte social no significa, según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, «que los trabajadores-coalición deban tener la oportunidad de una victoria completa»; debe poder esperarse sólo que la regulación de las condiciones laborales no resulte de un dictado de la otra parte (20 octubre 1981 - 1 BvR 404/78 - BVerfG 58, 233 = AP TVG §2 Nr. 31 = EZA TVG §2 Nr. 13 [B I 2 de los Motivos]). En estos casos, puede partirse de modo típico de que una asociación de trabajadores, que ya ha celebrado convenios colectivos, posee para ello la necesaria fuerza de imponerse.

66 (1) Esto vale, de un lado, para convenios colectivos negociados originariamente e independientes. Muestran que la asociación de trabajadores está en la posición de celebrar como coalición, con los empresarios, acuerdos para la regulación de las condiciones laborales. Igualmente, documentan que la asociación de trabajadores será percibida y tomada en serio por la parte empresarial. Sólo cabe considerar una excepción, cuando se trata de «convenios colectivos aparentes o convenios colectivos condescendientes», o de acuerdos que se basan «en el dictado de la parte empresarial».

67 (a) El concepto de «convenio colectivo aparente» no significa apariencia en el sentido del párrafo 117, apartado 1, del Código Civil. La misma requiere que las declaraciones de voluntad sólo fueran emitidas en apariencia. Esto no será tampoco el caso relativo a acuerdos que la parte empresarial celebre con pequeñas asociaciones de trabajadores. Se piensa en casos —raros— en los que se trata de convenios colectivos sólo por la forma externa, pero no por el contenido.

68 Frente a ello, de un lado, el concepto de «convenio colectivo condescendiente» comprende acuerdos que sólo se celebran por la parte empresarial para hacerle un favor a la asociación de trabajadores, por ejemplo, para prestarle la etiqueta de «sindicato» (cfr. BAG 10 septiembre 1985 - 1 ABR 32/03 - BAG 49, 322 = AP TVG §2 Nr. 34 [B IV 3 de los Motivos]). Para ello, se requiere de especiales puntos de apoyo. En el caso normal, no puede suponerse que la parte empresarial sólo concluye convenios colectivos para hacer capaz convencionalmente a su asociación de trabajadores amiga. Tal sospecha supone una estrategia planeada a largo plazo

por la parte empresarial, que a continuación es aplicada para fortalecer indirectamente a una asociación de trabajadores, a través de la celebración de convenios colectivos. En ello no puede basarse el caso general.

69 De otro lado, bajo los «convenios colectivos condescendientes» también pueden comprenderse aquellos acuerdos en los que la asociación de trabajadores es «condescendiente» con la parte empresarial. De un convenio colectivo condescendiente en este sentido, podrá partirse sólo en los casos de una cooperación colusiva de la asociación de trabajadores con la parte empresarial. También para tal suposición se requiere de la existencia de puntos de referencia especiales. Puede tratarse de tal cuando, por ejemplo, en un convenio colectivo, para sacar provecho de una cláusula legal de apertura convencional, se prueben condiciones mínimas legales sin compensación, o exista una desproporción especialmente llamativa entre las prestaciones acordadas. Por lo demás, no es función de los Tribunales laborales ejercer de censor convencional, a través de la calificación de un acuerdo como «convenio colectivo condescendiente».

70 Esto vale también para la suposición del convenio colectivo que se basa en el dictado de la parte empresarial. Asimismo, de aquí sólo podrá partirse en situaciones excepcionales. El mismo no existe realmente entonces cuando un convenio colectivo celebrado por una «pequeña» asociación de trabajadores contiene reglas menos favorables para los trabajadores, que las del celebrado por un sindicato «influyente» (cfr. BAG 6 junio 2000 - 1 ABR 10/99 - BAGE 95, 36 = AP TVG §2 Nr. 55 [B II 2 b aa de los Motivos]). Cuando, por ejemplo, una asociación de trabajadores, con el objetivo de asegurar el empleo, considera apropiadas «concesiones» en las condiciones laborales, esto no justifica la suposición de que el convenio colectivo se basa en el dictado de la parte empresarial. En ese caso, la Sala no reconoce el peligro de que empresarios concretos «escojan» un sindicato «más debilitado» para la celebración de un —frente al convenio colectivo sectorial— convenio colectivo específico de empresa, para sustituir un convenio colectivo sectorial suyo molesto, mediante la teoría —constitucionalmente controvertida— de la unidad convencional, en casos de pluralidad de convenios, expuesta hasta ahora por el Tribunal Federal de Trabajo (cfr. 20 marzo 1991 - 4 AZR 455/90 - BAG 67, 330 = AP TVG §4 Tarifkonkurrenz Nr. 20 [B II 3 de los Motivos]; 4 diciembre 2002 - 10 AZR 113/02 - AP TVG §4 Tarifkonkurrenz Nr. 28 = EzA TVG §4 Tarifkonkurrenz Nr. 17 [II 1 d aa de los Motivos], con justificaciones adicionales; cfr., para el principio de la unidad convencional en casos de concurrencia convencional, últimamente, 23 marzo 2005 - 4 AZR 203/04 - AP TVG §4 Tarifkonkurrenz Nr. 29 = EzA TVG §4 Tarifkonkurrenz Nr. 18 [I 1 a de los Motivos]; cfr., para la crítica de ella, por ejemplo, LAG de Hesse 2 mayo 2003 - 9 SaGa 636/03 - NZA 2003, 679; DIETERICH, *ErfK*, Art. 9 GG, marginal 82; DÄUBLER/ZWANZIGER, *TVG*, §4, marginal 943 ss., con respectivas justificaciones adicionales). Sin embargo, esta problemática no puede, de acuerdo con la Constitución, ser resuelta a través de exigencias máximas en la capacidad convencional de una asociación de trabajadores; sobre ello, han advertido justamente las asociaciones empresariales.

71 (b) La existencia de un convenio colectivo aparente o de un convenio colectivo condescendiente, o de un convenio colectivo basado en el dictado unilateral de la parte empresarial, anula su eficacia indiciaria. Pero no tiene como consecuencia que, con ello, también se suprima la eficacia indiciaria de todos los restantes convenios colectivos celebrados por la asociación de trabajadores. Sólo una multitud de tales convenios colectivos puede poner en cuestión la eficacia indiciaria del conjunto de convenios colectivos celebrados por la asociación de trabajadores.

72 (2) Eficacia indiciaria de la existencia de influencia social la revelan, también, los llamados convenios colectivos de reconocimiento o convenios colectivos de adhesión, celebrados con

una extensión considerable por una asociación de trabajadores, con los que ésta acepta para los trabajadores por ella representados los convenios colectivos acordados por otro sindicato con la parte empresarial. Tales convenios colectivos son un síntoma fiable de que la asociación será tomada en serio por los empresarios y posee fuerza de imponerse (cfr. BAG 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B II 4 de los Motivos]; 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista para la Colección Oficial], [B III 2 e de los Motivos]). La Sala no se aferra al parecer exteriorizado en Auto de 14 marzo 1978 (1 ABR 2/76 - AP TVG §2 Nr. 30 [IV 5 de los Motivos]), relativo a que los convenios colectivos de adhesión resultarían «en toda regla ... del sobreponder negociador de una parte, que en realidad no toma con seriedad como contraparte social a su contraria». De un lado, es antes un indicio de fuerza que de debilidad de la asociación de trabajadores, si logra ampliar a través de la celebración de convenios colectivos el ámbito normativo de las regulaciones convencionales, también a relaciones laborales no comprendidas hasta ahora. De otro lado, no es correcto exigir la celebración de convenios colectivos originarios a las asociaciones de trabajadores, para la prueba de su capacidad convencional. En especial, entonces, cuando un «gran» sindicato ya ha celebrado los correspondientes convenios colectivos en su ámbito de competencia, casi nunca le saldrá bien a una asociación de trabajadores competidora «más pequeña» el imponer un convenio colectivo más favorable para los trabajadores. También parece en dicha situación, en vista del principio expresado hasta ahora por el Tribunal Federal de Trabajo y de la necesidad práctica de una regulación convencional uniforme dentro de la empresa, menos útil que acordar condiciones laborales diferentes, a través de un convenio colectivo originario. A la asociación de trabajadores más pequeña apenas le queda otra posibilidad —si no quiere celebrar un convenio colectivo con peores condiciones laborales— que la de la celebración de convenios colectivos de adhesión.

73 En los casos en los que una asociación de trabajadores ha celebrado un número significativo de convenios colectivos de adhesión, ordinariamente no se requiere ninguna declaración más detallada sobre ello, basada en qué circunstancias han llevado a la celebración de estos convenios colectivos y qué objetivo se persigue con ellos (pero así, todavía, BAG 25 noviembre 1986 - 1 ABR 22/85 - BAG 53, 347 = AP TVG §2 Nr. 36 [B II 4 de los Motivos]). Motivos de seguridad jurídica, de orden práctico y de una protección jurídica efectiva pugnan en contra de hacer depender el enjuiciamiento de la capacidad convencional de una asociación de trabajadores de las circunstancias de la realización de los convenios colectivos de adhesión por ella celebrados. Asimismo, para los trabajadores no directamente participantes en la celebración del convenio y empresarios —en caso de convenios colectivos sectoriales— se originaría, a través de esto, una importante inseguridad jurídica sobre la eficacia de los convenios colectivos vigentes para ellos, al no conocer ordinariamente las circunstancias detalladas de su realización. Además, con el esclarecimiento de las circunstancias de la realización de los convenios colectivos —a plantearse de oficio—, se trasladaría a los Tribunales laborales una función apenas resoluble. Si en el litigio debieran ser declaradas y valoradas, en el caso concreto, las circunstancias de realización de los aproximadamente 3.000 convenios colectivos de adhesión celebrados por el CGM, se prolongaría previsiblemente otro año el procedimiento que ya dura nueve años. Esto no sería acorde con el mandato de garantizar una protección jurídica efectiva.

74 (3) Un número significativo de convenios colectivos ya celebrados también indicia ordinariamente la capacidad organizativa para su preparación y celebración. Ciertamente, esto no rige sin limitaciones para la capacidad de vigilar y asegurar el cumplimiento real de un convenio colectivo. Sobre ello, la celebración de convenios colectivos muestra, en el mejor de los casos, eficacia indicia limitada. La libertad de acción no debe ser restringida de

modo inadmisibles, pero en este sentido tampoco pueden exigirse requisitos excesivos. Si no, los propios sindicatos «establecidos» correrían el peligro de perder su capacidad convencional. De ahí que esto ya no valga cuando una asociación de trabajadores no está personalmente en posición de vigilar efectivamente, en todo momento y en todas partes in situ, el contenido real de los convenios colectivos por ella celebrados. Más bien resulta suficiente cuando esta posibilidad está garantizada en caso de necesidad. La autonomía convencional no se puede poner en peligro, precisamente, por medio de la exigencia de requisitos exagerados relativos al rasgo de la capacidad convencional que al final sólo estén al servicio de esta misma. También cabe tener en cuenta que, en vista de las posibilidades, siempre a mejor, de la telecomunicación, a la presencia de representantes sindicales de carrera in situ ya no le corresponde el mismo significado que antes.

75 c) Contra la opinión del IG Metall, una asociación de trabajadores, en caso de litigio sobre su capacidad convencional, no debe practicar la prueba de que en el ámbito convencional dispone de un número mínimo determinado de afiliados, a los que se apliquen directamente, de conformidad con el párrafo 4, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, los convenios colectivos celebrados. El «ser representante» en las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación espacial y objetivo de un convenio colectivo, no es ningún requisito necesario de la capacidad convencional. De la circunstancia de la representación escasa o inexistente tampoco se puede extraer la conclusión de que el convenio colectivo celebrado sirva simultáneamente objetivos distintos de la regulación de las condiciones de trabajo y la garantía de los intereses de los trabajadores. Por lo demás, una asociación de trabajadores puede esperar de la celebración de convenios colectivos un efecto de publicidad y la adhesión de nuevos afiliados. Otra cosa podría regir entonces, cuando una asociación de trabajadores no persigue en absoluto el objetivo de organizar a los trabajadores en el ámbito afectado. En dicho caso, diría mucho, en relación con ello, que con el convenio colectivo se persiguiese un objetivo distinto del de regular las condiciones de trabajo de los afiliados. Pero en el caso general, está justificada la suposición de que una asociación de trabajadores, con la celebración del convenio colectivo, sólo gestiona los gastos financieros y personales ligados a ella, cuando ya tiene afiliados en el ámbito convencional, o al menos espera tenerlos a través de la celebración del convenio colectivo. Otro comportamiento habría que declararlo completamente antieconómico, no justificable frente a los propios afiliados y, en el mejor de los casos, de una interacción colusiva con la parte empresarial.

76 4. Según ello, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha llegado conforme a Derecho, con fundamentación sustancialmente justificada, al resultado de que el CGM tiene capacidad convencional.

77 a) El CGM se ha impuesto en el párrafo 2, entre otros, de sus estatutos la función de garantizar los intereses de sus afiliados en su condición de trabajadores, y está dispuesto a celebrar convenios colectivos. Está libremente constituido y acepta el Derecho convencional vigente. Está organizado supraempresarialmente, libre de enemigos y posee la necesaria independencia del contrario. Todos estos requisitos no fueron puestos en duda por ninguno de los litigantes.

78 b) Como el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha reconocido en conclusión conforme a Derecho, el CGM dispone de la influencia social necesaria para el reconocimiento de su capacidad convencional.

79 aa) No obstante se presenta como dudoso si para ello resulta ahora suficiente su fuerza organizativa. Dado que la fuerza organizativa «hay que valorarla en relación con el ámbito organizativo espacial y objetivo elegido por la propia coalición de trabajadores» (BAG 14 diciembre 2004 - 1 ABR 51/03 - AP TVG §2 Tariffähigkeit Nr. 1 = EzA TVG §2 Nr. 27 [prevista

para la Colección Oficial], [B III 2 e aa de los Motivos]), existen dudas relevantes acerca de si bastaría por sí mismo sólo el número de alcance federal, afirmado por el CGM, de 84.044 afiliados existentes con relación laboral —según las declaraciones del Tribunal de Trabajo del Estado federado sólo puede partirse, de todos modos, de aproximadamente 50.000 afiliados—, para justificar el pronóstico de que el CGM llegará a ser tomado en serio como parte convencional por la parte empresarial. En relación con eso, existe por lo menos, en un ámbito de competencia de aproximadamente 5,5 millones de trabajadores, el grado de organización en únicamente quizá el 1,6%. Tras ello, el CGM no ha repartido luego sus cifras de afiliados, a pesar de la correspondiente exigencia del Tribunal de Trabajo, y tampoco es comprobable que haya ámbitos espaciales u objetivos concretos en los que el grado de organización más elevado estuviera presente significativamente, y con él una fuerza de imponerse que justificaría afirmar en su conjunto la capacidad convencional. Finalmente, tampoco es reconocible que el CGM representase en posiciones claves determinadas con tanta fuerza, que pudiera derivarse de ello que la parte empresarial no podrá rehuir, en vista de este potencial de presión, negociaciones serias sobre la regulación de las condiciones laborales. La cuestión de si el solo grado de organización del CGM es suficiente para afirmar su fuerza de imponerse, puede, sin embargo, encontrarse ahí. De modo que tampoco dependa de si son sólidas para ello, en el caso concreto, las consideraciones efectuadas por el Tribunal de Trabajo del Estado federado.

80 bb) La dimensión en la que el CGM se ha implicado activamente en acontecimientos convencionales en el pasado prueba que, en ámbitos amplios, fue percibido y tomado en serio por la parte empresarial.

81 (1) Para ello, ya son prueba suficiente los considerables convenios colectivos de adhesión celebrados para los ámbitos de la industria.

82 (a) Contra el enjuiciamiento del Tribunal de Trabajo del Estado federado, los convenios colectivos de adhesión acordados por el CGM pueden ser valorados como índice importante de su capacidad convencional. De ahí que no sea decisivo hasta qué punto el CGM se ha podido imponer con sus propias ideas de política convencional. Más bien, la celebración de aproximadamente 3.000 convenios colectivos de adhesión hace bastante claro que el CGM se ha establecido como parte del convenio colectivo y fue reconocido por la parte empresarial. La «originalidad», a los efectos de la imposición de las propias ideas de política convencional, no es ningún requisito necesario para la capacidad convencional. Puede ser molesto para el IG Metall que el CGM se aproveche de sus negociaciones y estipulaciones de convenios. Pero esto no cambia el que el CGM posee peso suficiente para motivar a la parte empresarial a celebrar con él convenios colectivos de adhesión, y así ampliar la vinculación convencional directa de los trabajadores organizados por él. Si el CGM fuera una agrupación que no se tuviese totalmente en cuenta, no existiría para ello ninguna motivación de la parte empresarial.

83 (b) Las circunstancias de la realización de los aproximadamente 3.000 convenios colectivos de adhesión no fueron luego esclarecidas. Puntos de apoyo para la suposición de que, en el caso de estos acuerdos, se han negociado con un alcance significativo como convenios colectivos aparentes o convenios colectivos condescendientes, no son reconocibles. Igualmente es menos evidente que los convenios colectivos de adhesión se basen en el dictado de la parte empresarial. Tampoco el IG Metall afirma esto.

84 (c) Los convenios colectivos de reconocimiento celebrados por el CGM en el ámbito de la industria, en lo esencial, comprenden una parte tan relevante del ámbito de competencia reclamado, que con ello puede afirmarse en su conjunto la influencia social del CGM.

85 (2) Los 550 convenios colectivos originarios acordados por el CGM prueban igualmente la fuerza de imponerse del CGM. En todo caso, muestran que el CGM, en el ámbito de la manufactura, está en la posición de acordar también regulaciones propias con la parte empresarial. Esto lo ha reconocido acertadamente el Tribunal de Trabajo del Estado federado.

86 (a) El IG Metall critica injustamente que el Tribunal de Trabajo del Estado federado no haya tomado en consideración suficientemente que la iniciativa para la celebración de los convenios colectivos —en especial, en caso de JENOPTIK, pero también en los concretos ámbitos de la manufactura— ha partido del lado empresarial. También cuando éste debió haber sido el caso, no se devalúa la eficacia indiciaria de los convenios colectivos. Por eso, no tienen que acreditar con propiedad que el CGM ya ha participado activamente en acontecimientos convencionales. Por lo demás, las negociaciones descritas en detalle por el CGM para numerosos convenios colectivos muestran que la iniciativa en relación con eso ha salido en parte de él.

87 (b) Jurídicamente intrascendente es la opinión del IG Metall de que el CGM, en el caso de los convenios colectivos originarios celebrados por él, ha actuado como «suplente». Este concepto es inútil para el enjuiciamiento de la capacidad convencional. La circunstancia de que el CGM ha celebrado convenios colectivos en ámbitos en los que el IG Metall no ha logrado hasta ahora estipulaciones de convenios —esto se refiere, ante todo, al ámbito de la manufactura en los nuevos Estados federados—, no contradice la eficacia indiciaria de estos convenios colectivos.

88 (c) Contra la opinión del IG Metall, no necesitaba de ninguna prueba especial el que los convenios colectivos celebrados por el CGM influyan realmente en la vida laboral. Los convenios colectivos acordados por el CGM sirven, según su contenido, al objetivo de regular normativamente las condiciones laborales (mínimas) de los trabajadores vinculados por ellos. Son apropiados, más allá de ello, para ser tomados como referencia contractual concreta por los trabajadores no vinculados por el convenio colectivo. También resultaría incomprensible qué sentido debió tener para la parte empresarial la celebración de convenios colectivos que no influyesen realmente en la vida laboral. Por lo demás, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha concluido acertadamente, que el CGM ha probado suficientemente asimismo, a través de los documentos presentados, que en aquellos ámbitos de la manufactura, en los que ha celebrado convenios colectivos, dispone de afiliados que están empleados en las empresas vinculadas por los convenios.

89 (d) No existen puntos de referencia para la suposición, en el caso de los convenios colectivos originarios celebrados por el CGM, de que se han negociado con un alcance significativo convenios colectivos aparentes o convenios colectivos condescendientes. Así, ni es evidente que con los convenios colectivos se hayan perseguido otros objetivos distintos de la regulación de las condiciones laborales en el ámbito afectado, ni es reconocible que el CGM —en interacción colusiva— se hubiera mostrado sumiso a las expectativas de la parte empresarial o se hubiera sometido a su dictado. No hay ningún punto de referencia, en especial para la suposición de que en estos convenios colectivos hayan sido acordadas condiciones laborales que estuvieran por debajo de las condiciones mínimas legales y para ello se hubieran aprovechado ahora de la parte empresarial, sobre la base de las cláusulas de apertura convencional, también para aplicar a los trabajadores no vinculados por los convenios colectivos condiciones laborales menos favorables que las legales. Igualmente, es menos reconocible que el CGM se hubiera entregado para ello, con un alcance significativo, en un ámbito en el que rige un convenio colectivo sectorial negociado con el IG Metall, a celebrar con la parte empresarial convenios colectivos especiales menos favorables, para sustituir los convenios colectivos más favorables del IG Metall. Incluso si esto debió haber ocurrido en casos concretos, esto no justificaría,

en el caso de los convenios colectivos celebrados por el CGM, que se trate en su conjunto de convenios colectivos condescendientes.

90 (e) Por lo demás, las negociaciones expuestas en detalle por el CGM documentan que los convenios colectivos no resultaron de un dictado unilateral de la parte empresarial. El CGM ha ilustrado ejemplarmente esto, a través de la exposición, entre otras, efectuada durante varios años de las negociaciones colectivas con la asociación especializada de técnica sanitaria, de técnica de calefacción y de técnica climática de Baviera.

91 (f) También en el caso de los instrumentos colectivos, a los que los litigantes en el presente procedimiento han dedicado atención especial, no es evidente que se tratara de convenios colectivos aparentes o de convenios colectivos condescendientes, o que se basaran exclusivamente en el dictado de la parte empresarial. Esto vale en especial para el instrumento colectivo «Phönix» y para el instrumento colectivo con el Grupo JENOPTIK de 6 marzo 1999. En último caso, lo muestra ya la circunstancia de que el IG Metall haya adoptado el 17 noviembre 1999 un instrumento colectivo muy similar con JENOPTIK.

92 c) No hay que poner reparos, desde el punto de vista de la queja por razones de Derecho, a la consideración del Tribunal de Trabajo del Estado federado, de que el CGM dispone de una estructura organizativa, que le capacita para defender las funciones de un sindicato en su ámbito organizativo.

93 aa) Los alrededor de 3.000 convenios colectivos de adhesión, así como los cerca de 550 convenios colectivos originarios, que el CGM ha celebrado en el pasado, documentan ampliamente que está organizativamente en posición de preparar y de celebrar convenios colectivos.

94 bb) El equipo personal, real y organizativo existente en el CGM se presenta aún como suficiente para vigilar y asegurar el cumplimiento real de los convenios colectivos celebrados. Ciertamente, los 43 afiliados de carrera, así como 15 secretarios, asignados a la administración principal, incluidos los 14 secretariados sindicales, ocupados en el ámbito organizativo mayor y federal del CGM, representan un aparato de carrera claramente pequeño. Pero hay que añadir 498 trabajadores honoríficos. El Tribunal de Trabajo del Estado federado también ha tenido en cuenta, conforme a Derecho, sobre la base de los modernos medios de comunicación, que la presencia in situ de los trabajadores del sindicato ya no es necesaria en la misma medida que antes.

95 d) Es infundada la queja del IG Metall de que el Tribunal de Trabajo del Estado federado no haya tomado en consideración circunstancias esenciales, que hablan contra la formación democrática de la voluntad, en el caso del CGM. El IG Metall fundamenta esto en que el CGM, según sus propios documentos, no puede manifestar a qué ámbito convencional pertenece cada afiliado. El Tribunal de Trabajo del Estado federado no se ha referido a una declaración de hecho semejante. En definitiva, la cuestión puede ser dudosa. Incluso si el CGM debía estar realmente en condiciones de ordenar a sus afiliados sin excepción por ámbitos convencionales concretos, esto no sería un defecto organizativo tan grave que justificase la suposición de que el CGM falla en los requisitos mínimos de una estructura interna democrática. Más bien, los estatutos del CGM satisfacen en su totalidad los principios democráticos.

6. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 14 NOVIEMBRE 1995 (REFERENCIA 1 BVR 601/92)

Fallo:

La Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 13 noviembre 1991 —5 AZR 74/91— lesiona al recurrente en queja en su derecho fundamental derivado del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Se revoca. El asunto se remite al Tribunal Federal de Trabajo.

La República Federal de Alemania tiene que reembolsar al recurrente en queja los gastos necesarios.

Motivos:

A.

1 La queja constitucional se refiere a una sanción que fue decretada por el empresario del recurrente en queja, porque éste había hecho publicidad para su sindicato durante la jornada de trabajo.

I.

2 1. El recurrente en queja está empleado como trabajador, desde 1982, por el demandado en el procedimiento originario. En marzo 1990, era por aquel entonces presidente liberado del comité de empresa, y hacía entrega a un compañero de trabajo, durante su jornada de trabajo, de un impreso del sindicato Alimentación-Consumo-Restaurantes. Contenía una visión panorámica de los servicios sindicales y un formulario de afiliación.

3 El empresario le comunicó a continuación una sanción, que fue anotada en su expediente personal. En ella se dice que el recurrente en queja ha realizado dentro de la empresa sin permiso, durante la jornada de trabajo, una actividad de publicidad para el sindicato y, en consecuencia, ha incumplido sus deberes derivados del contrato de trabajo. Más incidentes similares tendrían consecuencias para la relación laboral.

4 2. El recurrente en queja exigió ante el Tribunal de Trabajo la eliminación de esta sanción de su expediente personal. Su acción tuvo éxito en primera y segunda instancias. El Tribunal Federal de Trabajo rechazó la acción con revocación de las decisiones previas. El recurrente en queja ha incumplido sus deberes derivados de la relación laboral. El reparto de material publicitario sindical durante la jornada de trabajo no había sido imprescindible, en este caso, para el mantenimiento y aseguramiento de la existencia del sindicato. El recurrente en queja habría podido dirigirse a sus compañeros de trabajo en su tiempo de liberado. A falta de una regulación legal de la actividad de publicidad y de información de los sindicatos en la empresa, ello depende sólo de si el reparto de material publicitario e informativo, a través de un miembro del comité de empresa durante su jornada de trabajo, debía ser considerado como imprescindible para el mantenimiento y aseguramiento de la existencia del sindicato. Esta actividad —a diferencia del reclutamiento de afiliados por medio de carteles en la empresa— no forma parte del ámbito nuclear de la libertad sindical. Ésta sólo ceñía al ámbito nuclear la garantía constitucional de una actividad en cuanto que coalición y, en consecuencia, la actividad de publicidad y de información de un sindicato significa simultáneamente, que una actividad que excede de este ámbito nuclear no puede encontrar asimismo su fundamento jurídico en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y fuera de este ámbito nuclear se requiere de una regulación legal, pero que falta.

II.

5 1. Con su queja constitucional, el recurrente en queja reprocha una violación de su derecho fundamental derivado del artículo 2, apartado 1, del artículo 5, apartado 1, y del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

6 El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal otorga a las coaliciones el derecho a la actividad en cuanto que coaliciones. De él forma parte, también, el reclutamiento de nuevos afiliados. Esta protección constitucional se extiende a una participación activa de los afiliados en la publicidad sindical. Una publicidad efectiva es sólo posible en la empresa, donde se encuentra con atención y receptividad. Dentro de la empresa, el reclutamiento de los afiliados forma parte, por eso, del ámbito nuclear de la libertad sindical. No depende de la imprescindibilidad de la concreta acción publicitaria.

7 Por lo demás, el campo de actuación protegido por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no está limitado de antemano a un ámbito nuclear. El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza, por principio, toda actividad para la defensa y promoción de las condiciones laborales. Con el concepto de «ámbito nuclear», el Tribunal Federal Constitucional sólo describe los límites de la intervención judicial en la libertad sindical y no quizá el contenido de ese derecho fundamental.

8 Las limitaciones de la libertad de acción sindical podían derivarse de terceros derechos fundamentales y de otros derechos provistos de rango constitucional. La publicidad dentro de la empresa puede perjudicar la propiedad empresarial, así como el derecho a la actividad industrial implantada y ejercitada. Dado el caso, hay que averiguar, por la vía de una concreta ponderación de bienes jurídicos, a qué derecho fundamental le corresponde la preferencia. Los derechos fundamentales del empresario se perjudicarían sólo en caso de perturbaciones importantes de las actividades empresariales. Éste no es aquí el caso.

9 La sentencia atacada perjudica la actividad sindical frente a otras formas de comunicación intraempresarial e infringe, en consecuencia, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. El trabajo en las empresas y departamentos excluye sólo, de manera completamente excepcional, toda comunicación ajena a la empresa. Nadie se molesta, por ejemplo, con la muestra de fotos de una fiesta familiar, de un libro sobre jardinería o con la entrega de un folleto de una asociación deportiva local con formulario de inscripción. Por eso, tampoco podían ser incumplidos los deberes contractuales laborales, a través de la entrega de un escrito informativo del sindicato con una conversación corta añadida.

10 No se sigue de ello, que se viole, en todo caso, el artículo 5, apartado 1, de la Constitución Federal. En la entrega del folleto existe al mismo tiempo una exteriorización de opinión. Una sanción, por causa de la entrega de un folleto de contenido jurídicamente admisible e inobjetable, así como de una subsiguiente conversación corta, es una intromisión exagerada en este derecho fundamental. La libertad de exteriorización de opiniones políticas no puede ser mantenida lejos del mundo del trabajo. El Tribunal Federal de Trabajo hubiera debido interpretar el contrato de trabajo a la luz del artículo 5, apartado 1, de la Constitución Federal.

11 2. En relación con la queja constitucional, han tomado posición la Asociación Federal de Sociedades Empresariales Alemanas, el Presidente del Tribunal Federal de Trabajo y la demandada en el procedimiento originario.

12 a) La Asociación Federal de Sociedades Empresariales Alemanas expone que el reclutamiento sindical de afiliados en la empresa interfiere siempre el Derecho interno del empresario, que está protegido por el artículo 13 de la Constitución Federal y, para el ámbito que excede de la esfera privada, por el artículo 14 de la Constitución Federal. Supuesto, en este caso, que

ocurrieran concretas perturbaciones de la paz laboral y de las actividades de la empresa, se inmiscuye, además, en la libertad profesional del empresario. El reparto de impresos de publicidad e información sindical, durante la jornada de trabajo de los receptores, no llega a estar protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, dado que el sindicato puede publicitar en la empresa también fuera de la jornada de trabajo de modo adecuado y suficiente. La actividad publicitaria objetada también hubiera sido posible fuera de la jornada de trabajo de los compañeros de trabajo abordados, por ejemplo, durante una pausa. No está ligada a una concreta perturbación de la actividad laboral derivada de la conducta del recurrente en queja.

13 Asimismo, el artículo 5, apartado 1, de la Constitución Federal no se ha violado. El ámbito de protección de este derecho fundamental no se ha afectado, dado que una visión de conjunto de los servicios de un sindicato no es ningún juicio de valor. Por lo demás, en caso de actividades específicas propias de la coalición, se sustituye el artículo 5, apartado 1, de la Constitución Federal, así como el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal, por el derecho fundamental específico del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. No está probada una posición discriminatoria peyorativa de la actividad sindical frente a otras acciones comparables.

14 b) El Presidente del Tribunal Federal de Trabajo ha presentado una declaración del Presidente de la Sala Primera. Ha comunicado que la Sala ha explicado en una decisión de 1990, que el Tribunal Federal Constitucional sólo expresa, con la teoría del ámbito nuclear, que el derecho fundamental no otorga a las asociaciones de personas protegidas un ámbito de juego de la actividad ilimitado e ilimitable en cuanto al contenido, es más bien competencia del legislador regular y organizar en sus detalles concretos los poderes de las coaliciones fuera del ámbito nuclear. Según eso, es concebible que la Sala a partir de ahora, respecto de la cuestión de la publicidad durante la jornada de trabajo, también tome en consideración si las medidas publicitarias hubieran conducido a perturbaciones de la actividad empresarial o perturbaciones de la paz de la empresa.

15 c) La demandada del procedimiento originario alega que la actividad publicitaria para el sindicato durante la jornada de trabajo afecta a derechos fundamentales del empresario. El trabajador abordado es distraído de su trabajo. A través de ello, se perjudica inevitablemente la actividad empresarial. En caso de otra valoración, se llegaría al resultado constitucionalmente insostenible de que el empresario también debe incluso financiar la actividad de su contraparte convencional. La publicidad objetada no es imprescindible para la existencia del sindicato. El sindicato puede hacer publicidad con una dimensión suficiente, dentro y fuera de la empresa, durante el tiempo libre del trabajo. No se está decidiendo si una concreta actividad publicitaria ha causado por sí sola una perturbación importante de la actividad empresarial. El empresario debe poder prevenir tales perturbaciones empresariales, en general avisando como incumplimiento contractual toda actividad publicitaria para un sindicato durante la jornada de trabajo.

B.

16 La queja constitucional es admisible y fundada.

17 La sentencia atacada lesiona al recurrente en queja en su libertad sindical (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal). La conducta del recurrente en queja, mirada como incumplimiento contractual, encaja en el ámbito de protección de este derecho fundamental, contra la opinión del Tribunal Federal de Trabajo.

I.

18 1. El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza a todos y para todas las profesiones el derecho a formar coaliciones para la defensa y promoción de las condiciones

laborales y las condiciones económicas. El derecho fundamental protege la libertad del individuo de fundar una asociación de ese tipo, de ingresar en ella o de permanecer al margen. Además, protege a las coaliciones en su existencia y su estructura organizativa, así como en aquellas actividades que se dirijan a defender y a promover las condiciones laborales y las condiciones económicas (cfr. BVerfGE 84, 212 [224], con justificaciones adicionales).

19 2. También forma parte de las actividades protegidas el reclutamiento de afiliados por las propias coaliciones. Éstas logran con ello la base para el cumplimiento de sus funciones mencionadas por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. A través del reclutamiento de nuevos afiliados aseguran su subsistencia. Del número de afiliados depende su fuerza negociadora. Pero también el afiliado individual de una asociación está protegido por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, cuando busque ganar a otros para que se afilien. Quien se esfuerza en reforzar la propia asociación a través del incremento de afiliados, defiende el derecho fundamental de libertad sindical (cfr. BVerfGE 28, 295 [304]).

20 3. El reclutamiento de los afiliados tampoco está protegido constitucionalmente, como opina el Tribunal Federal de Trabajo, sólo en la medida en que es imprescindible para la conservación y el aseguramiento de la existencia del sindicato. La protección del derecho fundamental se extiende, más bien, a todas las formas de conducta que sean específicas de la coalición. Si una actividad específica de la coalición es imprescindible para la defensa de la libertad sindical, puede por el contrario cobrar significación sólo en caso de restricciones de esta libertad. En este sentido, no rige para el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal cosa distinta que para el resto de derechos fundamentales.

21 a) Naturalmente, el Tribunal Federal Constitucional ha expresado en una serie de decisiones que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege la libertad sindical y también, en consecuencia, la actividad de las coaliciones únicamente en un ámbito nuclear. La actividad sindical está garantizada sólo en este sentido por imperio de la Constitución, en cuanto que aquélla debe ser considerada como imprescindible para la conservación y el aseguramiento de la coalición (cfr. BVerfGE 17, 319 [333 ss.]; 19, 303 [321 ss.]; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]; 50, 290 [368]; 57, 220 [245 ss.]). Estas formulaciones pueden producir la impresión, en efecto, de que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege de antemano la actividad propia de la coalición, en todo caso, sólo con un alcance de contenido muy limitado.

22 También en la doctrina científica se interpreta la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en este sentido, no obstante valorada críticamente en su mayoría (cfr. SÄCKER, *AR-Blattei* [D] *Berufsverbände*, «Nota» a la decisión 14/16, hoja de continuación 12; CASPAR, *Die gesetzliche und verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften im Betrieb*, 1980, pág. 78; HANAU, *ArbRdG.*, tomo 17 [1980], pág. 49; HERSCHEL, *ArbuR* 1981, pág. 265 [268]; ZECHLIN, *NJW*, 1985, pág. 585 [591]; GRÖBING, *ArbuR*, 1986, págs. 297 ss.; LÜBBE-WOLFF, *DB*, suplemento 9/1988, pág. 2 [3]; HAHN, *Die gewerkschaftliche Betätigung in der Dienststelle*, Disert. Tübinga, 1991, pág. 196 ss.).

23 b) Con ello, sin embargo, la interpretación de la libertad sindical desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se describe sólo de manera incompleta. El punto de partida de la fórmula del ámbito nuclear es la convicción de que la Constitución no garantiza la libertad de acción de las coaliciones sin límites, sino que admite su estructuración por el legislador (cfr. BVerfGE 28, 295 [306]; 57, 220 [245 ss.]). Con la fórmula del ámbito nuclear, el Tribunal alude a los límites que hay que tener en cuenta en ese caso; se excederán, supuesto que las regulaciones restrictivas no se presenten con el objeto de proteger otros bienes jurídicos (cfr. BVerfGE 57, 220 [246]).

24 Pero el Tribunal Federal Constitucional no quería, con ello, restringir de antemano el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal al ámbito de lo imprescindible. Esto permiten reconocerlo con claridad suficiente las correspondientes decisiones de ambas Salas. Pues obligan al legislador también allí donde —fuera del ámbito nuclear— regula estructurando las actividades propias de la coalición, teniendo en cuenta las coaliciones y sus afiliados. Pero dicha vinculación del legislador sólo se justifica desde una protección constitucionalmente garantizada de la libertad sindical, que objetivamente va más allá del «ámbito nuclear». Significa, por ejemplo, en el Auto consultado del Tribunal Federal de Trabajo, sobre derechos sindicales de acceso en caso de instalaciones eclesiásticas, que naturalmente sólo podían alzarse dichas restricciones del derecho de actividad de la coalición —también en los campos de actividad imprescindibles—, que en el caso concreto se presentan con el objeto de proteger otros bienes jurídicos, por ejemplo, la paz de la empresa o el turno de trabajo continuo. Las reglas que no estén justificadas de este modo ofendían el ámbito nuclear de actividad de la coalición (cfr. BVerfGE 57, 220 [246]). En las otras decisiones se encuentran formulaciones similares o las advertencias correspondientes (cfr. BVerfGE 17, 319 [333 ss.]; 19, 303 [321 ss.]; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]; 50, 290 [368 ss.]).

25 c) En la jurisprudencia más reciente sobre el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, la Sala ya no se ha apoyado en la fórmula del ámbito nuclear. Así, en la decisión sobre el cierre patronal ha partido de un ámbito de protección amplio y ha confirmado la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Federal de Trabajo en cuanto al contenido, sólo con la fundamentación de que ni lesiona el contenido esencial de la libertad sindical a los efectos del artículo 19, apartado 2, de la Constitución Federal, ni se entromete de modo desproporcionado en el derecho fundamental. Por eso, en relación con los límites de un ámbito nuclear inviolable, la cuestión podía dejarse abierta (cfr. BVerfGE 84, 212 [228]). En las decisiones sobre la puesta en acción de los funcionarios en caso de conflictos laborales, sobre el segundo registro y sobre el párrafo 116 de la Ley de Promoción del Trabajo, ya no se habla de un ámbito nuclear (BVerfGE 88, 103 [114 ss.]; 92, 26 [38 ss.]; 92, 365 [393 ss.]). En consecuencia, la Sala no se aparta de la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal Constitucional. Lo mismo vale para la presente decisión. Sólo se propone una clarificación que estaba motivada por causa de los malentendidos —ajenos a su voluntad— a los que habían conducido las decisiones anteriores.

II.

26 1. Si una resolución de un Tribunal laboral afecta a la libertad sindical, entonces los Tribunales deben tener en cuenta el significado de este derecho fundamental, al efecto de la interpretación y aplicación de los preceptos del Derecho privado (cfr. BVerfGE 7, 198 [206 ss.]; jurisprudencia constante). No obstante, la declaración y valoración de las circunstancias, así como la interpretación y aplicación del Derecho Civil, por principio, permanecen como competencia de los Tribunales especializados. El Tribunal Federal Constitucional sólo tiene que examinar, en relación con la queja constitucional, si las decisiones atacadas permiten reconocer un error que se base en una opinión fundamentalmente injusta acerca del significado y alcance del derecho fundamental, en especial del alcance de su ámbito de protección (cfr. BVerfGE 18, 85 [92 ss.]).

27 2. El Tribunal Federal de Trabajo ha ignorado, respecto de la interpretación del contrato de trabajo del recurrente en queja, el ámbito de protección de la libertad sindical. Se deriva de ello que el recurrente en queja sólo podía hacer publicidad para su sindicato en la empresa, supuesto que esta actividad hubiese recibido la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, o estuviese permitida por otra Ley, y rechaza la acción porque no había

existido ninguno de estos requisitos. Sin embargo, para el reclutamiento de los afiliados existe, como se expresó, la protección del derecho fundamental. Dado que, según la propia apreciación del Tribunal Federal de Trabajo, ello se tuvo en cuenta relevantemente para decidir, la decisión atacada se basa en la determinación inexacta del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y de ahí que haya que revocarla.

28 No es necesaria una fundamentación jurídica especial para la conducta objetada, desde el punto de vista jurídico-constitucional. A diferencia de la decisión del Tribunal Federal Constitucional aducida en este contexto por el Tribunal Federal de Trabajo, que trataba del derecho de entrada del encargado sindical ajeno a la empresa en un establecimiento eclesiástico (BVerfGE 57, 220), aquí se litiga sobre un incumplimiento contractual. Si existe, sólo depende del contenido del contrato de trabajo y no de una regulación legal especial.

29 Cómo haya de decidirse el caso litigioso, no lo fija la Constitución. La interpretación del contrato de trabajo es competencia de los Tribunales laborales. Aquí se trata de la determinación de los derechos y deberes recíprocos del recurrente en queja y de su empresario, en lo que se refiere a la publicidad para el sindicato en la empresa. Dado que no existen regulaciones convencionales o individuales expresas sobre la cuestión litigada, habrá que recurrir a los principios generales y cláusulas generales del Derecho de contratos. En este contexto, hay que tener en cuenta las posiciones protegidas constitucionalmente de ambas partes del contrato (cfr. BVerfGE 7, 198 [204 ss., 212]). Del lado del recurrente en queja, se trata de la protección que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal da al reclutamiento de afiliados para su sindicato, y de la importancia del interés de hacer publicidad para el sindicato también durante la jornada de trabajo. Para la posición del empresario, se litiga su libertad de actuación económica (artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal), que se afecta en especial, en caso de una perturbación de la actividad laboral y de la paz de la empresa.

7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 28 FEBRERO 2006 (REFERENCIA 1 AZR 460/04)

1 **Circunstancias:** Las partes litigan sobre si la empresaria demandada debe tolerar en uno de sus centros de trabajo la entrada de un mandatario de un sindicato ajeno al centro de trabajo, con el objetivo del reclutamiento de afiliados.

2 La demandada, una empresa tecnológica, emplea en total en el ámbito federal alrededor de 7500 trabajadores. Sus centros de trabajo encajan dentro de la competencia convencional del sindicato demandante. Éste tiene en los centros de trabajo un número de afiliados no exactamente determinado. Con el trasfondo de una reducción importante de personal proyectada por la demandada, el Tribunal de Trabajo de Frankfurt am Main la obligó, el 29 noviembre 2002, por la vía de un interdicto a permitir al mandatario de la demandante la entrada en el centro de trabajo en B., el 2 diciembre 2002 por el tiempo comprendido de 11:30 a 14:00 horas, para repartir allí, delante de la cantina, boletines a los pertenecientes al centro de trabajo.

3 Con la presente acción, la demandante ha reclamado para sí el derecho a llevar a cabo acciones de publicidad a través de un mandatario ajeno al centro de trabajo, en el centro de trabajo B. de la demandada, también en el futuro, durante los tiempos de apertura de la cantina al mediodía. Ha expuesto la opinión de que tiene derecho a ello en virtud del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. El reclutamiento sindical de afiliados debe llevarse a cabo allí donde los trabajadores desempeñan un rol específico como tales. Esto sucede en el centro de trabajo. Las perturbaciones de la actividad del centro de trabajo o de la paz laboral no hay que valorarlas. No puede ser remitido a hacer exclusivamente el reclutamiento de afiliados a través de sus afiliados organizados en el centro de trabajo. Estos recelaban represalias y habían pedido por ello que las acciones de publicidad se llevasen a cabo por mandatario exterior al centro trabajo.

4 La demandante ha solicitado en primera instancia,

que se condene a la demandada a permitir la entrada de mandatarios de la demandante ajenos al centro de trabajo en el centro de trabajo B, y en consecuencia, que estos mandatarios sindicales puedan dedicarse al reclutamiento de afiliados allí, durante los tiempos de apertura de la cantina al mediodía, evitando cualquier tipo de perturbación de la paz de la empresa y de la actividad del centro trabajo, por medio de la entrega de folletos, formularios y boletines.

5 La demandada ha solicitado que se rechace la acción. Ha expresado la opinión de que la demandante no puede exigir ningún derecho de entrada para mandatario ajeno al centro de trabajo con el objeto del reclutamiento de afiliados. Para ello le falta un fundamento jurídico.

6 El Tribunal de Trabajo ha estimado la acción. Además, en el fallo publicado de la sentencia ha omitido, sin compensación, las palabras «evitando cualquier tipo de perturbación de la paz de la empresa y de la actividad del centro trabajo». El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la apelación de la demandada. La casación de la demandada admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado tiene éxito.

7 **Por los motivos:** La casación de la demandada está fundada. Las instancias previas han estimado injustamente la acción. La demandante tiene ciertamente, por principio, derecho a hacer publicidad para los afiliados en el centro de trabajo B. de la demandada, también a través de un mandatario ajeno al centro de trabajo. Pero la petición accionada por ella también arrastra variantes del caso en las que puedan contraponerse los intereses justificados de la demandada al derecho sindical de entrada y que prueben como infundada la pretensión reclamada. Esto tiene como consecuencia el rechazo de la demanda en su integridad.

8 A. La casación no tiene éxito, porque el Tribunal de Trabajo del Estado federado hubiera debido modificar la sentencia del Tribunal de Trabajo, por causa de la infracción del párrafo 308, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La infracción del párrafo 308, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está sanada.

9 I. Naturalmente, el Tribunal de Trabajo ha violado en su decisión el párrafo 308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10 1. Según esta disposición, el Tribunal no está autorizado a otorgar a una parte algo que no se pide. Esto es manifestación del principio dispositivo que rige el proceso civil. El Tribunal no puede reconocer a la parte demandante ni más cuantitativamente ni algo distinto cualitativamente. Una infracción del párrafo 308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ocurrida en las instancias previas aún hay que considerarla de oficio por el tribunal de casación (BAG 13 junio 1989 — 1 ABR 4/88 — BAG 62, 100 = AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 36 [B I 2 de los Motivos]; ZÖLLER/VOLLKOMMER, *ZPO*, 25ª ed., § 308, marginal 6, con justificaciones adicionales).

11 2. Ocurre que el Tribunal de Trabajo ha otorgado a la demandante más de lo que ésta había pedido.

12 a) La pretensión planteada por la demandante ante el Tribunal de Trabajo contiene expresamente el pasaje «evitando cualquier tipo de perturbación de la paz de la empresa y de la actividad del centro trabajo». En este caso, se trataba de una limitación de lo pedido en la acción. La demandada debía ser condenada a permitir la entrada sólo con la salvedad de que se evitaría cualquier tipo de perturbación de la paz de la empresa y de la actividad del centro trabajo. A ello no se opone que esta limitación no estuviese suficientemente determinada, a los efectos del párrafo 253, apartado 2, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

13 b) El Tribunal de Trabajo ha suprimido en el fallo de su sentencia la salvedad limitadora. En este caso, no se trata de una incorrección evidente de la sentencia en el sentido del párrafo 319, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hubiese que rectificar de oficio por la Sala en «todo momento» y, en consecuencia, también durante el procedimiento de casación. Una corrección sólo es evidente cuando se desprende sin más para el profano del contexto de la sentencia o de los procesos en caso de promulgación y publicación (cfr. ZÖLLER/VOLLKOMMER, § 319, marginal 5, con justificaciones adicionales). Éste no es el caso presente. No puede basarse fiablemente en que el Tribunal de Trabajo ha omitido por descuido en el fallo de la sentencia la salvedad limitadora. De ahí que no hubiera lugar para la rectificación de la sentencia de primera instancia.

14 II. La infracción del párrafo 308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue sanada en la segunda instancia.

15 1. La violación del párrafo 308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede ser sanada, según opinión general de la jurisprudencia y la doctrina científica, cuando la parte demandante asume como propia la decisión impugnada en segunda instancia a través de la solicitud de rechazo de la apelación (cfr. BGH 20 abril 1990 — V ZR 282/88 — BGHZ 111, 158; 12 enero 1994 — VIII ZR 165/92 — BGHZ 124, 351; ZÖLLER/VOLLKOMMER, § 308, marginal 7; cfr. también BAG 13 junio 1989 — 1 ABR 4/88 — BAG 62, 100 = AP BetrVG 1972 § 80, núm. 36 [B I 3 de los Motivos]).

16 2. De dicha sanación hay que partir aquí. La demandante ha solicitado sin reservas el rechazo de la apelación de la demandada ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado. En consecuencia, ha asumido como propia la sentencia de primera instancia. La demandada no ha planteado frente a ello ninguna objeción. En especial, ni ha criticado la violación del párrafo

308, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni, por ejemplo, se ha dirigido contra la presente ampliación de la acción en la solicitud de que se rechace la apelación.

17 B. La casación esta fundada. Las instancias previas han estimado injustamente la acción. La acción es ciertamente admisible, con la redacción que ha experimentado en la segunda instancia, pero infundada. Con ella se ha perseguido la denominada petición global, que también comprende variantes del caso en las que no existe el derecho de acceso pretendido por la demandante.

18 I. La petición es admisible, pero requiere de interpretación.

19 1. La acción no se dirige ni a la condena para que se examine un comportamiento justificable o injustificable en el sentido de los párrafos 887 y 888 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni a la emisión de una declaración de voluntad en el sentido del párrafo 894, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino a la condena de la demandada para que tolere las conductas de las demandante en el sentido del párrafo 890, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ciertamente, la demandada debe ser condenada, de acuerdo con la literalidad de la pretensión accionada, a «permitir» la entrada de mandatarios de la demandante. Esto sugiere la conclusión de que la demandada debía efectuar comportamientos determinados u ofrecer aclaraciones. Pero dicha comprensión no justificaría la pretensión de la demandante. Como se desprende del conjunto de sus observaciones, esto lleva en primer lugar a poder efectuar por sí misma comportamientos en el centro de trabajo de la demandad en B., y a no ser impedida en relación con ello por la demandada. Hay que entender su solicitud en relación con que la demandada deba ser condenada a tolerar la entrada en el centro de trabajo B. de personas mandatarias de ella y ajenas al centro de trabajo, y en consecuencia, éstas puedan llevar a cabo allí el reclutamiento de afiliados durante los tiempos de apertura al mediodía de la cantina. La ejecución forzosa hubiera de efectuarse en virtud del párrafo 890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de la imposición de una multa para todo caso de infracción del deber de tolerancia. En ese caso, no se agotaría necesariamente la obligación de tolerancia en la abstención del impedimento de la entrada. Más bien, los deberes de comportamiento pueden ser ligados, en consecuencia, a las circunstancias concretas, como por ejemplo la apertura de puertas que están en el camino de un acceso practicable, o la instrucción al personal de portería para que deje entrar a los mandatarios sindicales.

20 2. Con esta interpretación, la petición está suficientemente determinada en el sentido del párrafo 253, apartado 2, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

21 a) Las peticiones con las que se exige la tolerancia de comportamientos deben indicar precisamente los comportamientos a tolerar, y que lo reclamado, en caso de una decisión judicial congruente con la solicitud, pueda reconocer unívocamente qué se exige por ello. Por principio, este examen no puede ser trasladado al procedimiento de ejecución. Para cuya actuación hay que clarificar si el deudor de una obligación ha cumplido, o no, como ésta se presenta (cfr. BAG 17 junio 1997 — 1 ABR 10/97 — [B 1 de los Motivos]; 3 junio 2003 — 1 ABR 19/02 — BAG 106, 188 = AP BetrVG 1972 § 89, núm. 1 [B I 1 de los Motivos]; 29 abril 2004 — 1 ABR 30/02 — BAG 110, 252 = AP BetrVG 1972 § 77 Durchführung, núm. 3 [B III 1 b aa de los Motivos]). No obstante, las formulaciones generalizadas son algunas veces inevitables en las solicitudes de abstención y en las solicitudes de tolerancia. En otro caso, la posibilidad de obtener la protección judicial del derecho se dificultaría desmedidamente por medio de exigencias procesales, cuando no suprimida por completo (cfr. BAG 25 agosto 2004 — 1 AZB 41/03 — AP BetrVG 1972 § 23, núm. 41 = EZA ArbGG 1979 § 78, núm. 7 [B II 2 c bb de los Motivos]). Por consiguiente, los tribunales también están obligados a interpretar las peticiones así, según la posibilidad de que pueda llegarse a una decisión sobre el asunto.

22 b) Según ello, la petición satisface las exigencias del párrafo 253, apartado 2, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

23 aa) En primer lugar, es procesalmente inocua la circunstancia de que las modalidades del acceso solicitado no están descritas detalladamente. La petición está siempre concretada en que se trata del centro de trabajo B, así como de los tiempos de apertura al mediodía de la cantina de allí. Respecto del número de mandatarios sindicales y respecto de la frecuencia de las visitas, no obstante, la petición no se autolimita. Pero sobre ello hay que entender que ambas deben depender de la decisión de la demandante. En consecuencia, la petición comprende en principio un número ilimitado de mandatarios sindicales, así como de días completos en los que la cantina está abierta.

24 bb) Tampoco el objetivo de la entrada solicitada dado a la petición —«en consecuencia estos ... puedan llevar a cabo el reclutamiento de afiliados por medio de la entrega de folletos, formularios y boletines»— tiene como consecuencia su indeterminación. Ciertamente, no será reconocible fiablemente para la demandada en el caso concreto, sin más, para qué objetivo los mandatarios sindicales pretenden el acceso. Pero la petición hay que entenderla en relación con que debe bastar la declaración de los mandatarios sindicales de que pretendían la entrada con el objetivo del reclutamiento de afiliados por medio de la entrega de folletos, formularios y boletines. Esto parece suficientemente determinado. Si basta tal declaración para fundamentar el derecho de acceso, no es cuestión de determinación, sino de fundamentación de la petición.

25 II. Frente a la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado federado, la acción no está fundada. Naturalmente, la demandante posee, por principio, el derecho a llevar a cabo el reclutamiento de afiliados por medio de mandatario ajeno al centro de trabajo, también en las instalaciones de la demandada. Pero la petición accionada también comprende variantes del caso en las que el derecho no existe. Dado que un desdoblamiento de la petición de la demandante según las variantes del caso no es posible, había que desestimar la petición en su conjunto.

26 1. Por principio, los sindicatos tienen derecho a llevar a cabo el reclutamiento de afiliados en los centros de trabajo, también con mandatarios ajenos al centro de trabajo, supuesto que no se opongan intereses predominantes del empresario y del titular del centro de trabajo, susceptibles de protección. Esto también rige cuando los trabajadores del centro de trabajo ya están afiliados al sindicato.

27 a) El derecho de acceso al centro de trabajo del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con el objetivo del reclutamiento de afiliados es controvertido en la doctrina científica (cfr. BROCK, *Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG*, págs. 210 ss.; BERG, *DKK*, 9ª ed., §2, marginales 45 ss.; KRAFT/FRAENZEN, *GK-BetrVG*, 8ª ed., §2, marginales 95 ss.; RICHARDI, *BetrVG*, 10ª ed., §2, marginales 151 ss.). Una parte de la doctrina científica es fundamentalmente afirmativa (cfr., en especial, DÄUBLER, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 10ª ed., marginales 407 ss.; el mismo, *DB* 1998, 2014, 2016 ss.; DIETERICH, *ErfK*, 6ª ed., Art. 9 GG, marginal 40; EISEMANN, *ErfK*, §2 BetrVG, marginal 8; FITTING, 23ª ed., §2, marginal 86; SCHOLZ, en MAUNZ/DÜRIG, *GG*, asiento agosto 2005, Art. 9, marginal 252; KITTNER/SCHIEK, *AK-GG*, 3ª ed, asiento agosto 2002, Art. 9 GG, marginal 122; útil también, SCHAUB/KOCH, §215, marginal 8; HANAU, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, tomo 17, págs. 37 ss., 55; pero con otra opinión, el mismo, en *AuR* 1983, 257, 260; cfr. también, el mismo, en *ZIP* 1996, 447), otra parte, fundamentalmente negativa (así, RICHARDI, en el lugar indicado; KEMPER, en V. MANGOLDT/KLEIN/STARK, *GG*, 5ª ed., Art. 9, marginal 115; BROCK, págs. 229 ss.). Una parte ulterior de la doctrina científica mantiene el derecho de acceso del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo sólo para el caso en que el sindicato afectado no está todavía representado en el centro de trabajo

por afiliados (KRAFT/Franzen, §2, marginal 95, 96; Löwisch/Rieble, *MunchArbR*, 2ª ed, §246, marginal 163; KLOSTERKEMPER, *Das Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb*, págs. 151 ss.).

28 b) Por último, tampoco es clara la cuestión en la jurisprudencia.

29 aa) En primer lugar, el Tribunal Federal de Trabajo afirma el derecho de acceso del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con el propósito del reclutamiento de afiliados, incluso para instalaciones eclesióstáticas caritativas en el sentido del parágrafo 118, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa. Ha apoyado este derecho directamente en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y en la protección de las coaliciones allí anclada (14 febrero 1978 — 1 AZR 280/77 — BAG 30, 122 = AP GG Art. 9 Nr. 26). Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional ha revocado esta decisión por Auto de 17 febrero 1981 (2 BvR 384/78 — BVerfG 57, 220), y con referencia a la llamada fórmula del ámbito nuclear, ha declarado que la sentencia del Tribunal Federal de Trabajo lesiona el derecho constitucional de la empresaria demandada derivado del artículo 140 de la Constitución Federal, en conexión con el artículo 137, apartado 3, de la Constitución de Weimar. Tras la revocación y remisión, el Tribunal Federal de Trabajo decidió, el 19 enero 1982 (1 AZR 279/81 — BAG 37, 331 = AP GG Art. 140 Nr. 10), que los sindicatos no tienen derecho específico directamente derivado del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a la tolerancia de la actividad sindical de asistencia, de información y de publicidad en instalaciones eclesióstáticas por medio de mandatario sindical ajeno al centro de trabajo, cuando ya están representados en estas instalaciones por medio de afiliados pertenecientes al centro de trabajo.

30 bb) La función y significado de la fórmula del ámbito nuclear, con la que el Tribunal Federal Constitucional había argumentado decisivamente en Auto de 17 febrero 1981 (2BvR 384/78 — BVerfG 57, 220 [C II 4a de los Motivos]), la ha aclarado por Auto de 14 noviembre 1995. Se ha visto «obligado [a ello], por causa de los malentendidos —ajenos a su voluntad— a los que habían conducido las decisiones anteriores» (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — BVerfG 93, 352 [B I 3 de los Motivos]; cfr., sobre ello, SACHS, *JuS* 1996, 931). Según él, la fórmula del ámbito nuclear no limita de antemano el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal al ámbito de lo imprescindible, sino que describe sólo los límites que el legislador tiene que observar en caso de estructuración jurídica singular de la libertad sindical. Por consiguiente, el reclutamiento de afiliados no está protegido constitucionalmente sólo en la medida en que sea imprescindible para la conservación y el aseguramiento de la existencia del sindicato. Más bien, la protección constitucional se extiende a todas las conductas que sean específicas de la coalición (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — en el lugar indicado [B I 3 de los Motivos]; igualmente, 24 febrero 1999 — BvR 123/93 — BVerfG 100, 214 [B II 1 de los Motivos]). La clarificación de la fórmula del ámbito nuclear también ha encontrado entrada en la jurisprudencia reciente de la Sala (cfr., por ejemplo, BAG 20 abril 1999 — 1 ABR 72/98 — BAG 91, 210 = AP GG Art. 9 Nr. 89 [B II 2b bb de los Motivos]; 25 enero 2005 — 1 AZR 657/03 — AP GG Art. 9 Nr. 123 = EzA GG Art. 9 Nr. 81 [prevista para la Colección Oficial], [II 1 a de los Motivos]).

31 c) A la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se otorga, por principio, el derecho de acceso del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con el objetivo del reclutamiento de afiliados. Naturalmente, falta para ello una regulación legal singular expresa. Tampoco se desprende directamente del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal el derecho de entrada. Pero el reclutamiento de afiliados es parte de la libertad de acción de los sindicatos protegida por el artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal. De ella forma parte su poder de determinar por sí a qué personas confiar el reclutamiento, y la

posibilidad de reclutar afiliados allí donde los trabajadores se reúnen y pueden ser abordados como tales. Dado que falta una regulación legal, los tribunales deben efectuar la estructuración correspondiente por la vía del perfeccionamiento jurídico, sobre la base de su deber constitucional de protección. Sin embargo, el derecho de entrada a las instalaciones del centro de trabajo no es ilimitado para los sindicatos. Frente al interés sindical al reclutamiento efectivo de afiliados, hay que ponderar igualmente los intereses constitucionalmente protegidos del empresario y del titular del centro de trabajo. En relación con ello, cuentan su reglamento de régimen interno y su derecho de propiedad, así como su derecho a la actividad industrial implantada y ejercitada en forma de una actividad empresarial libre de perturbaciones. Estos derechos del empresario pueden oponerse, según las circunstancias del caso concreto, al derecho de entrada del sindicato.

32 aa) El derecho de entrada del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con el objetivo del reclutamiento de afiliados no está regulado legalmente. Mientras que en el párrafo 2, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa se concede expresamente a los sindicatos un derecho de acceso al centro de trabajo con determinadas especificaciones, para el cumplimiento de las funciones y las facultades mencionadas en la Ley de Organización de la Empresa, falta una estructura legal para la actividad específica de la coalición en su conjunto. En este sentido, el párrafo 2, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa aclara únicamente que las funciones de los sindicatos y de las asociaciones de empresarios, en especial la salvaguardia de los intereses de sus afiliados, no se mencionan por la Ley de Organización de la Empresa. En cambio, el legislador ha prescindido hasta ahora de la aprobación de una ley («de asociaciones») en la que los derechos y los deberes de los sindicatos, y otros, estuvieran regulados más detalladamente.

33 El párrafo 2, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa no se opone quizá a un derecho de entrada del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con otros objetivos distintos de los mencionados en el precepto. El derecho de entrada derivado del párrafo 2, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa sirve —igual que, en otro sentido, el derecho de acceso específico otorgado en el marco de la organización jurídica de la empresa— en particular para las funciones asignadas a los sindicatos en el marco de la organización de la empresa (cfr. BVerfG 17 febrero 1981 — 2 BvR 384/78 — BVerfG 57, 220 [C II 4 b de los Motivos]). La regulación no es concluyente (BROCK, pág. 219; DÄUBLER, marginal 426). Esto ya se deduce del párrafo 2, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa.

34 bb) El derecho de entrada de los sindicatos con el objetivo del reclutamiento de afiliados no está negado, con eficacia vinculante, por la decisión del Tribunal Federal Constitucional de 17 febrero 1981 (2 BvR 384/78 — BVerfG 57, 200), para centros de trabajo de un empresario no eclesiástico (en este sentido, también, BROCK, pág. 211 ss.; de otra opinión, RICHARDI, § 2, marginal 151). En virtud del párrafo 31, apartado 1, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional, las decisiones del Tribunal Federal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados federados, así como a todos los tribunales y administraciones. Por consiguiente, para la interpretación de la Constitución por los tribunales y las administraciones en todos los casos futuros, hay que observar los principios que se derivan del fallo y los motivos sustentadores de la decisión (BVerfG 20 enero 1966 — 1 BvR 140/62 — BVerfG 19, 377; BAG 19 enero 1982 — 1 AZR 279/81 — BAG 37, 331 = AP GG artículo 140, núm. 10 [I de los Motivos]). Sustentadoras de una decisión son aquellas partes de la fundamentación de la decisión que no hay que abstraer mediante deducción del tribunal, sin que se modifique el resultado formulado en el fallo (BAG 19 enero 1982 — 1 AZR 279/81 — AP GG artículo 140, núm. 10 [I de los Motivos]). Según esto, el Auto del Tribunal Federal Constitucional de 17 febrero 1981 (2 BvR

384/78 — en el lugar indicado) no despliega en todo caso eficacia vinculante respecto del ámbito no eclesiástico. La decisión sólo afectaba al caso particular del derecho sindical de acceso a instalaciones eclesiásticas. Las explicaciones contenidas respecto del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal valen también en el contexto del artículo 140 de la Constitución Federal, en conexión con el artículo 137, apartado 3, de la Constitución de Weimar. De ahí que pueda ser dudoso si la eficacia vinculante de la decisión de 17 febrero 1981 (2 BvR 384/78 — en el lugar indicado) ha experimentado un recortamiento eficaz, de conformidad con el Auto del Tribunal Federal Constitucional de 14 noviembre 1995 (1 BvR 601/92 — BVerfG 93, 352), como se dice todavía en el Auto de 17 febrero 1981, por el que la libertad de acción de las coaliciones no está protegida sólo en su ámbito nuclear.

35 cc) El derecho de entrada al centro de trabajo del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo con el objetivo del reclutamiento de afiliados no se deriva directamente del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Naturalmente, el artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal despliega eficacia directa también en las relaciones jurídicas entre particulares (cfr. BAG 20 abril 1999 — 1 ABR 72/98 — BAG 91, 210 = AP GG artículo 9, núm. 89 [B II 2a de los Motivos]; 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAG 104, 155 = AP GG artículo 9 Arbeitskampf, núm. 162 [B I 3 b bb de los Motivos]; 31 mayo 2005 — 1 AZR 141/04 — AP GG artículo 9, núm. 124 = EzA GG artículo 9, núm. 84 [prevista para la Colección Oficial], [I 2 b aa (1) de los Motivos], con justificaciones adicionales; DIETERICH, *ErFK*, artículo 9 GG, marginal 42). Eso se deriva del artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal. Según él, son nulos los acuerdos que busquen limitar o impedir el derecho protegido por el artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, e ilícitas las medidas judiciales basadas en ellos. En consecuencia, la libertad sindical también está protegida ante perjuicios de Derecho privado (BAG 31 mayo 2005 — 1 AZR 141/04 — AP GG artículo 9, núm. 124). Pero no existe una medida judicial impeditiva o limitadora de la libertad de acción sindical cuando el empresario autoriza la entrada a su centro de trabajo únicamente a personas determinadas, como en especial a los trabajadores y clientes, en cumplimiento de su reglamento de régimen interior y de su derecho de propiedad, y lo prohíbe a los demás grupos de personas. Un cumplimiento no selectivo del reglamento de régimen interior que separe del conjunto a los sindicatos no es ninguna medida que busque impedir o limitar el derecho de acción del sindicato en el sentido del artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal (KEMPER, en V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, en el lugar indicado).

36 dd) El derecho de los sindicatos a llevar a cabo el reclutamiento de afiliados también a través de mandatario ajeno al centro de trabajo, y a conseguir por ello la entrada al centro de trabajo, se deriva de la estructuración de la libertad de acción sindical a llevar a cabo por los tribunales, sobre la base de su deber de protección por la vía del perfeccionamiento jurídico.

37 (1) El artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal garantiza a todos y para toda profesión el derecho de formar coaliciones para la protección y promoción de las condiciones laborales y de las condiciones económicas. El derecho fundamental protege a los individuos para fundar una asociación semejante, afiliarse a ella o separarse. Además, protege a las coaliciones en su existencia en su y en su estructura organizativa, así como aquellas actividades que se dirijan a proteger y promover las condiciones laborales y las condiciones económicas (jurisprudencia constante del Tribunal Federal Constitucional, cfr. por ejemplo, BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 167 = EzA GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 136 [B II 1 de los Motivos], con justificaciones adicionales).

38 (2) De las actividades protegidas que sirven para mantener y asegurar a una coalición, forma parte su reclutamiento de afiliados (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — BVerfG

93, 352 [B I 2 de los Motivos]; cfr., también, 26 mayo 1970 — 2 BvR664/65 — BVerfG 28, 195; BAG 31 mayo 2005 — 1 AZR 141/04 — AP GG, artículo 9, núm. 124 = EzA GG, artículo 9, núm. 84 [prevista para la Colección Oficial], [I 2 b aa (2) de los Motivos]). A través de éste, las coaliciones logran el fundamento para el cumplimiento de sus funciones y aseguran su subsistencia. Además, su fuerza negociadora depende del número de afiliados (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — en el lugar indicado). Sin reclutamiento de nuevos afiliados existe el peligro de que la existencia de afiliados al sindicato, con el curso del tiempo, disminuya con un alcance tal, que ya no pueda objetivamente cumplir sus funciones de proteger y promover las condiciones laborales y las condiciones económicas (BAG 30 agosto 1983 — 1 AZR 121/81 — AP GG, artículo 9, núm. 38 [III 1 de los Motivos]). De ahí que pertenezca a la libertad de acción del sindicato el derecho de reforzar su capacidad de penetración con el objetivo del mantenimiento de la afiliación y el reclutamiento de afiliados (BAG 31 mayo 2005 — 1 AZR 141/04 — AP GG, artículo 9, núm. 124). En consecuencia, resulta de significado especial para los sindicatos el reclutamiento de afiliados en los centros de trabajo. El reclutamiento efectivo requiere atención y sensibilidad hacia los trabajadores a reclutar. De ahí que puedan ser abordados, ante todo, en el centro de trabajo. Allí se desarrollan obviamente las cuestiones, funciones y problemas a las que se refiere la actividad de un sindicato y a las que puede ligarse el reclutamiento de nuevos afiliados (BAG 30 agosto 1983 — 1 AZR 121/81 — AP GG, artículo 9, núm. 38). De ahí que no pueda prohibirse con carácter general al sindicato que también pueda reclutar fuera del centro de trabajo.

39 (3) Como ha aclarado el Tribunal Federal Constitucional en el Auto de 14 noviembre 1995 (1 BvR 601/92 — BVerfG 93, 352), el reclutamiento de afiliados no está quizá sólo constitucionalmente protegido en la medida en que sea imprescindible para el mantenimiento y el aseguramiento de la existencia del sindicato. La protección constitucional del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no se ciñe sólo al ámbito nuclear de la libertad de acción. Más bien, se extiende a todas las conductas específicas de la coalición. La cuestión de si la acción específica de la coalición es imprescindible para la protección de la libertad sindical, logra significado sólo en caso de limitaciones de esta libertad (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — en el lugar indicado [B I 3 de los Motivos]).

40 (4) Por principio, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal cede a la coalición la elección del medio que considera apropiado y necesario respecto de su actividad específica como coalición (BVerfG 10 septiembre 1994 — 1 BvR 1191/03 — AP GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 167 = EzA GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 136 [B II 1 de los Motivos], con justificaciones adicionales; cfr. también 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfG 84, 212 [C I 1a de los Motivos]; HÖFLING, in SACHS, *GG*, 3ª ed., artículo 9, marginal 81). Por consiguiente, el sindicato puede decidir por sí mismo en qué lugar, a través de qué personas y de qué forma y manera quiere reclutar afiliados. En consecuencia, también encaja en el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal su decisión de llevar a cabo el reclutamiento de afiliados en el centro de trabajo y por medio de mandatario externo al centro de trabajo elegido por él (SCHOLZ, in MAUNZ/DÜRIG, artículo 9, marginales 251 y 252). Por principio, aquél es amplio y quizá no restringido a las medidas de reclutamiento necesarias.

41 (5) Para llevar a cabo medidas de reclutamiento en el centro de trabajo, el sindicato está obligado a cooperar con el titular del centro de trabajo. Sólo puede actuar en el centro de trabajo por medio de mandatario ajeno al centro de trabajo, cuando el empresario autoriza a éste la entrada y tolera su actividad. En consecuencia, semejante reclutamiento de afiliados colisiona asimismo con los derechos protegidos constitucionalmente del empresario y del titular del

centro de trabajo, entre otros, su reglamento de régimen interno y derecho de propiedad protegidos por los artículos 13 y 14 de la Constitución Federal, así como en todo caso su libertad de acción económica protegida por el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal, los cuales se afectan en especial en caso de perturbación de la actividad laboral y de la paz de la empresa (cfr. SCHOLZ, en MAUNZ/DÜRIG, artículo 9, marginal 251; cfr. también BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 601/92 — BVerfG 93, 352 [B II de los Motivos]).

42 (6) Según ello, el conflicto existente entre los intereses opuestos, comparable a los apoyos constitucionales ordenados, requiere de estructuración a través del ordenamiento jurídico (cfr. BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 167 = EzA GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 136 [B II 1 de los Motivos]). Esto incumbe en primer lugar al legislador. En caso de falta o insuficiencia de disposiciones legales, los tribunales deben deducir el derecho material con los métodos reconocidos de búsqueda jurídica derivados de los fundamentos jurídicos generales, los cuales resulten adecuados para la relación jurídica afectada. Esto rige también precisamente allí donde una regulación legal es aconsejable por causa del deber de protección constitucional. Los tribunales sólo pueden cumplir así los deberes impuestos a ellos por la Constitución, para decidir objetivamente todo litigio traído ante ellos (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfG 84, 212 [C I 2a de los Motivos]). Para ello deben desarrollar reglas coordinadas, que garanticen que pueden coexistir, a pesar de su contradicción, las posiciones constitucionales contrapuestas referidas (cfr. BVerfG 2 marzo 1993 — 1 BvR 1213/85 — BVerfG 88, 103 [C II 2 de los Motivos]). La función y poder de los tribunales de perfeccionamiento jurídico judicial, conectados con eso, los han reconocido el legislador (cfr., por ejemplo, parágrafo 132, apartado 4, de la Ley de Organización del Tribunal; parágrafo 45, apartado 4, de la Ley del Tribunal de Trabajo) y el Tribunal Federal Constitucional dentro de los límites trazados por el artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. BVerfG 19 octubre 1983 — 2 BvR 485/80 y 2 BvR 486/80 — BVerfG 65, 182 [B II 1 de los Motivos]).

43 (7) Respecto de la regulación coordinada del reclutamiento sindical de afiliados en los centros de trabajo que incumbe a los tribunales según ello, es importante que el empresario no rechace al sindicato convencionalmente competente en su centro de trabajo, como a un tercero completamente desinteresado. Más bien, el empresario y los sindicatos se encuentran en una multitud de relaciones jurídicas directas e indirectas, que justifican exigir a los empresarios, bajo requisitos determinados, la entrada de representantes de los sindicatos en su propiedad antes que a un tercero desinteresado que no tiene ninguna relación jurídica con el sindicato. Los empresarios participan en esta condición en la vida laboral y en la vida económica. En consecuencia, tratan en múltiples sentidos, también en las relaciones jurídicas, a los sindicatos competentes en sus centros de trabajo. De un lado, obviamente, arreglan las funciones y facultades de centro trabajo de los sindicatos, reguladas expresamente en la Ley de Organización de la Empresa. De otro lado, se originan relaciones jurídicas, al menos indirectamente, a través de que el empresario ocupa en su centro de trabajo trabajadores y, en consecuencia, afiliados sindicales reales o potenciales. Ello conduce a que los sindicatos están autorizados a defender los derechos que surgen de las relaciones laborales de sus afiliados frente al empresario. Además, las conexiones jurídicas entre concretos empresarios y sindicatos encuentran sedimento en la Ley del Convenio Colectivo. Así, según el parágrafo 2, apartado 1, de la TVG no sólo los sindicatos y asociaciones de empresarios poseen capacidad convencional, sino también el empresario individual (cfr. BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAG 104, 155 = AP GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 162 [B I 1 a aa de los Motivos]). En consecuencia, el empresario individual es al menos parte convencional potencial del sindicato convencionalmente

competente. Puede celebrar con éste convenios colectivos, así como ser receptor de conflictos laborales (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — AP GG, artículo 9, Arbeitskampf, núm. 162 [B I 1 b de los Motivos]).

44 (8) La instauración promovida por los tribunales de concordancias prácticas entre el derecho de los sindicatos al reclutamiento de afiliados en el centro de trabajo, de un lado, y los derechos en sentido contrario del titular del centro de trabajo y del empresario, del otro lado, no permite un reconocimiento o negación generales del derecho de entrada del mandatario sindical ajeno a la empresa, por las variantes reales y posibles del caso. Más bien, son decisivas las circunstancias respectivas del caso concreto. Para ello, son importantes ante todo la dimensión e intensidad del derecho de acceso reclamado. En este contexto, pueden jugar un papel la frecuencia, la extensión temporal y el momento respectivo de la visita, como también, dado el caso, el número de mandatarios sindicales externos al centro de trabajo a fijar, en relación con el tamaño de la plantilla. Pero ante todo, en el examen del caso concreto, hay que tomar en consideración los intereses justificados del empresario en el centro de trabajo. De ellos forma parte su interés a una actividad empresarial libre de perturbaciones y la salvaguardia de la paz de la empresa. Igualmente, pueden ser importantes sus intereses al mantenimiento de secretos y a la seguridad. Estos pueden influir no irrelevantemente, en el caso concreto, en el esfuerzo organizativo y personal —por ejemplo, por la expedición de identificaciones o la provisión de personas acompañantes—, que esté conectado con la visita del mandatario sindical ajeno al centro de trabajo. Lo mismo rige para el concreto lugar en el que deba ser autorizado el acceso dentro del centro de trabajo. Finalmente, respecto de la valoración, también pueden referirse las medidas de derecho legal de acceso codificadas en el parágrafo 2, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa (en el mismo sentido, DÄUBLER, marginales 438 ss). Por ello, como regla, podía ser aconsejable que el empresario sea informado antes sobre el momento de la visita y sobre la persona del o de los mandatarios.

45 (9) El hecho de que el derecho de entrada de sus mandatarios externos al centro de trabajo con el objetivo del reclutamiento de afiliados dependa de las circunstancias del caso concreto, ciertamente acarrea consigo dificultades a los sindicatos para la formulación en el proceso de una pretensión general de condena dirigida al futuro. Sin embargo, esto no justifica imponer a la pretensión, con carácter general, exigencias jurídico-materiales insignificantes. En otro caso, no se tendrían en cuenta suficientemente las posiciones protegidas constitucionalmente del empresario individual. En relación con ello, los sindicatos no se quedan procesalmente privados de derechos, respecto de la realización de su libertad de acción. De un lado, pueden tener en cuenta los requisitos materiales de la pretensión a través de pretensiones accionables de redacción estricta. De otro lado, tienen la posibilidad procesal de evitar la frustración de su derecho por la vía de la protección jurídica provisional, siempre y cuando en el caso concreto no sea posible la realización del derecho de acceso en el proceso de cognición, por causa del adelanto temporal procurado. Esto no es ajeno al Derecho Civil general y al Derecho del Trabajo, y también lo consiguió la demandante en relación con el centro de trabajo B. de la demandada, el 2 diciembre 2002.

46 2. En consecuencia, contra la opinión de las instancias previas, la acción no puede ser estimada. La petición dirigida al futuro de la demandante es una petición global, que también comprende variantes posibles del caso en las que no existe el derecho de entrada del mandatario de la demandante ajeno al centro de trabajo.

47 a) Según jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo, hay que rechazar como infundada en su integridad una petición global que comprenda una multitud de variantes del

caso, cuando hay variantes del caso en ella que se demuestran como infundadas (cfr. BAG 3 mayo 1994 — 1 ABR 24/93 — BAG 76, 364 = AP BetrVG 1972 § 23, núm. 23 [C I de los Motivos]; 21 septiembre 1999 — 1 ABR 40/98 — AP BetrVG 1972 § 99, *Versetzung*, núm. 21 = EzA BetrVG 1972 § 95, núm. 30 [B I de los Motivos]; 20 octubre 1999 — 7 ABR 37/98 — [B I 2a de los Motivos]; 3 junio 2003 — 1 ABR 19/02 — BAG 106, 188 = AP BetrVG 1972 § 89, núm. 1 [B II 2a de los Motivos]). Otra cosa sólo rige cuando la petición se refiere a circunstancias a distinguir separadamente y claramente delimitadas las unas de las otras, y hay que tomar la parte ya fundada para la propia petición como objetivo parcial del procedimiento (BAG 6 diciembre 1994 — 1 ABR 30/94 — BAG 78, 379 = AP BetrVG 1972 § 23, núm. 24 [B II 2 de los Motivos]; 19 julio 1995 — 7 ABR 60/94 — BAG 80, 296 = AP BetrVG 1972 § 23, núm. 25 [B II 3 de los Motivos]; 20 octubre 1999 — 7 ABR 37/98 — [B I 2a de los Motivos]).

48 b) De acuerdo con ello, la petición es infundada. Comprende también variantes del caso en las que no existe el derecho de entrada reclamado. Ciertamente, la demandante ha limitado su petición espacialmente a la cantina en el centro de trabajo B. de la demandada, y temporalmente a los tiempos de apertura de la cantina al mediodía. No obstante, no puede descartarse que en un caso concreto las necesidades de la actividad empresarial se opongan al derecho de entrada de la demandante, o esté en peligro la paz de la empresa, de manera que en el marco de la ponderación de intereses, prevalezca el interés justificado de la demandada a impedir el acceso. Éste pudiera ser el caso, por ejemplo, de cuando deban efectuarse actividades de reclutamiento con una frecuencia, con una dimensión (número de mandatarios ajenos al centro de trabajo) o de un modo y manera que conduzcan al sindicato que practica allí en todo caso el reclutamiento a explicaciones en el centro de trabajo con o entre trabajadores o con otros.

49 La petición accionada no contiene ninguna parte suficientemente delimitada en relación con la cual pudiera ser estimada parcialmente la acción.

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO DE 24 ABRIL 2007 (REFERENCIA 1 AZR 252/06)

Fallo:

1. La casación del actor contra la Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado de Hesse de 2 febrero 2006 — 9 Sa 915/05 — se desestima.
2. El actor tiene que cargar con las costas del procedimiento de casación.

Hechos:

1 Las partes litigan sobre la obligación de la demandada de abstenerse de una determinada convocatoria de huelga. En relación con ello, litigan sobre el derecho de indemnización de daños y perjuicios por causa de la huelga llevada a cabo.

2 El actor es la Asociación Empresarial de la Industria del Metal y de la Industria Eléctrica para el ámbito de Hamburgo y alrededores, Schleswig-Holstein y Mecklemburgo-Pomerania Occidental. A ella pertenecen actualmente 280 empresarios afiliados. El sindicato demandado es, según sus estatutos, competente para negociar, en el ámbito federal, en la industria del metal y la industria eléctrica. Es la constante contraparte convencional del actor.

3 Un afiliado del actor es la Heidelberger Druckmaschinen AG (HDM-AG), con sede en Heidelberg y alrededor de 19.000 trabajadores en todo el mundo. Dirige en Alemania, junto a más establecimientos, un centro de trabajo en Kiel. Allí se desarrollan, producen y montan, entre otras cosas, máquinas de impresión y utensilios para la fase previa de la impresión. En el centro de trabajo, estaban ocupados a finales del año 2002 aproximadamente 1050 trabajadores. En octubre 2002, la junta directiva acordó, para ahorrar costes en el futuro, que se hiciera el montaje de un determinado tipo de máquinas de impresión digital, hecho en la actualidad en Kiel, en el establecimiento de Rochester, en los USA, y el montaje final de los llamados utensilios de pre-prensa en el establecimiento principal alemán, en Wiesloch. A este proyecto estaba vinculada la desaparición de 562 puestos de trabajo en el centro de trabajo de Kiel. En lo sucesivo, la dirección de la empresa intentó entablar conversaciones de información y consulta con el comité de empresa local y negociar una conciliación de intereses. El 16 diciembre 2002 inició un procedimiento para la designación de presidente de un órgano arbitral de centro de trabajo.

4 El 20 diciembre 2002 recibió el actor dos escritos de la demandada de 18 diciembre 2002. En uno, ésta notificaba la denuncia de las regulaciones sobre terminación de las relaciones laborales, del parágrafo 14, números 1, 2 y 5, del convenio colectivo marco celebrado entre las partes para los trabajadores industriales y empleados de la industria del metal de 18 mayo 1990, en su redacción de 20 abril 2000 (MTV), para el 31 enero 2003; al mismo tiempo, para la ampliación de los plazos, exigía una nueva redacción, sobre la base del parágrafo 622 del BGB, y una cláusula de apertura de convenios colectivos complementarios de centro de trabajo. En el otro escrito, la demandada proponía al actor realizar negociaciones con ella sobre un convenio colectivo de asociación, relativo sólo al centro de trabajo de Kiel de la HDM-AG. Exigía para los empleados de este centro de trabajo la conclusión de regulaciones convencionales subsiguientes para el caso «de que, a pesar de los esfuerzos del comité de empresa, ocurra un traslado de la producción y extinciones por necesidades del centro de trabajo»:

«1. Para la extinción por necesidades del centro de trabajo, por el empresario, rige un plazo básico de extinción de tres meses hasta el fin del trimestre. El plazo básico de extinción se amplía respectivamente dos meses por cada año completo de existencia de la relación laboral.

2. Los empleados que sean despedidos por necesidades del centro de trabajo tienen derecho, tras el transcurso del plazo extintivo, a

—medidas de capacitación para todos los empleados, hasta 24 meses, con pago continuado de la retribución. Los ocupados para la formación reciben, tras la conclusión de su formación profesional, una capacitación de adaptación

—así como a una indemnización en cuantía de dos meses de salario por año de ocupación, a lo que se suma un importe aumentado para obligaciones de manutención y discapacidad grave e igualdad. Los preceptos de los párrafos 111 y ss. de la BetrVG permanecen inalterados.

3. Sobre la forma y contenido de la capacitación decide una comisión paritaria, sobre la base de los deseos de formación profesional y formación continuada de los empleados. En caso de falta de acuerdo, decide el órgano arbitral.

Las medidas de capacitación se llevarán a cabo en los lugares disponibles del centro de trabajo.

La empresa Heidelberger Druckmaschinen AG asume los costes de las medidas de capacitación».

5 Por escrito de 23 enero 2003, el actor rechazó el comienzo de negociaciones sobre un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, en cuanto a la posible puesta en funcionamiento del órgano arbitral de centro de trabajo. El 24 febrero 2003 se declaró en uno de los periódicos editados por gente de confianza en Kiel de la demandada, que la junta directiva de la demandada había dado el 13 febrero «luz verde para refrendos de huelga y huelgas en el centro de trabajo de Kiel de la HDM-AG», para llevar a cabo las reivindicaciones de 18 diciembre 2002. El 3 marzo 2003 tuvo lugar en el centro de trabajo una huelga de advertencia. Tras ello, la demandada había exigido en vano al actor aceptar negociaciones con ella hasta el 5 marzo 2003, llevó a cabo el 6 y 7 marzo un referéndum de huelga, y convocó a la huelga para el 11 y 12 marzo 2003. A petición del actor, el Tribunal de Trabajo prohibió su realización por Auto de 10 marzo 2003, por la vía de un interdicto. Por Sentencia de 14 marzo 2003, revocó su Auto y desestimó la petición del actor. El Tribunal de Trabajo del Estado federado rechazó la apelación planteada por el actor, por Sentencia de 27 marzo 2003.

6 En el centro de trabajo se pusieron en huelga desde el 17 al 19 marzo, el 24 marzo, desde el 26 al 28 marzo y desde el 31 marzo al 23 abril 2003, durante las cuales estuvo paralizada la producción. Paralelamente a ello, tuvieron lugar negociaciones del órgano arbitral del centro de trabajo sobre una conciliación de intereses, que finalmente fueron declaradas sin resultado. El órgano arbitral aconsejaba en ellas un plan social, que se llevase a cabo el 21 junio 2003. Tras el referéndum de huelga de 27 junio 2003, la huelga se terminó definitivamente.

7 Otro afiliado más del actor es la Y GmbH. La empresa proyectaba el cierre de su centro logístico en Elmshorn, con alrededor de 80 trabajadores, y comunicó esto al comité de empresa local el 3 diciembre 2002. Los interlocutores del centro de trabajo constituyeron poco después un órgano arbitral de centro de trabajo para lograr una conciliación de intereses y un plan social. El 8 enero 2003 recibió el actor un escrito de la demandada, con el que ésta exigía la apertura de negociaciones sobre un «convenio colectivo complementario de asociación relativo a empresas, en virtud del párrafo 3, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo y con el ámbito de aplicación de la Y GmbH», sobre cuyo contenido planteaba determinadas reivindicaciones.

8 El actor rechazó la apertura de negociaciones convencionales, también en este caso. Por aviso de 5 marzo 2003, la demandada requirió a los trabajadores del centro de trabajo de Elmshorn para una huelga de advertencia. En la convocatoria se decía:

«Queremos, paralelamente a las negociaciones del órgano arbitral sobre nuestras exigencias para un convenio colectivo complementario de IG Metall, abogar y pedir a Metal del Norte y a la dirección de la empresa que regresen al sentido común y acepten negociaciones colectivas con IG Metall. Nuestras exigencias para un convenio colectivo de IG Metall son:

1. Derecho a plazos extintivos convencionalmente uniformes, con un plazo extintivo mínimo de dos meses, a partir de cinco años de pertenencia a la empresa de doce meses, y a partir de diez años de pertenencia a la empresa de 24 meses.

2. Derecho a indemnización convencional de plan social, como indemnización convencional de daños y perjuicios por la pérdida del puesto de trabajo en Y GmbH, de dos meses de salario bruto... por año de ocupación».

9 En la huelga de advertencia de tres cuartos de hora, llevada a cabo el mismo día, participaron aproximadamente 30 trabajadores.

10 El actor ha afirmado que un hecho similar le ha ocurrido en lo sucesivo en más casos. Tras ello, se esconde una nueva estrategia de la demandada. Ésta intenta por medio de peticiones convencionales completamente exageradas —cuya satisfacción por la HDM-AG es equivalente a una carga de aproximadamente 200 millones de euros— impedir, en cuanto tales, las modificaciones de centro de trabajo proyectadas. Esto es obvio, al lado de otros indicios derivados de conferencias, publicaciones y correspondencia del secretariado jurídico regional competente de la demandada.

11 Con su acción, el actor ha reclamado a la demandada el derecho de abstención y de indemnización de daños y perjuicios. Ha expresado la opinión de que el proceder de la demandada es ilícito. Tiene derecho a que la demandada no lleve a cabo ninguna huelga que se oriente a la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, cuando el objeto de la regulación de tal convenio colectivo sea objeto al mismo tiempo de negociaciones para un convenio colectivo sectorial, que deba regir para todos sus afiliados. Con sus huelgas llevadas a cabo en HDM-AG e Y GmbH, la demandada ha violado su derecho de acción como coalición, derivado del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. A través de las huelgas sobre convenios colectivos empresariales con algunos de sus afiliados concretos, la demandada intenta que éstos rompan con la asociación y anticipar ya, frente a algunos de sus concretos afiliados, el objetivo pretendido por ella del acuerdo de cláusulas abiertas para regulaciones colectivas sobre plazos extintivos más largos en las extinciones por necesidades del centro de trabajo. Con ello, este objetivo es más fácilmente conseguible, porque ya no podría contar con la solidaridad de sus afiliados vinculados ya por un convenio colectivo relativo a empresas. A la inversa, la disposición a la lucha de los trabajadores afectados por una modificación de centro de trabajo, proyectada en los centros de trabajo correspondientes, es esencialmente más alta. De este modo, su derecho a la libre formación de la voluntad de sus órganos se perjudica notablemente, se quita su eficacia a la regulación pretendida para el conjunto de sus afiliados y se viola el deber de paz.

12 El actor ha opinado a continuación que la demandada tiene que abstenerse de huelgas que estén orientadas a la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, en el que deba regularse la compensación de perjuicios económicos y demás que se derivarían para los trabajadores de la empresa afectada de la modificación proyectada del centro de trabajo. Dichas huelgas están dirigidas a un objetivo convencional no regular. Los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa se opondrían al correspondiente poder regulador de las partes del convenio colectivo. El legislador ha asignado exclusivamente a las partes del centro de trabajo la competencia para lograr regulaciones colectivas sobre una de tales

conciliaciones de perjuicios, por inclusión de todos los miembros de la plantilla —y no sólo de los vinculados por el convenio colectivo—. El procedimiento legalmente previsto del órgano arbitral y la posibilidad de una lucha laboral sobre pretensiones convencionales orientadas a la compensación se excluyen entre sí mutuamente. En caso contrario, el empresario estará «cogido en una pinza» por dos lados y se restringe inadmisiblemente su libertad de decisión. Las huelgas para la celebración de planes sociales convencionales violan, además, el principio de proporcionalidad del Derecho de luchas laborales. Por causa del derecho de cogestión del comité de empresa, a que se refieren los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa, no son necesarias. Aparte de esto, incumplían el principio de paridad en la lucha, por falta de posibilidad fáctica de defensa del empresario.

13 Subsidiariamente, por causa de la preferencia, en todo caso, de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa sobre la convocatoria de huelga, el actor ha aducido que la demandada debe esperar todo el tiempo hasta que el procedimiento del órgano arbitral de centro de trabajo sobre la celebración de una conciliación de intereses y de un plan social se concluya. Por lo menos tiene derecho, en relación con ello, a que la demandada se abstenga de huelgas que estén dirigidas a la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, con el que deban ampliarse durante más de un año los plazos para los despidos por necesidades del centro de trabajo sobre la base de una modificación del centro de trabajo. Dicha ordenación convencional viola el derecho fundamental del empresario derivado del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, porque limita de modo económicamente injusto su derecho garantizado a la finalización autónomo-privada de las relaciones laborales. Incluso si una limitación de plazos extintivos convencionales hasta el tope de un año no debía ser constitucionalmente aconsejada, en todo caso, son entonces ilícitas las exigencias convencionales de ampliación de los plazos para despidos por necesidades del centro de trabajo por causa de una modificación del centro de trabajo, cuando no estén conectadas con el dato de la longitud de un plazo extremo. Para la HDM-AG, por ejemplo, la demandada ha ampliado el plazo extintivo básico de tres meses hasta el final del trimestre y de dos meses adicionales por cada año completo de existencia de la relación laboral. En el caso de una duración del empleo de veinte años, no rara en el centro de trabajo de Kiel de la HDM-AG, eso conduce a un plazo extintivo de 43 meses; tales plazos son inconstitucionales.

14 Subsidiariamente, además, el actor ha aducido que una huelga para lograr una regulación convencional relativa a empresas, como consecuencia de la cual mantenían los trabajadores tras la finalización de la relación laboral el derecho a llevar a cabo medidas de capacitación con pago continuado de su retribución, está orientada a un objetivo convencional no regular. Dicha regulación no afecta ni al contenido ni a la celebración o finalización de relaciones laborales, a los efectos del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo. Tiene como contenido la realización de relaciones contractuales *sui generis*.

15 Además, el actor ha ejercitado contra la demandada derechos de indemnización de daños y perjuicios —derivados de derecho cedido y de derecho propio—. El actor ha afirmado que a la HDM-AG se le han producido por las huelgas en su centro de trabajo de Kiel daños en cuantía de 63.025,20 euros. Por causa de la paralización de la producción, condicionada por las huelgas con un alcance de más de 80.000 horas de trabajo, no ha podido tener listas a tiempo para el mercado japonés cuatro máquinas impresoras, y éstas habrían podido ser entregadas por vía marítima, con costes más favorables, todavía puntualmente dentro del plazo acordado. La vía aérea, que se convirtió en necesaria, ha conducido a costes adicionales de 15.756,30 euros por porte de máquina. La HDM-AG le ha cedido —al actor— su derecho a la indemnización de daños y perjuicios contra la demandada el 8 abril 2004. El actor ha expresado la opinión de

que la ilicitud de las huelgas llevadas a cabo contra la HDM-AG no es consecuencia sólo de las reivindicaciones huelguísticas, sino también de una violación del deber de paz. La ampliación exigida por la demandada del plazo extintivo colisiona con las reglas concluidas en el párrafo 14 del MTV. El precepto continúa rigiendo más allá del 31 enero 2003, a pesar de la denuncia por parte de la demandada de 18 diciembre 2002. La denuncia es jurídicamente abusiva. No es por otras regulaciones relativas al contenido, sino que sólo se efectúa para la eliminación del deber de paz. Para ello, la demandada ha eludido con la huelga en la HDM-AG una prohibición existente de lucha laboral. En realidad, ha llevado a cabo la huelga con el objetivo de impedir la modificación del centro de trabajo y, en consecuencia, para un objetivo no susceptible de huelga, ilícito y contrario a la libertad empresarial.

16 Como derecho propio, el actor reclama a la demandada las pérdidas en cotizaciones de afiliados, que ha sufrido por causa de la huelga en la HDM-AG. Según el párrafo 5 de sus estatutos, la cotización de un afiliado se calcula según las sumas de ingresos y las sumas de salarios anuales de las mutuas patronales de accidentes previstas para el correspondiente año natural. Por causa de la pérdida motivada por la huelga de más de 80.000 horas de trabajo, la HDM-AG no ha pagado ninguna retribución, y este ingreso ha disminuido sus cargas. En qué dimensión repercute esto, todavía no puede cifrarse.

17 El actor ha solicitado en la segunda instancia,

I. Condenar a la demandada bajo conminación de multa de hasta 250.000 euros por cada caso de actuación en contra y, alternativamente, arresto de su representante legal,

1. A abstenerse de convocar a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas a una huelga, cuyo objetivo sea la celebración de un convenio colectivo de asociación y cuyo ámbito de aplicación deba restringirse a esta empresa afiliada, cuando el objeto a regular en este convenio colectivo pretendido sea objeto, al mismo tiempo, de negociaciones entre las partes sobre un convenio colectivo de asociación, cuyo ámbito de aplicación deba comprender a todas sus empresas afiliadas;

2. A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, con ocasión de una concreta modificación de centro de trabajo en esta empresa afiliada, que tenga el objetivo de celebrar un convenio colectivo de asociación cuyo ámbito de aplicación deba restringirse a esta empresa afiliada, y con él deban aminorarse o compensarse los perjuicios económicos o demás que se derivan o pueden derivarse para los trabajadores de esta empresa afiliada como consecuencia de esta modificación proyectada del centro de trabajo; subsidiariamente al 2),

a) A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, con ocasión de una concreta modificación de centro de trabajo de esta empresa afiliada, que tenga el objetivo de celebrar un convenio colectivo de asociación cuyo ámbito de aplicación deba restringirse a esta empresa afiliada, y con él deban aminorarse o compensarse los perjuicios económicos o demás que se derivan o pueden derivarse para los trabajadores de esta empresa afiliada como consecuencia de esta modificación proyectada del centro de trabajo, hasta que en estas empresas afiliadas no se haya concluido aún el procedimiento de conciliación de intereses y el procedimiento de plan social, en virtud de los párrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa, con el comité de empresa existente en esta empresa; subsidiariamente a esto,

A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, con ocasión de una concreta modificación de centro de

trabajo de esta empresa afiliada, que tenga el objetivo de celebrar un convenio colectivo de asociación cuyo ámbito de aplicación deba restringirse a esta empresa afiliada, y con él deban aminorarse o compensarse los perjuicios económicos o demás que se derivan o pueden derivarse para los trabajadores de esta empresa afiliada como consecuencia de esta modificación proyectada del centro de trabajo, hasta que en estas empresas afiliadas no se haya concluido aún el procedimiento de conciliación de intereses, en virtud de los párrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa, con el comité de empresa existente en esta empresa;

b) A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, cuyo objetivo sea la celebración de un convenio colectivo a celebrarse con él, con el que deban ampliarse los plazos extintivos de despidos por necesidades del centro de trabajo por la parte empresarial, sobre la base de una modificación del centro de trabajo en el sentido del párrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa, y el plazo extintivo para la relaciones laborales que estén comprendidas en este convenio colectivo pueda elevarse por la ampliación exigida a más de un año; subsidiariamente a esto,

A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, cuyo objetivo sea la celebración de un convenio colectivo a celebrarse con él, en el que sin limitación de la duración máxima deban ampliarse los plazos extintivos de despidos por necesidades del centro de trabajo por la parte empresarial, por causa de una modificación del centro de trabajo en el sentido del párrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa;

c) A abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, cuyo objetivo sea la celebración de un convenio colectivo a celebrarse con él, con el que los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de este convenio colectivo, cuyas relaciones de trabajo se terminan sobre la base de un despido por necesidades del centro de trabajo por modificación del centro de trabajo en el sentido del párrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa, tras la finalización de la relación laboral, deban obtener el derecho a la realización de medidas de capacitación y al pago continuado de la retribución mientras duren las medidas de capacitación;

II. A condenar a la demandada a pagarle 63.025,20 euros, junto con el 8% de intereses, sobre la tasa de interés básico, desde el 10 enero 2005;

III. A declarar que le corresponde el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios subsiguientes, por causa de las huelgas organizadas y llevadas a cabo por la demandada en la empresa Heidelberger Druckmaschinen AG, centro de trabajo de Kiel, Siemenswall, 24107 Kiel, en 3 marzo 2003 y desde 17 a 19 marzo 2003, en 24 marzo 2003, de 26 a 28 marzo 2003 y de 31 marzo a 23 abril 2003.

18 La demandada ha solicitado que se rechace la acción. Ha afirmado que su conducta frente al actor y algunos de sus concretos afiliados no se basa en ninguna nueva estrategia con el objetivo de impedir de otro modo no llevar a cabo las decisiones relativas a los establecimientos empresariales. Ha expresado la opinión de que únicamente ha hecho uso de las posibilidades que se le abren por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal y la Ley del Convenio Colectivo. La huelga para convenios colectivos de asociación relativos a empresas no está excluida por motivos ni derivados de los derechos de las coaliciones ni, en el caso del plan social convencional pretendido, derivados de los derechos de organización de la empresa. Por consiguiente, sus reivindicaciones convencionales y las huelgas llevadas a cabo para su realización no han sido ilícitas y no fundamentan ni los derechos de abstención ni los derechos de indemnización de daños y perjuicios del actor.

19 Las instancias previas han rechazado las peticiones accionadas. Con la casación, el actor persigue su pretensión de nuevo. Por primera vez, ha solicitado en el grado de casación subsidiariamente, como complemento del derecho de abstención del número 1),

Condenar a la demandada bajo amenaza de multa de hasta 250.000 euros por cada caso de actuación en contra y, alternativamente, arresto de su representante legal, a abstenerse de convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en una de sus empresas afiliadas, cuyo objetivo sea la celebración de un convenio colectivo de asociación, cuyo ámbito de aplicación se limite a estas empresas afiliadas y deba contener plazos extintivos de las regulaciones, en tanto estén pendientes negociaciones entre las partes, sobre la regulación de plazos extintivos, en un convenio colectivo de asociación vigente para todas sus empresas afiliadas.

20 El actor ha añadido ahí a la petición número 2b), a la petición subsidiaria planteada en ésta y a la petición número 2c), en el grado de casación, que estas peticiones se dirijan sólo a las convocatorias de huelgas que tengan por objetivo la celebración del correspondiente convenio colectivo de asociación relativo a empresas, a concertarse con él.

21 La demandada suplica el rechazo de la casación, con inclusión de la petición subsidiaria complementaria. Mantiene la demandada que el complemento de las peticiones es una modificación de la petición, inadmisibles en grado de casación.

Motivos de la decisión

22 La casación está infundada. Las instancias previas han rechazado conforme a Derecho la acción. Las peticiones del actor son ciertamente admisibles, pero infundadas. Una huelga llevada a cabo para la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas no es ilícita sólo por causa de que esté orientada a una reivindicación que al mismo tiempo constituya el objeto de las negociaciones sobre un convenio colectivo sectorial. Una huelga con el objetivo de lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, sobre la compensación de los perjuicios económicos ligados a una modificación proyectada del centro de trabajo, no está excluida por causa de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa. Con la correspondiente convocatoria de huelga no debe esperarse ni hasta la celebración de negociaciones sobre conciliación de intereses y sobre un plan social, ni hasta la celebración por lo menos de negociaciones sobre conciliación de intereses en el plano del centro de trabajo. El objetivo huelguístico de la ampliación de los plazos durante más de un año, para despidos por necesidades del centro de trabajo sobre la base de modificaciones del centro de trabajo, no es ilícito; tampoco es éste el objetivo de la duración del plazo extintivo sin limitación en las duraciones máximas, aumentada por la pertenencia al centro de trabajo. Convencionalmente regulares y susceptibles de huelga son, también, los derechos a la participación retribuable en medidas de capacitación, tras la finalización de la relación laboral. Los derechos de indemnización de daños y perjuicios del actor, derivados de un derecho cedido y propio, no existen por falta de ilicitud de la huelga llevada a cabo contra la HDM-AG.

23 A. Las peticiones del actor son admisibles.

24 I. Admisible es, en primer lugar, la petición de abstención del número 1). Está en especial suficientemente determinada, a los efectos del párrafo 253, apartado 2, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

25 I. Se trata de una petición global que comprende una multitud de posibles variantes futuras del caso. Esto no se opone a su determinación, porque está orientada sin excepción a todos los casos imaginables (cfr. BAG 16 noviembre 2004 — 1 ABR 53/03 — BAGE 112, 341, en B I 1

de los Motivos, con justificaciones adicionales). Si la petición tiene derecho a la totalidad de los casos, es una cuestión de fundamentación.

26 2. Una petición de abstención debe permitir reconocer inequívocamente, por motivos del Estado de Derecho, lo que se exigirá por parte del deudor. Éste debe saber en qué casos puede imponérsele una multa (BAG 14 noviembre 2006 — 1 ABR 5/06 — NZA 2007, 458, en B I 1 a aa de los Motivos). El examen de qué formas de conducta del deudor deben cesar no puede trasladarse, a través de un impreciso formulario de petición y del título judicial correspondiente, al procedimiento ejecutivo, desde el procedimiento de cognición (BAG 14 noviembre 2006 — 1 ABR 5/06 — en el lugar indicado; 25 agosto 2004 — 1 AZB 41/03 — AP BetrVG 1972 §23 Nr. 41 = EZA ArbGG 1979 §78 Nr. 7, en B II 2 c bb de los Motivos).

27 Estas exigencias se dirigen a la petición. La demandada puede reconocer con suficiente certeza de qué actos debe abstenerse. El actor reclama el derecho a la cesación de convocatorias de huelga con el objetivo de celebrar un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, cuando uno de estos objetos de regulación es al mismo tiempo objeto de negociaciones de las partes sobre un convenio colectivo sectorial.

28 a) La petición comprende, como se desprende de su fundamentación, únicamente tales negociaciones de las partes del convenio colectivo sobre un convenio colectivo sectorial, que se iniciarán por causa del transcurso de las regulaciones convencionales actuales. Para la prohibición judicial de la correspondiente convocatoria de huelga, en un momento en el que todavía existe el deber de paz derivado del convenio colectivo sectorial, la demandada no ha dado ninguna ocasión.

29 b) De la interpretación de la petición se desprende que la regulación para el convenio colectivo sectorial es ya entonces «objeto de negociación» de las partes, a los efectos de la pretendida abstención, cuando una de las partes ha planteado frente a la otra sus propias exigencias. En cambio, las negociaciones todavía no deben ser realmente iniciadas.

30 c) El objeto de regulación del pretendido convenio colectivo de asociación relativo a empresas es entonces «al mismo tiempo» objeto de negociaciones de las partes sobre un convenio colectivo sectorial, siempre y cuando exista una identidad de los ámbitos de regulación. Éste es el caso en el que, en la supuesta celebración del pretendido convenio colectivo sectorial, sin consideración de posibles cláusulas de apertura, el mantenimiento de la pretendida regulación de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas viola el deber de paz.

31 Puede quedar remitido al tribunal de ejecución que se declare dicha violación potencial. La función del procedimiento declarativo es cuidar la determinación del contenido de un título. En cambio, el procedimiento de ejecución no está en posición de liberar de un examen profundo, de acuerdo con las circunstancias, relativo a si existen los requisitos jurídicos y/o reales de una violación del deber de abstención invocado (cfr. BAG 25 agosto 2004 — 1 AZB 41/03 — AP BetrVG 1972 §23 nr. 41 = EZA ArbGG 1979 §78 Nr. 7, en B II 2 c bb de los Motivos).

32 II. La petición de abstención número 2) es, en todo caso, admisible,

33 I. La petición requiere de interpretación. Con ella, el actor reclama a la demandada abstenerse de la huelga para un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, «con ocasión de una concreta modificación de centro de trabajo» en sus empresas afiliadas afectadas.

34 a) Con la fórmula «con ocasión» de una modificación de centro de trabajo, el actor no ha querido aparcar el correspondiente motivo de la demandada. Sobre ello, lo importante es la existencia de una llamada circunstancia interna en las personas responsablemente tratadas por la demandada. Esto sólo sería declarable con dificultad en el procedimiento de ejecución.

Dicha comprensión de la petición no existe en interés objetivo del actor. Le corresponde, más bien, la existencia de la ocasión interesada mediante circunstancias de fácil constatación, a poder justificar. Por eso, ahí la petición hay que entenderla en el sentido de que con la convocatoria de huelga «motivada por la modificación del centro de trabajo» se ha pensado que surge después de que la empresa afiliada afectada ha dado conocimiento, en el exterior, de su intención de una modificación de centro de trabajo —por ejemplo, frente al comité de empresa, la plantilla u otra publicidad adicional—. Dicha sucesión temporal, dado el caso, es declarable sin graves dificultades.

35 b) La convocatoria de huelga surge con ocasión de una «concreta» modificación de centro de trabajo, cuando se refiere al anuncio de la empresa de una modificación proyectada de centro de trabajo, para un centro de trabajo determinado en un momento determinado. Ciertamente, la petición habla de una modificación de centro de trabajo en «empresa afiliada». Pero se piensa evidentemente en una modificación de centro de trabajo en un centro de trabajo de empresa afiliada.

36 c) La petición hay que precisarla, además, en relación a que por ella sólo se comprende una convocatoria de huelga frente a los empleados del centro de trabajo afectado por la modificación proyectada del centro de trabajo. Ciertamente, dice en la petición que debe prohibirse a la demandada convocar a la huelga a sus afiliados o a otros trabajadores que estén empleados en las «empresas afiliadas» afectadas. Para una ampliación de la prohibición a la convocatoria de huelga en centros de trabajo de la empresa afiliada que no estén afectados por la modificación proyectada del centro de trabajo, no ha dado la demandada, sin embargo, ninguna ocasión. A pesar de la, en este sentido, imprecisa formulación, no puede suponerse bajo estas circunstancias que el actor quiere saber ampliada la petición a los trabajadores de todos los centros de trabajo de la empresa afectada.

37 d) La interpretación da como resultado que la petición sólo se refiere a la convocatoria de huelga en centros de trabajo en los que se ha elegido un comité de empresa, y se dirijan por una empresa con, en conjunto, más de 20 trabajadores electores; por consiguiente, centros de trabajo en los que sea posible, en realidad, la conclusión de una conciliación de intereses y un plan social en el plano del centro de trabajo. Dicha comprensión está en relación con la fundamentación ofrecida por la petición. El actor apoya su pretensión de abstención, en especial la número 2), en que verdaderamente falta la competencia reguladora a las partes del convenio colectivo para disposiciones sobre compensación de los perjuicios económicos derivados de una modificación del centro de trabajo, por causa de la existencia de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa. En caso contrario, el empresario puede estar «cogido en una pinza» por dos lados. Esta argumentación sólo es concluyente mirando a los centros de trabajo a los que puede corresponder realmente la doble vía descrita. Donde no exista comité de empresa, o no posea por falta del número suficiente de empleados los derechos de cogestión a que se refieren los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa, no puede corresponderle la «eficacia de pinza» aducida por el actor.

38 Para esta comprensión de la petición también cuenta la comparación con las peticiones subsidiarias de a). Con ellas, se reclama a la demandada que espere con las convocatorias de huelga hasta la conclusión del «procedimiento de conciliación de intereses y del procedimiento de plan social a que se refieren los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa con el... comité de empresa», por lo menos hasta la conclusión del «procedimiento de conciliación de intereses en virtud de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa con el... comité de empresa». Consecuentemente, objeto de estas peticiones son sólo las convocatorias de huelga en los centros de trabajo con un comité de empresa con los derechos a que

se refieren los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa. No hay ningún indicio sobre que el objeto de la petición principal número 2) deba transmitirse en cuanto a los centros de trabajo. Por lo demás, el actor ha confirmado expresamente la corrección de esta comprensión en el juicio oral ante la Sala.

39 2. Con este contenido, la petición está suficientemente determinada. La demandada consigue reconocer con suficiente seguridad las convocatorias de huelga de cuyo contenido, bajo qué requisitos y en qué centros de trabajo, debe abstenerse.

40 a) En ese caso, es inocuo que la petición remita a la expresión «modificación de centro de trabajo» y a la formulación «convenio colectivo de asociación... con el que deban compensarse o atenuarse los perjuicios económicos o demás... consecuencia de esta... modificación de centro de trabajo». Con «modificación de centro de trabajo» se menciona toda medida que cumpla los requisitos del párrafo 111, inciso 1, de la Ley de Organización de la Empresa, en especial, por consiguiente, cualquier medida a los efectos del párrafo 111, inciso 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Ciertamente, cabe que pueda surgir litigio en el caso concreto acerca de si existen estos requisitos. Pero esto no conduce a la indeterminación de la petición y del título judicial correspondiente. Más bien, dado el caso, está destinado y obligado el tribunal de ejecución a la interpretación del título (BAG 25 agosto 2004 — 1 AZB 41/03 — AP BetrVG 1972 §23 Nr. 41 = EZA ArbGG 1979 §78 Nr. 7, en B II 2 c bb de los Motivos, con justificaciones adicionales).

41 b) También la petición número 2) es una petición global. El actor solicita la abstención de convocatorias de huelga para lograr convenios colectivos de asociación relativos a empresas, siempre que en ellos, en realidad, deban compensarse o atenuarse los perjuicios económicos o demás derivados de una modificación de centro de trabajo, con independencia del contenido y alcance de las pretensiones convencionales interesadas.

42 Ningún arreglo convencional sobre plazos extintivos se incluye en la petición principal número 2). Estos no sirven a la compensación de los perjuicios derivados de la modificación proyectada de centro de trabajo. Más bien, impiden la ocurrencia de un perjuicio durante el tiempo determinado en ellos. Ciertamente, cabe que se exijan a la demandada en los casos actuales, en conexión con concretas modificaciones de centro de trabajo. No obstante, no sirven a la compensación de perjuicios. Con ello se corresponde el que el comité de empresa no pueda forzar regulaciones sobre plazos extintivos, en base al párrafo 112, apartado 4, de la Ley de Organización de la Empresa o en base a otros derechos de cogestión.

43 III. La petición subsidiaria a) de la petición número 2) y la petición subsidiaria adicional apoyada sobre ella son suficientemente determinadas y, por lo demás, también admisibles. Los procedimientos mencionados en las peticiones están «excluidos», dado el caso, cuando también ha finalizado un procedimiento de órgano arbitral. La petición adicional, en virtud del párrafo 261, apartado 3, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es inadmisibles por causa de identidad parcial con la petición subsidiaria planteada prioritariamente. El actor pretende prioritariamente la prohibición de convocatorias de huelga hasta la conclusión, tanto del procedimiento de conciliación de intereses como también del procedimiento de plan social. La petición correspondiente no es divisible. Hay que rechazarla en su totalidad, cuando la demandada ciertamente no tiene que esperar a la finalización del procedimiento de plan social, pero sí a la del procedimiento de conciliación de intereses, o a la inversa. Con la petición subsidiaria, que se refiere exclusivamente a esperar al procedimiento de conciliación de intereses, no ha planteado el actor, por eso, un *minus*, sino un *alliiud* a la decisión judicial.

44 IV. La petición subsidiaria b) de la petición número 2) y la petición subsidiaria adicional planteada en ella son asimismo admisibles.

45 1. Las peticiones requieren de clarificación.

46 a) Según su literalidad, no se refieren sólo a la convocatoria de huelga con motivo de una concreta modificación de centro de trabajo. Comprenden, más bien, toda convocatoria de huelga de la demandada, que se oriente a lograr un convenio colectivo con el que se aspira a la ampliación de plazos extintivos de más de un año, en su caso, sin establecimiento de una duración máxima, para los despidos que estén condicionados por una modificación del centro de trabajo, a los efectos del parágrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa.

47 b) Las peticiones no están limitadas —a diferencia de la petición principal número 2) y de las peticiones subsidiarias número 2 a)— a la convocatoria de huelga en centros de trabajo con un comité de empresa con derecho a cogestión al amparo de los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa. Ni su literalidad ni la fundamentación de la petición permiten reconocer que se quisiese dicha restricción. El actor no mantiene la ilicitud de las normas convencionales pretendidas por causa de la doble vía del procedimiento de cogestión de centro de trabajo y de los medios de lucha sindicales, sino por el contenido de los motivos. La restricción de las peticiones a las convocatorias de huelga en centros de trabajo con comité de empresa con derecho a cogestión al amparo de los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa no es querida evidentemente por él. Supuesto que las peticiones hablan de una «modificación del centro de trabajo, a los efectos del parágrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa», en consecuencia deben ser calificadas como reconocibles sólo las medidas que han constituido la ocasión para la ampliación de los plazos extintivos. La ampliación parcial, conectada con ello, del ámbito del objeto de la petición subsidiaria, más allá del de la petición principal, no está procesalmente excluida; la petición principal y la petición subsidiaria pueden incluso contradecirse por completo mutuamente (THOMAS/PUTZO, *ZPO*, 28ª edición, §260, marginal 8).

48 2. Con este contenido, las peticiones son suficientemente determinadas y, por lo demás, también admisibles.

49 A ello no se opone su complemento en el grado de casación. Ciertamente, del parágrafo 559, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deriva que las modificaciones de la acción en el grado de casación, por principio, no son posibles. La conclusión del juicio de apelación no constituye sólo en relación a lo que se aduce realmente, sino también en relación a las peticiones de las partes, el fundamento de la sentencia para el Tribunal de casación (BAG 27 enero 2004 — 1 AZR 105/03 — AP ArbGG 1979 §64 Nr. 35 = EZA ArbGG 1979 §64 Nr. 35, en III de los Motivos). Pero las modificaciones de la petición pueden admitirse por motivos de economía procesal, cuando se trata en ese caso de los supuestos del parágrafo 264, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se apoya la nueva petición de cosa en circunstancias declaradas en la instancia de apelación y en una afirmación no controvertida de la parte (BAG 27 enero 2004 — 1 AZR 105/03 — en el lugar indicado). Éste es aquí el caso. Las peticiones no comprenden originariamente sólo las convocatorias de huelga que estaban orientadas a la celebración de un convenio colectivo sectorial de asociación relativo a empresas, sino también las relativas a la celebración de un convenio colectivo sectorial de asociación aplicable para todos los afiliados del actor. Con la restricción a las convocatorias de huelga para lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, acepta una reducción de la petición en el sentido del parágrafo 264, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que surja por ello la necesidad de alegaciones fácticas adicionales, o se hubiera modificado el programa de examen del Tribunal de casación.

50 V. Asimismo es admisible en el grado de casación la petición subsidiaria de c) adicionada igualmente a la petición número 2). Su ámbito objetivo coincide con las peticiones subsidiarias

de b). A través de ella, deben prohibirse las correspondientes convocatorias de huelga sobre una pretensión convencional de garantía de los derechos a medidas de capacitación, con pago continuado de la retribución derivado de la relación laboral, con independencia de la duración pretendida de las medidas.

51 VI. Junto a la petición de pago cuantificada, también es admisible la petición adicional del actor orientada a la mera declaración de un derecho de indemnización de daños y perjuicios. La petición satisface las exigencias del párrafo 256, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se orienta a la declaración de una relación jurídica entre las partes. Relación jurídica a los efectos de este precepto es, también, una pretensión individual de condena resultante de una relación de deuda (BAG 16 septiembre 1998 — 5 AZR 183/97 — AP BAT-O §24 Nr. 2 = EzA BGB §315 Nr. 49, en II de los Motivos, con justificaciones adicionales). Para el necesario interés a la declaración inmediata no se opone el principio de la preferencia de la acción de condena. En el ejercicio de la acción, el actor no estaba en posición de cuantificar sus propios daños y perjuicios, a calcular según la pérdida de cotizaciones de los afiliados. En consecuencia, se daba originariamente un interés a la declaración. Si al actor todavía le es objetivamente imposible una cuantificación de los daños y perjuicios, ciertamente resulta dudoso. No obstante, hay que afirmar aún un interés a la declaración. Si se dio en el planteamiento de la petición, el actor no deberá pasarlo por alto, por principio, durante el transcurso del procedimiento para la petición de condena. Puede, sin consideración al desarrollo posterior, aferrarse a la petición de declaración (BAG 9 diciembre 2003 — 1 ABR 44/02 — BAGE 109, 61, en B I 2 b bb de los Motivos, con justificaciones adicionales).

52 B. Las peticiones están infundadas.

53 I. El derecho de abstención reclamado con la petición número 1) no le corresponde al actor. Ciertamente, el actor está activamente legitimado. También una asociación empresarial puede defenderse, frente a las huelgas ilícitas de un sindicato, con pretensiones de abstención derivadas de un derecho propio. Pero las convocatorias de huelgas de la demandada, bajo las condiciones de la petición número 1), no son ilícitas.

54 1. Una asociación empresarial tiene frente a un sindicato, al amparo del párrafo 1004, apartado 1, del BGB, en conexión con el párrafo 823, apartado 1, del Código Civil y el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, un derecho propio a la cesación de medidas de lucha laboral ilícitas frente a uno de sus afiliados (BAG 26 abril 1988 — 1 AZR 399/86 — BAGE 58, 138, en B II 1 de los Motivos; 27 junio 1989 — 1 AZR 404/88 — BAGE 62, 171, en II 1 de los Motivos). Su temprana jurisprudencia contraria (cfr. BAG 12 septiembre 1984 — 1 AZR 342/83 — BAGE 46, 322), a la que se recurre por la demandada, la ha abandonado expresamente la Sala (BAG 26 abril 1988 — 1 AZR 399/86 — en el lugar indicado). Al doble derecho fundamental de libertad sindical, a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, pueden también remitirse por sí mismas las coaliciones. Protege la libertad de una coalición en su existencia, en su estructuración organizativa y en su actividad específica en cuanto que coalición (BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136, en B II 1 de los Motivos; BAG 19 septiembre 2006 — 1 ABR 53/05 — AP BetrVG 1972 §2 Nr. 5 = EzA GG Art. 9 Nr. 89, en B IV 2 a de los Motivos, con justificaciones adicionales). A la actividad específica de la coalición le pertenece la celebración de convenios colectivos, por medio de coaliciones con capacidad convencional para ordenar auto-responsablemente las condiciones de trabajo de sus miembros (BVerfG 24 mayo 1977 — 2 BvL 11/74 — BVerfGE 44, 322, en B II 1 b aa de los Motivos, con justificaciones adicionales). La protección del artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal no se dirige sólo contra perjuicios a las coaliciones por el Estado, sino

que las asegura a ellas y a sus actividades, como se desprende del artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal, también frente al poder privado, en especial de la contraparte social. Por consiguiente, la posición jurídica de las coaliciones, privilegiada constitucionalmente por el artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, tiene buen carácter jurídico, a los efectos del parágrafo 823, apartado 1, y del parágrafo 1004, apartado 1, del Código Civil (BAG 26 abril 1988 — 1 AZR 399/86 — en el lugar indicado, con justificaciones adicionales). A través de medidas de lucha laboral ilícitas, se viola de modo inadmisiblemente el derecho de la coalición rival, a la acción en cuanto que coalición (BAG 26 abril 1988 — 1 AZR 399/86 — en el lugar indicado).

55 2. Los requisitos de tal derecho no existen. El actor no puede exigir a la demandada que se abstenga de convocatorias de huelgas con las que se pretenda la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, para objetos que al mismo tiempo sean contenido de negociaciones de las partes sobre un convenio colectivo sectorial.

56 a) Dicha huelga no es ilícita por causa de que la asociación empresarial no poseyese, en relación con el sindicato, el poder de celebrar convenios colectivos cuyo ámbito de aplicación se restrinja sólo a unas pocas de sus empresas afiliadas.

57 aa) La celebración de dicho convenio colectivo está cubierta por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. A las coaliciones les corresponde en el establecimiento del ámbito de aplicación del convenio colectivo, en el marco de su autonomía colectiva constitucionalmente garantizada, un espacio adicional de organización. Esto no vale sólo en relación con el círculo de trabajadores incluidos (cfr., en relación con ello, BAG 30 agosto 2000 — 4 AZR 563/99 — BAGE 95, 277, en I 2 de los Motivos, con justificaciones adicionales), sino también para la fijación de las empresas afectadas. En ese sentido, únicamente establecen límites al ejercicio de la autonomía colectiva el principio de igualdad del artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal y la prohibición de discriminación del artículo 3, apartados 2 y 3, de la Constitución Federal (BAG 27 mayo 2004 — 6 AZR 129/03 — BAGE 111, 8, en B II 3 de los Motivos; 30 agosto 2000 — 4 AZR 563/99 — en el lugar indicado). Por principio, estas restricciones no se oponen a la admisibilidad de tales convenios colectivos (BUCHNER, *DB* 2001, apéndice 9, pág. 1, 6; JACOBS, *ZTR* 2001, 249, 256, con justificaciones adicionales; LOBINGER, *RdA* 2006, 12, 20 con justificaciones adicionales).

58 bb) Los convenios colectivos de asociación relativos a empresas no son ineficaces por causa de la violación del principio de trato igual del Derecho de asociaciones [de otra opinión, STAUDINGER/RICHARDI, *BGB* (1999), observaciones previas a §§ 611 ss., marginal 621]. En caso contrario, se trasladarían las restricciones internas jurídico-asociativas de la actividad como coalición de una asociación empresarial a la relación externa como interlocutor convencional. Para dicha eficacia externa no hay ningún fundamento firme. Ni la capacidad convencional ni la competencia convencional de la asociación empresarial se perjudican por un trato desigual interno de la asociación.

59 b) Una huelga dirigida a la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas no es ilícita por causa de que ciertamente la asociación empresarial concluye libremente dicho convenio colectivo, pero éste no podía ser llevado a cabo por medio de luchas por el sindicato.

60 aa) La libertad sindical colectiva de la asociación no se viola por una huelga para la celebración de un convenio colectivo para una de sus empresas afiliadas. El sindicato exige la celebración por él de un convenio colectivo, que está dentro de su competencia convencional. La asociación no tiene ningún derecho a que la realización de dichas presiones no sucedan en

ella. Del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no se sigue que el sindicato sólo pueda exigir convenios colectivos que deban regir para todos los afiliados a la asociación (en el resultado, también, DIETERICH, *Erfurter Kommentar*, 7ª edición, Art. 9 GG, marginal 161; GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht*, tomo I, §21 II 5 c (2); JACOBS, *ZTR* 2001, 249, 256, con justificaciones adicionales; KISSEL, *Arbeitskampfrecht*, §26, marginal 135, con justificaciones adicionales; MATTHES, *FS Schaub*, pág. 477, 484). Con la huelga para un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, el perjuicio posiblemente ocasionado a la «fuerza de atracción» de la asociación para las empresas afiliadas afectadas no restringe de modo jurídicamente importante la libertad sindical colectiva de la asociación (LOBINGER, *RdA* 2006, 12, 17). La violación de la libertad de acción colectiva de la asociación empresarial sólo entraría entonces en consideración cuando la huelga estuviera dirigida precisamente a obligar a la empresa afectada al abandono de su pertenencia a la asociación. Pero en una huelga orientada sólo a la organización de las condiciones laborales y las condiciones económicas éste no es ordinariamente el caso. Esto vale en la huelga para un convenio colectivo de asociación relativo a empresas al igual que típicamente en la huelga para un convenio colectivo de empresa, a concluir con el empresario perteneciente a la asociación [cfr. BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 1 b bb (2) de los Motivos].

61 Tampoco se viola la libertad sindical individual del empresario perteneciente a la asociación —y de este modo un derecho de la propia asociación—. Esto rige verdaderamente en la huelga para un convenio colectivo de empresa (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado), y así, más allá de ello, en el caso de una huelga para la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas. La inclusión de la asociación significa típicamente un reforzamiento de la posición del empresario individual.

62 bb) El mandato de la paridad en la lucha no se viola. Éste no se opone verdaderamente a una huelga que se dirija a la celebración de un convenio colectivo empresarial con un empresario (perteneciente a la asociación) concreto [BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado, en B I 1 b bb (1) de los Motivos]. La capacidad de defensa de la asociación no es, en cualquier caso, más pequeña que la de uno de sus concretos miembros. Ciertamente, cabe en las convocatorias de huelga para la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, que también deban dirigirse a los empleados por otras empresas afiliadas, por causa de que posiblemente la disposición a la solidaridad, sólo limitada de los afiliados a la asociación no afectados por el objetivo de la huelga, sea menos fuerte que en una huelga para la celebración de un convenio colectivo sectorial. Pero, por principio, es cosa de la propia coalición ocuparse de la necesaria solidaridad de sus afiliados frente a las exigencias de la contraparte social.

63 c) Una huelga dirigida a la celebración de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas tampoco es entonces ilícita, cuando las partes del convenio colectivo llevan a cabo al mismo tiempo negociaciones sobre un convenio colectivo sectorial con el mismo objeto a regular.

64 aa) Con el transcurso de la duración acordada o del plazo de denuncia de una disposición convencional, finaliza el deber de paz relativo, conectado con ello, para las partes del convenio colectivo afectadas. En el período de eficacia prorrogada no existe ningún deber de paz. Lo mismo rige cuando hasta ahora todavía no ha existido el objeto de la regulación pretendido por la regulación convencional interesada.

65 bb) Las negociaciones de las partes del convenio colectivo sobre la regulación subsiguiente a la disposición vencida de un convenio colectivo sectorial, o sobre su logro por primera vez, no excluyen las medidas simultáneas de lucha laboral para provocar una regulación distinta, con el mismo objeto, en un convenio colectivo de asociación relativo a empresas.

66 (1) Las negociaciones de las partes del convenio colectivo sobre una pretensión convencional determinada no fundamentan ningún deber de paz referente a su objeto. Éste surge sólo con la celebración del convenio colectivo pretendido (cfr. BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 2 a de los Motivos). Si en las meras negociaciones sobre pretensiones convencionales de un convenio colectivo sectorial no se basa ningún deber de paz, entonces no estarán bloqueadas ni las medidas de lucha para provocar precisamente la celebración convencional pretendida, ni las medidas de lucha para provocar regulaciones diferentes en un convenio colectivo de asociación relativo a empresas (LOBINGER, *RdA* 2006, 12, 20, nota 79). Con el planteamiento de pretensiones convencionales sobre un convenio colectivo sectorial y la aceptación de las correspondientes negociaciones, tampoco se contrae un deber y autovinculación precontractuales de las partes del convenio colectivo, para regular el objeto interesado exclusivamente en el marco de un convenio colectivo sectorial. Para tal vinculación —incluso si hubiera que basarse (KISSEL, §26, marginal 103 ss.) en la existencia de una «relación al derecho de duración» de las partes del convenio colectivo (rechazándolo, BAG 12 septiembre 1984 — 1 AZR 342/83 — BAGE 46, 322, en I 2 de los Motivos)— no hay ningún fundamento jurídico.

67 De la Sentencia de la Sala de 10 diciembre 2002 [— 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I b bb (2) de los Motivos] no se deduce lo contrario. Allí se dice que la libertad de acción colectiva de la asociación empresarial no justifica entonces, como mínimo, prohibir al sindicato llevar a cabo con medios de lucha un convenio colectivo de empresa frente a un empresario concreto, cuando determinadas condiciones de trabajo ni están reguladas ni debían ser reguladas próximamente por convenios colectivos de asociación. De este modo, no se aceptó la ampliación y eficacia previa del deber de paz, en el estadio de las meras negociaciones sobre una regulación convencional. Se trata de la descripción de los límites externos posibles del ámbito de protección de la libertad sindical colectiva de una asociación empresarial, no de la determinación de los límites temporales del deber de paz.

68 2) El principio de proporcionalidad, que acompaña a la lucha laboral (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 3 b de los Motivos; BAG de 21 abril 1971 — GS 1/68 — BAGE 23, 292, en III A 1 de los Motivos), no se viola por el carácter paralelo de las negociaciones sobre un convenio colectivo sectorial y las huelgas para forzar un convenio colectivo de asociación relativo a empresas. Ciertamente, las medidas de lucha laboral sólo pueden acometerse, cuando sin ellas no cabe conseguir la celebración convencional por la vía de negociaciones (BAG 18 febrero 2003 — 1 ABR 142/02 — BAGE 105, 5, en B I de los Motivos, con justificaciones adicionales). Pero de la disposición a las negociaciones sobre la regulación de una materia en el convenio colectivo sectorial no se sigue, por ejemplo, que la asociación empresarial estuviera dispuesta a negociar, también, sobre las regulaciones especiales exigidas sólo para una empresa afiliada determinada con eficacia para todos sus afiliados, y que, por eso, no fuera necesaria la huelga para un convenio colectivo de asociación relativo a empresas.

69 (3) A través de esta simultaneidad tampoco se viola el mandato de la paridad en la lucha.

70 (a) Un sistema de convenios colectivos operativo requiere oportunidades negociadoras de las partes del convenio colectivo de aproximadamente la misma importancia. La estructuración del Derecho de lucha laboral tiene que garantizar, por eso, que ninguna de las partes del convenio colectivo pueda imponer su voluntad a la otra (BAG de 12 septiembre 1984 — 1 AZR 342/83 — BAGE 46, 322, en B II 2 d de los Motivos; 10 junio 1980 — 1 AZR 822/79 — BAGE 33, 140, en A IV de los Motivos). Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, son decisivas en consecuencia las relaciones de fuerza reales, sin que todas las

especialidades de la lucha laboral debieran ser tomadas en consideración. El principio de la paridad sólo puede comprender criterios que sean accesibles desde una contemplación típica. Las ventajas condicionadas por la situación no se tienen en cuenta necesariamente (10 junio 1980 — 1 AZR 822/79 — en el lugar indicado; BetrVG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BetrVGE 84, 212, en C I 3 b aa de los Motivos). La paridad de las partes del convenio colectivo en la lucha laboral requiere su capacidad de defensa. Ésta no puede ser fundamentalmente perjudicada por la lucha laboral. De ella forma parte, entre otras cosas, la solidaridad de los afiliados a la coalición. Cuanto más cerrada actúa la correspondiente coalición, más grande es su fuerza de imponerse, y a la inversa. No obstante, por principio, no hay que garantizar la solidaridad de los afiliados a la coalición, ni en las cosas del contrario en la lucha, ni en las del Estado. Esto es, en primer lugar, función de la coalición. La movilización de los afiliados queda fuera de la responsabilidad del Estado. Éste no está obligado a equilibrar disparidades que no estén estructuralmente condicionadas, sino basadas en debilidades internas de la coalición (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 c de los Motivos).

71 (b) De conformidad con estos principios, no está perjudicada la paridad en la lucha entre las partes. El actor ha aducido, frente a ello, que a través de las huelgas dirigidas a afiliados concretos suyos, para lograr una regulación convencional específica de empresas, se debilita la solidaridad de los afiliados para la defensa de las exigencias planteadas sobre un convenio colectivo sectorial con el mismo ámbito objetivo. Los afiliados vinculados por convenios colectivos de asociación relativos a empresas ya no tendrían ningún interés propio en la defensa de la regulación del convenio colectivo sectorial. En consecuencia, le resulta a la demandada mucho más fácil la realización de su objetivo regulador para el convenio colectivo sectorial.

72 De ello no se sigue ninguna violación del principio de la paridad en la lucha. De un lado, la pronosticada disminución de la solidaridad no afecta a la paridad en la lucha para la regulación pretendida en el convenio colectivo de asociación relativo a empresas. Repercute, en el mejor de los casos, en una posible lucha para las regulaciones en el convenio colectivo sectorial. De otro lado, los déficits de solidaridad afirmados no son típicamente más grandes que en caso de una pretensión convencional uniforme, planteada para un convenio colectivo sectorial frente a todos los afiliados a la asociación. Las reivindicaciones uniformes del sindicato siempre pueden ser resistidas por los afiliados económicamente fuertes antes que por los más débiles. Por eso, también conducen a perjudicar la solidaridad intraasociativa, sin que esto fuese jurídicamente significativo (para la huelga parcial, cfr. BAG de 10 junio 1980 — 1 AZR 822/79 — BAGE 33, 140, en A V 3 c de los Motivos). Es un asunto de la propia asociación lograr la deseada solidaridad de todos los afiliados, a través de un medio apropiado interno de la asociación o de las medidas de lucha correspondientes (cfr. LOBINGER, *RdA* 2006, 12, 19).

73 II. La petición subsidiaria de la petición principal número 1) no aguarda su decisión. Ya no está jurídicamente pendiente. Como muestra su fundamentación, la petición se plantea sólo para el caso de que la petición principal número 1), como petición global, se rechace con la fundamentación; resulta infundada, al menos en un caso, y no puede, por eso, tener ningún éxito en su conjunto. Bajo este condicionamiento previo, el actor podría conseguir que la petición se considere fundada al menos en los casos en ella mencionados. Pero no tiene ningún interés evidente a una decisión, cuando la petición principal no se rechaza por esta fundamentación, sino porque resulta ser infundada en todos los casos comprendidos en ella. En aquel momento, también se ha pronunciado una decisión sobre la constelación descrita en la petición subsidiaria.

74 La condición resolutoria sobre la pendencia jurídica de la petición subsidiaria se ha cumplido. La petición principal número 1) está infundada en todas las variantes del caso comprendidas en

ella. La simultaneidad de una huelga para lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas y la aceptación de negociaciones sobre un convenio colectivo sectorial con objetos regulatorios similares no conduce, con independencia de los concretos contenidos reivindicados, a la ilicitud de la huelga.

75 III. La petición principal número 2) está infundada. El actor no tiene ningún derecho derivado del párrafo 1004, apartado 1, del Código Civil, en conexión con el párrafo 823, apartado 1, del Código Civil y el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a que la demandada cese, en los centros de trabajo con comités de empresa, de convocar huelgas con ocasión de una concreta modificación de centro de trabajo, cuando éstas tengan como objetivo lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas en el que deban regularse la compensación o la atenuación de los perjuicios económicos o demás para los trabajadores, derivados de la modificación del centro de trabajo. La petición también comprende las variantes del caso en las que está justificada la huelga correspondiente. Dado que al menos está infundada en estos casos, hay que rechazarla en su conjunto.

76 1. La petición de abstención número 2) es una petición global. Comprende, bajo las condiciones mencionadas en ella, todas las huelgas para lograr una compensación convencional de perjuicios. No está limitada a los casos en los que la demandada exige cumulativamente regulaciones de compensación de todos los perjuicios imaginables o de los varios posibles. Comprende toda huelga que también tenga por objeto sólo la exigencia de una compensación de perjuicios.

77 2. Verdaderamente en este sentido, tales huelgas no son ilícitas, en cuanto que están orientadas a lograr regulaciones indemnizatorias convencionales. Deben realizarse entonces reivindicaciones convencionalmente regulares. La correspondiente competencia reguladora de las partes del convenio colectivo se deriva del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. No se restringe por los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa.

78 a) Bajo las condiciones de la petición número 2), la demandada no tiene que abstenerse de una convocatoria de huelga sobre regulaciones indemnizatorias, contenidas en un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, por causa de que dicha huelga se dirigirá a un objetivo que las partes del convenio colectivo, en el marco de su autonomía colectiva constitucionalmente garantizada, no pueden regular en cuanto al contenido.

79 aa) Según jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo, las luchas laborales sólo pueden llevarse a cabo para la realización de objetivos convencionalmente regulares (últimamente, 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 3 a de los Motivos). Esto se deriva de la función de auxilio de la lucha laboral, para el aseguramiento de la autonomía colectiva (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 1 a de los Motivos). En el caso litigado, no requiere ninguna discusión la cuestión de si esta restricción cabe compatibilizarla con las obligaciones de la República Federal de Alemania derivadas de convenios internacionales, por ejemplo, de la Parte II, artículo 6, número 4, de la Carta Social Europea (cfr., en relación con ello, BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado, en B I 2 a, y 3 a, de los Motivos).

80 bb) Las huelgas sobre regulaciones indemnizatorias convencionales se llevan a cabo para objetivos convencionalmente regulares. Convencionalmente regulares son, en todo caso, aquellos objetivos que se ordenan a los posibles objetos de las normas jurídicas de un convenio colectivo, explicados en el párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo. Si es posible dicha calificación para el conjunto de regulaciones imaginables de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, con las que deban compensarse o atenuarse los perjuicios

económicos o demás derivados de una modificación del centro de trabajo, no requiere de ninguna decisión. Las regulaciones indemnizatorias son como mínimo normas jurídicas, a los efectos del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, que regulan la terminación de las relaciones laborales (FISCHINGER, *Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung*, pág. 109, con justificaciones adicionales; ROLFS/CLEMENS, *DB* 2003, 1678, 1681; WIEDEMANN/THÜSING, *TVG*, 7ª edición, §1, marginal 705). Su carácter de norma jurídica no se cuestiona por causa de que en ellas no se trataría ya de reglas generales-abstractas en conexión con una concreta modificación de centro de trabajo. Incluso si no deben ser admisibles en los convenios colectivos regulaciones de casos concretos, sino sólo compromisos generales-abstractos (cfr. —dejando abierta la cuestión— BAG 8 junio 1983 — 4 AZR 593/80 — con justificaciones adicionales), las regulaciones indemnizatorias convencionales no son disposiciones restringidas a un caso concreto. Prevén para una multitud de posibles afectados, según criterios abstractos, el nacimiento de derechos; la circunstancia de que la contraparte del derecho sea siempre la misma no quita a las regulaciones su carácter general.

81 b) A las partes del convenio colectivo, también en centros de trabajo con comité de empresa, no les falta la competencia para lograr regulaciones indemnizatorias por causa de que la regulación colectiva de estas materias se hubiera reservado exclusivamente a los interlocutores de centro de trabajo. Dicha eficacia de bloqueo no la ordenan verdaderamente los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa. Estos preceptos no impiden la celebración concorde de un convenio colectivo de asociación relativo a empresas para la compensación de los perjuicios conectados a una concreta modificación de centro de trabajo (así, también, BAG 6 diciembre 2006 — 4 AZR 798/05 — DB 2007, 1362, en II 1 c bb de los Motivos, con justificaciones adicionales; BAUER/KRIEGER, *NZA* 2004, 1019, 1022; DÄUBLER/AWANZIGER, *TVG*, 2ª edición, §4, marginal 1018c; FISCHINGER, pág. 126 ss.; FITTING, 23ª edición, §112 y 112a, marginal 179a; HOHENSTATT/SCHRAMM, *DB* 2004, 2214, 2217; KÜHLING/BERTELSMANN, *NZA* 2005, 1017, 1020; LÖWISCH, *DB* 2005, 554, 557 ss.; OTTO, *Arbeitskampf und Schlichtungsrecht*, §3, marginal 22; PASCHKE/RITSCHEL, *ArbuR* 2007, 110, 112; REICHOLD, *BB* 2004, 2814, 2817; THÜSING/RICKEN, *JbArbR*, tomo 42 (2005), pág. 113, 122). Si la eficacia de bloqueo, afirmada por el actor, de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa fuera realmente compatible con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, no requiere de ninguna decisión.

82 aa) La correspondiente restricción de la autonomía de las partes del convenio colectivo, constitucionalmente garantizada, no está regulada legalmente de modo simple. La existencia de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa no quiere decir nada en relación con ello. Las disposiciones norman el contenido y alcance de los derechos de cogestión del comité de empresa. En consecuencia, no permiten reconocer que debían mantenerse a distancia las competencias reguladoras de las partes del convenio colectivo derivadas del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal y del parágrafo 1 de la Ley del Convenio Colectivo.

83 Los preceptos del parágrafo 2, apartado 3, y del parágrafo 112, apartado 1, inciso 4, de la Ley de Organización de la Empresa postulan lo contrario. Muestran que, para el legislador, la posible concurrencia de regulaciones convencionales y de centro de trabajo, en especial en el ámbito objetivo de un plan social, estaba absolutamente probada. No obstante, la relación de concurrencia no se resolvió legalmente a favor de una competencia exclusiva de los interlocutores de centro de trabajo. Ciertamente, el parágrafo 112, apartado 1, inciso 4, de la Ley de Organización de la Empresa ha eliminado la eficacia de bloqueo para los planes sociales de centro de trabajo, establecida en el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, en favor del convenio colectivo. Pero la Ley parte reconociblemente de una

posible conjunción del ámbito regulador de ambos. Incluso si el legislador del año 1972 pudo haber pensado, en ese caso, especialmente en una conjunción de acuerdos convencionales de protección racionalizadora, usuales en aquellos tiempos, y de regulaciones de compensación de perjuicios de centro de trabajo (cfr. *BT-Drucks*, VI/1786, pág. 66, 67), no cabe deducir del precepto que las posibles regulaciones convencionales de compensación de perjuicios, más cercanas al centro de trabajo, no sólo se retiren de su lugar preferente a que se refiere el párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, sino que verdaderamente, con carácter general, la coestión del comité de empresa debía poner fin a la competencia reguladora de las partes del convenio colectivo.

84 bb) La afirmada gran cercanía objetiva del comité de empresa y su competencia sobre el conjunto de trabajadores del centro de trabajo no consiguen justificar la exclusión de la competencia reguladora de las partes del convenio colectivo. Verdaderamente, ésta se deduce de que se encuentra en los poderes del comité de empresa, a que se refieren los párrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa, y en la imposibilidad de planes sociales de centro de trabajo. Para la relación de ambos planos de regulación rige, como igual que siempre, el principio de favorabilidad.

85 El poder regulador de las partes del convenio colectivo no se elimina por causa de que, a través de un plan social convencional en perjuicio de trabajadores señalados en un plan social de centro de trabajo y no vinculados por el convenio colectivo, se agotasen para el empresario todos los medios que estaban a disposición con el propósito de la compensación de los perjuicios. Si ocurre dicha suplantación, verdaderamente no cabe enjuiciarlo, con carácter general, en relación con los hechos. Por lo demás, el órgano arbitral de centro de trabajo podía ser mantenido para, en sus propias determinaciones de los perjuicios que debían compensarse, tomar en consideración la existencia de un plan social convencional, y por consiguiente, para prever, por ejemplo, la valoración de los derechos indemnizatorios convencionales en las exigencias indemnizatorias fundamentadas por él.

86 c) Las huelgas para la celebración de convenios colectivos de asociación relativos a empresas, para la regulación de pagos indemnizatorios por causa de una concreta modificación de centro de trabajo, no son ilícitas por causa de que dichos convenios colectivos no pueden forzarse con los medios de la lucha laboral.

87 aa) Una huelga sobre regulaciones indemnizatorias convencionales no es, con carácter general, ilícita por causa de su violación del principio de proporcionalidad. La opinión de que le falta su necesidad, porque el ordenamiento jurídico tiene preparado un procedimiento pacífico y menos gravoso con las regulaciones de los párrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa, para lograr la compensación de los perjuicios para los trabajadores (así, THÜSIG/RICKEN, pág. 113, 126 ss.), no cabe compatibilizarla con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. No se atiene al plano de examen decisivo para el enjuiciamiento de la necesidad de una huelga. No toma por base la cuestión de si la huelga es necesaria en relación con el objetivo, pretendido por ella, de la celebración de un convenio colectivo determinado, tras agotar todos los otros medios. Examina en lugar de eso, en realidad, si el objetivo económicamente tomado en consideración requiere de la celebración de un convenio colectivo y, en consecuencia, la pretensión convencional interesada en cuanto tal. De este modo, pasa por alto la prerrogativa de valoración de las partes del convenio colectivo, garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y restringe su actividad específica en cuanto que coaliciones desproporcionadamente.

88 bb) Una huelga para regulaciones indemnizatorias convencionales no viola el principio de la paridad en la lucha. El peso igual para negociar de las partes del convenio colectivo no está

estructuralmente desplazado en perjuicio de la asociación empresarial, por la existencia de los parágrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa, de manera que las huelgas sobre planes sociales convencionales no hubieran de suceder con carácter general. Las oportunidades de la asociación en cuestión, de defenderse de la reivindicación sindical sobre regulaciones indemnizatorias convencionales, no se empequeñecen por causa de que el comité de empresa pueda imponer un plan social de centro de trabajo, con independencia de la defensa en la lucha laboral (de otra opinión, BAUER/KRIEGER, *NZA* 2004, 1019, 1020, 1023; ROLFS/CLEMENS, *NZA* 2004, 410, 415). Ciertamente, el empresario afectado no puede sustraerse a los costes del plan social impuesto de centro de trabajo. Pero sus posibilidades de defensa frente a las (sobre-) exigencias convencionales no se disminuyen a través de ello (FISCHINGER, pág. 148 ss.; probablemente también, GAMILLSCHEG, §7 III 5b, pág. 345). Dado que la huelga se lleva a cabo sobre derechos indemnizatorios convencionales, tenidos en consideración económicamente, con el objetivo de un aumento de los derechos más fundamentados en el centro de trabajo, y los interlocutores del centro de trabajo pueden evitar la acumulación de derechos, cabe repercutir la imposibilidad sin lucha de un plan social de centro de trabajo, incluso negativamente, en la voluntad de huelga de los trabajadores.

89 Por lo demás, según jurisprudencia constante de la Sala, la paridad en la lucha se defiende a través de las restricciones, condicionadas por la lucha laboral, de los derechos de participación del comité de empresa; y a la inversa, no limita en favor del comité de empresa la libertad de acción sindical constitucionalmente protegida (10 diciembre 2002 — 1 ABR 7/02 — BAGE 104, 175, en B III 3 de los Motivos).

90 cc) Tampoco se afecta la prohibición de lucha laboral del parágrafo 74, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa. Las luchas laborales de las partes del convenio colectivo no se incluyen en él; esto lo enseña, también, el parágrafo 2, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa.

91 IV. La petición subsidiaria a) de la petición principal número 2) está infundada. La demandada no debe esperar, con las convocatorias de huelgas para lograr derechos de compensación de perjuicios en conexión con una concreta modificación de centro de trabajo, en todo caso, hasta que se concluya el procedimiento de plan social de centro de trabajo. Dicha obligación no se deriva de los principios del Derecho de lucha laboral. Por eso, la existencia de los parágrafos 111 y ss. de la Ley de Organización de la Empresa no se opone a una huelga sobre regulaciones indemnizatorias convencionales, y no existe ningún fundamento para un mandato de compatibilizar dicha huelga con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en consideración a añadir las negociaciones llevadas a cabo entre los interlocutores del centro de trabajo. En consecuencia, una «eficacia de pinza» ahí ocurrida no puede resolverse, con relación a la garantía de acción de la coalición, en todo caso, en perjuicio de las partes del convenio colectivo (LÖWISCH, *DB* 2005, 554, 559).

92 V. Está, además, infundada la petición subsidiaria luego adicionada a la petición subsidiaria a). La demandada tampoco tiene que esperar, en las convocatorias de huelga cuestionadas, hasta la finalización de las negociaciones de centro de trabajo sobre una conciliación de intereses. Para dicha restricción de la libertad de acción específica de la coalición derivada del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, nada aporta la Ley de Organización de la Empresa. Para la ordenación temporal de la conciliación de intereses y el plan social no hay verdaderamente, en el plano del centro de trabajo, ninguna norma imperativa derivada de los parágrafos 111 y 112 de la Ley de Organización de la Empresa (cfr. FITTING, §§112, 122a marginal 45, 108). Para una compensación de perjuicios, a través de las partes del convenio colectivo, vale tanto más esto. Tampoco sólo los planes sociales celebrados libremente y por precaución muestran

que las regulaciones para la compensación o atenuación de los perjuicios conectados a una modificación de centro de trabajo aporten sentido al conocimiento preciso del sí y el cómo de la modificación.

93 VI. Asimismo, la petición subsidiaria b) de la petición número 2) no está fundada. Con ella, el actor reclama que la demandada se abstenga de convocatorias de huelgas con las que deban llevarse a cabo regulaciones, en un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, sobre duración de los plazos de los despidos con ocasión de la modificación del centro de trabajo, que puedan alcanzar más de un año. Las huelgas para lograr tales regulaciones colectivas no son ilícitas.

94 1. Las huelgas para la regulación convencional de plazos extintivos se llevan a cabo para un objetivo convencional regular. Las disposiciones convencionales sobre la duración de los plazos extintivos son normas de contenido, a los efectos del párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo (cfr. WIEDEMANN/THÜSING, §1, marginal 693). Su ampliación por encima de la duración legal es admisible, en virtud del párrafo 622, apartado 4, del Código Civil.

95 2. Las huelgas para lograr plazos convencionales en despidos por necesidades (de modificación) del centro de trabajo de más de un año de duración, dado el caso, no son ilícitas por causa de la dimensión de la pretensión convencional. Las exigencias huelguísticas de un sindicato, cuyo objeto es convencionalmente regular por principio, no están sujetas a ningún control de exceso. Dicho control viola la libertad de acción de las coaliciones sindicales, garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y pone en cuestión la capacidad funcional de la autonomía colectiva.

96 a) El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege a una coalición de trabajadores en su existencia, en su estructuración organizativa y en su actividad, supuesto que éstas sirvan a la promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas (BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EZA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136, en B II 1 de los Motivos, con justificaciones adicionales; BAG 19 septiembre 2006 — 1 ABR 53/05 — AP BetrVG 1972 §2 Nr. 5 = EZA GG Art. 9 Nr. 89, en B IV 2 a de los Motivos, con justificaciones adicionales). Por consiguiente, en el ámbito de las condiciones laborales y las condiciones económicas, el Estado ha retirado ampliamente su competencia reguladora, en favor de que las coaliciones logren auto-responsablemente reglas jurídicas (BVerfG 24 mayo 1977 — 2 BvL 11/74 — BVerfGE 44, 322, en B II 1 b aa de los Motivos, con justificaciones adicionales). Esto rige tanto en lo tocante a los medios para lograrlo como también, y en especial, en cuanto al contenido de las regulaciones afectadas.

97 Ciertamente, la prerrogativa de las coaliciones de creación de normas no rige sin límites. Más bien, para ordenar la vida laboral permaneciendo todavía subsidiariamente competente, es cosa del legislador estructurar la garantía de acción de las coaliciones de modo objetivo (BVerfG 24 mayo 1977 — 2 BvL 11/74 — BVerfGE 44, 322, en B II 1 b bb de los Motivos con justificaciones adicionales). También tienen que cuidar los Tribunales en lugar del legislador, allí donde las normas legales son insuficientes o faltan —como en el ámbito del Derecho de lucha laboral—, la estructuración objetiva de la libertad de acción sindical (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 2 a de los Motivos). En ese caso, sin embargo, hay que tener en cuenta que las restricciones de la libertad de acción de las coaliciones, constitucionalmente garantizada, sólo son compatibles con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, cuando sirven o a la protección de los respectivas coaliciones, en cuanto que interlocutores, y en consecuencia, precisamente al mantenimiento de la capacidad funcional de la autonomía

colectiva, o a la protección de los derechos constitucionales de terceros, o cuando están justificadas por la Constitución en consideración a otros derechos (cfr. BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — en el lugar indicado, en C I 3 a de los Motivos; 24 abril 1996 — 1 BvR 712/86 — BVerfGE 94, 368, en C II 1 de los Motivos).

98 b) Por principio, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal cede la elección de los medios con los que las coaliciones quieren alcanzar la promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas, a ellas mismas. Un control judicial del alcance de las exigencias huelguísticas, que se orienten a objetivos convencionalmente regulares, restringe desproporcionadamente la libertad de acción de las coaliciones sindicales.

99 aa) El tamaño de una reivindicación huelguística no tiene ninguna influencia en la paridad en la lucha. Por eso, para su garantía, no se requiere de ningún examen judicial de la dimensión de la reivindicación. Ciertamente, cabe que pueda ser influida la disponibilidad para la huelga por medio de pretensiones convencionales altas. Pero, a través de ellas, las posibilidades de reacción de la parte empresarial no se restringen de un modo que hiciesen necesarias intervenciones estatales para el restablecimiento del necesario peso igual.

100 bb) El control de exceso de los objetivos huelguísticos no es aconsejable para la protección de los derechos fundamentales de las coaliciones, en cuanto que interlocutores. La cuantía de una reivindicación huelguística no interviene en las posiciones jurídicas del empresario, constitucionalmente protegidas, derivadas del artículo 12, apartado 1, y del artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal. De una exigencia huelguística planteada para un objetivo convencionalmente regular, en cuanto tal, no se deriva ningún perjuicio. Una mera pretensión convencional no tiene para el contrario ninguna eficacia vinculante y de estructuración jurídica (DIETERICH, *Erfurter Kommentar*, Art. 9 GG, marginal 112). El volumen de una reivindicación huelguística no tiene ninguna dimensión jurídicamente significativa. La perspectiva de la transposición sin límites de un objetivo huelguístico no existe típicamente. Una exigencia huelguística cuenta con la resistencia de la parte empresarial. Se basa en motivos diferentes, ordinariamente más allá de la medida en cuyo alcance está preparado el sindicato para la celebración del convenio colectivo. Tiene la función de movilizar a los respectivos afiliados y, en primer lugar, de traer al camino las negociaciones convencionales (KÜHLING/BERTELSMANN, *NZA* 2005, 1017, 1020 ss.). Por eso, con el control jurídico de la dimensión de la reivindicación huelguística verdaderamente se revisaría una norma sólo potencial, por falta de conocimiento de su concretización posterior en una posible infracción del derecho fundamental. Eso no cabe compatibilizarlo con la libertad de acción de las coaliciones sindicales derivada del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y contradice la noción básica de autonomía colectiva (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 3 b cc de los Motivos; BAG 10 junio 1980 — 1 AZR 168/79 — BAGE 33, 185, en B I 2 b de los Motivos; de otra opinión, FISCHINGER, pág. 166 ss.; LÖWISCH, *DB* 2005, 554, 559; OTTO, *FS Konzen*, pág. 663 ss.; RIEBLE, *ZfA* 2004, 1, 23; ROLFS/CLEMENS, *DB* 2003, 1678, 1681). Ésta también existe en poder decidir por sí mismo sobre las estrategias y modalidades de lucha laboral y, en consecuencia, entre otras cosas, sobre la medida considerada como necesaria en una reivindicación huelguística. Su límite existe allí donde la reivindicación huelguística perseguida está orientada a la destrucción económica de la existencia del contrario y, en consecuencia, no está cubierta ya por el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (BAG 21 abril 1971 — GS 1/68 — BAGE 23, 292, en III A 2 b de los Motivos).

101 cc) La renuncia al control de exceso no está en contradicción con el control jurídico de los objetivos huelguísticos, tal y como lo ha planteado la Sala, por ejemplo, en su decisión de 10 diciembre 2002 (— 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 3 de los Motivos). En el caso en

que se basa, se llevó a cabo una huelga para objetivos, entre otros, que eran ilícitos con independencia de su alcance y extralimitaban los límites competenciales del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Dicha huelga no está protegida constitucionalmente.

102 VII. La petición subsidiaria adicional planteada a la petición subsidiaria b) no tiene ningún éxito derivado de sus propios fundamentos. Las consideraciones resaltadas se aplican igualmente a las pretensiones de abstención del actor perseguidas con ella.

103 VIII. Tampoco la petición subsidiaria c) de la petición número 2) está fundada. Las huelgas para lograr convenios colectivos de asociación relativos a empresas, con los que deban fundamentarse prestaciones financieras correspondientes a los derechos a la realización de medidas de capacitación, tras decretarse las extinciones con ocasión de una modificación de centro de trabajo, bajo garantía del pago derivado de la relación laboral, no son ilícitas con carácter general.

104 1. Dichas huelgas se orientan a un objetivo convencionalmente regular, según el párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo. Las disposiciones convencionales sobre medidas de capacitación son normas jurídicas que regulan la terminación de las relaciones laborales (LAG Schleswig-Holstein 27 marzo 2003 — 5 Sa 137/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 165, en B II 1.4 de los Motivos; FISCHINGER, pág. 116 ss.; KÜLING/BERTELSMANN, *NZA* 2005, 1017, 1026; LOBINGER, en RIEBLE, *Zukunft des Arbeitskampfes*, pág. 56). Esto se desprende de la sistemática, y del sentido y objetivo, del párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo; la literalidad del precepto no se opone a ello.

105 Las medidas de capacitación en conexión con la terminación de la relación laboral son comparables económicamente y funcionalmente con las prestaciones indemnizatorias. Como éstas, imponen al empresario prestaciones para la superación de los períodos de desempleo. En cuanto a este objetivo de pagos individuales a prestar, se diferencian de las indemnizaciones a través de un estiramiento temporal de la carga. Sobre la comparabilidad funcional de ambas formas de prestación se pronuncia el párrafo 112, apartado 5, inciso 2, número 2a, de la Ley de Organización de la Empresa. Según él, el órgano arbitral debe tomar en consideración las posibilidades de promoción a que se refieren los párrafos 216a y ss del Libro III del Código de Seguridad Social, para evitar el desempleo. Sería contradictorio privar a las partes del convenio colectivo de la competencia para lograr tales regulaciones.

106 2. Por lo demás, rigen de nuevo, de igual modo, las explicaciones resaltadas en VI.

107 IX. La pretensión de pago está infundada. El actor plantea pretensiones de indemnización de daños y perjuicios, derivadas de un derecho cedido, por causa de la huelga en el centro de trabajo de Kiel de la HDM-AG, en los meses de marzo y abril 2003. El derecho protegido por el párrafo 823, apartado 1, del Código Civil, por causa de la violación del derecho a una actividad industrial instalada y ejercida, no existe. Las medidas de huelga de la demandada no eran ilícitas.

108 1. La huelga se llevó a cabo para un objetivo convencional regular.

109 a) Son decisivas para el contenido de los objetivos perseguidos con una huelga las pretensiones convencionales comunicadas al contrario, en forma de concreto acuerdo de huelga interesado, de los gremios del sindicato legitimados para ello (KISSEL, §42, marginal 2; OTTO, §5, marginal 2). Los demás comunicados de afiliados sin derecho a representar al sindicato no son decisivos para la determinación del objetivo de huelga, verdaderamente por motivos de seguridad jurídica y por la imparcialidad de la formación de la opinión dentro del sindicato (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C II 2 a de los Motivos).

110 b) Según ello, los objetivos perseguidos con la huelga por la demandada eran convencionalmente regulares. Según el conjunto de circunstancias, hay que partir de que el acuerdo de huelga de la demandada, en cuanto al contenido, se correspondía con la pretensión convencional, lo había comunicado al actor por escritos de 18 diciembre 2002, y era suficientemente reconocible con claridad para el actor que se lucha por estos objetivos. Ciertamente, declaraciones más próximas no las ha encontrado el Tribunal de Trabajo del Estado federado. Sin embargo, las partes no han problematizado este punto en ningún lugar, y el actor no ha puesto en cuestión la legitimidad de la huelga, bajo este punto de vista, en ningún momento. Según ello, el acuerdo de huelga tenía la exigencia, en cuanto al contenido, de una regulación de plazos para los despidos por necesidades del centro de trabajo, de derechos a medidas de capacitación y de pagos indemnizatorios. Estas reivindicaciones en su totalidad, como se expresó, contenían objetivos convencionalmente regulares, a los efectos del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo.

111 c) Una exigencia de renuncia a la modificación proyectada del centro de trabajo no es contenido del acuerdo de huelga. No depende de si sería admisible en otro caso. Naturalmente, en los escritos de la demandada de 18 diciembre 2002 se habla de que «nuestra responsabilidad común como partes del convenio colectivo es contribuir a que se asegure el establecimiento de Kiel y se impidan o atenúen las consecuencias perjudiciales para los empleados de la empresa y la región». Al mismo tiempo, se afirma que la demandada propone para este objetivo «iniciar [negociaciones con ella] sobre un convenio colectivo de asociación relativo al centro de trabajo de Kiel (la HDM-AG)». El convenio colectivo debe «valer para los casos en que, a pesar de los esfuerzos del comité de empresa, ocurra el traslado de la producción y despidos por necesidades del centro de trabajo». Con ello se aclara que la huelga se llevaría a cabo para reivindicaciones en el caso de traslado del establecimiento, y no para exigencias que se refirieran a la propia medida proyectada (en el mismo sentido, LAG Schleswig-Holstein 27 marzo 2003 — 5 Sa 137/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 165, en B II 1.1 de los Motivos, en el procedimiento previo al procedimiento presente, sobre emanación de un interdicto). Por lo demás, tampoco quedó completamente claro para qué concretas pretensiones convencionales, en que el actor hubiera debido consentir, se llevó a cabo la huelga.

112 2. La ilicitud de la huelga no se deriva de que las exigencias de la demandada hubieran sido en todo caso apropiadas, en su conjunto, para impedir fácticamente o hacer absurdo económicamente el traslado proyectado por la HDM-AG de partes de su producción a otros establecimientos. Como se explicó, no tiene lugar un control de exceso judicial de meras reivindicaciones huelguísticas.

113 3. La huelga no violó el deber de paz convencional.

114 a) Una asociación empresarial y el empresario perteneciente a ella están protegidos por el deber de paz que surge de los convenios colectivos, frente a una huelga que se oriente a la celebración de convenios colectivos empresariales o de convenios colectivos de asociación relativos a empresas sobre las mismas materias reguladas. El deber de paz no debe ser acordado separadamente. Es inmanente al convenio colectivo como ordenación de paz (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 2 a de los Motivos, con justificaciones adicionales). El convenio colectivo es en su parte obligacional, a la que pertenece el deber de paz, al mismo tiempo un contrato en favor de terceros. Protege a los afiliados a las partes del convenio colectivo de ser invadidos con medidas de lucha laboral, en cuanto a la materia convencionalmente regulada (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado, con justificaciones adicionales). El deber de paz finaliza con el transcurso de las

reglas convencionales afectadas, supuesto que para este caso no se amplíe por declaraciones complementarias de las partes del convenio colectivo.

115 b) Según ello, no estaba impedida la demandada de ir a la huelga, para sus pretensiones convencionales, a partir de comienzos de marzo 2003. No se oponían a ello ni las disposiciones convencionales vigentes ni el párrafo 3, apartado 1, del acuerdo de separación y conciliación para la industria del metal de 1 enero 1980, vigente para las partes.

116 aa) Naturalmente, el párrafo 14 del MTV contiene reglas sobre la finalización de la relación laboral de los trabajadores industriales —párrafo 14, número 2.1, del MTV— y empleados —párrafo 14, número 2.2, del MTV—. Prevén plazos extintivos de duración diferente e incluyen todo despido a decretar por el empresario. En consecuencia, estaba convencionalmente regulada al menos una de las pretensiones convencionales de la demandada. Sin embargo, la demandada ha denunciado el párrafo 14, números 1, 2 y 5, del MTV por escritos de 18 diciembre 2002, para el 31 enero 2003, frente al actor. Esta denuncia era eficaz.

117 (1) Ciertamente, la demandada ha denunciado exclusivamente las disposiciones convencionales mencionadas y, por principio, está excluida la denuncia sólo de partes de un instrumento convencional [BAG 3 mayo 2006 — 4 AZR 795/05 — AP TVG §1 Kündigung Nr. 8 = EzA TVG §1 Nr. 47, en II 1 b bb (1), con justificaciones adicionales]. Pero la denuncia parcial de un convenio colectivo es entonces admisible, si esto se acordó expresamente (BAG 3 mayo 2006 — 4 AZR 797/05 — en el lugar indicado). Éste es aquí el caso. Según el párrafo 17, número 3.4, del MTV, pueden —además de las regulaciones mencionadas en especial, en relación con ello— «las restantes disposiciones de este convenio colectivo... en conjunto o separadamente ser denunciadas con un plazo de un mes para el final del mes». Según el párrafo 17, número 3.5, del MTV, la denuncia tiene que realizarse por escrito.

118 Según ello, la demandada podía denunciar no sólo el precepto del párrafo 14 del MTV de modo completamente aislado, sino también al menos reglas concretas redactadas conjuntamente allí, bajo números separados con cifra propia, como, por ejemplo, el párrafo 14, número 2, del MTV. Esto se deduce de la interpretación. La conexión conjunta, y el sentido y objetivo, del párrafo 17, número 3.4, del MTV hablan de que como «disposición», a efectos de este precepto, hay que considerar no sólo las regulaciones redactadas conjuntamente en un párrafo en su conjunto respectivo, sino también regulaciones concretas dentro de este párrafo. En el párrafo 17, número 3.1 y número 3.3, del MTV, se hicieron distinciones expresamente, para el párrafo 3 y el párrafo 6 del MTV, en caso del poder para la denuncia aislada, entre las cifras concretas dentro de este párrafo. No cabe suponer que las partes del convenio colectivo no querían admitir esta posibilidad para «las restantes disposiciones de este convenio colectivo», sin que hubieran expresado esto con claridad. Además, el párrafo 17, número 3, del MTV permite reconocer que existía el empeño de las partes del convenio colectivo de posibilitar una reacción puntual posible a las necesidades de modificación, que resultarían de lugares concretos del instrumento regulatorio complejo del MTV. Ciertamente, en ese caso, han propuesto diferenciaciones según la longitud del correspondiente plazo extintivo a seguir para una denuncia parcial, pero quieren hacer posible ésta, en cuanto tal, evidentemente en su dimensión más amplia.

119 La denuncia aislada del párrafo 14, números 1, 2 y 5, del MTV tampoco conduce —sin perjuicio de la eficacia prorrogada de las regulaciones— a contradicciones de sentido dentro de las regulaciones no denunciadas. La exclusión prevista en el párrafo 14, número 3.1, del MTV del despido ordinario de los trabajadores que han alcanzado 55 años de edad y una pertenencia a la empresa de al menos cinco años, es una regulación que no será privada de

significado por el hecho de que los plazos extintivos deban ser regulados, fuera de su ámbito de aplicación, de otro modo distinto al actual.

120 (2) La denuncia por parte de la demandada no es jurídicamente abusiva. Incluso si, como supone el actor, sólo debía haber tenido el objetivo de eliminar el deber de paz derivado del párrafo 14, número 2, del MTV, favoreciendo la posibilidad de lograr un convenio colectivo de asociación relativo a empresas, sin querer reemplazar realmente las regulaciones denunciadas del convenio colectivo sectorial, esto no infringe la buena fe y confianza, a los efectos del párrafo 242 del Código Civil. Dicha conducta está cubierta por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La demandada ha hecho uso de su derecho de acción en cuanto que coalición.

121 (3) En el comienzo de la huelga, la prohibición de huelga de cuatro semanas tras el transcurso del convenio colectivo, del párrafo 3, apartado 1, del acuerdo de separación y conciliación de 1 enero 1980, había finalizado.

122 4. La demandada no ha eludido con la huelga, como opina el actor, de modo inadmisiblemente una prohibición de lucha laboral. Una huelga legítima no elude ninguna prohibición de huelga. Tal no existe entonces.

123 X. La petición declarativa del actor está infundada. La demandada no ha violado las posiciones jurídicas del actor. Los derechos contractuales no están tocados. La demandada no ha infringido el deber de paz obligacional derivado del MTV. Derechos delictuales derivados del párrafo 823, apartado 1, del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, no existen. Dado que la huelga llevada a cabo frente a la HDM-AG, en cuanto que empresa afiliada al actor, no era ilícita, tampoco se ha perjudicado al actor en su derecho de acción en cuanto que coalición. No depende ello de la cuestión de si la pérdida de cotizaciones de afiliados puede ser, en realidad, un daño a indemnizar al amparo del párrafo 823, apartado 1, del Código Civil.

9. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 20 ABRIL 1999 (REFERENCIA 1 ABR 72/98)

1 A. Los litigantes pleitean sobre si un sindicato puede exigir que los empresarios cesen de aplicar regulaciones en contra del convenio colectivo aplicable, a pesar de estar previstas en un acuerdo con el comité de empresa y ser acordadas individualmente con casi todos los trabajadores del centro de trabajo.

2 Las empresarias realizan trabajos de industria gráfica en un centro de trabajo conjunto, en el que está constituido el comité de empresa litigante, con alrededor de 2.300 trabajadores (1996). Las empresas fueron fundadas en 1995 por separación de B. GmbH. Ésta es miembro de la asociación de empresarios de la transformación del papel e industria gráfica de Südbaden, Asociación Registrada. Según la exposición del sindicato, las empresarias litigantes también pertenecen a la asociación, lo que ésta y el comité de empresa, sin embargo, niegan.

3 Con la federación de la asociación de empresarios competente y con la Asociación Federal de la Industria Gráfica, Asociación Registrada, el sindicato litigante ha concluido el convenio colectivo básico para los trabajadores profesionales de la industria gráfica en el territorio de la República Federal de Alemania (MTV Arb.). Entre él y la asociación de la Industria Gráfica de Baden-Württemberg, Asociación Registrada, existe el convenio colectivo básico para los empleados de la industria gráfica en Baden-Württemberg (MTV Ang.). En la versión vigente de estos convenios colectivos desde 1997, en lo que aquí interesa, se dispone lo siguiente:

4 - Complementos por trabajo nocturno, trabajo ordinario en sábado, trabajo en domingo, trabajo en día festivo y horas extraordinarias (parágrafo 8, Nr. 1, MTV Arb.; parágrafo 7, Nr. 2, MTV Ang.);

5 - Una prima de entrada para trabajo en día de fiesta y en domingo (parágrafo 7, Nrs. 5 y 6, MTV Arb.; parágrafo 7, Nr. 8, MTV Ang.);

6 - Duración de la jornada de trabajo semanal ordinaria: 35 horas (parágrafo 3, Nr. 1, MTV Arb.; parágrafo 5, Nr. 1, MTV Ang.);

7 - Compensación de todas las horas extraordinarias, sea por medio de dinero o por medio de tiempo libre (parágrafo 5, Nr. 3, MTV Arb.; parágrafo 6, Nr. 1, y parágrafo 7, Nr. 1, TV Ang.).

8 Además de ello, el MTV Arb. prescribe la toma en consideración del pago de las horas extraordinarias, con inclusión de los complementos, en el caso del pago del salario en días festivos (parágrafo 6, Nr. 2, en conexión con el apartado 3 de las disposiciones de ejecución del parágrafo 6); en el MTV Ang., no existe ninguna regulación análoga.

9 Apelando a la difícil situación de competencia, B. cerró el centro de trabajo en D. con 600 trabajadores. Para el emplazamiento en O., las empresarias proyectaron primero reducciones con un volumen anual de 40 millones de marcos alemanes. Por ello, se dirigieron a los trabajadores empleados en el lugar, en escrito de 16 febrero 1996:

10 «Queridos trabajadores:

11 El mercado de la industria gráfica se ha transformado en los últimos años en uno de los mercados más disputados de Alemania. Sobrecapacidad, caída de precios, costes salariales exagerados y convenios colectivos anacrónicos han empeorado dramáticamente la rentabilidad ...

12 También en O. serán necesarias medidas profundas. Los despidos sólo se pueden evitar si se realiza una amplia reducción de gastos. De otro modo, no cabe mantener el emplazamiento en O. ...».

13 Tras negociaciones con el comité de empresa litigante, las empresarias limitaron el volumen de ahorro a 30 millones de marcos alemanes anuales. Con esta finalidad, se concluyó un «acuerdo de empresa (acuerdo marco)», en el cual, entre otras cosas, se decía:

14 «Para el aseguramiento de los puestos de trabajo de B. Druck GmbH. en O., y para evitar 400 despidos, son necesarias amplias medidas de ahorro. El comité de empresa y la gerencia están de acuerdo en que se realicen reducciones de una magnitud total de 30 millones de marcos alemanes por año. Las medidas de ahorro particulares y sus modalidades de transposición resultan del anexo a este acuerdo de empresa. El anexo es parte de este acuerdo de empresa.

...

15 El comité de empresa y la gerencia están de acuerdo en que los contenidos regulados en contra de los convenios colectivos de la industria gráfica necesitan del consentimiento contractual individual de los trabajadores para su eficacia jurídica. El comité de empresa y la gerencia se esforzarán conjuntamente para alcanzar este consentimiento.

16 Después de que todos los trabajadores de B. Druck GmbH., así como del almacenamiento de papel y de la utilización de papel usado, hayan concluido acuerdos individuales sobre la base de este acuerdo de empresa, entrará en vigor lo siguiente:

17 1. Los trabajadores que concluyen el acuerdo individual obtienen, para el período de vigencia de este acuerdo de empresa, esto es, hasta el 31 diciembre 2000, una garantía de empleo ilimitada.

...

18 El comité de empresa y la gerencia acuerdan absoluta confidencialidad respecto de los contenidos de este acuerdo de empresa. Su publicación no tiene lugar.

19 En el «catálogo de medidas de ahorro» incluido como anexo se dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

20 «4. Las siguientes prestaciones, para los trabajadores de B. Druck GmbH., así como para los trabajadores de la utilización de papel usado y del almacenamiento de papel, serán modificadas de inmediato, a 1 abril 1996, como sigue:

21 4.1. El pago en situación de vacaciones y en caso de enfermedad y en días festivos se lleva a cabo sin inclusión del pago de las horas extraordinarias.

22 4.2. Complementos para

23 - Trabajo nocturno

24 de 18:00 a 24:00 horas 23%

25 de 0:00 a ... 6:00 horas 45%

26 - Trabajo en sábado 88%

27 - Trabajo en día festivo 125%

28 - Horas extraordinarias

29 uniforme para todos los turnos 30%

30 Se suprimen los complementos para la jornada de trabajo ordinaria en sábado, así como la prima de entrada.

31 La modificación de estas prestaciones hay que acordarla a nivel contractual individual.

...

32 7. Para alcanzar los objetivos de este acuerdo marco, la gerencia y el comité de empresa acuerdan una jornada de trabajo semanal de 39 horas netas para todos los trabajadores de B. Druck GmbH., así como de las secciones de almacenamiento de papel y de papel usado.

33 Las horas semanales 36 y 37 se compensan con el pago actual.

34 Por lo demás, para las horas semanales de trabajo 36 a 39 rigen los complementos modificados en el núm. 4.2 ...».

35 Los complementos a que se refiere el Nr. 4.2 no son más bajos que los convencionales.

36 En escrito conjunto de 1 marzo 1996, las empresarias y el comité de empresa pidieron a los trabajadores que aprobasen las medidas de ahorro con la siguiente declaración:

37 «Yo declaro que los acuerdos —«acuerdo marco para evitar despidos»— suscritos por Helmar K., Gerd S. y Dr. Jürgen T, el 29 febrero 1996, pueden regir para mí no sólo como acuerdo de empresa, sino también personalmente para mí como contenido del contrato de trabajo personal. Yo conozco las modificaciones que se derivan de ello para mi contrato de trabajo, al amparo de las explicaciones detalladas por la gerencia, trabajadores de la sección de personal y miembros del comité de empresa ...».

38 Tras repetidas peticiones, casi todos los trabajadores suscriben esta declaración (según datos de las empresarias, el 98,5%). En consecuencia, en 3 mayo 1996, las empresarias concluyen con el comité de empresa un acuerdo adicional al acuerdo de empresa de 29 febrero 1996, que contiene las siguientes regulaciones, entre otras:

39 «1. El acuerdo de empresa y los complementos de contrato acordados entran en vigor el 1 junio 1996 ...

40 3. Por respeto a su opinión en contra, el acuerdo de empresa de 29 febrero 1996 no se aplica con sus derechos y obligaciones a los trabajadores de B. Druck GmbH., ni a los del almacenamiento de papel, ni los de la utilización de papel usado, los cuales no hayan concluido los complementos de contrato con el contenido del acuerdo de empresa. Para ellos, se acuerda una reducción de jornada a 30 horas por semana sin reajuste del salario, según la correspondiente aplicación del convenio colectivo concluido el 19 abril 1996 entre la Asociación Federal de la Industria Gráfica y el IG Medios Audiovisuales. Por principio, ellos quedan libres de horas extraordinarias ...».

41 Los intentos del sindicato emprendidos en abril 1996 para entrar en negociaciones con las empresarias sobre convenios colectivos de empresa, no tuvieron éxito.

42 El sindicato ha sostenido la opinión de que puede exigir de las empresarias que cesen en la ejecución de los acuerdos, supuesto que estos entraban en contradicción con los convenios colectivos básicos. Respecto de las regulaciones adoptadas con el comité de empresa, se trataba de acuerdos de empresa que tendrían como contenido condiciones de trabajo establecidas convencionalmente y que, en consecuencia, caían bajo la prohibición del párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Incluso si se trataba de acuerdos de regulación, quedan comprendidos en este precepto. El párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa quiere impedir genéricamente los menoscabos en la autonomía colectiva por medio de acuerdos jurídico-colectivos en la empresa. El menosprecio de la Ley representa una infracción grave, a los efectos del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa.

43 El derecho de cesación se deriva también de los párrafos 1004 y 823 del Código Civil, en su conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, puesto que las infracciones de las disposiciones convencionales vigentes lesionan a las partes del convenio colectivo en su derecho de acción en cuanto que coaliciones. Este derecho también comprende las estructuraciones contractuales unitarias, tal como aquí han sido llevadas a cabo por las empresarias.

44 El sindicato, supuesto que para la queja por razones de Derecho todavía sea de interés, ha pedido

45 1. Que se obligue a las empresarias a cesar en la aplicación de las regulaciones acordadas individualmente en el anexo del acuerdo de empresa de 29 febrero 1996 con el comité de empresa y en conexión con el número 2, apartado 1, del acuerdo de empresa de 3 mayo 1996, en la siguiente forma:

46 a) Núm. 4.1 del anexo;

47 b) Núm. 4.2 del anexo, cuando por ello el salario para el trabajo nocturno, el trabajo en domingo, el trabajo en día festivo y las horas extraordinarias se reduzca contra las regulaciones del convenio colectivo básico para trabajadores profesionales de la industria gráfica en el territorio de la República Federal de Alemania, en la redacción vigente desde 1 enero 1989, con las modificaciones de 7 mayo 1990 y 3 julio 1994;

48 c) Núm. 4.2 del anexo, cuando por ello se supriman los complementos para el trabajo ordinario en sábado, así como la prima de entrada;

49 d) Núm. 7 del anexo, cuando por ello se acordase con el comité de empresa, para todos los trabajadores de B. Druck GmbH., así como las secciones de almacenamiento de papel y de papel usado, una jornada de trabajo semanal de 39 horas sin pago de las horas semanales 36 y 37, y sin pago de los complementos de horas extraordinarias para las horas 36 a 39.

50 2. Que se conmine a las empresarias con una de las multas a fijar a discreción del Tribunal, para las infracciones de las obligaciones pedidas.

51 Las empresarias y el comité de empresa han solicitado

52 que se rechacen las peticiones.

53 En su opinión, ya es inadmisibles la petición de cesación. Supuesto que se base en el párrafo 1004 del Código Civil, no corresponde al procedimiento [a resolverse] por Auto, sino al procedimiento [a resolverse] por Sentencia. Además, la petición no es suficientemente precisa, porque no está claro si se dirige contra acuerdos de empresa o contra acuerdos individuales.

54 En todo caso, la petición no está justificada. No se cumplen los requisitos del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, porque no existe ninguna infracción del párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. El precepto sólo comprende los acuerdos de empresa, no en cambio los acuerdos de regulación y las regulaciones contractuales unitarias, como aquí sucede. Incluso si hubiese que suponer una infracción de los preceptos de la Ley de Organización de la Empresa, en ningún caso podría ser calificada como grave a los efectos del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, en vista de la inseguridad jurídica existente, así como de la finalidad de la regulación de asegurar los puestos de trabajo.

55 El sindicato tampoco puede deducir ninguna pretensión por los párrafos 1004 y 823 del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Falta una infracción del Derecho convencional vigente. Las empresarias no están sujetas al convenio colectivo, y por lo demás, las divergencias con las correspondientes regulaciones convencionales tampoco son en absoluto violadoras del convenio colectivo. En relación con los trabajadores no afiliados, esto se deduce de la libertad contractual, y en relación con los afiliados al sindicato, del principio de favorabilidad. Y es que los acuerdos de empresa aseguraban los puestos de trabajo. Incluso si se prescindiese de esto, faltaba toda base jurídica para una pretensión de cesación del sindicato. En relación con el acuerdo de empresa, porque tiene prioridad el precepto especial del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, y la autonomía

colectiva no está afectada por los acuerdos individuales violadores del convenio colectivo. Sólo los trabajadores afectados podrían lograr en vía judicial el otorgamiento de las condiciones de trabajo convencionales, no en cambio el sindicato.

56 El Tribunal de Trabajo ha rechazado las peticiones. El Tribunal de Trabajo del Estado federado —tras la tramitación en parte del asunto principal— ha rechazado la queja del sindicato. La queja por razones de Derecho del sindicato admitida por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, con la cual siguen su curso las peticiones presentadas en segunda instancia, tiene éxito.

57 **Por los motivos:** B. Las peticiones del sindicato no pueden ser rechazadas con la justificación dada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado. Como están fundadas, la Sala no puede, sin embargo, juzgar concluyentemente en virtud de las circunstancias probadas hasta ahora.

58 I. La petición de cesación (petición número 1) es admisible.

59 1. No obstante, requiere de interpretación, puesto que el tenor literal no manifiesta indiscutiblemente si la petición debe referirse a la ejecución de acuerdos de empresa, de acuerdos individuales o de ambos.

60 Hay que aceptar —eventualmente— lo último. Al sindicato le importa descartar la ejecución de aquellas regulaciones que considera violadoras del convenio colectivo, pero que, sin embargo, pueden estructurar las relaciones laborales en el centro de trabajo. En consecuencia, no le importa si los efectos combatidos parten de acuerdos de empresa o de acuerdos individuales. Respecto de esta forma de comprender la petición, habla su tenor, el cual menciona tanto los acuerdos de empresa como también los acuerdos que han alcanzado las empresarias con los trabajadores individuales. En eso, no obstante, existe incertidumbre acerca de que las disposiciones contractuales individuales no se mencionen como regulaciones autónomas, sino sólo como resultados de los acuerdos alcanzados con el comité de empresa, y el sindicato ha aclarado en comparecencia oral, ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado, que los contratos individuales son sólo un anexo dependiente de los acuerdos con el comité de empresa, que trata sólo de la ejecución. Sin embargo, parece consecuente que el sindicato sitúe en primer plano, como objeto de la petición, los acuerdos contractuales colectivos, puesto que argumenta, en primer lugar, que se trata, respecto de ellos, de acuerdos de empresa. Estos se aplican a la relación laboral directa y obligatoriamente (parágrafo 77, apartado 4, inciso 1, de la Ley de Organización de la Empresa) y no requieren de transposición al contrato individual.

61 Esto no se opone en absoluto a una interpretación según la cual, al menos, los acuerdos individuales concluidos con los trabajadores puedan ser asimismo objeto de la petición. Porque la petición de cesación también puede comprender el caso en que los acuerdos con el comité de empresa cabe calificarlos no como acuerdos de empresa, sino como acuerdos de regulación. Éstos no pueden estructurar directamente las relaciones entre empresario y trabajadores. Más bien, ello requiere de la transposición por medio de acuerdos complementarios entre el empresario y los trabajadores individuales, o por medio de otras medidas en el plano jurídico-individual (Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 14 febrero 1991 - 2 AZR 415/90 - AP Nr. 4 sobre § 615 BGB Kurzarbeit [IV 3 de los Motivos]). En la justificación de su petición, el sindicato considera expresamente la posibilidad de que se trate, en este caso, de acuerdos de regulación. Por ello, no puede tomarse estrictamente, y debe ser entendida en el sentido de que también puede prohibirse a las empresarias la ejecución de los acuerdos individuales necesarios para la transposición de eventuales acuerdos de regulación.

62 2. Respecto de la admisibilidad de la petición, no resulta ninguna duda acerca de que se siga por el procedimiento [a resolverse] por Auto.

63 a) El Tribunal de Trabajo del Estado Federado ha partido acertadamente de la base de que ya no había que examinar, conforme a los párrafos 88 y 65 de la Ley del Tribunal de Trabajo, si el procedimiento [a resolverse] por Auto es aquí el tipo de procedimiento admisible. Según el párrafo 93, apartado 2, y el párrafo 65 de la Ley del Tribunal de Trabajo, esto rige igualmente para el grado jurisdiccional de la queja por razones de Derecho. Ciertamente, cabe hacer una excepción de este principio cuando el Tribunal de Trabajo, a pesar de la censura expresa, ha decidido sobre la admisibilidad del tipo de procedimiento, no con carácter previo a través de un Auto específico, sino simultáneamente en el marco de la decisión sobre el asunto principal (GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, *ArbGG*, 3ª ed., § 65 marginal 14; GRUNSKY, *ArbGG*, 7ª ed., § 65 marginal 2; igualmente, sobre la idéntica regulación en relación con el recurso, Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 26 marzo 1992 - 2 AZR 443/91 - AP Nr. 7 zu § 48 ArbGG 1979 [II de los Motivos]; últimamente, Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 14 diciembre 1998 - 5 AS 8/98 - AP Nr. 38 zu § 17a GVG [II 1 de los Motivos]). Pero este requisito no existe aquí.

64 b) Por lo demás, la Sala se inclina por la opinión de que en el caso presente el procedimiento [a resolverse] por Auto, de conformidad con el párrafo 2a, apartado 1, núm. 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo es el tipo de procedimiento que corresponde, porque se trata de asuntos derivados de la Ley de Organización de la Empresa. Supuesto que la petición se basa en el párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, de ello resulta que el sindicato acciona una pretensión relativa al Derecho de Organización de la Empresa. Pero, también, una pretensión (como en el presente caso) que deriva de los párrafos 1004 y 823 del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, puede referirse a un asunto relativo al Derecho de Organización de la Empresa. Ello es de suponer especialmente cuando la petición se dirige contra la ejecución de acuerdos de empresa. Porque son objeto del procedimiento las regulaciones normativas para las cuales la Ley de Organización de la Empresa tanto ofrece base jurídica, como exige la ejecución por los empresarios (cfr. BAG 68, 200, 207 y ss. = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B I 2 de los Motivos]).

65 No existe ninguna diferencia esencial cuando se atacan acuerdos de regulación y su transposición jurídica-individual. Ciertamente, no se puede negar que la regulación en contra de las condiciones laborales convencionales combatida aquí —a diferencia del caso del acuerdo de empresa en contra— ya no se causa por los acuerdos con el comité de empresa, sino por medio de la transposición por el contrato de trabajo. Pero hay que tener en cuenta que también la infracción legal invocada se basa en un acto conjunto de los interlocutores del centro de trabajo. Hay que añadir que no siempre es claramente reconocible si, en el caso de los acuerdos controvertidos, se trata de acuerdos de empresa o de acuerdos de regulación. Contradiría las necesidades de economía procesal, si sólo fuese reconocible el tipo de procedimiento adecuado tras una clarificación de estas cuestiones.

66 El procedimiento [a resolverse] por Sentencia sólo entra en consideración para pretensiones del tipo presente cuando se atacan regulaciones que únicamente se basan en los correspondientes acuerdos del empresario con los trabajadores, sin que hubiese participado un comité de empresa, quizá no existente. En tales casos, una pretensión de cesación del sindicato contra los empresarios puede llevarse por un procedimiento [a resolverse] por Sentencia, en el sentido del párrafo 2, apartado 1, número 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo. Se trata, entonces, de la libertad de asociación en un pleito jurídico entre partes con capacidad para convenir colectivamente respecto de un acto ilícito, y no simultáneamente de cuestiones jurídicas de organización de la empresa.

67 3. El sindicato tiene derecho a la petición.

68 a) La jurisprudencia de la Sala, según la cual un sindicato no tiene derecho a hacer declarar genéricamente por los tribunales la ineficacia de un acuerdo de empresa, por causa de la infracción del parágrafo 77, apartado 3 de la Ley de Organización de la Empresa (Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 23 febrero 1988 - 1 ABR 75/86 - AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979 [C de los Motivos]; críticamente, por ejemplo, GRUNSKY, *DB* 1990, 526; MATTHIEBEN, *DB* 1988, 285), no se opone a ello. Esta jurisprudencia se basa en la hipótesis de que los acuerdos de empresa afectan, en primer lugar, a las relaciones jurídicas entre el comité de empresa y el empresario, así como entre empresario y trabajadores, y que el sindicato no está implicado en estas relaciones jurídicas. Sin embargo, es distinto en caso de pretensiones de cesación del tipo presente. El sindicato defiende su propio derecho. Esto ya se aplica, en principio, para el recurso al propio derecho de cesación conforme al parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Pero se aplica, ante todo, supuesto que el sindicato se dirija contra violaciones de su libertad sindical protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (BAG 68, 200, 208 y ss. = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B II de los Motivos]).

69 b) El sindicato también tiene derecho a seguir en solitario la pretensión de cesación actuada por él.

70 En el Auto de 23 febrero 1988 (1 ABR 75/86 - AP Nr. 9 zu § 81 ArbGG 1979 [C II de los Motivos]), la Sala aún había dejado abierta expresamente la cuestión de si un derecho de petición, respecto de la protección de la autonomía colectiva ejercida a través de un convenio colectivo, sólo puede ser ejercitado conjuntamente por ambas partes del convenio colectivo, o también puede ser ejercitado por una sola. Más tarde, se ha partido sin más de que no se requiere de ningún proceder conjunto (BAG 69, 200, 208 y ss. = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B II de los Motivos]).

71 A ello hay que aferrarse. Supuesto que el sindicato se basa en el parágrafo 23, apartado 3, inciso 1, de la Ley de Organización de la Empresa, su derecho de petición verdaderamente se deduce de que el precepto prevé un derecho de acción sólo para el sindicato, no en cambio para la asociación empresarial. Ciertamente, una disposición análoga falta en el fundamento de la pretensión alternativa prevista en el parágrafo 1004, apartado 1, inciso 2, del Código Civil, en conexión con el parágrafo 823 del Código Civil y el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Sin embargo, la circunstancia de que un convenio colectivo sea el resultado de la autonomía colectiva ejercida conjuntamente, no obliga aún a la consecuencia jurídica de que ninguna de las partes del convenio colectivo pueda tener derecho a la petición en solitario. Porque la existencia del convenio colectivo, del que en principio pueden disponer ambas sólo conjuntamente, no está afectada por la decisión judicial solicitada. Más bien, se trata exclusivamente de defender el derecho de aplicación en la práctica del convenio colectivo, frente a los acuerdos en contra o concurrentes inadmisibles. En consecuencia, hay que tener en cuenta que las partes del convenio colectivo en absoluto están interesadas siempre de la misma manera en la observancia de las diferentes disposiciones convencionales (DÄUBLER, *BB* 1990, 2256, 2262). Ello se deduce del carácter de compromiso que los convenios colectivos muestran regularmente. En ello se basa también el comúnmente conocido derecho de influjo convencional. Éste da derecho a cada parte del convenio colectivo a exigir de sus respectivas contrapartes, y a estimular de sus afiliados, con medios jurídico-asociativos, la lealtad al convenio colectivo (BAG 70, 165 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Durchführungspflicht; cfr. últimamente WALKER, *Festschrift für Schaub*, 1998, pág. 743).

72 4. La petición es suficientemente precisa. A ello no se opone que deje abierto, por último, en qué naturaleza jurídica —y en consecuencia, en qué eficacia jurídica— de los acuerdos empresariales se basa el sindicato. Lo decisivo es que la petición se dirige contra la ejecución

de las dos posibilidades imaginables, tanto de una regulación contractual individual, como también de una regulación normativa, a lo cual se circunscriben suficientemente los contenidos objeto de reclamación.

73 II. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha juzgado mal los requisitos bajo los cuales el sindicato puede exigir que las empresarias cesen en la ejecución de los acuerdos controvertidos.

74 1. Ante todo, hay que seguir al Tribunal de Trabajo del Estado federado en la hipótesis de que el sindicato no puede basar su petición en una infracción grave por las empresarias de las obligaciones derivadas de la Ley de Organización de la Empresa (parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa).

75 a) En la conclusión de un acuerdo de empresa que tiene por objeto condiciones de trabajo reguladas convencionalmente, y que por ello infringe el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, siempre puede encontrarse un incumplimiento a los efectos del parágrafo 23 de la Ley de Organización de la Empresa, según la jurisprudencia de la Sala. La Sala considera hasta ahora el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa como una norma fundamental de la ordenación del Derecho de la Organización de la Empresa, cuya observancia puede garantizar el parágrafo 23, apartados 1 y 3, de la Ley de Organización de la Empresa (BAG 73, 291, 300 y ss. = AP Nr. 22 zu § 23 BetrVG 1972 [B III 2 a de los Motivos]; BAG 68, 200, 211 = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B III 1 b de los Motivos]). En cualquier caso, esta jurisprudencia ha encontrado como resultado aprobación casi unánime (por ejemplo, TRITTIN, en DÄUBLER/KITTNER/KLEBE, *BetrVG*, 6ª ed., § 23 marginal 84; FITTING/KAISER/HEITHER/ENGELS, *BetrVG*, 19ª ed., § 23 marginal 60; WIESE/OETKER, *GK-BetrVG*, 6ª ed., § 23 marginal 184).

76 Sin embargo, cabe objetar que sea dudoso si el parágrafo 23, apartados 1 y 3, de la Ley de Organización de la Empresa fue pensado, en realidad, como dispositivo para la defensa frente a infracciones del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Con buenas razones, se puede entender el parágrafo 23 de la Ley de Organización de la Empresa en el sentido de que el funcionamiento regular de la organización de la empresa sólo puede ser garantizado con la interacción del empresario y el comité de empresa. Desde este punto de vista, el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la empresa —el cual limita el ámbito de competencia de la organización de la empresa y, en consecuencia, las posibilidades de actuación conjunta de los interlocutores del centro de trabajo en favor de la autonomía colectiva— no sería ninguna «norma fundamental de ordenación del Derecho de Organización de la Empresa», puesto que su objetivo no estaría comprendido en el objeto de protección del parágrafo 23 de la Ley de Organización de la Empresa (en este sentido, LÖWISCH, *BetrVG*, 4ª ed., § 23 marginal 17; análogamente, PFARR/KOCHER, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, 1998, págs. 48 y ss.). Tal posición cabe apoyarla, también, en la consideración de que la infracción de procedimiento, la cual el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa quiere evitar, apenas se deja clasificar como «infracción grave» con la ayuda de los principios de la Ley de Organización de la Empresa, y mejor que como medida de valoración, la autonomía colectiva resulta imprescindible como objeto de protección del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Sin embargo, la cuestión aquí puede dejarse como está.

77 b) Sea como fuere, aquí no existe ninguna infracción del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa.

78 aa) El precepto sólo prohíbe acuerdos de empresa, no en cambio acuerdos de regulación.

79 (1) Ello es conforme con la opinión predominante en la doctrina científica (por ejemplo, FITTING/KAISER/HEITHER/ENGELS, *BetrVG*, 19ª ed., § 77, marginal 90; HANAU/KANIA,

ErfK, § 77 BetrVG, marginal 71; KREUTZ, *GK-BetrVG*, 6ª ed., § 77, marginal 114; WANK en WIEDEMANN, *TVG*, 6ª ed., § 4, marginal 577; FISCHER, *Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen*, 1998, págs. 217 y ss.; WALKER, *Festschrift für Wiese*, 1998, págs. 603, 606 y ss.; WALTERMANN, *RdA* 1996, 129, 132). Ciertamente, el Tribunal Federal de Trabajo aún no ha tomado posición al respecto expresamente. Sin embargo, asimismo él ha partido tácitamente de esta postura. Como objeto del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, ha descrito «la relación de las partes del convenio colectivo y de los interlocutores del centro de trabajo en su poder» de «regular las condiciones de trabajo con eficacia normativa» (BAG 85, 208, 218 = AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [II 2 a de los Motivos]; BAG 68, 200, 211 = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B III 1 b de los Motivos]). Pero a los acuerdos de regulación no les corresponde una eficacia normativa, de manera que no se plantea el problema de una concurrencia normativa. El bloqueo del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa no comprende en absoluto, según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, los acuerdos en el plano contractual individual (BAG 85, 208, 219 = AP Nr. 10 sobre § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [II 2 c de los Motivos]; BAG 82, 89, 98 = AP Nr. 8 sobre § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [II 2 de los Motivos]; Sentencia de 23 agosto 1989 - 5 AZR 391/88 - AP Nr. 42 sobre § 77 BetrVG 1972 [II de los Motivos]). Sin embargo, tales acuerdos son necesarios de ordinario para la transposición de un acuerdo de regulación.

80 (2) Contra la limitación del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa a los acuerdos de empresa, se objeta que malogra el objetivo del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Éste reside en excluir toda ordenación concurrente en la empresa respecto del sistema de convenios colectivos, también regulaciones contractuales unitarias sobre la base de acuerdos de regulación (por ejemplo, BERG en DÄUBLER/KITTLNER/KLEBE, *BetrVG*, 6ª ed., § 77 marginal 78; GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht I*, pág. 328; MATTHES, *Münch-ArbR*, § 318 marginal 71; RICHARDI, *BetrVG*, 7ª ed., § 77 marginal 277; ZACHERT, *RdA* 1996, 140, 145). De ello parte también la queja por razones de Derecho. Sin embargo, su justificación no puede convencer.

81 En esto, no obstante, no tiene importancia decisiva la circunstancia de que el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa sólo mencione los acuerdos de empresa. El tenor literal no es suficiente aquí para la justificación de un giro argumentativo. Es justo indicar que los acuerdos de regulación tampoco se mencionan en ningún otro lugar de la Ley de Organización de la Empresa (por ejemplo, GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht I*, pág. 328). Más bien, lo decisivo es la finalidad del precepto. El parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa puede excluir la concurrencia respecto de la creación de normas convencionales en el plano del centro de trabajo. Pero tal concurrencia no se da verdaderamente en la conclusión de un acuerdo de regulación. A diferencia de los convenios colectivos y de los acuerdos de empresa, los acuerdos de regulación no pueden crear condiciones de trabajo, por falta de eficacia normativa. El límite de competencia se sitúa en este poder de creación. La creación de normas por el comité de empresa no puede presentarse a los trabajadores como alternativa, la cual puede hacer innecesaria, en ciertas circunstancias, la afiliación a un sindicato vinculado por el convenio colectivo.

82 Además, una eficacia bloqueadora del parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, ampliada a los acuerdos de regulación, apenas tendría trascendencia práctica. Ciertamente, podría conducir a la ineficacia de un acuerdo de regulación en la relación entre los interlocutores del centro de trabajo, pero no afectaría a los acuerdos unitarios adoptados para la transposición. La regulación contractual unitaria, que aquí provoca la concurrencia empresarial respecto del convenio colectivo, está fuera del alcance del parágrafo 77, apartado 3,

de la Ley de Organización de la Empresa. Ciertamente, se sostiene la opinión (BERG, en DÄUBLER/KITTNER/KLEBE, *BetrVG*, 6ª ed, § 77 marginal 78) de que la eficacia bloqueadora se extiende también a aquellos acuerdos unitarios en cuya consecución haya intervenido el comité de empresa. Sin embargo, ello sería contradictorio cuando los acuerdos individuales que ha concluido el empresario con la anuencia del comité de empresa, fuesen aprobados con más rigor que los acuerdos individuales de idéntico contenido que se llevan a cabo sin la participación del comité de empresa. Tal interpretación pierde de vista la autonomía colectiva como bien protegido por el parágrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa.

83 bb) En el caso de los acuerdos de 29 febrero y de 3 mayo 1996 entre las empresarias y el comité de empresa, en relación con aquellas partes que son objeto de la petición de cesación, no se trata de acuerdos de empresa, sino sólo de acuerdos de regulación. Esto lo ha reconocido acertadamente el Tribunal de Trabajo del Estado federado. Los ataques de la queja por razones de Derecho dirigidos contra ello no vienen al caso.

84 Ciertamente, los textos contractuales se denominan como acuerdos de empresa. En ellos, sin embargo, está expresamente excluido el rasgo característico del objeto de las normas contenidas en los acuerdos de empresa, a saber, su eficacia normativa (parágrafo 77, apartado 4, inciso 1, de la Ley de Organización de la Empresa). La eficacia vinculante, según el preámbulo del acuerdo de 29 febrero 1996, sólo puede partir de los acuerdos individuales que hay que concluir con todos los trabajadores. En consecuencia, en el acuerdo adicional de 3 mayo 1996, se dispone que las regulaciones para los trabajadores que no hayan consentido la modificación contractual propuesta, no pueden ser vinculantes. Por ello, los acuerdos se caracterizan por los rasgos típicos de los acuerdos de regulación.

85 2. Sin embargo, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha descartado con justificación inexacta que el derecho de cesación actuado por el sindicato pueda deducirse de los parágrafos 1004 y 823 del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

86 a) Según opinión general, el derecho de cesación regulado en el parágrafo 1004, apartado 1, inciso 2, del Código Civil puede ser invocado para la defensa frente a intromisiones en todos los derechos, bienes vitales e intereses protegidos a que se refiere el parágrafo 823 del Código Civil. De aquí, el Tribunal Federal de Trabajo deduce en jurisprudencia constante (Sentencia de 17 febrero 1998 - 1 AZR 364/97 - AP Nr. 87 zu art. 9 GG [II 4 de los Motivos]; BAG 54, 353, 359 = AP Nr. 49 zu art. 9 GG [III 1 de los Motivos]) que una coalición puede defenderse frente a intromisiones ilícitas en su libertad sindical colectiva garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal con ayuda de las acciones de cesación. Porque el derecho de la coalición en cuanto que coalición, y aquí la acción sindical, también forma parte del ámbito de protección del parágrafo 823 del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Ello se garantiza jurídico-constitucionalmente por medio del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La protección del derecho fundamental se dirige también, según el artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal, contra las limitaciones de Derecho privado, y tiene así eficacia frente a terceros. Por lo tanto, los acuerdos que buscan impedir o limitar la libertad sindical son nulos. Las acciones dirigidas a ello son ilícitas y hay que evitarlas con medios jurídicos.

87 El fundamento mencionado de la pretensión tampoco se desplaza por el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, en cuanto norma especial, como opinan las empresarias. Una relación de especialidad entre ambas normativas verdaderamente está excluida, porque sirven para objetivos diferentes. Mientras que el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa sólo garantiza la jerarquía del Derecho de Organización

de la Empresa, los párrafos 1004 y 823 del Código Civil, en conexión con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, protegen, en primer lugar, la libertad sindical, con inclusión de la libertad de acción sindical.

88 b) El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la pretensión de cesación, en el presente caso, con la justificación de que la libertad sindical del sindicato no se viola por las regulaciones implicadas en el pleito. Esto no se sostiene con la justificación dada.

89 aa) El Tribunal de Trabajo del Estado federado se basa injustamente en el Auto de la Sala de 20 agosto 1991 (BAG 68, 200, 215 y ss. = AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [B III 2 b de los Motivos]).

90 (1) Este Auto se refería a una petición para ordenar al empresario que no ejecutase un acuerdo de empresa considerado violador del convenio colectivo. La Sala negaba una violación de la libertad sindical con la justificación de que el acuerdo de empresa se llevó a cabo en el marco del derecho de cogestión a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa y, en consecuencia, en ejercicio de la competencia legal de regulación de los interlocutores del centro de trabajo; queda excluida una infracción del párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Por ello, no estaba afectado el ámbito nuclear de la libertad sindical. El derecho de las partes del convenio colectivo a la regulación de las condiciones de trabajo no incluye necesariamente el poder de llevar a cabo, también, la observancia de la ordenación establecida en el convenio colectivo.

91 Una queja por razones de Derecho del sindicato, dirigida contra ello, no sería admitida para su decisión. No obstante, el Tribunal Federal Constitucional (Auto de 29 junio 1993 - 1 BvR 1916/91 - AP Nr. 2a zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt [II de los Motivos]) considera «no sin problemas» la exclusión genérica de pretensiones de protección del sindicato contra acuerdos de empresa violadores del convenio colectivo en asuntos sujetos al deber de cogestión, y deja expresamente abierto si es suficiente el medio jurídico establecido por el párrafo 23, apartado 3, en conexión con el párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Sin embargo, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no pretende ningún poder de accionar del sindicato contra los interlocutores del centro de trabajo, cuando el convenio colectivo afectado haya concedido a éstos expresamente una auténtica libertad de estructuración, como había sucedido en el caso resuelto.

92 (2) La jurisprudencia de la Sala ha encontrado aprobación en parte (por ejemplo, OETKER, *SAE* 1992, 158, 162; WALKER, *Festschrift für Schaub*, 1998, pág. 743 y 759 y ss.). Es correcto que las funciones de las partes del convenio colectivo residen en la producción, no en cambio en la ejecución, de normas jurídicas. Para lo último, el Derecho vigente contiene otros instrumentos, como los derechos de acción judicial del sindicato. Pero el Tribunal Federal de Trabajo también ha padecido crítica de modo general (por ejemplo, BERG, en DÄUBLER/KITTNER/KLEBE, *BetrVG*, 6ª ed., § 77, marginal 85; DÄUBLER, *Tarifvertragsrecht*, 3ª ed., marginal 1391; GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht I*, págs. 633 y ss.; KEMPEN, en KEMPEN/ZACHERT, *Tarifvertragsgesetz*, 3ª ed., § 4, marginales 104 y ss.; KITTNER, *Festschrift für Stahlhacke*, 1995, págs. 247, 254 y ss.; PFARR/KOCHER, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, 1998, pág. 48). En especial, no puede convencer la diferenciación entre acuerdos de empresa que infringen el párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, por un lado, y regulaciones de empresa que se adoptan en ejercicio del derecho de cogestión a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa, por otro lado. También se alega que la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo ha perdido su fundamento, después de que el Tribunal Federal Constitucional (Auto de 14 noviembre 1995 - 1 BvR

601/92 - AP Nr. 80 zu art. 9 GG [B I 3 de los Motivos]; Auto de 24 abril 1996 - 1 BvR 712/86 - AP Nr. 2 zu § 57a HRG [C I 1 de los Motivos]) ya no se refiera a la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución únicamente en un ámbito nuclear de la acción sindical, sino que todas las actividades específicas de la coalición se consideran protegidas (KEMPEN, en KEMPEN/ZACHERT, *TVG*, 3ª ed., § 4 marginal 104).

93 En la cuestión, se presentan dudas sobre si la línea divisoria entre los acuerdos de empresa sujetos al deber de cogestión y los acuerdos de empresa libres de cogestión marca, al mismo tiempo, los límites entre los cuales se puede hacer depender la protección de la libertad sindical y, en consecuencia, un derecho de defensa del sindicato. No existe una conexión genérica entre la estructuración del derecho de cogestión y el ámbito de garantía de la libertad sindical. Ello quiere referirse, sin embargo, a otra cosa.

94 Y es que el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha ignorado que las consideraciones de la Sala en el Auto citado en el presente caso no son trasladables. No se trata aquí de acuerdos al amparo del derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa. La petición de cesación se dirige en exclusiva, más bien, contra regulaciones que se refieren en general a la supresión o a la reducción de derechos salariales convencionales o a la prolongación de la jornada de trabajo semanal ordinaria. Pero el comité de empresa no tiene que cogestionar ni en relación con los gastos totales en salarios, ni en relación con la duración de la jornada ordinaria de trabajo (BAG 77, 886, 90 = AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung [B II 1 de los Motivos]; BAG 73, 291, 303 = AP Nr. 22 zu § 23 BetrVG 1972 [B III 2 c aa de los Motivos]). Además, las regulaciones que conducen a la reducción de los derechos individuales se contienen exclusivamente en acuerdos individuales. Por ello, también falta aquí apreciación sobre las consideraciones que se refieren a los poderes de normación imperativos de los interlocutores del centro de trabajo.

95 bb) Contra la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado federado, la libertad sindical del sindicato puede ser dañada por una regulación empresarial unitaria que quiere lograr condiciones de trabajo violadoras del convenio colectivo.

96 Según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (por ejemplo, Auto de 24 abril 1996 - 1 BvR 712/86 - AP Nr. 2 zu § 57a HRG [C I 1 de los Motivos]), la garantía jurídico-individual del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal se prolonga en un derecho de libertad de las coaliciones constituidas, para la promoción de las condiciones económicas y de las condiciones de trabajo. Ello las protege en su existencia y en las acciones que sirven a los objetivos mencionados. Desde luego, la protección no está limitada a la acción en cuanto que coalición en un ámbito nuclear. Más bien, se extiende a todos los comportamientos que son específicos de la coalición. De ello forma parte, en especial, la conclusión de convenios colectivos. Con ello, se refiere a la parte de las condiciones económicas y de las condiciones de trabajo cedida a las coaliciones para la regulación en aquellas materias sobre las que pueden regular bajo su propia responsabilidad. Ante todo, de aquí forma parte el salario y otras condiciones materiales de trabajo, como, por ejemplo, la jornada de trabajo.

97 De tal modo, el poder de regulación protegido por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no sólo se menoscaba cuando se obstaculiza a una coalición para crear derecho convencional. Más bien, también existe una limitación o impedimento de la libertad sindical en acuerdos o medidas que, ciertamente, no afectan al nacimiento o a la existencia de un convenio colectivo, pero que se dirigen a frustrar o dejar que se vacíe su eficacia. Pues la norma convencional no puede cumplir su objetivo de regular la parte de las condiciones económicas y las condiciones de trabajo, lo cual constituye su objeto. En esto, tampoco puede cambiar nada

el hecho de que los correspondientes acuerdos sean nulos conforme al artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal, y por consiguiente, no sustituyan la regulación convencional de modo jurídicamente imperativo. El menoscabo de la libertad sindical reside, más bien, en que tales acuerdos son realmente inadecuados, ya al amparo de su derecho de estructuración explicado, para ocupar el lugar de la regulación convencional (cfr., respecto del derecho de supresión de instrucciones violadoras de la cogestión, Auto de la Sala de 16 junio 1998 - 1 ABR 68/97 - AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz [B III de los Motivos]). La práctica extendida de acuerdos violadores del convenio colectivo (por ejemplo, GENTZ, *Festschrift für Schaub*, 1998, págs. 205 y 206; Auto del Tribunal de Trabajo de Marburg de 7 agosto 1996 - 1 BV 6/96 - NZA 1996, 1331 y ss.) ilustra esto. Consecuentemente, el artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal cierra el paso al objetivo de un acuerdo o de una medida, y no sólo a su eficacia jurídica.

98 No obstante, esto no significa que todo acuerdo violador del convenio colectivo tenga que calificarse ya simultáneamente como limitación o impedimento de la libertad sindical. Regulaciones violadoras de la normativa convencional en contratos de trabajo individuales, o regulaciones de adhesión defectuosas en el plano empresarial, no ponen todavía en duda el convenio colectivo oficial. De una intromisión en la autonomía colectiva sólo se puede hablar, más bien, cuando una norma convencional es suplantada como regulación colectiva, y en consecuencia, puede ser despojada de su función central. Ello exige una regulación empresarial que pueda surtir efecto unitariamente y que pueda colocarse en el lugar de la norma colectiva. En caso de acuerdos de empresa violadores del convenio colectivo, hay que admitir la duda. Pero también las regulaciones contractuales unitarias valen como instrumentos para la estructuración de la ordenación empresarial (cfr. Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 16 septiembre 1986 - GS 1/82 - BAG 53, 42 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972). Esto es evidente cuando la regulación contractual unitaria se basa en un acuerdo de regulación, o cuando las correspondientes ofertas contractuales — como aquí — son apoyadas expresamente por el comité de empresa. En cambio, la justificación dada puede explicar especialmente el carácter colectivo, así como la consabida colisión con el derecho convencional vigente.

99 No obstante, el Derecho colectivo vigente sólo es suplantado cuando el convenio colectivo afectado rige normativamente en el ámbito de aplicación de la regulación empresarial discutida. Supuesto que falte este requisito, porque no existe ningún derecho de aplicación del convenio colectivo, el empresario es libre para acordar condiciones de trabajo a nivel de empresa con sus trabajadores. Tampoco el principio jurídico-laboral de igualdad de trato se lo impide (Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 20 julio 1960 - 4 AZR 199/59 - AP Nr. 7 zu § 4 TVG).

100 cc) A la hipótesis de que una regulación empresarial violadora del convenio colectivo puede surtir efecto como perjuicio de la libertad sindical, con la consecuencia de que el sindicato tiene derecho a proceder frente a ella con una pretensión de cesación, de conformidad con el parágrafo 1004 del Código Civil, no se opone la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Federal de Trabajo respecto de la acción de influjo. Según ella, toda parte de un convenio colectivo puede exigir de su contraparte que influya en sus afiliados para que estos se atengan al convenio colectivo y cesen en las regulaciones empresariales violadoras del convenio colectivo (BAG 70, 165, 173 = AP Nr. 3 zu § 1 TVG Durchführungspflicht).

101 Para unos, la existencia de tal derecho no exige necesariamente que deba excluirse una pretensión de cesación con la misma finalidad. También en caso de su aceptación, la acción de influjo conserva su función como medio adicional para la ejecución del convenio colectivo. Ciertamente, es menos efectivo, pero persigue como ella el cumplimiento de las obligaciones

convencionales, y no puede ocasionar en exclusiva la cesación de las regulaciones infractoras. Para otros, de la posibilidad de la acción de influjo no cabe derivar, para la defensa de menoscabos de la libertad de coalición por medio de regulaciones empresariales violadoras del convenio colectivo, que se necesite de derecho alguno del sindicato para reclamar a los empresarios afectados directamente en cesación.

102 c) El derecho de cesación descrito contra regulaciones empresariales violadoras del convenio colectivo, sin embargo, no incluye el derecho del sindicato de demandar derechos individuales de sus afiliados. Sólo sirve para la protección de la libertad sindical colectiva. Ésta no está afectada por causa de que un empresario no cumpla los derechos convencionales, sin concebir para ello una regulación unitaria violadora del convenio colectivo. Se trata en exclusiva de derechos de los trabajadores individuales, y éstos deben actuar por sí mismos. De ahí —contra la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado federado— que tampoco nada se pueda deducir del poder de las autoridades de los Estados federados a que se refieren los parágrafos 24 y 25 de la Ley de Trabajo a Domicilio, para reclamar derechos de los trabajadores a domicilio, a favor o en contra de la petición de cesación aquí litigada.

103 III. Como en el presente caso se cumplen los requisitos de una acción de cesación sindical, no cabe juzgar concluyentemente sin una aclaración adicional de las circunstancias.

104 1. La Sala siempre puede declarar ahora mismo que la acción se dirige contra una regulación empresarial unitaria, cuyo carácter colectivo es evidente, porque se basa en un acuerdo de regulación con el comité de empresa. También se cumple el segundo requisito de la pretensión de cesación para la protección de la libertad sindical: la regulación empresarial se dirige contra convenios colectivos cuyo ámbito de aplicación comprende las imprentas de las empresarias. Preceptos específicos de estos convenios colectivos pueden ser sustituidos por las regulaciones mencionadas en la petición, y las condiciones de trabajo correspondientes pueden ser modificadas.

105 a) Esta conclusión verdaderamente se deduce de la introducción del «acuerdo de empresa (acuerdo marco)» de 29 febrero 1996. Allí se advierte expresamente que se trata de medidas de ahorro, que pueden conducir a la reducción de derechos convencionales. En consecuencia, los acuerdos alcanzados que son objeto de la petición de cesación, difieren realmente de las correspondientes disposiciones convencionales. Esto se aplica a

106 - la no toma en consideración de las horas extraordinarias para el pago del trabajo que cae en días festivos, supuesto que los trabajadores manuales estén afectados (petición 1 a);

107 - la reducción de los complementos mencionados en la petición 1 b para los trabajadores manuales;

108 - la supresión de los complementos mencionados en la petición 1 c y de las primas de entrada para trabajadores manuales y dependientes;

109 - la prolongación de la jornada de trabajo semanal ordinaria de trabajadores manuales y dependientes, supuesto que la jornada de trabajo adicional no se pague o esté libre de complementos (petición 1 d).

110 b) Las divergencias no están cubiertas por el principio de favorabilidad del parágrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo.

111 aa) Las regulaciones específicas de jornada de trabajo y salario, en cuanto a sus respectivos objetos, son indiscutiblemente más desfavorables para los trabajadores que las correspondientes disposiciones convencionales; su finalidad consiste precisamente en reducir la carga de costes de las empresarias. No obstante, éstas alegan que la comparación de lo favorable no podía

limitarse a los objetos individuales de la regulación. Más bien, habría que englobar igualmente las garantías de empleo que habrían concedido a los trabajadores en compensación por las medidas de ahorro acordadas. El mantenimiento del puesto de trabajo a costa de una prestación laboral incrementada o de un salario recortado sería aquí para los trabajadores más favorable que la conservación de las condiciones de trabajo convencionales. Éstas sobrecargaban gastos a las empresarias y obligaban a la reducción de la actividad, lo que va asociado a despidos (análogamente, en especial, BUCHNER, *DB*, suplemento 12/1996, 10 y ss.).

112 Sin embargo, semejante comparación de regulaciones, cuyos objetos no se relacionan temáticamente, es metodológicamente imposible («manzanas y peras») y no concorde con el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo. Más bien, según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo y la opinión predominante en la doctrina científica iuslaboralista, el precepto exige que las regulaciones a comparar posean una relación material unas con las otras («comparación en grupos de materias»). Por consiguiente, supuesto que no sólo el convenio colectivo, sino también el contrato individual de trabajo, ofrecen punto de apoyo para el proceder en contra, hay que comparar las correspondientes regulaciones materiales recíprocas (BAG 46, 50, 58 = AP Nr. 9 zu § 339 BGB; DÄUBLER, *Tarifvertragsrecht*, 3ª ed., marginales 204 y ss.; LÖWISCH, *MünchArbR*, § 265 marginales 41 y ss.; LÖWISCH/RIEBLE, *TVG*, § 4 marginales 198 y ss.; SCHAUB, *ErfK*, § 4 TVG marginales 66 y ss.; ZACHERT, en KEMPEN/ZACHERT, *TVG*, 3ª ed., § 4 marginal 188; WANK, en WIEDEMANN, *TVG*, 6ª ed., § 4 marginales 436 y ss.; igualmente, BAG GS - BAG 63, 211, 220 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 [C II 3 de los Motivos] - sobre la aplicación del principio de favorabilidad, el cual se considera un principio general en la relación entre el contrato individual de trabajo y el acuerdo de empresa). Sin embargo, la jornada de trabajo o el salario, por una parte, y una garantía de empleo, por otra parte, son objetos de regulación de índole completamente diferente, para cuya evaluación no hay ningún baremo común. No pueden ser comparadas la una con la otra. Una garantía de empleo no es adecuada para justificar un empeoramiento del salario o de la jornada de trabajo (por ejemplo, EHMANN/SCHMIDT, *NZA* 1995, 193, 202; HANAU, *RdA* 1998, 65, 70; REICHOLD, *ZfA* 1998, 237, 252; WALKER, *Festschrift für Wiese*, 1998, págs. 603 y 608; WIEDEMANN, «Nota» a la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 18 diciembre 1997 - 2 AZR 709/96 - AP Nr. 46 zu § 2 KSchG 1969 [3 b]).

113 Sólo esta postura se corresponde con la finalidad de la Ley del Convenio Colectivo, que garantiza la eficacia normativa de los convenios colectivos para la protección de los trabajadores. La decisión de valorar sobre cómo puede ser conciliado, respecto de la regulación de las condiciones de trabajo, el interés de los trabajadores en lo posible a unos salarios mayores, con el interés empresarial a unos costes laborales más reducidos por causa de la capacidad de competencia, y en consecuencia también para la seguridad de los puestos de trabajo, es una cuestión de principios de política convencional y pertenece a las típicas funciones de las partes del convenio colectivo. Hay que ceder a éstas que determinen, según sus ideas comunes de conveniencia, por una parte, los factores de coste de la actividad empresarial, y por otra parte, los límites mínimos de las condiciones de trabajo, en especial de las rentas salariales. Por supuesto, las partes del convenio colectivo pueden no agotar esta competencia a su voluntad. Porque ellas están bajo la presión de la concurrencia, según la política de la coalición. De este modo, el sindicato debe temer la pérdida de afiliados si no toma suficientemente en consideración en su política convencional sus ideas sobre lo más favorable, por ejemplo, acerca del salario y de la seguridad del puesto de trabajo. En la parte empresarial se presenta, como correlativa, la competencia con empresas que no están sujetas a la vinculación del convenio colectivo.

114 La jurisprudencia no sólo se excedería de sus posibilidades de control racional, sino que también penetraría en cuestiones de valoración de la política convencional, si quisiera revisar la

formación de la voluntad conjunta de las partes del convenio colectivo, y cómo conseguir otra ponderación más favorable de la situación de los intereses afectados para los trabajadores de un centro de trabajo en particular. La comparación de lo favorable, a efectuar de conformidad con el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo es ejecución de la norma. Sus reglas deben derivarse de las valoraciones del convenio colectivo. El intento de sobreponerse a las valoraciones estandarizadas, en el marco de la comparación de lo favorable, debe abortarse porque faltan criterios manejables. Así, con frecuencia —como también en el presente caso—, los riesgos del puesto de trabajo no se dejan objetivar suficientemente. La decisión sobre el cierre o el traslado de un centro de trabajo, que lleva a la reducción de puestos de trabajo, queda a la discreción del empresario. Sus consideraciones sobre el particular, por ejemplo, sobre objetivos y expectativas de ganancias, así como sobre evaluación de los costes y de las oportunidades de mercado, se suprimen en gran parte del control judicial. Si hubiese que tomar en consideración, en la comparación de lo favorable, los riesgos del puesto de trabajo que pueden derivarse de tal medida, entonces la eficacia del derecho convencional quedaría en la práctica a disposición del empresario individual.

115 bb) En este resultado, nada se cambia tampoco cuando los trabajadores sujetos al convenio colectivo están dispuestos, en su amplia mayoría, a renunciar a los derechos convencionales por causa de su seguridad en el puesto de trabajo. Tal decisión es la reacción (en esta situación posiblemente razonable) a la decisión empresarial previa, y a la alternativa que queda después a los trabajadores. Por ello, el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo, dispone que los acuerdos en contra deben ser autorizados por las partes del convenio colectivo. También aquí se evidencia que la Ley —completamente en el sentido del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal— remite a las coaliciones que celebran el convenio colectivo la responsabilidad de política convencional sobre la eficacia de sus regulaciones.

116 cc) Esto no debe significar que la «comparación en grupos de materias», a la que el Tribunal Federal de Trabajo recurre desde hace décadas, en sintonía con la doctrina científica dominante, tenga que ser el único modo de comparación de lo favorable conforme a la Constitución. La libertad sindical del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal requiere de estructuración jurídica, y en consecuencia, el legislador también puede restringir la autonomía colectiva en los límites de la proporcionalidad (Auto del Tribunal Federal Constitucional de 24 abril 1996 - 1 BvR 712/86 - AP Nr. 2 zu § 57a HRG [C II 1 de los Motivos]). Aquí no cabe discutir si ello es posible para tipificar posiciones de intereses empresariales especiales y para incluirlos en el programa de examen de una comparación de lo favorable. Mientras que falten fundamentos legales para ello, el párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo debe ser interpretado a la luz del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, de manera que la supremacía del convenio colectivo permanece salvaguardada.

117 2. No obstante, en el presente caso, las cuestiones de hecho esenciales para la decisión no están aclaradas hasta ahora. Fuera del ámbito de aplicación del párrafo 77, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, sólo entra en consideración la violación de la libertad sindical del sindicato por medio de regulaciones violadoras del convenio colectivo, supuesto que cada convenio colectivo afectado rija normativamente. De ahí que la pretensión de cesación del sindicato también requiera de la aplicabilidad normativa del convenio colectivo. Con respecto a esto, faltan declaraciones del Tribunal de Trabajo del Estado federado.

118 a) El primer requisito es, conforme al párrafo 3, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, la sujeción al convenio colectivo —entre las partes litigantes— de las empresarias. El Tribunal de Trabajo del Estado federado tendrá que clarificar si ésta existe.

119 b) El segundo requisito es la sujeción al convenio colectivo por la parte de los trabajadores. Por regla general, el sindicato no puede exigir que el empresario cese la ejecución de una regulación empresarial violadora del convenio colectivo, también con respecto a los excluidos del convenio colectivo. En principio, es libre para acordar condiciones de trabajo por debajo de las convencionales con trabajadores no afiliados.

120 Sólo excepcionalmente, una pretensión de cesación puede comprender una regulación también en relación con estos trabajadores. Esto hay que admitirlo cuando el empresario no quería adoptar los acuerdos correspondientes, conforme a sus objetivos, de ningún modo sólo con los excluidos del convenio colectivo, sino que únicamente estaba dispuesto a una regulación que se extendiese al conjunto de la plantilla o a partes determinadas de ella, con independencia de la sujeción al convenio colectivo. En este caso, la regulación atacada puede tener o no existencia sólo para todos los trabajadores afectados.

121 Faltan declaraciones respecto de la parte de los trabajadores sujetos al convenio colectivo. Todos los litigantes se basan siempre, sin más, en que una parte de la plantilla afectada está afiliada al sindicato vinculado por el convenio colectivo. Sin embargo, todavía hay que conceder a los litigantes el derecho a ser oídos sobre la cuestión de si las regulaciones atacadas sólo se adoptan como regulaciones empresariales unitarias, o si pueden ser limitadas, en su caso, a los trabajadores no sujetos al convenio colectivo. Si este último fuese el caso, entonces la petición de cesación puede tener a lo sumo éxito parcial, esto es, en relación con los afiliados al sindicato. Tampoco está infundada en su conjunto como petición global. Antes bien, la decisión a adoptar podía circunscribirse a la no ejecución de las regulaciones en relación con los trabajadores sujetos al convenio colectivo. Tal limitación no modificaría el objeto litigioso, sino que podría tomarse en consideración, a través del rechazo parcial de la petición, sin que por ello se excluyese la ejecutabilidad. No obstante, el sindicato que en el procedimiento de ejecución alegase una infracción del deber de cesación, debía nombrar a los trabajadores incluidos en la violación contractual.

122 IV. Si y supuesto que la petición de cesación está justificada, también entra en consideración la conminación de la multa solicitada con la petición número 2, conforme al parágrafo 890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

10. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 2, DE 24 MAYO 1977 (REFERENCIA 2 BVL 11/74)

Fallo:

El párrafo 5, apartados 1 a 5 y 7, de la Ley del Convenio Colectivo, en la redacción de 25 agosto 1969 (Boletín Federal Oficial I, pág. 1323), es compatible con la Constitución Federal, supuesto que se refiera a normas jurídicas que regulen el contenido de las relaciones laborales.

Motivos:

A.

1 Objeto del concreto procedimiento de control de normas es la cuestión de si la declaración de eficacia general de los convenios colectivos es compatible con la Constitución Federal.

I.

2 1. Según el párrafo 1, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo (TVG), en la redacción de 25 agosto 1969 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1323), posteriormente modificado por el artículo II, párrafo 1, de la Ley de Modificación del Trabajo a Domicilio de 29 octubre 1974 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2879), el convenio colectivo, junto a la regulación de los derechos y deberes de las partes del convenio colectivo, contiene normas jurídicas, que pueden ordenar el contenido, la celebración y la terminación de las relaciones laborales, así como cuestiones empresariales y jurídicas de organización de la empresa. Estas normas jurídicas rigen directamente y obligatoriamente entre los vinculados convencionalmente de ambos lados, supuesto que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo (párrafo 4, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo). Por principio, en virtud del párrafo 3, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo (cfr. párrafo 3, apartado 2, de la Ley del Convenio Colectivo), los vinculados por el convenio colectivo son sólo los afiliados a las partes del convenio colectivo (párrafo 2 de la Ley del Convenio Colectivo), así como los empresarios individuales que sean parte autónoma de un convenio colectivo.

3 La falta de vinculación al convenio colectivo de una parte o de ambas partes de la relación laboral, que estén comprendidas en el ámbito de aplicación espacial, personal, profesional y empresarial de un convenio colectivo, puede tener como consecuencia perjuicios graves para los vinculados por el convenio colectivo y peligros para la realización del convenio colectivo, en especial en tiempos de coyuntura disminuida y pleno empleo amenazado: a través de ello, los trabajadores no organizados pueden suplantar a los afiliados sindicales en la competencia por puestos de trabajo llegados a ser escasos, que aceptan en condiciones laborales por debajo de las del convenio colectivo; los empresarios pueden procurarse ventajas competitivas en salarios por debajo de los convencionales, a través de la contratación preferida de externos. La declaración de eficacia general del convenio colectivo contrarresta estas injusticias, calificadas como «presión salarial» y «competencia sucia». Con ella, las normas jurídicas del convenio colectivo incluyen también en su ámbito de aplicación a los empresarios y trabajadores no vinculados hasta ahora por el convenio colectivo (párrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo).

4 2. En la consideración de que la propagación eficaz de condiciones laborales negociadas colectivamente sea el medio mejor y más flexible para la promoción de los intereses sociales y económicos de todos los participantes en la vida laboral, ya el párrafo 2 del Reglamento del

Consejo de los Representantes del Pueblo sobre Convenios Colectivos, Comisiones de Trabajadores y Comisiones de Empleados, y Conciliación de Conflictos de Trabajo, de 23 diciembre 1918 (Boletín Oficial del Reich, pág. 1456), a través del que se reguló por vez primera la eficacia obligatoria directa y a favor de los trabajadores de las reglas convencionales, había autorizado al Ministerio de Trabajo del Reich (más tarde, el Ministro de Trabajo del Reich) a declarar de eficacia general, a instancia de parte, aquellos convenios colectivos que habían alcanzado, en el ámbito convencional, importancia destacada para la estructuración de las condiciones laborales del sector profesional. Durante la soberanía del Nacionalsocialismo, sobre la base del párrafo 32 de la Ley para la Ordenación del Trabajo Nacional de 20 enero 1934 (Boletín Oficial del Reich I, pág. 45), ocuparon el lugar de los convenios colectivos ordenanzas colectivas a anunciarse oficialmente y a establecerse por fiduciarios del trabajo, cuyas disposiciones eran de antemano jurídicamente vinculantes en su ámbito de aplicación para todas las relaciones laborales. Tras el final de la guerra, la existencia del convenio colectivo fue regulada de nuevo, por primera vez en el ámbito de la antigua zona de ocupación americana y británica, a través de la Ley del Convenio Colectivo de 9 abril 1949 (Boletín Oficial Económico, pág. 55), acordada por el Consejo Económico. La institución jurídica de la declaración de eficacia general había sido antes establecida en las Constituciones de Baviera (artículo 169, apartado 2) y Baden (artículo 38, apartado 3). Las disposiciones de los Estados federados sobre convenios colectivos, al principio todavía vigentes en el ámbito de la antigua zona francesa, fueron derogadas por la Ley sobre Extensión del Convenio Colectivo de 23 abril 1953 (Boletín Oficial Federal I, pág. 156). Tras la extensión al Sarre por Ley de 30 junio 1959 (Boletín Oficial Federal I, pág. 361), así como la inserción de una cláusula de Berlín (cfr. párrafo 12b de la Ley del Convenio Colectivo) por la Ley de Modificación del Trabajo a Domicilio y la adopción de la Ley del Convenio Colectivo por Ley berlinesa de 16 enero 1975 (Boletín de Leyes y Reglamentos, pág. 193), el Derecho del convenio colectivo, incluida la declaración de eficacia general de los convenios colectivos, está uniformemente regulado en todo el ámbito federal, incluido Berlín (Oeste).

5 3. También según el Derecho vigente, es requisito para la declaración de eficacia general de un convenio colectivo, que ya en su ámbito de aplicación haya alcanzado una importancia indudable. El párrafo 5, apartado 1, número 1, de la Ley del Convenio Colectivo regula esta necesidad formalmente, de manera que deben estar empleados, por los empresarios sujetos al convenio colectivo, no menos de la mitad de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. No es necesario, y por sí solo tampoco suficiente, que la mayoría de las relaciones laborales esté organizada realmente de acuerdo con el convenio.

6 Además, la declaración de eficacia general debe parecer conveniente al interés público (párrafo 5, apartado 1, número 2, de la Ley del Convenio Colectivo). Dicho interés público puede surgir de una posible amenaza de la paz laboral a través de la desactivación del convenio colectivo, pero también, además, del empeño de asegurar a los externos condiciones laborales adecuadas.

7 Si aparece como necesaria la vinculación general al convenio colectivo en un ramo económico determinado para la eliminación de una emergencia social, podrá entonces ser decretada la eficacia general con independencia del número mínimo de empleados y del interés público (párrafo 5, apartado 1, inciso 2, de la Ley del Convenio Colectivo). Con este estado de cosas añadido por Ley de 11 enero 1952 (Boletín Oficial Federal I, pág. 19), el legislador ha tenido en cuenta la circunstancia de que precisamente en los ramos económicos y ámbitos económicos con organización de los empresarios marcadamente débil —como, por ejemplo, en el ámbito de la agricultura— pueden existir con especial frecuencia condiciones laborales inadecuadas.

8 El procedimiento de declaración de eficacia general está regulado concretamente en la Ley del Convenio Colectivo y en el Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo

de 20 febrero 1970 (Boletín Oficial Federal I, pág. 193) —DVO-TVG—, promulgado sobre la base del párrafo 11 de la Ley del Convenio Colectivo. Según él, la declaración de eficacia general no se efectúa de oficio, sino que requiere de la solicitud de una parte del convenio colectivo. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5, apartado 6, de la Ley del Convenio Colectivo, el Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social (en adelante, el Ministro federal) es competente para la tramitación del procedimiento. Éste puede rechazar una solicitud cuando los requisitos del párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo no se cumplan manifiestamente (párrafo 4, apartado 2, del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). En otro caso, anuncia oficialmente en el Boletín Federal de Anuncios la solicitud, y simultáneamente da oportunidad a los empresarios y trabajadores, que estuviesen afectados por la declaración de eficacia general, a los sindicatos y asociaciones empresariales interesados en la conclusión del procedimiento, así como a las autoridades laborales supremas de los Estados federados, en cuyo ámbito se extiende el convenio colectivo, dentro de un plazo determinado, de tomar posición por escrito sobre la solicitud (párrafo 5, apartado 2, de la Ley del Convenio Colectivo y párrafo 4, apartado 1, del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). Tras el transcurso de este plazo, convoca a la comisión de convenios colectivos para una audiencia oral y pública sobre la solicitud. En esta audiencia, cuya fecha igualmente se anuncia oficialmente en el Boletín Federal de Anuncios, los mencionados en el párrafo 5, apartado 2, de la Ley del Convenio Colectivo tienen la oportunidad de declarar.

9 La comisión de convenios colectivos instituida por el Ministro federal se compone de tres representantes de las organizaciones centrales (párrafo 12 de la Ley del Convenio Colectivo) de empresarios y de trabajadores, respectivamente, que nombra el Ministro federal sobre la base de propuestas de estas organizaciones (párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo y párrafo 1 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). Un representante del Ministro federal sin derecho de voto sirve las audiencias y deliberaciones de la comisión (párrafos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, inciso 2, del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). La comisión tiene *quorum* con la presencia de todos sus miembros y adopta sus acuerdos por mayoría de votos (párrafos 2, apartado 2, y 3, apartado 1, inciso 1, del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo).

10 El Ministro federal puede rechazar la declaración de eficacia general sin tener en cuenta el acuerdo adoptado por la comisión de convenios colectivos. Si quiere acceder a la solicitud, entonces esto sólo le resultará posible con el acuerdo de la comisión de convenios colectivos (párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo y párrafo 7 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). La declaración de eficacia general requiere de anuncio oficial en el Boletín Federal de Anuncios (párrafo 5, apartado 7, de la Ley del Convenio Colectivo y párrafo 11 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo) y, además, debe ser anotada en el registro de convenios colectivos abierto al examen de todos, llevado por el Ministro federal (párrafo 6 de la Ley del Convenio Colectivo y párrafos 14 y ss. del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). Para que un convenio colectivo sea vinculante como consecuencia de la declaración de eficacia general, los empresarios y trabajadores pueden exigir de una de las partes del convenio colectivo una copia del convenio, previo pago de los costes generados (párrafo 9 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). Los empresarios deben exponer en un lugar apropiado del centro de trabajo los convenios colectivos que afecten a su centro de trabajo (párrafo 8 de la Ley del Convenio Colectivo).

11 La consecuencia de la declaración de eficacia general es la ampliación de la vinculación convencional a los externos. Más allá de la situación jurídica resultante de los párrafos 3,

apartado 1, y 4, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, las normas del convenio colectivo rigen ahora hacia afuera para todos los empresarios y trabajadores que estén comprendidos en su ámbito de aplicación (parágrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo). En cuanto al contenido del convenio colectivo y a su ámbito de aplicación, la declaración de eficacia general no modifica nada.

12 El Ministro federal puede revocar la declaración de eficacia general sin conexión con la solicitud de una parte del convenio colectivo, pero igualmente sólo con el acuerdo de la comisión de convenios colectivos y tras la tramitación de un procedimiento de audiencia escrito y verbal, cuando esto parezca conveniente para el interés público (parágrafo 5, apartado 5, inciso 1 y 2, de la Ley del Convenio Colectivo y parágrafo 10 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). También la revocación de la eficacia general requiere de anuncio oficial en el Boletín Federal de Anuncios (parágrafo 5, apartado 7, de la Ley del Convenio Colectivo y parágrafo 11 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo) y, además, hay que anotarla en el registro de convenios colectivos (parágrafo 6 de la Ley del Convenio Colectivo y parágrafo 15 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo).

13 Excepto por la revocación de la declaración de eficacia general, la eficacia general finaliza con la expiración o la revocación del convenio colectivo en que se basa (parágrafo 5, apartado 5, de la Ley del Convenio Colectivo). Las partes del convenio colectivo tienen que comunicar al Ministro federal la expiración y las posibles modificaciones de los convenios colectivos dentro de un mes (parágrafo 7 de la Ley del Convenio Colectivo). Estas comunicaciones se anuncian oficialmente, asimismo, en el Boletín Federal de Anuncios (parágrafo 11 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo), y la finalización de la eficacia general se anotará en el registro de convenios colectivos (parágrafo 6 de la Ley del Convenio Colectivo y parágrafo 15 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo); ambos actos sólo tienen, sin embargo, significado declarativo.

14 Si las disposiciones modificadas de un convenio colectivo también deben regir para los externos, entonces deberán ser declaradas separadamente de eficacia general.

15 4. El significado práctico de la declaración de eficacia general de los convenios colectivos es —ante todo en la industria de la construcción— considerable.

16 En los últimos años se ha incrementado el número de convenios colectivos de eficacia general, de 158 en 31 diciembre 1968 hasta 479 (incluido ahora Berlín) en 1 enero 1976. La relación laboral de un trabajador de cada cinco está, en todo caso, determinada en parte por un convenio colectivo de eficacia general (cfr. la información de *Recht der Arbeit* 1976, pág. 189, y 1977, pág. 39).

II.

17 1. El actor en el procedimiento originario plantea frente a su empresaria el derecho al pago de la retribución de vacaciones, en cuantía de 1.824 marcos brutos. Según hechos incontrovertidos, está empleado por la demandada desde 11 octubre 1973. Desde 28 octubre 1973 hasta 3 julio 1974 estuvo enfermo por incapacidad laboral. A continuación, de acuerdo con la demandada, que le quería ocupar de nuevo, ha tomado sus vacaciones de 1974. La demandada rechazó el pago de la retribución de vacaciones, porque el actor aún no ha ganado nada en el año 1974.

18 El actor, según sus indicaciones, no está afiliado al IG Construcción-Piedras-Tierras; la demandada ha declarado no estar afiliada a ninguna asociación empresarial.

19 2. Por auto de 26 julio 1974, el Tribunal de Trabajo de Solingen ha suspendido el procedimiento y solicitado la decisión del Tribunal Constitucional Federal, sobre la cuestión de si el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo es inconstitucional. El Tribunal instante expone:

20 La decisión depende de la constitucionalidad del precepto. Si fuese válido, entonces la reclamación del actor no dependerá de la Ley Federal de Vacaciones (BURLG) de 8 enero 1963 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2), últimamente modificada por el artículo II, párrafo 2, de la Ley de Modificación del Trabajo a Domicilio, sino del contrato marco federal para trabajadores industriales del sector de la construcción, de 1 abril 1971, declarado de eficacia general por el Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social (cfr. anuncio oficial de 5 julio 1971, Boletín Federal de Anuncios Núm. 128, pág. 1). Según él, no le corresponde al demandante ninguna retribución de vacaciones, porque ésta depende de los ingresos laborales obtenidos hasta las vacaciones, pero el actor como consecuencia de su enfermedad de enero 1974 aún no ha ganado nada. Tampoco se daba el derecho compensatorio, que importaría, por lo demás, un máximo de 90 marcos brutos por la totalidad de las vacaciones. En cambio, si fuese inválido el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo y la declaración de eficacia general apoyada en esta norma, entonces el actor podrá exigir, de conformidad con el párrafo 11 en conexión con los párrafos 1, 3 y 4 de la Ley Federal de Vacaciones, retribución de vacaciones para el año vacacional de 1974, por importe de al menos 820 marcos brutos.

21 Si el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo fuese Derecho conforme a la Constitución. El legislador federal, ante la entrada en vigor de la Constitución Federal, ha hecho suya la norma en cuestión, con posterioridad, mediante las Leyes de Modificación de 11 enero 1952 y de 14 agosto 1959 (cfr. artículo 4 de la Primera Ley de Aclaración del Derecho del Trabajo, Boletín Oficial Federal I, pág. 1106), así como mediante las Leyes de Ampliación de 23 abril 1953 y de 30 junio 1959.

22 Si el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo no estuviese de acuerdo con la Constitución. Según el artículo 20, apartado 2, inciso 2, y el artículo 80, apartado 1, inciso 1, de la Constitución Federal, los órganos legislativos debían transmitir a los órganos del poder ejecutivo su poder de creación de normas sólo en forma de autorización para la promulgación de reglamentos. Es cierto que la declaración de eficacia general es creación de normas, pero no un reglamento, sino una ulterior y tercera forma de creación de normas estatales. Está en contradicción con el concepto tradicional de reglamento el que la declaración de eficacia general dependa de la formación, contenido y perpetuación de la voluntad de instituciones no estatales; además, el convenio colectivo como contenido real de la ordenación jurídica legal no será publicado.

23 La Constitución Federal no contiene ningún poder del legislador y de los órganos del poder ejecutivo para autorizar otras formas de creación de normas. Pero incluso si se mira la declaración de eficacia general como reglamento, el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo será inconstitucional, porque para las declaraciones de eficacia general no se ha prescrito el consentimiento de la Cámara Alta, en contradicción con el artículo 80, apartado 2, de la Constitución Federal.

24 Además, el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo infringe el artículo 80, apartado 1, inciso 2, y el 129, apartado 3, de la Constitución Federal, en cuanto expresión del principio general venidero de disponibilidad suficiente del alcance con que el legislador puede autorizar a los órganos del poder ejecutivo la creación de normas. El precepto del párrafo 5, apartado 1, número 2, de la Ley del Convenio Colectivo, según el cual la declaración de eficacia general debiera parecer conveniente al interés público, no satisface esta necesidad.

25 La influencia decisoria de instituciones no estatales en la formulación, contenido y existencia de la declaración de eficacia general, así como la falta de publicación del convenio colectivo de eficacia general, no son compatibles, además, con los principios de la ordenación jurídica

estatal. La obligación del empresario de exponer los convenios colectivos que afecten a su centro de trabajo en un lugar adecuado del centro de trabajo no puede reemplazar el principio del Estado de Derecho de la publicación suficiente. Los jueces de la jurisdicción laboral, los abogados y los externos al convenio colectivo sólo podrían averiguar con dificultad, en el caso concreto, el Derecho que les afecta. Si se comparan las disposiciones vigentes sobre la publicidad de los convenios colectivos de eficacia general y sobre el registro de convenios colectivos, por ejemplo, con el anuncio oficial de su contenido esencial prescrito para los contratos de grupos de empresas (parágrafos 10 y 9, apartado 4, número 5, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia), entonces también se pondrá en cuestión una violación del artículo 3 de la Constitución Federal. Dado que las dificultades derivadas de la falta de conocimiento del Derecho convencional vigente hubieran obligado a muchos externos a afiliarse a una de las partes del convenio colectivo, también habrá que tomar en consideración una violación del derecho fundamental de libertad sindical negativa.

III.

26 1. Por el Gobierno federal se ha pronunciado sobre la proposición el Ministro federal de Trabajo y Ordenación Social. Mantiene que el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo es formalmente y materialmente constitucional.

27 La autorización legal para la formulación de la declaración de eficacia general es compatible con los principios jurídico-constitucionales de división de poderes. La declaración de eficacia general no es ni un acto administrativo ni un reglamento. El objetivo político-social en que se basa, así como su estrecha conexión con la autonomía colectiva garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, la presentan más bien como un acto accesorio de colaboración en un procedimiento de creación de normas en común por las partes colectivas y el Estado, en el que por imperio de la decisión constitucional del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal en favor de la abstención estatal, se otorga primacía a las partes del convenio colectivo en la regulación de las condiciones laborales y las condiciones económicas. El objetivo del Derecho de convenios colectivos, garantizado por causa de la Constitución, de alcanzar una regulación uniforme de las condiciones de trabajo a través de la creación autónoma de normas por las partes del convenio colectivo, se amenaza por la competencia de externos, especialmente en tiempos de coyuntura a la baja. Sin preceptos materiales propios que lograr o normas colectivas que adoptar en la ordenación jurídica estatal, y sin la soberanía de las partes colectivas sobre el convenio colectivo a ofender, tiene en cuenta los fundamentos jurídico-constitucionales del Derecho colectivo del Trabajo, a través de la propagación eficaz de condiciones laborales colectivas libremente acordadas, en forma de un acto no autónomo de creación de normas, dependiente de la voluntad de las partes del convenio colectivo. La declaración de eficacia general se muestra como medida estatal apropiada para la defensa del ámbito nuclear del sistema de convenios colectivos, y encuentra también su legitimación jurídico-constitucional, como forma especial de acto de creación normativa, en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

28 El contenido, sentido y dimensión de la autorización contenida en el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo están suficientemente determinados. Los mandatos legales en cuanto al contenido de los convenios colectivos a declarar de eficacia general están excluidos por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La declaración de eficacia general no representa ningún sustitutivo de la Ley en un ámbito reservado al legislador que pudiera ser relacionado con el artículo 80 de la Constitución Federal. Más bien, queda ceder la regulación de las condiciones laborales y las condiciones económicas, según el artículo 9, apartado 3, de

la Constitución Federal, en primer lugar, al poder autorresponsable de creación de normas de las partes del convenio colectivo.

29 Dado que el legislador constitucional ha dispuesto la preferencia intencionada de la autonomía colectiva sobre las reglas estatales, la dependencia de la declaración de eficacia general de la voluntad de las partes del convenio colectivo también está en armonía con el artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal. Para la defensa de la libertad de acción de las coaliciones, sólo se ofrece una colaboración no autónoma y limitada del Estado en el procedimiento común de creación de normas.

30 Las disposiciones jurídico-constitucionales sobre la publicación de las normas jurídicas no se violan. Las reglas de la Ley del Convenio Colectivo y del Reglamento de Ejecución garantizaban las exigencias del Estado de Derecho de una publicidad suficiente de los convenios colectivos de eficacia general.

31 Para la suposición de que los externos podían verse obligados a afiliarse a una de las partes del convenio colectivo, por causa del desconocimiento del Derecho colectivo vigente para ellos, no había puntos de referencia. Por lo demás, tampoco es evidente la violación de los derechos fundamentales individuales de los externos, a través de la declaración de eficacia general de los convenios colectivos.

32 2. El Presidente del Tribunal Federal de Trabajo ha comunicado:

33 La Sala Tercera del Tribunal Federal de Trabajo ha tratado y aplicado como válidos, hasta el momento presente, los convenios colectivos declarados de eficacia general. Según parecer de la Sala Cuarta (cfr. BAG AP Nr 12 zu §5 TVG), la declaración de eficacia general de los mínimos colectivos sociales del sector de la construcción no infringe ni el artículo 3, apartado 1, ni el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La compatibilidad de la declaración de eficacia general con el artículo 20, apartado 2, y 80, apartado 1, de la Constitución Federal no ha sido tratada todavía hasta ahora por la Sala, pero desde el Auto del Tribunal Federal Constitucional de 27 febrero 1973, sobre constitucionalidad de los preceptos imperativos en el Derecho del Trabajo a Domicilio (BVerGE 34, 307), la Sala deduce de él que el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo tampoco está en contradicción con el artículo 80 de la Constitución Federal.

34 3. La Dirección federal de la Federación Alemana de Sindicatos se ha pronunciado sobre la cuestión propuesta. Es de la opinión de que la declaración de eficacia general hay que valorarla como participación del Estado en un procedimiento de creación de normas autónomas basado en el poder originario de creación de normas de las asociaciones. Para los externos, a través de la cooperación de las partes del convenio colectivo con el poder del Estado, se produce una «regla de Derecho» autónoma, enraizada en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Se desprende de ello que las partes del convenio colectivo, en el marco de la garantía del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, realizaban con independencia y responsabilidad propia funciones vinculadas al interés público, para ordenar y pacificar el mundo del trabajo y el mundo económico, de manera que la institución jurídica de la declaración de eficacia general contenía un desarrollo posterior de este encargo detallado: con él, el Estado da su consentimiento, dependiente de los requisitos establecidos, para la ampliación de la vinculación convencional a los externos. Este suceso no puede ser relacionado con el reglamento a que se refiere el artículo 80 de la Constitución Federal, sino que hay que compararlo, más bien, con la aprobación de un estatuto autónomo.

35 Una creación de normas estatales que dependa de decisiones de instancias no estatales, en contradicción con la Constitución Federal, no existe. Antes de la formulación de la declaración

de eficacia general, la autoridad competente del Estado debe examinar escrupulosamente el convenio colectivo y hacer suyo su contenido. De ello se sigue que el contenido del acto estatal de creación normativa también se fijará autorresponsablemente. La autoridad competente también puede revocar por sí misma la declaración de eficacia general.

26 El acto de creación normativa de la declaración de eficacia general es reconocible para los interesados como consecuencia de su publicación; el contenido del convenio colectivo se pone al alcance de ellos. Con ello, se satisfacen las exigencias del Estado de Derecho sobre publicidad del acto de creación normativa.

37 Si, a pesar de todo, se ve la declaración de eficacia general como un reglamento, entonces regirá lo siguiente: el contenido, objetivo y dimensión de la autorización dada por el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo se dejan reconocer con claridad suficiente en los requisitos legales de la declaración de eficacia general; el redactor del reglamento tampoco puede, en cuanto al contenido, hacer por sí mismo reglas determinadas sobre el objeto de su reglamento; el consentimiento de la Cámara Alta no es necesario en todo reglamento; el artículo 82, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal admite reglas divergentes sobre la publicación.

38 La libertad sindical negativa de los externos no se perjudicará. La posibilidad de lograr mejor información sobre el Derecho convencional vigente, a través de la afiliación a una de las partes del convenio colectivo, no significa ninguna coacción jurídica a afiliarse, y tampoco reduce de manera discriminatoria las oportunidades de obtener el conocimiento del Derecho convencional. La declaración de eficacia general somete simplemente al externo a la vinculación convencional, sin hacerle afiliado forzoso de las partes del convenio colectivo.

B.

I.

39 La proposición es admisible.

40 1. El Auto de proposición satisface las exigencias del párrafo 80 de la Ley del Tribunal Federal Constitucional. Se acuerda por la Sala del Tribunal de Trabajo con la participación de los jueces electivos (cfr. BVerGE 16, 305 [306]), pero sólo fue firmado, conforme a Derecho, por el Presidente (párrafo 60, apartado 4, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo; cfr. BVerfGE 2, 266 [270]; 9, 20 [27]).

41 2. Según opinión, no evidentemente insostenible en todo caso, del Tribunal de Trabajo proponente, la decisión a adoptar por él depende de la validez del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo (cfr. BVerfGE 7, 171 [175], jurisprudencia constante).

42 Si el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo no es compatible con la Constitución Federal y, por ello, nulo, entonces también será inválida la declaración de eficacia general del convenio colectivo marco federal realizada con base en esta norma. Las partes no organizadas del procedimiento originario no están vinculadas, en consecuencia, por las disposiciones de este convenio colectivo. El derecho a la retribución de vacaciones del actor para 1974 se rige, en este caso, por los preceptos de la Ley Federal de Vacaciones. Según el párrafo 11, apartado 1, de la Ley Federal de Vacaciones, en la redacción aplicable aquí, la retribución de las vacaciones se calcula según los ingresos laborales promediados de las últimas trece semanas anteriores al comienzo de las vacaciones. Los recortes salariales consecuencia de negligencias laborales no culpables permanecen fuera de consideración para el cálculo. Puede quedar planteado ahí, si en el caso en que el trabajador toma sus vacaciones directamente en conexión con una enfermedad más larga, ganó realmente en las últimas trece semanas anteriores a la enfermedad o, para el cálculo de la retribución de las vacaciones, hay que designar un salario ficticio a suponer como

ingreso. En ningún caso depende el derecho a la retribución de las vacaciones, según ello, del hecho de que el trabajador en el año correspondiente a las vacaciones ya haya ganado realmente un salario. Según ello, si su relación laboral ha existido legalmente desde hacía seis meses, el actor pudo reclamar vacaciones pagadas durante 15 días laborables para el año 1974, al amparo de la Ley Federal de Vacaciones (parágrafos 1 y 3, apartado 1, y parágrafo 4 de la Ley Federal de Vacaciones).

43 Si el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo es válido, entonces estarán vinculadas las partes del procedimiento originario por las normas jurídicas del convenio colectivo marco federal para el sector de la construcción de 1 abril 1971 (BRTV-Bau), declarado de eficacia general. El centro de trabajo de la demandada incluye objetivamente la actividad del demandante en el ámbito de aplicación personal de este convenio (cfr. parágrafo 1, núm. 2 y núm. 3.2.4, del BRTV-Bau). Según el parágrafo 8, núm. 1.2, del BRTV-Bau, las vacaciones del año 1974 ascienden a 18 días laborables para el demandante. El año de vacaciones es el año natural. Las vacaciones pueden prolongarse cuando la reclamación de la retribución de las vacaciones cubre al menos el salario correspondiente a la mitad de las vacaciones del año (parágrafo 8, núm. 2.1, del BRTV-Bau). La retribución de las vacaciones, a anotar por el empresario en la nómina y pagadera al comienzo de las vacaciones, asciende para los trabajadores que —como en su momento el actor— todavía no han cumplido 35 años, al 6 por ciento del salario bruto sujeto al pago de impuestos salariales, según la hoja de impuestos salariales (parágrafo 8, núm. 3.1-3.3 y núm. 4.1, del BRTV-Bau). Si, como consecuencia de enfermedad, se ha reducido el salario bruto tomado como base para el cálculo de la retribución de las vacaciones y no se ha remunerado la pérdida salarial, entonces ciertamente habrá que otorgar, según el parágrafo 8, núm. 3.4, del BRTV-Bau, al empezar las vacaciones, una compensación de 15 marcos por cada semana completa de enfermedad, pero sólo durante seis semanas, y consiguientemente, por importe máximo de 90 marcos. Según ello, el actor no puede reclamar la retribución de las vacaciones para 1974, porque no había obtenido ningún salario sujeto a impuestos en ese año natural hasta el comienzo de las vacaciones.

44 Esta regulación está hecha a la medida de la relación especial en el sector de la construcción, en el que las relaciones laborales de duración más corta que un año son frecuentes en una extensión notable. Es válida, aunque en casos concretos pueda resultar al trabajador más desfavorable que los preceptos de la Ley Federal de Vacaciones, porque en el caso normal lleva a asegurar las correspondientes vacaciones anuales, también al trabajador con varios períodos de ocupación cortos con empresarios diversos (cfr. parágrafo 13, apartado 2, de la Ley Federal de Vacaciones y, con respecto a ello, DERSCH-NEUMANN, *Bundesurlaubsgesetz*, 4ª ed., §13 Marginal 28, 81 ss [83]).

45 3. El parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo es Derecho conforme a la Constitución.

46 Ciertamente, la Ley del Convenio Colectivo en su redacción originaria ha sido acordada y publicada por el Consejo Económico de la Zona Económica Unida antes todavía de la entrada en vigor de la Constitución Federal. Pero el legislador postconstitucional ha hecho suyo el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, corroborándolo de modo reconocible tanto a través de la modificación de su contenido como también a través de ampliaciones de su ámbito de aplicación (cfr. BVerfGE 11, 126 [129, 131 ss]; 32, 346 [357], jurisprudencia constante).

47 4. El Tribunal de Trabajo somete a examen de constitucionalidad en su conjunto el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo. Directamente trascendente para la decisión a adoptar por él es, en primer lugar, sólo la eficacia de la declaración de eficacia general del vigente parágrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo. Con ello, está inseparablemente relacionado

el párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, que regula los requisitos formales y materiales para la formulación de la eficacia general, así como el párrafo 5, apartado 7, de la Ley del Convenio Colectivo, que prescribe el anuncio oficial público de la declaración de eficacia general. De ambas disposiciones deriva el Tribunal proponente, en lo esencial, su opinión sobre la inconstitucionalidad de la declaración de eficacia general (Cfr. BVerfGE 8, 332 [338 ss]; 11, 64 [68]).

48 El párrafo 5, apartado 2 y 3, de la Ley del Convenio Colectivo regula el procedimiento de declaración de la eficacia general. La constitucionalidad de la vinculación convencional de los externos no se deja enjuiciar sin un examen de las modalidades de su realización. Si es incompatible el párrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo con la Constitución Federal, entonces perderán también su sentido los preceptos mencionados y ya no podrán ser aplicados. Esto vale igualmente para las reglas dadas por el párrafo 5, apartado 5, de la Ley del Convenio Colectivo sobre la revocación de la declaración de eficacia general y la finalización de la eficacia general ocurrida por otros motivos. La limitación de la cuestión propuesta al precepto del párrafo 5, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo, importante para decidir directamente, dejaría fuera de consideración la estrecha conexión objetiva existente entre las reglas mencionadas, y eliminaría parcialmente la «función pacificadora» de las decisiones de control de normas del Tribunal Federal Constitucional; por eso, no es conveniente (cfr. BVerfGE 4, 387 [397 ss.]; 12, 151 [163]; 27, 195 [200]).

49 El párrafo 5, apartado 6, de la Ley del Convenio Colectivo autoriza al Ministro federal a delegar en la suprema autoridad laboral de un Estado federado el derecho a declarar la eficacia general, así como a revocar la eficacia general en casos concretos. La validez de este precepto no depende del procedimiento originario; es separable y susceptible de una valoración aparte.

50 El párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo se relaciona con todas las normas jurídicas que pueden estar contenidas en los convenios colectivos. Objeto del procedimiento originario es una norma de contenido sobre las vacaciones. Por lo tanto, no es de importancia decisoria la cuestión de si la declaración de eficacia general también es constitucional en cuanto se relaciona con las normas jurídicas sobre la celebración y la finalización de relaciones laborales y sobre otras cuestiones reguladas según el Derecho usual en los convenios colectivos.

51 Objeto del procedimiento de control de normas es, por lo tanto, la cuestión de si el párrafo 5, apartados 1-5 y 7, de la Ley del Convenio Colectivo, supuesto que se relaciona con las normas jurídicas que ordenan el contenido de las relaciones laborales, es compatible con la Constitución Federal.

II.

52 El párrafo 5, apartados 1-5 y 7 de la Ley del Convenio Colectivo es compatible con la Constitución Federal, supuesto que se refiera a normas jurídicas que regulen el contenido de las relaciones laborales.

53 1. a) La naturaleza jurídica de la declaración de eficacia general es desde siempre y hasta hoy vivamente controvertida. Originariamente, fue mirada predominantemente como un acto administrativo y, en consecuencia, o como disposición general dirigida a los externos, que vincula a éstos con un concreto convenio colectivo (cfr. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6ª ed., Tomo 2 [1957], §34 II), o como disposición para las partes del convenio colectivo, que les confiere poder convencional adicional también frente a los externos (cfr. BOGS, *Festschrift für J. v. Gierke*, pág. 39 [62]; HERSCHEL, *Festschrift für Bogs*, pág. 125 [135, 137]; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, Tomo Segundo, 2ª ed., §87 II 3). Frente a ello, el Tribunal

Federal Contencioso-Administrativo, apoyado por una parte de la doctrina científica, ha calificado como reglamento la declaración de eficacia general (cfr. BVerwGE 7, 82, 188; BETTERMANN, *RdA* 1959, pág. 235 [253ss.]). Luego, se ha reconocido una doble naturaleza a la declaración de eficacia general: en relación con los externos afectados, se trata de un acto de colaboración no independiente en un procedimiento autónomo de creación de normas, con el que el Estado consiente simplemente el ejercicio de un poder prefijado de creación autónoma de normas por las partes del convenio colectivo, también frente a los externos; en relación con las partes del convenio colectivo, la declaración de eficacia general es, en cambio, un acto administrativo (así, ante todo, NIPPERDEY-HEUSSNER, *Staatsbürger und Staatsgewalt*, Tomo I, pág. 211 ss.). Contra la tesis, basada en esta opinión, del poder de creación de normas, originario y comprensivo del sector profesional completo, incluidos los externos, de las partes del convenio colectivo se ha objetado que el poder convencional de las coaliciones no puede comprender a los externos; frente a ellos, sólo fundamenta la vinculación a las normas colectivas la declaración de eficacia general realizada por el Estado (cfr. BETTERMANN, *Festschrift für H.C. Nipperdey* [1965], Tomo II, pág. 723 [734 ss.]; ZÖLLNER, *Der Betrieb* 1967, pág. 334 ss.; *OVG Münster DVBl.* 1974, pág. 813). El Tribunal Federal de Trabajo mira en su nueva jurisprudencia la declaración de eficacia general, en relación con los externos, como un acto *sui generis* de creación normativa, que puede estar enraizado en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y no puede ser relacionado con el artículo 80 de la Constitución Federal (BAG AP Nr 12, 13 y 14 zu §5 TVG).

54 Ante el examen jurídico-constitucional del párrafo 5, apartados 1-5 y 7, de la Ley del Convenio Colectivo, este conflicto de opiniones fundamentales hace necesario calificar jurídicamente la declaración de eficacia general, para poder medir su significado correcto en la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 17, 155 [163 ss.]; 33, 90 [100]). Según ello, si se ve respectivamente como acto administrativo, como reglamento, como acto de colaboración no independiente en un procedimiento autónomo de creación de normas o como acto *sui generis* de creación de normas fundamentado en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, serán posibles consecuencias diferentes de cara a la compatibilidad con la Constitución Federal de las normas a examinar. Al mismo tiempo, la respuesta a la cuestión planteada sobre la clasificación jurídica correcta de la declaración de eficacia general depende sólo de su relación con los externos —sin ninguna vinculación convencional—.

55 b) La declaración de eficacia general de los convenios colectivos, en relación con los empresarios y trabajadores sin ninguna vinculación convencional, es un acto *sui generis* de creación de normas, entre la regulación autónoma y la creación estatal de normas, que encuentra su propio fundamento en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Se basa en la interacción polifacética cruzada de las partes del convenio colectivo y de la comisión de convenios colectivos representante de los interlocutores sociales, de un lado, y de las instituciones de los ejecutivos estatales, de otro lado. Al final este procedimiento no es ni la emanación de un acto administrativo ni la de un reglamento.

56 aa) La respuesta correcta a la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la declaración de eficacia general sólo se deja extraer, cuando esta institución jurídica se pone en relación estrecha con el ámbito vital, establecido de modo determinante por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, de la regulación de condiciones laborales y condiciones económicas, en que debe cumplir funciones determinadas.

57 El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza una ordenación de la vida laboral y de la vida económica, en que el Estado ha retirado ampliamente su competencia para

la creación de normas, y ha cedido, por principio, a las coaliciones la determinación de las particularidades del contrato de trabajo necesitadas de regulación (cfr. BVerfGE 34, 307 [316 ss.]). A través del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a las coaliciones organizadas en libertad se les asigna una función ligada al interés público y se les garantiza un ámbito nuclear, en especial para ordenar útilmente los salarios y demás condiciones materiales de trabajo en un marco dejado libre por parte de la creación estatal de normas, con responsabilidad propia y, en lo esencial, sin interferencia estatal, a través de los acuerdos conjuntos requeridos (cfr. BVerfGE 5, 96 [106 ss.]; 18, 18 [26, 28]; 20, 312 [317]; 28, 295 [304]; 38, 281 [306]).

58 El legislador ha puesto a disposición de las coaliciones en la Ley del Convenio Colectivo, sobre la base de la importancia histórica creciente del derecho fundamental de libertad sindical, el recurso del convenio colectivo, para que pudieran realizar con él la ordenación autónoma de la vida laboral contemplada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]; 28, 295 [305]). El convenio colectivo contiene en su parte normativa reglas jurídicas, o sea, generales-abstractas, y según especificación del párrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo, disposiciones obligatorias para el contenido de las relaciones laborales consideradas por él. En el caso de la creación de normas por las partes del convenio colectivo, se trata de legislación en sentido material, que genera normas en sentido técnico-jurídico (cfr. BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]; 28, 295 [304 ss.]).

59 La declaración de eficacia general amplía la eficacia de estas reglas jurídicas a personas que hasta ahora no estaban incluidas en el convenio colectivo. El círculo de personas vinculadas a las normas del convenio colectivo como consecuencia de la declaración de eficacia general no está decidido de antemano. Mientras surte efecto la declaración de eficacia general, pueden incluirse personas en la vinculación convencional o salir de ella, a través del comienzo y la finalización de relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por eso, la declaración de eficacia general —supuesto siempre que la relación esté en discusión para los externos— es asimismo creación de normas.

60 bb) La «prerrogativa de creación de normas» de las coaliciones no rige ilimitadamente. Es además, para la ordenación de la vida laboral, prerrogativa subsidiaria del legislador estatal competente regular más estrechamente —dentro de los límites del ámbito nuclear de la libertad sindical— la garantía de acción de las coaliciones, de modo adecuado a las necesidades especiales del ámbito objetivo correspondiente (cfr. BVerfGE 4, 96 [107]; 20, 312 [317, 320]; 28, 295 [306]; 38, 386 [393]).

61 En este contexto jurídico se coloca la declaración de eficacia general. Supuesto que exista el interés público de que en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo todas las relaciones laborales se organicen igual en cuanto a sus condiciones mínimas, provoca que las normas jurídicas negociadas por las partes del convenio colectivo también sean vinculantes para los no afiliados a la asociación. A través de ello, se asegurará la efectividad de la creación de normas convencionales frente a las consecuencias de los desarrollos económicos erróneos. La declaración de eficacia general, dependiente de la instancia de parte, se muestra en este aspecto como un instrumento que debe apoyar, a través de las coaliciones, la ordenación autónoma de la vida laboral contemplada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y que dota a las normas de los convenios colectivos de una mayor fuerza de imponerse. Junto a ello, sirve el objetivo de asegurar a los externos condiciones laborales apropiadas. En este sentido, la declaración de eficacia general se basa en la competencia subsidiaria de regulación del Estado, que siempre aparece entonces, cuando las coaliciones no pueden cumplir solas, en el caso concreto, las funciones a ellas confiadas para ordenar útilmente la vida laboral a través de los convenios colectivos, y hace necesaria la intervención del Estado por la necesidad de protección social de concretos trabajadores o de grupos de trabajadores, o de otro interés público.

62 cc) Para alcanzar los mencionados objetivos de la declaración de eficacia general, el legislador ha elegido un camino, que ni se deja confundir jurídicamente con la institución del reglamento, en su forma tradicional anclada en la Constitución Federal, ni con la figura jurídica de una simple declaración de consentimiento no autónoma del Estado para la creación autónoma de normas por las coaliciones, también frente a los externos, de un modo coincidente con el regulado en la Ley del Convenio Colectivo.

63 (1) La norma colectiva declarada de eficacia general no es —a diferencia del reglamento— resultado de la creación de normas por el ejecutivo, ciertamente desviada pero no obstante determinada por el propio Estado, dentro de un marco anticipado por el legislativo en una Ley. Más bien, está en las partes del convenio colectivo el peso inequívoco, en cuanto a la organización del contenido de las normas y de la «iniciativa legislativa».

64 No le corresponde al Estado, sino exclusivamente a una de las partes del convenio colectivo, el procedimiento de declaración de eficacia general, a poner en marcha a través de una solicitud. Es cierto que el Ministro federal competente para la declaración de eficacia general puede rechazar autónomamente la solicitud; sin embargo, sólo le resulta posible el acto positivo de extensión normativa siempre de acuerdo con la comisión de convenios colectivos, en la que no posee ningún derecho de voto. En el contenido normativo del convenio colectivo a declarar de eficacia general, el Ministro federal nada puede modificar, y le es fijado por las partes del convenio colectivo. También la finalización de la eficacia general depende de la voluntad de las partes del convenio colectivo.

65 Junto a la amplia dependencia de la creación de normas de la voluntad de «agrupaciones» externas al Estado, no legitimadas democráticamente y no responsables parlamentariamente, más detalles de la regulación vigente confirman que el legislador vinculado por la Constitución Federal, que ha hecho suya inequívocamente la Ley del Convenio Colectivo, quiso saber validada de modo claro la declaración de eficacia general no como promulgación de un reglamento; en caso contrario, el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo probablemente no sería compatible con el artículo 80 y el artículo 82 de la Constitución Federal. Así, por ejemplo, en todo caso, está suficientemente determinada, en lo tocante al contenido, finalidad y dimensión, la autorización otorgada al Ministro federal en el párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, en cuanto a los requisitos bajo los que la vinculación convencional puede ser extendida a los externos. En cuanto al contenido de las normas a extender, falta cualquier tipo de control a través de una Ley emanada por el legislador estatal, como es característico del reglamento. Los reglamentos deben ser publicados en el Boletín Federal Oficial o en el Boletín Federal de Anuncios (artículo 82, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal, y párrafo 1 de la Ley sobre la Publicación de Reglamentos de 30 enero 1950 [Boletín Oficial Federal, pág. 623]). El párrafo 5, apartado 7, de la Ley del Convenio Colectivo, en conexión con el párrafo 11 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo, prescribe ciertamente el anuncio oficial de la declaración de eficacia general en el Boletín Federal de Anuncios. El propio convenio colectivo, que a partir de ahora contiene también normas aplicables a los externos, no será anunciado oficialmente.

66 (2) Para el Derecho vigente, tampoco se basa el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo en la idea, de teoría jurídica, de una «autonomía aumentada» de la coalición, que incluya de antemano a todos los integrantes del correspondiente círculo profesional. Por eso, no necesita examinarse si una regla basada en ello se deja compatibilizar con la Constitución Federal.

67 Y es que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza a las coaliciones, con la autonomía colectiva, la consecución de su objetivo de garantizar y promover las condiciones laborales y las condiciones económicas de sus afiliados (cfr. BVerfGE 18, 18 [26]; 20, 312 [319

ss.]; 28, 295 [304 ss.]). Para los no afiliados, el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo hace dependiente la validez de las normas convencionales de un acto estatal especial. Este acto de soberanía estatal no tiene el significado de una simple declaración de consentimiento no autónoma para la creación de normas autónomas de las coaliciones, también frente a los externos. El peso del Estado en la realización de la eficacia general va más allá de esto: el Ministro federal puede rechazar autónomamente la solicitud de la parte del convenio colectivo, cuando a su juicio no se cumplan los requisitos legales del parágrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo; los requisitos de la declaración de eficacia general, a examinar por él con responsabilidad propia, no están limitados a los intereses de las partes del convenio colectivo y de sus afiliados; el Ministro federal tampoco está vinculado por el voto positivo de la comisión de convenios colectivos, sino que decide sobre la declaración de eficacia general, según juicio propio conforme a su deber; las autoridades laborales supremas de los Estados Federados interesados pueden hacer valer sus ideas a través de tomas de posición escritas y verbales, y provocar por medio de su veto una decisión del Gobierno federal.

68 dd) En el caso de la forma de reflexión orientada hacia el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, como la que sólo aquí resulta adecuada, la declaración de eficacia general de las normas de contenido convencionales está en conexión característica con la pérdida posterior de la competencia reguladora estatal de ordenación de las condiciones laborales y condiciones económicas. La forma de creación de normas elegida por el legislador debe tener en cuenta, tan lejos como sea posible, la garantía del ámbito nuclear de la actividad específica de las coaliciones, y el privilegio de las asociaciones, derivado de ello, de garantizar y de promover las condiciones laborales y las condiciones económicas, a través de la propia creación de normas.

69 En su Auto de 27 febrero 1973 (BVerfGE 34, 307 ss.), el Tribunal ha descrito las reglas basadas en el acuerdo de las partes del convenio colectivo y vinculantes, según especificación de la Ley del Convenio Colectivo, para el contenido de las relaciones laborales comprendidas en él, como reglas jurídicas en virtud de reconocimiento por el poder estatal (en el lugar indicado, pág. 317). Ha establecido luego un paralelo entre las disposiciones imperativas a que se refiere el parágrafo 19 de la Ley del Trabajo a Domicilio y los convenios colectivos declarados de eficacia general, y ha visto las disposiciones imperativas como reglas jurídicas de modo similar a las disposiciones normativas de un convenio colectivo, que obtienen su cualidad de normas jurídicas del reconocimiento estatal, que arraiga en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (en el lugar indicado, pág. 319, 320).

70 Estas explicaciones, a las que el Tribunal se aferra en principio, valen más que nunca para las normas colectivas dotadas de eficacia general, en las que la conexión sistemática con el Derecho de convenios colectivos y las ideas fundamentales asumidas en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal es, en lo esencial, todavía más estrecha. No obstante, la declaración de eficacia general no tiene por objetivo el logro de un reemplazo apoyado estrechamente, a ser posible, en el convenio colectivo. Más bien, el legislador se encontró ante la cuestión de en qué manera quiere influir en el contenido de los contratos de trabajo de los externos no sujetos a ninguna influencia colectiva, siempre y cuando se confirme aquí como necesaria la intervención estatal. Se ha decidido —como en el caso de las disposiciones imperativas— por un procedimiento que se acerca, a ser posible, a la intención del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. El convenio colectivo logra en virtud de reconocimiento por el poder estatal, que se mantenga su legitimación derivada del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal y se ofrezcan por este derecho fundamental, en un ámbito nuclear, reglas jurídicas para los afiliados a la coalición. Con la declaración de eficacia general, se ampliará la vinculación de estas reglas a los no afiliados. Según el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, en este proceso están interesados tanto las coaliciones y la comisión de

convenios colectivos como también el Estado. En este caso, a las coaliciones se les concede el influjo decisivo. El mandato de vinculación de los externos a las normas colectivas queda reservado al Estado. Tanto la cooperación de las coaliciones y de esta comisión representativa de convenios colectivos, como también la participación del Estado, son necesarias para someter a los externos al convenio colectivo.

71 Puede permanecer sin decidir, si precisamente la regulación hoy vigente es aconsejable jurídico-constitucionalmente o si, también, otras soluciones con influencia estatal más reforzada todavía podían tener cabida en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Aquí importa decidir sólo si el Derecho vigente se mantiene en todos sus aspectos dentro del marco trazado por la Constitución Federal.

72 2. a) El encuentro entre la creación de normas por las coaliciones, reconocida por el Estado, y la declaración de eficacia general, decretada por el Estado, produce reglas jurídicas para los externos que no se dejan clasificar en el sistema tradicional de fuentes jurídicas, porque no se corresponden ni con el concepto de Ley formal, ni con el de reglamento, ni con el de estatuto autónomo. Esta «infracción del sistema» por la normas colectivas con eficacia general no se opone, sin embargo, a la compatibilidad de las disposiciones del parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, a examinar aquí, con la Constitución Federal. No es necesaria ninguna decisión concluyente acerca de si la Constitución Federal se basa, por principio, en el «*numerus clausus*» de las formas admisibles de creación de normas (cfr. BVerfGE 8, 274 [323]; 24, 184 [199]). Dicha «imposición de tipos» de las fuentes jurídicas no rige, en todo caso, en el ámbito de la regulación de las condiciones laborales y las condiciones económicas organizado según el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Si admite la Constitución, de un lado, que el Estado abandona ampliamente su competencia de creación de normas y concede a las coaliciones un privilegio, supuesto que se trata del contenido de las relaciones laborales, entonces en rigor, de otro lado, no estará vinculado en este ámbito, en el caso de los actos complementarios de creación de normas, a las formas de la Ley y el reglamento. Supuesto aquí que sea necesaria la participación del Estado, se han ideado formas especiales de creación de normas jurídicas, en el empeño de mantener también en este sentido el influjo decisivo de las coaliciones. La Sala ya ha reconocido jurídico-constitucionalmente las disposiciones imperativas para el trabajo a domicilio como reglas jurídicas *sui generis* (BVerfGE 34, 307). Se basa en que el legislador constitucional, que se ha encontrado ante la acreditada institución jurídica de la declaración de eficacia general, nada quería cambiar en la posibilidad de ampliar las normas colectivas a los externos, a través de un acto estatal especial en un procedimiento legalmente regulado.

73 b) Contra el equilibrio encontrado por el legislador entre el mandato irrenunciable del principio democrático, a que se refiere el artículo 20, apartado 2, de la Constitución Federal, y la garantía del derecho de acción de las coaliciones, a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, no hay que imponer reflexiones jurídico-constitucionales intervencionistas. Las normas colectivas con eficacia general están aún democráticamente legitimadas con suficiencia, frente a los externos, a través de la cooperación estatal. El Estado no ha exteriorizado por completo su derecho subsistente de creación de normas en los límites del ámbito nuclear de la libertad sindical.

74 El poder de creación de normas de las coaliciones garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal sólo se extiende, por principio, a los afiliados a las partes que celebran el convenio colectivo. Este límite se corresponde con la importancia históricamente creciente, y depositada en la Constitución Federal, de la libertad sindical; tampoco en la autonomía de las coaliciones se encuentra ningún indicio sólido para una encomienda continua de creación de normas, que surta efecto, sin más, en todas las personas integrantes de la vida laboral. Mientras

la vinculación convencional se restringe, por principio, a los afiliados a las partes del convenio colectivo, la Ley del Convenio Colectivo, en su párrafo 3, apartado 1, tiene en cuenta el principio de que el Estado no puede ceder su poder de creación de normas con una extensión cualquiera a instancias extraestatales, y no puede entregar a los ciudadanos, sin límites, el poder de crear normas jurídicas por gremios autónomos, que no están legitimados frente a él democráticamente o, en su caso, por razón de la afiliación (cfr. BVerfGE 33, 125 [158]).

75 La ampliación de la vinculación convencional a los externos requiere, según ello, de una justificación jurídica adicional. Se encuentra en la declaración de eficacia general, que la Ley ha confiado a las autoridades laborales competentes y parlamentariamente responsables, al Ministro federal o —en el caso del párrafo 5, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo— al Gobierno federal. En la declaración de eficacia general, el Estado ciertamente no tiene ningún derecho de iniciativa y de decisión independientes y no puede ejercer ninguna influencia en el contenido de las normas. También en cuanto a la duración de la vigencia de las normas declaradas de eficacia general, se somete en el párrafo 5, apartado 5, inciso 3, de la Ley del Convenio Colectivo a la voluntad de las partes del convenio colectivo. Con estas reglas hace concesiones, en la medida de lo posible, al derecho de acción de las coaliciones, que se entiende concernido. Bajo el punto de vista del principio democrático, se compensará suficientemente este déficit de libertad de decisión estatal a través de los requisitos de la declaración de eficacia general, y en el procedimiento que la precede. El párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo hace dependiente de condiciones rigurosas la ampliación de la vinculación convencional. El Ministro federal tiene que examinar con responsabilidad propia, si se cumplen; en ese caso, tiene que garantizar en especial los intereses de los externos. Si se decide por la declaración de eficacia general instada, ha hecho suya la ordenación jurídica lograda por las coaliciones; entonces, el mandato de vigencia de las normas convencionales también parte de él. Por lo demás, los externos afectados por la declaración de eficacia general también tienen oportunidad de aportar al procedimiento sus intereses, por escrito y verbalmente, para su validez. Lo mismo rige cuando la declaración de eficacia general deba ser revocada, según el párrafo 5, apartado 5, de la Ley del Convenio Colectivo. Finalmente, la declaración de eficacia general sólo puede surtir efecto —esto subyace en este sistema— mientras rige el convenio colectivo, y de ahí que sea consecuente que la declaración de eficacia general —y en consecuencia, la vinculación de los externos— también finalice a más tardar con la expiración del convenio colectivo.

76 c) Por eso, la norma del artículo 80 de la Constitución Federal, vigente para los reglamentos, ya no es aplicable al procedimiento de declaración de eficacia general, porque las normas colectivas de eficacia general no representan ningún reglamento. Por lo demás, según el Derecho vigente, no debe enjuiciarse acertadamente, en especial, la creación de normas colectivas de eficacia general, al igual que su revocación, ni con la escala del principio de división de poderes en general, ni con la del artículo 80 de la Constitución Federal.

77 El Estado ha abandonado de antemano con amplitud su competencia, supuesto que se trata de la regulación del contenido de los contratos de trabajo, en virtud del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y ha reconocido el poder de las coaliciones de establecer y luego de revocar reglas jurídicas por sí mismas. Este poder encuentra su límite jurídico-constitucional en que debe tratarse de reglas jurídicas para la garantía y la promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas. En los detalles, la creación de normas convencionales no se determina previamente, sino que la autonomía colectiva encontraría en ello un ámbito nuclear garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Partiendo de esto, el Estado no estaba jurídico-constitucionalmente obligado, en todo caso, a establecer por sí las disposiciones normativas del contenido de los contratos de trabajo de los externos de un modo total, como

función propia, sino que también podía en este sentido conceder una influencia decisiva a las coaliciones. Con la regulación encontrada por él, satisface con una medida especial la decisión jurídico-constitucional básica contenida en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal; una infracción de otros principios de la Constitución Federal no es evidente.

78 d) Las disposiciones vigentes sobre el anuncio oficial de la declaración de eficacia general y su revocación, así como el alcance asegurado por ellas, no consiguen ciertamente satisfacer la publicidad de las normas colectivas declaradas de eficacia general, en lo tocante al contenido y la duración de la vigencia, pero resisten todavía la comprobación jurídico-constitucional, desde el punto de vista del principio del Estado de Derecho.

79 Dado que en el caso de las normas colectivas declaradas de eficacia general no se trata ni de una Ley formal ni de un reglamento, no hay que aplicar el artículo 82 de la Constitución Federal. Sin embargo, la publicidad suficiente de las reglas jurídicas dotadas de eficacia general, y con eficacia externa, es una necesidad jurídico-estatal vigente para todos los actos de creación normativa (cfr. BVerfGE 40, 237 [255]; BVerwG *NJW* 1962, pág. 506; WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht I*, 9ª ed., pág. 151 ss.). Si un acto de creación normativa no fija por sí mismo los supuestos de hecho, sino que remite a otras normas, entonces deberá poder reconocer con claridad el sometimiento jurídico a aquellos preceptos que deben regir para él en los aspectos concretos (cfr. BVerfGE 5, 25 [31]; 8, 274 [302]; 22, 230 [346 ss.]).

80 Para la declaración de eficacia general se prescribe obligatoriamente el anuncio oficial público en el Boletín Federal de Anuncios. Esto satisface, salvo en la falta de aviso noticiada en el Boletín Oficial Federal, el procedimiento de publicación previsto para los reglamentos por el artículo 82, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal y por el parágrafo 1 de la Ley sobre la Publicación de Reglamentos. El acto de creación de normas de la declaración de eficacia general se anuncia oficialmente de modo suficiente a los interesados, a través de ello. En cambio, el propio convenio colectivo, del que sólo hay que deducir el contenido normativo, no será publicitado. En este sentido, se remite en consecuencia al externo, normativamente sometido, a pedir informaciones al registro de convenios colectivos, a exigir de una de las partes del convenio colectivo una copia del convenio colectivo contra reembolso de los gastos generados y —siempre que sea trabajador— a echar un vistazo al convenio colectivo, cuando lo expone el empresario en un lugar apropiado del centro de trabajo. También a través de ello se garantizará, por lo menos, que está disponible para los interesados el contenido de la regulación correspondiente, en todo caso, sin dificultades importantes.

81 La revocación de la eficacia general, de acuerdo con el parágrafo 5, apartado 5, inciso 1, de la Ley del Convenio Colectivo, sólo será eficaz con anuncio oficial público (parágrafo 5, apartado 7, de la Ley del Convenio Colectivo). Con ello, está asegurada la publicidad suficiente. Para el caso de la finalización de la eficacia general por la expiración o modificación del convenio colectivo en que se basa (parágrafo 5, apartado 5, inciso 3, de la Ley del Convenio Colectivo), está previsto solamente, en cambio, que las comunicaciones correspondientes de las partes del convenio colectivo, que éstas tienen que emitir dentro de un mes, en virtud del parágrafo 7 de la Ley del Convenio Colectivo, se anunciarán oficialmente en el Boletín Federal de Anuncios con eficacia declarativa (cfr. parágrafo 11 del Reglamento para la Ejecución de la Ley del Convenio Colectivo). En el período de tiempo existente entre tanto, que comprende frecuentemente varios meses, el externo sólo puede enterarse por medio de interpelación a las partes del convenio colectivo o al Ministro federal, acerca de si todavía rige para él un convenio colectivo de eficacia general. Sin embargo, también esta incertidumbre transitoria es todavía jurídico-estatalmente tolerable, especialmente porque las modificaciones y revocaciones de los convenios colectivos acotados por razón de ámbito y sector, por lo general, se anunciarán de modo proporcionalmente rápido, también en el caso de los interlocutores no organizados de las relaciones laborales.

82 El legislador tendrá que examinar, sin embargo, qué mejoras de los preceptos de publicidad resultan posibles y señaladas, y en consecuencia, pueden corresponderse, más que hasta el momento presente, con las justas necesidades de la práctica.

83 e) La declaración de eficacia general de las normas del contenido de los convenios colectivos es compatible con el derecho fundamental derivado del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

84 El derecho fundamental individual del particular a vincularse a asociaciones para la garantía y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas, y a participar en la actividad jurídico-constitucionalmente protegida de sus coaliciones (cfr. BVerfGE 19, 303 [312]; 28, 295 [304]), no se violará, con carácter general, por que rijan para sus relaciones laborales dichas reglas de contenido, que han sido negociadas por asociaciones extrañas a él. Si la necesidad y el estímulo de empresarios y trabajadores no organizados, de agruparse con otros en una coalición o de ingresar en una coalición competidora, debían reducirse, como hasta ahora, a consecuencia de la declaración de eficacia general y de sus repercusiones, se trataría de repercusiones fácticas, que no afectan jurídicamente de modo directo al derecho fundamental de libertad sindical (cfr. BVerfGE 20, 312 [321 ss.]).

85 Supuesto, por el contrario, que los trabajadores y empresarios organizados estén sometidos a un convenio colectivo que haya sido acordado por coaliciones extrañas a ellos, y la declaración de eficacia general afecte aquí a reglas convencionales ya existentes, no existe ninguna preferencia general del convenio colectivo de eficacia general. Más bien, hay que resolver dicha concurrencia de convenios colectivos, en el caso concreto, según los principios desarrollados en relación con ello por la jurisprudencia y la doctrina científica jurídico-laborales (cfr. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, II, 1, 7ª ed., §34 IV 4 y §33).

86 El derecho fundamental de libertad sindical negativa, en tanto que debía ser deducido del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 31, 297 [302]), tampoco se opondría a la regulación legal sobre la declaración de eficacia general de las normas del contenido convencional. La libertad de adherirse a otra, como la contratante, o a ninguna colación, no se perjudicará a través de ella, y no se ejerce coacción o presión en dirección a la afiliación.

87 Finalmente, las disposiciones legales, a examinar aquí, tampoco interfieren en el derecho fundamental de libertad sindical colectiva de las asociaciones competidoras en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo de eficacia general. El derecho a la existencia y el derecho a la acción de una coalición, garantizados de propósito para la defensa y promoción de los intereses de los afiliados, no impiden al Estado declarar de eficacia general las normas legales de otras coaliciones competidoras, que ya han alcanzado un grado conocido de propagación, porque existe en esto un interés público, también cuando a través de ello se limita el campo de acción de otras asociaciones. La declaración de eficacia general no supone un obstáculo jurídico para la celebración de un convenio colectivo en un ámbito de aplicación profesional similar; a través de ella, tampoco se hará fácticamente imposible.

88 f) La declaración de eficacia general de las normas de contenido convencionales es, en virtud del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, parte existente del orden conforme con la Constitución. Por eso, con carácter general, no perjudica el derecho fundamental de libertad general de acción de los externos. Si las normas colectivas de eficacia general y su aplicación por los Tribunales especiales competentes perjudican, en el caso concreto, este derecho fundamental u otro derecho fundamental de los empresarios o trabajadores vinculados convencionalmente por la declaración de eficacia general, no es objeto del concreto control de normas a que se refiere el artículo 100, apartado 1, de la Constitución Federal.

11. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 11 JULIO 2006 (REFERENCIA 1 BVL 4/00)

Fallo:

El parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con la Constitución y con el resto del Derecho federal.

Motivos:

A.

1 La cuestión de inconstitucionalidad se refiere a la pregunta de si la regulación del parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones de 9 julio 1999 (Boletín Oficial de Leyes y Reglamentos, pág. 369), según la cual las adjudicaciones de encargos públicos en el ámbito, entre otros, de la construcción se hace depender de las denominadas declaraciones de fidelidad convencional de los licitadores, es compatible con la Constitución.

I.

2 El parágrafo 1 de la Ley berlinesa de Adjudicaciones (en adelante: VgG Bln) posee el siguiente tenor literal:

3 (1) Los encargos de las Administraciones adjudicantes berlinesas, a efectos del parágrafo 98 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, en la redacción publicada el 26 agosto 1998 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2546), sobre trabajos de construcción, así como sobre prestaciones de servicio en edificios e inmuebles, se adjudicarán a empresas expertas, con capacidad de prestación y solventes. La adjudicación de trabajos de construcción, así como de prestaciones de servicio en edificios e inmuebles, puede efectuarse con la condición de que las empresas retribuyan a sus trabajadores, en la ejecución de estos trabajos, de conformidad con las respectivas tablas salariales vigentes en Berlín, y también exijan esto a sus subcontratistas.

4 (2) De la participación en el concurso para un encargo de construcción, o para un encargo de prestación de servicio, a efectos del apartado 1 de la Ley, pueden ser excluidos, por un período de hasta dos años, los candidatos que, en contra de la condición a que se refiere el apartado 1, inciso 2, no retribuyan de conformidad con las respectivas tablas salariales vigentes en Berlín.

5 En la motivación de la Ley (Asamblea parlamentaria de Berlín, edición 13/3726, pág. 2) se explica detenidamente que los clásicos criterios de adjudicación relativos al carácter experto, a la capacidad de prestación y a la solvencia, deben ser completados con el aspecto de la fidelidad convencional, para mantener la capacidad de prestación de las empresas berlinesas de construcción, y al mismo tiempo, para fortalecer a las empresas en formación. La estructuración como precepto-carga, significa una vinculación a las tablas salariales y retributivas vigentes en Berlín. «Sólo en caso excepcional (por ejemplo, en las partes de dominio de mercado por Berlín)» podría separarse de la exigencia de cumplimiento de las tablas. Para evitar una violación de la libertad sindical negativa, se aclara que las empresas no están obligadas a pagar conforme a las tablas salariales vigentes en Berlín en todo caso, sino sólo respecto de la ejecución de los trabajos encargados.

6 Los salarios de los convenios locales, a cuyo pago pueden estar obligadas las empresas con la declaración de fidelidad convencional, son más altos que los salarios mínimos convencionales a

que se refiere el Convenio Colectivo para la Regulación de los Salarios Mínimos en la Industria de la Construcción, que actualmente rige en la redacción de 29 julio 2005, y que es vinculante en todo el territorio federal al amparo del Quinto Reglamento sobre Condiciones de Trabajo Obligatorias en la Industria de la Construcción de 29 agosto 2005 (Boletín Federal de Anuncios núm. 164, de 31 agosto 2005, pág. 13199).

7 También hay regulaciones similares de la fidelidad convencional en otros Estados federados.

II.

8 En el plano federal, con la Ley de Modificación de las Bases Jurídicas para la Adjudicación de Encargos Públicos (Ley de Modificación del Derecho de Adjudicaciones - VgRÄG) de 26 agosto 1998 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2512), que entró en vigor el 1 enero 1999, bajo el influjo del Derecho de la Comunidad Europea, el legislador abandonó el tradicional principio interno administrativo del Derecho alemán de adjudicaciones, para encargos a partir de determinados umbrales cuantitativos. El Derecho material de adjudicaciones se integró en la Ley contra las Restricciones de la Competencia (GWB).

9 El párrafo 97, apartado 4, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia contiene los siguientes criterios decisivos para las adjudicaciones de encargos públicos:

10 Los encargos se adjudican a empresas expertas, con capacidad de prestación y solventes; sólo se pueden poner exigencias distintas o adicionales a los licitadores, cuando esto esté previsto por la Ley federal o la Ley del Estado federado.

11 La regulación del párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia se basa en una transacción entre la Cámara Baja federal y la Cámara Alta federal. En el proyecto de la Ley de Modificación del Derecho de Adjudicaciones presentado por el Gobierno federal (BTDrucks 13/9340, pág. 4), el precepto correspondiente aún decía como sigue:

12 Los encargos se adjudican a empresas expertas, con capacidad de prestación y solventes; sólo se pueden poner exigencias adicionales a los licitadores, cuando esto esté previsto por la Ley federal.

13 La Cámara Alta federal no estaba de acuerdo con ello, porque la limitación a las Leyes federales habría tenido como consecuencia la inadmisibilidad de las regulaciones establecidas, en parte por Ley o Reglamento de los Estados federados, en parte por un precepto administrativo, y en especial, de la declaración de fidelidad convencional. De aquí que propusiese redactar de nuevo el segundo medioinciso como sigue (BTDrucks 13/9340, pág. 35 y ss.):

14 ...; sólo se pueden poner exigencias distintas o adicionales a los licitadores, cuando esto esté previsto por preceptos jurídicos o administrativos de la Federación y de los Estados federados.

15 En la réplica del Gobierno federal (BTDrucks 13/9340, pág. 48) se rechazó esta propuesta, porque la regulación legal no sería fácticamente vinculante si pudiese dejarse sin vigor por medio de meros preceptos administrativos. La Ley fue aprobada en la Cámara Baja alemana de manera análoga al proyecto del Gobierno federal. La Cámara Alta justificó la invocación posterior de la comisión de conciliación como sigue (BTDrucks 13/10711, pág. 11):

16 La limitación a las Leyes federales tendría como consecuencia, entre otras, la inadmisibilidad de las regulaciones establecidas, en parte por Ley o Reglamento de los Estados federados, en parte por un precepto administrativo. Es necesaria una cláusula legal de apertura que posibilite, por ejemplo, tomar en consideración de manera apropiada a empresas fieles al convenio colectivo, en formación y de promoción de la mujer.

17 La Cámara Baja y la Cámara Alta acordaron finalmente, en la comisión de conciliación, que los criterios adicionales de adjudicación puedan resultar admisibles al amparo de Leyes federales o de los Estados federados.

III.

18 1. Ya antes de la entrada en vigor de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, el Estado federado de Berlín exigía las declaraciones de fidelidad convencional de los licitadores en las adjudicaciones de encargos de construcciones públicas. La Oficina Federal de Cárteles ha prohibido esto en el ámbito de la construcción de carreteras, con la Resolución de 3 noviembre 1997. El Tribunal de la Cámara rechazó la queja del Estado federado dirigida contra la prohibición (Auto de 20 mayo 1998 - Kart 24/97 -, ZIP 1998, pág. 1600). Durante el procedimiento de queja por razones de Derecho ante el Tribunal Federal Supremo, entró en vigor la Ley berlinesa de Adjudicaciones.

19 2. El Tribunal Federal Supremo ha suspendido el procedimiento, conforme al artículo 100, apartado 1, de la Constitución Federal, y ha presentado ante el Tribunal Federal Constitucional, para su decisión, la cuestión de

20 Si el parágrafo 1, apartado 1, inciso 2 de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con el artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la Constitución Federal, con el artículo 31 de la Constitución Federal —en conexión con el parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, y en conexión con el parágrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia—, así como con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

21 El Tribunal Federal Supremo está convencido de la inconstitucionalidad de la Ley. La decisión sobre la queja por razones de Derecho depende de la eficacia de la norma.

22 a) Si la regulación del parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones queda fuera de consideración por nula, la petición de efectuar una declaración de fidelidad convencional en caso de adjudicaciones de encargos de construcción de carreteras por el Estado federado de Berlín, viola el parágrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. La desigualdad de trato de los licitadores no sujetos al convenio colectivo que no efectúan ninguna declaración de fidelidad convencional, hay que considerarla como objetivamente no justificada, y su exclusión como injusta. Esto resulta de la ponderación de los intereses de los afectados, tomando en consideración el objetivo de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, dirigido a la libertad de la competencia.

23 El objetivo de la declaración de fidelidad convencional es imponer los salarios convencionales berlineses, que estén por encima de las regulaciones del convenio colectivo de salario mínimo, a los empresarios no sujetos al convenio colectivo, los cuales se portaban de manera absolutamente lícita cuando pagaban a sus trabajadores, ciertamente, el salario mínimo, pero no los salarios convencionales superiores berlineses. Los licitadores berlineses sujetos a los convenios colectivos salariales locales, estarían protegidos frente a la competencia de los no sujetos al convenio colectivo. Las medidas establecidas conducen a un aislamiento del mercado berlinés ante al concurrencia lícita. De esta manera, se puede impedir —sin que deba iniciarse el instrumento de la declaración de eficacia general previsto en la Ley del Convenio Colectivo (parágrafo 5)— que los salarios convencionales berlineses se pudieran reducir sobre la base de la presión de la competencia existente.

24 El interés del Estado federado por combatir el desempleo en Berlín, y por fortalecer a los licitadores autóctonos, no justifica su comportamiento. Tampoco el objetivo de evitar un desempleo creciente, ligado al bien común, se puede perseguir con un medio que es incompatible

con el objetivo de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, dirigido a la libertad de la competencia. Esto representa una clásica medida proteccionista, si el Estado federado protege a las empresas berlinesas de construcción de carreteras sujetas al convenio colectivo, ante la competencia de la mayor parte de los competidores foráneos no sujetos al convenio colectivo, porque obliga a estos a renunciar a su ventaja de costes obtenida lícitamente, de la que gozan sobre la base de salarios más bajos.

25 b) En cambio, si debiera partirse de la validez de la regulación del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, entonces habría que anular la resolución de prohibición de la Oficina Federal de Cárteles, conforme a la opinión del Tribunal Federal Supremo.

26 Dado que ello depende de la situación jurídica en el momento de la decisión, también hay que consultar, para la valoración de la conducta prohibida al Estado federado, la disposición jurídica del Estado federado que entró en vigor en el ínterin. El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones impone a las Administraciones adjudicantes la exigencia de una declaración de fidelidad convencional, sin diferenciar si el Estado federado ocupa una posición dominante del mercado demandante de trabajos de construcción, y por ello, si es destinatario de la norma del párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Pero si las Administraciones adjudicantes están obligadas al comportamiento en cuestión por una Ley válida, entonces no puede subyacer en ello ninguna violación de la prohibición de discriminación del Derecho de Cárteles. A un comportamiento que es exigido legalmente no le falta nunca el motivo objetivamente justificado.

27 La disposición del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones contiene dicha exigencia legal de hacer, aunque se trate sólo de un precepto-carga. Tales normas obligaban a las autoridades a proceder, en principio, como se establece en la Ley. De aquí, como regla general, que la «carga» signifique un «deber». No puede partirse de que la Ley berlinesa de Adjudicaciones exceptúa siempre a las Administraciones adjudicantes de la oferta, cuando se prohíbe al Estado federado, por el Derecho de Cárteles, la exigencia de una declaración de fidelidad convencional, por causa de su posición dominante del mercado en cuanto destinatario de la norma del párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. La Ley no prevé tal excepción. La observación existente en la motivación del proyecto de Ley, relativa a que en casos excepcionales, por ejemplo, en caso de una posición dominante del mercado por el Estado federado, podría prescindirse de la exigencia de cumplir los convenios, no se ha explicitado suficientemente en la Ley.

28 De aquí que la compatibilidad del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones con la Constitución Federal o con el Derecho federal no dependería sólo de si la regulación no pudiese resultar de aplicación, en vista de las disposiciones preferentes del Derecho comunitario. Sin embargo, de ello no se puede partir sin efectuar primero el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La cuestión de si el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con la libertad de prestación de servicios del artículo 49 del Tratado CE, y con las Directivas comunitarias sobre adjudicaciones, no la puede decidir concluyentemente el Tribunal Federal Supremo. Sin embargo, según opinión del Tribunal Federal Supremo, no existe ningún motivo para el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuanto a que la disposición del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones no sea válida.

29 c) El precepto del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es inconstitucional.

30 aa) En el Estado federado de Berlín falta la competencia legislativa para una regulación que tenga como finalidad, parcialmente, el asunto de la declaración de eficacia general de determinados convenios colectivos. En el caso de la disposición del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, se trata de una regulación de Derecho colectivo. Provoca que los convenios colectivos vigentes, establecidos para Berlín, debieran ser observados también por empresarios y trabajadores que no están sujetos a esos convenios colectivos. El Derecho colectivo entra dentro de la asignación general de competencia, relativa al Derecho del Trabajo, del artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la Constitución Federal; en consecuencia, se incluye entre la legislación concurrente. La Federación ha hecho uso concluyentemente de su competencia concurrente con la aprobación de la Ley del Convenio Colectivo, lo que concierne al Derecho colectivo. Esta Ley también contiene en el párrafo 5, precisamente, una regulación referida a la declaración de eficacia general de los convenios colectivos. Del párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia no cabe deducir una competencia legislativa del Estado federado sobre la Ley en cuestión, que exceda de las disposiciones de la Constitución Federal. La Ley se ha referido sólo, en relación con la fórmula de compromiso a que se llegó, a la forma que hay que respetar en una regulación de los criterios ajenos a la adjudicación. En vista de las limitaciones del Derecho comunitario, y tomando en consideración las diferencias manifestadas en el procedimiento legislativo, hay que excluir en la valoración jurídico-material que haya podido concederse a los Estados federados la competencia legislativa que abarque el establecimiento de criterios ajenos a la adjudicación.

31 bb) Incluso si el Estado federado de Berlín pudiese disponer de la competencia legislativa para la regulación del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, existirían, en virtud de las disposiciones contrapuestas de Derecho federal, reparos radicales contra la validez de la norma (artículo 31 de la Constitución Federal).

32 El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones conduce a una ulterior eficacia general de los salarios de los convenios berlineses en determinados mercados, en los que se adjudicaría la mayoría de los encargos del sector público. Semejante eficacia general de los convenios colectivos está ligada, según el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, a requisitos de carácter material y formal. En especial, la correspondiente declaración, que representa un acto de creación de Derecho, sólo puede efectuarse de acuerdo con la comisión de convenios colectivos y tras audiencia de los empresarios y trabajadores afectados (párrafo 5, apartados 1 y 2, de la Ley del Convenio Colectivo). Una Ley de Estado federado, por medio de la cual un convenio colectivo determinado se declara de eficacia general, viola esta regulación federal obligatoria.

33 Supuesto que la regulación del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones requiere también ser válida para el caso de que el Estado federado oferente ocupe una posición dominante del mercado, viola además las disposiciones del Derecho de Cánteles, que prohibían a empresas dominantes del mercado determinadas formas de comportamiento discriminatorias o impeditivas (párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia). Incluso si los Estados federados pudiesen prever exigencias ajenas a las adjudicaciones, de conformidad con el párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, se les impide legalizar un comportamiento que, por otro lado, sería considerado violador del Derecho de Cánteles.

34 cc) Finalmente, la regulación del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones tropieza con reparos radicales de carácter constitucional, en cuanto que, por el

deber de fidelidad convencional, se entrometería en la libertad sindical negativa constitucionalmente protegida (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal).

35 Por la exigencia manifestada en la Ley berlinesa de Adjudicaciones, relativa a adjudicar los encargos del sector público sólo a empresas que retribuyen a sus trabajadores con arreglo a los convenios vigentes en Berlín, la eficacia de las regulaciones de los convenios colectivos también sería vinculante para los excluidos del ámbito del convenio colectivo que aspirasen a los correspondientes encargos. A ello no cabe oponer que el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, en el ámbito en el que el sector público en cuanto que oferente ocupa una posición dominante del mercado, no obliga a ningún licitador a participar en las licitaciones del Estado federado afectado. La influencia en el mercado de las obras de construcción de carreteras del Estado federado provoca que la contraparte del mercado no disponga de suficientes posibilidades de esquivar las prestaciones ofrecidas por otros oferentes. En consecuencia, el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones se entromete en el ámbito protegido por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La Ley obliga a los licitadores no sujetos al convenio colectivo a someterse a las disposiciones del convenio colectivo en un punto que influye decisivamente en su capacidad de competir. La regulación del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones no hace depender de ningún requisito objetivo esta ampliación de la eficacia de las disposiciones del convenio colectivo a terceros no sujetos. Tampoco el procedimiento ofrece ninguna garantía de que se tomarían en consideración los intereses de los excluidos del ámbito del convenio colectivo.

IV.

36 Sobre la cuestión de inconstitucionalidad han tomado posición la Sala de Berlín, la Asamblea parlamentaria de Berlín, el Gobierno estatal bávaro, el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, la Asociación Federal de Asociaciones Alemanas de Empresarios, la Asociación Federal de la Industria Alemana, la Asociación principal de la Industria Alemana de la Construcción, la Confederación Alemana de Sindicatos y el Sindicato de la Industria de la Construcción-Agraria-Medio Ambiente.

37 1. La Sala de Berlín considera injustificadas los reparos de carácter constitucional del Tribunal Federal Supremo.

38 El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones se ha tramitado en virtud de sus competencias. El Estado federado ha hecho uso de la autorización del párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia.

39 La norma sometida a examen no es ineficaz por causa de incompatibilidad con el Derecho federal. No viola el párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Por medio del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, todos los licitadores estarían obligados solamente a pagar a los trabajadores empleados en el encargo, y durante el período de ejecución del encargo, de conformidad con las tablas salariales vigentes en Berlín, para lograr la igualdad en los requisitos de partida y en las condiciones del concurso. No cabe reconocer que esto perjudique de manera inapropiada a cualquier licitador, o que conduzca a una preferencia parcial de la economía de la construcción nativa. Por medio de la admisión de un posible «dumping salarial» de licitadores foráneos, se llegarían a empeorar persistentemente los niveles de ingresos de la población en la República Federal de Alemania. De la regulación del párrafo 20 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia no se puede deducir ninguna limitación, desde un punto de vista legalmente sistemático, de la norma de autorización del párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. La parte de la Ley contra las Restricciones de la Competencia relativa al

Derecho de Adjudicaciones posee un carácter autónomo, y presenta una regulación cerrada, que prevalece sobre los preceptos generales de la Ley.

40 La exigencia de fidelidad convencional no es comparable con la declaración de eficacia general, a los efectos del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo. La exigencia impuesta por el Derecho del Estado federado, relativa a la declaración de fidelidad convencional, tampoco viola la libertad de coalición protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Por medio del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones ni se fuerza la afiliación a una coalición, ni se produce una presión importante en favor de la adhesión. Si, según la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (referencia a BVerfGE 55, 7 [22]), la subordinación jurídica completa a un convenio colectivo a través de la declaración de eficacia general no afecta a la libertad sindical negativa, esto debe valer más que nunca en relación con la exigencia menos gravosa de la declaración de fidelidad convencional.

41 2. La Asamblea parlamentaria de Berlín se ha adherido a esta posición, y completándola, ha explicado que ya de entrada existían reparos contra la opinión del Tribunal Federal Supremo, relativa a que el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones viola el artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la Constitución Federal, porque el legislador federal ha regulado concluyentemente el Derecho colectivo. Más bien, la regulación de la fidelidad convencional posee su contenido normativo propio en el ámbito del Derecho de Adjudicaciones. En cualquier caso, el legislador federal ha permitido, en el párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, una reserva en beneficio del legislador del Estado federado.

42 Por causa del carácter autónomo de los preceptos de la Ley contra las Restricciones de la Competencia relativos al Derecho de adjudicaciones, resulta problemático examinar los preceptos relativos al Derecho de Adjudicaciones de los Estados federados que se basan en el párrafo 97, apartado 4, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, con el baremo del párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Incluso si se emplea el párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, no cabe reconocer ninguna violación de este precepto. El Estado federado de Berlín, con la regulación relativa al Derecho de Adjudicaciones del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, intenta satisfacer la función, político-socialmente significativa, de luchar contra el desempleo. Bajo este punto de vista, el trato distinto a las empresas hay que considerarlo objetivamente justificado. En ello no subyace una limitación injusta.

43 La libertad sindical negativa protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no se viola por el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones. Este precepto sólo repercute indirectamente, y queda por detrás del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo en cuanto a la intensidad de su influencia en las empresas. Además, la libertad sindical puede ser limitada respecto a la protección de los intereses del bien común, a los que se asigna un rango constitucional. Con ello se corresponde el objetivo de luchar contra el desempleo masivo.

44 3. El Gobierno estatal bávaro ha efectuado consideraciones contra la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. En caso de dudas sobre la compatibilidad de una norma con el Derecho de la Comunidad Europea, el Tribunal Federal Supremo ha debido plantear prioritariamente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

45 No se comparte la opinión del Tribunal Federal Supremo sobre la inconstitucionalidad del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones. Con el párrafo 97, apartado 4, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, la Federación ha establecido

un fundamento de autorización que permite regular, por medio de Leyes del Estado federado, criterios ajenos a la adjudicación. Las disposiciones de Derecho federal no se oponen a la regulación de la fidelidad convencional. Asimismo, se entromete menos en la libertad sindical protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. En cualquier caso, una intromisión en el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal estaría legitimada, y justificada por razones de predominio del bien común. El objetivo de apoyar regulaciones convencionales, y de luchar contra el desempleo masivo, tiene rango constitucional. Por el contrario, el interés de los licitadores sujetos al convenio colectivo, a la protección de su libertad de empresa y de competencia, tiene un peso menor.

46 4. Por el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, la Sala 1ª de Casación ha comunicado que se inclina hacia la opinión de que el Estado federado ha sido competente para la promulgación de la norma. La regulación posee preferentemente un contenido jurídico relativo a las adjudicaciones, y no laboral. Muy difícilmente podría verse en ella un tipo de declaración de eficacia general, en el sentido del parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo. La regulación del parágrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia también aboga en favor de una competencia legislativa del Estado federado. Teniendo en cuenta el contenido jurídico relativo a las adjudicaciones de la regulación atacada, y su limitada repercusión, no cabe suponer una violación del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

47 5. Según la opinión de la Asociación Federal de Asociaciones Alemanas de Empresarios, el parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es inconstitucional, porque se trata de una regulación de Derecho colectivo promulgada sin suficiente competencia legislativa, que está en contradicción con el parágrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, y se entromete de manera inadmisibles en la libertad sindical negativa de los licitadores y en la autonomía colectiva.

48 6. También según la opinión de la Asociación Federal de la Industria Alemana, el parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones no se ha tramitado en virtud de sus competencias. Además, la regulación viola la libertad sindical negativa, no es compatible con el parágrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, y por lo demás, tampoco es adecuada para alcanzar los objetivos de política social y de política del mercado de trabajo del Estado federado.

49 7. La Asociación principal de la Industria Alemana de la Construcción se ha adherido a la justificación del Auto de suspensión y del Auto de planteamiento del Tribunal Federal Supremo. Las regulaciones de fidelidad convencional, que también exigen de los licitadores no sujetos al convenio colectivo la observancia de los salarios colectivamente vigentes, son inconstitucionales por causa de la violación de la libertad sindical negativa, y además, violan el Derecho europeo. Tampoco son compatibles con el parágrafo 20 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia.

50 8. La Confederación Alemana de Sindicatos y el Sindicato de la Industria de la Construcción-Agraria-Medio Ambiente sostienen la opinión de que el parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones está en armonía con la Constitución Federal, con el resto del Derecho federal y con los condicionamientos del Derecho europeo.

B.

51 La cuestión de inconstitucionalidad es admisible. En especial, no existen dudas sobre la compatibilidad del precepto con el Derecho de la Comunidad Europea relativo a los concretos controles de normas, de conformidad con el artículo 100, apartado 1, de la Constitución Federal.

52 Si se comprueba que una Ley se opone al Derecho de la Comunidad Europea, y no puede ser aplicada por causa de la prioridad aplicativa del Derecho de la Comunidad, entonces la Ley carece ya de importancia decisoria a los efectos del artículo 100, apartado 1, inciso 1, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 85, 191 [203 y ss.]; 106, 275 [295]; además, para el procedimiento de queja constitucional, cfr. BVerfGE 110, 141 [155 y ss.]). Si la posición jurídica de Derecho constitucional y de Derecho comunitario es controvertida, entonces, por el contrario, desde la perspectiva del Derecho constitucional alemán no hay ningún argumento sólido para, llegado el caso, iniciar por el Tribunal especializado el procedimiento incidental a que se refiere el artículo 234, apartados 2 y 3, de la Constitución Federal, y el artículo 100, apartado 1, de la Constitución Federal. Ciertamente, sin una aclaración previa de la cuestión de Derecho europeo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede llegarse a que el Tribunal Federal Constitucional examine la constitucionalidad de una Ley que, por causa de la prioridad aplicativa del Derecho comunitario, no puede ser aplicada en absoluto. Pero, a la inversa, sin embargo, sin aclaración previa de las cuestiones de Derecho constitucional por el Tribunal Federal Constitucional, cabe plantear por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por el procedimiento de la cuestión prejudicial, si la cuestión prejudicial afecta a una norma, por lo demás válida según los baremos intraestatales y, por ello, importante para la decisión. En esta situación, un tribunal que tiene dudas tanto de Derecho europeo como de Derecho constitucional, puede decidir conforme a su propias consideraciones de oportunidad qué procedimiento incidental inicia en primer lugar.

53 Dado que no se sostiene la violación del Derecho europeo por la presente regulación de la fidelidad convencional, pero el Tribunal Federal Supremo está convencido de la inconstitucionalidad del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, era admisible una cuestión de inconstitucionalidad al amparo del artículo 100, apartado 1, de la Constitución Federal, pese a las cuestiones de Derecho comunitario.

C.

54 El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es compatible con la Constitución Federal y con el resto del Derecho federal.

55 El Estado federado de Berlín era competente para la promulgación del precepto (I). La norma no viola ni el Derecho constitucional (II.) ni otro Derecho federal (III.).

I.

56 Se da la competencia legislativa del Estado federado, de conformidad con el artículo 70, en conexión con el artículo 72, apartado 1, de la Constitución Federal, dado que la materia regulada entra dentro de la competencia concurrente a que se refiere el artículo 74, apartado 1, núm. 11, de la Constitución Federal, y la Federación no ha hecho uso concluyentemente de su derecho a legislar.

57 1. El concepto «Derecho de la Economía», a los efectos del artículo 74, apartado 1, núm. 11, de la Constitución Federal, hay que entenderlo de manera amplia (cfr. BVerfGE 5, 25 [28 y ss.]; 28, 119 [146]; 29, 402 [409]; 41, 344 [352]; 68, 319 [330]). No sólo pertenecen a él aquellos preceptos que se refieren a la producción, fabricación y distribución de bienes de necesidad económica, sino también todas aquellas normas reguladoras de la vida económica y de la actividad económica (cfr. BVerfGE 29, 402 [409]; 55, 274 [308]). Al respecto, se incluyen las Leyes con el carácter de regulación de la economía y de encauzamiento de la economía (cfr. BVerfGE 4, 7 [13]; 68, 319 [330]).

58 A la regulación de la vida económica, en el sentido del artículo 74, apartado 1, núm. 11, de la Constitución Federal, también pertenecen los preceptos sobre adjudicaciones de encargos públicos. También hay que asignar a este ámbito jurídico las regulaciones legales relativas a en qué extensión puede el comitente público poner a los licitadores exigencias distintas o adicionales que van más allá de los criterios previstos en el párrafo 97, apartado 4, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, para la decisión de la adjudicación. Conforme a los baremos que el Tribunal Federal Constitucional ha desarrollado para la asignación de los títulos competenciales de los artículos 74 y 75 de la Constitución Federal, se encuentra en primer lugar el objeto de regulación y el contexto conjunto de la regulación de la respectiva Ley (cfr. BVerfGE 4, 60 [67, 69 y ss.]; 8, 143 [148 y ss.]; 68, 319 [327 y ss.]). Por ello, no resulta pertinente el título competencial a que se refiera el concreto criterio —por ejemplo, el relativo al Derecho del Trabajo, conforme al artículo 74, apartado 1, núm. 12, de la Constitución Federal—, para cada exigencia adicional que una Ley prevea como criterio para la adjudicación de encargos.

59 Con la exigencia de una declaración de fidelidad convencional, se regula un criterio para la decisión de la selección perteneciente al Derecho de Adjudicaciones. Se afecta directamente a la relación jurídica entre el comitente público y el licitador, cuyo comportamiento oferente en la solicitud de un encargo puede efectuarse dejando de lado motivos de política social y de política económica, de modo que no se procure ninguna ventaja frente a otros solicitantes, a través de la retribución de sus trabajadores por debajo del convenio. Con la inclusión de dicho criterio en la decisión de la elección, se persigue el objetivo de influir directamente las adjudicaciones de encargos por motivos determinados de política social y de política económica. Este objetivo está integrado en el procedimiento de adjudicación. Se trata de una regulación especial en el ámbito de los suministros públicos, con el cual se establece un criterio para la decisión de la selección, que indirectamente puede influir en las relaciones jurídico-laborales en la empresa de los licitadores.

60 Para la caracterización de la disposición del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, como precepto perteneciente al Derecho de Adjudicaciones, se habla también de la conexión de la regulación con la norma sancionadora del párrafo 1, apartado 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones. La violación por una empresa de la obligación relativa a la fidelidad convencional puede tener, según ello, la consecuencia específica perteneciente al Derecho de Adjudicaciones, de que se excluya de la participación en un concurso sobre encargo de construcción, o sobre encargo de prestación de servicios, por un período de hasta dos años. Por esta vinculación, es claro que, en el caso de la regulación de la obligación orientada al propósito de la fidelidad convencional, se trata de una estructuración de las condiciones para la participación en el concurso sobre la adjudicación de un encargo público, y con ello, de un objeto de regulación perteneciente al Derecho de Adjudicaciones.

61 2. El legislador federal no ha hecho uso concluyentemente del correspondiente título legislativo del artículo 74, apartado 1, núm. 11, de la Constitución Federal, para las regulaciones de las adjudicaciones.

62 Según el precepto del párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, sólo pueden ponerse exigencias distintas o adicionales dirigidas al licitador cuando esto se prevé por la Ley federal o la Ley del Estado federado, y más bien hay que deducir que, también desde el punto de vista del legislador federal, la regulación de tales criterios por el legislador del Estado federado cabe, en principio, que resulte posible. Con la admisibilidad de la regulación legal del Estado federado establecida en el párrafo 97, apartado 4, medioinciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, se ha tenido en cuenta también, como lo demuestran precisamente los materiales legislativos, el deseo de

los Estados federados de poseer legitimación competencial para dictar sus propios preceptos de fidelidad convencional en el ámbito de sus adjudicaciones de encargos.

II.

63 1. El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones no viola el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

64 Este derecho fundamental protege, para todos y para todas las profesiones, el derecho a unirse a coaliciones, pero también a la coalición en cuanto tal, y su derecho a perseguir los objetivos mencionados en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a través de la acción específica en cuanto que coalición (cfr. BVerfGE 19, 303 [312]; 84, 212 [224]; 100, 271 [282]; 103, 293 [304]). La regulación de la fidelidad convencional del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones deja inalterado este ámbito de protección.

65 a) Por medio de la obligación legal de fidelidad convencional, no se afecta el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en especial desde el punto de vista de la denominada libertad sindical negativa.

66 aa) La libertad sindical, en cuanto que derecho de libertad individual, comprende también el derecho de los particulares a permanecer alejados de una coalición (cfr. BVerfGE 50, 290 [367]; 55, 7 [21]; 93, 352 [357]). El derecho fundamental protege ante el hecho de que se ejerza una coacción o una presión en los no afiliados, para que se adhieran a una organización. Un mero estímulo a la adhesión, que parta de una medida o de una regulación, no cumple esta exigencia (BVerfGE 31, 297 [302]).

67 bb) La obligación de fidelidad convencional no limita el derecho de los empresarios interesados en el procedimiento de adjudicación, protegido por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a permanecer alejado, de la coalición firmante del convenio colectivo. Por medio de la Ley tampoco se ejerce ninguna coacción fáctica ni ninguna presión importante para la adhesión. Queda lejos que un empresario no sujeto al convenio colectivo pueda verse obligado, por causa de la obligación de fidelidad convencional, a adherirse a la coalición firmante del convenio colectivo para poder influir, en cuanto que afiliado, en la conclusión de convenios colectivos a los que esté obligado por la declaración de fidelidad convencional, y de todas formas está excluido para empresas con sede fuera del Estado federado de Berlín. Hasta ahora, la adhesión a la asociación de empresarios de la construcción berlineses no sujetos al convenio colectivo conduciría, por lo demás, a que estén vinculados por los convenios colectivos salariales del lugar, no sólo para la ejecución del singular encargo público anunciado, sino en extenso, esto es, también para la ejecución de encargos de construcciones privadas.

68 El derecho fundamental de libertad sindical negativa no protege contra el hecho de que el legislador tome los resultados de los acuerdos de coalición como punto de contacto de las regulaciones legales, como sucede ampliamente en el caso de la declaración de eficacia general de los convenios colectivos, considerada constitucionalmente admisible por el Tribunal Federal Constitucional (cfr. BVerfGE 44, 322 [351 y ss.]; 55, 7). Sólo porque se someta a alguien a los acuerdos de las partes del convenio colectivo ajeno, no está afectado ningún aspecto específico del Derecho de las coaliciones (cfr. BVerfGE 64, 208 [213]). Contra una imposición, violadora de la igualdad o desproporcionada, de los efectos de los acuerdos de coalición ajenos, el empresario está protegido, llegado el caso, por el artículo 3, apartado 1, y por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

69 b) La regulación legal de una declaración de fidelidad convencional tampoco afecta a la garantía de acción y de existencia de las coaliciones, contenida en el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

70 aa) El derecho fundamental de libertad sindical también protege a la coalición misma en su existencia, su estructuración organizativa y sus actividades, siempre y cuando éstas sirvan para la promoción de las condiciones económicas y de trabajo (cfr. BVerfGE 84, 212 [224]; 92, 365 [393]; 100, 271 [282]). La protección se extiende a todas las formas de conducta específicas de la coalición, y en especial, comprende también la autonomía colectiva, que está en el centro de las posibilidades concedidas a las coaliciones para la persecución de sus objetivos (BVerfGE 88, 103 [114]; 94, 268 [283]; 103, 293 [304]).

71 La negociación de convenios colectivos es un objetivo esencial de las coaliciones (cfr. BVerfGE 94, 268 [283]). En principio, el Estado se abstiene de influir en este campo de actividad (cfr. BVerfGE 38, 281 [305 y ss.]), y cede en gran parte, a las coaliciones, las regulaciones necesarias de las condiciones económicas y de trabajo, que adoptan autónomamente por medio de acuerdos (cfr. BVerfGE 44, 322 [340 y ss.]). A las materias cedidas al poder de regulación de las coaliciones pertenecen, en especial, el salario y otras condiciones materiales de trabajo (cfr. BVerfGE 94, 268 [283]; 100, 271 [282]; 103, 293 [304]).

72 bb) No están afectadas ni la libertad de acción, ni la existencia, de aquellas coaliciones cuyos convenios colectivos, como consecuencia de la obligación de fidelidad convencional del licitador que ha tenido éxito, se toman en consideración respecto a los contratos de trabajo.

73 Su poder de normación resultante de la libertad de acción no está afectado, porque este derecho sólo se refiere a los empresarios y trabajadores sujetos al convenio colectivo, y no a los excluidos (cfr. BVerfGE, 44, 322 [347 y ss.]). Además, la obligación de fidelidad convencional, al amparo del parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, no conduce a una normativa estatal en un ámbito en el que exista una prioridad para los acuerdos fruto de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales. Los acuerdos salariales locales con naturaleza de convenio colectivo no llegan a ser el contenido de los contratos de trabajo de los trabajadores utilizados en la ejecución de un encargo en virtud de una norma de aplicación estatal, sino de conformidad con la transposición al contrato individual de la obligación de fidelidad convencional por medio de los empresarios. Las competencias legislativas concurrentes del Estado y de las partes del convenio colectivo no se encuentran enfrentadas la una contra la otra. Por ello, del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal tampoco surge para las coaliciones firmantes del convenio colectivo ningún interés, protegido constitucionalmente, a la participación en el procedimiento de la declaración de fidelidad convencional.

74 La necesidad de tal participación de las coaliciones tampoco se deriva de la garantía de existencia del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Para una extensión así de la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, quizá podría alegarse que la ampliación de los convenios colectivos a los no afiliados podría conducir a que disminuyesen los estímulos para afiliarse a la coalición, porque los excluidos del convenio colectivo, a pesar de faltar la afiliación, consiguen disfrutar de las regulaciones del convenio colectivo. Sin embargo, este eventual efecto indirecto de la declaración de fidelidad convencional, no puede ser valorado de modo distinto a un estímulo pretendidamente reforzador de la adhesión a las coaliciones firmantes del convenio colectivo, expresado, precisamente a la inversa, en conexión con la libertad sindical negativa.

75 cc) Otras coaliciones, como aquéllas cuyos convenios colectivos salariales resultan de aplicación para las relaciones de trabajo de los excluidos del ámbito del convenio colectivo, por la puesta en funcionamiento de la obligación de fidelidad convencional derivada del parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, no están afectadas en su autonomía colectiva protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, porque la condición impuesta legalmente no crea ningún obstáculo jurídico para la conclusión de convenios

colectivos, y tampoco se hace fácticamente imposible la conclusión de convenios colectivos concurrentes (cfr. BVerfGE 44, 322 [352 y ss.]).

76 2. El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones no viola el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

77 a) El contenido protector de la libertad profesional está afectado.

78 aa) El artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal protege ante las restricciones estatales que se refieran precisamente a la actividad profesional. El derecho fundamental asegura la participación en el concurso en el marco de las reglas jurídicas establecidas a tal efecto (cfr. BVerfGE 105, 252 [265]). Ello garantiza a los empresarios el derecho a negociar libremente con sus trabajadores las condiciones de trabajo en el marco de la Ley (BVerfGE 77, 84 [114]; 77, 308 [322]). Ciertamente, la libertad contractual también se garantiza a través del derecho fundamental de la libertad genérica de comercio, con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 65, 196 [210]; 74, 129 [151 y ss.]). Sin embargo, si una regulación legal afecta precisamente a la libertad contractual en el ámbito de la actividad profesional, la cual ha encontrado su garantía específica en el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, entonces la genérica y subsidiaria libertad de comercio no entra en consideración como baremo del examen frente a otros derechos de libertad (cfr. BVerfGE 68, 193 [223 y ss.]; 77, 84 [118]; 95, 173 [188]). Los preceptos legales que se refieren a la estructuración de las relaciones laborales, y que por ello se presentan para los empresarios como regulaciones del ejercicio profesional, hay que calibrarlos fundamentalmente con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

79 bb) La regulación de la fidelidad convencional del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, afecta a la libertad contractual en el ámbito empresarial, garantizada por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

80 Por causa de que la Ley exija la fidelidad convencional, como requisito para la participación exitosa en el procedimiento de adjudicación, no regula por completo el comportamiento de las empresas en el concurso, sino que provoca una determinada estructuración de los contratos que el licitador concluya con sus trabajadores para la ejecución del encargo. Cabe que las empresas no puedan decidir libremente, en relación con estas condiciones del contrato, sobre cómo participar en el concurso para el encargo público. En caso de rechazar la fidelidad convencional que se les exige, son excluidas de la posibilidad de hacer efectivas sus oportunidades de trabajo, incluso cuando se atengan a las demás condiciones de adjudicación. Sobre la base del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, se les exhorta a una determinada estructuración de sus contratos con terceros, y con ello, se les afecta en su libertad contractual empresarial.

81 b) La regulación legal se entromete en el derecho fundamental de libertad profesional.

82 aa) La protección del derecho fundamental no se limita a intromisiones en un sentido corriente (sobre este concepto de intromisión, cfr. BVerfGE 105, 279 [300]). Más bien, el contenido defensivo del derecho fundamental también puede estar afectado en caso de menoscabos fácticos o indirectos, cuando estos equivalen a intromisiones relativas al objetivo y a la eficacia (cfr. BVerfGE 105, 279 [303]; 110, 177 [191]; 113, 63 [76]). La vinculación con el derecho fundamental no decae por la elección de tal equivalente funcional de la intromisión (cfr. BVerfGE 105, 252 [273]). Sin embargo, esto carece de eficacia decisiva similar a la intromisión de una medida estatal, respecto de la vinculación con el derecho fundamental, cuando las consecuencias indirectas son un mero reflejo de una regulación legal no conseguida adecuadamente (cfr. BVerfGE 106, 275 [299]).

83 bb) De conformidad con este baremo, en la declaración de fidelidad del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, hay que ver dicho menoscabo de la libertad profesional como similar a la intromisión. El contenido de la regulación y la orientación finalista de la norma van más allá de un mero reflejo del lado de las empresas, incluso cuando la Ley no se dirige a ellas, sino a los comitentes, y los empresarios que no quieren concluir contratos con Administraciones públicas no están comprendidos en el ámbito de regulación de la Ley.

84 El precepto, por motivos de política social y de política económica, aspira a inducir a los empresarios a un determinado comportamiento para la estructuración de sus relaciones contractuales laborales. La Administración adjudicante es autorizada por la Ley, y obligada como regla general, teniendo en cuenta el carácter-carga del precepto, a exigir de los solicitantes al encargo licitado una declaración de fidelidad. Con ello, el contenido de los contratos de trabajo a concluir por los licitadores ya es —indirectamente— objeto de la regulación legal, incluso cuando no se imponga normativamente de forma directa a las partes del contrato de trabajo. En cuanto al contenido, se pretende por la norma en la que está regulado que la aplicación de los convenios colectivos locales pueda ser exigida por los licitadores. Con esta regulación legal, además, se puede llegar a ensanchar la aplicabilidad de los acuerdos salariales con carácter de convenio colectivo. En consecuencia, la influencia en las condiciones de trabajo está comprendida en la orientación finalista del legislador. Se incluye, no sólo de manera refleja, como consecuencia fáctica de una Ley orientada a otro objetivo.

85 c) Sin embargo, la intromisión en la libertad profesional está justificada constitucionalmente.

86 aa) El legislador del Estado federado persigue, con la regulación de la fidelidad convencional del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, objetivos constitucionalmente legítimos.

87 Conforme a la determinación del objetivo que sirve de base a la Ley, las empresas de la construcción no pueden ser perjudicadas en la competencia con las concurrentes, porque están obligadas a remunerar a sus trabajadores con arreglo al convenio. La extensión de los salarios del convenio a los excluidos del ámbito del convenio colectivo puede impedir el desplazamiento de la competencia a los costes salariales. Esta medida puede contribuir a la lucha contra el desempleo en el sector de la construcción. Esto sirve para la protección de la ocupación de aquellos trabajadores que trabajan en empresas sujetas al convenio colectivo, y con ello, también para la conservación de estándares sociales considerados como deseables y para el alivio del sistema de seguridad social, al que se recurre de manera intensiva en caso de un desempleo más alto o de salarios bajos. Por medio de la fijación de salarios negociados entre las partes del convenio colectivo, se apoya al mismo tiempo el sistema de convenios colectivos como instrumento para el aseguramiento de estándares sociales.

88 El objetivo de combatir el desempleo tiene rango constitucional, al amparo del principio de Estado Social (artículo 20, apartado 1, de la Constitución Federal). La disminución del desempleo posibilita al anteriormente desempleado poner en práctica el derecho fundamental derivado del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGK 4, 356 [361]), desarrollar su propia personalidad por medio del trabajo, y tener respeto y aprecio de sí mismo. El objetivo legal también está sostenido por el artículo 1, apartado 1, y por el artículo 2, apartado 1, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 100, 271 [284]; 103, 293 [307]).

89 Además, la contribución a la estabilidad financiera del sistema de seguridad social, que acompaña a la lucha contra el desempleo, es un interés de alto significado para el bien común (cfr. BVerfGE 70, 1 [25 y ss., y 30]; 77, 84 [107]; 82, 209 [230]; 103, 293 [307]).

90 Finalmente, el legislador puede apoyar la función ordenadora de los convenios colectivos, en cuanto establece regulaciones que provocan que los salarios y retribuciones negociados

por las partes del convenio colectivo resulten de aplicación indirectamente también para los no afiliados a la asociación. Con ello, se apoya por medio de las coaliciones la ordenación autónoma de la vida laboral, ligada al interés público y querida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 28, 295 [304 y ss.]; 55, 7 [23 y ss.]), puesto que se dota a los salarios del convenio de una fuerza aplicativa más grande (cfr. BVerfGE 44, 322 [342]; 77, 84 [107]; cfr., además, BVerfGE 92, 365 [397], con justificaciones adicionales).

91 bb) La obligación de fidelidad convencional del candidato a un encargo público es un medio adecuado para alcanzar los objetivos perseguidos con la Ley.

92 Un medio ya es adecuado en sentido constitucional cuando puede fomentarse con su ayuda el resultado querido, a cuyo efecto es suficiente la posibilidad de alcanzar el objetivo (cfr. BVerfGE 63, 88 [115]; 67, 157 [175]; 96, 10 [23]; 103, 293 [307]). Al legislador le corresponde la prioridad en el pronóstico y en la valoración. Especialmente, es asunto suyo decidir qué medidas quiere adoptar en interés del bien común, sobre la base de sus ideas de política económica, de política del mercado de trabajo y de política social, y de los objetivos, en consideración a la legalidad del ámbito afectado.

93 Formalmente, el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones es, por principio, adecuado para alcanzar el objetivo del legislador. El legislador del Estado federado podía aceptar, en el marco de sus prerrogativas de valoración, que puede limitar el dumping de competencia sobre los costes salariales, y de esta manera, combatir el desempleo, mientras impone a los candidatos a un encargo público la obligación de pagar los salarios del convenio. Además, la extensión de los salarios del convenio más allá del círculo de las partes del contrato de trabajo sujetas al convenio colectivo, por medio de la declaración de fidelidad convencional de los licitadores, puede contribuir al fortalecimiento de la autonomía colectiva.

94 cc) La regulación legal de fidelidad convencional resulta necesaria para la consecución del objetivo.

95 El legislador dispone igualmente de un margen de pronóstico y de juicio para la valoración de la necesidad (cfr. BVerfGE 102, 197 [218]). De aquí que las medidas que el legislador considere necesarias para la protección de un bien común importante, sólo puedan objetarse constitucionalmente cuando, conforme a la realidad conocida por él y en virtud de la práctica llevada a cabo hasta ahora, sea comprobable que las regulaciones que entran en consideración como alternativas, de las que se espera la misma eficacia, sobrecargan menos a los afectados (cfr. BVerfGE 25, 1 [19 y ss.]; 40, 196 [223]; 77, 84 [106]).

96 De conformidad con estos baremos, no existe ningún reparo radical contra la necesidad de la declaración de fidelidad convencional. No es reconocible ningún medio igualmente adecuado, pero menos gravoso, que el legislador del Estado federado hubiera podido utilizar en lugar de la declaración de fidelidad convencional.

97 En especial, la posibilidad —que no está a disposición del legislador del Estado federado como instrumento de regulación— de lograr la aplicación de los convenios colectivos respecto de los empresarios excluidos del ámbito del convenio colectivo, a través de la declaración de eficacia general a que se refiere el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, no es ningún medio más leve en comparación con la declaración de fidelidad convencional a que se refiere el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones. Mientras que la declaración de eficacia general conduce a la aplicación directa y obligatoria del convenio colectivo, a que se refiere el párrafo 4, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo, al amparo de la regulación de fidelidad convencional se estimula al empresario a obligarse a sí mismo, frente al comitente de carácter público, a aplicar los preceptos salariales del convenio colectivo en

relación con sus trabajadores. De aquí que el empresario de la construcción pueda sustraerse a la aplicación del convenio colectivo en el marco de su libertad de decisión, aunque con la consecuencia de que su candidatura al encargo público quedará ordinariamente sin éxito. Pero la libertad contractual de las empresas no se perjudicará menos, sobre todo, porque el deber de fidelidad contractual está limitado al encargo singular y a los trabajadores utilizados para la ejecución de ese encargo. En cambio, como consecuencia de la declaración de eficacia general, el empresario debería pagar a todos sus trabajadores en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, con arreglo al convenio.

98 Por estos motivos, pero verdaderamente también, por lo demás, por falta de competencia del legislador del Estado federado, tampoco puede verse, en la fijación de salarios inferiores al amparo de la Ley para el Establecimiento de Condiciones Mínimas de Trabajo de 11 enero 1952 (Boletín Oficial Federal I, pág. 17), ninguna intromisión menos gravosa en la libertad contractual de los empresarios de la construcción.

99 dd) Finalmente, el menoscabo de la libertad profesional por medio del deber de fidelidad convencional también es apropiado.

100 (1) No obstante, el deber de fidelidad convencional impuesto a las empresas de la construcción afecta a un contenido importante de la garantía de la libertad profesional protegida por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, por su influencia en los contratos con los trabajadores y con los socios. La libertad de poder negociar libremente el contenido de los acuerdos de remuneración con los trabajadores y con los subcontratistas es una parte esencial del ejercicio profesional, porque estas condiciones de trabajo determinan en una medida especial el éxito económico de las empresas, y en consecuencia, son caracterizadoras de la actividad que sirve para la creación y el mantenimiento del sustento vital, protegida por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

101 Sin embargo, el peso de la intromisión se reduce por el hecho de que la obligación de pagar los salarios del convenio no se deduce directamente de una disposición legal, sino que sólo es consecuencia de la decisión propia de entregar la declaración de la obligación, en interés de conseguir un encargo público. Además, las repercusiones del deber de fidelidad convencional se limitan al encargo singular. Sólo afecta al contenido de los contratos de trabajo de los trabajadores utilizados en la ejecución de este encargo, y también, sólo para las horas de trabajo en las que están ocupados en la ejecución del encargo.

102 (2) Por el contrario, los motivos justificadores que han llevado al legislador a la regulación sometida a examen, tienen un peso importante.

103 La lucha contra el desempleo, en conexión con la garantía de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social, es un objetivo especialmente importante, para cuya realización debe corresponder al legislador un margen de decisión relativamente más grande, precisamente bajo unas condiciones dadas más difíciles, relativas a la política del mercado de trabajo (cfr. BVerfGE 103, 293 [309]). Este interés del bien común, que la regulación de la fidelidad convencional que el parágrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones intenta tener en cuenta, posee una importancia superior (cfr. BVerfGE 100, 271 [288]).

104 Si se incluyen los otros objetivos de la regulación ya presentados, que flanquean este propósito, en la ponderación de los derechos e intereses constitucionalmente protegidos afectados, entonces no hay que poner reparos a la valoración hecha por el legislador en beneficio del interés del bien común. El límite de la razonabilidad en ningún caso se excede para el candidato a un encargo público, al que sólo se puede obligar a aplicar las tarifas salariales del convenio colectivo en ámbitos parciales de su actividad empresarial, teniendo en cuenta el importante y superior objetivo de la regulación de la fidelidad convencional.

105 3. El trato desigual basado en el párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones, a los licitadores que no entregan ninguna declaración de fidelidad convencional, y que por ello no reciben ninguna adjudicación, en comparación con los licitadores que satisfacen la condición a que se refiere el precepto sometido a examen, no viola el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal. Está justificado por el especialmente importante interés del bien común presentado, el cual ha llevado al legislador del Estado federado a la regulación legal.

III.

106 El precepto del párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones también es compatible con el resto del Derecho federal, y por ello, no es ineficaz, según el artículo 31 de la Constitución Federal.

107 1. No entra en contradicción con el párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, dado que la declaración de fidelidad convencional no es comparable con la declaración de eficacia general de un convenio colectivo. La declaración de fidelidad convencional es un instrumento que linda con la declaración de eficacia general, para lograr que los empresarios excluidos del ámbito del convenio colectivo paguen los salarios del convenio. No invade el ámbito de regulación del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo, porque no conlleva, al contrario que en el caso de una declaración de eficacia general, la aplicación directa y obligatoria del convenio colectivo respecto de todos los contratos de trabajo concluidos en su ámbito de aplicación. Más bien, sólo crea el deber de carácter obligacional, a cargo del empresario que recibe la adjudicación de un determinado encargo público, de aplicar sólo puntualmente un convenio colectivo salarial.

108 2. El párrafo 1, apartado 1, inciso 2, de la Ley berlinesa de Adjudicaciones tampoco viola el párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Tampoco en caso de posición dominante del mercado del Estado federado de Berlín de la parte de la demanda, la declaración de fidelidad convencional provoca ninguna limitación injusta, ni ningún trato diferente, objetivamente no justificado, de las empresas de la parte de los licitadores.

109 En la motivación de la importancia de la decisión, el Tribunal Federal Supremo parte de que un trato desigual de los licitadores está materialmente justificado cuando lo ordena un precepto legal en vigor. Partiendo de este correcto punto de vista, esto se excluye para baremar la Ley justificadora con el párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Si la Ley es compatible en cualquier otro sentido con la Constitución Federal y con el Derecho federal, entonces ello representa un motivo de justificación del trato desigual, a los efectos del párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, y al mismo tiempo, excluye una limitación injusta de las referidas en este precepto.

110 Además, en caso de una interpretación sistemática y, en especial, tomando en consideración el origen histórico del párrafo 97, apartado 4, mediainciso 2, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, buenos argumentos abogan en favor de que la cuestión de las exigencias distintas y adicionales se reguló especialmente en el Derecho de Adjudicaciones, y que la posibilidad insertada en este lugar para su establecimiento no se excluye de nuevo por el párrafo 20, apartado 1, de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, sino que sirve para su justificación, en vista de las limitaciones de la competencia ligadas, en su caso, con ello.

12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 10 JUNIO 1980 (REFERENCIA 1 AZR 168/79)

Hechos:

1 El demandante exige con su acción el pago del salario, respecto de un período de tiempo en el que padeció el cierre patronal de la demandada.

2 Desde junio 1965, el demandante está empleado por el demandado en la fábrica L. como almacenista, últimamente con un salario por hora de 11,08 marcos alemanes brutos. Es miembro del IG Metall. La demandada pertenece a la Asociación de la Industria del Metal de Baden-Württemberg, asociación registrada. Ambas organizaciones han concluido un convenio colectivo salarial para el ámbito territorial del convenio de Nordwürttemberg-Nordbaden, en el que se incluyó a la fábrica L. a través de un convenio colectivo especial de 5 diciembre 1975, junto a una serie de otros centros de trabajo de ámbitos territoriales igualmente ajenos a él.

3 El convenio colectivo salarial fue denunciado por el IG Metall el 23 noviembre 1977. El 12 diciembre 1977 el sindicato presentó sus nuevas reivindicaciones convencionales. Exigía un aumento de los salarios y retribuciones de un 8%, la supresión de los dos grupos salariales convencionales inferiores y el aumento de la gratificación de formación en 50,-- marcos alemanes mensuales. Aparte de esto, los trabajadores debían estar protegidos por medio del aseguramiento convencional de la posición actual frente a la agrupación hacia abajo. Sin embargo, la parte empresarial ofrecía sólo un aumento del salario convencional del 3,5%, y denegaba el aseguramiento salarial en la forma exigida por el IG Metall. Por ello, el IG Metall declaró fracasadas las negociaciones el 1 febrero 1978. El 3 febrero 1978, empezó el procedimiento de conciliación, que estaba prescrito para la industria del metal al amparo de un acuerdo de conciliación. Este procedimiento finalizó sin éxito el 24 febrero 1978. A continuación, el IG Metall llevó a cabo un referéndum de huelga el 7 y 8 marzo 1978, en el que el 90% de los afiliados votantes se pronunció a favor de acciones de lucha. El comité de dirección del IG Metall decidió, el 9 marzo 1978, que el 15 marzo 1978 debía comenzarse una huelga. El 10 marzo 1978 el consejo de afiliados de la Asociación de la Industria del Metal también adoptó un acuerdo de lucha; en caso de fracaso de las negociaciones ulteriores, a la huelga del IG Metall podía oponerse el cierre patronal suspensivo de defensa. La fijación de la fecha y de la ejecución se confirió al comité de dirección de la asociación. En los dos días siguientes (11 y 12 marzo 1978) tuvieron lugar en F. negociaciones ulteriores, en las que también participaron las asociaciones centrales de ambas partes. Estas negociaciones no condujeron de nuevo a ningún acuerdo.

4 El 15 marzo 1978, en el ámbito territorial del convenio de Nordwürttemberg-Norbaden, se pusieron en huelga cerca de 80.000 trabajadores manuales y empleados. Estaban ocupados en 63 centros de trabajo, de los que 57 estaban afiliados a la Asociación de la Industria del Metal, y los seis centros de trabajo restantes no tenían vínculo de afiliación. La dimensión de los centros de trabajo afiliados afectados se describía como sigue: 6 centros de trabajo ocupaban menos de 99 trabajadores; 25 centros de trabajo, entre 100 y 499 trabajadores; 8 centros de trabajo, entre 500 y 999 trabajadores; y los 18 centros de trabajo restantes, más de 1.000 trabajadores. Estuvieron en huelga, principalmente, empresas de la construcción de máquinas, de la construcción de automóviles y de la electrotécnica. En el curso de la lucha laboral, el número de trabajadores huelguistas se elevó a cerca de 90.000.

5 La tarde del 15 marzo 1978 el comité de dirección de la Asociación de la Industria del Metal, apoderado a tal efecto, acordó el cierre patronal para las plantillas de todos los centros de

trabajo con más de 1.000 trabajadores, a partir del 20 marzo 1978. Después de que ulteriores negociaciones en Luisburgo, el 18 y 19 marzo 1978, resultaran sin éxito, el acuerdo de cierre patronal se hizo realidad. Con ello, además de los trabajadores ya en huelga, otros 120.000 trabajadores resultaron afectados por la lucha laboral, de modo que estuvo parado, en definitiva, un conjunto de 200.000 a 210.000 trabajadores, del total de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio.

6 El 3 abril 1978 se concluyeron nuevos convenios colectivos. El cierre patronal se levantó con efectos de 5 abril 1978. El 6 y 7 abril 1978 el IG Metall llevó a cabo un referéndum sobre la finalización de la lucha laboral. El 10 abril 1978 se retomó de nuevo el trabajo en todos los centros de trabajo.

7 La demandada pertenece a aquellos centros de trabajo que no estuvieron en huelga, y sin embargo, participaron en el cierre patronal. Informó a su plantilla algunos días antes del comienzo del cierre patronal de las acciones de lucha adoptadas. El demandante padeció el cierre patronal el periodo desde 20 marzo 1978 hasta 4 abril 1978.

8 El demandante pide su salario correspondiente al período desde 20 marzo 1978 hasta 6 abril 1978, en la cuantía incontrovertida de 1.240,76 marcos alemanes. Ha alegado que la demandada rechazó injustamente la recepción de su prestación laboral y, por ello, se demoró en la recepción. Los cierres patronales son ilícitos. Lesionan la dignidad de los trabajadores que padecieron el cierre, porque los convertían en el objeto del conflicto relativo a la política de las coaliciones. Aparte de esto, lesionaban la libertad sindical constitucionalmente garantizada. Constituían una acción ilícita, a los efectos del artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal, y aspiraban a desangrar financieramente a los sindicatos, a dañar la capacidad de huelga y a quebrar los deseos de lucha de los huelguistas. En consecuencia, se dirigían contra el derecho mismo de huelga. Sin embargo, éste es un requisito decisivo para que los trabajadores obtengan oportunidades equilibradas de negociación en el conflicto sobre condiciones económicas y laborales adecuadas, y puedan defenderse frente a la superioridad económica de la parte empresarial. Por el contrario, si se alegase que el cierre patronal es para los empresarios tan necesario como la huelga para los trabajadores, entonces esta argumentación se basaría en una pura consideración formal de la paridad. Si se tiene en cuenta la totalidad de las condiciones socioeconómicas, y se comparan también las consecuencias concretas de la lucha laboral para los trabajadores y empresarios afectados, entonces se comprobará que los empresarios no necesitan del cierre patronal.

9 Aparte de esto, en la presente lucha laboral se ha infringido el principio de proporcionalidad. El IG Metall no ha iniciado la lucha laboral con una huelga en un núcleo esencial, sino sólo con una huelga parcial, para cuyas consecuencias indirectas se tomaría en consideración adecuadamente el reparto del riesgo empresarial. El objetivo del cierre patronal no ha sido en verdad solamente la defensa ante la huelga parcial. Más bien, de las declaraciones del representante competente de la Asociación de empresarios, se desprende que el cierre patronal se planteó antes del comienzo de las negociaciones convencionales, para provocar un «cambio de tendencia». Dicho cierre patronal hay que calificarlo como «cierre ofensivo», y en ningún caso estaba justificado.

10 El demandante ha pedido,

11 Que se condene al demandado a pagarle 1.240,96 marcos alemanes, más el 4% de intereses desde el registro de la acción.

12 La demandada ha pedido el rechazo de la acción, y contestado: el cierre patronal frente al demandante ha sido legal, y hace que sea improcedente la pretensión salarial. El derecho de

cierre patronal de los empresarios está garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. El legislador lo ha aclarado en la Ley de Estado de Emergencia del año 1968, a través de la nueva redacción del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, en la que habló no sólo de huelgas, sino del conjunto completo de luchas laborales. Otros preceptos legales también presuponen expresamente la posibilidad del cierre patronal. En el párrafo 18, apartado 7, de la Ley para el Aseguramiento de la Integración de los Grandes Discapacitados en el Trabajo, la Profesión y la Sociedad, se menciona el cierre patronal, incluso expresamente. De igual modo, las acciones colectivas de lucha de la parte empresarial se garantizan en acuerdos internacionales, y sobre todo en la Carta Social Europea. La autonomía colectiva está condenada al fracaso en la práctica, si la parte empresarial no puede ejercer presión o contrapresión con los medios de la lucha laboral. Sin el instrumento del cierre patronal, los sindicatos tendrían una superioridad con la que podrían ejecutar despiadadamente sus intereses. Esto constituiría una violación del principio de paridad reconocido por el Tribunal Federal de Trabajo en jurisprudencia constante.

13 El cierre patronal controvertido del año 1978 hay que calificarlo como cierre defensivo, y no violó el principio de proporcionalidad. La parte sindical ha preparado la lucha laboral a largo plazo, y sólo se habría referido ahora a las declaraciones que podían ser calificadas como expresión de una tendencia sindicalmente hostil. Las reivindicaciones del IG Metall han sido muy exageradas desde el punto de vista de la economía general, y en consecuencia, habrían hecho inevitable una lucha laboral. La huelga de 80.000 trabajadores ha representado una huelga en un punto clave, en el que, con costes relativamente bajos, podrían causarse daños de cuantía millonaria. Sólo en la tarde del primer día de huelga, la Asociación de empresarios decidió una ampliación moderada del marco de la huelga, y eligió el comienzo del cierre patronal, de manera que incluso quedó tiempo para negociaciones ulteriores. El cierre patronal también finalizó inmediatamente después de que se hubo llegado a un acuerdo. En cambio, el IG Metall dejó pasar una semana más hasta la finalización de la lucha laboral. Por la huelga se perdieron 1,55 millones de días de trabajo (= 56,7%), y por el cierre patronal, en cambio, se perdieron 1,19 millones de días de trabajo (= 43,3%).

14 El demandante ha perdido en las dos instancias previas. Con el recurso de casación, prosigue su pretensión de pago, mientras que la demandada pide que el recurso de casación sea rechazado.

Motivos de la decisión

15 El recurso de casación está infundado.

16 A. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado justamente la opinión del demandante, relativa a que los cierres patronales siempre son inadmisibles, de manera que no importarían en absoluto las particularidades y la dimensión de la lucha laboral en cuestión. Por el contrario, hay que aferrarse a la jurisprudencia de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo, según la cual el medio de lucha del cierre patronal, bajo determinados requisitos, debe estar a disposición de los empresarios por motivos de paridad en el marco de la proporcionalidad (BAG 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). En todo caso, esto vale para la defensa de una huelga parcial limitada.

17 I. El fundamento del poder de cierre patronal es la autonomía colectiva, la cual se garantiza en su ámbito nuclear por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y se regula detalladamente por la Ley del Convenio Colectivo de 9 abril 1949 (en la redacción de 25 agosto 1969, Boletín Oficial Federal, I, pág. 1323).

18 I.a) En interés de una ordenación práctica de la vida laboral, el Estado ha retirado ampliamente su competencia de regulación y, por principio, ha cedido a las coaliciones la determinación

de los pormenores del contrato de trabajo necesitados de regulación (BVerfGE 34, 307 [316 y ss.] = AP Nr. 7 zu §19 HAG [B II 4 b]; BVerfGE 44, 322 [340] = AP Nr. 15 zu §5 TVG [en B II 1 b]; BVerfGE 50, 290 [367] = AP Nr. 1 zu §1 MitbestG [C IV 1], con las correspondientes justificaciones adicionales).

La tarea se asigna por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a las coaliciones libremente constituidas, y se garantiza en un ámbito nuclear, en especial para regular autorresponsablemente, y en lo esencial sin la influencia del Estado, por medio de acuerdos conjuntos, los salarios y otras condiciones materiales de trabajo (cfr. BVerfGE 44, 322 [340 y ss.] = AP Nr. 15 zu §5 TVG [B II 1 b aa], con justificaciones adicionales).

19 b) La autonomía colectiva garantizada constitucionalmente en su núcleo se concreta por medio de la Ley del Convenio Colectivo. A través de esta Ley de la Federación, se concede a las coaliciones el derecho a crear normas en sentido técnico-jurídico, y en consecuencia, entre otras cosas, a estructurar directa e imperativamente el contenido de las relaciones de trabajo. Esto ocurre en forma de convenios colectivos, que deben acordarse entre un sindicato, de un lado, y un empresario o una asociación empresarial, de otro lado. En principio, las normas del convenio colectivo estructuran sólo los derechos y deberes de aquellos trabajadores que están afiliados a un sindicato firmante del convenio colectivo, y que tienen un empresario vinculado por el convenio colectivo. Pero podrían ser declarados de eficacia general bajo determinados requisitos (parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo). Las regulaciones empresariales, y las cuestiones jurídicas relativas a la organización de la empresa, se aplican unitariamente desde un principio en caso de vinculación del empresario al convenio colectivo (parágrafo 3, apartado 2, de la Ley del Convenio Colectivo).

20 c) Los convenios colectivos se dirigen a crear una compensación real de poder entre trabajadores y empresarios. Ofrecen una garantía material de equilibrio. Normalmente, hay que partir de que sus regulaciones valoran debidamente los intereses de ambas partes, y de que no proporcionan a ninguna parte una preponderancia inadmisibles (BAG 22, 144 [151] = AP Nr. 12 zu §15 AZO [en IV 3 de los Motivos], con numerosas justificaciones). Esta garantía de equilibrio es el motivo de que el legislador haya elaborado una serie de preceptos de protección, disponibles por vía convencional, que no podrían ser quebrantados por los contratos de trabajo y acuerdos de empresa, en perjuicio de los trabajadores. Confiando en la proximidad material y en la fuerza de las partes del convenio colectivo, se concede a éstas el derecho a prever regulaciones diferentes de las legales, incluso cuando repercutan perjudicialmente en los trabajadores (parágrafo 13 de la Ley de Vacaciones Mínimas para los Trabajadores; parágrafo 616, apartado 2, del Código Civil; parágrafo 622, apartado 3, del Código Civil; parágrafo 2, apartado 3, de la Ley sobre el Pago del Salario en caso de Enfermedad; parágrafo 17, apartado 3, de la Ley para la Mejora del Seguro Empresarial de Vejez; parágrafo 48, apartado 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo; y parágrafo 101, apartados 1 y 2, de la Ley del Tribunal de Trabajo; comparable, en principio, al parágrafo 7 de la Ley de Jornada). De manera análoga, también el Tribunal Federal de Trabajo ha desarrollado principios —por ejemplo, sobre el plazo de los contratos de trabajo, el reembolso de gratificaciones y reservas en la promesa de asistencia— que pueden quedar a disposición de las partes del convenio colectivo (cfr. por todas: BAG 18, 217 = AP Nr. 54 zu §611 BGB Gratifikation; AP Nr. 32 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, y en resumen, WIEDEMANN/STUMPF, *TVG*, 5ª ed., «Introducción», marg. 144 y ss.). La correspondiente garantía de equilibrio, y con ello también, la libertad de disposición, se niega a los acuerdos de empresa, porque los interlocutores del centro de trabajo, sobre todo desde la perspectiva de la paz del centro de trabajo, no disponen del instrumento de la lucha laboral (BAG 22, 252 [267] = AP Nr. 142 zu §242 BGB Ruhegehalt [en B IV 3 b de los Motivos]).

21 2. Ni en la Ley del Convenio Colectivo, ni en las diferentes leyes de protección disponibles por convenio, se habla expresamente de la lucha laboral. Pero la lucha laboral es una institución requerida por la autonomía colectiva, porque si no, ni el acuerdo ni la justicia material del contenido de las regulaciones convencionales, estarían garantizadas. La lucha laboral debe ser posible, como última ratio, en nuestro sistema de convenios colectivos basado en la libertad, para el arreglo de los conflictos de intereses convencionales, en caso contrario no resolubles (BAG 23, 292 [306] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en la Parte III A 1 de los Motivos]).

22 a) Para la huelga, esto es notoria y comúnmente reconocido. Los sindicatos dependen de la predisposición por parte de un determinado empresario o de asociaciones de empresarios para la conclusión de convenios colectivos. Como correspondería a las leyes del mercado, no pueden evitar a la otra parte del convenio. Tampoco pueden exigir que la contraparte tenga el mismo interés en el conclusión de un convenio colectivo, y por ello, esté dispuesta para la negociación. Conforme al actual estado de cosas, la situación convencional existente y, dependiendo de las circunstancias, incluso, una situación de inexistencia de convenio colectivo, es tan ventajosa para los empresarios como para los trabajadores. En la historia social precedente, los sindicatos estaban obligados casi siempre a reivindicar y lograr una mejora de las condiciones de trabajo. Desde la existencia de la República Federal, la productividad y el nivel de precios han aumentado permanentemente, de manera que a los sindicatos les correspondía la tarea de conseguir los ajustes necesarios. En cambio, los empresarios, en cuanto que interlocutores suyos en el convenio colectivo, podían no tener ningún interés directo, por ejemplo, en aumentar fuertemente los salarios, en acortar la jornada de trabajo, o en dificultar la racionalización por medio de normas de protección. Con este contraste de intereses, las negociaciones convencionales sin el derecho de huelga, por lo general, no serían más que «mendigar colectivamente» (BLANPAIN). Supuesto que se lograsen después de todo los convenios colectivos, se basarían sólo en la voluntad unilateral de una parte, y no ofrecerían la garantía de un equilibrio materialmente justo de los intereses de ambas partes.

23 Esta constatación no cabe ponerla en duda con la indicación de que, con mucho, la mayoría de los convenios colectivos se alcanza sin luchas laborales previas. Ciertamente, esto es correcto, y hasta ahora en la República Federal de Alemania se señala especialmente, pero no se admite ninguna conclusión sobre la importancia material del poder de huelga. Verdaderamente, la predisposición creíble para la huelga obliga a la parte empresarial a comparar los daños de una posible lucha laboral, con las consecuencias económicas de una cesión. Se produce una presión que normalmente conduce a la disposición a negociar, sin que tampoco debiera llevarse a cabo un referéndum de huelga. Por otra parte, el abandono material del trabajo queda en sí mismo sin eficacia, cuando falta la fuerza para aguantar la huelga, y la parte empresarial no debe contar con daños considerables. Es decisiva la credibilidad de la predisposición a la lucha.

24 b) Hoy existe acuerdo acerca de que el derecho de huelga representa un componente necesario de la ordenación en libertad de la lucha y del equilibrio, que está garantizada en su núcleo por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr., entre otros muchos, BADURA, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, vol. 15 [1977], págs. 17 y ss.; BROX-RÜTHERS, *Arbeitskampfrecht*, 1965, págs. 41 y ss.; DÄUBLER/HEGE, *Koalitionsfreiheit*, 1976, págs. 110 y ss.; RÜTHERS, *Streik und Verfassung*, 1960, pág. 72; SÄCKER, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, vol. 12 [1974], pág. 17 [40 y ss.]; SCHOLZ, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, págs. 149 y ss., 354 y ss.; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 182 y ss.). Esto se desprende también de jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo (cfr., fundamental: Auto de la Sala General de 28 enero 1955, BAG 1, 291 [295 y ss.] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en I de los Motivos]). Sin el medio de presión de la huelga, la autonomía colectiva no podría llegar a ser eficaz.

25 3. Lo que se dijo para la huelga, no vale sin más y sin límites para el cierre patronal. Los empresarios y sus asociaciones, con mucho, están menos obligados que los sindicatos a proporcionar eficacia a sus intereses y exigencias a través del medio de la lucha laboral.

26 a) Con frecuencia, se niega que la parte empresarial necesite un medio ofensivo de lucha para forzar al sindicato competente en la mesa de negociación. Más bien, serían absolutamente suficientes formas de organización jurídico-individuales, como por ejemplo, novaciones extintivas, para lograr las regulaciones deseadas en las relaciones individuales de trabajo, y también, para hacer en caso necesario que el sindicato competente esté dispuesto a la negociación (cfr., por ejemplo, DÜTZ, *DB* 1979, suplemento núm. 14, pág. 2; EICHMANNS, *RdA* 1977, 135 [138 y ss.]; EISEMANN, *BB* 1979, 218 [220]; TH. RAISER, *Die Aussperrung nach dem Grundgesetz*, 1975, págs. 85 y ss.; con limitaciones, también SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 334 y ss.). Por el contrario, la Sala General ha sostenido la opinión de que los empresarios tendrían el derecho a iniciar por su parte las luchas laborales con un cierre patronal (Auto de 21 abril 1971, BAG 23, 292 [308] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III B 1 de los Motivos]). Sobre la admisibilidad de los cierres patronales ofensivos, sin embargo, no cabe pronunciarse en el presente caso, porque la demandada se ha limitado a un cierre patronal defensivo.

27 El demandante opina, no obstante, que existe un cierre patronal ofensivo, porque el representante de la asociación de empresarios, antes ya de la divulgación de la primera reivindicación convencional, había anunciado acciones de lucha, y reclamado un cambio de tendencia en la política convencional. Es evidente que se ha planeado desde hace tiempo la destrucción del IG Metall. Por el contrario, el Tribunal de Trabajo del Estado federado se ha remitido acertadamente al transcurso de la lucha laboral, que permite reconocer con claridad la función puramente defensiva del cierre patronal. La decisión del cierre patronal sólo fue adoptada tras la decisión de la huelga, y también sólo estuvo en vigor con posterioridad; inmediatamente tras la consecución de un acuerdo, se puso fin al cierre patronal, mientras que la huelga todavía continuó algunos días.

28 Sólo cabe suponer un cierre patronal ofensivo, cuando el empresario inicia la lucha laboral en el ámbito territorial del convenio, y con ello persigue un objetivo propio de regulación convencional (HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7ª ed., vol. II 2, parágrafo 47 III 2, pág. 900; SCHOLZ/KONZEN, *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht*, 1980, pág. 69; en la conclusión, igualmente, SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, pág. 336, pero que debe rechazar el rasgo delimitador del objetivo propio de regulación, después de que se haya adoptado ampliamente).

29 b) Cuando los empresarios se limitan —como en el presente caso— a rechazar total o parcialmente las exigencias convencionales de los sindicatos, entonces los cierres patronales podrían ser prescindibles de momento. Con frecuencia, el tiempo está a favor de la parte empresarial. Esto lo muestran de manera especialmente gráfica las luchas laborales del año 1978. En la industria del metal de Nordwürttemberg-Nordbaden, se trataba de reivindicaciones salariales durante un período de incremento de precios y salarios. Las tablas salariales convencionales perdían su valor, cuanto más tiempo se demoraba el aumento exigido. Todavía era más clara la debilidad del sindicato en la industria de artes gráficas, donde las negociaciones sobre un acuerdo de protección de la racionalización se demoraron muchos meses. Durante ese tiempo, cada vez más linotipistas perdían puestos de trabajo sin el aseguramiento convencional reivindicado. Había que prever que la regulación pretendida llegaría a quedar anticuada con el tiempo, por causa de la evolución. En tal situación, sobre todo, sólo el sindicato competente necesita de un medio de lucha para equilibrar su inferioridad en la mesa de negociación. Ésta es la función de la huelga, y éste era también el objetivo del paro de trabajo en el presente caso.

30 c) El derecho de huelga quedaría sin efecto, y el equilibrio en la negociación pretendido con este instrumento estaría perturbado, si los empresarios dispusiesen de un medio defensivo de

lucha eficaz, y pudiesen gravar el ejercicio del derecho de huelga con un riesgo insoportable, y con ello, frustrar su fuerza compensatoria. Pero el demandante va demasiado lejos, cuando deduce de ello que los empresarios no necesitan en absoluto de ningún medio de lucha, y por consiguiente, que el cierre patronal está prohibido por principio. Más bien, son posibles formas de lucha que desplazan excesivamente los pesos en beneficio de los sindicatos. Los paros laborales que, por ejemplo, se manejen tácticamente o se limiten espacialmente o temporalmente, podrían conducir a una inferioridad tan acusada de los empresarios atacados, que éstos por su parte necesitan un medio de lucha defensivo para la paridad en la negociación. Éste es el motivo del reconocimiento del poder de cierre patronal defensivo.

31 En este sentido, la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo ya ha perfilado claramente la conexión entre la huelga y el cierre patronal, y la paridad en la negociación y la autonomía colectiva, con las siguientes afirmaciones (BAG 23, 292 [308] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III B 1]):

32 «Si una parte, señaladamente la de los trabajadores, representada por el sindicato, pudiese decidir en solitario el acontencimiento de lucha, y el empresario estuviese limitado a tolerar y soportar la lucha laboral, entonces existiría el riesgo de que la regulación de las condiciones de trabajo ya no se basase en un sistema de acuerdos libres, que es el requisito, y una razón inherente, para el funcionamiento del sistema de convenios colectivos. A reserva de la concreta situación, y en especial también la situación económica cambiante, que se ponga como pretexto, debe asegurarse por principio que una parte del convenio colectivo no pueda imponer de antemano a la otra su voluntad, sino que existan en lo posible las mismas oportunidades de negociación. De otro modo, la autonomía colectiva no puede funcionar con exclusión del arbitraje estatal obligatorio».

33 Ya antes, el Tribunal Federal Supremo había reconocido que las oportunidades en la negociación, más o menos paritarias, forman parte de los requisitos materiales de la autonomía colectiva, porque si no, la celebración negociada del contrato no estaría asegurada; y con ello, la necesidad de fondos de huelga estaría justificada (AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en 2 de los Motivos]).

34 En la infinita doctrina científica sobre el Derecho de lucha laboral, las opiniones sobre la calificación del cierre patronal y la cuestión de la paridad discrepan ampliamente. Por lo menos, existe concordia en lo esencial, acerca de que la autonomía colectiva garantizada constitucionalmente exige oportunidades de negociación equivalentes, y de que al derecho de lucha laboral como institución le corresponde la tarea de construir este equilibrio de fuerzas. Por este motivo, también se acepta mayoritariamente que los cierres patronales no pueden ser excluidos en su totalidad (cfr., sólo en los últimos tiempos: BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 237 y ss., y 322 y ss.; DÜTZ, *DB*, 1979, suplemento 14, pág. 1, y *EzA*, art. 9 GG Arbeitskampf núm. 27, nota sobre I 3; EICHMANNS, *RdA*, 1977, 135 [137]; HANAU, *Wirtschaftspolitische Chronik*, 1978, fascículo 3, pág. 173 [175]; SCHOLZ/KONZEN, *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht*, 1980, págs. 172 y ss.; KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 56 y ss.; LÖWISCH, *RdA*, 1980, 1 [4]; TH. RAISER, *Die Aussperrung nach dem GG*, 1975, págs. 664 y ss.; RICHARDI, *NJW*, 1978, 2057 [2060]; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, págs. 25 y ss., y 64 y ss.; SÄCKER, *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, t. 12 [1974], pág. 17 [40 y ss.]; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, pág. 329, y *Arbeitskampfparität und Übermaßverbot*, 1979, págs. 60 y ss.; SÖLLNER, *RdA*, 1980, 14 [21]; ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, págs. 19 y ss.).

35 II. En la discusión científica, con frecuencia, el derecho de lucha laboral no se apoya sólo en la autonomía colectiva, sino también en otros preceptos jurídicos distintos, que se encuentran en la Constitución Federal, en acuerdos internacionales y en leyes laborales de la Federación.

Al respecto, la Sala no debe tomar posición concluyentemente, porque las regulaciones invocadas no permiten conclusiones relevantes. Supuesto, por ejemplo, que de ellas se pueda deducir la legalidad de los cierres patronales, no indican, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico conoce cierres patronales, cómo se debe exigir el principio de paridad.

36 1. Ante todo, puede quedar sin decidir hasta qué punto el derecho fundamental de libertad sindical también garantiza constitucionalmente, aparte la autonomía colectiva, una determinada ordenación de la lucha. Hasta ahora, el Tribunal Federal Constitucional ha dejado abierta conscientemente esta cuestión (cfr. BVerfGE 18, 18 y ss. = AP Nr. 15 zu §2 TVG; BVerfGE 38, 386 = AP Nr. 50 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*). Además, en su Sentencia sobre cogestión de 1 marzo 1979 (BVerfGE 50, 290 [371] = AP Nr. 1 zu §1 *MitbestG* [en C IV 2 b de los Motivos]), ha expresado muy claramente que el derecho fundamental de libertad sindical, en cualquier caso, no contiene ninguna garantía sobre la continuidad del sistema actual de lucha laboral y de convenios colectivos. La Sala sólo tiene que decidir qué consecuencias se derivan, para el derecho de lucha laboral, del Derecho convencional vigente que se concreta en la autonomía colectiva.

37 Por ello, también puede orillarse en el litigio, si el artículo 9, apartado 3, inciso 3, de la Constitución Federal, que se insertó en la Constitución por medio de la Ley de Estado de Emergencia de 24 junio 1968 (Boletín Oficial Federal, I, pág. 709), habla de una garantía del derecho de cierre patronal. A primera vista, parece que hay que suponerlo, porque las «luchas laborales» se aseguran en general contra medidas jurídicas en situaciones de emergencia. De ello se ha concluido que no se puede prohibir en «situaciones normales» lo que incluso queda garantizado en estado de emergencia (SCHMID, *Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG*, 1972, págs. 87 y ss.; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, pág. 34; HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7ª ed., t. II 2, en parágrafo 47 B I 2 b, págs. 916 y ss.). Frente a ello, se sostiene por la doctrina mayoritaria que la conclusión respecto de un estado de emergencia no es concluyente en situación de normalidad, y está en contradicción con los propósitos del legislador histórico (BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 133 y ss.; KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 31 y ss.; TH. RAISER, *Die Aussperrung nach dem GG*, 1975, págs. 25 y ss.; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 71 y ss.; ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, pág. 14). Sin embargo, incluso si se sigue la posición minoritaria y se entiende el artículo 9, apartado 3, inciso 3, de la Constitución Federal como garantía constitucional tanto de la huelga como del cierre patronal, de ello poco se deriva para la decisión del caso concreto. Ciertamente, con esta interpretación es contraria a la Constitución una prohibición general del cierre patronal, pero no una diferenciación en los requisitos y en los límites. Que, también en el caso de la Ley de Estado de Emergencia, puede tratarse sólo, en realidad, de la garantía de un sistema de convenios colectivos capaz de funcionar, no lo niega nadie (muy claro, RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, págs. 39 y ss.).

38 2. Tampoco en convenios de Derecho Internacional Público, la República Federal de Alemania ha contraído obligaciones que vayan más allá del Derecho convencional y del Derecho de lucha laboral vigentes.

39 a) De conformidad con la Parte II, artículo 6, núm. 4, de la Carta Social Europea de 18 octubre 1961, las partes contratantes reconocen el derecho de los trabajadores y de los empresarios a medidas colectivas, con inclusión de la huelga en caso de conflictos de intereses, a reserva de eventuales obligaciones derivadas de convenios colectivos vigentes (Boletín Oficial Federal, 1964, II, pág. 1262 [1267]).

40 Es de suponer que, por medidas colectivas de los empresarios a los efectos de la Carta Social Europea, hay que entender los cierres patronales (cfr. MITSCHERLICH, *Das Arbeitskampfrecht*

der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta, 1977, págs. 61 y ss.; FROWEIN, *Zur völkerrechtlichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung*, 1976, pág. 10; ISELE, *Die Europäische Sozialcharta*, 1967, págs. 14 y ss. [62 y ss.]; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 316 y ss., todos con justificaciones adicionales; de otra opinión: LERCHE, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes*, 1968, págs. 82 y ss.; BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 140 y ss.). También la comisión de expertos a la que se confía el control de la Carta Social Europea, según su Parte IV, artículo 24, sostiene esta opinión, «porque el cierre patronal es la principal, cuando no la única, forma de acción colectiva, que los empresarios pueden adoptar para la defensa de sus intereses» (citado según MITSCHERLICH, en el lugar indicado, pág. 62). El legislador alemán ha partido de la misma idea con la promulgación de la Ley de Asentimiento de 19 septiembre 1964; en la motivación se advierte acerca de que la jurisprudencia ha confirmado de la misma manera el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal (BT-Drucksache IV/2117, pág. 31). Más difícil de decidir es la cuestión adicional, de si la Carta Social Europea integra directamente el Derecho federal vigente, o si por lo menos vincula al legislador y al juez que perfecciona el Derecho (así, por ejemplo, MITSCHERLICH, en el lugar indicado, págs. 36 y ss.; FROWEIN, en el lugar indicado, pág. 18; SEITER, en el lugar indicado, págs. 137 y ss.; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, págs. 17 y ss.; de otra opinión: SCHOLZ/KONZEN, en el lugar indicado, págs. 61 y ss.).

41 Sin embargo, ambas cuestiones carecen de importancia práctica en la opinión jurídica de la Sala, porque la admisibilidad de los cierres patronales cabe derivarla ya de la autonomía colectiva. Que, además, por motivos sociales, el cierre patronal verdaderamente está ligado a requisitos más severos que la huelga, no representa ninguna violación del artículo 6, núm. 4, de la Carta Social Europea. No se exige una completa igualdad de la huelga y del cierre patronal (MITSCHERLICH, en el lugar indicado, pág. 92; RÜTHERS, en el lugar indicado, pág. 19).

42 b) Aún menor es el valor informador del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950 (Boletín Oficial Federal, 1952, II, pág. 686), y del Convenio núm. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 julio 1948, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (Leyes de Transformación de 20 diciembre 1956, Boletín Oficial Federal, 1956, II, pág. 2078/1958, II, pág. 113). Ciertamente, ambos Convenios se han convertido en Derecho vigente de manera indiscutible por medio de la Ley de Transformación, pero sólo garantizan la libertad sindical de forma genérica, y en cualquier caso, no van más allá de los principios constitucionalmente garantizados en la República Federal de Alemania por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (cfr. TH. RAISER, *Die Aussperrung nach dem Grundgesetz*, 1975, pág. 95; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, págs. 19 y ss.). El derecho de lucha laboral no se menciona directamente.

43 3. En cambio, en diferentes leyes de carácter laboral y de seguridad social de la Federación, se habla en general de «lucha laboral» o de «luchas laborales» (parágrafo 2, apartado 1, núm. 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo; parágrafo 25 de la Ley de Protección contra el Despido; parágrafo 74, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa; parágrafo 66, apartado 2, de la Ley de Representación del Personal de la Federación; parágrafo 116 de la Ley de Promoción del Trabajo; y parágrafo 11, apartado 5, de la Ley para la Regulación de la Cesión de Trabajadores con Fines Empresariales). En el parágrafo 18, apartado 7, de la Ley para el Aseguramiento de la Integración de los Grandes Discapacitados en el Trabajo, el Oficio y la Comunidad, la huelga y el cierre patronal se mencionan incluso juntos. Todos estos preceptos carecen de principios sobre el derecho de lucha laboral, y en este sentido son «neutrales» (BAG 23, 292 [308] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III B 1]). Pero regulan problemas ulteriores y

exigen, además, la existencia de las luchas laborales legales en la forma de huelgas y de cierres patronales. En consecuencia, confirman la apreciación fundamental que la jurisprudencia ha tomado del análisis del Derecho convencional.

44 Así, el párrafo 18, apartado 7, de la Ley para el Aseguramiento de la Integración de los Grandes Discapacitados en el Trabajo, el Oficio y la Comunidad, exige que el gran discapacitado que sea despedido sin previo aviso por causa de un cierre patronal, deba ser contratado de nuevo. Esto sería innecesario si los cierres patronales fuesen inadmisibles en general, porque entonces tampoco existiría ningún motivo importante para un despido sin previo aviso, y la relación laboral no podría extinguirse en absoluto. Lo mismo rige en relación con el párrafo 13, apartado 2, de la Ley de Protección de la Mujer en Activo, donde no sólo se habla de despido, sino de resolución, porque el legislador quería tomar en consideración el cierre patronal extintivo (en BT-Drucksache IV/3652, pág. 9). Igualmente, la regulación del párrafo 116, apartado 2, de la Ley de Promoción del Trabajo es innecesaria en relación con los cierres patronales. Si este medio de lucha fuese ilícito en general, los trabajadores que padecen el cierre conservarían su derecho al salario, y la regulación del desempleo se derivaría del párrafo 117 de la Ley de Promoción del Trabajo. Por estos motivos, en la doctrina científica se sostiene la opinión de que el legislador ha querido aprobar expresamente la jurisprudencia sobre lucha laboral del Tribunal Federal de Trabajo (cfr. SEITER, *JA* 1979, 337 [338 y ss.], y SÖLLNER, *RdA* 1980, 14 [19 y ss.]). Sin embargo, el contenido regulador de los preceptos mencionados no es suficiente por ahora. De las insuficientes regulaciones en cuanto a la lucha laboral sólo se puede deducir que el legislador respeta el derecho de lucha laboral vigente, pero que no quería estructurarlo (SCHOLZ/KONZEN, *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht*, 1980, págs. 58 y ss.).

45 Esto rige, incluso, en relación con el párrafo 25 de la Ley de Protección contra el Despido, según el cual la protección legal contra el despido no interviene, supuesto que las extinciones y los despidos se planteen principalmente como medidas en luchas laborales. El precepto sólo limita directamente el ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido (BAG 23, 292 [315] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III D 2 b]). Naturalmente, esta neutralidad de la protección legal del puesto de trabajo tenía inicialmente gran importancia práctica en caso de luchas laborales. Pero el desarrollo ulterior del Derecho de lucha laboral ha hecho retroceder fuertemente esta importancia (A. HUECK/G. HUECK, *KSchG*, 9ª ed., párrafo 25, nota 1). No cabe extraer una autorización general para el cierre patronal extintivo del párrafo 25 de la Ley de Protección contra el Despido (de otra opinión, SEITER y SÖLLNER, en el lugar indicado; seguramente también, RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, pág. 44). El precepto sólo habla genéricamente de extinciones y despidos como medidas en luchas económicas entre empresarios y trabajadores, pero no significa nada más allá, en especial bajo qué requisitos son admisibles las luchas laborales.

46 4. Aisladamente, se sostiene la opinión de que el cierre patronal encuentra su fundamento legal en jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo. Ésta ha generado normas que poseen eficacia vinculante en la práctica jurídica, a pesar de su origen consuetudinario y judicial (LAG Hamm, *DB* 1979, 1415 y ss. [en II 3 b]; análogamente, BÖTTICHER, *RdA* 1969, 367 [368]). Sin embargo, esto no es correcto.

47 Una jurisprudencia constante sólo puede generar Derecho consuetudinario, cuando se traspassa a la conciencia jurídica general y es aceptada mayoritariamente como norma aplicable por la comunidad jurídica. Sólo una general «voluntad de validez jurídica» conduce a la eficacia normativa (LARENZ, *NJW* 1951, 497 y ss., y *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., pág. 425; ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15ª ed., subtomos 1º, párrafo 42). Este requisito no se cumple por la jurisprudencia sobre lucha

laboral del Tribunal Federal de Trabajo. Los principios desarrollados por el Tribunal Federal de Trabajo fueron controvertidos desde el principio. Que fuese asumida por la voluntad de validez jurídica de los empresarios y trabajadores afectados, aún no se ha declarado nunca o ni siquiera afirmado (cfr., con todo detalle, EVERS, *Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung*, 1969, págs. 90 y ss.).

48 La denominación «Derecho judicial» tampoco puede inducir a la conclusión errónea de que los tribunales podrían establecer las normas. Ciertamente, las decisiones fundamentales constituyen una fuente jurídica de conocimiento, pero no crean ninguna norma (LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., pág. 424; en el resultado, igualmente, ADOMEIT, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, 1969, pág. 44; KRIELE, *Die Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., 1976, págs. 271 y ss.). Supuesto que la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo en su Auto de 21 abril 1971 ha hablado de «Derecho judicial en sustitución de la Ley» (BAG 23, 292 [320] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III, último apartado, de los Motivos]), se trata de otra problemática. El Tribunal tenía que aclarar la cuestión de si los principios desarrollados por él pueden ser aplicados retroactivamente. En este contexto, el carácter de creación de Derecho de la decisión fundamental debía ser observado por motivos relativos al Estado de Derecho. El Tribunal Federal de Trabajo siempre ha desarrollado reglas sobre retroactividad cuando los nuevos conocimientos jurídicos no son previsibles para la práctica (cfr. BAG 22, 215 [228 y ss.] = AP Nr. 10 zu §75b HGB [en C III 3 de los Motivos]; BAG 24, 177 [194 y ss.] = AP Nr. 156 zu §242 BGB Ruhegehalt [en A IV de los Motivos]).

49 En consecuencia, la función de perfeccionamiento del Derecho de la jurisprudencia no debe ser negada. Está abierta hoy en día, precisamente en el Derecho de lucha laboral. Pero el juez que debe decidir una cuestión no regulada no es libre en la medida en que lo es el legislador, sino que está vinculado por las decisiones valorativas del ordenamiento jurídico (artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal). Debe legitimar sus conclusiones sobre la base de las normas vigentes. Por ello, el valor de una decisión fundamental de perfeccionamiento del Derecho, sólo puede ser determinado dentro del ordenamiento jurídico, conforme a la escala de valores del Derecho, que se completa o interpreta por la jurisprudencia. Sería equivocado querer construir una ordenación jerárquica del valor entre la jurisprudencia de un tribunal federal y el Derecho de un Estado federado (al respecto, cfr. BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 386 y ss.; EVERS, en el lugar indicado, págs. 85 y ss.; SCHOLZ, *DB 1972, 1771* [1773 y ss.]). El Derecho judicial sobre Derecho federal es parte del Derecho federal. Esto rige, también, en relación con el Derecho de lucha laboral, que hay que deducir de las decisiones valorativas del Derecho convencional.

50 III. El demandante opina que el cierre patronal no sólo está privado de fundamento legal; además, viola los principios centrales de nuestra Constitución. La exclusión colectiva del trabajo viola la dignidad humana de los trabajadores afectados y la libertad sindical de los sindicatos. La Sala no puede seguir esta opinión.

51 1. El demandante ve una violación de la dignidad humana en que los cierres patronales interfieren profundamente, y hasta la destrucción de la existencia, en la expectativa personal de vida de los trabajadores que padecen el cierre patronal. Esto sucede en el marco de una disputa colectiva por motivos de política convencional, en la que se deja de lado el destino individual de las personas afectadas.

52 Es cierto que las luchas laborales exigen grandes sacrificios individuales de los trabajadores afectados. La posibilidad de trabajar y de asegurar la base económica de la existencia es esencial para la dignidad de las personas. Por ello, SCHOLZ/KONZEN también sostienen que la adopción de la lucha laboral en el orden jurídico y social pesa mucho en la esfera personal de los afectados, lo cual sitúa la dignidad humana en el centro de su valoración (*Die Aussperrung*

im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, pág. 90). Esto cabe observarlo en la cuestión de los límites del cierre patronal. Sin embargo, por esta vía no se logra justificar una prohibición general del cierre patronal. La idea de persona de la Constitución no es la de un individuo soberano aislado; más bien, la Constitución ha decidido la situación de tensión individuo-comunidad, a los efectos de la relación de la persona con la comunidad y de vinculación de la persona con la comunidad, sin ofender con ello su valor propio (BVerfGE 4, 7 [15 y ss.]; 8, 274 [329]; cfr., también, las pruebas adicionales en LEIBHOLZ/RINCK, *GG*, 4ª ed., artículo 1, nota 2). Dado que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza la acción de la coalición y, ante todo, la autonomía colectiva, la Constitución exige en determinados ámbitos que retrocedan los intereses individuales frente a las acciones y regulaciones colectivas, sobre todo cuando se trata de la protección de intereses de un particular. Asimismo, esto se produce en transacciones convencionales que no se pueden ganar luchando, pero sobre todo también en caso de huelgas. Igualmente en éstas, los trabajadores huelguistas y los afectados indirectamente por la huelga, con frecuencia, deben asumir serios sacrificios personales, e incluso, ciertamente, cuando no están interesados directamente en los objetivos de la lucha. Los cierres patronales no pueden ser juzgados de otra manera, supuesto que deban estar a disposición del funcionamiento de la autonomía colectiva, y con ello, de una ordenación razonable de la vida laboral.

53 2. El demandante menciona un problema similar de colisión con su apelación al artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal. Según este precepto, son ilícitas las acciones que buscan impedir o limitar el derecho de la coalición. El demandante ve tal acción en todo cierre patronal defensivo, porque persigue el objetivo de combatir, de limitar, o de hacer imposibles las huelgas. Pero el derecho de huelga está garantizado constitucionalmente, y por ello, no puede ser impedido de ninguna manera (HOFFMANN en KITTNER [Editor], *Streik und Aussperrung*, 1974, págs. 71 y ss.; ZACHERT/METZKE/HAMER, *Die Aussperrung*, 1978, págs. 187 y ss.; WOLTER, *AuR* 1979, 193 [195 y ss.]).

54 Esta argumentación pasa por alto que la libertad sindical, por medio del artículo 9, apartado 3, inciso 1, de la Constitución Federal, se «garantiza para todos y para todas las profesiones», y por consiguiente, corresponde igualmente a los empresarios y a los trabajadores. Esto también lo dice unívocamente el Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE 50, 290 [367]). Si los trabajadores, en aras del equilibrio en la negociación, pueden llevar a cabo luchas laborales, por principio no puede regir para los empresarios nada distinto. Esto no significa que la huelga y el cierre patronal deban ser tratados mecánicamente de igual manera, y que las diferenciaciones estén prohibidas. Más bien, precisamente por motivos de paridad, hay que observar la diferente situación de intereses de las dos contrapartes sociales. Pero cuando formas determinadas de lucha, como por ejemplo huelgas parciales, conducen al predominio en la negociación de los sindicatos, el cierre patronal defensivo no puede valorarse como una acción contraria a la coalición, a los efectos del artículo 9, apartado 3, inciso 2, de la Constitución Federal, siempre y cuando sólo sirva para la reconstrucción del equilibrio (cfr. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *GG*, artículo 9, marginal 333, nota a pie 2).

55 IV. La cuestión nuclear del Derecho convencional y del Derecho de lucha laboral, sobre cómo debe presentarse la relación de fuerzas de las contrapartes sociales en la mesa de negociación, y qué medio de lucha compensatorio debe ponerse a disposición, se discute intensamente en la doctrina científica. Los resultados van desde la completa libertad de medios de lucha de ambas partes, hasta la prohibición absoluta del cierre patronal. Estas diferencias se derivan de que en la reflexión se incluyen criterios completamente distintos. La Sala considera conveniente una valoración estandarizada de las circunstancias materiales, económicas y sociales y, en consecuencia, llega a un resultado diferenciador.

56 1.a) Al principio, predominaba una visión puramente formal. Huelga y cierre patronal se entendían como armas de la misma especie, para las que también debían regir los principios del mismo tipo. Esto correspondía a la jurisprudencia del Tribunal del *Reich* y del Tribunal de Trabajo del *Reich* (cfr. RGZ 54, 255 [258 y ss.]; ARS 2, 122 [125 y ss.] y 2, 128 [131], y se recogió en el primer Auto de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo sobre el derecho de lucha laboral (BAG 1, 291 [308 y ss.] = Ap Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en II 1 de los Motivos]). La teoría de la «paridad formal» o la «igualdad de armas» de las contrapartes sociales se justificó con la neutralidad del Estado y el desarrollo histórico. Entonces, las partes en lucha no podían «ser privadas del medio de lucha heredado sobre la base del desarrollo histórico y de la práctica social» (HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7ª ed., tomo II 2, sobre parágrafo 47 B V 2, pág. 929, con justificaciones adicionales). Al mismo resultado llegan los que sostienen una «paridad normativa». Ellos también opinan que no puede depender de la relación de fuerzas materiales, porque el ordenamiento jurídico considera equilibradas la parte de los empresarios y la parte de los trabajadores (MAYER/MALY, *DB* 1979, 95 [98]). Como reflejo de la necesidad de neutralidad, el principio de paridad descarta la intervención compensatoria en el acontecimiento de lucha.

57 Este tipo de reflexión reduce la función que se da al ordenamiento jurídico a través de la autonomía colectiva. Un sistema de convenio colectivo que funcione exige oportunidades de negociación aproximadamente equilibradas de las contrapartes sociales. Pero el necesario equilibrio en la negociación no cabe fingirlo formalmente, ni se deja regular normativamente. Por ello, la Sala General ha abandonado el principio de la paridad formal, para pasarse a una valoración material de la paridad (BAG 23, 292 [308] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en Parte III B 1 de los Motivos]; análogamente, BGH AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en 2 de los Motivos]). Con esto se queda la Sala actuante. También la opinión mayoritaria en la doctrina científica exige la paridad material, y por consiguiente, en principio, un equilibrio material de las contrapartes sociales (cfr., sobre el estado de la discusión hasta el final de 1974, SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, pág. 161, nota a pie 33; para tiempos más recientes, ante todo, BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 224 y ss., 244 y ss.; DÜTZ, «Nota» en *EzA* Artículo 9 GG Arbeitskampf núm. 27; EICHMANN, *RdA* 1977, 135 y ss.; HANAU, *Wirtschaftspolitische Chronik*, 1978, cuaderno 3, pág. 173 [176 y ss.]; KLEIN, *Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat*, 1979, págs. 143 y ss.; KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 53 y ss.; LÖWISCH, *RdA* 1980, 1 [3 y ss.]; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, págs. 72 y ss.).

58 b) A pesar de la concordia subsiguiente en la exigencia de un equilibrio material en la negociación y en la lucha, se producen notables diferencias en relación con la cuestión de qué importancia tiene la historia social hasta el presente. SCHOLZ/KONZEN son los que llegan más lejos sobre esto. Ciertamente, ellos admiten que la paridad de las coaliciones no puede verse de manera puramente formal, sino que debe explicitarse en una igualdad material de oportunidades. Pero el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal parte, ante todo, de la «igualdad jurídica liberal preestablecida», y el constituyente esperaba que la paridad material de las coaliciones se formase en la actuación en libertad de las coaliciones. Sólo si la esperanza de la Constitución se demostrase definitivamente como falsa, entonces la prohibición de intromisión del Estado de Derecho se reemplazaría por el principio de Estado social (*Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht*, 1980, págs. 175 y ss.).

59 Sin embargo, esto no es convincente. La idea de una igualdad jurídica liberal-preestablecida no cabe extraerla del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, aun cuando de esta norma constitucional se desprenda la garantía de la esencia de la coalición y la protección de la acción en cuanto que coalición. En especial, no queda claro cómo podría darse una actuación

en libertad de la coalición, en la que la inferioridad de una parte se compensa sin intervención estatal y, por consiguiente, la paridad material de las coaliciones se «forma» por sí misma.

60 c) La mayor parte de los autores no quiere utilizar el desarrollo de la historia social hasta el presente en el sentido de una ventaja normativa, sino sólo como indicio y como medio de conocimiento (en especial, con detalle, BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 244 y ss.). Éste es un procedimiento adecuado. Sólo presenta problemas cuando de ello debían derivarse las reglas de la carga de probar. Así, con frecuencia se sostiene la opinión de que existe una presunción material respecto del equilibrio de las fuerzas en la práctica de la lucha laboral actual (cfr. DÜTZ, «Nota» en *EzA* Artículo 9 GG Arbeitskampf núm. 27, pág. 246; HANAU, *Wirtschaftspolitische Chronik*, 1978, cuaderno 3, pág. 173 [192]; LÖWISCH, *RdA* 1980, 1 [8 y ss.]; RAISER, *Die Aussperrung nach dem Grundgesetz*, 1975, pág. 83; RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, pág. 79). Por el contrario, algunos autores próximos a los sindicatos sostienen la opinión contraria a las leyes. Según ellos, la admisibilidad del cierre patronal exige la prueba de que este medio de lucha es necesario para la construcción de la paridad (cfr. FÖHR, *DB* 1979, 1698 [1699] y ZACHERT/METZKE/HAMER, *Die Aussperrung*, 1978, pág. 128).

61 En verdad, las reglas de la carga probatoria y las presunciones materiales de la problemática de la paridad no están justificadas (cfr. GOLL, *RdA* 1980, 22 [24]). También es dudoso el valor informativo de la práctica convencional y de la práctica de lucha laboral actuales, desde la existencia de la República Federal de Alemania. En el período de crecimiento económico y de aumento continuo del bienestar, las condiciones para el equilibrio social eran extraordinariamente más favorables. Pero el Derecho de lucha laboral debe dar buen resultado precisamente en tiempos de crisis, cuando ambas contrapartes sociales emplean a fondo sus fuerzas según sus posibilidades. Sólo entonces llegan a ser perceptibles los eventuales desequilibrios, y a ser fuertes las reivindicaciones para las correcciones. Hasta 1978, los Tribunales de Trabajo sólo han sido invocados raramente, de manera que todavía no podía desarrollarse en absoluto una casuística jurídica sobre el Derecho de lucha laboral.

62 2. Aun cuando también son decisivas las proporciones de fuerzas reales, ello no significa, por otra parte, que todas las particularidades de una lucha laboral (finalidad de la lucha, situación económica, grado de organización, etc.) deban ser tomadas en consideración. El principio de la paridad se refiere (sin perjuicio, en principio, de la libertad de medios de lucha aplicables) al arsenal de medios de lucha admisibles. Debe ser explicitado en reglas formuladas de manera genérica y abstracta, y por ello, sólo puede comprender criterios que sean accesibles a una valoración estandarizada. Las ventajas condicionadas por la situación, que pueden repercutir con mucha fuerza en luchas laborales concretas, quedan necesariamente sin ser tomadas en consideración (BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 227 y ss.; KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 54 y ss.; RAISER, *Die Aussperrung nach dem GG*, 1975, págs. 70 y ss.; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 163 y ss., y 167 y ss. ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, pág. 34; de otra opinión: WOLF, *ZfA* 1971, 151 y ss., y KEMPEN, *AuR* 1979, 74 y ss.).

63 3. La conexión interna del principio de paridad con la autonomía colectiva no sólo estaba en contra de la valoración concreta referida al caso particular, sino que asimismo también estaba en contra de una inclusión global de todos los criterios posibles que puedan repercutir, en otros ámbitos, en la proporción de fuerzas de empresarios y trabajadores.

64 Esto es malinterpretado por los representantes de la llamada «paridad global». Ante todo, DÄUBLER (*JuS* 1972, 642 [645]) y KITTNER (*GewMh* 1973, 91 [100 y ss.]) han sostenido la opinión de que la parte de los trabajadores es siempre inferior, en caso de una valoración global socio-económica. En un sistema capitalista de economía de mercado-privada, los trabajadores

no tendrían ninguna oportunidad real de decidir en su beneficio la lucha por el reparto. Con el poder de disposición sobre los medios de producción, los empresarios son libres para decidir sobre inversiones, precios, racionalizaciones, tipo, lugar y volumen de producción, etc. (al respecto, también, cfr. HOFFMANN, GAHLEN y ZINN en KITTNER (Editor), *Streik und Aussperrung*, 1974). Otros autores incluso quieren tomar en consideración intensamente la dotación personal de las asociaciones de empresarios, la importancia de las cámaras de industria y de comercio, las posibilidades de influencia en la política económica del Estado y el influjo de la opinión pública (ZACHERT/METZKE/HAMER, *Die Aussperrung*, 1978, págs. 150 y ss.; WOHLGEMUTH, *BB* 1979, 111 [115]; WOLTER, *AuR* 1979, 193 [197 ss.]). De ello puede derivarse en conjunto, que los empresarios y sus asociaciones no dependen de los medios de lucha laboral, y que el principio de la paridad material debe conducir a la inadmisibilidad genérica del cierre patronal.

65 A esta argumentación hay que oponer, en primer lugar, que exigiría lo totalmente imposible del legislador y de la jurisprudencia. El equilibrio global entre coaliciones de empresarios y coaliciones de trabajadores nunca será alcanzable, y tampoco puede ser promovido por ningún ordenamiento jurídico. Las variadas posibilidades políticas, económicas y sociales de organización se escapan ampliamente de la comprensión y, ante todo, de una valoración comparable.

66 Pero ante todo, la teoría de la paridad global subestima la función limitada del Derecho de lucha laboral desde la perspectiva de la autonomía colectiva. Una ordenación compensadora y una ordenación de la lucha colectiva no es adecuada por su naturaleza para compensar desigualdades de carácter integralmente político y para anular las leyes económicas del mercado. Incluso cuando, por ejemplo, las empresas estuvieran en la posición de subir arbitrariamente los precios, y por consiguiente, de evitar la presión salarial por medio de la estructuración de los precios (lo que, en verdad, sólo es posible limitadamente), ello no podría ser evitado por ninguna política convencional ni por ningún medio de lucha laboral (cfr., ilustrativamente, SÄCKER, *Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrecht*, 1974, pág. 101; ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, pág. 31). Igualmente poco cabe influir en la libertad de decisión inversora con los medios del Derecho de lucha laboral y del derecho al convenio colectivo (ZÖLLNER, en el mismo lugar indicado, pág. 32). Estas posibilidades económicas sólo cabe abarcarlas con otros medios jurídicos (por ejemplo, por medio de la cogestión). En cambio, en el presente contexto material, depende de cómo las fuerzas negociadoras de las contrapartes sociales pueden repercutir en la negociación de convenios colectivos, y cómo puede influirse por medio del instrumento de la lucha laboral. Se trata sólo de una paridad referida a lo colectivo (cfr., en especial ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, págs. 31 y ss. y 47; más reciente, BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 324 y ss.; y KREJCI, *Aussperrung*, 1980, pág. 49).

67 V. En el presente caso, la problemática de la paridad no deber ser debatida en toda su extensión. Ante todo, sobra una toma de posición sobre el cierre patronal ofensivo, sobre el cierre patronal de solidaridad y sobre el cierre patronal extintivo, porque tales formas de lucha no tuvieron lugar. Lo importante de la decisión es la cuestión de cómo se presenta la proporción de fuerzas de las contrapartes sociales, cuando el sindicato competente reivindica un convenio colectivo sectorial, y sin embargo, sólo convoca la huelga para una pequeña parte de los trabajadores afectados. En la doctrina científica y en los análisis sobre política de las asociaciones, también se ha discutido, ante todo, sobre esta variante del caso. Todas las explicaciones subsiguientes, supuesto que no deban ser expresadas por causa del contexto de elaboración intelectual del principio, se destinan en su totalidad a este problema.

68 1. El uso común de la lengua puede provocar fácilmente una idea errónea sobre la función de las medidas de lucha de ambas partes. Con frecuencia, se habla de armas de ataque y de

defensa, de ataque y de contraataque. Esto da la impresión, en cuanto a los objetivos, de que la huelga sólo va en una dirección, y que el cierre patronal defensivo va sólo en otra dirección. En verdad, tanto la huelga como el cierre patronal son armas absolutamente de doble filo. Ciertamente, el paro colectivo de trabajo priva a los empresarios de la fuerza de trabajo necesaria, pero simultáneamente suspende el derecho al salario, y con ello, priva a los trabajadores transitoriamente de su base de sustento. El cierre patronal suspensivo de defensa, ampliatorio del marco personal de la lucha, tiene exactamente las mismas consecuencias jurídicas ambivalentes. La única diferencia de los dos medios de lucha se da en que el sindicato, en caso de huelga ofensiva, se aprovecha de la ventaja táctica de poder decidir el comienzo de la huelga y el marco de la huelga.

69 De ello se deriva la clara función delimitadora de los cierres patronales suspensivos. Sólo amplían el marco de la lucha, y por consiguiente, obligan a los trabajadores en huelga, y a los que no están afectados ni directa ni indirectamente por la huelga. El principio de la paridad sólo puede justificar tal medio de lucha cuando el sindicato atacante se ha limitado a una huelga parcial, y cuando por ello, la limitación del marco de lucha conseguida altera unilateralmente la proporción de fuerzas en beneficio de los trabajadores. Tales perturbaciones de la paridad son posibles, sin embargo, en el caso de que puedan no ser vinculadas obligatoriamente con cada huelga parcial.

70 2. Por principio, la limitación del marco de lucha en cuanto medio más atenuado, también es deseado por el interés general (FÖHR, *DB* 1979, 1698 [1701]; SCHOLZ/KONZEN, en el lugar indicado, pág. 226; KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 83 y ss.; REUTER, *Festschrift für Franz Böhm*, 1975, pág. 521 [545]; SÄCKER, *GewMh* 1972, 287 [290 y ss.]; WOLTER, *AuR* 1979, 193 [202]). Pero sobre todo, es perfectamente legítima en vista de los intereses de los trabajadores y tomando en consideración la libertad de medios de lucha en principio vigente. En este sentido, produce equívoco cuando en la doctrina científica ocasionalmente, en relación con la huelga parcial, se habla de un «conducta estricta inadmisibles» (WIEDEMANN, *RdA* 1969, 321 [333]; ZÖLLNER, *Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, 1974, pág. 53). La «conducta estricta» no puede llevar a la inadmisibilidad de la huelga, sino sólo a la admisibilidad del cierre patronal.

71 a) Un motivo de mucho peso de cara a la limitación, en lo posible amplia, del marco de huelga se deriva de la supresión del derecho al salario, la cual está unida a las luchas laborales. El salario es la base de la vida de las personas que trabajan. Su pérdida sólo puede resistirse poco tiempo, y la capacidad de sacrificio necesaria para ello se alcanza sólo muy difícilmente.

72 b) Esto aclara el importante significado compensatorio del subsidio de huelga, con que pueden contar los afiliados a los sindicatos que llevan a cabo la huelga. Ciertamente, estos pagos no logran la completa compensación del salario, pero puede partirse de que, por lo general, se restituyen aproximadamente los 2/3 del sueldo bruto (sobre el IG Metall: KITTNER, *GewMh* 1973, 91 [96], y ZACHERT/METZKE/HAMER, *Die Aussperrung*, 1978, pág. 131; datos más detallados en BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs 261 y ss., y HIRCHE, *Die Finanzen der Gewerkschaften*, 1972, págs 222 y ss.). Evidentemente, cabe soportar pérdidas de esta magnitud por tiempo limitado, pero durante este período conducen a un recorte sensible del nivel de vida. Incluso, los trabajadores no afiliados son remitidos al ámbito de la asistencia social, porque se suspende el derecho a la prestación por desempleo (parágrafo 116 de la Ley de Promoción del Trabajo).

73 En la discusión sobre el cierre patronal, en ocasiones, se sostiene la opinión de que las prestaciones sindicales de subsidio habrían desplazado por completo las cargas de una lucha laboral. No es decisiva para la fuerza de lucha de la parte de los trabajadores la capacidad de prestación del trabajador o del empleado individual, sino un patrimonio consistente de los

sindicatos. Este argumento descuida hechos esenciales. En primer lugar, queda desatendida la diferencia entre los ingresos laborales y el subsidio de lucha. Después, se ignora el gran número de trabajadores excluidos del convenio colectivo afectados por la lucha, los cuales no podrían reclamar el subsidio de lucha, y sin embargo, son imprescindibles para llevar a cabo una lucha laboral completamente eficaz. Y finalmente, no se toma en consideración que las cajas de huelga de los sindicatos, en todo caso, no son económicamente más que reservas o seguros de los afiliados sindicales para tiempos de lucha. Naturalmente, no se debe llevar para cada trabajador una cuenta separada de lucha laboral. Tampoco niega que en tiempos pasados, económicamente exitosos y político-socialmente tranquilos, se puedan crear reservas importantes. Pero todo esto no puede hacer olvidar que el patrimonio de los sindicatos se basa, en cuanto que fundamento decisivo, en las cuotas de sus afiliados, y que los costes totales de los sindicatos, de alguna forma, al final, deben ser asumidos por sus afiliados.

74 c) Estos costes son extraordinariamente altos en caso de luchas laborales. Según la exposición del IG Metall, en la presente lucha laboral en controversia, en NordWürttemberg/Nordbaden, debían ser pagados 130 millones de marcos alemanes a los cerca de 200.000 trabajadores afectados; esto es, el 42,5% de los ingresos anuales totales (estadísticas detalladas en BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, págs. 267 y ss.; y HIRCHE, *Die Finanzen der Gewerkschaften*, 1972, págs. 480 y ss.). Respecto de perjuicios de esta magnitud, el margen financiero de actuación no parece ilimitado. Verdaderamente, las cuotas sindicales son ahora, con cerca del 1% de los ingresos brutos, relativamente altas. Los aumentos de la cuota y las derramas de lucha no se realizan a voluntad (cfr. FÖHR, *DB* 1979, 1698 [1701, nota a pie 51]); podrían empujar a un límite crítico, en el que los daños al afiliado frustran el efecto financiero. LÖWISCH subraya con razón que esto «podría ser en el futuro un punto débil del ordenamiento jurídico relativo a la lucha laboral» (*RdA* 1980, 1 [8]; análogamente, BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, pág. 276; y KREJCI, *Aussperrung*, 1980, págs. 84 y ss.).

75 Los desplazamientos del equilibrio de fuerzas no se amenazan únicamente cuando un sindicato que lleva a cabo una huelga cae en dificultades de liquidez. Incluso antes, cuando la disposición para la lucha laboral, en vista del desarrollo de la liquidez, ya no parece creíble, las reivindicaciones sindicales quedan en gran parte sin efecto. Por ello, los sindicatos deben intentar que las cargas financieras de una lucha laboral se mantengan en lo posible en límites estrictos. Esto también ha ocurrido en el caso presente, en el que, al principio, sólo fueron convocados a la huelga cerca de 80.000 trabajadores, aunque en el ámbito convencional en controversia de la industria del metal están empleados cerca de 500.000 trabajadores.

76 3. Por otra parte, se objeta por los empresarios, con razón, que las huelgas parciales les ocasionaban perjuicios tal vez excesivos, e incompatibles con el principio de la paridad material. No todos los motivos que se aducen para ello son, sin embargo, convincentes.

77 a) Así, se alega por la demandada que el menor perjuicio financiero de las huelgas parciales lleva a los sindicatos a la posición de llevar a cabo luchas laborales ilimitadas. Ello se debía encarar con el medio del cierre patronal. De esta manera, los costes de la lucha podrían elevarse tan fuertemente, que los sindicatos estarían obligados a una cesión más rápida. Un acortamiento de la lucha no sirve sólo a los afectados, sino también al interés general.

78 La referencia al interés general no es convincente en este contexto. De todos modos, no hay hasta ahora ninguna regla general acerca de que los daños de una lucha laboral reducida en cuanto al espacio, pero más larga temporalmente, sean por fuerza más graves para el interés general que los de un conflicto más breve, pero llevado a cabo en un espacio más amplio (REUTER, *Festschrift für Franz Böhm*, 1975, pág. 521 [545]). Pero en tanto que tal regla no es comprobable, de ello no se deriva tampoco ningún principio para el Derecho de lucha laboral.

79 En cambio, sin duda es correcto que una ampliación del marco de lucha lleva a cargas financieras que pueden empujar a los sindicatos a los límites de su fuerza de prestación, y por consiguiente, obligarles a la cesión. Un cierre patronal con este objetivo es apropiado cuando la parte empresarial dispone de reservas financieras más grandes. Sin embargo, esto no significa que el Derecho de lucha laboral deba crear la posibilidad de poner en juego tal superioridad; esto podría ser incluso inadecuado. Ello sólo depende de si el ahorro de costes por las huelgas parciales repercute desigualmente en ambas contrapartes sociales, y por tanto, los sindicatos son favorecidos desmesuradamente frente a los empresarios.

80 Esta cuestión, que se deriva del principio de paridad, hay que contestarla negativamente como regla. Además, debe tomarse en consideración la totalidad de los afectados por el convenio, tanto en la parte empresarial como en la parte de los trabajadores. Y es que los empresarios tienen una posibilidad de compensar solidariamente sus costes, comparable en el resultado a la de los trabajadores. Podrían crear fondos de lucha y, en cualquier caso, reembolsar parcialmente los gastos y las pérdidas de beneficios derivados. De esta manera, las limitaciones de la lucha laboral repercuten minorando los costes tanto para los atacados como para los atacantes. Esto hay que aceptarlo en general, por lo menos, cuando se deja de lado la ventaja táctica del atacante de elegir «zonas de perturbación altamente sensible» (RÜTHERS).

81 b) A esta ventaja táctica de la huelga parcial pretendida, se refiere la demandada con su segunda objeción, la cual juega un importante papel en el debate público. El sindicato atacante podía causar un máximo de daños con un mínimo de gastos, por medio de la delimitación del marco de la lucha, aprovechando hábilmente los entresijos de la economía. Ello sólo dependía de entresacar menos centros de trabajo clave o pequeñas élites funcionales, para hacer sucumbir todos los sectores de la economía. En este contexto, por ejemplo, el Presidente de la Asociación Federal de Asociaciones Alemanas de Empresarios ha indicado que una huelga en la central de energía de BASF haría imposible el trabajo de 50.000 trabajadores (BDA-Kolloquium, *Rechtsfragen der Aussperrung*, 1978, pág. 94).

82 Esta objeción deja de lado la distribución del riesgo empresarial en las luchas laborales. Según jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo, todos los trabajadores que, como consecuencia de una huelga parcial, no podrían ser ocupados —sea por motivos técnicos o por motivos económicos— pierden sus derechos a la ocupación y al salario (cfr. BAG AP Nr. 4 zu §615 BGB Betriebsrisiko; BAG 23, 512 [517 y ss.] = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 25, 28 = AP Nr. 29 zu §615 BGB Betriebsrisiko, y últimamente, AP Nr. 30 zu §615 BGB Betriebsrisiko, también prevista para la reproducción en el repertorio oficial del Tribunal; fundamental, RGZ 106, 272). Esta jurisprudencia se discute intensamente. Sin embargo, no hay que tratarla ni que valorarla aquí en particular; no obstante, hay que aferrarse a su núcleo. Resulta decisivo que se deban tomar en consideración, junto a las cargas de una huelga parcial, las consecuencias indirectas del riesgo empresarial. A través de esto, toda lucha laboral se amplía en la práctica más o menos fuertemente con el paso del tiempo, sin que un solo trabajador deba padecer el cierre patronal.

83 La suspensión del derecho a la ocupación y del derecho al salario conduce al mismo resultado económico que el cierre patronal. Para los empresarios sólo se produce una diferencia, en cuanto que no existe margen para tácticas de lucha; hay que demostrar y probar la imposibilidad o inexigibilidad de la readmisión. Pero los propios trabajadores afectados se encuentran en la misma situación que en caso de cierre patronal, y sólo podrían recurrir, dentro del ámbito convencional funcional y geográfico, al subsidio de huelga o a la asistencia social. Fuera de este ámbito de aplicación, entran en consideración, además, las prestaciones de la Oficina Federal de Empleo; sin embargo, esto sólo es admisible, según el parágrafo 116, apartado 3, núm. 2, de la Ley de Promoción del Trabajo, cuando con ello no se influye en la lucha laboral. De ello resulta para la

táctica del sindicato que lleva a cabo la huelga, que una huelga parcial en centros de trabajo clave no ofrece por lo general ninguna ventaja, porque de esta manera el marco de la lucha no logra limitarse. Se amplía automáticamente a los centros de trabajo indirectamente afectados.

84 c) En cambio, se puede producir un importante desplazamiento del equilibrio de fuerzas en beneficio de los sindicatos, cuando las huelgas parciales se presentan como ataque eficaz a la solidaridad de los empresarios. Esta posibilidad se deriva de la situación de concurrencia y hay que aceptarla, como regla, en caso de luchas laborales muy pequeñas, como en este caso.

85 Mientras que los intereses de los afiliados a un sindicato coinciden en gran parte, y los conducen en masa a la solidaridad, los afiliados a un asociación de empresarios normalmente compiten potencial o materialmente. Ciertamente, les une el interés por transacciones convencionales favorables, y este denominador común logra acercarlos en la lucha laboral, pero los intereses contrapuestos sobre las condiciones del mercado no se neutralizan con ello. De aquí se desprende un conflicto de intereses, cuando las cargas de una lucha laboral llevada a cabo en relación con un convenio colectivo sectorial, sólo afectan a afiliados concretos de la asociación. Estos se ven en la posición de tener que resistir representando los intereses de todos los empresarios, mientras que sus compañeros de asociación, que se libran de la huelga, podrían aprovecharse del momento y ganar cuotas de mercado. Ciertamente, puede partirse de que este conflicto no es inevitable, pero sí aparece típicamente en caso de huelgas parciales limitadas estrictamente (cfr., especialmente detallado, RÜTHERS, *Rechtsprobleme der Aussperrung*, 1980, págs. 88 y ss.; también, muy sumariamente, TH. RAISER, *Die Aussperrung nach dem GG*, 1975, pág. 91).

86 A pesar de todo, la ampliación del marco de la lucha por medio de cierres patronales sería prescindible, cuando la contraposición de intereses de los empresarios se pueda neutralizar durante la lucha laboral, con medios jurídicos propios de la asociación. Un intento en esa dirección lo suponen los denominados acuerdos de ayuda de huelga, que prevén prestaciones de ayuda en caso de dificultades de suministro y prohíben el hacerse con clientes. La admisibilidad de tales acuerdos, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, es controvertida (frente a la teoría dominante, negándola, ciertamente por motivos de paridad, SÄCKER, *ZHR* 137, pág. 455 [471 y 478]). Esto no debe ser debatido aquí, porque en todo caso las prohibiciones de competencia, que se limitan en las luchas laborales, sólo pueden ser factibles en caso de circunstancias de mercado muy fácilmente clasificables, y se pueden dejar de lado por atípicas. Cuando el suministrador y el cliente pertenecen a sectores distintos y se exponen por su parte a una fuerte competencia (por ejemplo, también en el extranjero), las ventajas de competencia en relación con las condiciones de la lucha apenas se logran limitar y controlar. Verdaderamente, todas estas incertidumbres podrían provocar que la preocupación de las empresas afectadas por huelgas parciales, acerca del mantenimiento de su cuota de mercado, repercuta perjudicialmente en la solidaridad de la asociación.

87 La desigual distribución de las cargas de una huelga parcial también influirá desigualmente en la disposición para la conclusión de un convenio colectivo. De acuerdo con una valoración típica, se puede partir de que las empresas que no padecen huelgas abogarían normalmente por una posición negociadora más dura que las empresas que padecen la huelga, si los cierres patronales defensivos, por motivos jurídicos o materiales, no entran en juego. De ello se desprendería, para las empresas que padecen la huelga, la solución evidente de llegar a la «paz por separado», a través de un convenio colectivo de empresa. Esto será especialmente claro cuando el sindicato que lleva a cabo la huelga ofrece expresamente convenios colectivos de empresa a las empresas con huelgas, aunque en realidad aspire a un convenio colectivo sectorial. En la doctrina científica, se pone en duda incluso la admisibilidad de tal proceder (BOLDT, *RdA* 1971, 257; BUCHNER, *DB* 1970, 2074 [2076]; HANAU/ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, 4ª ed., pág.

75; HESS, *Zulässigkeit, Inhalt und Erstreikbarkeit betriebsnaher Tarifverträge*, 1973, págs. 53 y ss.; y WEISS, *Koalitionsfreiheit und betriebsnahe Tarifverträge*, 1973, págs. 68 y ss.; de otra opinión, BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [apartado 5 de los Motivos]). Pero incluso aquellos autores que quieren admitir un mayor margen de actuación a los sindicatos, deben conceder a la parte empresarial el derecho de evitar el ataque a la solidaridad de la asociación por medio de cierres patronales defensivos (cfr., sobre todo, HENSCHKE, *RdA* 1971, 9 [13]; WIEDEMANN/STUMPF, *TVG*, 5ª ed, parágrafo 2, marginal 84). La solidaridad de la asociación también es imprescindible para la parte empresarial, por causa de la necesidad de presión y contrapresión. No puede depender decisivamente de si se exige de manera expresa un convenio colectivo de empresa, o de si sólo se impone a los empresarios afectados como salida a un apuro. La posición de intereses y el desplazamiento de la proporción de fuerzas son iguales en ambos casos. El empresario individual puede concluir en cualquier momento un convenio colectivo de empresa.

88 Faltan análisis jurídico-materiales de las consecuencias de las huelgas parciales sobre la situación de concurrencia y la solidaridad de la asociación. Pero la Sala no puede valerse de una decisión, y por ello, tiene que conformarse con el valor importante de la experiencia. Con esta limitación, hay que partir de que las distorsiones en la competencia son tanto más fuertes, cuanto más estrictamente se define el marco de la huelga parcial. Posiblemente, carecerán de importancia sus consecuencias para la solidaridad de la asociación, si cerca de la mitad de los trabajadores del ámbito territorial del convenio es convocada a la huelga. Pero en el caso presente, se encontraban en huelga sólo 80.000 trabajadores al principio, y más tarde 90.000, del total de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio. Esto es, menos del 20%. Con una limitación tan importante del marco de lucha, la paridad requiere, de conformidad con la convicción del Tribunal, de un cierre patronal defensivo limitado. Los empresarios deben estar en la posición de ampliar adecuadamente el marco de lucha según sus puntos de vista tácticos, para compensar las distorsiones en la competencia o los perjuicios específicos sobre la solidaridad.

89 B. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha reconocido justamente que la decisión de cierre patronal que adoptó la demandada no representaba ninguna reacción desproporcionada frente a la huelga parcial del IG Metall en el ámbito territorial del convenio de Nordwürttemberg/Nordbaden.

90 I.1 La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo ha formulado, en su Auto de 21 abril 1971 (BAG 23, 292 [306] = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), el principio general: «Las acciones de lucha laboral quedan sujetas a la necesidad de proporcionalidad». Las luchas laborales representan una intromisión en el Derecho contractual y afectan no sólo a los intereses de los implicados directamente en la lucha laboral, sino también a terceros y al interés general. De ello se deriva la prohibición de llevar a cabo acciones de lucha que son innecesarias o inadecuadas, o que no están relacionadas con el objetivo perseguido. La Sala General ha desarrollado un sistema gradual de acciones de lucha (en el lugar indicado, Parte III A de los Motivos), que la Sala Primera ha repasado, aplicado y diferenciado (cfr., últimamente, la Sentencia sobre huelga de advertencia, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, también prevista para la reproducción en el repertorio oficial del Tribunal). El Tribunal Federal Supremo parece que sostiene la misma opinión. En su Sentencia sobre los controladores aéreos, ha desaprobado determinadas tácticas de lucha con la justificación de que estaban «no relacionadas con el objetivo perseguido» (AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [en 1 2 b de los Motivos]). A esta jurisprudencia hay que aferrarse.

91 2. No obstante, parece necesario disipar dos confusiones que dificultan la comprensión de los principios desarrollados, y que también contaminan el debate científico.

92 a) Esto vale, en primer lugar, para la terminología. GRABITZ (*AöR*, vol. 98, pág. 568 [570 y ss.]) ha advertido, con razón, que la Sala General, como también el Tribunal Federal Constitucional, manejan el concepto de proporcionalidad en un sentido más estricto y en un sentido más amplio. Además, se habla con frecuencia de prohibición del exceso, por lo que no siempre resulta claro si puede tratarse de un concepto con el mismo significado, de otro concepto, o de un concepto más estricto.

93 La Sala no distingue entre la prohibición del exceso y el principio de proporcionalidad. Comprende ambas denominaciones en el marco del concepto común de proporcionalidad empleado por la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo, en cuanto concepto genérico con el mismo significado, el cual agrupa los rasgos de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad. GRABITZ recomienda la denominación «proporcionalidad estricta» para evitar malentendidos, en lugar de proporcionalidad amplia, utilizada hasta ahora en el sentido más estricto de la palabra.

94 b) La adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de una acción de lucha no permiten valorar, ni mucho menos fijar con certeza, qué objetivo puede ser decisivo en el examen de estos rasgos caracterizadores. Esta cuestión es controvertida en la doctrina científica. LÖWISCH (*ZfA* 1971, 319 [326 y ss.]) sostiene la opinión de que el objetivo de la lucha laboral sólo puede depender de que deba ser libre la elección de las tácticas de lucha. Sólo así se puede evitar que los tribunales deban examinar si el convenio colectivo pretendido es apropiado, lo cual resultaría prácticamente imposible e iría en contra del principio de autonomía colectiva (en el lugar indicado, pág. 335). Por el contrario, SEITER (*Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, pág. 172) quiere concretar el principio de proporcionalidad con ayuda del principio de paridad. Como punto de referencia de la prohibición del exceso hay que situar sólo la construcción de una posición negociadora de equilibrio. A SEITER se refieren KONZEN (*SAE* 1977, 235 [237]) y MAGER (*Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, vol. 15, pág. 75 [89]), los cuales consideran inadmisibles la huelga de advertencia con esta justificación, porque no es necesaria para la construcción de la paridad.

95 En relación con el presente litigio jurídico, esta controversia no debe ser aclarada concluyentemente. En cualquier caso, es correcto que la prohibición del exceso no puede conducir a una censura del convenio. El control de los objetivos convencionales por medio de los tribunales de asuntos laborales (previsto quizá para casos extremos) sería un ataque a la autonomía colectiva, y por ello, no puede entrar en consideración respecto de la aplicación de la prohibición del exceso propia del Derecho de lucha laboral. Sin embargo, de ello no se deduce que tampoco resultase esencial la cuestión de la paridad. Aquí se da una diferencia entre la huelga, que sirve para llevar a cabo reivindicaciones convencionales, y el cierre patronal defensivo, que sólo debe compensar la superioridad negociadora del sindicato en huelga, y por consiguiente, recuperar la paridad. La función y legitimación limitadas del cierre patronal defensivo determinan al mismo tiempo el contenido de la prohibición del exceso. Sólo pueden considerarse adecuados, necesarios y proporcionales, aquellos cierres patronales defensivos que persiguen la construcción de la paridad en la negociación. En consecuencia, al mismo tiempo se define el marco para la admisibilidad de los cierres patronales defensivos.

96 3.a) La introducción de la prohibición del exceso en el Derecho de lucha laboral por medio de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo ha encontrado una fuerte oposición. Se ha reprochado al Tribunal que ha subestimado el principio de proporcionalidad, su razón de validez y su ámbito de aplicación, y por ello, que argumenta equivocadamente desde el inicio (cfr. DÄUBLER, *JuS* 1972, 642 y ss.; JOACHIM, *AuR* 1973, 289 y ss.; SÄCKER, *GewMh* 1972, 287 y ss.), y en la doctrina científica se ha dicho al respecto todo lo necesario (cfr., por ejemplo, LÖWISCH, *ZfA* 1971, 319 y ss.; SEITER, *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 150

y ss.; REUTER, *JuS* 1973, 284 y ss.; RICHARDI, *NJW* 1978, 2057 y ss.; próximamente, MAYER-MALY, publicación de una conferencia dada en Hannover, *ZfA*, 1980). La Sala no puede añadir a ello nuevos argumentos. El principio de proporcionalidad no sólo se ha desarrollado en el Derecho de lucha laboral, sino que ha aparecido como principio jurídico de supraordenación tanto en el Derecho privado como, desde hace tiempo, en el Derecho público, y finalmente, en consecuencia, para todo el ordenamiento jurídico (cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., pág. 465).

97 b) En cambio, la debilidad central del actual Derecho de lucha laboral encuentra otra crítica: por causa de la amplitud de sus cláusulas generales, la prohibición del exceso conduce, en el Derecho de lucha laboral, a un intolerable, pero en cualquier caso extraordinariamente alto, grado de inseguridad jurídica. Mientras que las cláusulas generales, por lo general, sólo pueden ser concretadas por la jurisprudencia lentamente, examinada su aplicabilidad caso por caso, y progresivamente por grupos de casos, y finalmente construirse reglas, este procedimiento apenas puede llevarse a cabo en el Derecho de lucha laboral. Las luchas laborales tienen consecuencias tan amplias, y una importancia tan extraordinaria para las partes que llevan a cabo la lucha y para el interés general, que los límites de su admisibilidad deben ser previsibles al menos a grandes rasgos. Si la cuestión de la licitud de una lucha laboral, genéricamente, sólo se pudiese responder tras un proceso de muchos años, de ello se derivarían riesgos inmensos. Las dos contrapartes sociales estarían impedidas de manera extraordinariamente grave en la defensa de sus derechos. Podría ponerse en peligro el funcionamiento de la ordenación vigente de la lucha y de la ordenación vigente de la compensación (cfr. DÄUBLER, *JuS* 1972, 642; LÖWISCH, *ZfA* 1971, 319 y ss.; REUß, *AuR* 1971, 353 [355]; REUTER, *Festschrift für Franz Böhm*, 1975, pág. 521 [552]; RICHARDI, *RdA* 1971, 334 [342]).

98 Sin embargo, esta constatación no admite la conclusión de que la prohibición del exceso en la lucha laboral podría no requerir de ninguna validez. En definitiva, muestra que es indispensable una rápida y factible concreción. Las múltiples especialidades de que podría revestirse una lucha laboral en particular (coyuntura, objetivo convencional, peculiaridades de los sectores, táctica de lucha, etc.) deben retroceder frente al deseo preferente de una delimitación clara y perceptible.

99 4.a) El establecimiento de principios abstractos, que no se refieran directamente a la decisión de casos concretos, no es en sí mismo asunto del Juez. En primer lugar, el legislador debe procurar que la seguridad jurídica no se ponga en riesgo por las lagunas del ordenamiento jurídico. Aparte de esto, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal ya obliga a establecer un sistema de convenios colectivos dispuesto a funcionar (BVerfGE 4, 96 [108] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [en C 2 b aa]).

100 b) Pero, precisamente, las propias coaliciones también son llamadas a eliminar, a través de las ordenaciones convencionales de la lucha laboral, las incertidumbres que perjudican el Derecho de lucha laboral vigente. La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo, en su Auto del año 1971, ya ha advertido enérgicamente de que el Derecho convencional ofrece la posibilidad de acordar ordenaciones autónomas de lucha laboral, que sobre todo puedan concretar el principio de proporcionalidad, con la consideración de sus rasgos característicos, y en este sentido, tampoco están vinculados a la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (BAG 23, 292 [307 y 313] = AP Nr. 43 zu Art. 9 Arbeitskampf [en Parte III A 3 y C 5 de los Motivos]). No hay ninguna limitación de los principios sustentadores del Derecho de lucha laboral. Más bien, la restricción convencional parte de la evidencia de que todo el Derecho de lucha laboral sirve a la autonomía colectiva, y que la seguridad jurídica indispensable en este ámbito sólo puede garantizarse de manera extraordinariamente débil por la jurisprudencia, conforme a su función y a su forma de actuar. Los acuerdos colectivos son un medio muy adecuado que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes del convenio colectivo, que están

cercanas al asunto y directamente afectadas (cfr. HERSCHEL, *DB* 1973, 919 y ss., y 2298 y ss.; en contra, LIEB, *RdA* 1972, 129 y ss.; para el supuesto litigioso, también la panorámica de REUTER, *ZfA* 1974, págs. 241 y ss.).

101 Supuesto que las partes del convenio colectivo nunca han hecho uso, todavía hasta ahora, de su posibilidad de regulación, se prescinde de los acuerdos de conciliación, aquí no interesantes. En ocasiones, ciertamente, en el marco de luchas laborales actuales se adoptan acuerdos limitados, que también pueden afectar al marco de la lucha, pero las ordenaciones genéricas de la lucha laboral, las cuales habrían concretado el principio de proporcionalidad, han fracasado. Por ello, la Sala está obligada, sin ayuda del legislador y de las partes del convenio colectivo, a desarrollar rasgos característicos con cuya ayuda se pueda evaluar la proporcionalidad de una acción colectiva, mientras que falten regulaciones legales y convencionales.

102 II. 1. Primero hay que partir de que el ámbito territorial del convenio también debe ser considerado como límite del territorio de la lucha (BERTELSMANN, *Aussperrung*, 1979, pág. 346; LÖWISCH, *RdA* 1980, 1 [12]; WIEDEMANN, *RdA* 1969, 321 [333]). El ámbito de aplicación espacial y funcional de un convenio colectivo no limita sólo el círculo de los destinatarios de la norma, sino que también determina la existencia de afiliados al interlocutor directo en la negociación, por ambos lados, y con ello, un factor esencial de la relación de fuerzas. Si se llega al conflicto sobre la exigencia sindical de un convenio colectivo sectorial, entonces la solidaridad de sus empresas afiliadas en el ámbito territorial del convenio es necesaria para la asociación empresarial, pero también suficiente. Y es que estas empresas deben precisar en cualquier procedimiento si, y en qué manera, quieren satisfacer u oponerse a las reivindicaciones del sindicato competente. Por ello, las perturbaciones de la solidaridad en este círculo repercuten directamente en las fuerzas negociadoras de la asociación empresarial.

103 La delimitación del ámbito territorial del convenio es el resultado de un acuerdo voluntario. Se puede partir de que las partes del convenio colectivo observan en este contexto las exigencias de la paridad en la negociación. Sobre ello aboga el hecho de que en el pasado apenas debieran proponerse modificaciones fundamentales, o que pudieran perseguirse pequeñas correcciones frente a las necesidades de la práctica. El caso presente, precisamente, ofrece un ejemplo ilustrativo de la capacidad de adaptación del rasgo característico de la delimitación. La fábrica de Laichingen, en la que el demandante estaba empleado, no pertenece propiamente al ámbito territorial del convenio de Nordwürttemberg-Nordbaden. Sin embargo, por causa de su estrecha vinculación económica con la empresa con sede en Nürtingen, la incluye en el ámbito convencional de Nordwürttemberg-Nordbaden, junto con una serie adicional de centros de trabajo que están fuera de sus límites, a través de un convenio colectivo con ámbito especial de aplicación, de 5 diciembre 1975. Finalmente, lo más dudoso parece que es si puede hacerse tal modificación del ámbito territorial del convenio en relación con la finalidad de la lucha (así, DÜTZ, *DB* 1979, suplemento 14, pág. 2). Si ello fuese posible, cada ampliación del territorio de la lucha por motivos de pura táctica de lucha, podría estar vinculada con la reivindicación y estar justificada, y entonces también el ámbito territorial del convenio puede ampliarse análogamente. El rasgo característico de la delimitación perdería así todo significado práctico (LÖWISCH, en el lugar indicado).

104 En la doctrina científica, se discute la importancia del ámbito territorial del convenio, en cuanto al Derecho de lucha laboral, respecto de la cuestión de si son admisibles las luchas laborales de solidaridad. La Sala ha dejado abierta hasta ahora esta cuestión (BAG 15, 211 [218] = AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [III 1, último apartado, de los Motivos]). En la doctrina científica, aumentan las voces que rechazan genéricamente las luchas laborales de solidaridad (cfr., fundamentalmente, RÜTHERS, *BB* 1964, 312 y ss.; en resumen, SCHOLZ/KONZEN, *Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht*, 1980, págs. 243

y ss.; y SEITER. *Streikrecht und Aussperrungsrecht*, 1975, págs. 502 y ss.). Aquí no se debe discutir en detalle la cuestión. Basta la declaración de que, en caso de huelgas parciales dentro del ámbito territorial del convenio controvertido, los cierres patronales se deben limitar a ese ámbito territorial del convenio. La ampliación ulterior del territorio de lucha no es ordinariamente necesaria para construir el equilibrio en la negociación, y por ello, en principio, viola la prohibición del exceso.

105 2. La limitación al ámbito territorial del convenio aún no posibilita un sistema de lucha laboral gradual, como requiere la proporcionalidad en el marco de la prohibición del exceso. Por ello, se exige un paso adicional de concreción.

106 a) La eficacia de las huelgas parciales sobre la posición negociadora de las contrapartes sociales depende de una importante clasificación de muchos factores: la situación coyuntural, la situación de concurrencia en el ámbito territorial del convenio, la amplitud de la huelga parcial y la duración de la lucha laboral.

107 Los dos primeros criterios apenas resultan accesibles para una valoración generalizadora. Cambian constantemente y no cabe caracterizarlos normativamente de manera tan fiable como para que puedan servir como rasgo de la ordenación de la lucha laboral. En cualquier caso, conforme a la situación actual del conocimiento del Estado de Derecho, la Sala no ve ninguna posibilidad de definir rasgos característicos para estas condiciones del marco económico de las luchas laborales, los cuales puedan servir simultáneamente para la exigencia de la paridad y de la seguridad jurídica. Deben considerarse como imponderables de la lucha laboral, y ser dejados de lado.

108 b) La duración temporal de las luchas laborales es, según una propuesta de LÖWISCH, el rasgo característico decisivo de un sistema de medios de lucha gradual (*RdA* 1980, 1 [13 y ss.]). Él propone, para limitar al principio la apertura de una lucha laboral y la reacción directa de la contraparte, que pueda abarcar conjuntamente, de manera aproximada, sólo 1/4 de los trabajadores pertenecientes al ámbito territorial del convenio. En un segundo grado, podría admitirse que las acciones de lucha se amplíen a la mitad de todos los trabajadores, con un intervalo temporal de cerca de una semana. Sólo en un tercer grado, con un intervalo temporal ulterior, sería posible la ampliación de la lucha laboral a todos los trabajadores del ámbito territorial del convenio.

109 Ciertamente, esta interesante propuesta parte de un análisis de luchas laborales anteriores, pero no convence, en cuanto que deja sin considerar la dimensión de las acciones ofensivas de lucha. En rigor, el atacante podría agotar completamente las respectivas cuotas admisibles según el plan temporal de LÖWISCH, y de esta manera, arrebatarse al atacado la posibilidad de reacción. Aparte de ello, a la Sala le parece preocupante anticipar a las partes sociales un compás temporal tan perfectamente calculable, y que resulte independiente de las especialidades de la concreta lucha laboral. De ello podría derivarse el riesgo de una «ritualización» escrupulosa. Las luchas laborales debían ser ampliadas así obligatoriamente en los intervalos temporales descritos, para evitar la impresión de debilidad o de indecisión. Con la función del Derecho de lucha laboral, de construir y proteger el equilibrio en la negociación de las contrapartes sociales, apenas cabe justificar tal regulación.

110 c) Por el contrario, RAISER intenta referirse directamente a la idea de la paridad, y explicarla con una proporción numérica (*ZRP* 1978, 201 [205]). Con sencillez, la proporción que también explica con evidencia la paridad es la relación 1:1. Por ello, se satisface el principio de paridad, y el principio de proporcionalidad, si el empresario puede situar en cierre patronal a un trabajador adicional por cada trabajador en huelga. Sólo en caso de huelgas parciales de pequeños grupos de especialistas, tal regulación no conduce a resultados satisfactorios.

111 Esta propuesta de solución hay que aprobarla, en cuanto que estimula una concreción numérica de la prohibición del exceso. Además, es correcta la reflexión de partida, relativa a que la dimensión de un cierre patronal defensivo debe depender de la dimensión de la huelga ofensiva. Pero la proporción numérica 1:1 no es adecuada para garantizar el equilibrio en la negociación. La equiparación esquemática de huelguistas y trabajadores que padecen el cierre patronal subestima la distinta posición de los intereses de los empresarios y de los trabajadores, y la distinta función de huelgas y cierres patronales. Una ampliación del marco de la lucha, y cómo puede provocar el cierre patronal, es tanto más necesaria cuanto más estrictamente el sindicato ha limitado su huelga. Si sólo un número pequeño de trabajadores está en huelga, el cierre patronal asimismo de menos compañeros queda sin eficacia práctica; por el contrario, si el sindicato ya ha convocado a la huelga a la mitad de los trabajadores del ámbito territorial del convenio, los empresarios apenas necesitan todavía de una posibilidad de reacción. Según la propuesta de RAISER, en cambio, ello sería justamente al revés.

112 d) Parece apropiada una posibilidad de reacción gradual, que una los planteamientos correctos de LÖWISCH y de RAISER. Si, por medio del acuerdo de huelga, se convoca al paro de trabajo a menos de 1/4 de los trabajadores del ámbito territorial del convenio, entonces se trata de una huelga parcial estrictamente convocada, respecto de la cual hay que aceptar los perjuicios descritos para la solidaridad de los empresarios, y con ello, un desplazamiento del equilibrio de fuerzas. Aquí, la parte empresarial debe poder ampliar el marco de lucha, en el que no parece desproporcionado un aumento alrededor del 25% de los trabajadores afectados. Ordinariamente, una reacción ulterior no será proporcional. Si se convoca a la huelga a más de 1/4 de los trabajadores del ámbito territorial del convenio, la necesidad de los empresarios de ampliar el marco de la lucha es respectivamente menor. En suma, conforme a la impresión de la Sala, parece hablarse de que ya no hay que temer una perturbación de la paridad en la lucha cuando, por ejemplo, la mitad de los trabajadores del ámbito territorial del convenio, o es convocada a la huelga, o está afectada por una decisión de cierre patronal. Sin embargo, esto aquí no debe ser decidido. Asimismo puede quedar abierto cómo puede tomarse en consideración la duración de una lucha laboral. Sería imaginable, por ejemplo, una táctica que no se aprovechase al principio de la posibilidad del cierre patronal, pero que en el transcurso posterior de la lucha laboral recuperase una ampliación temporal del cierre patronal.

113 3. En el presente caso, el IG Metall ha convocado a la huelga al principio, de los más de 500.000 trabajadores del ámbito territorial del convenio, sólo a cerca de 80.000 trabajadores, y más tarde a 90.000 trabajadores. La lucha laboral se limitó siempre a menos del 25% de los trabajadores del ámbito territorial del convenio. La asociación empresarial amplió esta dimensión, por medio del cierre patronal, a 120.000 trabajadores. En consecuencia, tampoco ello excedió del límite del 25% de los trabajadores afectados. Un cierre patronal defensivo limitado de tal modo, cabe reconocerlo como adecuado, necesario y proporcional. No viola la prohibición del exceso.

114 C. Dado que el cierre patronal era lícito, la demandada no se ha demorado en la recepción, de modo que haya rechazado la ocupación del demandante. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado justamente la acción de pago.

13. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL, SALA 1, DE 26 JUNIO 1991 (REFERENCIA 1 BVR 779/85)

Fallo:

La queja constitucional se rechaza.

Motivos:

A.

1 La queja constitucional se dirige contra una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, que ha calificado como ilegal un acuerdo de cierre patronal, seguido por la recurrente en queja, en la lucha laboral de las asociaciones empresariales participantes.

I.

2 El Derecho de lucha laboral no está legalmente regulado. La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo se ha ocupado de él en dos decisiones fundamentales. En el Auto de 28 enero 1955 (BAGE 1, 291), reconoce como legales, por principio, las huelgas que se llevan a cabo sobre regulaciones convencionales más favorables de las condiciones de trabajo. El ordenamiento jurídico alemán autoriza las luchas laborales de este tipo. La libertad de lucha laboral consiste en la libertad de huelga y la libertad de cierre patronal. En el marco de la adecuación social, rige la libre elección de los medios de lucha. Todo grupo puede elegir, dentro de los límites de la lucha legítima, el medio de lucha correspondiente a la naturaleza de la cosa, según su tradición histórica. A la huelga de los sindicatos le corresponde el cierre patronal, con independencia de si se acuerda por una asociación empresarial y se lleva a cabo por empresarios concretos, o de si uno o varios empresarios lo planeasen. Tanto el cierre patronal ofensivo como el cierre patronal defensivo podían ser declarados con la eficacia de que finalizan las relaciones laborales (cierre patronal extintivo).

3 En el segundo Auto de Sala General de 21 abril 1971 (BAGE 23, 292), se colocó la lucha laboral bajo la norma de la proporcionalidad, porque la huelga al igual que el cierre patronal no sólo afectaban a los participantes directos en la lucha laboral, sino también muchas veces persistentemente a los no huelguistas y demás terceros, así como a la comunidad. Las luchas laborales sólo podían entablarse y llevarse a cabo, supuesto que sean apropiadas y objetivamente necesarias para alcanzar objetivos de lucha justos y la paz laboral subsiguiente. También en caso de la propia realización de la lucha laboral, y ciertamente tanto en caso de huelga como en caso de cierre patronal, hay que observar el principio de la proporcionalidad. Los medios de la lucha laboral no podían, de acuerdo con su forma, ir más allá de lo que sea necesario para la realización del correspondiente objetivo pretendido. Por eso, la lucha laboral sólo es lícita si y en tanto que se lleva a cabo según las reglas de una lucha justa. No puede perseguir la destrucción del contrario, sino que tiene que restablecer la paz laboral perturbada.

4 En el marco del principio de proporcionalidad, no son sólo admisibles las huelgas de trabajadores, sino también los cierres patronales como medida de lucha laboral de los empresarios. El ordenamiento jurídico parte de que el empresario puede adoptar tales medidas, y ciertamente, también, como primer acto de una lucha laboral. En caso contrario, no se garantizaría, en el marco de la autonomía colectiva a través de negociaciones y, en caso necesario, a través de la presión y contrapresión, que se llegue a la celebración de convenios colectivos y, en consecuencia,

a la regulación colectiva de las condiciones de trabajo. Si sólo el sindicato pudiera determinar el acontecimiento de la lucha y el empresario estuviera limitado a la tolerancia y a resistir la lucha laboral, entonces existiría el peligro de que la regulación de las condiciones de trabajo ya no se base en un sistema de acuerdos libres; esto es, sin embargo, requisito de funcionalidad y fundamento interno del sistema de convenios colectivos. A reserva de la situación concreta, también en especial de la económicamente mudable, en principio debe asegurarse que una parte del convenio colectivo no pueda imponer de antemano a la otra su voluntad, sino que en lo posible existan oportunidades negociadoras iguales. Según el principio de la proporcionalidad, las medidas abiertas a la lucha laboral, sean huelgas, sean cierres patronales, tendrían sólo eficacia suspensiva. Como regla, esto rige también para el cierre patronal defensivo.

5 En dos Sentencias de 10 junio 1980 (BAGE 33, 140; 185), la Sala Primera del Tribunal Federal de Trabajo prosiguió la jurisprudencia relativa a la paridad en la lucha y al principio de proporcionalidad. En ese caso, ya expresó en lo esencial los mismos principios que en la Sentencia atacada. Determinante para el alcance admisible de un cierre patronal defensivo es el alcance de la huelga ofensiva. Cuanto más se limita estrictamente la huelga dentro de un ámbito convencional, tanto más fuerte es la necesidad de la parte empresarial de ampliar la lucha laboral a más empresas del ámbito convencional. En una de ambas Sentencias, que afectaba a una lucha laboral en la industria del metal de Baden-Württemberg, se orientó el Tribunal a una cuota (BAG en el lugar indicado, pág. 185): si la huelga se restringe a menos del 25 por ciento de los trabajadores del ámbito convencional, entonces no parecerá desproporcionado el cierre patronal defensivo cuando no comprenda, por su lado, más del 25 por ciento de los trabajadores del ámbito convencional.

II.

6 I. La recurrente en queja es una empresa que se dedicaba, en el período decisivo, a la fabricación de composiciones y clichés para periódicos. Los convenios colectivos para la industria de impresión se aplicaban a su centro de trabajo, sobre la base de acuerdos contractuales concretos. No pertenecía a la asociación federal de impresión. En una lucha laboral del año 1978, se había unido a un cierre patronal de ámbito federal de las asociaciones empresariales. Había pagado a los trabajadores organizados sindicalmente sólo la diferencia entre el salario neto promediado y el subsidio sindical de lucha laboral.

7 En esta lucha laboral, se trataba de la celebración de un convenio colectivo para la introducción y aplicación de un sistema de textos manejado informáticamente. El desarrollo técnico había conducido en amplios campos de la industria de impresión a una nueva forma de fabricación de la composición, que ante todo amenazaba los puestos de trabajo de los cajistas. Por eso, el sindicato (actora del procedimiento originario) se esforzó en celebrar un acuerdo de racionalización protector. Tras el fracaso de las negociaciones y de un procedimiento de conciliación, a partir del 25 noviembre 1977, se llegó a paros de trabajo de corta duración y negativas a realizar horas extraordinarias. El 28 febrero 1978 convocó la actora huelgas sin plazo en cuatro empresas. Los empresarios reaccionaron, de momento, con cierres patronales limitados temporal y regionalmente. A mediados de marzo 1978, estaban afectadas por la huelga seis empresas. Según declaraciones de la Sentencia atacada, en ese momento se encontraban aproximadamente 4.300 trabajadores en huelga. La junta directiva central de lucha laboral de la asociación federal de impresión, de la asociación federal de editores alemanes de periódicos y de la asociación de editores alemanes de revistas requirió a los afiliados a estas asociaciones, por acuerdo de 12 marzo 1978, para que cerraran sin plazo y en el ámbito federal a los trabajadores empleados en el área técnica. Este requerimiento no fue seguido completamente. El cierre patronal finalizó el 20 marzo 1978.

8 2. Dos trabajadores de la recurrente en queja cedieron sus reivindicaciones sobre diferencias salariales, por importe del subsidio de lucha laboral del sindicato de la industria de impresión y papel, y estas reivindicaciones se reclamaron en el procedimiento originario frente a la recurrente en queja. La acción no tuvo éxito en primera y segunda instancias. En cambio, el Tribunal Federal de Trabajo la estimó (BAGE 48, 195). El derecho a diferencias salariales está motivado porque la recurrente en queja ha incurrido en retraso en la recepción. En relación con ello exponía:

9 El medio de lucha del cierre patronal suspensivo está a disposición del empresario, para defenderse de una huelga parcial limitada. Este derecho se deriva de la autonomía colectiva, cuyo ámbito nuclear se garantiza por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y se concreta por la Ley del Convenio Colectivo. La capacidad funcional del sistema de convenios colectivos requiere, en principio, que exista un peso de negociación aproximadamente igual entre las partes del convenio colectivo. Para la creación de este peso igual, los trabajadores y sus sindicatos dependen de la huelga. Los convenios colectivos sólo se logran cuando, dado el caso, podían ser forzados por los sindicatos con los medios de la lucha laboral.

10 Para defenderse de una huelga parcial limitada también son necesarios los cierres patronales, para asegurar el peso negociador igual y para crear la paridad en la lucha. La huelga parcial limitada es una forma de lucha laboral, que puede conducir a la creación de un sobrepoder del lado del sindicato. Si el cierre patronal defensivo está constitucionalmente protegido, puede quedar abierto en lo sucesivo. En todo caso, los empresarios habrían violado, en el caso presente, el principio de proporcionalidad en la puesta en práctica de su medio de lucha. Todas las medidas de lucha se encuentran bajo la norma de la proporcionalidad, que comprende las notas de adecuación, necesidad y proporción.

11 La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo no ha elaborado judicialmente, en el año 1955, «hechos básicos fijos del Derecho de lucha laboral». Ciertamente, sólo ha ordenado de nuevo el Derecho de lucha laboral, pero no ha planteado la pretensión de codificar el Derecho tradicional de lucha laboral. Al igual que en las decisiones posteriores, sólo se trataba de derivar el Derecho vigente de lucha laboral de las normas existentes. No se ha impedido a la Sala General, en el año 1971, poner otras conclusiones en el lugar de la opinión hasta ese momento considerada correcta.

12 Todas las reglas jurídicas del Derecho de lucha laboral debían orientarse, según la decisión últimamente citada, al principio del peso negociador igual y de la paridad en la lucha. La estricta huelga parcial llevada a cabo puede encontrarse con el medio del cierre patronal defensivo. Pero la puesta en práctica del cierre patronal defensivo es desproporcionada cuando se pone en peligro o se elimina, a través de él, el peso negociador igual. Éste puede ser el caso en que la parte empresarial, en una estricta huelga parcial limitada, responde con un cierre patronal sin plazo de todos los trabajadores del ámbito convencional. La desproporción entre el número de los trabajadores participantes en una huelga y el número de trabajadores que padecieron el cierre patronal puede ser un índice importante para el enjuiciamiento de la cuestión de si se violan los límites de la proporcionalidad. Naturalmente, las perturbaciones de la paridad en la lucha también podían tener otras causas y, por eso, requerir otra valoración del cierre patronal defensivo. En todo caso, lo que ya no sirve para asegurar el peso negociador igual es la reacción desmesurada.

13 Si un cierre patronal es desproporcionado, depende del acuerdo de cierre patronal. Con ello, no se distingue de modo inadmisibles entre la parte empresarial y la parte trabajadora. Ciertamente, depende de la parte trabajadora el número objetivo de los huelguistas, mientras en la parte empresarial es determinante el número de trabajadores que debían padecer el cierre

patronal. Pero estos diferentes puntos de apoyo eran consecuencia de la situación respectiva, derivada de que hay que valorar más allá de ello la proporcionalidad de un medio de lucha. Los empresarios conocían el número de los huelguistas. Podían reaccionar con presión comprobada objetivamente y, según ello, determinar el contenido y alcance de sus medidas defensivas.

14 En el caso presente, el cierre ha sido desproporcionado. Hasta el acuerdo de cierre, desde el 28 febrero 1978, según los datos de la recurrente en queja, se pierden sin huelgas de advertencia alrededor de 52.000 jornadas. El 14 marzo 1978 se hubieran encontrado en huelga aproximadamente 4.300 trabajadores. A través del cierre patronal de ámbito federal hubieran debido ser incluidos en la lucha laboral sin plazo, como mínimo, alrededor de 130.000 trabajadores más. En consecuencia, en cada día de lucha adicional, hubieran debido perderse por el cierre patronal más de dos veces y media de jornadas, que las que se han perdido hasta ahora por huelgas, en un conjunto de dos semanas. Por consiguiente, entre el número de las empresas que padecían la huelga y el de trabajadores convocados a la huelga, de un lado, y el número de trabajadores que hubieran debido padecer el cierre patronal tras el acuerdo de cierre patronal, de otro lado, existe una notoria desproporción.

15 Las singularidades de la industria de impresión y de la industria editorial no justificaban ninguna otra valoración. En especial, el cierre patronal no ha sido justificado por el derecho fundamental de libertad de prensa. La lucha laboral del año 1978 muestra que la parte empresarial ha estado en la situación de cierres patronales que perseguían asegurar la competencia. Nada aboga en favor de que la continuación de estos cierres patronales intencionados hubiera sido imposible. No todas las empresas de edición de periódicos y revistas, así como la industria de impresión, estarían tan en competencia unas con otras que sólo un cierre de ámbito federal hubiera podido asegurar la solidaridad e impedir las distorsiones de la competencia. La proporción numérica expresada es un índice claro de que no sólo debía defenderse la solidaridad de los empresarios y aliviarse a concretas empresas de la presión huelguística, sino de que se trata para los empresarios, más allá de la paridad en la lucha, de debilitar decisivamente la fuerza de lucha del sindicato. No se han expresado otros motivos que hubieran podido justificar semejante ensanchamiento de la lucha laboral. Con qué alcance hubieran podido cerrar los empresarios, no cabe decidirlo. De ahí que tampoco exista ocasión de ocuparse de la crítica de la determinación, mediante cuotas, de la relación admisible entre huelga y cierre patronal defensivo.

III.

16 La recurrente en queja alega la violación del artículo 2, apartado 1, en conexión con el artículo 20, apartado 2 y 3; el artículo 3, apartado 1; el artículo 5, apartado 1, inciso 2; el artículo 9, apartado 3; el artículo 14, apartado 1, inciso 1, y el artículo 109, apartado 2, de la Constitución Federal.

17 1. El artículo 2, apartado 1, en conexión con el artículo 20, apartado 2 y 3, de la Constitución Federal se viola porque el Tribunal Federal de Trabajo ha sobrepasado los límites del perfeccionamiento jurídico judicial. El solo hecho de que el Derecho de lucha laboral hubiera sido luego controvertidamente discutido, y de que los sindicatos hubieran acordado poner en juego todo su poder político, todavía no justifica la desviación del hasta ahora vigente Derecho de lucha laboral. La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo ha obligado a las contrapartes sociales en su decisión, desde el año 1955, a tomar en consideración las circunstancias económicas, a no atentar evidentemente contra el bien común y a no sobrepasar la medida de la necesidad al llevar a cabo la lucha laboral. Con esta decisión, se cederían a las partes del convenio colectivo la táctica y la estrategia de la lucha laboral, y el principio de la libre elección del medio de lucha queda garantizado. En la decisión atacada, estos principios quedarían sin eficacia.

18 El Tribunal Federal de Trabajo no ha garantizado la aconsejable protección de la confianza en las modificaciones del Derecho judicial. Los nuevos principios desarrollados no hubieran podido aplicarse, sin más, a la lucha laboral sucedida tiempo atrás. En la decisión atacada, el Tribunal ha propuesto un giro con el que los empresarios no hubieran podido contar.

19 2. El artículo 9, apartado 3, y el artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal se violan porque el cierre patronal, como medio de lucha laboral tradicional histórico de los empresarios, se restringe según criterios valorativos establecidos arbitrariamente. Los empresarios resultarían perjudicados en comparación con los trabajadores, sin motivo objetivo. La Constitución Federal coloca en posiciones jurídicas de peso similar a las contrapartes sociales en el ámbito de su acción constitucional y, en consecuencia, también para las soluciones conflictivas en la lucha laboral. Esto se desprende del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Una valoración diferente de los medios de lucha de ambas partes es incompatible con él.

20 El Tribunal Federal de Trabajo otorga de antemano a los trabajadores, en la Sentencia atacada, una mejor posición de partida. Podían determinar solos la apertura, la duración y el alcance de la lucha laboral, según sus consideraciones tácticas. En cambio, los empresarios debían poder introducir su medio de lucha tradicional histórico del cierre patronal sólo como reacción a una huelga. Carga adicional es que la legalidad del cierre patronal deba depender del número de trabajadores realmente participantes en la huelga. En consecuencia, los sindicatos podían influir la posibilidad de defensa de los empresarios, según sus propias consideraciones tácticas. También hay que comunicar, con dificultad a veces, el número de los huelguistas. Además, se nota la eficacia de una huelga no sólo en el número de los huelguistas. La lucha laboral aquí litigada es un ejemplo de ello. Ciertamente, sólo habrían participado en la huelga aproximadamente 4.300 trabajadores. Pero, a través de las huelgas parciales de corta duración pretendidas, se hubieran producido faltas de impresión en las producciones diarias correspondientes.

21 La violación de la libertad sindical y de la norma de trato igual existe, también, en el hecho de que la dimensión admisible de un cierre patronal deba depender del alcance previsto del acuerdo de cierre patronal y no del número de trabajadores que realmente padecieron el cierre patronal. El peso igual de las contrapartes sociales se perturba sensiblemente cuando los sindicatos podían acordar huelgas indefinidas y de ámbito federal, pero los empresarios debían esperar con su acuerdo de cierre patronal hasta que se pueda constatar el número de trabajadores que realmente hacen huelga. Los empresarios están obligados a contraponer a las huelgas parciales con el objetivo de la solidaridad acuerdos de cierre patronal de ámbito cautivo.

22 3. La Sentencia atacada viola la libertad de prensa protegida por el artículo 5, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal. Las peculiaridades del ente prensa no se han tenido en consideración. El Tribunal Federal de Trabajo ha reconocido que la parte empresarial ha sido obligada, para asegurar la libertad de prensa, a responder con un cierre patronal de ámbito federal.

23 4. El concepto de paridad desarrollado en la decisión atacada está en contradicción con la disposición de objetivo estatal, establecida en el artículo 109, apartado 2, de la Constitución Federal, del peso igual económico conjunto. Cuando los medios de lucha de la parte empresarial se restringen inadecuadamente, ello debe conducir a una transigencia en las posiciones convencionales enfrentadas, perjudicial para el peso igual.

24 5. En una alegación de 27 noviembre 1990, la recurrente en queja invoca, además, la violación de su derecho al juez legal. Alega que la Sala Primera del Tribunal Federal de Trabajo hubiera debido acudir a la Sala General, porque la decisión atacada se separa repetidas veces de su Auto de 21 abril 1971. La no remisión es arbitraria. En un ámbito en el que —como el presente— se adoptarían decisiones con contenido «legislativo», no se basa la abstención de remitirse sin

motivo objetivo en un mero error, sino en un desprecio intencionado y, en consecuencia, objetivamente arbitrario del artículo 101, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal.

IV.

25 La Asociación Federal de Asociaciones Empresariales Alemanas, la Asociación Federal de la Industria Alemana y las asociaciones empresariales litigantes consideran fundada la queja constitucional. El derecho del empresario al cierre patronal está garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. A través de la decisión atacada, se restringe de modo inadmisibles. Los principios desarrollados por el Tribunal Federal de Trabajo conducían a una desigualdad de armas en la lucha laboral.

26 La Federación Alemana de Sindicatos y los concretos sindicatos litigantes se oponen a la queja constitucional. Consideran el cierre patronal en su conjunto como un medio de lucha ilegítimo, que deshace de nuevo la paridad en la lucha, construida sólo a través del derecho de huelga. Por causa de ello, el cierre patronal es incompatible con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Pero, en todo caso, no cabe poner reparos a la Sentencia atacada, en la medida en que declara ilícita la medida de lucha laboral litigada.

B.

27 La queja constitucional es admisible, incluso si la recurrente en queja ya no dirige, como se afirma, su empresa. Aún se queja por el enjuiciamiento del pago salarial. Además, tiene interés en la clarificación de la posición constitucional, porque puede volver a retomar en cualquier momento su empresa.

28 La violación del artículo 101, apartado 1, inciso 2, de la Constitución Federal no la ha invocado de modo admisible la recurrente en queja. Ni ha objetado, dentro del plazo de la queja, que la Sentencia atacada viole su derecho al juez legal, ni expresa circunstancias que hubieran podido dar ocasión a la revisión de la Sentencia atacada en cuanto a esto. Lo que ha expuesto con sus alegaciones de 27 noviembre 1990, en relación con ello, ya no podía ser tomado en consideración. Una nueva circunstancia —aquí los requisitos del deber de remisión— ya no puede alegarse como objeto de la queja constitucional, tras el transcurso del plazo de la queja (cfr. BVerfGE 18, 85 [89]; 24, 203 [213]; 27, 211 [217 ss.]; 28, 17 [19]; 79, 292 [301]).

29 La invocación de la violación del artículo 109, apartado 2, de la Constitución Federal es inadmisibles, porque esta norma no garantiza un derecho fundamental o un derecho igual a los derechos fundamentales (artículo 93, apartado 1, número 4a, de la Constitución Federal; y parágrafo 90, apartado 1, de la Ley del Tribunal Federal Constitucional)

C.

30 La queja constitucional está infundada. La recurrente en queja no ha sido perjudicada en sus derechos constitucionales por la Sentencia atacada.

I.

31 El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no se viola. Ciertamente, la Sentencia atacada interfiere en la libertad sindical de la recurrente en queja. Pero la interferencia es compatible con la Constitución Federal.

32 1.a) El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal garantiza el derecho a formar asociaciones para la defensa y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas. La libertad sindical se diferencia de la libertad general de asociación del artículo 9,

apartado 1, de la Constitución Federal, por la inclusión de un objetivo asociativo determinado en la protección constitucional. La formación de asociaciones con el objetivo de la promoción y la defensa de las condiciones laborales y las condiciones económicas había sido combatida vehementemente, en especial a veces por el Estado, durante el pasado. De ello se deriva la protección constitucional especial más allá del artículo 9, apartado 1, de la Constitución Federal, de que goza la unión de tales asociaciones, en la ordenación del Estado Social de la Constitución Federal.

33 La libertad sindical rige, en virtud del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, para todos y para toda profesión. Por consiguiente, aunque ante todo históricamente la retienen los trabajadores y se reclamaba por éstos, no se estructura como derecho fundamental de los trabajadores, sino que corresponde de igual modo a los empresarios. En este sentido, conecta la Constitución Federal con la regulación de la Constitución de Weimar (artículo 165). El derecho fundamental tampoco se limita a la libertad del particular de fundar una de tales asociaciones, de asociarse a ella o de no asociarse o abandonarla. Más bien, protege igualmente la propia coalición en su existencia, en su estructuración organizativa y en su actividad, supuesto que precisamente ésta exista para la defensa y promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas. Ciertamente, en oposición a la Constitución de Weimar, esto no está declarado expresamente, pero se desprende de la incorporación del propósito asociativo en el ámbito de protección del derecho fundamental (cfr. BVerfGE 4, 96 [101 ss.]; 50, 290 [367]).

34 Un objetivo esencial de las coaliciones protegidas por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal es la celebración de convenios colectivos. En ello, las asociaciones deben ser libres, de acuerdo con la voluntad de la Constitución Federal (cfr. BVerfGE 44, 322 [341], con justificaciones adicionales; 50, 290 [367]). La elección de los medios que consideran adecuados para alcanzar este objetivo, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal lo cede, por principio, a las coaliciones (cfr. BVerfGE 18, 18 [29 ss.]; 50, 290 [368]). Supuesto que la persecución del objetivo asociativo dependa de la puesta en práctica de un medio determinado, también por eso ésta se comprende en la protección del derecho fundamental.

35 En los medios protegidos, también cuentan las medidas de lucha laboral que se orienten a la celebración de convenios colectivos. En todo caso, con carácter general, se incluyen en la libertad sindical, supuesto que sean necesarias para asegurar una autonomía convencional operativa. En relación con ello, también aboga el artículo 9, apartado 3, inciso 3, de la Constitución Federal. Si el cierre patronal forma parte de los medios de lucha protegidos, lo ha dejado abierto hasta el presente el Tribunal Federal Constitucional, al igual que el Tribunal Federal de Trabajo —también en la decisión atacada— (cfr. BVerfGE 38, 386 [394]; BAGE 48, 195 [203]). Sin embargo, el Tribunal Federal de Trabajo considera el cierre patronal suspensivo de defensa como reacción a las huelgas parciales limitadas, bajo las circunstancias económicas dadas, como un medio imprescindible para el mantenimiento íntegro de una autonomía convencional operativa. Esto no cabe objetarlo constitucionalmente.

36 Qué lejos se protege el cierre patronal constitucionalmente, con carácter general, no requiere de ninguna decisión definitiva. En todo caso, la protección comprende cierres patronales del modo del aquí litigado, que se pongan en juego con eficacia suspensiva como defensa ante huelgas parciales o huelgas clave, para la creación de la paridad en la negociación. Con carácter general, tales cierres patronales no son apropiados para dañar de nuevo la creación de la paridad en la negociación, pretendida por el reconocimiento del derecho de huelga, en perjuicio de los trabajadores. Bajo qué requisitos y con qué alcance puede poner en juego una coalición este medio protegido constitucionalmente, no es al igual que en la huelga ninguna cuestión de ámbito de protección, sino de estructuración del derecho fundamental por el ordenamiento jurídico.

37 b) Con el alcance mencionado, la recurrente en queja está protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. También una empresa que se une como externo a un cierre patronal de asociación actúa en cuanto que coalición. La alianza en la lucha de un externo con una asociación dotada de capacidad convencional puede ser una asociación, a los efectos del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, cuando debe influir en la celebración de un convenio colectivo en interés del externo. Este objetivo se deriva ya de que la recurrente en queja había acordado, con carácter general, la vigencia de los salarios de asociación en los contratos de trabajo. Por eso, puede quedar en el aire si, como se expone, se organizó en el acuerdo de cierre patronal como empresa filial de un afiliado de la asociación empresarial que llevó a cabo la lucha.

38 c) La Sentencia atacada limita el poder de la recurrente en queja de participar en un cierre patronal suspensivo de defensa, como reacción a una huelga parcial de los sindicatos. En ello, existe una restricción de su derecho de libertad, garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, a actuar en cuanto que coalición. Sin embargo, no cabe objetar esta restricción constitucionalmente.

39 2. El Tribunal Federal de Trabajo no ha violado la libertad sindical de la recurrente en queja por el hecho de que haya desarrollado por sí mismo los principios decisivos, sin poder apoyarse en un sistema de regulación legal.

40 a) El Tribunal Federal de Trabajo no estaba verdaderamente obstaculizado por una limitación jurídica del poder de cierre patronal de la recurrente en queja, por causa de que esto hubiese sido solamente cosa del legislador. La teoría desarrollada por el Tribunal Federal Constitucional, acerca de que el legislador debe adoptar por sí mismo todas las decisiones esenciales en los ámbitos normativos fundamentales (Teoría de la esencialidad, cfr., por ejemplo, BVerfGE 49, 89 [126 ss.], con justificaciones adicionales), vale para la relación entre el Estado y el ciudadano. En la interferencia en la esfera de libertad del derecho fundamental, el Estado está sujeto a la reserva de la Ley. Sólo puede actuar en ámbitos amplios cuando haya sido autorizado a ello a través de una Ley promulgada por el Parlamento. Para la teoría de la esencialidad, el alcance de este principio se determina en detalle por la jurisprudencia.

41 En el caso presente, se trata de la relación entre titulares de un derecho fundamental ordenados de manera igual. Ciertamente, el Tribunal Federal Constitucional ha afirmado varias veces que es «cosa del legislador» estructurar en detalle la libertad sindical (BVerfGE 50, 290 [368 ss.]; 57, 220 [245 ss.]; críticamente sobre el deber de regulación: Jörn IPSEN, *DVBl* 1984, pág. 1102 [1105]). Pero no se desprenden de ello consecuencias para la decisión de los litigios entre coaliciones. En caso de normas legales que no sean suficientes, los tribunales deben derivar el Derecho material de los fundamentos jurídicos generales, con los métodos reconocidos de averiguación del Derecho que resulten decisivos para la relación jurídica afectada. Esto también rige allí donde la regulación legal fuese necesaria, quizá por causa de un deber de protección constitucional (cfr. BVerfGE 81, 242 [256]). Sólo así pueden los tribunales cumplir los deberes que les impone la Constitución Federal, de decidir con justicia todo litigio planteado ante ellos.

42 b) El Tribunal Federal de Trabajo tampoco ha infringido el artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal, como expone la recurrente en queja, a causa de que hubiera modificado su jurisprudencia sobre el Derecho de lucha laboral sin motivo suficiente. Las Sentencias judiciales más altas no son ningún Derecho legal y, en consecuencia, no generan ninguna vinculación jurídica comparable (cfr. BVerfGE 38, 386 [396]). Por principio, separarse de ellas no infringe el artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal. Aparte esto, su derecho de regir el caso concreto se basa sólo en la fuerza de persuasión de sus motivos, así como en la autoridad y las competencias del tribunal. Por causa de ello, no requieren de justificación las modificaciones esenciales de la relación o de los pareceres generales, y en consecuencia, un

tribunal puede separarse de su jurisprudencia anterior sin violación del artículo 20, apartado 3, de la Constitución Federal.

43 c) Contra la opinión de la recurrente en queja, la Sentencia atacada tampoco infringe el principio de la protección de la confianza. Las divergencias de la Sentencia atacada respecto de la jurisprudencia anterior del Tribunal Federal de Trabajo sobre el Derecho de lucha laboral se mantienen en el marco del desarrollo previsible. El estado de la jurisprudencia en el momento de la lucha laboral fue acuñado por la decisión de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 21 abril 1971 (BAGE 23, 292). Ya en este Auto, las medidas de lucha laboral litigadas fueron enjuiciadas en relación con el principio de paridad en la negociación y se valoraron con el principio de la proporcionalidad. Estas consideraciones continuaron desarrollándose en la decisión atacada. En relación con ello, el Auto de Sala General se sometió a una crítica tan importante, que la subsistencia inalterada de esta jurisprudencia no podía presentarse como segura. Por eso, la cuestión fundamental de si y en qué medida debe garantizarse el principio de confianza, en caso de desarrollo posterior de la jurisprudencia de un alto tribunal, no necesita ser investigada.

44 3. La decisión atacada tampoco viola, en cuanto a su contenido, el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

45 a) Ciertamente, el derecho fundamental de libertad sindical no está garantizado sin límites. En consecuencia, no está excluida de antemano toda limitación. Puede justificarse a través de los derechos fundamentales de terceros y de otros derechos dotados de rango constitucional (cfr., por ejemplo, BVerfGE 28, 243 [260 ss.]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 ss.]; jurisprudencia constante). Aparte esto, la libertad sindical requiere de estructuración por el ordenamiento jurídico, y supuesto que la relación de las partes del convenio colectivo se roce recíprocamente, ambas gozan de la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Si el legislador tiene poderes persistentes de regulación para la protección de más bienes jurídicos (cfr. BVerfGE 28, 295 [306]), no necesita ser profundizado. Las restricciones del poder de cierre patronal previstas en la Sentencia atacada se justifican ya con la protección de los derechos fundamentales contrapuestos de los trabajadores y de sus organizaciones, derivada del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

46 El caso no da ninguna ocasión para determinar en detalle la frontera del «ámbito nuclear» intocable de la libertad sindical (cfr. BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 ss.]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Pertenece a él, seguramente, la capacidad de negociación de ambas contrapartes sociales, por consiguiente también de los empresarios, en las posiciones convencionales enfrentadas. Pero se pone en cuestión igualmente, a través de la Sentencia atacada, su capacidad para llevar a cabo una lucha laboral completamente eficaz. La restricción de su poder de cierre patronal impuesta a la recurrente en queja no viola ni el contenido esencial de la libertad sindical (artículo 19, apartado 2, de la Constitución Federal) ni interfiere de un modo desproporcionado en el derecho fundamental (cfr. BVerfGE 55, 159 [165]).

47 b) Supuesto que el Tribunal Federal de Trabajo ha desarrollado por sí mismo los principios con los que valora las medidas de lucha laboral litigadas, el Tribunal Federal Constitucional tiene que examinar si también el legislador no hubiera podido emanar tales creaciones jurídicas sin violación de los derechos fundamentales de la recurrente en queja (cfr. BVerfGE 59, 231 [256 ss.]). Esta frontera se respeta cuando la capacidad de negociación de los empresarios en las posiciones convencionales enfrentadas, incluida la capacidad de llevar a cabo una lucha laboral eficaz, queda garantizada, y su actividad en cuanto que coalición no se restringe continuadamente, como exige la protección de los derechos fundamentales en colisión de los trabajadores. Enjuiciando sobre ello, la Sentencia atacada resiste la revisión constitucional.

48 aa) No cabe poner reparos constitucionalmente a la opinión del Tribunal Federal de Trabajo de que las medidas de lucha laboral servían a la creación de un peso igual de negociación en las posiciones convencionales enfrentadas (paridad en la negociación), y había que valorarlas con este objetivo. A través de este principio, la puesta en práctica sólo se restringe en el sentido de que, por medio de ella, no debe corresponder ningún sobrepeso en las negociaciones convencionales. Dicha restricción es compatible con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La autonomía colectiva se apoya en compensar la inferioridad estructural de los trabajadores concretos en la celebración de contratos de trabajo a través de la negociación colectiva y, en consecuencia, en posibilitar negociaciones de peso igual aproximado de los salarios y de las condiciones de trabajo. Supuesto que las luchas laborales conducen a un peso desigual, se perjudica la capacidad funcional de la autonomía colectiva.

49 Las consideraciones planteadas por la recurrente en queja contra el principio de paridad en la negociación no hacen al caso. La capacidad de los empresarios para llevar a cabo una lucha laboral eficaz no puede ponerse en cuestión, a través de una ordenación de la lucha laboral que se oriente al objetivo de un peso negociador igual de las partes del convenio colectivo. En tanto los empresarios no estén impedidos de poner en juego medios de lucha necesarios para la creación de este peso igual, la libertad sindical no se viola. Esto puede estructurarse de manera que el sobrepeso negociador se impida en lo posible. El artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no garantiza el poder ilimitado de poner en juego todas las formas de lucha imaginables.

50 Frente a ello, no existe ningún punto de referencia para que el medio de lucha tradicional hubiera sido visto, en su estructuración histórica, como expresión de un peso igual prestable por el legislador constitucional. Al lograrse la Constitución Federal, no tenían todavía ninguna existencia asegurada las conclusiones jurídicas sobre la lucha laboral. Ciertamente, la huelga y el cierre patronal son medios de lucha muy tradicionales. Pero su ordenación jurídica no fue todavía en gran parte aclarada hasta el Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 28 enero 1955. Sólo con esta decisión ha sido reconocida como legítima la lucha laboral. Hasta entonces se consideraba la huelga, en la jurisprudencia y la doctrina, como ruptura del contrato de trabajo.

51 bb) Constitucionalmente, tampoco cabe objetar que el Tribunal Federal de Trabajo no haya recogido todos los factores de influjo imaginables, del proceso económico y de valoración, al considerar la cuestión de la paridad, sino que sólo haya expresado cómo repercute en ello la fuerza negociadora de las contrapartes sociales en la negociación de convenios colectivos, y cómo puede ser influida a través del medio de la lucha laboral. Los motivos mencionados sobre este modo de reflexión por el Tribunal Federal de Trabajo no permiten reconocer una infracción del Derecho constitucional. Su valoración de las concretas fuerzas movilizadas en una posición convencional enfrentada, de las repercusiones de las medidas de lucha en ambos participantes y de las oportunidades derivadas de ello y los riesgos, en todo caso, no yerra la fijación del objetivo de hacer el peso igual de las partes del convenio colectivo en la mesa negociadora el criterio rector del enjuiciamiento del suceso de lucha laboral. Permanece dentro de la variedad admisible de un marco jurídico de ordenación del Derecho de lucha laboral. Esto vale también, supuesto que el Tribunal Federal de Trabajo se limite en su valoración del suceso convencional a unos pocos criterios que estén conectados a una consideración típica. Este punto de vista simplificado sirve a la claridad y calculabilidad del Derecho de lucha laboral y, en consecuencia, también a la capacidad funcional de la autonomía colectiva en las luchas laborales.

52 cc) Además, no cabe objetar que el Tribunal Federal de Trabajo admita el cierre patronal defensivo sólo como una medida limitada por el principio de proporcionalidad. Para ello toma por base la consideración de que la parte trabajadora, para la creación de una posición negociadora

de peso igual, depende de las medidas de lucha laboral o de su amenaza. Frente a ello, no cabe poner reparos graves, según las circunstancias económicas existentes en la actualidad. Mientras el Tribunal Federal de Trabajo se limite sólo a contrarrestar la escalada de una lucha laboral a través de medidas de defensa excesivas, ello garantiza la autonomía colectiva. En el examen de la proporcionalidad, que verdaderamente se fija en los medios de lucha ofensivos, difícilmente habría que eludir el control judicial del objetivo convencional. Pero dicho control contradice la noción fundamental de autonomía colectiva.

53 dd) La determinación de los factores que deben ser precisados, según la Sentencia atacada, para la medida admisible de un cierre patronal defensivo, se derivan del carácter defensivo de la medida de lucha litigada. En este contexto, el Tribunal Federal de Trabajo parte de que la asociación empresarial es responsable de su acuerdo de cierre patronal, con el que ha reaccionado frente a las medidas de lucha de los trabajadores. La licitud de este acuerdo hay que medirla sólo por su contenido, pero no por la disposición de seguirlo del empresario concreto. En qué medida parece justificado el cierre patronal para la creación de la paridad negociadora, puede deducirse útilmente, en caso de emanación del acuerdo, sólo del número de los trabajadores realmente huelguistas. De este número puede enterarse la asociación, precisamente a través de sus afiliados. Estas consideraciones son obvias y, en todo caso, no cabe ponerles reparos constitucionales. La asociación empresarial no es inadecuadamente limitada en su táctica de lucha por la necesidad de tener en cuenta, ya en su acuerdo, la prohibición de desmesura. Está obligada, en caso extremo, a ampliar por escrito su reacción.

54 c) El Tribunal Federal de Trabajo tampoco ha malinterpretado básicamente la libertad sindical de la recurrente en queja, en la aplicación de los principios desarrollados por él. El acuerdo de cierre patronal comprendía alrededor de 130.000 trabajadores y aproximadamente 4.300 huelguistas. Por consiguiente, la relación numérica se eleva aproximadamente a treinta a uno. Por cada día de lucha hubieran debido perderse más de dos veces y media de días laborales por el cierre patronal, que los días laborales que se habían perdido hasta ahora en el conjunto de dos semanas por las huelgas del sindicato. Esto podía dar ocasión al Tribunal Federal de Trabajo para calificar como ilícito el acuerdo de cierre patronal, sin restringir desproporcionadamente por dicha valoración la actividad, en cuanto que coalición, de la recurrente en queja.

II.

55 La restricción del poder de cierre patronal de la recurrente en queja también está, en lo restante, en armonía con la Constitución.

56 La garantía jurídica objetiva de la institución «prensa libre» (cfr. BVerfGE 20, 162 [175 ss.]) no se viola por los principios en que se basa la Sentencia atacada, sobre el cierre patronal defensivo. La opinión de la recurrente en queja de que la variedad de opiniones en el ámbito de la prensa sólo puede ser garantizada en el caso de un cierre patronal que cubra el sector, no se corresponde con las consideraciones en que se basa la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo. Según ello, la parte empresarial estaba realmente en la situación de cierres que perseguían asegurar la competencia, y también hubiera podido continuar esta táctica. La alegación de la recurrente en queja no da ninguna ocasión a poner en cuestión esto.

57 El ámbito de protección del artículo 14 de la Constitución Federal no se altera por la decisión atacada. La consideración de la recurrente en queja sobre pago de una contribución dineraria no es ninguna interferencia en su derecho a la instalación de una actividad empresarial, de manera que puede quedar abierto si en ello se restringe la protección del artículo 14 de la Constitución Federal. Por lo demás, tampoco es evidente en relación con una interferencia en la propiedad de la recurrente en queja.

14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 20 DICIEMBRE 1963 (REFERENCIA 1 AZR 428/62)

Fallo:

En la casación de la demandada, se revoca la Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baviera, Sala 6, sede de Nuremberg, de 29 junio 1962 —6 Sa 39/62 N—.

El asunto se devuelve para nuevo enjuiciamiento y decisión, también sobre las costas de la casación, al Tribunal de Trabajo de Estado federado.

Circunstancias:

1 La actora es una empresa de fabricación de zapatos. Mantiene un centro de trabajo en N. Los demandados pertenecen a la plantilla de este centro de trabajo, que comprendía por sí solo, en diciembre 1961, aproximadamente 500 obreros y 100 empleados.

2 El 12.12.1961, en la apertura del centro de trabajo, no comenzaron el trabajo en la obra de la actora, en N., los trabajadores ocupados a destajo en la sección de corte. Exigían a través de una comisión negociadora del comité de empresa, frente a la junta directiva de la actora, el pago de un 25% de suplemento por el acabado de Chevrolin. Tras haber aceptado provisionalmente la junta directiva de la actora el suplemento exigido hasta la revisión de la pretensión por una autoridad neutral, los cortadores hicieron depender el comienzo de su trabajo del pago de dos horas comprendidas en la negociación con la dirección del negocio. A continuación, la junta directiva se declaró de acuerdo, también, con el pago de estas dos horas. Los cortadores rehusaron en adelante el comienzo del trabajo. Declararon querer sólo comenzar el trabajo cuando la actora se desprendía del director del centro de trabajo y de un supervisor. La actora rechazó despedir a estos dos empleados bajo la presión del paro de trabajo. Los trabajadores pagados a destajo en la sección de corte ya no fueron a continuación al trabajo. También en la sección de accesorios, que estaba ubicada en el mismo espacio que la sección de corte, no se trabajó por una parte de los trabajadores, desde la apertura del centro de trabajo de 12 diciembre 1961. En el transcurso del 12 diciembre 1961, el paro de trabajo comprendió 454 trabajadores industriales del centro de trabajo de N.

3 El 12, 13, 14 y 15 diciembre 1961 la actora exigió repetidamente, con carácter general, iniciar de inmediato el trabajo a los pertenecientes al centro de trabajo que no habían trabajado, entre ellos los 63 demandados. La última de estas exigencias para el inicio del trabajo tuvo lugar el 15.12.1961, a las 7.10 horas. Dado que también esta convocatoria quedó sin resultado, la actora dirigió el 15.12.1961 a cada uno de los 63 demandados un escrito datado ese día, que tenía el siguiente tenor literal:

4 «Les hemos exigido varias veces que inicien de nuevo el trabajo. Después de que no hayan cumplido esta exigencia, extinguimos por la presente sin plazo la relación laboral, por causa de la negativa insistente a trabajar, en virtud del parágrafo 123, apartado 1, número 3, de la Ordenanza Industrial.

5 El saldo de cuentas definitivo y la entrega de los documentos laborales se efectúa por motivos técnicos los días siguientes, a través del correo».

6 Los demandados no procedieron contra la extinción sin plazo de su relación laboral, ni judicialmente ni de otro modo. El sindicato competente en el centro de trabajo de la demandante ni aprobó el paro de trabajo de antemano ni lo autorizó ni lo prosiguió. El representante procesal

de los demandados, tras la emanación de la sentencia de primera instancia, por escrito de 13.2.1962, ofreció sin condiciones la prestación laboral para los alrededor de 450 trabajadores por él representados, entre ellos los 63 demandados, que en conjunto no habían vuelto a iniciar la actividad, también tras el 15.12.1961. La oferta tenía plazo hasta el 19.2.1962.

7 La actora ve en el paro de trabajo una huelga salvaje, que considera ilícita. Mantiene la opinión de que los demandados tienen que indemnizarle todos los perjuicios que se han derivado de la huelga. Ha reclamado este deber de indemnización por la vía de una acción declarativa, y ha solicitado:

8 1. Que se declare que los demandados están obligados solidariamente a indemnizar a la demandada todos los perjuicios que se le originaron y todavía se le originen en el futuro, por el paro de trabajo ocurrido en el centro de trabajo de N., a partir del 12.12.1961.

9 2. Los demandados tienen que cargar solidariamente con los costes del litigio.

10 Los demandados han solicitado el rechazo de la acción.

11 El Tribunal de Trabajo, tras ello, ha estimado la petición accionada. El Tribunal de Trabajo de Estado federado ha rechazado la apelación de los demandados. La casación de los demandados conduce a la revocación y a la remisión.

Por los motivos:

12 Las consideraciones del Tribunal de Trabajo de Estado federado, de las que deriva el deber de indemnización de daños y perjuicios de los demandados, se oponen en el resultado a la opinión de la casación, y tampoco cabe objetarlas en relación con buena parte de la fundamentación. En cambio, las explicaciones de la sentencia impugnada sobre la cuestión de la corresponsabilidad de la actora no resisten la verificación.

A.

13 Las reflexiones que se hacen valer por la casación contra las explicaciones de la sentencia impugnada sobre la existencia de un interés en la declaración, así como sobre la cuestión de la determinación de la petición accionada y sobre el carácter concluyente y la motivación de la petición accionada, no cuentan.

I.

14 1a) El interés en la declaración —incluso cualificado— no es distinto del caso del interés a la protección jurídica. El interés a la protección jurídica es requisito procesal en todo proceso judicial. Si existe, hay que examinarlo en todo estadio del proceso, y ciertamente de oficio.

15 El objeto a examinar en el interés procesal es la petición planteada por la actora, para cuya interpretación hay que recurrir a su fundamentación. Esto se aclara desde el principio de la soberanía de la parte en el procedimiento [a resolverse] por Sentencia, sobre la base de que las partes procesales tienen a mano, a través de sus peticiones, el comienzo, el curso, el objeto y el alcance del procedimiento tramitable a determinar y a limitar por el tribunal. Por eso, la cuestión del interés a la protección jurídica en el proceso civil depende de la petición, que representa el requisito esencial para la actuación del tribunal.

16 En el examen, hay que partir de que nuestro ordenamiento jurídico no autoriza a los tribunales laborales la emisión de un dictamen jurídico, y prohíbe, además, toda invocación inútil de los tribunales. La función asignada a los tribunales es la decisión de cuestiones litigiosas existentes y relacionadas con casos concretos. Los tribunales para asuntos laborales no están

autorizados a solucionar casos jurídicos sólo imaginarios, y por eso, los buscadores de justicia no tienen derecho a plantear ante estos tribunales un litigio de forma puramente teórica.

17 Otra cosa ocurre, sin embargo, cuando una parte procesal presenta al tribunal un litigio para que lo decida, en relación con el cual la petición y la fundamentación tal vez utilizable para su interpretación demuestran que se modifica directamente a su favor, de algún modo, la concreta posición jurídica del actor respectivo, a través de la decisión correspondiente a la pretensión accionada. Entonces, en todo caso, se da ordinariamente el interés a la protección jurídica.

18 La modificación antes mencionada en la posición jurídica del actor puede mostrarse en ámbitos diversos. Puede, por ejemplo, consistir en que se otorgue al actor, a través del tribunal, un derecho de crédito, cuya confirmación judicial ha solicitado en el proceso. También puede consistir en que la disponibilidad de una relación jurídica, cuya existencia afirma el actor, se declare a través de una decisión judicial dotada de fuerza jurídica.

19 b) En el litigio, la actora ha mencionado un suceso concreto, a través del que ha ocurrido, según afirma, un perjuicio en su posición jurídica, a saber, el paro de trabajo de la mayor parte de sus trabajadores industriales; aparte esto, ha reclamado que, como consecuencia de este suceso, le ha nacido un derecho de crédito contra los demandados. En el proceso, pretende la decisión del tribunal, a través de la cual se confirme este derecho de crédito, por medio de una sentencia dotada de fuerza jurídica.

20 Por consiguiente, la petición de la actora, en conexión con su fundamentación, demuestra que la actora aspira en el proceso a la decisión de una cuestión jurídica, que se deriva de una causa determinada y se relaciona con un suceso concreto, y que quiere mejorar a través de esta decisión judicial su posición jurídica.

21 2a) Dado que se trata en la petición procesal de la actora de una petición declarativa, no deben existir sólo los requisitos del interés a la protección jurídica. Más bien, el parágrafo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige expresamente la existencia de un interés jurídico a que se declare inmediatamente la relación jurídica. Este interés, a saber, el interés a la protección jurídica general más el interés específico a la declaración cualificadora, existe en el litigio, en todo caso, frente a la opinión de la casación.

22 La cuestión tras la existencia de un interés declarativo —y de un interés a la protección jurídica—, para la fundamentación de una acción declarativa, no tiene nada que ver con la cuestión, perteneciente a la forma de presentación, de si se deriva un perjuicio o en el futuro se amenaza con causarlo (BAG AP Nr. 16 zu §256 ZPO). Existe, más bien, con exclusión del ámbito procesal; se trata simplemente de si el actor tiene un interés jurídico a la declaración inmediata de la relación jurídica afirmada. Si se trata, como en el litigio, de la existencia o inexistencia de un derecho a la indemnización de daños y perjuicios, basta para la aceptación de un interés a la declaración, por eso, que el actor —al margen de la afirmación, a justificar, de que existe un litigio concreto, que es necesaria, en todo caso, para la existencia del interés a la protección jurídica— cite adicionalmente, por qué precisa sobre ello alcanzar inmediatamente una confirmación judicial de su opinión jurídica de que existe realmente la relación jurídica afirmada por él. En ese caso, puede tratarse también de una relación jurídica condicionada, como es el caso, como regla, de la existencia de un perjuicio todavía no ocurrido, pero amenazado. Pero, de otro lado, se referiría incluso a si debía derivarse de la fundamentación de la petición que no se origina ningún perjuicio y tampoco puede originarse sólo por la naturaleza concluyente de la acción.

23 Los motivos de los que se deriva la existencia de un interés jurídico a la declaración inmediata de una relación jurídica pueden ser de forma diversa. Basta ya para la aceptación de un

interés a la declaración, que aquel que pretenda la declaración del derecho de crédito quiera regir su conducta de acuerdo con la declaración (RGZ 113, 207 [209]). Esto hay que admitirlo ordinariamente en el caso de una empresa dirigida según principios mercantiles, en especial en el caso de una sociedad capitalista como la actora, cuando surgen dudas en ella sobre la existencia o inexistencia del derecho de crédito. Esto se deriva verdaderamente de lo tocante a las obligaciones legales de dicha sociedad, de realización del balance y de formación de reservas e incrementos suficientes.

24 b) Supuesto que sea apropiada para la fundamentación de pretensiones de condena, en especial pretensiones de pago, la relación jurídica de cuya declaración se trata en el caso concreto, hay que enjuiciar a continuación la cuestión de la existencia de un interés a la declaración, bajo el punto de vista de la economía procesal. Es verdaderamente manifiesto que nadie tiene derecho a invocar inútilmente a los tribunales. De ello se deriva que las partes procesales están obligadas a elegir, de entre los varios procedimientos judiciales puestos a su disposición, aquel cuya realización les ofrezca la mayor ventaja posible. Quien invoca para sí el derecho de crédito no puede por consiguiente, como regla, accionar en declaración, sino que debe accionar en condena cuando está en posición para ello, en especial cuando puede cuantificar y calcular, en caso de una reivindicación dineraria, ésta (BAG 1, 60 [61, 62] = AP Nr. 2 zu Art. 3 GG; BAG 6, 321 [338, 339] = AP Nr. 2 zu §1 TVG Friedenspflicht; BAG 8, 279 [280, 281] = AP Nr. 25 zu §256 ZPO; BAG AP Nr. 5 y 21 zu §256 ZPO; AP Nr. 4 zu §611 BGB Lehrer und Dozenten; AP Nr. 1 zu §1 Ruhegeldgesetz Hamburg; AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht).

25 Sin embargo, en conexión con el principio de que la posibilidad de una acción de condena excluye, con carácter general, la admisibilidad de una acción declarativa, es importante el momento en el que es posible para el actor el cálculo de su reivindicación. Frente a la opinión del Tribunal de Trabajo de Estado federado, depende en este caso del correspondiente ejercicio de la acción, no del último juicio en la instancia fáctica (BAG 6, 321 [339] = AP Nr. 2 zu §1 TVG Friedenspflicht; AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht). Supuesto que la Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo en AP Nr. 5 zu §256 ZPO haya expresado otra opinión, la ha vuelto a rechazar ya en la decisión AP Nr. 16 zu §256 ZPO. No se requiere, por consiguiente, la invocación de la Sala General.

26 En el momento de ejercicio de la acción, seguía el acontecimiento del que la actora deriva su reivindicación de daños y perjuicios, a saber, el paro de trabajo de la mayor parte de sus trabajadores industriales en N. De ello se sigue que la finalización del acontecimiento, dañoso según la opinión de la actora, todavía no cabía tenerlo en cuenta cuando fue ejercitada la acción. Por consiguiente, la actora no podía calcular entonces definitivamente su reivindicación, dado que el perjuicio cuyo reembolso exige en el proceso se desarrollaba todavía, según su interpretación. El caso excepcional mencionado en BAG 6, 321 (339), cuyo primer requisito es que el desarrollo del perjuicio ya en la primera instancia, mucho tiempo antes de su finalización, esté completamente concluido, no existe; el paro de trabajo continuaba por sí mismo al dictarse la sentencia de primera instancia. La actora tampoco estaba obligada a escindirse en una acción de condena y una acción declarativa (BAG 6, 321 [339] y BAG AP Nr. 5 zu §256 ZPO, con justificaciones adicionales).

II.

27 Si, según esto, contra la suposición del Tribunal de Trabajo de Estado federado, no existen reparos para que haya que afirmar el interés a la declaración, entonces tampoco puede seguirse la opinión del recurso de casación de que la acción debe fracasar porque la petición y su fundamentación fueran indeterminadas.

28 1. Naturalmente, el párrafo 253, apartado 2, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere datos determinados del objeto y del fundamento del derecho ejercitado, así como una petición determinada. Esto rige también en el marco del párrafo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por consiguiente, para un proceso declarativo. En el caso a decidir aquí, en el que la actora se reconoce un crédito para la indemnización de daños y perjuicios, eso significa que el suceso del que se deriva el crédito, así como el derecho ejercitado, en la duda, se caracterizan de modo excluyente.

29 Ya en la sentencia declarativa, si ésta se dicta a favor del actor declarativo, debe caracterizarse el alcance de la obligación declarada, de modo que no se deje ningún espacio a la duda. La sentencia declarativa, al igual que la sentencia de condena, puede crecer en fuerza jurídica que garantice por sí misma la seguridad jurídica. El alcance de la eficacia de la fuerza jurídica depende del fallo de la sentencia, que se basa por su parte en la petición. Por lo demás, la determinación precisa del alcance de la fuerza jurídica tiene importancia decisiva, por causa de la fuerza vinculante de la eficacia jurídica, para el proceso de condena subsiguiente. De otra parte, el alcance de la eficacia de la fuerza jurídica de una sentencia declarativa también es importante para los demandados, así, por ejemplo, en cuanto a la prescripción.

30 2. El recurso de casación no puede seguirse cuando opina que la actora no ha descrito de modo suficientemente preciso el supuesto acontecimiento dañoso. En especial, la casación equivoca injustamente en la petición accionada la descripción de la fecha, que entraría en consideración como término final del acontecimiento dañoso. Y es que el dato de esta fecha sólo se hubiera requerido cuando, sin él, la identidad del suceso del que la actora deriva su derecho de crédito hubiera sido dudosa. Pero aquí no era así.

31 En el escrito de demanda, al igual que en la petición accionada, se menciona el paro de trabajo a partir del 12 diciembre 1961, como acontecimiento dañoso que, según opinión de la actora, obliga a los demandados y, por eso, según su argumentación, a la indemnización de daños y perjuicios. En consecuencia, se afirma con claridad suficiente el paro de trabajo, que siguió del lado de la mayor parte de los trabajadores industriales de la actora, como negativa de ésta a despedir al director del centro de trabajo y al supervisor, no en cambio el anterior inicio del trabajo omitido, al comenzar el turno, del lado de una parte pequeña de la plantilla. Porque en cuanto a esto se efectuó un arbitraje que prohibió a la actora, a efectos del arbitraje, recurrir a ese suceso como fundamento del derecho de recurrir a una indemnización de daños y perjuicios. Si hubiera querido hacerlo, entonces hubiera debido expresarlo inequívocamente. El arbitraje surte efecto clarificando en eso, lo que la actora pretende razonablemente con su petición.

32 Como se expuso por la actora, el paro de trabajo, del que derivaba su reivindicación de una indemnización de daños y perjuicios, seguía todavía. Por consiguiente, en ese momento le resultaba imposible indicar una fecha final. Ante todo, eso era también innecesario, porque sólo se efectuó un único paro de trabajo, que fue designado de un modo excluyente de toda duda, con la mención expresa de la fecha de su comienzo.

33 Como ahora, sobre la base del escrito del representante procesal de los demandados, de mediados de febrero 1962, el paro de trabajo encontró su fin, dado que los trabajadores, que habían parado el trabajo, se declararon dispuestos a iniciar de nuevo el trabajo, a causa de esto no se altera la identificabilidad del suceso dañoso, según opinión de la actora. Que algún tipo de paro de trabajo posterior, que podía estar en conexión con la reivindicación accionada, entrase en consideración, está excluido. La oferta del representante procesal de los demandados, de 13 febrero 1962, nada significa sobre la cuestión de si, por ejemplo, el daño originado hasta allí no podía aún incrementarse en lo sucesivo. Porque corresponde a la experiencia vital que una empresa, que debía prescindir durante un mes de la fuerza de trabajo de una parte importante

de sus trabajadores industriales, ya no puede funcionar a pleno rendimiento inmediatamente después de volver a iniciarse el trabajo. El recurso de casación tampoco quiere afirmar lo contrario. Más bien, le corresponde a ella, según la exposición de los demandados en el juicio ante la Sala, sólo la identificabilidad del suceso causante del daño, que se da suficientemente, sin embargo, según lo resaltado.

III.

34 1. Supuesto que el recurso de casación defiende la opinión de que no hubiera podido dictarse una sentencia declarativa, porque no se origina ningún perjuicio a la actora, esto no es, como se puso de relieve, ninguna cuestión de interés declarativo y de interés a la protección jurídica, sino del carácter concluyente y fundamentabilidad de la acción. En relación entonces con esto, no podía accederse a la petición declarativa orientada a la indemnización del daño, cuando el actor declarativo no aduce y no puede aducir que se ha originado y se originará un daño. Pero esta opinión ha sido evidentemente defendida, también, por parte del Tribunal de Trabajo de Estado federado.

35 Esto explica que la demandante haya presentado concluyentemente la causación de un perjuicio; frente a ello, no basta la simple negación de los demandados para impedir la emanación de una sentencia declarativa. Cuando se dirige la casación contra eso, ciertamente hay que admitir que el actor declarativo que acciona en indemnización de daños y perjuicios debe aducir, por principio, en caso de negación del demandado, la causación y, para convencer al tribunal, el comienzo futuro del daño. Pero aquí rigen igualmente las reglas de prueba de la apariencia, de las que también ha partido perceptiblemente y acertadamente en el litigio, al fin y al cabo, el Tribunal de Trabajo de Estado federado.

36 Si existe el hecho de que, según el curso de las cosas correspondiente a la experiencia vital, el suceso aducido como dañoso por parte del actor tiene generalmente como consecuencia el comienzo de los perjuicios del modo afirmado, entonces no basta, según ello, la negación del demandado para justificar el rechazo de la acción. Más bien, el demandado que niega debe aducir, como regla general, y —en caso de que el actor niegue su existencia— justificar circunstancias, que autoricen por su parte la conclusión de que en el caso concreto, excepcionalmente, contra la experiencia general, el perjuicio no es consecuencia del suceso caracterizado como dañoso por el actor, o no se ha originado o se originará realmente. Sólo tal alegación y, en caso necesario dicha prueba, son apropiadas para imponerle de nuevo al actor la carga completa de la prueba (BAG 3, 63 [65] = AP Nr. 6 zu §66 BetrVG; BAG AP Nr. 1 zu §139 ZPO).

37 2. En el caso aquí existente para decisión, la prueba de la apariencia aboga por la causación de un perjuicio. Según la experiencia vital común, el mismo es la consecuencia necesaria del paro de trabajo de una gran parte de los trabajadores industriales en una empresa de producción, como la que dirige la actora. Esto rige, ante todo, cuando —como todavía ha de explicarse en el litigio— el paro de trabajo representa una medida de lucha. La causación del daño es precisamente en dicho caso el medio de presión querido, que debe hacer ladear al empresario, para inclinarlo al objetivo de lucha. Pero para alcanzar este objetivo, los trabajadores que llevaron a cabo la lucha laboral no podían esperar que hacia fuera ésta se desarrolle para el empresario sin perjuicios económicos notables derivados del asunto, es decir, sin perjuicios.

38 Por eso, hubiera sido competencia de los demandados, en el litigio, aducir y, en caso necesario, probar hechos que demostrasen, a pesar del estorbo a la producción de la actora por el paro de trabajo de una gran parte de sus trabajadores industriales en el centro de trabajo N., que excepcionalmente no se habría causado ningún perjuicio. Esto, a modo de ejemplo, podía ser el caso en que los demandados hubieran aducido que la actora trabaja en su centro de trabajo de

N. sólo con pérdidas, o que de todos modos hubiera tenido directamente la intención de hacer realidad la completa suspensión de la producción, o que, por ejemplo, la asociación empresarial de la actora hubiera reembolsado todos los perjuicios. Pero los demandados sólo han hablado del plan de cambio de lugar de una parte de la producción, de un plan que no está en absoluto en la línea de la causación de un perjuicio y que, además, no han sometido a prueba, a pesar de la negación de la actora.

39 En este contexto, si los demandados han avisado sobre el escrito de la actora a sus clientes de 7 marzo 1962, entonces es ciertamente correcto que el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha valorado erróneamente este escrito. Pero su valoración conduce necesariamente, en la lógica legal, a la suposición de que la actora ha comunicado en él un recortamiento claro de su producción. Porque en el escrito se dice que una parte de la producción de la actora ha sido asumida por otras fábricas, de manera que, por principio, se entregarían todos los pedidos. De esta opinión se desprende precisamente, en correspondencia con el resultado ordinario del paro de trabajo llevado a cabo por la mayoría de trabajadores, que la producción no podía ser mantenida y entregada como hasta ahora, sino que fue recortada con un alcance cierto. Por cierto, los demandados se han apropiado con la presentación de este escrito de las afirmaciones vertidas en él por la actora. Admiten por sí mismos, en consecuencia, la causación de un perjuicio cierto.

40 Si el recurso de casación, y ciertamente apelando al parágrafo 139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indica luego la cuantía de los dividendos repartidos por la actora, entonces podrá quedar por comprobar, por tanto, si entra en consideración, en realidad, la violación del parágrafo 139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o si no se trata en ese caso, más bien, de una nueva exposición de hechos, inadmisibles en el tercer grado jurisdiccional. Porque la cuantía de los dividendos repartidos no admite ningún tipo de conclusión acerca de si, a través del paro de trabajo, se ha causado o no un perjuicio. Incluso si podía derivarse de ello una conclusión segura sobre la cuantía de la ganancia prevista en el año económico, lo que no es verdaderamente el caso, sin embargo, en virtud de la experiencia, entonces la obtención de dicha supuesta ganancia no significa aún nada concluyente. Porque siempre resulta posible que la ganancia, sin el paro de trabajo, hubiese sido aún mayor. Por consiguiente, la prueba de la apariencia tampoco se quebranta, bajo dos puntos de vista, a través de esta alegación del recurso de casación.

41 La alegación del recurso de casación, acerca que no se han producido anulaciones de pedidos, es igualmente irrelevante. También aquí puede quedar por comprobar si esta afirmación puede ser todavía planteada de nuevo en el proceso, en el tercer grado jurisdiccional, y si la apelación al parágrafo 139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no debe fracasar ya igualmente, dado que sobre la causación del perjuicio las cuestiones afectadas han sido ya discutidas en las instancias previas y los demandados estuvieron representados allí por un abogado. Incluso si ninguna anulación de pedidos debía ocurrir, existiría la posibilidad de que a la actora, como consecuencia del paro de trabajo, que ha sido conocido incontrovertidamente en círculos amplios, se le hayan escapado nuevos pedidos. Si para la ocurrencia real del perjuicio relativo a esto aboga un principio de experiencia general, puede igualmente quedar por comprobar. Se está decidiendo otro tema. Y es que la objeción de los demandados afecta, en todo caso, solamente a una parte, y además, una parte existente algo al margen del problema de la causación del perjuicio. En qué medida es ello correcto, sólo cabe aclararlo en el proceso de condena.

B.

42 El Tribunal de Trabajo de Estado federado deriva la obligación de los demandados de indemnizar el perjuicio causado a la actora, de que los demandados habrían participado en una

huelga salvaje y, aparte esto, socialmente inadecuada, y de que cabe constatar del lado de los demandados un comportamiento dañoso e ilícito. La corresponsabilidad de la actora se niega por la sentencia impugnada. El paro de trabajo de los demandados fue una huelga salvaje y, por causa de ello, ilícita, con la que han interferido dañosamente en la actividad empresarial instalada y ejercida por la actora, conducta por la que responden con responsabilidad solidaria. La cuestión de la corresponsabilidad se valora erróneamente por el Tribunal de Trabajo de Estado federado, por causa de la subestimación de puntos de vista jurídicos decisivos.

I.

43 Los demandados niegan, en primer lugar, que haya existido, en realidad, una huelga. Mantienen la opinión de que los trabajadores habrían hecho uso, y ciertamente justificado, de su derecho de retención. Esto es incorrecto.

44 1. Ciertamente, por principio, también el trabajador tiene los derechos derivados del párrafo 273, apartado 1, y del párrafo 320, apartado 1, inciso 1, del Código Civil. Puede ejercitarlos, entre otros supuestos, cuando el empresario no cumple su promesa de pagar el salario por un tiempo y trabajo determinados o sus obligaciones, que le impone el deber contractual laboral de asistencia (HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7ª ed., Tomo I, pág. 222; véase también, igualmente, 6ª ed., Tomo II, pág. 198). A estos deberes del empresario pertenece también, como parte de su deber de asistencia, el tratamiento humano de los trabajadores.

45 En su forma de presentarse, coinciden ampliamente el ejercicio del derecho de retención y el paro de trabajo en forma de lucha, y por causa de ello, tampoco pueden ser ambos distinguidos fácilmente (cfr. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6ª ed., Tomo II, pág. 648, nota 68). No obstante, existe entre ambos una diferencia esencial: el ejercicio del derecho de retención es un acto individual en el terreno del contrato concreto. En cambio, la huelga es una medida de lucha laboral. Naturalmente, también pueden varios trabajadores simultáneamente, esto es, conjuntamente, ejercitar su derecho de retención. Incluso si eso sucede en interacción consciente y querida, por consiguiente en virtud de un plan, se tratará aún siempre en ese caso, sin embargo, contra la opinión del Tribunal de Trabajo de Estado federado, de realizaciones del derecho de retención correspondiente a los trabajadores, de existencia independiente unas de otras, y a valorar diferenciadamente.

46 2. Ahora los demandados habían planteado una serie de afirmaciones, acerca de lo que avisa el recurso de casación conforme a Derecho, en especial en los motivos de la apelación —que remiten a la sentencia impugnada y, por eso, cabe utilizarlos por la Sala—, de las que han concluido que 28 de ellos estaban autorizados a ejercitar el derecho de retención frente a la actora. Eso no lo ha investigado el Tribunal de Trabajo de Estado federado. Sin embargo, en ese contexto, tampoco era necesario, dado que ello no se corresponde con las alegaciones procedimentales de la casación, relacionadas con esto, a que se refiere el párrafo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

47 Y es que aquí puede quedar por comprobar con qué alcance ha afirmado concluyentemente esta alegación de los demandados, esto es, en qué medida se ha tratado, en el caso de la conducta reprochada por la actora, de motivos suficientes para hacer valer un derecho de retención, y en qué momento deben haber tenido lugar los acontecimientos interesados (el suceso mencionado por el demandado J.M. debe haber ocurrido, por ejemplo, sólo en enero 1962). Porque incluso si se quiso conceder a estos 28 demandados el derecho de retención, habría que tener en cuenta que incontrovertidamente no han parado el trabajo sólo ellos, sino también los restantes 35 demandados y, aparte estos, otros 391 trabajadores industriales de la demandada.

48 Los demandados no han afirmado por sí mismos que estos 426 trabajadores hubieran tenido igualmente un motivo individual y presente para hacer valer el derecho de retención, como podía haber admitido quizá la parte de los 28 demandados mencionados. Tales motivos son decisivos, sin embargo, porque el derecho de retención es justamente un derecho individual de aquel que ha logrado los requisitos para el ejercicio del derecho, frente a la conducta de la contraparte contractual. Por eso, tampoco bastan reproches generales como «clima empresarial malo», «jefes antisociales» o «comportamiento que hace la vida imposible» para poder valorar una acción masiva, como la suspensión del trabajo de 454 trabajadores en un solo día, como ejercicio del derecho obligacional de retención. Verdaderamente, el hecho incontrovertido de que el trabajo también ha sido parado por los que no han afirmado por su parte que tiene que corresponderles el derecho de retención, y también por los que no lo han afirmado, aboga por la suposición del Tribunal de Trabajo de Estado federado de que se trata de una medida de lucha laboral, pero no del ejercicio de un derecho de retención por trabajadores individuales, que se consideraban autorizados para ello. Y es que el paro de trabajo del conjunto de trabajadores debe ser valorado unitariamente aquí, de manera que no resulte posible hablar, en el caso de los 28 demandados citados, del ejercicio de un derecho de retención, y sin embargo, en el resto de una huelga. Por causa de ello, en el caso presente, el suceso conjunto representa una huelga, porque en el paro de trabajo de concretos trabajadores, según la experiencia vital común en caso de negativa general a trabajar realizada del mismo modo y como permaneciendo juntos intencionadamente por dentro, y por causa de la similitud de la conducta, la valoración jurídica del mismo tiene que realizarse bajo el punto de vista de que una parte de los trabajadores que negaron el trabajo no podían ni querían realizar de antemano ningún derecho de retención. Pero entonces los demás trabajadores, en virtud de ello, tampoco ejercitan un derecho de retención.

49 3. En el litigio no es preciso examinar si puede existir la justificación para ejercitar el derecho de retención por el lado de una parte de los trabajadores de la empresa, cuando frente a él no sucede ciertamente todavía ningún abuso por el lado de un mando, aunque sobre la base de la conducta actual de este mando frente a los otros trabajadores debe contarse seriamente con dicho abuso. Entonces, una parte de los trabajadores no ha ejercitado en ese momento ningún derecho de retención, y tampoco se expuso entonces que haya existido la posibilidad de ejercitar el derecho de retención, de manera que no haya que valorar, según lo claramente dicho, la conducta del conjunto de los trabajadores como realización del derecho de retención. Pero incluso si se quiso comprender ahí la alegación de los demandados de que ha existido aquí un caso de derecho de retención, incluso si se quiso considerar luego esta alegación como sustancialmente suficiente e incluso, también en dicho caso, la posibilidad de ejercitar el derecho de retención, que habría que conceder por principio, entonces los demandados tampoco pueden remitirse con éxito sobre ello, apelando a un segundo motivo. Permanece incólume que la conducta del conjunto de trabajadores, que han negado el trabajo, hay que caracterizarla como huelga y participación en huelga.

50 a) El ejercicio del derecho de retención es hacer valer una posición jurídica individual existente, con el objetivo de la realización de este derecho individual existente. En cambio, el objetivo de la lucha laboral es la causación querida, con el medio de la presión, de un resultado determinado, y ciertamente sin consideración a si existe o no justamente un derecho a ello. Ciertamente, el ejercicio del derecho de retención y las medidas de lucha laboral son dos formas de presentarse el paro de trabajo. Pero como consecuencia de su diferente tendencia de objetivos, ambas formas se excluyen recíprocamente. Esto significa que un paro de trabajo no puede ser simultáneamente huelga (lucha laboral) y ejercicio del derecho de retención.

51 Ambas formas de paro de trabajo exteriorizan también efectos diferentes. Así, a través de una huelga, se interrumpe frente a los huelguistas el deber de pago del salario del empresario. En cambio, en caso de ejercicio del derecho de retención, persiste frente a los que hacen uso de él, como regla general.

52 Estas circunstancias hacen que aquel que quiere hacer uso del derecho de retención tiene el deber de manifestarlo inequívocamente a la contraparte contractual, cuando puedan existir, en el caso concreto, confusiones acerca de si, en caso de un paro de trabajo, se trata de una lucha laboral o del ejercicio del derecho de retención. Ambos fenómenos ocurren frecuentemente en la vida laboral. La lucha laboral es una institución de la que puede hacer uso una y otra vez la clase obrera, que exige la realización de un derecho por parte de aquel frente al que existe, siempre al menos para el reconocimiento de un deber de tolerancia. Que puedan existir verdaderas confusiones, en especial cuando una mayoría de trabajadores rehúsa simultáneamente la prestación laboral, ya se ha mencionado.

53 Por consiguiente, para poder suponer la existencia del derecho de retención, tiene importancia especial que los trabajadores que rehúsan la prestación laboral pongan eso en conocimiento del empresario, de modo que se excluya toda duda. Eso no requiere necesariamente que se haga personalmente e individualmente por todo trabajador tomado en consideración. Más bien, también pueden servirse de un representante, incluso de un representante común, para cumplir su deber de manifestación. La declaración debe únicamente ser clara e inequívoca.

54 b) Ello falta en el litigio. Y es que el Tribunal de Trabajo de Estado federado declara, como incontrovertido, que la comisión negociadora del comité de empresa fue encargada de tratar de los destajistas de la sección de corte, y ciertamente sólo para negociar sobre el pago del Chevrolin a los trabajos afectados. Pero no sólo los destajistas de la sección de corte han rehusado el inicio del trabajo hasta el despido del director del centro de trabajo y del supervisor. Más bien, el paro de trabajo ocurrió, también, en una parte de los trabajadores de la sección de accesorios, y en este suceso se incluyen en el transcurso del día, además, la mayoría de los trabajadores industriales del centro de trabajo.

55 Incluso si la actora hubiera podido reconocer, sobre la base de las declaraciones de la comisión negociadora, que los destajistas de la sección de corte querían ejercitar un derecho de retención con el objetivo del despido de dos empleados, entonces les falta un indicio suficiente para suponer que también los trabajadores de la sección de complementos y, en consecuencia, la mayor parte de los trabajadores industriales habrían afirmado hacer uso del derecho de retención, pero no querer llevar a cabo una lucha laboral. Con el solo paro de trabajo no podía verse esta aclaración. De esto se deriva nuevamente que dicha aclaración debe efectuarse de modo que excluya toda duda. Los paros de trabajo eran por sí mismos de igual clase.

56 c) Para la existencia de una lucha laboral, y contra la suposición de ejercicio del derecho de retención, abogan finalmente importantes y contundentes indicios. Si los trabajadores que se niegan a trabajar hubieran querido hacer uso del derecho de retención, entonces, como se ha puesto de relieve, no hubieran perdido sus derechos salariales durante el tiempo del paro de trabajo. Hubiera debido suponerse, en virtud de la experiencia, que también habrían reclamado éstos. En verdad, no lo han hecho, y no se han defendido antes, además, de los despidos decretados contra ellos. Esto sería del todo incomprensible si hubieran tenido la creencia de no hacer huelga, sino de hacer uso del derecho de retención que les corresponde, según su opinión.

II.

57 Si se excluye por estos motivos la suposición de que se trata del ejercicio del derecho de retención, entonces el paro de trabajo de la mayor parte de los trabajadores industriales del

centro de trabajo de N. de la actora sólo puede ser valorado justamente como una medida de lucha laboral, esto es, como huelga. Dicha huelga fue ilícita en el caso dado.

58 1. El Tribunal de Trabajo de Estado federado declara, como incontrovertido —no se ha presentado una pretensión de rectificación—, que el sindicato competente en el centro de trabajo de la actora ni ha aprobado el paro de trabajo, ni lo ha autorizado con posterioridad ni tampoco lo ha proseguido. Por consiguiente, se trata de una llamada huelga salvaje, a saber, de una huelga que no partió del sindicato ni tampoco fue asumida por él. Dicha lucha laboral es ilícita, en todo caso.

59 Según el Auto de Sala General del Tribunal Federal de Trabajo BAG 1, 291 (= AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), la huelga sindical con un objetivo de lucha autorizado y con medios de lucha autorizados no es ilícita, supuesto que sea emprendida como ultima ratio (en el lugar indicado, 309). De ello se deriva que, para las consecuencias de dicha huelga, no puede reclamarse ni al sindicato ni a los trabajadores huelguistas.

60 Sobre la huelga no sindical, esto es, salvaje, no ha tomado posición la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo. La Sala actuante tampoco se ha pronunciado, asimismo expresamente, sobre la licitud de una huelga salvaje, si bien sus decisiones BAG 2, 75 (77) AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf y AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht indican sobre ello allí, de modo inequívoco, que la huelga salvaje ha de ser considerada ilícita. Las otras Salas del Tribunal Federal de Trabajo no se han pronunciado en ningún caso sobre la licitud de una huelga salvaje. Supuesto que la Sala actuante en AP Nr. 6 zu Art. 9 GG Arbeitskampf ha concedido el derecho de cierre patronal al empresario, también en caso de huelga salvaje, eso tiene tan poco que ver con la cuestión de su licitud, contra la opinión de la casación, como la cuestión de en qué medida, en caso de una huelga parcial salvaje o de una huelga salvaje llevada a cabo en un centro de trabajo ajeno, se afecta el deber de pago del salario (AP Nr. 3 zu §615 BGB Betriebsrisiko).

61 Si la exclusión de responsabilidad de los concretos participantes en la huelga, que cabe como regla en el caso de una huelga sindical, también sucede en el caso de una huelga salvaje, resulta controvertido en la doctrina científica. Una opinión, que se expresa en especial por HUECK, *RdA* 56, 204 ss. (para justificaciones adicionales, véase HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6ª edición, Tomo II, pág. 643, nota 42), considera ilícita la huelga salvaje si existen determinados requisitos. Contra ello, se dirige en especial NIPPERDEY, pág. 641 y pág. 642, 643; además, pág. 616, nota 41 al final. Sólo considera lícita la huelga sindical.

62 2. Contra la opinión de NIPPERDEY podía hablarse de que no se ha decretado expresamente en ninguna parte una prohibición legal de la huelga salvaje. También resultan concebibles casos en los que, a consecuencia del rápido transcurso de los acontecimientos, no es posible sólo esperar el acuerdo de huelga del sindicato. Como ya ha puesto de relieve la Sala General, para el éxito de la huelga a menudo es decisiva la rapidez con la que se lleva a cabo (BAG 1, 305).

63 Además, hay que considerar si el concepto de paridad en la lucha y el de igualdad del artículo 3 de la Constitución Federal pueden ser conducidos a este terreno, contra la opinión de NIPPERDEY. Del lado empresarial, en el caso de una lucha laboral, no se requiere ningún comportamiento de asociación; más bien, cada concreto empresario puede cerrar. Eso podía utilizarse para considerar el derecho de huelga de los trabajadores individuales como independiente del comportamiento del sindicato.

64 Aparte esto, son concebibles empresas en las que no hay trabajadores organizados. Si se niega a los trabajadores activos allí el derecho de huelga, al igual que a los grandes autónomos, entonces tampoco podría representar eso, según las circunstancias, una diferencia justificada. Esto podría valer tanto como el que la Constitución estatal de Berlín, en el artículo 18, apartado

3, garantice el derecho de huelga, sin que se propusiese expresamente una restricción en el derecho de huelga de los sindicatos.

65 3. No obstante, hay que seguir la opinión de NIPPERDEY, que se comparte últimamente por HERTEL (*Der Arbeitskampf im Spiegel der Rechtsordnung*, separata de «WMZ» Núm. 4 y 5 de 1962, pág. 6). Esto se deriva de las siguientes consideraciones:

66 a) El argumento de que el empresario y el trabajador deberían ser igualados en cuanto al derecho de huelga pasa por alto, en todo caso, que el legislador distingue entre empresarios y trabajadores por motivos objetivos, puesto que ciertamente reconoce a los empresarios individuales la capacidad convencional, pero no a los trabajadores individuales, ni siquiera a la mayoría sumada de ellos (parágrafo 2, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo). El empresario individual emplea trabajadores, para los que la celebración de un convenio colectivo de empresa puede ser decisiva; a los trabajadores individuales y a la mera suma de trabajadores individuales les falta, por consiguiente, el poder negociador para la celebración de un convenio colectivo y la posibilidad necesaria y suficiente de garantizar su cumplimiento, desde el punto de vista del deber de paz. Como persona con capacidad convencional, el empresario individual puede comenzar medidas de lucha laboral, pero no los trabajadores individuales, a los que les falta la capacidad convencional. El trato diferente de la parte trabajadora, por consiguiente, se basa por sí mismo en un fundamento justificador diferente del que existe en la parte empresarial.

67 No cabe querer justificar la huelga salvaje con la indicación de que la lucha laboral ya ha actuado antes del establecimiento del convenio colectivo y debe pensarse neutralizada, por una vez, la institución del convenio colectivo (así, BYDLINSKI, en «Die kollektiven Kräfte im Arbeitsleben», 1963, pág. 83). El establecimiento del convenio colectivo es un componente, y además un componente esencial, del ordenamiento jurídico.

68 b) Una serie de preceptos legales, y ciertamente no sólo preceptos constitucionales de los Estados federados, en conexión con las medidas de lucha laboral de la parte trabajadora, hablan expresamente de las asociaciones (sindicatos). Así, el artículo 51, apartado 3, de la Constitución de Bremen menciona el derecho de huelga de las asociaciones económicas. El artículo 66, apartado 2, de la Constitución de Renania Palatinado nombra el derecho de huelga de los sindicatos. Igualmente, en el artículo 56 de la Constitución de Sarre, se habla del derecho de huelga de los sindicatos. Además, el parágrafo 49, apartado 2, inciso 3, de la Ley de Organización de la Empresa, y el parágrafo 55, apartado 2, inciso 3, de la Ley de Representación del Personal de la Federación, tratan las luchas laborales de las partes con capacidad convencional.

69 c) Contra la objeción de que las luchas laborales, dado el caso, sólo pueden producirse en el acto y de que la espera, según las circunstancias, puede hacer de antemano dudoso el éxito de la lucha, cabe advertir la posibilidad de asunción de la huelga salvaje por el sindicato. A través de ello, se convierte la huelga salvaje inicial en una sindical. El sindicato puede aprobarla y continuarla con posterioridad, para quitarle retroactivamente el defecto de huelga salvaje (BAG AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht). La posibilidad de la asunción deja, por consiguiente, a la iniciación tácticamente oportuna de la huelga un gran espacio de juego, en todo caso.

70 d) El derecho de huelga no está expresamente reconocido en la Constitución Federal. No obstante, su existencia no se discute. Con frecuencia, se deriva del derecho de coalición del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal (de otra opinión, BENDA, *Notstandsverfassung und Arbeitskampf*, pág. 11). Esta difundida convicción podía abogar en favor de garantizarla sólo a los sindicatos, sin que se necesite decidir, en consecuencia, la cuestión de si el derecho de huelga deriva realmente del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal y de si los

sindicatos son el caso concreto de una coalición de trabajadores, a los efectos de este artículo constitucional. Los sindicatos son, en todo caso, el prototipo de asociación de trabajadores.

71 e) La Sala General del Tribunal Federal de Trabajo ya ha puesto de relieve que las luchas laborales son indeseadas en general (BAG 1, 300). Para fundamentarlo, ha avisado, entre otras cosas, de los perjuicios económico-nacionales conectados inevitablemente a ellas. De ello se deriva —y esto es, ante todo, la consideración decisiva, y verdaderamente la única por sí misma contundente, frente al reconocimiento jurídico o, también, la sola tolerancia de la huelga salvaje— que la admisión de las luchas laborales sólo puede justificarse en un marco determinado. En este caso, es importante al comienzo de la huelga poner en funcionamiento autoridades de control de objetivos, que por causa de su posición en la vida laboral, de su significado en cuanto a lo económico y de su conocimiento del ámbito del Derecho de lucha laboral, sirvan a la garantía de que sólo se hará huelga en los casos económicamente fundamentados y de que, en caso de huelga, se cumplirán en interés general las reglas de lucha requeridas. En cuanto a dichas autoridades, del lado del trabajador en su posición comunitaria, sólo entran en consideración los sindicatos. Por causa del momento de ordenación a tener en cuenta, también en la lucha laboral y, en consecuencia, en la huelga, la huelga salvaje es completamente inadmisibles para las cuestiones empresariales. La posición de los sindicatos no puede ser reemplazada; por lo demás, el comité de empresa no puede llevar a cabo ninguna lucha laboral contra el empresario (parágrafo 49, apartado 2, inciso 2, de la Ley de Organización de la Empresa).

72 El medio de la huelga es un arma afilada. Esto prohíbe confiar el derecho de huelga a personas o grupos en los que no existe la garantía de que sólo harán uso de él con un alcance justificable. Dicha garantía no se da en el caso de trabajadores individuales, de los miembros de la plantilla en cuanto tales o de grupos no sindicales de trabajadores.

73 f) Toda huelga es una suspensión unilateral del deber de trabajar asumido a través del contrato de trabajo. En todo caso, eso conduce obligatoriamente a estrechar y limitar con cuidado los casos en los que dicha suspensión se considera justificada. Por consiguiente, la falta de una prohibición legal expresa de la huelga salvaje y la versión común del artículo 18, apartado 3, de la Constitución de Berlín no justifican la aceptación de una libertad de huelga general dominante, y menos poder presentar como argumento estas circunstancias, contra la consideración precedente. Porque la justificación de la suspensión unilateral de los deberes contractuales es la excepción, frente al mandato de cumplimiento de estos deberes. Esto justifica los preceptos constitucionales mencionados en B II 3 b y las disposiciones legales para el expresado estrechamiento del círculo de los que pueden llevar a cabo una huelga.

74 4. Resumiendo, hay que decir que titulares de la lucha laboral pueden ser, de un lado —junto a las asociaciones de empresarios—, también ciertamente los empresarios individuales, pero del otro lado sólo los sindicatos. Si se incumple en una huelga este principio, entonces se trata de antemano de una huelga ilícita. En la cuestión de la adecuación social, ya no son importantes más detalles. Los motivos de justificación, en conexión con el hecho de llevar a cabo de una huelga salvaje, entran en consideración menos que los que en especial se derivan de las consideraciones de B II 3 e y f. Con justicia, el Tribunal Federal de Seguridad Social también describe la huelga no sindical como aquélla que no asume la voluntad conjunta aceptada por la Ley (Sentencia de 9 julio 1963, —9 RV 1114/59—, parcialmente publicada en *NWJ* 63, 2189).

III.

75 1. Dicha huelga ilegal cumple la circunstancia objetiva del parágrafo 823, apartado 1, del Código Civil. Esto ya lo ha decretado la Sala en BAG 2, 75 (80, 81) (= AP Nr. 2 zu Art.9 GG

Arbeitskampf). Contra la opinión de la casación, hay que mantenerse en ello. A través de la huelga no lícita, se interfiere ilícitamente la actividad empresarial instalada y ejercida del empresario. Ésta pertenece a los bienes jurídicos protegidos, que están mencionados en el parágrafo 823, apartado 1, del Código Civil (así, también, BGHZ 29, 65 ss.).

76 No puede regir otra cosa en el caso de la huelga, distinta de lo que ha explicado el Tribunal Federal Supremo para el boycott, en BGHZ 24, 200 (205).

77 2. La responsabilidad en base a una violación ilícita de los bienes jurídicos mencionados en el parágrafo 823, apartado 1, del Código Civil requiere la culpa del dañador. En cuanto a la forma y grado de esta culpa, basta también la imprudencia leve.

78 Si los demandados se remiten a que no existe culpa de su parte, dado que, en todo caso, no hubieran podido reconocer la ilicitud de la huelga, entonces reclaman en consecuencia la existencia de un error de Derecho. Frente a ello, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la huelga es una de las interferencias más graves en la vida económica. Quien la empieza tiene un deber especial de convencerse de la licitud del paso proyectado; en ese caso, por causa de la gravedad de la interferencia ocurrida con la huelga, también debe suponerse que se impone realmente el reconocimiento de ese deber. Si los trabajadores comienzan una huelga sin convencerse de su licitud antes de ponerla en vigor, entonces hay que suponer en toda regla la culpa, cuando se comprueba más tarde la ilicitud de la huelga.

79 En el litigio, los demandados no afirman por sí mismos que hubieran cumplido su deber de aclaración. Esto también hay que considerarlo como concluyente, dado que los demandados, a pesar de la advertencia del secretario sindical del lugar, habían celebrado el paro de trabajo. Por consiguiente, no habían querido realmente informarse sobre la licitud de su conducta y oír el consejo de externos. En dicho caso, se desprende su culpa de los principios jurídicos expresados en BAG AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht, durante todo el tiempo de la huelga y sin tener en consideración el momento en el que cada demandado concreto hubiera podido romper su contrato. Sobre que los demandados hubieran logrado más tarde el convencimiento fundado sin culpa de que la huelga había sido lícita, nada se ha expuesto.

80 Que la sentencia impugnada se ha basado conforme a Derecho en la culpa de los demandados, contra la opinión de la casación, también vale en cuanto al demandado G P. No puede seguirse la opinión del recurso de casación de que este demandado griego no habría actuado culpablemente, porque como consecuencia de su falta de conocimiento de la lengua no habría comprendido en absoluto de qué se trataba. Precisamente de este demandado se ocupa la sentencia impugnada, en detalle, en conexión con la cuestión de la culpa. Declara, tomando por base una máxima de experiencia, que los trabajadores extranjeros empleados en Alemania reconocen correctamente las cuestiones conectadas con su relación de trabajo, y G P ha conocido de qué se trataba. Contra la existencia de la máxima de experiencia aceptada por el Tribunal de Trabajo de Estado federado, no puede aducirse ningún reparo. Por lo demás, debe llamarse la atención al demandado G P de que, conjuntamente con los otros trabajadores huelguistas, no ha trabajado durante el mes, pero tampoco ha cobrado ningún salario de su empresario. Esto también debía ser para él, en sus relaciones, un indicio suficiente para rendir cuentas escrupulosamente sobre su conducta.

81 3. Como ya ha decidido la Sala actuante en BAG 2, 75 (76) (= AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), así como en AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht, la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios de aquellos que han participado culpablemente en una huelga ilícita es solidaria. Verdaderamente, esto se desprende sólo de los parágrafos 830 y 840 del Código Civil.

82 El Tribunal Federal Supremo (BGHZ 8, 288 [294] y 17, 327 [333]) ha reconocido que, para la realización del concepto de complicidad, también es suficiente sólo cualquier colaboración mental (intelectual), incluso cualquier palabra de ánimo o la actividad conscientemente apoyada por la simple presencia, siempre y cuando haya existido el denominador común de la voluntad orientada directamente al resultado delictivo.

83 Basta para la aceptación de una responsabilidad solidaria de todos los demandados la declaración del Tribunal de Trabajo de Estado federado, no atacada por el recurso de casación, de que los demandados en el curso del 12 diciembre 1961, supuesto que estaban presentes en el centro de trabajo, han suspendido conjuntamente el trabajo con una gran parte de la plantilla y que, independientemente de ello, todos los demandados han mantenido el paro de trabajo hasta el despido sin plazo, a pesar de exigirse repetidas veces la prestación laboral. Porque ello no representa ninguna infracción inadmisibles, si el Tribunal de Trabajo de Estado federado concluye en base a estos hechos que ha existido entre los demandados una complicidad, a los efectos de los parágrafos 830 y 840 del Código Civil. Más bien, corresponde a la experiencia vital general que a través de la negación general del trabajo y la no observancia general de los requerimientos de la actora, que se constataron vinculadamente por el Tribunal de Trabajo de Estado federado, se manifestó no sólo la conducta de permanecer juntos internamente, sino que se ha manifestado en su presentación, en el sentido subrayado, una voluntad conjunta orientada directamente al resultado delictivo, que ha provocado por su parte la causa común, a los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo.

84 Naturalmente, de la complicidad en este sentido no podía hablarse en el caso de un trabajador que, durante el tiempo comprendido desde el 12 diciembre 1961 hasta el colapso de la huelga a mediados de febrero 1962, por ejemplo, no hubiera podido cumplir su deber de trabajar por motivos de enfermedad. Pero esto sólo lo habían expuesto los demandados a propósito del presidente del comité de empresa, en relación con el cual la actora ha retirado la acción dirigida contra él.

85 En cambio, los demandados no han expuesto nada, a propósito de otros de ellos, que hubiera impedido la prestación laboral por un motivo externo al suceso de lucha laboral durante el período de huelga o, también, sólo hasta la extinción sin plazo del 15 diciembre 1961. No depende de cuándo el concreto trabajador ha llegado por primera vez a la posición de no cumplir su deber de trabajar por otros motivos distintos de la lucha laboral, también en la forma dada sobre la base de los preceptos de la Ley de Protección de la Mujer. Asimismo, no juega ningún papel si quizá en días concretos, incluso si no hubiera ido a la lucha laboral, no hubiera podido trabajar o no hubiera podido hacerlo en la forma de siempre. Todo esto no le exime del deber de mantener a disposición de la actora su fuerza de trabajo y de reaccionar positivamente a los repetidos requerimientos de la actora para reiniciar el trabajo. Todos los demandados, sin embargo, al igual que el resto de los participantes en la huelga, han permanecido incontrovertidamente en el paro de trabajo hasta mediados de febrero 1962. Cuando los demandados han expresado en concreto, en la segunda instancia, por ejemplo: Sch: Ha querido trabajar, pero no ha podido, porque a medio día nadie ha estado ahí; Sch: Ha estado embarazada y le ha sido dado permiso para la firma de un contrato de alquiler; P: Ha padecido molestias de embarazo y ha estado más tarde completamente incapacitada para trabajar; H: Sólo ha estado limitada de todos modos en su capacidad de acción; entonces, la casación aduce como injusto, desde el punto de vista mencionado en este momento, que el Tribunal de Trabajo de Estado federado no se ha ocupado luego de ello. Basta la constatación de que los demandados afectados no han vuelto a comenzar el trabajo, contra los requerimientos de la actora. Si eso ha ocurrido el 12, 13, 14 ó 15 diciembre (una fecha posterior no se puede tomar en cuenta, porque en ese día los demandados fueron despedidos sin plazo), es jurídicamente irrelevante.

86. Tampoco juega ningún papel, en base a este motivo, que en cuanto a algún demandado los efectos se hubieran impedido, de todos modos, de otra manera (por ejemplo, visita a escuela de formación profesional, enfermedad ocasional, falta de posibilidad de ocupación) en días concretos o en momentos concretos de su prestación laboral. Por consiguiente, las objeciones procesales del recurso de casación relacionadas con ello van, en todo caso, al vacío.

87. Tampoco depende ello de cuándo y en base a qué despidos (cfr. supuesto despido del demandado U, de 15 diciembre 1961, en cuanto que primero tras el comienzo de la huelga) habían sido finalizadas las concretas relaciones laborales, o si demandados concretos han encontrado otro puesto de trabajo; la huelga siempre debe ser considerada, según lo dicho, como un comportamiento delictivo unitario. Por eso, contra la opinión del recurso de casación, no depende de la cuestión, en todo caso, de qué parte del daño y cuántos daños en concreto se han causado por los demandados o por otros (así, también, *RGR Komm. z. BGB*, 11ª edición, §830 BGB, Nota 3, apartado 1; STAUDINGER, *BGB*, 9ª edición, §830, Nota 2, apartado 3, donde se subraya que este principio rige entonces por sí mismo, cuando cualquier participante ha causado mensurablemente una parte limitada del daño).

88. En especial, tampoco se trata aquí, como los demandados parecen suponer, de un problema de causalidad adelantada. Sobre ello, hay que remitir a BAG 6, 321 (374, 376) y AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht, donde la Sala ha subrayado que el dañador no puede remitirse a que, en lugar del medio ilícito que ha aplicado, hubiera debido y podido aplicar otro lícito, a través del que hubiera correspondido el mismo daño. Así, descontado ello, no podían remitirse los demandados a que podían existir distinciones en la dimensión del daño, que hubieran podido suspender el trabajo, en lugar de negar el trabajo, y despedir sólo tras el transcurso del plazo extintivo, por lo cual se habría originado a la actora el daño afirmado por ella, en todo caso. Al igual que tampoco es concluyente la opinión a deducir de los demandados, de que a lo sumo sólo respondían por el daño que ha correspondido hasta el transcurso del plazo regular de despido. Porque incontrovertidamente los despidos no han sucedido hasta el comienzo de la huelga.

IV.

89. Según ello, si hay que estar de acuerdo con las consideraciones del Tribunal de Trabajo de Estado federado sobre la responsabilidad básica de los demandados en relación con los perjuicios causados por la huelga, no podrán seguirse entonces sus comentarios sobre la cuestión de la corresponsabilidad. La cuestión del reconocimiento y del alcance de la corresponsabilidad debe ser examinada hacia todos los lados, ya en el procedimiento declarativo, y ciertamente teniendo en cuenta el alcance de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia declarativa. Esto hay que subrayarlo aquí otra vez. Y es que posiblemente se suprime incluso la responsabilidad de cualquier tipo de la parte demandada, si a la parte actora le alcanza una corresponsabilidad muy predominante.

90. El Tribunal de Trabajo de Estado federado opina que a la actora no le alcanza ninguna culpa al originarse la huelga, porque «las tempranas intromisiones afirmadas», realizadas por ambos empleados, «al menos desde 12.12.1961, ya no constituían la causa adecuada de huelga, dado que el motivo de huelga el 12.12.1961 tenía allí carácter originario, en sus lados real y jurídico». El despido de ambos empleados no ha necesitado aceptarlo la actora, especialmente porque ha cedido al resto de las exigencias de la plantilla.

91. Sobre esto, es acertado solamente el último punto de vista. Porque el empresario no está obligado en relación con ello, en cuanto tal, frente a una amenaza de huelga, a ceder a las exigencias planteadas bajo esta amenaza (BAG AP Nr. 3 zu §615 BGB Betriebsrisiko; BAG

AP Nr. 3 zu §1 TVG Friedenspflicht). No obstante, no está liberado ni de las obligaciones derivadas del parágrafo 254, apartado 1, del Código Civil, ni de las derivadas del parágrafo 254, apartado 2, del Código Civil. Aquí se trata de los principios jurídicos generales, que aconsejan la observancia de la corresponsabilidad propia, en interés de la justicia, frente a los obligados a la indemnización del daño. En ese caso, hay que tener en cuenta que puede incluso volver a ser importante, por último, la cuestión de la concausación derivada de consideraciones de justicia, en el marco del parágrafo 254, apartado 1, del Código Civil.

92 Si la junta directiva de la actora, el día de comienzo de la huelga, rechazaba cumplir la exigencia de despido de dos empleados, entonces difícilmente podían ponerse reparos, por consiguiente, a esta sola conducta. Pero eso no basta para negar la corresponsabilidad de la actora. Más bien, eso también depende, y quizá incluso decisivamente, de otro comportamiento del comité de dirección de la demandada, así como del comportamiento de sus empleados. Además, el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha tomado equivocadamente, en relación con ello, la posición de que en el marco del parágrafo 254, apartado 1, del Código Civil también puede depender la causación de las circunstancias, y de que la actora estaba obligada, según el parágrafo 254, apartado 2, del Código Civil, a mantener el daño tan bajo como fuese posible.

93 1. El Tribunal de Trabajo de Estado federado hubiera debido examinar si la junta directiva de la actora, como han afirmado los demandados, ha querido desistir sin fundamento de sus anteriores promesas, y si, sin agotar las posibilidades de negociación, ha abandonado el centro de trabajo sin motivo apremiante. Además, hubiera debido tener en cuenta que ambos empleados, cuyo despido exigía la plantilla, así como otros eventuales empleados, en cuanto al cumplimiento del deber de asistencia de sus trabajadores por la demandada, estaban frente a los ayudantes de cumplimiento de la demandada, por los que ésta respondía, según el parágrafo 278 del Código Civil, sin posibilidad de justificación del despido. Por consiguiente, si eso queda por tener en cuenta, no está decidiendo sólo en qué sucesos hay que hacer, además, responsable personalmente a la actora, porque podía, toleraba o incluso se había obligado por sí misma.

94 Erróneo es también, en este contexto, considerar arreglados los sucesos anteriores, a través del acuerdo de 8 noviembre 1961. Este acuerdo podía quizá jugar un papel, si se trataba de si los demandados hubieran podido negar el trabajo con ocasión de los sucesos que habían jugado antes de la celebración del acuerdo. Pero no depende de una contemplación conjunta, en el marco del requerido parágrafo 254, apartado 1, del Código Civil, ante todo no, si puede ser constatada la certeza de las afirmaciones repetidas en el grado de casación por los demandados, de que los empleados de la actora, e incluso su junta directiva, todavía hubieran dado lugar por sí mismos a la impresión, tras el 8 noviembre 1961 así como alrededor de ese día, a través de su conducta, de que no querían atenerse al acuerdo.

95 Los demandados han planteado un gran número de reproches a la actora y sus representantes, en especial al director del centro de trabajo y al supervisor. El Tribunal de Trabajo de Estado federado supone por sí mismo la «actuación subjetiva» de un empleado, como posiblemente ocurrida. Más sucesos han sido afirmados por los demandados como comienzo de prueba. El Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha tomado posición sobre ellos y no ha practicado pruebas. Esto basta, en el particular, como motivo de casación. Este reproche está fundado.

96. Por consiguiente, falta aquí el examen de la corresponsabilidad. Las infracciones del parágrafo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprochadas a la sentencia impugnada, puestas de relieve arriba por los demandados, obligan a revocar ésta. En el asunto, la Sala no puede decidir por sí misma. Se requiere todavía, para posibilitar una decisión justa, una serie de constataciones objetivas.

97 2. El Tribunal de Trabajo de Estado federado ha malinterpretado el precepto del parágrafo 254, apartado 2, del Código Civil, en cuanto al deber de mitigación del daño de la actora.

98 Sobre ello, los demandados habían remitido a la oferta de trabajar de 13 febrero 1962, sin que el Tribunal de Trabajo de Estado federado, en este contexto, hubiera tomado posición o incluso adoptado declaraciones. Ciertamente, como arriba se ha expresado, esto no era apropiado sin más para dar por terminado el deber de indemnización de daños y perjuicios de los demandados, como tampoco imponía a la actora limitar temporalmente su petición declarativa sobre ello. Pero, como han afirmado los demandados, si la actora no ha hecho uso, o no ha hecho uso suficientemente rápido, o no ha hecho uso con un alcance suficiente, de cada oferta de trabajar, y a través de ello ha aumentado el perjuicio, entonces existe la posibilidad, derivada de ello, de que la actora esté obligada, por tanto, a cargar por sí misma sus perjuicios en la dimensión marcada por la Ley.

99 Si la Sentencia impugnada expone que sólo la oferta de trabajar antes del 13 febrero 1962 hubiera podido provocar el deber de mitigar los perjuicios, entonces eso permite reconocer la interpretación errónea del parágrafo 254, apartado 2, del Código Civil. Porque, según él, el deber del dañado de mitigar los perjuicios no está limitado temporalmente.

100 También esta cuestión debe ser decidida por los motivos arriba citados ya en el proceso declarativo, de manera que desde este punto de vista deben producirse, en todo caso, la revocación de la sentencia impugnada y la remisión del asunto a la instancia previa, porque la declaración sólo puede suceder en la instancia fáctica.

15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 21 JUNIO 1988 (REFERENCIA 1 AZR 651/86)

Hechos:

1 I. La actora dirige una empresa de comercio minorista y mantiene en la República Federal aproximadamente 50 establecimientos. Uno de sus establecimientos está en R., calle K. Aquí la actora emplea 102 trabajadores a tiempo completo, así como entre 30 y 40 a tiempo parcial. Con este establecimiento, la actora está afiliada, entre otras, a la Asociación de Comercio Minorista de Baden-Württemberg.

2 El establecimiento R. fue objeto de una huelga el 27 abril 1985, un sábado denominado corto, en el que los negocios deben permanecer abiertos únicamente hasta las 14.00 horas, durante el tiempo comprendido entre las 6.30 horas y las 11.50 horas. A esta huelga había convocado la dirección de distrito del Estado federado de Baden-Württemberg, del HBV. Según afirmación de la actora, con ocasión de esta huelga ha ocurrido una multitud de «disturbios huelguísticos». La actora exige la indemnización del perjuicio que se le ha causado por esta huelga, y la abstención de huelgas de advertencia futuras en sábados cortos que duren más de 30 minutos y, subsidiariamente, 90 minutos. Además, exige el cese futuro de los disturbios afirmados y la obligación de los demandados de influir en los trabajadores huelguistas y piquetes de huelga, para que dichos disturbios no sucedan en el futuro.

3 La acción, con todas sus pretensiones, se dirige contra los afiliados R B. y Sch. de la administración de distrito del HBV, que habían actuado en la huelga como dirigentes huelguistas (en lo sucesivo, sólo el dirigente huelguista B. y el dirigente huelguista Sch.), contra la dirección de distrito del Estado federado de Baden-Württemberg, del HBV, y contra el Sindicato del Comercio, Bancos y Seguros en su conjunto (en lo sucesivo, sólo HBV).

4 II. Se llegó a la huelga de 27 abril 1985, que las partes unánimemente califican como «huelga de advertencia», en el curso de las negociaciones convencionales para la renovación del convenio colectivo marco y del acuerdo retributivo y del acuerdo salarial para el comercio minorista de Baden-Württemberg. Las partes de estos convenios colectivos son el HBV, el DAG y la Asociación del Comercio Minorista de Baden-Württemberg. El convenio colectivo marco de 1 abril 1980, que era denunciado en 31 diciembre 1982, pero sólo en 31 diciembre 1984 en cuanto a disposiciones concretas, no debía ser denunciado, según acuerdo de las partes convencionales de septiembre 1982, en consideración a su eficacia general. No obstante, se obligaba a la Asociación del Comercio Minorista a negociar sobre un nuevo convenio colectivo marco y los sindicatos se reservaban el derecho de hacer los convenios colectivos sin cumplimiento de un plazo para denunciar.

5 Ya en noviembre 1982, el HBV planteó reivindicaciones para la nueva regulación del convenio colectivo marco, que fueron ampliadas, en febrero 1984, con la exigencia de introducción de la semana de 35 horas. Junto a ello, se exigió el aseguramiento convencional de pagos especiales, así como una mejor protección contra el despido y un seguro de ingresos para trabajadores mayores.

6 El 9 noviembre 1984 ocurrieron las primeras negociaciones del convenio colectivo, que se prosiguieron el 26 noviembre 1984. Dado que en el tiempo intermedio el HBV, el DAG y la Asociación principal del Comercio Minorista habían previsto, para el 17 y 18 enero 1985, una conferencia en la cumbre en Hannover, se acordó esperar al resultado de esta conferencia en la cumbre.

7 En esta conferencia en la cumbre, participaron también representantes de las asociaciones convencionales de Estado federado. Los empresarios habían elaborado líneas maestras para las negociaciones convencionales, que fueron planteadas para su discusión. Con motivo de las negociaciones posteriores del convenio colectivo en Baden-Württemberg, el 12 febrero 1985 la Asociación del Comercio Minorista de Baden-Württemberg se declaró dispuesta a acordar una reducción de la jornada, en observancia de las líneas maestras de Hannover. El 25 y 26 febrero 1985 se encontraron de nuevo el HBV, el DAG y la Asociación principal del Comercio Minorista para una conferencia en la cumbre en Essen, donde las asociaciones centrales llegaron a un acuerdo, con la subsiguiente recomendación:

8 «1. El Consejo Consultivo Político-social está dispuesto a dejar establecida la jornada, a partir de 1 enero 1986, en 38,5 horas por semana.

2. El período de duración de esta reducción de la jornada debe ascender a tres años.

3. Durante el período de duración de esta regulación de la jornada, no se modificará la sistemática en la retribución de las vacaciones, asignaciones especiales y prestaciones con repercusión patrimonial. Los contratos correspondientes se prorrogarán hasta el final de 1988.

4. En los convenios colectivos marco, hay que acordar, a pesar de la reducción convencional de la jornada semanal, que exista en todo centro de trabajo la posibilidad de trabajar, sin perjuicio de una regulación compensatoria especial, hasta 40 horas semanales sin suplementos de horas extraordinarias.

5. a) En cuanto a los contratos de trabajo a tiempo parcial, el Consejo Consultivo de Política-Social del HDE estaría dispuesto a recomendar que se asuma la correspondiente regulación normativa de Renania del Norte y Hesse, en todos los convenios colectivos de los Estados federados.

b) El registro de trabajadores a tiempo parcial, que hasta el presente pertenezcan al seguro de desempleo, permanece garantizado.

6. Todas las demás reivindicaciones que afecten a la jornada en el convenio colectivo marco, incluida la exigencia de ampliación del párrafo 92 de la Ley de Organización de la Empresa, ya no son en consecuencia objeto de negociaciones en los Estados federados. Esto afecta, también, a las reivindicaciones subsiguientes sobre las relaciones laborales a tiempo parcial, en los Estados federados.

7. Los resultados obtenidos hasta el presente a nivel de Estados federados, en el convenio colectivo marco, permanecen inalterados.

8. Existe conformidad en que la valoración total de la reducción de la jornada se efectúa en ambas estipulaciones convencionales, de 1985 y 1986. Sobre la cuantía del coste (3,9% ó 4,2%) no existe conformidad».

9 Si también se acordó el número 8 de esta recomendación, se discute por las partes.

10 Durante las negociaciones posteriores del convenio colectivo de 21 marzo 1985, la Asociación del Comercio Minorista de Baden-Württemberg se declaró dispuesta a estipular, sobre la base de la recomendación de Essen, convalidando la reducción de jornada y los incrementos salariales de 1985 y 1986, mientras que el HBV planteó reivindicaciones ulteriores, controvertidas en los detalles; y así, reivindicaciones sobre incremento de la retribución de vacaciones y de pagos convencionales especiales, de una regulación de la dimisión de los contratos resueltos, regulaciones especiales para los empleados a tiempo parcial, y similares. Las negociaciones en Baden-Württemberg continuaron el 18 abril 1985. La parte empresarial ofreció la reducción de jornada en 38,5 horas, a partir de 1 enero 1986, y hasta 40 horas semanales, en caso de horas

extraordinarias libres de suplementos; una mejora de la protección frente al despido para los trabajadores mayores, así como un incremento del salario y las retribuciones del 2,5%, para 1985, y del 2,1%, para 1986. Esta oferta la consideró escasa el HBV, y aún denunció los convenios colectivos el 18 abril 1985. Se acordó una nueva sesión negociadora para el 7 mayo 1985. En ese día, las partes del convenio colectivo llegaron a un acuerdo. En ese caso, se discute si el acuerdo efectuaba, sobre la base de la oferta empresarial de 18 abril 1985, una regulación adicional sobre los contratos resueltos, o si, en ese caso, se tomaron en consideración más reivindicaciones del HBV.

11 En el período comprendido entre el 18 abril y el 7 mayo 1985, ocurrió en Baden-Württemberg una huelga de advertencia frente a doce firmas afiliadas a la Asociación del Comercio Minorista. Fueron afectados, junto al establecimiento R. de la actora, también sus establecimientos en M. y S.

12 III. El 27 abril 1985 el tiempo de apertura comercial, en el establecimiento R., duraba de las 8.30 horas a las 14.00 horas. La jornada de los empleados ocupados en la venta transcurría de las 8.25 horas a las 14.00 horas. La jornada de los trabajadores a tiempo parcial empezaba diferenciadamente a las 8.30 horas, a las 9.00 horas y a las 9.30 horas, y entre las 6.30 horas y las 8.00 horas, para los otros 21 trabajadores no empleados en la venta.

13 Según afirmación de la actora, se obstruyeron desde las 6.30 horas la entrada de personal y las entradas de clientes con piquetes de huelga y objetos. Durante este tiempo, sólo habrían podido acceder al centro de trabajo el director del establecimiento R. y ocho trabajadores asignados al servicio de emergencia. Sólo después de que se hubiesen alejado los piquetes de huelga, a las 9.45 horas, y de que a las 10.08 horas hubiese sido liberada la entrada de clientes, habrían podido acceder de nuevo al centro de trabajo los trabajadores con voluntad de trabajar. Éstos habían sido 27 trabajadores a tiempo completo y seis trabajadores a tiempo parcial. Los trabajadores huelguistas sólo habían regresado del local de la huelga a las 11.40 horas, mientras que otros trabajadores habrían esperado hasta ese momento ante el edificio del establecimiento. Tras una manifestación final ante el edificio del establecimiento, han regresado de nuevo a sus puestos de trabajo, a las 11.50 horas, 64 empleados a tiempo completo y 27 empleados a tiempo parcial, de manera que los accesos de clientes habrían podido abrirse a las 11.55 horas.

14 Al menos en el período comprendido entre las 6.30 horas y hasta poco después de las 10.00 horas, los dirigentes huelguistas B. y Sch. han estado presentes ante el edificio del establecimiento.

15 Dentro del período de tiempo mencionado, según afirmación de la actora, ha ocurrido lo siguiente:

16 1. Al menos a partir de las 6.45 horas, no se pudo abrir la entrada de personal de la calle Ka., porque ante la puerta a abrirse desde el exterior, habían sido colocados tres bancos y dos mesas. El director del establecimiento ha exigido a los dirigentes huelguistas B. y Sch. que retiren estos objetos, sobre lo cual el dirigente huelguista B. sólo ha contestado «que se mantiene así en una huelga de advertencia». En un requerimiento adicional posterior del representante procesal de la actora, de quitar los objetos, la dirigente huelguista Sch. ha declarado que no había ninguna voluntad de trabajar. Sólo a las 10.08 horas el dirigente huelguista B. ha quitado los bancos y mesas, de manera que la entrada de personal ha sido de nuevo accesible a las 10.10 horas.

17 2. En la vía de acceso a la rampa para la entrega de mercancías, estaba colocado un Audi 100 GL. El ruego del director del establecimiento de dejar libre la vía de acceso a la rampa para la entrega de nueva mercancía, ha sido rechazado por los dirigentes huelguistas B. y Sch.

18 3. La reja rodante de la entrega de mercancías había sido abierta por el director del establecimiento R. y por el portero, para entrar en el edificio a través de ella. Hacia las 7.30 horas, la reja rodante había sido corrida de nuevo.

19 4. Ante las entradas de clientes de la calle G., de las calles K./Ka. y de las calles G./K. (entrada principal), así como alrededor de la totalidad del edificio, se habrían colocado aproximadamente 80 piquetes de huelga, predominantemente de trabajadores ajenos a la actora, que habrían ocupado todas las entradas. La entrada principal había sido obstruida por diez piquetes de huelga con una tela roja estirada, atravesada ante la entrada. Sólo a las 9.45 horas se han alejado los piquetes de huelga.

20 5. En la vía de salida del aparcamiento, estaba colocado el Audi 80 utilizado por la dirigente huelguista Sch., y en la vía de acceso, el Mercedes Combi 206 D, que el dirigente huelguista B. había utilizado más tarde para transportar las mesas y los bancos. De ahí que el aparcamiento no haya podido ser transitado. Junto a la vía de entrada al aparcamiento, los piquetes de huelga habrían dado curso a vehículos que llegaban, con la advertencia de que aquí se hace huelga. Sólo a las 9.45 horas los vehículos se han ido.

21 6. Se han pegado a las ventanas del establecimiento de 10 a 15 carteles de la huelga de advertencia.

22 7. A las 8.30 horas, ha sido abierta la entrada de clientes de las calles K./Ka. A través de esta entrada ha querido acceder al centro de trabajo la sustituta G. Se lo han impedido de ocho a diez piquetes de huelga colocados codo con codo ante la entrada. Sólo a las 9.05 horas ha logrado acceder al centro de trabajo a través de esta entrada.

23 Ante el centro de trabajo, los piquetes de huelga habrían repartido papeletas, en las que los esquiroleros fueron insultados de modo desagradable. Los trabajadores que llegaban han sido vigilados por miembros del comité de empresa, de manera que habrían advertido que no se habrían atrevido a querer trabajar en el edificio, sino que habrían esperado hasta el final de la huelga. El dirigente huelguista B. ha recorrido el edificio del establecimiento con un megáfono y ha gritado repetidamente: «Se llaman comerciantes y nos estafan».

24 IV. La actora considera ilícita, por principio, la huelga de advertencia. Al menos en el comercio minorista, las huelgas de advertencia en los sábados cortos, que pueden durar más de 30 minutos y, subsidiariamente, 90 minutos, no son admisibles. En todo caso, la huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. el 27 abril 1985 ha sido ilícita. A través de esta huelga de advertencia, se ha perdido un tiempo de trabajo de tres horas y 20 minutos, que son en realidad el 60% del tiempo de apertura. A través de ella, se ha producido una importante caída de las ventas que, en virtud de la experiencia, no es recuperable más tarde. Precisamente para los sábados, las compras proyectadas por la clientela de la ciudad y alrededores no se aplazarían, sino que se cubrirían en otros centros de trabajo. El miembro de la junta directiva del HBV de Steinborn ha declarado por sí mismo, el 22 abril 1985 en el WAZ, que una venta perdida en el pequeño comercio no es recuperable. En consecuencia, esta huelga de advertencia ha sido desproporcionada, especialmente porque ha perjudicado también los intereses de terceros y de los clientes. La huelga de 27 abril 1985 ya no ha sido necesaria. Sobre la oferta hecha el 18 abril 1985 por la Asociación del Comercio Minorista de Baden-Württemberg, se habrían puesto de acuerdo las partes del convenio colectivo el 7 mayo 1985. A este acuerdo ha habido que esperar, tras lo cual ya se llegó a un acuerdo sin lucha laboral, en diversos ámbitos convencionales, sobre la base de la recomendación de Essen.

25 Con motivo de la huelga, sucedieron bloqueos de las entradas y vías de acceso, así como el entorpecimiento de los trabajadores con voluntad de trabajar, intentando acceder al edificio del establecimiento, que han sido ilícitos. Los demandados tendrían que abstenerse de tales actos en el futuro y garantizar sobre ello que los piquetes de huelga y los huelguistas no se proponen tales actos.

26 V. La actora exige la indemnización del perjuicio que se le ha causado por la huelga de advertencia de 27 abril 1985. Calcula la pérdida de ventas, teniendo en cuenta las ventas en el establecimiento R. en los sábados precedentes y las ventas en los establecimientos comparables U. y Re., en 100.000 marcos alemanes. En el caso de una ganancia bruta del 38,6%, tras la deducción del impuesto sobre el valor añadido, de las retribuciones y salarios ahorrados con la huelga de advertencia, y de las participaciones empresariales correspondientes a ello, da como resultado un perjuicio de 28.902,32 marcos alemanes.

27 La actora ha solicitado finalmente ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado:

28 1. Que se condene a los demandados, como responsables solidarios, a pagar a la actora 28.902, 32 marcos alemanes.

2. Que se condene a los demandados, en evitación de una multa, a establecerse por el tribunal por cada caso de actuación en contra, de hasta 500.000 marcos alemanes y, alternativamente, arresto de hasta seis meses, o a un arresto de hasta seis meses, a abstenerse,

a) de convocar para huelgas de advertencia a los trabajadores empleados en el establecimiento del ramo R. de la actora, calles R. y K., durante las negociaciones convencionales todavía en curso, en los llamados sábados cortos (tiempo de apertura comercial legal hasta las 14.00 horas), cuya duración —calculada a partir del comienzo del trabajo debido contractualmente— sobrepase 30 minutos, y de llevar a cabo tales huelgas,

subsidiariamente,

de convocar a huelgas de advertencia a los trabajadores empleados en el establecimiento del ramo R. de la actora, durante las negociaciones convencionales todavía en curso, en los llamados sábados cortos (tiempo de apertura comercial legal hasta las 14.00 horas), cuya duración —calculada a partir del comienzo del trabajo debido contractualmente— sobrepase hora y media, y de llevar a cabo tales huelgas;

b) de bloquear o permitir que se bloqueen, durante la realización de medidas de lucha laboral, las entradas y salidas del establecimiento del ramo R. de la actora, así como las vías de acceso y salida del aparcamiento, y la recepción de mercancías,

que no quede a disposición la entrada y la salida, libre y no estorbada por controles y/o impedimentos, no importa de qué tipo, y en cuanto al establecimiento del ramo, no menos de tres metros de amplitud, tanto de ancho como de alto,

para los que tengan voluntad de entrar, y en especial, pertenecientes al centro de trabajo dispuestos a trabajar, trabajadores de contratistas de la actora, clientes y visitantes, así como proveedores que examinan el aparcamiento y/o la entrada de mercancías, también mediante la utilización de vehículos,

y en cuanto al aparcamiento y/o la entrada de mercancías, que no permanezcan a disposición con total amplitud las vías de acceso y de salida para el círculo de personas mencionadas, en especial cuando ocurra que

aa) se obstruya la entrada del personal por medio de objetos, en especial mesas y bancos,

bb) se bloquee la vía de acceso a la rampa de entrada de mercancías a través de un vehículo de motor,

cc) se corra la reja rodante abierta de la entrega de mercancías,

dd) se bloquee por medio de vehículos de motor la vía de acceso y la vía de salida del aparcamiento,

ee) se peguen en las ventanas del almacén carteles que avisen de la «huelga de advertencia»,

ff) se obstaculice la entrada principal de clientes por la colocación de piquetes de huelga con una tela roja estirada, atravesada ante la entrada de clientes,

gg) se dé curso o, en su caso, se rechace a vehículos que llegaran, con el aviso de la huelga de advertencia,

hh) se impida a los compañeros acceder al almacén por medio de empujones corporales.

3. Se ordene a los demandados que influyan tanto en los huelguistas como en los piquetes de huelga, para impedir bloqueos por parte de éstos del modo descrito en el número 2 b), o para inducir a su anulación.

29 VI. Los demandados han solicitado que se rechace la acción.

30 Consideran admisibles las huelgas de advertencia también en el comercio minorista, y también en sábados cortos, con una duración de más de 30 y, subsidiariamente, 90 minutos. También ha sido admisible la huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. el 27 abril 1985. Los sucesos afirmados por la actora, con ocasión de esta huelga de advertencia, no habrían ocurrido o no habrían ocurrido así.

31 La entrada de personal ha sido abierta durante la huelga. Ante la puerta, habrían colocado únicamente una mesa de información y dos bancos, pero la puerta ha podido abrirse. A través de esta puerta también ha accedido al centro de trabajo la sustituta G.

32 La vía de acceso a la rampa ha estado libre. La señora B., el servicio de emergencia y el director del establecimiento R. habrían accedido al centro de trabajo sobre la rampa. La reja rodante de la entrada de mercancías no ha sido corrida por ellos.

33 Las entradas de clientes no han sido obstaculizadas por piquetes de huelga. Es cierto que en las entradas habrían colocado un total de 18 a 20 piquetes de huelga, identificados por una placa. Sin embargo, las entradas se han mantenido cerradas por la actora. Los clientes o trabajadores dispuestos a trabajar no han sido mantenidos a distancia. La entrada principal de las calles G./Ka. ha sido abierta más tarde por la actora. Aproximadamente a diez clientes, que habrían accedido al edificio de ventas, no los ha atendido, sin embargo, la actora, sino que los ha mandado de vuelta.

34 Ante el edificio del establecimiento, diversas personas también habrían portado una pancarta, pero moviéndose con ella aquí y allá, de manera que la entrada principal de clientes sólo habría podido ser obstaculizada durante un tiempo breve por dicha pancarta.

35 Los demandados niegan que hubieran colocado los automóviles mencionados en la vía de acceso y en la vía de salida del aparcamiento. Ante la vía de acceso al aparcamiento, habrían colocado únicamente dos piquetes de huelga y habrían informado a los clientes sobre el objetivo de la huelga de advertencia, de manera que éstos se habrían mantenido a distancia de ella por sí mismos, al entrar al aparcamiento.

36 No se han pegado carteles a las ventanas por ellos.

37 No se ha impedido el acceso al centro de trabajo a los dispuestos a trabajar. Los piquetes de huelga habrían tenido únicamente la función de controlar a los trabajadores designados para los trabajos del servicio de emergencia. Es admisible pedir a los trabajadores que participen en la huelga. No se ha recurrido a la violencia en ese caso. Todos los piquetes de huelga han sido instruidos el día anterior sobre sus funciones, que también han grabado por escrito en el carnet de piquete de huelga. En especial, se les ha aclarado que «quien quiere entrar sin condiciones, puede entrar».

38 Los demandados niegan los datos de la actora sobre cálculo del perjuicio. La pérdida de ventas afirmada está sobrevalorada y, por lo demás, ha podido recuperarse. El dato sobre ganancia bruta es insustancial y sobredimensionado, e infravalorados los datos sobre costes de personal ahorrados, dado que la actora ha reafirmado incluso por sí misma que los costes de personal ascienden alrededor del 20% del volumen de ventas.

39 VII. El Tribunal de Trabajo ha rechazado en todo su alcance la acción. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha estimado parcialmente la acción. La ha rechazado en todo su alcance, supuesto que se ha dirigido contra el HBV. Ha condenado a los dirigentes huelguistas B. y Sch., así como a la dirección comarcal del Estado federado, durante una huelga de advertencia contra el establecimiento del ramo R., a abstenerse,

- 40 de bloquear la entrada de personal con objetos, en especial mesas y bancos,
- de colocar en la entrada a la rampa de entrega de mercancías vehículos de motor,
- de colocar vehículos de motor en la vía de acceso y en la vía de salida del aparcamiento,
- de pegar carteles en las ventanas del almacén, que avisen de la huelga de advertencia,
- de obstaculizar la entrada principal de clientes, mientras piquetes de huelga estiran una tela transversalmente sobre la superficie correspondiente,
- de pedir a los conductores de vehículos de motor en la entrada del aparcamiento que no entren al mismo,
- de impedir, en relación con los compañeros de este establecimiento, su entrada al edificio del centro de trabajo, a través de la formación de cadenas humanas.

41 La acción subsiguiente contra estos tres demandados, también la ha rechazado el Tribunal de Trabajo del Estado federado.

42 Con el recurso de casación admitido, la actora vuelve a perseguir finalmente sus pretensiones planteadas ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado, en las que adapta a la condena decretada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado la petición referida a la abstención de conductas determinadas con ocasión de una huelga de advertencia. La influencia exigida de los demandados sobre los huelguistas y piquetes de huelga, en virtud del número 3 de la petición accionada, debe realizarse a través de las exigencias correspondientes.

43 Los dirigentes huelguistas B. y Sch., así como la dirección comarcal del Estado federado, han interpuesto asimismo recurso de casación, con el que pretenden el rechazo de la acción en el sentido en que la ha admitido el Tribunal de Trabajo del Estado federado.

Motivos de la decisión

44 El recurso de casación de la actora está fundamentado en parte, y los recursos de casación de los dirigentes huelguistas B. y Sch., y de la dirección comarcal del Estado federado, están fundamentados en todo su alcance. Para una decisión concluyente sobre una parte de la petición accionada, el litigio debe ser remitido al Tribunal de Trabajo del Estado federado.

45 A. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la pretensión de la actora orientada a la indemnización de daños y perjuicios contra los cuatro demandados. Por tanto, el recurso de casación de la actora está parcialmente fundamentado. La actora puede exigir la indemnización de daños y perjuicios de los dirigentes huelguistas B. y Sch., y del HBV, si los sucesos afirmados por ella han tenido lugar y se ha causado por ellos un perjuicio a la actora. En cambio, la huelga de advertencia de 27 abril 1985, llevada a cabo contra el establecimiento R. de la actora, no fue en cuanto tal ilícita.

46 I. La huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. de la actora el 27 abril 1985 fue admisible.

47 1. La Sala ha decretado, en su decisión de 12 septiembre 1984 (BAGE 46, 322 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), que el principio de la última ratio no prohíbe las huelgas cortas y con plazo temporal, a las que —tras el transcurso del deber de paz contractualmente acordado—

convoque el sindicato durante las negociaciones convencionales en curso. Esto vale, también, para las huelgas de advertencia en forma de «nueva flexibilidad». Se ha aferrado a esta decisión en su Sentencia de 29 enero 1985 (—1 AZR 179/84— AP Nr. 83 zu Art. 9 Arbeitskampf).

48 Con esta decisión, se ha basado en la primera Sentencia sobre huelga de advertencia (Sentencia de la Sala de 17 diciembre 1976, BAGE 28, 295 = AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), en la que la Sala ha explicado en detalle que el principio de la última ratio se refiere sólo a las luchas laborales con plazos largos o no limitadas temporalmente.

49 Estas decisiones de la Sala han padecido una crítica general en la doctrina científica. Ésta se puede agrupar en dos puntos de vista principales. Se reprocha, por uno, a la Sala que ha malinterpretado la función y significado, así como las repercusiones reales, de la huelga de advertencia en la forma de nueva flexibilidad, y ha igualado injustamente ésta a la «huelga de advertencia», sobre la que la Sala tenía que decidir en 1976. Las huelgas de advertencia en la forma de nueva flexibilidad son verdaderas huelgas para conseguir por la fuerza. Si el principio de la última ratio no debe oponerse a dichas huelgas, se abandona prácticamente, en consecuencia, el principio de la última ratio. De otro lado, se hace valer que la Sala ha malinterpretado la función a la que sirve la lucha laboral en relación con la autonomía convencional, si abandona la diferencia entre la fase de negociación y la fase de lucha y, en consecuencia, coloca la lucha en la posición de la negociación libre. La exposición de la crítica en detalle no parece necesaria. Se reconoce también, por las partes del litigio, en el dictamen del Profesor RICHARDI aportado por la actora.

50 2. La crítica a las decisiones sobre la huelga de advertencia está, en parte, justificada.

51 Las medidas de lucha laboral, según jurisprudencia constante, están sujetas al principio de la última ratio (fundamentalmente, BAGE 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). La posición libre, divergente de ello, sobre formas determinadas de lucha, como, por ejemplo, la huelga de advertencia también en la forma de nueva flexibilidad, requiere que se distingan entonces de modo jurídicamente relevante, por la vigencia del principio de la última ratio, estas formas de lucha de otras formas de lucha laboral, como la huelga para conseguir por la fuerza, que están sujetas al principio de la última ratio, y que parezca conveniente y justificada otra valoración jurídica de su admisibilidad. Desde el punto de vista del desarrollo de la praxis de la huelga de advertencia en los últimos años, dicha distinción ya no es posible.

52 a) Para la distinción, la Sala ha puesto de relieve en las decisiones mencionadas, que se trata en la huelga de advertencia de una huelga «corta y con plazo temporal», en donde es inocuo que éstas se lleven a cabo repetidamente y según un plan determinado. También se ejerce, a través de dichas huelgas, solamente una «presión atenuada» sobre la contraparte convencional, que precisamente por causa de su evitación de momento, conectada con ello, de una huelga para conseguir por la fuerza, representa el respeto del principio de la última ratio. Estos criterios expuestos no consiguen fundamentar una valoración jurídica diferenciada.

53 Las huelgas de advertencia, también en la forma de nueva flexibilidad, no se diferencian por su forma externa de presentación de las huelgas para conseguir por la fuerza. Sobre ello ya ha advertido la Sala en su decisión de 8 junio 1982 (1 AZR 464/80 — DB 1982, 1827). Ha realizado una advertencia, en el contexto de entonces, acerca de que la característica jurídicamente determinante de la huelga de advertencia no es su duración o su movilización cambiante contra un centro de trabajo determinado, sino la circunstancia de que se lleva a cabo aún antes del fracaso de las negociaciones convencionales.

54 La duración de los concretos paros de trabajo, su frecuencia en los concretos centros de trabajo o la cuantía de los perjuicios causados por las huelgas de advertencia no son sin embargo,

ninguna característica delimitadora fiable. Una huelga sectorial corta puede conducir a un perjuicio reducido, al igual que una acción de advertencia que se extienda sobre un período más largo. El perjuicio y, en consecuencia, la presión sobre el interlocutor convencional no es siempre y necesariamente más reducida, si un centro de trabajo padece una huelga varias veces por menos horas, que en el caso de una huelga llevada a cabo durante un gran número de horas. La «brevedad» de una huelga, su «presión atenuada» o el «perjuicio reducido» causado por ella serían entonces útiles como criterios para la diferenciación de la huelga de advertencia de la huelga para conseguir por la fuerza, en el mejor de los casos, si estuvieran definidos más en detalle. Dicha definición debería, con carácter general o para los respectivos ramos concretos, establecer y determinar los límites superiores temporales, relativos a con qué frecuencia podían repetirse las huelgas de advertencia contra el mismo centro de trabajo o en el ámbito de lucha, y en qué cuantía podría existir un perjuicio. Dicha definición sería arbitraria si no encontrase ningún fundamento en el ordenamiento jurídico.

55 b) Las funciones de una huelga de advertencia, discutidas en la doctrina científica, tampoco consiguen justificar una valoración jurídica diferenciada.

56 aa) Supuesto de momento que con la huelga de advertencia deba ejercerse presión sobre la parte empresarial, la huelga de advertencia tiene en común esta función de presión con la huelga para conseguir por la fuerza. Si se afirma —también por la actora—, que con la huelga de advertencia podría ejercerse sobre ella únicamente presión para que negocie rápido y se muestre más dispuesta al compromiso, pero que con la huelga para conseguir por la fuerza debe trabajarse hacia la celebración de un convenio colectivo con un contenido determinado, y esta diversa orientación de la presión justifica también una valoración jurídica diferenciada, entonces se divide con ello arbitrariamente una circunstancia vital unitaria. Objetivo de todas las negociaciones de un convenio colectivo es la celebración de un convenio colectivo. De ahí que todo ejercicio de presión, amenazada o real, sobre la parte empresarial aspire a la celebración de un convenio colectivo. No puede diferenciarse entre el ejercicio de presión con el objetivo de negociar de verdad o rápido y con disposición al compromiso, y el ejercicio de presión con el objetivo de llegar a la celebración de un convenio colectivo.

57 bb) Tampoco por la función de demostración se diferencia la huelga de advertencia de la huelga para conseguir por la fuerza. Esta función de demostración se ve en que la huelga de advertencia debe conducir a demostrar, ante los ojos de la parte empresarial, la disposición a la lucha del sindicato y que, en caso de fracaso de las negociaciones convencionales, se ejercerá presión a través de medidas de lucha laboral.

58 Seguramente, la demostración de la disposición para la lucha puede ejercer verdaderamente presión sobre la parte empresarial. Pero la aplicación de dicha presión y, en consecuencia, la demostración de disposición para la lucha no es inadmisibles en cuanto tal. La demostración de la disposición para la lucha en forma de huelga de advertencia, o sea, de paros de trabajo, no demuestra sólo disposición para la lucha y no ejerce sólo presión psicológica, sino que es directamente ejercicio material de presión, por las propias consecuencias y perjuicios del paro de trabajo. Pero ésta es la función de la huelga para conseguir por la fuerza. Dicha medida pensada como demostración de disposición para la lucha, que no se diferencia, según lo dicho, de la huelga para conseguir por la fuerza, también puede estar sujeta a las reglas de la propia lucha laboral y no ser privilegiada por causa de que no se limite al ejercicio directo de presión a través del paro de trabajo, sino que ejerza simultáneamente presión psicológica, a través de la cual pone a la vista medidas ulteriores de lucha laboral y, en consecuencia, ulterior presión directa. También la forma tradicional de la huelga para conseguir por la fuerza, tras el fracaso de las negociaciones convencionales, demuestra simultáneamente la correspondiente disposición para la lucha en el

futuro y sirve, en consecuencia, a la posible pronta reanudación de las negociaciones convencionales. De ahí que la función de demostración no justifique privilegiar la huelga de advertencia acompañante de las negociaciones, frente a la huelga de conseguir por la fuerza.

59 cc) Para la admisibilidad de la huelga de apoyo acompañante de las negociaciones se hace valer, además, que es una prueba necesaria para los sindicatos, para sondear la solidaridad y la disposición para la lucha de sus afiliados y de los externos. Eso puede ser correcto. Sin embargo, esta prueba, en cuanto que suceso sindical interno, no puede efectuarse en perjuicio de la parte empresarial. También cuando es necesario para las negociaciones efectivas que el sindicato sepa para qué objetivos están dispuestos a hacer huelga sus afiliados, y también, en caso necesario, los externos, el derecho constitucional a la actuación efectiva en cuanto que coalición, verdaderamente no exige que pueda rehusarse por esta prueba la prestación laboral contractualmente debida. El sindicato también puede probar de otro modo la disposición para la lucha laboral de sus afiliados y de los externos. Que esto sea organizativamente dificultoso y conduzca posiblemente a resultados menos seguros, no justifica privilegiar jurídicamente la huelga de advertencia sólo por causa de esta función de prueba, o sea, excepcionarla del principio de la última ratio.

60 En consecuencia, la huelga de advertencia, también en la forma de nueva flexibilidad, no se diferencia por cualesquiera criterios relevantes de la huelga para conseguir por la fuerza. De ahí que sólo pueda estar sujeta a las mismas reglas que ésta. De ahí que las huelgas de advertencia, también en la forma de nueva flexibilidad, estén sujetas al principio de la última ratio. A su valoración, discrepante de este punto de vista, de la huelga de advertencia como forma de lucha jurídicamente privilegiada, como se ha expresado en las decisiones mencionadas, la Sala no se aferra.

61 3. No obstante, la huelga de advertencia llevada a cabo el 27 abril 1985, contra el establecimiento R. de la actora, no fue inadmisibile. No infringía el principio de la última ratio.

62 a) La Sala General, en su decisión de 21 abril 1971 (BAGE 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), ha expresado:

63 «Las luchas laborales sólo pueden comenzarse y llevarse a cabo cuando sean apropiadas para alcanzar objetivos de lucha justos y la subsiguiente paz laboral, y sean objetivamente necesarias. Toda medida de lucha laboral —sea huelga, sea cierre patronal— sólo puede acometerse, además, tras el agotamiento de todas las posibilidades de entendimiento; la lucha laboral, por consiguiente, debe ser el último medio (última ratio) posible».

64 En ese caso, la Sala General ha entendido este principio de la última ratio como parte del principio de proporcionalidad, supuesto que este «principio de proporcionalidad» afecta al momento de la lucha laboral. De ahí que «tras el agotamiento de todas las posibilidades de entendimiento» caracterice el momento en el que son, en realidad, admisibles las medidas de lucha laboral.

65 La decisión de la Sala General no realiza ninguna consideración acerca de cuándo puede suponerse el agotamiento de todas las posibilidades de negociación, y cómo hay que constatar este momento. No quiere decir que este momento determinante de la admisibilidad de las medidas de lucha laboral sólo se dé entonces, cuando el «fracaso de las negociaciones» ha sido expresamente declarado o constatado.

66 b) Para la determinación de este momento, no puede plantearse si se han agotado realmente todas las posibilidades de negociación o si convienen todavía negociaciones ulteriores en perspectiva de un acuerdo. Dicha contemplación material no es ni posible ni admisible.

Verdaderamente, fracasa en la práctica a causa de que la disposición existente en las partes del convenio colectivo para la negociación y el compromiso, en cuanto que hecho interno, no puede ser constatada, o sólo puede serlo con grandes dificultades, mediante indicios. Es inadmisibles, sobre todo, porque conduciría al resultado de una censura convencional. La decisión acerca de que la lucha laboral todavía no ha debido llevarse a cabo, porque las diferencias de opinión entre las partes del convenio colectivo han sido aún superables, incluye una decisión acerca de que una u otra parte convencional finalmente habrían estado obligadas a ceder para evitar la lucha laboral. De ahí que también en la doctrina científica, supuesto que se ocupe en realidad de la cuestión de «cuándo» se han agotado todas las posibilidades de entendimiento o «cuándo han fracasado las negociaciones», se exprese unánimemente la opinión de que ello no dependa de una disposición a la negociación o al compromiso, todavía existentes realmente. Más bien, las partes del convenio colectivo podrían por sí mismas determinar libremente cuándo han fracasado las negociaciones convencionales (KONZEN, «Europäische Sozialcharta und ultima-ratio-Prinzip», *JZ* 1986, 157, 161). No depende de la disposición negociadora interna de las partes del convenio colectivo (BROX/RÜTHERS, *Arbeitskampfrecht*, 2ª ed., marginal 201). También PICKER, «Behandlungsbegleitende Arbeitskämpfe — ein Epilog zum Warnstreik», *DB* 1985, Suplemento 7, reconoce que al sistema del convenio colectivo se trae un elemento de determinación ajena, si se prescribe a las partes del convenio colectivo, a través del principio de la última ratio, con qué frecuencia y con qué duración tienen que negociar. Si un objetivo de regulación convencional es apropiado, y si es proporcional acometer medidas de lucha para su realización, no está sujeto a revisión judicial, porque dicho control sería incompatible con la autonomía colectiva.

67 De ahí que sólo quede la posibilidad de determinar formalmente el momento en que todas las posibilidades de negociación están agotadas, o sea, a partir del que pueden acometerse medidas de lucha laboral. De ahí que se exija por la doctrina científica, en el reconocimiento de esta posibilidad, que deba declararse «inequívocamente» el fracaso de las negociaciones (BROX/RÜTHERS, en el lugar indicado), y que se «declare oficialmente» el fracaso de las negociaciones llevaría, en caso de examen material, a una censura convencional (SEITER, *Die Warnstreikentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, pág. 101).

68 Esta sola exigencia de que el fracaso de las negociaciones convencionales deba ser oficialmente declarada y, con ello, que las medidas de lucha laboral sean admisibles de acuerdo con el principio de la última ratio, ha conducido a la problemática de la admisibilidad de las huelgas de advertencia. Éstas se llevan a cabo antes de que una de las partes del convenio colectivo haya declarado oficialmente el fracaso de las negociaciones. De esta comprensión del momento decisivo ha partido, también, la Sala en sus decisiones anteriores sobre la huelga de advertencia. Sólo cuando la huelga de advertencia es admisible antes de este momento, en cuanto que forma de lucha laboral especial, pero simultáneamente no son admisibles otras medidas de lucha laboral, tampoco el cierre patronal defensivo del empresario, antes de la declaración oficial del fracaso de las negociaciones, se plantea la huelga de advertencia como una forma de lucha laboral privilegiada frente al principio de la última ratio.

69 c) Sin embargo, las medidas de lucha laboral no son sólo admisibles cuando se declara o ha sido declarado «oficialmente» el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo. Si ello no puede depender materialmente de una disposición continua a la negociación y al compromiso de las partes del convenio colectivo, y las partes del convenio colectivo determinan libremente por sí mismas sobre ello, más bien, cuándo han fracasado las negociaciones, la declaración del fracaso de las negociaciones formalizada de cualquier modo tampoco puede hacer admisible por sí sola una medida de lucha laboral. Aquella parte del convenio colectivo

que acometa medidas de lucha laboral, da a reconocer con ello simultáneamente, más bien, que considera agotadas las posibilidades de negociación y no ve ninguna posibilidad de llegar a un acuerdo sin la puesta en práctica de medidas de lucha laboral. Si esta opinión es acertada, no depende —como se expresó— ni puede depender, porque esto conduciría de nuevo a un examen material, de si todavía existe disposición a la negociación y al compromiso (así, sin embargo, KONZEN, JZ 1986, 157, 161, que sobre ello plantea si es incierto todavía, según las «expectativas del sindicato», y si la celebración del convenio colectivo es alcanzable sin la lucha laboral).

70 Pero si esta evaluación por la parte del convenio colectivo es el único requisito para que, a partir de ahora, puedan movilizarse medidas de lucha laboral sin infringir el principio de la última ratio, entonces no existe, según la decisión de la Sala General, ningún motivo para anular aún la admisibilidad de medidas de lucha laboral a una declaración formal especial del fracaso de las negociaciones. Dicha declaración, en cuanto que requisito de las medidas de lucha admisibles, pueden acordarla ciertamente las partes del convenio colectivo en una normativa sobre lucha laboral o conciliación. A tales acuerdos les corresponde, según la decisión de la Sala General (Parte III A 3 de los Motivos), una preferencia frente a la estructuración «legal» o, en su caso, judicial del Derecho de lucha laboral. Pero esto no permite deducir la necesidad de dicha declaración formal. De ahí que en la doctrina científica, sin excepción, tampoco se fundamenta por qué el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo debe ser declarado formalmente antes de que sean admisibles las medidas de lucha laboral. Únicamente SEITER (*Streikrecht und Aussperrungsrecht*, pág. 515, nota 7) da, en relación con ello, una fundamentación: «La parte que finalmente cedió en llevar a cabo la lucha, pero ha esperado hasta ahora un compromiso más favorable, debe saber cuándo se ha alcanzado el punto extremo de cesión». Sin embargo, esta consideración sólo hace innecesaria la declaración formal del fracaso de las negociaciones convencionales. Las luchas laborales, también en la forma de huelgas de advertencia, no pueden llevarse a la práctica de un momento a otro. Requieren una preparación organizativa, para que los trabajadores deban ser convocados a ellas. De ahí que entre la convocatoria a una huelga de advertencia y el comienzo de la misma existirá un período de tiempo cierto, y éste puede también ser breve. De la convocatoria de la huelga de advertencia tendrá ordinariamente conocimiento, con carácter general, también la parte empresarial. De ahí que sepa, al igual que en caso de declaración oficial del fracaso de las negociaciones, que el sindicato considera agotadas las posibilidades de negociación y recurre a las medidas de lucha laboral. Siempre y cuando «prefiera ceder a llevar a cabo una lucha laboral», puede ceder y, en vista de las posibilidades de comunicación hoy existentes, comunicar todavía el sindicato su disposición a acordar antes del comienzo real de la lucha laboral, con la consecuencia de que la lucha laboral ya no sea necesaria y no suceda por causa de ello, pero como mínimo debe no suceder.

71 Después de todo, el principio de la última ratio no requiere, tal y como ha sido formulado por la Sala General en su decisión de 21 abril 1971, una declaración oficial del fracaso de las negociaciones del convenio colectivo, en cuanto que requisito para la iniciación de medidas de lucha laboral de cualquier tipo. En la iniciación de medidas de lucha laboral existe, más bien, la declaración de la parte del convenio colectivo, libre y no verificable y, por tanto, decisiva por sí sola, de que considera agotadas las posibilidades de negociación sin ejercicio de presión. En consecuencia, tampoco hay ningún momento decisivo adicional posterior, a partir del cual sólo sean admisibles otras medidas de lucha laboral, como las huelgas de advertencia, también las del otro interlocutor convencional. Desde este momento (unitario), la huelga de advertencia, como cualquier otra medida de lucha laboral, también durante las negociaciones en curso del convenio colectivo, no está excluida.

72 d) Con esta comprensión, no se priva al principio de la última ratio de su significado para el Derecho de lucha laboral. Mantiene, al igual que antes, la vigencia de la cuestión de si, y a partir de cuándo, son admisibles las medidas de lucha laboral.

73 El principio de la última ratio es un desarrollo del principio de necesidad. Las medidas de lucha laboral son sólo necesarias cuando sin ellas no cabe lograr la celebración del convenio por la vía de las negociaciones. En consecuencia, la admisibilidad de toda medida de lucha laboral requiere que las reivindicaciones sobre el contenido del convenio colectivo a celebrar hayan sido planteadas antes, y que, como regla, también se hayan llevado a cabo negociaciones convencionales sobre estas reivindicaciones; una excepción ocurre cuando la otra parte rechaza, en realidad, las negociaciones sobre la reivindicación. No es necesaria la lucha laboral si el interlocutor convencional ya ha aceptado la reivindicación (cfr. SEITER, *Die Warnstreikeentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts*, pág. 101; KALB, *Arbeitskampfrecht*, pág. 71). De ahí que el principio de la última ratio prohíba la lucha laboral por la fuerza y la demostración de una fuerza, y para un momento en el que todavía no se ha tenido conocimiento del punto de vista de la contraparte. En consecuencia, como ha visto correctamente SEITER (en el lugar indicado), el principio de la última ratio es un principio formal, que únicamente requiere el cumplimiento de «exigencias mínimas» para la admisibilidad de medidas de lucha laboral. Está conectado únicamente a un control limitado en cuanto al abuso.

74 4. Las huelgas de advertencia en la forma de nueva flexibilidad son admisibles, también en el comercio minorista y también en los sábados cortos. Dado que la huelga de advertencia, como toda otra forma de huelga, es una huelga para conseguir por la fuerza, sólo encuentra su límite en el principio de proporcionalidad, que determina la forma de la realización y la intensidad de las concretas medidas de lucha. En este sentido, sin embargo, no existe ningún reparo contra las huelgas de advertencia, también en la forma de nueva flexibilidad. Tampoco se encuentran voces en la doctrina científica, que intenten fundamentar la ilicitud de las huelgas de advertencia, también en la forma de nueva flexibilidad, por un incumplimiento de la prohibición de exceso (cfr. LÖWISCH, «Warnstreik und neue Beweglichkeit», *BB* 1982, 1373). Por tanto, para el comercio minorista no puede regir lo contrario. Corresponde al principio de la libre elección y de la libre puesta en práctica del medio de lucha laboral poner en juego aquellos que proporcionen una mayor eficacia con un esfuerzo posiblemente pequeño, o sea, ejercitar presión causada por las consecuencias del paro de trabajo, que sea apropiada para determinar que la parte empresarial ceda, y esté de acuerdo con las reivindicaciones planteadas.

75 5. La huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. de la actora, el 27 abril 1985, tampoco fue inadmisibile por causa de que en ese momento ya no hubiese sido necesaria.

76 a) Las partes del convenio colectivo para el comercio minorista de Baden-Württemberg han negociado al principio, acerca de la nueva regulación del convenio colectivo sectorial, el 9 y 26 noviembre 1984. Han continuado estas negociaciones, tras la conferencia en la cumbre de enero 1985 en Hannover, el 12 febrero 1985. Tras la ulterior conferencia en la cumbre de 25 y 26 febrero 1985 en Essen, con motivo de las posteriores negociaciones del convenio colectivo de 21 marzo 1985, se declaró dispuesto el comercio minorista de Baden-Württemberg a acordar sobre las reivindicaciones del HBV, en base a la recomendación de Essen sobre cálculo de la reducción de jornada, en el incremento salarial de 1985 y 1986. Sin embargo, el HBV plantea más exigencias tras el incremento de la retribución de vacaciones y de los pagos convencionales especiales, tras la regulación del derecho de dimisión de los contratos resueltos y tras una regulación especial para los empleados a tiempo parcial. Las negociaciones sobre ello continuaron el 18 abril 1985. En este día, la parte empresarial ofreció una reducción de jornada de 38,5 horas desde el 1 enero 1986, y de hasta 40 horas semanales, en caso de horas

extraordinarias libres de suplemento. También debía mejorarse la protección contra el despido de los trabajadores mayores, e incrementarse los salarios y retribuciones de 1985, en un 2,5%, y de 1986, en un 2,1%. Sobre la base de esta oferta, no se logró todavía ningún acuerdo, y más bien, el HBV denunció aún el 18 abril 1985 los convenios colectivos, con eficacia inmediata. Se acordó una nueva sesión negociadora para el 7 mayo 1985. En este día, se logró un acuerdo de las partes del convenio colectivo, sobre el cual se discute si este acuerdo se realizó sobre la base de la oferta empresarial de 18 abril 1985, o si, en ese caso, se tomaron en consideración todavía más exigencias del HBV.

77 A la vista de esta historia convencional, la actora opina que la huelga de advertencia llevada a cabo por el HBV o, en su caso, por sus subdivisiones, en el tiempo comprendido entre 18 abril 1985 y 7 mayo 1985, ya no había sido necesaria. Verdaderamente, el 18 abril 1985 se había logrado un acuerdo fundamental. Ya no ha necesitado la iniciación y realización de medidas de lucha laboral.

78 b) Esta opinión de la actora no es correcta. Tanto si es correcta la afirmación de la actora de que las partes del convenio colectivo han llegado a un acuerdo el 7 mayo 1985, como que la asociación empresarial lo ha recomendado el 18 abril 1985, no puede derivarse de ello que el 18 abril 1985 ya se haya logrado un acuerdo que haga superfluas las medidas de lucha laboral. La actora expone por sí misma que el HBV todavía ha planteado reivindicaciones, que exceden aquéllas, el 18 abril 1985. De ahí que las partes del convenio colectivo también hayan acordado consecuentemente una nueva sesión negociadora, pero no una sesión en la que únicamente debiera redactarse por escrito y firmarse el acuerdo alcanzado. De ahí que no pueda hablarse de un acuerdo ya existente de las partes del convenio colectivo.

79 c) La sola circunstancia de que las partes del convenio colectivo hayan acordado una nueva sesión negociadora el 18 abril 1985, para el 7 mayo 1985, no hace inadmisibles las medidas de lucha laboral durante el tiempo comprendido hasta ese momento. Ciertamente, todo acuerdo sobre una nueva sesión negociadora significa que las partes del convenio colectivo tienen la esperanza de que se llegue a un acuerdo en esa sesión. Pero con ello no se ha dicho simultáneamente que también tengan la esperanza de llegar a un acuerdo sin medidas de lucha laboral, y por consiguiente, que todavía no ven como agotadas todas las posibilidades de entendimiento sin lucha. De ahí que el acuerdo sobre una nueva sesión negociadora no pueda hacer inadmisibles por sí solo una medida de lucha laboral, por no necesaria, no todavía necesaria o no necesaria ya. Si se quiso suponer ello, esto significaría, también, que siempre que las partes del convenio colectivo acuerden de nuevo una sesión negociadora durante una lucha laboral ya en curso, a partir de este momento serían inadmisibles las luchas laborales en curso. Pero éste no es el caso. Las negociaciones sobre la renovación de convenios colectivos son frecuentes durante el transcurso de medidas de lucha laboral, sin que se extrajesen de ello consecuencias sobre la admisibilidad de las medidas de lucha laboral en curso.

80 Si el HBV denunció los convenios colectivos aún el 18 abril 1985, este escrito sólo podía tener el significado de considerar agotado, para el HBV, el deber de paz hasta entonces todavía existente, y poder llevar a cabo una lucha laboral que se presentaba como necesaria. Esto era reconocible, también, para la asociación empresarial. De ahí que en el consentimiento del HBV sobre una nueva sesión negociadora el 7 mayo 1985, la asociación empresarial no pudiera ver ninguna declaración del HBV, de que quería desistir de medidas de lucha laboral hasta esa sesión. De ahí que las acciones de huelga de advertencia del HBV o de sus subdivisiones, en el tiempo comprendido entre 18 abril 1985 y 7 mayo 1985, no fueran inadmisibles en cuanto tales.

81 6. La huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. de la actora, el 27 abril 1985, tampoco fue entonces inadmisible en cuanto tal, si con ocasión de esta huelga de advertencia pudieron ocurrir los disturbios afirmados por la actora.

82 A favor de la actora, puede suponerse en este lugar que los disturbios con ocasión de la huelga de advertencia, afirmados por ella, realmente han ocurrido, y representan una interferencia ilícita en su actividad empresarial instalada y ejercida. La lucha laboral lícita no se convierte en ilícita, sin embargo, por causa de que con ocasión de esta lucha laboral los trabajadores huelguistas, los piquetes de huelga o los dirigentes huelguistas cometan actos ilícitos, que no están cubiertos por el derecho de huelga (SEITER, en el lugar indicado, pág. 525). Esto rige igualmente si las interferencias inadmisibles en la actividad empresarial, no cubiertas por el derecho de huelga, no son contenido de medidas de lucha laboral decididas por el sindicato y llevadas a cabo por los órganos competentes. De ello no puede partirse en el caso presente. Incluso si los dirigentes huelguistas locales B. y Sch. han cometido por sí mismos los actos prohibidos que se afirman, o los han ordenado, de ello no se deriva que hayan actuado en ejecución del acuerdo de huelga del sindicato, y que éste, por consiguiente, tenga como contenido dichos actos prohibidos. Las instrucciones organizativas del HBV para los piquetes de huelga acreditan igualmente, con carácter general, que el HBV no aprueba actos prohibidos con ocasión de medidas de lucha laboral y no encarga a los piquetes de huelga que los efectúen, y que tales actos prohibidos no sucedan. Para poder apartarse de ello en el caso presente, tampoco son evidentes indicios derivados de las alegaciones de la actora.

83 De ahí que la huelga de advertencia contra el establecimiento R. de la actora no fue ilícita en cuanto tal. De ahí que verdaderamente no corresponda a la actora el derecho de indemnización de daños y perjuicios, por causa de que se haya llevado a cabo el 27 abril 1985, contra su establecimiento R., una huelga de advertencia.

84 II. Si la actora puede exigir la indemnización del perjuicio correspondiente, que se le ha causado por los disturbios afirmados con ocasión de la huelga de advertencia, no lo puede decidir la Sala concluyentemente.

85 1. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de la actora, con la fundamentación de que ésta no ha probado suficientemente el perjuicio. No se ha examinado la cuestión de si se le ha causado a la actora el perjuicio por los disturbios afirmados. Sin embargo, se ha ocupado de estos disturbios en conexión con su decisión sobre la pretensión de abstención de la actora. Ha estimado la pretensión de abstención «sobre la base de la exposición de hechos de la actora, declarada como incontrovertida». Con esta fundamentación, no puede ni mantenerse la condena a la abstención de los dirigentes huelguistas y de la dirección comarcal del Estado federado demandados, ni puede esto ser fundamento para una decisión sobre el derecho a la indemnización de daños y perjuicios de la actora derivado de estos disturbios afirmados.

86 La actora ha afirmado una serie de actos, que si se han realizado realmente, representan una interferencia en la actividad empresarial instalada y ejercida. Esto vale para el bloqueo de la puerta de entrada de personal, el bloqueo del acceso a la rampa de entrega de mercancías y la vía de acceso y salida del aparcamiento, así como la obstaculización de las entradas de clientes, al igual que para el impedimento del acceso a los trabajadores dispuestos a trabajar a través de la formación de las llamadas cadenas humanas. Se ha afirmado, además, la conducta de pegar en las ventanas carteles de la huelga de advertencia, que se plantea como una violación de la propiedad de la actora.

87 El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha «declarado como incontrovertida» la correspondiente exposición de la actora. Esta declaración fáctica ha sido criticada regularmente por

el recurso de casación de los demandados. Los demandados han expresado en la motivación de su recurso de casación, en cuanto a todos los sucesos afirmados por la actora, en qué lugar de sus alegaciones presentadas ante el Tribunal de Trabajo y el Tribunal de Trabajo del Estado federado, a las que también se ha remitido el Tribunal de Trabajo del Estado federado, han contradicho las exposiciones fácticas de la actora, y han dado una versión propia de los sucesos, con un comienzo de prueba. En vista de estas alegaciones de los demandados, el Tribunal de Trabajo del Estado federado no podía «declarar» como incontrovertida la alegación de la actora y tomarla como base para su decisión. En consecuencia, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha violado el parágrafo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras no tenga en cuenta todo el contenido de los juicios, y por consiguiente, también en relación con las refutaciones de los demandados, y no haga constar sobre la alegación de la actora la prueba ofrecida y, dado el caso, la prueba en contra ofrecida por los demandados.

88 La «declaración» del Tribunal de Trabajo del Estado federado tampoco es ninguna reproducción de los hechos, que produciría, según el parágrafo 314 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la exposición de la actora en el juicio oral ante el Tribunal de Trabajo del Estado federado haya sido incontrovertida, y que sólo con una pretensión de rectificación, al amparo del parágrafo 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hubiera podido ser atacada. Los demandados han planteado dicha pretensión de rectificación. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado ésta, con la fundamentación de que con ella se pretendería a través del Tribunal de Trabajo del Estado federado «una modificación de la valoración jurídica de la alegación de la parte». En consecuencia, el Tribunal de Trabajo del Estado federado permite reconocer por sí mismo que su «declaración como incontrovertida» es el resultado de una valoración jurídica de la alegación de la parte, pero no la reproducción del resultado del último juicio oral.

89 En consecuencia, le faltan a la Sala declaraciones vinculantes sobre la cuestión de si, con ocasión de la huelga de advertencia llevada a cabo contra el establecimiento R. de la actora, han ocurrido los disturbios afirmados. Verdaderamente, esto hace necesaria la revocación de la Sentencia, supuesto que ésta ha rechazado la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de la actora, y la remisión del litigio al Tribunal de Trabajo del Estado federado.

90 2. Si el nuevo juicio pudiese demostrar que han ocurrido realmente los disturbios afirmados, se le da con fundamento a la actora el derecho de indemnización de daños y perjuicios.

91 El derecho a la huelga comprende el derecho de rehusar la prestación de trabajo contractualmente debida. En el derecho de huelga, también está comprendido el intento y, dado el caso, el éxito del intento, de impedir de nuevo al centro de trabajo que padece la huelga la capacidad productiva no correspondiente hasta ahora, y de impedir con los medios de la persuasión amistosa y de la apelación a la solidaridad la aceptación del trabajo en el centro de trabajo que padece la huelga (Sentencia de la Sala de 20 diciembre 1963 —1 AZR 157/63— AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Por consiguiente, está también comprendido en el derecho de huelga el intento de inducir la participación en la huelga a los trabajadores del centro de trabajo que padece la huelga, que por el momento no se han unido todavía a la huelga, supuesto que este intento se efectúe con los medios de la persuasión amistosa y de la apelación a la solidaridad (SEITER, en el lugar indicado, pág. 520 ss.; LÖWISCH, *AR-Blätter*, Arbeitskampf VI, en A II 2 a; Tribunal de Trabajo del Estado Federado, Colonia, de 2 julio 1984 —9 Sa 602/84— EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 53 = NZA 1984, 402). Los actos que vayan más allá de ello, y violen incluso criminalmente intereses protegidos del empresario o de terceros, no se justifican por el derecho de huelga (Tribunal Federal Supremo, Sentencia de 19 octubre 1954 —5 StR 171/54— AP Nr. 1 zu §125 StGB). Según ello, también es inadmisibles impedir la entrada y salida de mercancías y clientes (Tribunal del Reich en Asuntos Civiles 76, 35; SEITER, en el lugar

indicado, pág. 522), así como obstaculizar a los trabajadores con voluntad de trabajar el acceso al centro de trabajo, con medidas que sobrepasen la mera persuasión para que se impliquen en la huelga (LÖWISCH, en el lugar indicado; Tribunal de Trabajo del Estado federado, Colonia, en el lugar indicado).

92 Tales actos se plantean, al igual que la huelga ilícita en cuanto tal, como una violación del derecho a la actividad empresarial instalada y ejercida del empresario que padece la huelga y, en consecuencia, como acto prohibido, a los efectos del parágrafo 823, apartado 1, del Código Civil (jurisprudencia constante de la Sala, BAGE 41, 209, 222 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, en A II 2 de los Motivos; BAGE 46, 322 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAGE 48, 160, 165 = AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, en II 1 de los Motivos). El perjudicado puede exigir indemnización del perjuicio que le corresponde por este acto prohibido.

93 Si los demandados alegan que en el centro de trabajo que padece justamente la huelga ya no puede interferirse a través de un acto prohibido, porque el centro de trabajo ha quedado sin actividad por la huelga y no puede volver a funcionar, entonces no podrá seguirse con ello. Esta suposición puede ser correcta cuando todos los trabajadores del centro de trabajo participan en la huelga y sin los trabajadores no es concebible de ningún modo la ulterior actividad del centro de trabajo. Supuesto que no todos los trabajadores hagan huelga, se impide, más bien, a los dispuestos a trabajar el acceso al centro de trabajo por algo más que persuasiones amistosas, y se obstaculizan la entrada y salida de clientes y mercancías, planteándose estos actos como impedimento de la actividad del centro de trabajo, todavía posible a pesar de la huelga y, en consecuencia, hay que valorarlos como violación del derecho a la actividad empresarial instalada y ejercida.

94 3. Si se pudiera demostrar como fundado el derecho de la actora a la indemnización de daños y perjuicios, entonces respondían por estos perjuicios, en primer lugar, los dirigentes huelguistas B. y Sch. Éstos o han ejecutado por sí mismos los actos prohibidos afirmados —si se prueban— o, al menos, los han tolerado con asentimiento, aunque estaban obligados a ocuparse de que la huelga de advertencia no sobrepase los límites de una medida de lucha laboral admisible (véase, sobre ello, D II). De ahí que respondiesen por sí mismos de los perjuicios, como violadores directos del derecho de la actora a una actividad empresarial instalada y ejercida. Junto a ellos, respondía el HBV de la indemnización de daños y perjuicios, en virtud del parágrafo 31 del Código Civil, por actos debidos de sus órganos (BROX/RÜTHERS, en el lugar indicado, marginal 373). Órgano estatutariamente competente del HBV son, también, los dirigentes huelguistas locales del sindicato. Según el parágrafo 6 de las Directrices del HBV para la Ejecución de Luchas Laborales, se confía a éstos la función de preparar y realizar las medidas de lucha laboral, y para esta función se encarga expresamente a la junta directiva principal o a la dirección comarcal del Estado federado. Supuesto que los actos prohibidos se hayan cometido por los piquetes de huelga, respondía el HBV por éstos, en virtud del parágrafo 831 del Código Civil, siempre y cuando no pueda justificar que ha observado en la elección e instrucción de los piquetes de huelga el cuidado necesario. Sobre ello se requiere, dado el caso, ulterior aclaración por el Tribunal de Trabajo del Estado federado. El Tribunal de Trabajo del Estado federado deberá valorar también, en ese caso, si la instrucción afirmada por los demandados a sus piquetes de huelga, con las palabras «quien quiera entrar sin condiciones, será admitido», representa una instrucción suficiente de los piquetes de huelga para permitir el paso de los trabajadores con voluntad de trabajar.

95 En cambio, queda excluida la responsabilidad de la dirección comarcal del Estado federado por eventuales pretensiones de indemnización de daños y perjuicios. Los órganos comarcales del Estado federado no han cometido los disturbios afirmados y no los han tolerado. El sindicato

que llevó a cabo la lucha laboral, contra la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado federado, es el propio HBV y no la dirección comarcal del Estado federado o la comarca del Estado federado de Baden-Württemberg: según el párrafo 3 de las Directrices del HBV para la Ejecución de Luchas Laborales de 16/17 noviembre 1978, es competente para la decisión sobre medidas de lucha laboral la junta directiva principal del HBV y, en algunos casos especiales, también la junta directiva principal de la secretaría general. Únicamente, según el párrafo 6, la realización de medidas de lucha laboral obliga a las organizaciones inferiores, en especial a las comarcas del Estado federado, cuando las medidas de lucha laboral excedan el ámbito de una comarca o de una administración local. Por consiguiente, según el párrafo 31 de los Estatutos del HBV, la dirección comarcal del Estado federado, sólo en cuanto que representante de la junta directiva principal, también tiene que llevar a cabo negociaciones convencionales para el ámbito de la comarca del Estado federado y celebrar convenios colectivos. De ahí que la asociación del Estado federado no respondiese por sí misma por responsabilidades de órganos del HBV que son activos en la lucha laboral. De ahí que también pueda quedar sin decidir, si la asociación del Estado federado tiene capacidad jurídica y, según el párrafo 10 de la Ley de Organización de la Empresa, capacidad para ser parte, dado que la acción de indemnización de daños y perjuicios contra ella ya fue rechazada por los motivos expresados.

96 De ahí que la Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado haya que revocarla y haya que remitir el litigio al Tribunal de Trabajo del Estado federado, supuesto que éste ha decidido contra los dirigentes huelguistas demandados y el HBV, sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios planteada.

97 B. La actora no puede exigir que los demandados se abstengan en el futuro de huelgas de advertencia —da igual de qué duración— contra su establecimiento R.

98 La actora exige el cese futuro de todas las huelgas de advertencia en sábados cortos, supuesto que estas huelgas de advertencia duren más de 30 minutos —subsidiariamente, 90 minutos—. Según lo dicho en A I, las huelgas de advertencia son, por principio, admisibles, siempre y cuando sean necesarias y tengan en cuenta el principio de proporcionalidad. La circunstancia de que las huelgas de advertencia tengan lugar en el comercio minorista en sábados cortos, y de que éstas duren más de 30 ó 90 minutos, no dice sola por sí misma nada contra la necesidad de dichas huelgas de advertencia, ni permite presentar éstas siempre como desproporcionadas. De ahí que no pueda decirse que todas las huelgas de advertencia en sábados cortos, que duren más de 30 o, en su caso, 90 minutos, sean inadmisibles. En consecuencia, se confirma la pretensión de abstención de la actora, en 2 a, como infundada (BAGE 46, 322, 354 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, en B II 2 e de los Motivos). El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado conforme a Derecho esta pretensión.

99 C. Si la actora puede exigir de los demandados que éstos se abstengan en el futuro de disturbios huelguísticos determinados con ocasión de una huelga contra su establecimiento R., no puede decidirlo la Sala concluyentemente.

100 I. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha estimado esta pretensión de abstención contra ambos dirigentes huelguistas demandados y la dirección comarcal del Estado federado, con una excepción, y ha delimitado en detalle los actos a abstenerse. La actora vuelve a perseguir su pretensión de abstención sólo todavía en la forma comunicada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado —naturalmente, también contra el propio HBV—. Contra esta limitación de la pretensión, no existe ninguna objeción, dado que se trata en consecuencia, únicamente, de una limitación del recurso de casación de la actora.

101 Con la fundamentación dada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, la condena a abstenerse de los dirigentes huelguistas demandados no puede mantenerse. Como se expresó

arriba, en A II 1, está cuestionada la declaración adoptada por el Tribunal de Trabajo del Estado federado acerca de si los disturbios afirmados por la actora con ocasión de la huelga de advertencia han ocurrido realmente; es defectuosa, y de ahí que no sea vinculante para la Sala. De ahí, por tanto, que también deba remitirse el litigio.

102 II. Naturalmente, es correcto el punto de partida del Tribunal de Trabajo del Estado federado de que los actos de los trabajadores huelguistas o de los órganos responsables de la dirección de la huelga, con ocasión de una huelga, se plantean como actos prohibidos, supuesto que no están cubiertos por el ejercicio del derecho de huelga (véase, arriba, A II 2). Si cabe precaver en el futuro tales actos prohibidos, entonces la actora puede exigir la abstención de tales actos, según el parágrafo 1004 del Código Civil, cuando haya que precaver su repetición futura. Éste es el caso presente. Los demandados no niegan sólo las afirmaciones de la demandada en cuanto a los concretos disturbios, consideran éstos en gran parte admisibles, también, como demuestra su total dejar hacer. De ahí que sea de temer que, con ocasión de futuras medidas de lucha laboral contra el establecimiento R. de la actora, ocurrirán disturbios iguales o parecidos.

103 III. Si debiese demostrar el nuevo juicio que las interferencias afirmadas en la actividad empresarial de la actora han sucedido realmente, entonces la actora puede exigir la abstención de dichas interferencias futuras, pero sólo de ambos dirigentes huelguistas demandados.

104 Éstos estuvieron presentes durante todo el suceso huelguístico ante el edificio del establecimiento de la actora. Siempre y cuando no hayan cometido por sí mismos individualmente los actos afirmados, pueden aceptarse, según la alegación de la actora, por ejemplo, la obstaculización de la entrada de personal y el bloqueo de la vía de acceso a la rampa y al aparcamiento, que han tenido conocimiento de los actos de los piquetes de huelga y de los trabajadores huelguistas sin intervenir contra ellos, y en consecuencia, que fueron mirados y tácitamente admitidos como parte de la huelga llevada a cabo y dirigida por ellos contra la actora, aunque estaban obligados a intervenir (véase en D II).

105 En cambio, la dirección comarcal del Estado federado y el HBV quedan excluidos por sí mismos, en cuanto que responsables de la pretensión de abstención. Responsable de la pretensión de abstención planteada sólo puede ser aquel del que hay que temer que realizará dentro de poco el acto susceptible de abstención. Para el propio HBV y la dirección comarcal del Estado federado, la propia alegación de la actora no permite deducir dicha inquietud.

106 De ahí que la pretensión de abstención de la actora contra la dirección comarcal del Estado federado y el HBV esté infundada. Por tanto, el litigio está maduro para decisión. En cuanto a la pretensión de abstención planteada contra los dirigentes huelguistas B. y Sch., el litigio debe ser remitido al Tribunal de Trabajo del Estado federado.

107 D. Supuesto también que la actora ha solicitado que renuncien los demandados a influir, tanto en los huelguistas como en los piquetes de huelga, para que por éstos se realicen los concretos actos mencionados o para que induzcan a su ejercicio, no es posible para la Sala una decisión concluyente.

108 I. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado como inadmisibles esta pretensión y explica, con referencia a los fundamentos de la decisión del Tribunal de Trabajo, que esta pretensión no es suficientemente determinada. No describe aquellos actos con los que los demandados deben cumplir su deber de influir.

109 Puede quedar sin decidir si la petición podía ser rechazada con esta fundamentación. La actora ha limitado su pretensión de influir, en el juicio ante la Sala. Sólo exige aún que los demandados cumplan su deber de influir en los huelguistas y piquetes de huelga, «a través de las exigencias correspondientes». En consecuencia, la pretensión es suficientemente determinada.

110 En esta limitación de la pretensión, no existe ninguna modificación de la pretensión, inadmisibles en grado de casación; más bien, un desistimiento parcial de la acción. Para los demandados, de todos los posibles actos de influencia, sólo un acto determinado debe aún realizarse, a saber, la exigencia correspondiente a que influyan en los huelguistas y los piquetes de huelga. Este desistimiento parcial lo ha consentido la actora.

111 II. El sindicato que convoca a la huelga está obligado a vigilar la conducta de lucha de los trabajadores y, dado el caso, a influir en ellos para que no se sobrepasen los límites de una lucha laboral admisible y las concretas medidas de lucha laboral (BROX/RÜTHERS, en el lugar indicado, marginal 353; SEITER, en el lugar indicado, pág. 525). Si esta influencia debe ocurrir a través de la exigencia a los huelguistas y a los piquetes de huelga de abstenerse de actos determinados o suprimirlos, entonces puede afectar esta obligación sólo a aquellas personas y órganos que están directamente encargados de llevar a cabo y vigilar la correspondiente medida de lucha laboral. Estos son únicamente los dirigentes huelguistas locales, que pueden percibir, con su presencia en el lugar del suceso de lucha laboral, eventuales disturbios de los huelguistas y piquetes de huelga, y exigir de éstos que cesen tales disturbios. Para el propio HBV y para la dirección comarcal del Estado federado no es posible dicha «exigencia». De ahí que contra estos demandados la acción de la actora orientada a ello no esté fundada.

112 III. Si la pretensión de influir está fundada contra los dirigentes huelguistas demandados B. y Sch., la Sala no puede decidirlo concluyentemente. También la pretensión de influir en los huelguistas y piquetes de huelga para que éstos se abstengan en el futuro de interferir ilícitamente en la actividad empresarial de la actora sirve, como la propia pretensión de abstención contra los dirigentes huelguistas demandados, para impedir un perjuicio futuro. De ahí que requiera, al igual que la pretensión de abstención, el temor de que, sin el cumplimiento del deber de influencia, se llegue en el futuro a dichas interferencias ilícitas, parágrafo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si este temor se da, depende otra vez de si los trabajadores y piquetes de huelga han cometido, con la aprobación de los dirigentes huelguistas demandados, con ocasión de la huelga de advertencia contra el establecimiento de la actora en R., los actos afirmados que se plantean como interferencia en la actividad empresarial de la actora. Para ello, como se expresa arriba, en A II 1, faltan constataciones fácticas del Tribunal de Trabajo del Estado federado.

113. De ahí que el litigio también, por tanto, deba ser devuelto al Tribunal de Trabajo del Estado federado.

114 El Tribunal de Trabajo del Estado federado tendrá que decidir, también, sobre las costas del recurso de casación.

16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 19 JUNIO 2007 (REFERENCIA 1 AZR 396/06)

La Sala Primera del Tribunal Federal de Trabajo, en base al juicio oral de 19 junio 2007, a través de la Presidenta del Tribunal Federal de Trabajo, SCHMIDT, los Jueces del Tribunal Federal de Trabajo, KREFT y LINSENMAIER, y los Jueces electivos, RATH y HAYEN, ha decidido:

1. En la casación de la demandada, se revocará la Sentencia del Tribunal de Trabajo del Estado federado de Baja Sajonia de 7 marzo 2006 — 12 Sa 274/05 —.

2. En la apelación de la demandada, se modificará la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Oldenburg de 20 octubre 2004 — 3 Ca 276/04 —:

La acción será totalmente desestimada.

La demandante tiene que cargar con todas las costas del litigio.

Circunstancias:

1 Las partes litigan sobre la licitud de una huelga de apoyo.

2 La actora ocupa en su imprenta cerca de 190 trabajadores. Está afiliada a la asociación empresarial de la industria de impresión de Baja Sajonia. Aplica a las relaciones laborales de sus trabajadores el convenio colectivo celebrado entre la asociación empresarial y el sindicato demandado ver.di. La actora pertenece al grupo de empresas Northwest-Zeitung. Su empresa dominante, la Norwest-Medien GmbH & Co. KG, tiene el 100 por cien de las acciones de la actora. Domina también la Northwest-Zeitung Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG (sociedad editorial NWZ). Ésta edita el Northwest-Zeitung. El periódico se imprime exclusivamente por la actora. Con ello, ésta economizaba cerca del 60% de su volumen de ventas desde comienzos del año 2004. Al grupo de empresas Northwest-Zeitung pertenecen, además, la Northwest-Zeitung Zustellungs GmbH & Co. KG, que es responsable del reparto de los periódicos, y la Northwest-Zeitung Servicegesellschaft mbH & Co. KG, en las que están agrupadas las funciones transversales y de administración general de todas las sociedades del grupo. Hasta el año 1982 la actora y la sociedad editorial NWZ formaban una unidad empresarial y jurídica. Luego, la actora fue independizada jurídicamente y trasladada a su centro de trabajo. Uno de sus directivos es al mismo tiempo directivo tanto de la sociedad editorial NWZ como también de la sociedad gestora de la sociedad dominante del grupo.

3 La demandada llevó a cabo a comienzos del año 2004 una lucha laboral para la celebración de un nuevo convenio colectivo para los redactores con jornada de día. En dicho ámbito, se declararon en huelga, desde 12 enero 2004 a 6 febrero 2004, aproximadamente 40 redactores de la sociedad editorial NWZ. El 6 febrero 2004 la demandada convocó a los trabajadores de la demandante a una «huelga de solidaridad temporal». A continuación, pararon aproximadamente 20 trabajadores en el turno de noche, del 6 al 7 febrero 2004. Por causa de ello, se originó a la demandante un perjuicio en cuantía de 2.500 euros. Los convenios colectivos de la industria de impresión no estaban en ese momento rescindidos.

4 La actora ha exigido con la acción una indemnización de daños y perjuicios. Ha expresado la opinión de que la convocatoria de la huelga de solidaridad había sido ilícita.

5 Ha solicitado, por último,

que se condene a la demandada a pagarle 2.500 euros más intereses en cuantía del 8% sobre la tasa de interés básico desde el 8 abril 2004.

6 La demandada ha solicitado que se rechace la acción. Ha expresado la opinión de que la huelga de apoyo había sido lícita, porque económicamente la actora está estrechamente vinculada a la sociedad editorial NWZ, que padece la lucha laboral principal. Esto se desprende, en especial, de la unión grupal y de la estrecha cooperación entre las empresas de edición y de impresión.

7 El Tribunal de Trabajo ha estimado la acción. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha rechazado la apelación de la demandada. Con la casación admitida a trámite por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, la demandada todavía solicita la desestimación de la acción.

Motivos de la decisión

8 La casación de la demandada está fundada. Las instancias previas han estimado injustamente la acción. La actora no tiene derecho a indemnización de daños y perjuicios frente a la demandada. Ciertamente, una huelga ilegal llevada a cabo por un sindicato representa, según jurisprudencia constante de la Sala, una violación del derecho protegido por el parágrafo 823, apartado 1, del Código Civil, a una actividad industrial organizada y ejercida, y conduce al derecho de indemnización de daños y perjuicios al empresario, cuando los órganos del sindicato incurren en culpa (cfr. 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B de los Motivos con justificaciones adicionales). Pero el paro de aproximadamente 20 trabajadores de la actora en el turno de noche, del 6 al 7 febrero 2004, para el que había convocado la demandada, no fue ilícito. Se trata de una huelga de apoyo conforme a Derecho.

9 I. Las huelgas industriales, que sirven de apoyo a una lucha laboral principal llevada a cabo en otro ámbito convencional espacial o profesional, caen dentro de la libertad de acción de los sindicatos garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Su admisibilidad depende del principio de proporcionalidad. Son ilícitas cuando son evidentemente inapropiadas, evidentemente innecesarias o inadecuadas para apoyar la lucha laboral principal.

10 1. Las huelgas de apoyo gozan —como otras medidas de lucha laboral—, por principio, de la protección de la libertad de acción sindical garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal.

11 a) El doble derecho fundamental del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal protege, de un lado, al individuo en su libertad de fundar una asociación para la defensa de las condiciones laborales y las condiciones económicas, de afiliarse a ella o de abandonarla. De otro lado, también está protegida la coalición misma en su existencia, en su organización interna y en sus actividades, siempre que éstas sirvan a la promoción de las condiciones laborales y las condiciones económicas (BVerfG 6 febrero 2007 — 1 BvR 978/05 — NZA 2007, 304, en II 2 a de los Motivos con justificaciones adicionales). La protección se extiende a todas las formas de conducta específicas de la coalición y comprende, en especial, la autonomía colectiva, que está en el centro de las posibilidades concedidas a las coaliciones para la persecución de sus objetivos (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 a de los Motivos; 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167, en B II 1 de los Motivos con justificaciones adicionales). La elección del medio con el que las coaliciones intentan alcanzar la regulación de las condiciones laborales a través de los convenios colectivos y que consideran apto en relación con ello, lo confía el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, por principio, a ellas mismas. Por consiguiente, el derecho fundamental protege también las medidas de lucha laboral que se dirigen a la celebración de convenios colectivos, como actividad propia de la coalición. En todo caso, estarán comprendidas en la libertad sindical, siempre y cuando sean necesarias para asegurar una autonomía colectiva operativa. De ello también forma parte la huelga. Por principio, está constitucionalmente

garantizada como medio de lucha laboral (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — en el lugar indicado; 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — en el lugar indicado). La libertad en la elección del medio de lucha laboral, garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, no sólo protege formas determinadas de huelga. El ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no está, por ejemplo, restringido de antemano al ámbito de lo imprescindible. La protección del derecho fundamental se extiende, más bien, a todas las formas de conducta que sean específicas de la coalición. Si una actividad específica de la coalición es imprescindible para la defensa de la libertad sindical, sólo podrá alcanzar relevancia en caso de restricciones de esta libertad (BVerfG 14 noviembre 1995 — 1 BvR 60/192 — BVerfGE 93, 352, en B I 3 de los Motivos; 6 febrero 2007 — 1 BvR 978/05 — NZA 2007, 394, en II 2 a de los Motivos).

12 b) Según ello, una huelga que un sindicato declara como apoyo de una huelga dirigida a la celebración de un convenio colectivo, por principio, también cae bajo la protección del derecho fundamental del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Una medida de lucha laboral de este tipo es, también, una actividad específica de la coalición (HÖFLING/SACHS, *GG*, 2ª ed., Art. 9, marginal 107; BIEBACK, en DÄUBLER, *Arbeitskampfrecht*, 2ª ed., marginal 372). En especial, en casos en los que un sindicato lleva a cabo una lucha laboral (principal) para sus afiliados y convoca huelga de apoyo para su apoyo por otra parte de sus afiliados, será claro que también la huelga de apoyo es un medio de lucha laboral específico de la coalición, aprovechado por el sindicato para llevar a cabo reivindicaciones convencionales. Esto rige también —no con la misma evidencia—, por principio, si el sindicato que lleva a cabo la lucha laboral principal y el que convoca la huelga de apoyo no son idénticos. Naturalmente, para los trabajadores que paran por la vía de una huelga de apoyo, no se trata ordinariamente de la mejora de los propios derechos convencionales. No obstante, la medida de lucha laboral sirve al objetivo de organizar las condiciones laborales. En este sentido, la situación tampoco se diferencia esencialmente de aquélla en la que un empresario, en cuanto que parte externa, se une a un cierre patronal de asociación; también éste se actúa en virtud de la coalición (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 1 b de los Motivos).

13 Supuesto que el enjuiciamiento debió haber tomado por base las explicaciones de la Sala en Sentencia de 5 marzo 1985 (— 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160, en II 3 c de los Motivos), de que una huelga de apoyo no cae de antemano en el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, esto se basaba todavía, como dejan claro las decisiones del Tribunal Federal Constitucional citadas por la Sala en esta Sentencia, en la «fórmula del ámbito nuclear» hasta entonces usada por el Tribunal Federal Constitucional, (mal)interpretándose a lo lejos allí que el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal sólo protege la libertad de acción de las coaliciones en un ámbito nuclear. En caso de tal interpretación, sin embargo, se describirá fragmentariamente la «fórmula del ámbito nuclear» y se acortará inadmisiblemente el ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Esto lo ha aclarado el Tribunal Federal Constitucional en el Auto de 14 noviembre 1995 (— 1 BvR 601/92 — BVerfGE 93, 352, en B I 3 de los Motivos) y a ello se ha aferrado en lo sucesivo (cfr., por ejemplo, 6 febrero 2007 — 1 BvR 978/05 — NZA 2007, 394, en II 2 a de los Motivos). La Sala se ha adherido en jurisprudencia constante a lo según ello aconsejado, sobre la interpretación del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, comprensiva de todas las actividades específicas de las coaliciones (cfr., por ejemplo, 28 febrero 2006 — 1 AZR 461/04 — SAE 2007, 106, en A II 1 b bb de los Motivos con justificaciones adicionales). La cuestión de si también las huelgas puras de advertencia, solamente con su protesta o simpatía, sin conexión con la lucha laboral llevada a cabo para un convenio colectivo —quizá para

otros contra las decisiones del legislador—, debe ser traída a pronunciamiento (cfr., para una recogida de firmas sindical, dirigida al legislador del Estado federado, BAG 25 enero 2005 — 1 AZR 657/03 — BAGE 113, 230, y BVerfG 6 febrero 2007 — 1 BvR 978/05 — NZA 2007, 394), por pertenecer a la libertad de acción sindical, no se plantea como existente.

14 2. La circunstancia de que las huelgas de apoyo caigan dentro del ámbito de protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no significa que, por eso, fuesen siempre admisibles. Su admisibilidad depende, más bien, de la estructuración del derecho fundamental por el ordenamiento jurídico (cfr., también, BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I a de los Motivos).

15 a) El derecho fundamental de libertad sindical requiere de estructuración por el ordenamiento jurídico, supuesto que tiene por objeto relaciones entre titulares de intereses contrapuestos. Ambas partes del convenio colectivo gozan de manera parecida de la protección del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, pero en caso de su ejercicio están en oposición la una con la otra. En este sentido, también están protegidas ante las interferencias del Estado, en cuanto que, para la puesta en claro de sus contrastes de intereses, movilizan medios de lucha con efectos considerables sobre el contrario y sobre el público (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 b de los Motivos; 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art.9 Arbeitskampf Nr. 167 = EZA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136, en B II 1 de los Motivos con justificaciones adicionales). La protección requiere regulaciones coordinadas, que garanticen que las posiciones constitucionales referidas puedan existir mutuamente, una junto la otra, a pesar de su oposición. La posibilidad de movilización de medios de lucha requiere de condiciones jurídicas marco, que aseguren que el sentido y significado de este derecho de libertad, así como su inserción en el ordenamiento constitucional, queden garantizados (BVerfG 2 marzo 1993 — 1 BvR 1213/85 — BVerfGE 88, 103, en C II 2 de los Motivos; 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — en el lugar indicado).

16 b) La estructuración obliga, en primer lugar, al legislador (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 2 a de los Motivos con justificaciones adicionales). Supuesto que se trate de la relación de las partes en conflicto como titulares de un derecho fundamental con regulación similar, no debe efectuarse el desarrollo, sin embargo, ineludiblemente a través de regulaciones legales (BVerfG 2 marzo 1993 — 1 BvR 1213/85 — BVerfGE 88, 103, en C II 2 a de los Motivos). El Derecho de lucha laboral ha quedado legalmente, en gran parte, sin regulación. No obstante, los Tribunales laborales deben decidir ante los conflictos que se les plantean sobre la juridicidad de medidas de lucha laboral y no pueden sustraerse a ello con la indicación de la falta de regulaciones legales. Deben, más bien, en caso de normas legales insuficientes, derivar el Derecho material de los principios generales, con los métodos de averiguación jurídica reconocidos, que sean determinantes para la relación jurídica afectada. Esto rige también allí donde una regulación legal fuese necesaria, por ejemplo, por causa de un deber de protección constitucional. Sólo así pueden los Tribunales cumplir el deber que les impone la Constitución federal, de decidir con justicia todos los litigios que se les plantean (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — en el lugar indicado; 2 marzo 1993 — 1 BvR 1213/85 — en el lugar indicado).

17 c) En la estructuración del Derecho de lucha laboral, hay que tener en cuenta, ante todo, los límites que las propias partes del convenio colectivo han establecido para eventuales luchas laborales. Por lo demás, los tribunales tienen que prestar atención a que no se perturbe el equilibrio de fuerzas existente entre las partes del convenio colectivo o no se refuerce el desequilibrio. La escala de valoración central es, en ese caso, el principio de proporcionalidad.

18 aa) Limitaciones esenciales de su libertad de lucha laboral las establecen ordinariamente las propias partes del convenio colectivo, a través de la celebración de convenios colectivos y del deber de paz derivado de ello. En su parte obligacional, un convenio colectivo es simultáneamente un contrato a favor de terceros y protege a los afiliados a las partes del convenio colectivo, en cuanto a las materias reguladas convencionalmente, con las medidas de lucha laboral que se prevean (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 2 a de los Motivos con justificaciones adicionales). El deber de paz no debe ser acordado aparte. Es, más bien, immanente al convenio colectivo como ordenación de paz (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado). La limitación del derecho de huelga a través del deber de paz no se opone a la Carta Social Europea (CSE Boletín Oficial Federal 1964 II, pág. 1262). El derecho de huelga garantizado en la Parte II, artículo 6, número 4, de la CSE existe con la reserva de «eventuales deberes derivados de convenios colectivos vigentes». Uno de tales deberes es el deber de paz convencional (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado). Siempre y cuando no se haya acordado expresamente lo contrario por las partes del convenio colectivo, el deber de paz no tiene naturalmente eficacia absoluta, sino relativa. Se refiere sólo a las materias reguladas convencionalmente (BAG 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — en el lugar indicado con justificaciones adicionales). Prohíbe únicamente a las partes del convenio colectivo poner en cuestión en cuanto al contenido el convenio colectivo existente, a través de modificaciones o mejoras de las materias convencionalmente reguladas, que se intenten llevar a cabo con los recursos del Derecho de lucha laboral (BAG 27 junio 1989 — 1 AZR 404/88 — BAGE 62, 171, en II 2 a de los Motivos con justificaciones adicionales).

19 bb) En la estructuración del Derecho de lucha laboral, los tribunales tienen que prestar atención en especial a que cualquier tipo de reglamentación representa al mismo tiempo una restricción de la libertad de acción garantizada por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, que requiere de justificación jurídica constitucional. Del significado del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal como derecho de libertad de las coaliciones, y del alejamiento estatal de las coaliciones, se sigue que la elección del medio, que las coaliciones consideran apropiado para alcanzar el objetivo de la regulación, obliga a las propias coaliciones (BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EZA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 138, en B II 2 b de los Motivos). Por principio, hay que dejar a las propias partes del convenio colectivo que adapten sus medios de lucha a las circunstancias cambiantes, para permanecer organizadas ante el contrario y lograr celebraciones armoniosas de convenios colectivos (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 385 en el lugar indicado, en C I 1 b de los Motivos). Por eso, la valoración como ilícitas de las medidas de lucha laboral se toma en consideración por los tribunales especializados, por principio, sólo cuando la medida de lucha laboral es evidentemente inapropiada o desproporcionada (BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — en el lugar indicado).

20 (1) Para la estructuración del Derecho de lucha laboral, la capacidad operativa de la autonomía colectiva representa tanto una justificación jurídica como un límite. La autonomía colectiva debe permanecer garantizada como un ámbito en el que las partes del convenio colectivo puedan regular, por principio, sus asuntos con responsabilidad propia y sin interferencia estatal. Su capacidad operativa no puede ponerse en peligro (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 c de los Motivos). El sistema de convenios colectivos está construido sobre la base de que la inferioridad estructural de los trabajadores concretos, en caso de celebración de convenios colectivos, hay que compensarla con las negociaciones colectivas y posibilitar, en consecuencia, una negociación equilibrada aproximada del salario y las condiciones laborales. La autonomía colectiva es sólo operativamente capaz,

en tanto que exista entre las partes del convenio colectivo un equilibrio (paridad) aproximado. De ahí entonces, en todo caso, que no resultase conforme con el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, cuando condujo a que la capacidad negociadora de una de las partes del convenio colectivo, en caso de conflictos convencionales incluidos los relativos a la capacidad, para llevar a cabo una lucha laboral eficaz, ya no quede garantizada y subsiguientemente se recortase su acción como coalición, en cuanto que es necesaria para la igualdad de las posiciones constitucionales de ambas partes (BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras— en el lugar indicado con justificaciones adicionales).

21 (2) Baremos concretos, según los cuales podría valorarse el equilibrio de fuerzas de las partes del convenio colectivo, no se deducen del artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. La potencia de lucha de las coaliciones depende, en el caso concreto, de un cúmulo de factores que son difícilmente previsibles en su eficacia (cfr. BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 d de los Motivos). De ahí que la norma a conseguir, que posibilite la paridad entre las partes del convenio colectivo, no basta sola, como regla general, en cuanto que guía de acción para la concreta estructuración judicial del Derecho de lucha laboral. El principio de paridad no es ordinariamente suficiente para la evaluación de situaciones de lucha concretas, por causa de su grado de abstracción (DIETERICH, *Erfurterkommentar*, 7ª ed., Art. 9 GG, marginal 128). Pero describe, por lo menos, un límite que no puede ser traspasado en caso de estructuración judicial. A través de ésta, la paridad, a cuya protección e instauración precisamente debe servir, no puede ser eliminada y no puede ser perturbado el previo equilibrio de fuerzas o ser reforzado un desequilibrio (cfr. BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — en el lugar indicado).

22 (3) El baremo central y adecuado, para el enjuiciamiento de las diferentes formas fenoménicas de lucha laboral, es el principio de proporcionalidad, en el siguiente sentido.

23 Esto se corresponde con jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Trabajo (cfr., por ejemplo, 21 abril 1971 — GS 1/68 — BAGE 23, 292, 306; 10 junio 1980 — 1 AZR 822/79 — BAGE 33, 140, en B I 1 de los Motivos; 12 marzo 1985 — 1 AZR 636/82 — BAGE 48, 195, en II 2 b de los Motivos; 11 mayo 1993 — 1 AZR 649/92 — BAGE 73, 141, en II 1 de los Motivos). También el Tribunal Federal Constitucional ha reconocido este principio como baremo adecuado para la revisión judicial especializada de las medidas de lucha laboral (cfr. 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 de los Motivos; cfr., también, 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EZA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136, en B II 2 b de los Motivos). En la doctrina científica, se considera mayoritariamente la necesidad de proporcionalidad, en todo caso, como principio central para llevar a cabo luchas laborales y para su enjuiciamiento justo (cfr., por ejemplo, KISSEL, *Arbeitskampfrecht*, §29; DIETERICH, *Erfurterkommentar*, Art. 9 GG, marginales 123 ss.; GAMILLSCHLEG, *Kollektives Arbeitsrecht*, Tomo I, pág. 1130; cfr., también, OTTO, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, §8, marginales 3 ss.; críticamente en contra, por ejemplo, SCHUMANN, en DÄUBLER, *Arbeitskampfrecht*, 2ª ed., pág. 184 ss.).

24 La limitación del derecho de huelga ligada a la aplicación del principio de proporcionalidad no se opone a su garantía en la Parte II, artículo 6, número 4, de la CSE. Ciertamente, la CSE representa una obligación de Derecho Internacional contraída por la República Federal de Alemania, cuyas reglas deben tener en cuenta los tribunales, cuando cubren, mediante las decisiones valorativas de la Constitución, los vacíos existentes en el Derecho legal en relación con la ordenación de las luchas laborales. De ahí, en caso de una limitación del derecho de huelga reconocido en la Parte II, artículo 6, número 4, de la CSE, que sólo puedan formular aquellos principios que son admisibles según la Parte V, artículo 31, apartado 1, de la CSE

(BAG 12 septiembre 1984 — 1 AZR 342/83 — BAGE 46, 322, en B II 2 c de los Motivos; 10 diciembre 2002 — 1 AZR 96/02 — BAGE 104, 155, en B I 2 a de los Motivos). Pero entonces la Parte V, artículo 31, apartado 1, de la CSE autoriza las limitaciones del derecho de huelga, entre otros supuestos, «si prescritas legalmente y son necesarias en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de otros». Dicha limitación es la estructuración del Derecho de conflictos colectivos representada legalmente por el principio de proporcionalidad.

25 El principio de proporcionalidad resulta apropiado como baremo para la valoración jurídica de medidas de lucha laboral, porque a través del ejercicio de la libertad de acción garantizada constitucionalmente, ordinariamente se articularán, en todo caso, las posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas de la contraparte directa en la lucha o de los terceros. De ahí que se requiera una ponderación de las posiciones jurídicas en colisión. El postulado de la ponderación de la proporcionalidad necesita siempre la apreciación de si, para alcanzar un objetivo de lucha justo, se ha empleado un medio de lucha adecuado (relativo o, en su caso, proporcional en sentido propio) apropiado y necesario, y conectado al objetivo de lucha (cfr. BAG 11 mayo 1993 — 1 AZR 649/92 — BAGE 73, 141, en II 1 de los Motivos; 12 marzo 1985 — 1 AZR 636/82 — BAGE 48, 195, en II 2 de los Motivos; DIETERICH, *Erfurterkommentar*, Art. 9 GG, marginal 123).

26 (a) Es apropiado un medio de lucha cuando puede favorecerse la realización del objetivo de lucha, a través de su puesta en práctica. En eso, corresponde a las coaliciones que llevan a cabo la lucha laboral la prerrogativa de puesta en práctica. Tienen un espacio de valoración, en relación con la cuestión de si es apropiada una medida de lucha laboral para llevar a cabo presión sobre la contraparte social. La prerrogativa de puesta en práctica es parte de la libertad de elección del medio de lucha laboral, protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Por principio, no sólo concierne a la cuestión de qué medio de lucha se pondrá en práctica, sino también frente a quién ocurre esto (BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — BAGE 105, 5, en B I de los Motivos; cfr., también, BIEBACK, en DÄUBLER, *Arbeitskampfrecht*, marginal 382, 383). Sólo cuando el medio de lucha es evidentemente inapropiado para alcanzar el objetivo de lucha admisible, podrá ser considerada injusta una medida de lucha laboral por este motivo (BVerfG 10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art.9 Arbeitskampf nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136, en B II 2 b de los Motivos).

27 (b) Un medio de lucha es necesario cuando los medios más moderados para alcanzar el objetivo pretendido, tras valoración por la coalición que lleva a cabo la lucha laboral, no están disponibles. También en este sentido su libertad de acción comprende, por principio, la puesta en práctica, si considera necesario el medio elegido, o suficiente otro medio, para alcanzar el objetivo perseguido (cfr. sobre ello, también, BAG 21 junio 1988 — 1 AZR 651/86 — BAGE 58, 364, en A I 3 de los Motivos). El límite moldea también aquí el abuso del derecho. El mismo existe, entonces, cuando no se requiere evidentemente del medio de lucha escogido para la consecución del objetivo —quizá porque la contraparte está reconociblemente preparada para ello de todos modos—.

28 Bastante en sentido estricto (proporcional) es el medio de lucha que se presenta como adecuado, tras apreciación suficiente de la libertad de acción constitucionalmente garantizada para alcanzar el objetivo de lucha pretendido, tomando en consideración las posiciones jurídicas de los afectados directa o indirectamente por la medida de lucha laboral. En este sentido, no corresponde a una parte de la lucha laboral ninguna prerrogativa de puesta en práctica, que en este caso no se trate de una puesta en práctica real, sino para una ponderación jurídica. No obstante, hay que tener en cuenta siempre, en este caso, que la esencia de una medida de lucha laboral es precisamente llevar a cabo presión para conseguir un objetivo legítimo, a través de la

causación de perjuicios económicos. De ahí que un medio de lucha sólo sea desproporcionado cuando también representa, tras ponderación de esta conexión, un perjuicio inadecuado contrario, en todo caso, a las posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas.

29 3. Una huelga llevada a cabo para apoyar una lucha laboral principal no infringe ordinariamente por sí misma el deber de paz impuesto a las coaliciones. Por eso, tampoco es inadmisibles sólo porque sobrepase los límites del ámbito convencional. Pero su admisibilidad experimenta restricciones a través del principio de proporcionalidad.

30 a) A través de una huelga de apoyo, un sindicato ordinariamente no infringe el deber de paz frente al empresario afectado por la huelga de apoyo (BAG 21 diciembre 1982 — 1 AZR 411/80 — BAGE 41, 209, en A II 1 a de los Motivos; 5 marzo 1985 — 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160, en II 1 de los Motivos; BIEBACK, marginal 381; BIRK, *Die Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmaßnahmen*, pág. 33 ss.; GAMILLSCHEG, pág. 1140; LIEB, *ZfA* 1982, pág. 113, 153; WIEDERMANN/THÜSING, *TVG*, 7ª ed., §1, marginal 886; escéptico frente a ello, KISSEL, §24, marginal 23 ss.). A través de la huelga llevada a cabo únicamente para apoyar una lucha laboral principal, no se pondrán en cuestión, como regla, los convenios colectivos vigentes para los huelguistas, sino que apoya a otros huelguistas en su reivindicación sobre materias no reguladas convencionalmente, tras la celebración de un convenio colectivo. También en los casos en los que se asigna al convenio colectivo pretendido en la lucha laboral principal un modelo cierto para la celebración de eventuales convenios colectivos posteriores, no existe sólo por eso en la huelga de apoyo ninguna infracción del deber de paz convencional (BIRK, pág. 36). Según ello, si el objetivo de la huelga, por principio, se desprende del acuerdo sindical de huelga (cfr. BAG 24 abril 2007 — 1 AZR 252/06 —, en B IX 1 a de los Motivos), también podrá suponerse a lo sumo, en casos excepcionales completamente especiales, que una huelga de apoyo es, en realidad, una lucha laboral principal anticipada, dirigida a la modificación de las propias condiciones laborales reguladas convencionalmente (cfr., en relación con ello, BIEBACK, en el lugar indicado; OTTO, §10, marginal 43; cfr., también ya, *RG* 31 marzo 1931 — III 218/30 — *RGZ* 132, 249, 254 ss.).

31 b) Las huelgas de apoyo no son quizá generalmente inadmisibles porque sobrepasasen los límites del ámbito convencional (así, por ejemplo, sin embargo, KONZEN, *DB* 1990, suplemento núm. 6, pág. 2, 14 ss.). No obstante, la Sala ha explicado en Sentencia de 10 junio 1980 (— 1 AZR 168/79 — BAGE 33, 185, en B II 1 de los Motivos), que el ámbito convencional debe ser mirado ordinariamente, también, como límite adecuado del ámbito de lucha. Sin embargo, la decisión afecta a la admisibilidad de cierres defensivos y deja abierta expresamente la cuestión de si también tiene que valer lo mismo para las huelgas de apoyo (BAG 10 junio 1980 — 1 AZR 168/79 — en el lugar indicado). No obstante, una equiparación no está justificada (cfr. BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — BVerfGE 84, 212, en C I 3 b cc de los Motivos). Para el establecimiento de la paridad, la limitación de las medidas de defensa al ámbito convencional no debe impedir la necesaria escalada de la lucha laboral. Frente a ello, los medios ofensivos de lucha sirven sólo, sin la posibilidad de la lucha laboral, para fabricar una posición negociadora a la que falta equilibrio (BVerfG 26 junio 1991 — 1 BvR 779/85 — en el lugar indicado; BVerfG 4 julio 1995 — 1 BvF 2/86, entre otras — BVerfGE 92, 365, en C I 1 c de los Motivos). Una limitación general de las huelgas al ámbito convencional también sería a duras penas compatible con la garantía de la huelga de la Parte II, artículo 6, número 4, de la CSE. Si ya según la opinión del Comité de Expertos y del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la prohibición de todas las huelgas no dirigidas a la celebración de un convenio colectivo encuentra reparos [cfr. Núm. 82 del Informe del Comité de Gobierno de la CSE (XIII-4) al Comité de Ministros del Consejo de Europa, *ArbuR* 1988, pág. 154 ss., así como «Recomendación» de

Comité de Ministros de 3 febrero 1998, *ArbuR* 1998, pág. 156], esto valdría sobre todo para las huelgas que sirven para el logro de un convenio colectivo en otro ámbito convencional.

32 c) Según el postulado de la proporcionalidad, una huelga de apoyo es ilícita cuando es evidentemente inapropiada para el apoyo de la lucha laboral principal, no necesaria o, tras ponderación de los intereses protegibles de los terceros afectados, inadecuada. En consecuencia, el punto de referencia, que determina el examen del principio de proporcionalidad, es la relación con la lucha laboral principal, derivada del carácter y de la función de la huelga de apoyo. Posibilita la concreción necesaria del principio de proporcionalidad, aconsejada en interés de la seguridad jurídica por una ordenación de la lucha laboral operativa (cfr., para esta necesidad, BAG 10 junio 1980 — 1 AZR 168/79 — BAGE 33, 185, en B I 3 b de los Motivos).

33 aa) Una huelga de apoyo es ilícita cuando resulta evidentemente inapropiada para la promoción del objetivo perseguido con la lucha laboral principal. La huelga de apoyo no sirve entonces para la realización de reivindicaciones convencionales. El sindicato convocante de la huelga de apoyo tiene, en cuanto a la aptitud de este medio de lucha laboral, una prerrogativa de puesta en práctica (cfr. BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — BAGE 105, 5, en B I de los Motivos). Está sujeta a su valoración libre garantizada a través de la libertad de acción, si considera útil el medio de la huelga de apoyo, en cuanto al logro del objetivo perseguido en la lucha laboral principal.

34 La circunstancia de que el empresario afectado por la huelga de apoyo no pueda cumplir por sí mismo la reivindicación perseguida por el sindicato en la lucha laboral principal, o no pueda ser eficaz para cumplirlo en «su» asociación, no significa que la huelga de apoyo fuese generalmente inapropiada para ampliar la presión sobre la contraparte social y para influir en la lucha laboral principal. En ese caso, la presión puede ser de tipo económico o también psicológico. La solidaridad mostrada a través de la huelga de apoyo puede así, de un lado, reforzar la disposición para la lucha de los afiliados sindicales que llevan a cabo la lucha laboral principal (cfr. BAG 12 enero 1988 — 1 AZR 219/86 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf nr. 90, en IV 2 b aa de los Motivos). Esto rige con un alcance especial, cuando se trata de los afiliados del propio sindicato (cfr. BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — BAGE 105, 5, en B II 1 de los Motivos). Pero ante todo hay en la realidad de la vida laboral y de la vida económica, con independencia de pertenencias formales a las asociaciones, numerosas posibilidades de influjo y de reacción diferentes (cfr. BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — en el lugar indicado; DIETERICH, *Erfurterkommentar*, Art. 9 GG, marginal 116). Así, entre empresarios vinculados económica y regionalmente, con independencia de la afiliación a la misma asociación empresarial, existen en especial ordinariamente numerosas conexiones y contactos, que posibilitan una influencia, al menos informal, pero por ello de ningún modo menos eficaz (cfr. BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — en el lugar indicado).

35 No obstante, pueden darse también variantes del caso, en las que los participantes en la lucha laboral principal y en la huelga de apoyo estén tan alejados sectorialmente, económicamente o espacialmente, que evidentemente la huelga de apoyo ya no sea apropiada para impresionar a la contraparte social de la lucha laboral principal. En un caso de este tipo, se prueba que la huelga se dirige a una pura demostración de poder y ya no al logro de reivindicaciones convencionales. En el caso ordinario, sin embargo, tampoco tiene dicha huelga ningún sentido para el sindicato. Éste asume ordinariamente entonces sólo sobre sí las cargas que están conectadas a la huelga de apoyo para él mismo y para sus trabajadores afiliados, cuando equivoca las repercusiones de ella en la lucha laboral principal (cfr. BAG 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — BAGE 105, 5, en B II 1 de los Motivos; WOHLGEMUTH, *ArbuR* 1980, 33, 41).

36 bb) También entonces es ilícita una huelga de apoyo cuando manifiestamente no es necesaria. En este sentido, también corresponde al sindicato una prerrogativa de puesta en práctica. Una huelga de apoyo podía ser manifiestamente no necesaria, por ejemplo, cuando se declare contra la voluntad del sindicato que lleva a cabo la lucha laboral principal y esto, en cierto modo, sea «impuesto». En cambio, no puede negarse la necesidad de una huelga de apoyo con la consideración de que antes debe ser intensificada o ampliada la lucha laboral principal. La decisión de cuándo y frente a quién considera necesario qué medio de lucha laboral, obliga más bien al sindicato.

37 cc) Una huelga de apoyo es ilícita cuando, a pesar de la libertad de acción sindical garantizada por la Constitución Federal, no es adecuada (proporcional), tomando en consideración las posiciones jurídicas asimismo constitucionalmente protegidas del empresario que padece la huelga.

38 (1) Las posiciones jurídicas enfrentadas, a ponderar, son diferentes en la huelga de apoyo y en la lucha laboral principal. De ésta se distingue la huelga de apoyo, ante todo, por la separación entre el verdadero interlocutor negocial, al que se recurre para la celebración de un convenio colectivo, y el contrincante en la lucha. La huelga de apoyo no se lleva a cabo frente al empresario con el que, o para el que, debe celebrarse el convenio colectivo. El empresario afectado por la huelga de apoyo se incluye en la lucha laboral más bien como tercero, como externo. Ciertamente, en las luchas laborales también están frecuentemente afectados terceros —como, por ejemplo, clientes de empresas prestadoras de servicios, pasajeros, pasaje de un avión, pacientes, proveedores, clientes, etc.—. Pero a diferencia del caso de la lucha laboral principal, en el caso de la huelga de apoyo la afectación del tercero no es únicamente una consecuencia más o menos intencionada de la lucha laboral. Más bien, la huelga de apoyo se dirige precisamente a perjudicar a los terceros en los centros de trabajo de su actividad industrial. A diferencia del caso de la lucha laboral principal, el empresario afectado por la huelga de apoyo tampoco tiene ordinariamente la posibilidad de cumplir las reivindicaciones sindicales a través de una concesión propia o a través del influjo en su asociación empresarial, ni de lograr la celebración de un convenio colectivo. Por causa este motivo, requiere ya de una mayor protección que la del empresario directamente afectado por la lucha laboral principal (BAG 5 marzo 1985 — 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160, en II 3 c de los Motivos).

39 (2) No obstante, estas diferencias entre una lucha laboral principal «normal» y una huelga de apoyo no conducen a que las huelgas de apoyo siempre hubieran de considerarse inadecuadas.

40 Una estructuración del Derecho de lucha laboral en que las huelgas de apoyo sean, por principio, inadecuadas y, por eso, ilícitas, sería más bien una restricción no justificada constitucionalmente de la libertad de acción protegida por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, y no estaría ajustada al significado del derecho fundamental. Aparte esto, apenas sería entonces compatible con la garantía del derecho de huelga de la Parte II, artículo 6, número 4, de la CSE, cuando la huelga de apoyo se declaró por el sindicato que lleva a cabo por sí mismo la lucha laboral principal.

41 Por lo demás, la inclusión de personas que no están en la posición de cumplir la reivindicación de la contraparte social no es extraña al Derecho de lucha laboral, y no tiene en absoluto siempre como consecuencia la falta de propiedad de la medida de lucha laboral. Así, según jurisprudencia constante de la Sala, un empresario afectado por una lucha laboral puede declarar un cierre patronal, también frente a los trabajadores no afiliados u otros distintos (cfr. GS 21 abril 1971 — GS 1/68 — BAGE 23, 292, en III B 3 de los Motivos; 10 junio 1980 — 1 AZR 331/79 — BAGE 33, 195, en A I de los Motivos; 18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — BAGE

105, 5, en A III 2 a de los Motivos con justificaciones adicionales; cfr., también, PLANDER, *ZTR* 1989, 135, 137), aunque estos no estén en posición de disponer al sindicato que lleva a cabo la huelga a la celebración del convenio colectivo ofrecida o reivindicada por parte del empresario. Por consiguiente, la Sala tiene que suponer no bastar para la ilicitud de la huelga la circunstancia de que el empresario que padece la huelga, no perteneciente a la asociación empresarial pero participante en la celebración del convenio colectivo, ni podía cumplir por sí mismo la reivindicación planteada por el sindicato tras la celebración de un convenio colectivo de asociación, ni podía disponer directamente a la asociación empresarial —por medio de la pertenencia a la asociación— para la celebración del convenio colectivo reivindicado (18 febrero 2003 — 1 AZR 142/02 — en el lugar indicado). El Tribunal Federal Constitucional no ha puesto reparos a esto (10 septiembre 2004 — 1 BvR 1191/03 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EZA GG Art. 9 Arbeitskampfrecht Nr. 136).

42 También la circunstancia de que el empresario, cuyos trabajadores tienen relaciones laborales convencionalmente reguladas, pueda confiar en que no será afectado por luchas laborales durante la vigencia de los convenios colectivos, no significa que en este período estuviera protegido ante una huelga de apoyo. Los convenios colectivos no revelan, como se explicó, ningún deber absoluto de paz, sino sólo uno relativo.

43 (3) Según ello, la cualidad de adecuada (proporcionalidad) de una huelga de apoyo no puede ser afirmada o negada con carácter general.

44 (a) Ordinariamente, una huelga de apoyo es entonces inadecuada cuando la huelga, para cuyo apoyo se lleva a cabo, es ilícita (en el mismo sentido, BIEBACK, marginal 377; WOHLGEMUTH, *ArbuR* 1980, pág. 33, 40; BIRK, pág. 80). De ahí que si la lucha laboral principal incumple el deber de paz, entonces incluirá en la ilicitud resultante de ello también a la huelga de apoyo. De la dependencia (accesoriedad) de la huelga de apoyo respecto de la lucha laboral principal también se sigue que la duración de la lucha laboral principal modela, por principio, el marco temporal externo de la huelga de apoyo (WOHLGEMUTH, en el lugar indicado; BIEBACK, en el lugar indicado).

45 (b) Por lo demás, para la valoración de la proporcionalidad, tiene significado esencial la cercanía o lejanía de la huelga de apoyo frente a la lucha laboral principal. En caso de conexión íntima, la inclusión del empresario en la lucha laboral es ordinariamente más adecuada que en los casos en los que la huelga de apoyo queda lejos espacialmente, sectorialmente o económicamente de la lucha laboral principal.

46 De ahí que corresponda un significado importante a la circunstancia de si, y en qué modo, el empresario afectado por la huelga de apoyo está vinculado económicamente al destinatario o destinatarios de la lucha laboral principal (cfr. ya BAG 20 diciembre 1963 — 1 AZR 157/63 — BAGE 15, 211, en III 1 de los Motivos; además, 5 marzo 1985 — 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160, en II 4 de los Motivos; BIRK, pág. 55 ss.; DIETERICH, *Erfurterkommentar*, Art. 9 GG, marginal 116; OTTO, §10, marginal 45). Dichas vinculaciones están ordinariamente marcadas en especial, en los casos en los que la lucha laboral principal y la huelga de apoyo afectan a empresas del mismo grupo (cfr. BIRK, pág. 55 ss.; DIETERICH, *Erfurterkommentar*, en el lugar indicado; OTTO, en el lugar indicado; pero cfr., también, LIEB, *RdA* 1991, 145, 152 ss.; KONZEN, *DB* 1990, suplemento número 6, pág. 2, 14). Esto explica, también, el párrafo 297, apartado 3, inciso 1, del Código de Comercio, según el cual en la creación de grupos hay que expresar la posición patrimonial, financiera y de beneficios de las empresas así incluidas, como si estas empresas en conjunto fuesen una sola empresa. Este llamado principio de unidad se basa en la suposición de que la empresa matriz ejerce el control y el poder de cumplimiento sobre el patrimonio de todas las empresas filiales incluidas, y éstas están sujetas a la

disposición económica de la empresa matriz; las empresas, a pesar de su autonomía jurídica, adoptan económicamente el carácter de establecimientos empresariales dependientes (cfr. Ernst-Thomas KRAFT, en CANARIS/SCHILLING/ULMER, *HGB*, 4ª ed., §297, marginal 66). Por consiguiente, la empresa matriz también tiene ordinariamente un importante interés económico en el desenlace de la lucha laboral principal y puede ejercer, en caso de huelga de apoyo llevada a cabo contra una empresa filial, influjo posible en ella —en su caso, sobre otra empresa filial— durante el transcurso de la lucha laboral principal, y trabajar allí en favor de una concesión. Una estrecha conexión económica puede producirse fuera de las vinculaciones jurídicas de grupo, también a través de relaciones productivas, de relaciones de prestación de servicios y de relaciones de suministros.

47 Significativa para valorar de la condición de adecuada de una huelga de apoyo puede ser, además, la circunstancia de si el empresario que padece la huelga ya se ha «mezclado» en la lucha laboral principal y ha perjudicado su «neutralidad» (cfr. BAG 5 marzo 1985 — 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 85, en II 4 de los Motivos).

48 En la valoración de la condición de adecuada, también puede importar la distinción a tener en cuenta, de si el sindicato que convoca una huelga de apoyo hace esto para apoyar una lucha laboral principal llevada a cabo por él mismo o por otro sindicato. Si se prohíbe la huelga de apoyo de un sindicato que lleva a cabo por sí mismo la lucha laboral principal, entonces esto significará ordinariamente una limitación más grave de su libertad de acción que cuando sólo le resulta imposible el apoyo de una lucha laboral principal ajena.

49 Finalmente, se determinará la afectación de los terceros afectados por la huelga de apoyo, esencialmente a través de la duración y la extensión de la huelga de apoyo. De ahí que una huelga de apoyo pueda ser inadecuada cuando el centro de gravedad de la lucha laboral conjunta se desplace significativamente a la huelga de apoyo, y ésta pierda su carácter de apoyo de una lucha laboral principal llevada a cabo con seriedad. Por principio, forma parte del modelo de una autonomía colectiva operativa que el sindicato movilice sus fuerzas en el ámbito convencional. No sería compatible con ello el que la huelga de apoyo, que sirve únicamente para apoyar, se pusiese en el lugar de la lucha laboral principal.

50 II. Según ello, la presente huelga de apoyo a enjuiciar, del turno de noche de 6 a 7 febrero 2004, para la que la demandada había convocado a los trabajadores de la demandante, contra la opinión del Tribunal de Trabajo del Estado federado, no fue ilícita.

51 1. La huelga, como medida de lucha laboral, caía dentro del ámbito de protección de la libertad de acción de la demandada, garantizado por el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal. Ciertamente, la huelga no fue dirigida a la realización de un convenio colectivo con la demandante o su asociación empresarial. Su objetivo era, sin embargo, el apoyo de una lucha laboral principal, que fue llevada a cabo, por su parte, a causa de la celebración de un convenio colectivo. De ahí que la huelga de apoyo sirvió —en todo caso, indirectamente— a la realización de objetivos regulares de carácter convencional. Esto importa para ello más —a diferencia de las variantes del caso decididas por la Sala en 5 marzo 1985 (— 1 AZR 468/83 — BAGE 48, 160) y en 12 enero 1988 (— 1 AZR 219/86 — AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 90 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 73)— que el que la demandada llevase a cabo tanto la lucha laboral principal como la huelga de apoyo.

52 2. La huelga de apoyo no incumplió el deber de paz relativo. No fue llevada a cabo en relación con materias que ya estuvieran reguladas convencionalmente.

53 3. La huelga de apoyo no fue desproporcionada.

54 a) No fue inapropiada —evidentemente— para favorecer el objetivo de la huelga. La demandada se movió dentro de la prerrogativa de puesta en práctica que le correspondía, cuando

supuso que podía favorecer a través de la huelga de apoyo la consecución del objetivo perseguido con la lucha laboral principal. Esto vale ya aquí, porque la actora pertenece al mismo grupo de empresas que la sociedad editorial NWZ, que padecía la lucha laboral principal. Ya por este motivo podía la demandada suponer justificadamente que la huelga de apoyo —también participada a la matriz del grupo— despliega eficacia en la lucha laboral principal. Además, se añade que la demandante y la sociedad editorial NWZ, que padecía la lucha laboral principal, están en relaciones directas de producción y suministro. La demandante imprime el periódico editado por la sociedad editorial NWZ. De ahí que la huelga de apoyo, en el caso de la actora, permita esperar que contribuya al menos a impedir la publicación del periódico redactado en la sociedad editorial NWZ.

55 b) La huelga de apoyo no fue manifiestamente innecesaria. La huelga en la actora como un medio de lucha necesario, a considerar en la concreta situación de lucha laboral, depende de la prerrogativa de puesta en práctica de la demandada. No tiene lugar un examen judicial acerca de si, por ejemplo, la demandada hubiera debido ampliar la lucha laboral principal antes de la convocatoria de una huelga de apoyo. Era competencia de la demandada decidir, en relación con ello, qué táctica de lucha laboral consideraba conveniente seguir.

56 c) La huelga de apoyo no fue inadecuada.

57 aa) Satisfacía el requisito de accesoriedad. La lucha laboral principal, a cuyo apoyo se dirigía, era lícita. La huelga de apoyo fue llevada a cabo durante el transcurso de la lucha laboral principal —y no, por ejemplo, antes de su comienzo o tras su fin—.

58 bb) La huelga de apoyo también fue proporcional, teniendo en cuenta las posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas de la actora. Naturalmente fue perjudicada, a través de la huelga, en su derecho al ejercicio no perturbado de su actividad industrial. Tampoco fue ni la destinataria directa del objetivo de huelga perseguido con la lucha laboral principal, ni pertenecía a la asociación empresarial frente a la que se ejerció la reivindicación de la huelga. Por consiguiente, tampoco podía por sí misma ni cumplir la reivindicación de la huelga, ni interceder en «su» asociación empresarial para su cumplimiento. De ahí que requiriese, por principio, de una protección jurídica más fuerte que la del empresario afectado directamente por la lucha laboral principal. Sin embargo, la actora tampoco fue ningún tercero completamente desinteresado. Pertenece, más bien, al mismo grupo de empresas que la sociedad editorial NWZ, implicada en la lucha laboral principal. Igualmente, como ésta, está dominada por la matriz común del grupo. De ahí que, económicamente, las empresas afectadas por la lucha laboral principal y por la huelga de apoyo estén estrechamente conectadas la una con la otra. Aparte esto, se añade la relación proveedor/cliente existente entre ellas. La relación económica estrecha es precisamente, en el caso de una editorial y de una empresa de impresión, ocupadas ambas de la producción del mismo periódico, especialmente clara. Finalmente, no se trataba, en el caso de la huelga de apoyo, de una huelga de duración temporalmente larga o cuantitativamente amplia. En especial, por ejemplo, no ocupa el lugar de una huelga principal no llevada a cabo con seriedad. Más bien, se limitaba a la huelga de 20 impresores en el turno de noche.

17. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 31 AGOSTO 1982 (REFERENCIA 1 ABR 27/80)

1 A. La peticionaria regenta en la República Federal una cadena de grandes almacenes, y entre otros, un gran almacén en G. Aquí están empleados alrededor de 270 trabajadores, de los que 200 trabajan en la venta. Alrededor de la mitad de los trabajadores empleados en la venta son trabajadores a tiempo parcial, pero que en su mayoría están empleados siempre, la tarde de los sábados, a jornada completa.

2 Con la apertura del gran almacén en G., se estableció la jornada del personal de venta de la peticionaria como sigue:

3 Lunes a jueves, de 8.55 horas a 18.35 horas

Viernes, de 8.30 horas a 18.35 horas

Sábado corto, de 7.55 horas a 14.00 horas

Sábado largo, de 7.55 horas a 18.00 horas

4. Dentro de estas jornadas se autoriza el sistema de la llamada «semana rodante de cinco días», por la que el concreto trabajador no trabaja en promedio anual más de las 40 horas a la semana previstas convencionalmente. Todo trabajador en la venta tiene un día a la semana libre, que cambia semanalmente, mientras que en los restantes cinco días es empleado dentro de las jornadas mencionadas.

5 Tras haber sido elegido un comité de empresa en el centro de trabajo de la peticionaria, pretendió éste desde finales de 1978 una modificación de las jornadas mencionadas, por la que debía adelantarse media hora la jornada de lunes a viernes, y reducirse dos horas en los sábados largos. Las ideas del comité de empresa fueron aprobadas en una asamblea de centro de trabajo de junio 1979, por alrededor de 150 trabajadores presentes con menos abstenciones.

6 Dado que las negociaciones del comité de empresa con la peticionaria no condujeron a ningún resultado, el comité de empresa invocó al órgano arbitral, que adoptó el 28 septiembre 1979 el siguiente acuerdo:

7 Para el personal de venta, se establece la siguiente jornada:

8 Lunes a jueves, de 8.40 horas a 18.20 horas

Viernes, de 8.15 horas a 18.20 horas

Sábado corto, de 7.55 horas a 14.05 horas

Sábado largo, de 7.55 horas a 17.05 horas

9 La regulación de los descansos dentro de estos períodos queda reservada al acuerdo entre la dirección del negocio y el comité de empresa.

10 La peticionaria opina que el laudo del órgano arbitral es ineficaz. Al comité de empresa no le corresponde, en cuanto al comienzo y la finalización de la jornada del personal de venta, ningún derecho de cogestión y, en todo caso, ningún derecho de iniciativa, cuando la regulación de la jornada repercute directamente, como aquí, en los períodos de apertura comercial. Con una decisión sobre los períodos de apertura comercial, el comité de empresa interfiere directamente en el ámbito nuclear de la libertad de decisión empresarial.

11 Aparte esto, el órgano arbitral ha sobrepasado los límites del juicio a él conferido. No ha tomado en consideración los justos intereses del centro de trabajo, ha dejado sin atender puntos de vista esenciales, y ha realizado una declaración de hechos insuficiente. Un cierre comercial

adelantado debía conducir a una disminución importante del volumen de ventas. A ello no se oponen los intereses, esencialmente horarios, de los trabajadores a una finalización adelantada de la jornada. Supuesto que trabajadores concretos hubieran expresado el deseo correspondiente, puede ello tenerse en cuenta en casos fundados, por medio de acuerdos concretos.

12 De ahí que en el procedimiento de 11 octubre 1979, convertido en acumulado al presente, la peticionaria haya solicitado,

13 Que se revoque el acuerdo del órgano arbitral de 28 septiembre 1979,

14 Subsidiariamente,

15 Que se declare que el acuerdo del órgano arbitral de 28 septiembre 1979 es ineficaz.

16 El comité de empresa ha solicitado,

17 Que se rechace la petición.

18 Opina que le corresponde el derecho de cogestión sobre la fijación del comienzo y la finalización de la jornada diaria, también cuando a través de ello se afectasen los períodos de apertura comercial. El laudo del órgano arbitral también ha tenido en cuenta adecuadamente los intereses de ambas partes.

19 El Tribunal de Trabajo y el Tribunal de Trabajo del Estado federado han rechazado la pretensión. El recurso de queja por razones de Derecho queda sin éxito.

Por los motivos:

20 B. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha afirmado, conforme a Derecho, la eficacia del laudo del órgano de arbitraje.

21 I.1. No obstante, la peticionaria alega, conforme a Derecho, que el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha implicado en el presente procedimiento al órgano de arbitraje. La Sala ha decidido repetidas veces que el órgano de arbitraje no está implicado en un procedimiento [a decidirse] por Auto, en el que se litigue la eficacia del laudo dictado por él (Tribunal Federal de Trabajo 32, 339, 342 y ss. = AP Nr. 7 zu §111 BetrVG 1972, en B I de los Motivos; Tribunal Federal de Trabajo 35, 205, 208 y ss. = AP Nr. 1 zu §87 BetrVG 1972 Vorschlagswesen, en B I 2 de los Motivos). Sin embargo, este error procedimental es inocuo, dado que la decisión del Tribunal de Trabajo del Estado federado no se basa en él. Sobre la cuestión de su implicación, la Sala ha dado al órgano de arbitraje la oportunidad de tomar posición.

22 2. La pretensión es admisible. Supuesto que la peticionaria pretende, en primer lugar, la revocación del laudo del órgano de arbitraje y, subsidiariamente, la declaración de su ineficacia, con ello sólo se delimita un objetivo procedimental. La peticionaria pretende una decisión acerca de si el laudo del órgano de arbitraje es vinculante. Ése no es entonces el caso, si éste es ineficaz. Esto es declarable por el Tribunal, sin que se requiera la revocación del laudo (Auto de la Sala de 30 octubre 1979 —1 ABR 112/77—, AP Nr. 9 zu §112 BetrVG 1972, en B I 2 de los Motivos). De ahí que no existan objeciones para comprender unitariamente la pretensión de la peticionaria, en el sentido de que ésta pretende la declaración de la ineficacia del laudo del órgano de arbitraje.

23 II. El laudo del órgano de arbitraje es eficaz. El órgano de arbitraje ha decidido en un asunto sobre el que le corresponde al comité de empresa un derecho forzoso de cogestión.

24 1. Según el parágrafo 87, apartado 1, número 2, de la Ley de Organización de la Empresa, el comité de empresa tiene que cogestionar sobre el comienzo y la finalización de la jornada diaria, incluidos los descansos, así como sobre la distribución de la jornada en días concretos

de la semana. El laudo del órgano de arbitraje contiene la regulación que afecta a estos objetos. A través de él, se determina cuándo comienza y finaliza, en días concretos de la semana, la jornada de los trabajadores empleados en la venta. En conexión con ello, no se pone en cuestión, y tampoco por el comité de empresa con sus pretensiones, el sistema existente de la llamada «semana rodante de cinco días», practicada en la peticionaria, relativo, para los trabajadores de la venta empleados a tiempo completo, al comienzo y finalización de su jornada en los días en los que están obligados a trabajar, y para los empleados a tiempo parcial, a la finalización de su jornada. Esta regulación no tiene influencia en la duración convencionalmente regulada de la jornada, cuyo cumplimiento es función a asegurar por la regulación reservada en el laudo del órgano de arbitraje a los interlocutores del centro de trabajo. La regulación sobre la duración de la jornada tampoco la ha referido el órgano de arbitraje a que se haya anticipado apenas una hora el final de la jornada en los sábados largos, sin determinar el correspondiente comienzo más temprano de la jornada. Esta regulación conduce únicamente a otra distribución de la jornada semanal fijada convencionalmente en días concretos de la semana, pero no a su reducción. También esta otra distribución de la jornada en días concretos de la semana, a concretar a través de la correspondiente regulación de los descansos, ha sido reservada a los interlocutores del centro de trabajo.

25 Contra el laudo del órgano de arbitraje, que regula únicamente partes del complejo conjunto de comienzo y finalización de la jornada diaria, la ubicación y duración de los descansos y la distribución de la jornada en días concretos de la semana, no existen objeciones. El litigio de los interlocutores de centro de trabajo trataba exclusivamente la cuestión de cuándo debía comenzar antes y finalizar más tarde la jornada en días concretos de la semana. En este sentido, sólo figuraban opiniones e intereses diferentes frente a la modificación de la regulación actual. De ahí que sólo fue adecuado si el órgano de arbitraje únicamente se invocó para decidir en ese sentido las diferencias de opinión existentes y se limitó a este conflicto de regulación. La decisión adoptada por él es apropiada para resolver el conflicto entre los afectados, con independencia de cómo se efectúa la regulación de los descansos, remitida a los interlocutores de centro de trabajo, y en consecuencia, el cumplimiento en concreto de la jornada convencional.

26 Evidentemente, estas conexiones fueron reconocidas y probadas a los interlocutores de centro de trabajo y al órgano de arbitraje. De ahí que no necesitasen ser expresamente mencionadas por el órgano de arbitraje y ser incluidas en sus consideraciones. De ahí que el órgano de arbitraje, contra la opinión de LIEB («Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festsetzung der Arbeits- und Öffnungszeiten in Betrieben des Handels», *DB* 1981, Suplemento Núm. 17, en B II 1 a y III 2), ni ha malinterpretado el objeto decisorio presentado a él, ni ha dejado sin atender puntos de vista esenciales para su decisión. Ha decidido, conforme a Derecho, sólo sobre el comienzo y la finalización de la jornada de los trabajadores empleados en la venta, en días concretos de la semana.

27 2. El derecho de cogestión del comité de empresa sobre esta cuestión no está excluido por una regulación convencional o legal.

28 El parágrafo 6 del convenio colectivo marco para los empleados y trabajadores industriales del comercio minorista de Baden-Württemberg, de 1 abril 1977, regula únicamente, en el apartado 1, la duración de la jornada ordinaria, y confía, en el apartado 2, la fijación del comienzo y la finalización de la jornada diaria, así como de la ubicación de los descansos, a la regulación por los interlocutores de centro de trabajo.

29 Los preceptos de la Ley de Jornada y de la Ley de Cierre de Comercios contienen —a excepción de los preceptos sobre duración de la jornada— únicamente disposiciones sobre en qué períodos del día no pueden ser empleados los trabajadores, o ser empleados sólo bajo

requisitos determinados. En consecuencia, establecen ciertamente la ubicación de los límites de la jornada, pero dejan sin regular la cuestión de cuándo en concreto debe empezar y finalizar el trabajo, dentro de los períodos de empleo admisibles.

30 III. El derecho de gestión del comité de empresa sobre el comienzo y la finalización de la jornada no se limita en su alcance, por causa de que la fijación de la jornada de los trabajadores empleados en la venta tenga influencia en los períodos de apertura comercial del empresario que regenta establecimientos de venta, o de que pueda tenerla.

31 1. La decisión de la cuestión de cuándo debe empezar y terminar la jornada de los trabajadores empleados en la venta, y la determinación de los días y períodos del día en los que se abre un establecimiento de venta, afectan a objetos de regulación diferentes. La jornada y el período de apertura comercial no deben ser idénticos. Con frecuencia, verdaderamente difieren ambos, por causa de que, como regla general, el conjunto del período de apertura comercial es más largo que la jornada contractual de los concretos trabajadores empleados en la venta. No obstante, no hay que subestimar que ambas decisiones permanecen en una relación de dependencia la una y la otra, o pueden estarlo. La fijación del comienzo y la finalización de la jornada diaria puede hacer imposible al empresario sacar provecho del período de apertura comercial legalmente admisible. De ahí, en caso de fijación del comienzo y finalización de la jornada y en caso de distribución de la jornada en días concretos de la semana, que sea apropiado el derecho de gestión del comité de empresa, para influir indirectamente la decisión sobre los períodos de apertura comercial, bien porque el empresario esté necesitado de cerrar en días concretos antes del cierre legal del comercio, bien porque se impida en días concretos de la semana, por ejemplo, en sábados, abrir en realidad los establecimientos de venta. La libertad del empresario para decidir en qué días y en qué períodos del día quiere ofrecer mercancía a la venta, se limita, en consecuencia, a través del derecho de gestión del comité de empresa.

32 Esta decisión es de naturaleza empresarial. Es de gran importancia para el éxito de la actividad empresarial, o al menos puede serlo. De ello depende si y con qué alcance se acepta por los clientes la oferta de mercancías.

33 Sin embargo, esta posible limitación de la libertad empresarial de decisión, a través de reglas gestionadas sobre el comienzo y la finalización de la jornada diaria y la distribución de la jornada en días concretos de la semana, no conduce a una limitación del derecho de gestión del comité de empresa, por causa de que la gestión sobre el comienzo y la finalización de la jornada, y la distribución de la jornada en los días de la semana, sólo sea posible siempre y cuando deje intocado el período de apertura comercial fijado por el empresario.

34 Hay que reconocer a la peticionaria que los dictámenes aportados por ella (LIEB, en el lugar indicado, y REUTER, «Die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Lage der Arbeitszeit von Ladenangestellten», *ZfA* 1981, 165 y ss.) y la doctrina científica que ha analizado éstos, se basa sin excepción en que los derechos de gestión del comité de empresa encuentran un límite, ahí donde se perjudicarían las libertades empresariales de decisión en una extensión determinada, bien porque afecten a éstas, o porque interfieran en su núcleo. En ese caso, se discute en concreto dónde discurre este límite y de qué modo hay que tener en cuenta la supuesta limitación del derecho de gestión (cfr., junto a los autores mencionados en los dictámenes citados: DIETZ/RICHARDI, *BetrVG*, 6ª ed., §87, marginales 30 y ss.; GALPERIN/LÖWISCH, *BetrVG*, 5ª ed., §87, marginal 31; STEGE/WEINSPACH, *BetrVG*, 4ª ed., §87, marginal 21; KAMMANN/HESS/SCHLOCHAUER, *BetrVG*, §87, marginal 25; WIESE, *GK-BetrVG*, 2ª revisión 1979, §87, marginal 44; WIESE, *Das Initiativrecht nach dem BetrVG*, 1977, pág. 37; RÜTHERS, «Rechtsprobleme des Zeitlohnes an taktgebundenen Produktionsanlagen», *ZfA* 1973, 399, 421). La Sala no es capaz de seguir esta opinión.

35 a) La teoría de la libertad de cogestión de las decisiones empresariales, con la fundamentación oficial del proyecto del Gobierno (BR-Drucks. 715/70, pág. 31) y el debate parlamentario de la Ley de Organización de la Empresa, en cuanto que expresión de las decisiones valorativas básicas del legislador a través de la garantía de los derechos de cogestión y colaboración del comité de empresa, se fundó en no interferir «las verdaderas decisiones empresariales» y en no regular la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa en el marco de la organización de la empresa (WIESE, *Initiativrecht*, pág. 38).

36 Esta decisión básica del legislador no justifica, sin embargo, la aceptación de un límite inmanente a los derechos de cogestión del comité de empresa, regulados jurídico-positivamente. El legislador ha visto que a través de la participación del comité de empresa en las decisiones del empresario se afecta, por principio, a éste en su libertad de decisión. De ahí que haya estructurado en la Ley de Organización de la Empresa muy diferenciadamente los derechos de participación del comité de empresa en decisiones y medidas concretas, y en consecuencia, que haya tenido en cuenta su propia decisión básica, mientras que ha garantizado derechos de participación debilitados allí donde le parece conveniente el cumplimiento de la libertad empresarial de decisión plenamente o con un gran alcance, cuando esto hubiera sido posible garantizando los derechos de consentimiento o verdaderos derechos de cogestión. En consecuencia, tiene que decidir por sí mismo el conflicto entre la limitación de esta libertad de decisión, necesariamente derivada de la participación del comité de empresa en las decisiones empresariales, y su concepción básica de no interferir en «las verdaderas decisiones empresariales, especialmente en el terreno económico». Supuesto que los derechos de cogestión del comité de empresa conducen a una limitación de la libertad empresarial de decisión, que no exista, por eso, una «contradicción valorativa», que pudiera hacer necesaria la limitación de los derechos de cogestión del comité de empresa. La garantía de los derechos de cogestión, también con dicha repercusión, representa por sí misma, más bien, la solución legal de la contradicción valorativa entre cogestión y libertad de decisión empresarial. Los tribunales tienen que respetar esta decisión del legislador. No puede, tampoco en casos graves, ser corregida, porque la contradicción valorativa evidenciada hubiera podido o debido resolverse de otro modo. De ahí que no se puedan limitar los derechos de participación del comité de empresa, legalmente regulados, con la fundamentación de que a través de ellos se perjudica, con alcances contradictorios, la libertad empresarial de decisión por una de las decisiones básicas de la Ley de Organización de la Empresa (DIETZ/RICHARDI, en el lugar indicado, marginal 30; REUTER, en el lugar indicado, pág. 182; SCHWERTNER, en «Nota» a Eza §87 BetrVG 1972 *Initiativrecht* Nr. 4, en II 2; GESTER/ISENHARDT, «Das Initiativrecht des Betriebsrats zur Regelung materieller Lohnbedingungen», *RdA* 1974, 80, 87). De ahí que los límites del derecho de cogestión del comité de empresa puedan derivarse sólo de la propia regulación del hecho de la cogestión, de otros preceptos legales, así como de la sistemática y del contexto finalista de la Ley de Organización de la Empresa.

37 b) La limitación del derecho de cogestión del comité de empresa —aquí, en caso de regulación del comienzo y la finalización de la jornada diaria— no se deriva del párrafo 76, apartado 5, incisos 3 y 4, de la Ley de Organización de la Empresa. Cuando se dispone aquí que el órgano de arbitraje tiene que adoptar sus acuerdos teniendo en cuenta apropiadamente los intereses del centro de trabajo y de los trabajadores afectados, según un criterio equitativo, y que el laudo del órgano de arbitraje puede ser impugnado en caso de transgresión de los límites del criterio, entonces no fija con ello un marco dentro del cual haya de mantenerse el órgano de arbitraje en su decisión, y dice que el laudo del órgano de arbitraje —en oposición al Derecho anterior— también se subordina, en consecuencia, al control judicial. De ahí, contra

la opinión de DIETZ/RICHARDI y de REUTER (en los lugares indicados), que de la toma en consideración de los «intereses del centro de trabajo», dejada al órgano de arbitraje, no pueda derivarse que el órgano de arbitraje sólo pueda, en consecuencia, regular cómo deban realizarse las decisiones del empresario sobre organización de la empresa, a las que está vinculada la decisión empresarial previa, y que se derive entonces de esta limitación de la competencia decisoria del órgano de arbitraje la correspondiente reducción de los derechos de cogestión, supuesto que éstos sean concebibles.

38 Los preceptos del párrafo 76, apartado 5, incisos 3 y 4, de la Ley de Organización de la Empresa sólo han sido recogidos en el texto de la Ley al final del procedimiento legislativo, a propuesta de la Comisión de Trabajo y Ordenación Social de la Cámara Baja federal. Como fundamentación, se afirma en el informe de la Comisión, que la Comisión ha considerado conveniente, por causa de aclarar la puesta en marcha reforzada del órgano de arbitraje, que el órgano de arbitraje tenga que adoptar su decisión teniendo en cuenta apropiadamente los intereses del centro de trabajo y de los trabajadores afectados, según un criterio equitativo (en BT-Drucks. VI/2729, pág. 28). Ni esta fundamentación ni el tenor literal de los preceptos insertados permiten reconocer, en consecuencia, que con ello se tuviese la intención de limitar los derechos de cogestión, cuando éstos afectan a la libertad empresarial de decisión. Incluso, con REUTER y RICHARDI, si se supone que sólo pertenece a los intereses del centro de trabajo cómo deben realizarse las decisiones económicas sobre organización de la empresa, y que es objetivo de la cogestión la participación del comité de empresa en la realización técnico-laboral de la decisión empresarial, entonces nada se dice con ello sobre el límite de los derechos de cogestión. No es correcto, de entrada, que las cuestiones organizativas técnico-laborales sólo se planteen realmente a través de la decisión empresarial, la vinculación del órgano de arbitraje a esta decisión empresarial y, en consecuencia, que sea necesaria la limitación a través de éste de los derechos de cogestión. Precisamente cuando el derecho de cogestión del comité de empresa también contiene el correspondiente derecho de iniciativa, del que también parten REUTER y RICHARDI, no se plantearán cuestiones organizativas técnico-laborales sólo a través de una decisión empresarial.

39 De otro lado, toda decisión sobre la realización técnico-laboral también afecta a la decisión empresarial. Si ésta trata de permitir la fabricación en un centro de trabajo de un producto determinado sólo con costes determinados, toda regulación de la iniciativa por el comité de empresa en el marco de sus derechos de cogestión, que causase cualquier tipo de costes adicionales, afectaría a esta decisión empresarial, también si sólo tiene por contenido cuestiones organizativas técnico-laborales. De ahí que de la limitación del poder de decisión del órgano de arbitraje y, con ella, de los derechos de cogestión del comité de empresa sobre cuestiones organizativas técnico-laborales, en la realización técnico-laboral de decisiones empresariales, nada quepa derivar para responder la cuestión de en qué sentido puede limitarse la libertad empresarial de decisión por los derechos de cogestión. Ésta sólo estaría entonces garantizada sin restricciones —prescindiendo, por una vez, de casos de abuso—, cuando representase una norma que vincula al órgano de arbitraje y, en consecuencia, limita el derecho de cogestión del comité de empresa. Si se quiso afirmar esto, entonces el derecho de cogestión del comité de empresa quedaría a disposición del empresario. Cuanto más detallada es una decisión empresarial, para que así las normas fuesen más estrictas, todavía podría realizarse en su marco el derecho de cogestión del comité de empresa. Si la decisión empresarial trata simplemente de vender mercancías en un gran almacén, permanece inalterado el derecho de cogestión del comité de empresa sobre la jornada en el gran almacén. Si la decisión tiene como contenido vender mercancías con aprovechamiento total de los períodos de apertura comercial, estaría

limitado el derecho de cogestión del comité de empresa, según la peticionaria de este procedimiento. Si el empresario decide vender mercancías, naturalmente en el marco de los períodos de apertura comercial pero en conjunto sólo durante 40 horas determinadas a la semana, y consecuentemente cerrar los grandes almacenes durante el período de apertura que las sobrepase, no queda ningún espacio para la cogestión del comité de empresa en cuanto a la ubicación de la jornada. Si decidiese el empresario con el propósito de aumento del volumen de ventas, que los vendedores tienen que llevar una ropa de trabajo especialmente atractiva, esta decisión, cuya relevancia empresarial no puede negarse, excluiría el derecho de cogestión, dado al amparo del párrafo 87, apartado 1, número 1, de la Ley de Organización de la Empresa, o reduciría la regulación a cuestiones de detalle no esenciales.

40 Esta consecuencia no permite evitar que la decisión empresarial se reconozca como norma para la cogestión del comité de empresa, sólo cuando ésta se plantee como una decisión empresarial «verdadera» o como decisión de importancia especial, o que —expresada otra cosa— sólo permita en este sentido introducir una limitación del derecho de cogestión del comité de empresa, cuando a través de la decisión cogestionada se perjudique directamente, o en su núcleo, la libertad empresarial de decisión. La repercusión de una decisión cogestionada en la libertad empresarial de decisión no depende en su importancia, de entrada, de si ésta afecta directa o indirectamente. Esto hace legible el presente litigio. La respuesta a la cuestión de cuándo se afecta la libertad empresarial de decisión en su ámbito nuclear, o lo que es una decisión empresarial de importancia especial, no cabe responderla fiablemente. Dicha limitación estaría, además, en contradicción con la libertad de la propia decisión empresarial. La libertad de adoptar decisiones empresariales no influenciadas por los derechos de cogestión carece de valor, si no comprende simultáneamente la libertad de determinar la importancia y el significado de esta decisión. Toda respuesta a la cuestión de si la decisión empresarial es de tal importancia, que tengan que ceder frente a ella los derechos de cogestión del comité de empresa, y es de naturaleza propiamente empresarial, requiere la respuesta a ella por el órgano de arbitraje (así, LIEB, en el lugar indicado, en B II 6 c) o que se dé por el tribunal.

41 De ahí que del párrafo 76, apartado 5, inciso 3, de la Ley de Organización de la Empresa no se derive ninguna limitación concebible de los derechos de cogestión del comité de empresa, cuando a través de éstos se afecte la libertad empresarial de decisión.

42 c) Tampoco de la sistemática y del contexto finalista de la Ley de Organización de la Empresa, en especial de su regulación de la participación del comité de empresa en asuntos económicos (párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa), se desprende ninguna limitación.

43 En una primera fase, cuando se remite a la sistemática de la Ley de Organización de la Empresa y a la estructuración diferenciada de los derechos de participación del comité de empresa, es correcto que pueda derivarse una limitación de concretos derechos de cogestión (cfr. SCHWERDTNER, en el lugar indicado). De esto se desprende que toda concreta circunstancia de cogestión, como toda norma, hay que interpretarla no sólo desde fuera, sino tomando en consideración la regulación legal conjunta y el propósito legal expresado en ella. Correctamente comprendida, dicha toma en consideración de la sistemática legal y del contexto conjunto de la regulación legal, no conduce ciertamente a una limitación de los derechos de cogestión, sino a la constatación de que, de antemano, el derecho de cogestión sólo se garantiza con el alcance que se deriva de dicha contemplación.

44 La reducción de los períodos de apertura comercial en una hora al mes no representa ni por sí sola, ni en conexión —aquí supuesta a favor de los demandados— con una minoración del volumen de ventas, a través del aplazamiento de los períodos de apertura comercial de un

cuarto de hora por día en períodos flojos de volumen de ventas, una modificación del centro de trabajo en forma de reducción del centro de trabajo. En su decisión de 22 mayo 1979 (BAG 32, 14 = AP Nr. 4 zu §111 BetrVG 1972), la Sala ha definido la reducción del centro de trabajo, a los efectos del parágrafo 111, inciso 2, número 1, de la Ley de Organización de la Empresa, como una reducción importante, desacostumbrada y no sólo transitoria de la capacidad de prestación del centro de trabajo, con independencia de si la disminución de la capacidad de prestación se realiza a través del establecimiento fuera de instalaciones del centro de trabajo o a través de una reducción de personal. Las modificaciones relatadas de los períodos de apertura comercial no representan dicha reducción de la capacidad de prestación del centro de trabajo de la peticionaria. De ahí que el ejercicio del derecho de cogestión, en caso de regulación del comienzo y la finalización de la jornada diaria, no conduzca a una modificación del centro de trabajo, que posiblemente hubiera impedido forzar al comité de empresa, al amparo de los parágrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa.

45 Sin embargo, con ello no se responde a la cuestión de si la regulación de los parágrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa puede conducir a una limitación de los derechos de cogestión del comité de empresa.

46 La modificación del centro de trabajo, que obliga a la participación al amparo del parágrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa, no requiere el consentimiento del comité de empresa. Pero de la libertad de aprobación de una modificación de centro de trabajo no se sigue necesariamente que se restrinjan en este sentido otros derechos de cogestión, cuando su ejercicio limita o puede limitar esta libertad.

47 La Sala ha decidido en reiteradas ocasiones que los asuntos y medidas del empresario, en sí mismos libres de cogestión, están sujetos al derecho forzoso de cogestión del comité de empresa, cuando realizan un estado de cosas con deber de cogestión (cfr., últimamente, Auto de 30 marzo 1982 —1 ABR 55/80—, de publicación prevista en la prensa especializada, en B II de los Motivos). A pesar de la libertad del empresario de llevar a cabo una modificación de centro de trabajo, hay que tener en cuenta en su ejecución los derechos de cogestión existentes del comité de empresa, en cuanto a las medidas concretas. Así, hay que oír al comité de empresa antes de decretar los despidos necesarios, al amparo del parágrafo 102 de la Ley de Organización de la Empresa, y los traslados que sean necesarios, por ejemplo, como consecuencia de la modificación de centro de trabajo, requieren la aprobación del comité de empresa, al amparo del parágrafo 99 de la Ley de Organización de la Empresa. Las modificaciones de centro de trabajo también pueden provocar más derechos de cogestión del comité de empresa; por ejemplo, la introducción de nuevos métodos de trabajo, el derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, número 10, de la Ley de Organización de la Empresa, en caso de modificación de la estructura salarial del centro de trabajo, o el derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, número 6, de la Ley de Organización de la Empresa, en caso de introducción de nuevos instrumentos técnicos. Esto se corresponde con la opinión común en la doctrina científica (cfr. DIETZ/RICHARDI, en el lugar indicado, §112, marginal 25, con justificaciones adicionales). En el mejor de los casos, para estos derechos de participación puede plantearse la cuestión de si se restringen en este sentido, cuando su ejercicio tiene como consecuencia el resultado de que el empresario no puede llevar a cabo la modificación proyectada del centro de trabajo, a pesar de la libertad a él garantizada por la regulación de los parágrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa. Si ése es el caso, no necesita ser decidido en el presente procedimiento.

48 Otra cuestión es, sin embargo, si la libertad garantizada al empresario por la Ley de Organización de la Empresa, de llevar a cabo una modificación de centro de trabajo sin el

consentimiento del comité de empresa, también incluye, con independencia de la modificación dada de centro de trabajo, que los derechos de cogestión del comité de empresa sólo se den, por tanto, cuando a través de ella no se exponen datos que obliguen o fuercen al empresario a realizar una modificación de centro de trabajo —aunque tampoco ésta esté sujeta al deber de participación, al amparo de los párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa—. ¿Debe, por ejemplo, retroceder el derecho de cogestión del comité de empresa, en caso de proyectarse una jornada reducida, si el empresario, en caso de negativa a la jornada reducida, estuviera obligado a decretar despidos con un alcance que representen una reducción del centro de trabajo, a los efectos del párrafo 111, inciso 2, número 1, de la Ley de Organización de la Empresa? Esta cuestión hay que negarla.

49 En todo caso, la salvaguardia de derechos forzosos de cogestión, a los que corresponde un derecho de iniciativa al comité de empresa, expone datos que afectan a la libertad empresarial de decisión. El empresario debe reaccionar ante estos datos, debe dejar inmodificada su decisión en la situación actual y, dado el caso, corregirla. Si esta corrección tendrá por objeto una modificación de las relaciones existentes, también puede esta modificación estar lejos de ello, cuando la modificación de centro de trabajo origine los derechos de participación del comité de empresa a que se refieren los párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa.

50 Si se quiso derivar de la libertad del empresario, regulada en los párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa, y de las modificaciones de centro de trabajo, a los efectos del párrafo 111 de la Ley de Organización de la Empresa, y en consecuencia, sobre todo modificaciones «pequeñas» a proyectar y llevar a cabo en el centro de trabajo, que el empresario tampoco podía ser obligado o forzado, por la salvaguardia de los derechos de cogestión, a realizar dichas modificaciones en el centro de trabajo, entonces significaría esto de nuevo que todos los derechos de participación del comité de empresa quedan bajo un límite inmanente, y que a través de él no puede interferirse en la libertad empresarial de decisión. Pero la Ley de Organización de la Empresa, a través de la garantía de los derechos de cogestión y de participación del comité de empresa, ha querido una limitación de la libertad empresarial de decisión y ha regulado su alcance en detalle. Si se derivase de la regulación de los párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa que la libertad empresarial de decisión tampoco debía ser interferida, de modo que a través de la salvaguardia de los derechos de cogestión tampoco pueda ser obligado o forzado el empresario a reaccionar, entonces se anularía la Ley de Organización de la Empresa, en todo caso, en cuanto a los propios derechos forzosos de cogestión.

51 De ahí que de los párrafos 111 y siguientes de la Ley de Organización de la Empresa no se derive que el derecho de cogestión del comité de empresa sobre el comienzo y la finalización de la jornada diaria, a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, número 2, de la Ley de Organización de la Empresa, se limite, por tanto, cuando a través de su ejercicio se afecte la decisión empresarial relativa a con qué alcance quiere aprovechar los períodos legales de apertura comercial.

52 3. Si, en consecuencia, no se limita el derecho de cogestión del comité de empresa a efectos de la peticionaria, entonces también rige lo mismo para el derecho de iniciativa correspondiente al comité de empresa.

53 En su decisión de 14 noviembre 1974 (—1 ABR 65/73—, AP Nr. 1 zu §87 BetrVG 1972), la Sala ya ha expresado que el derecho de cogestión del comité de empresa, a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa, por principio, también incluye el derecho de iniciativa del comité de empresa. Cogestión significa los mismos derechos

para ambas partes, con la consecuencia de que tanto el empresario como el comité de empresa pueden tomar la iniciativa sobre una regulación pretendida, y para su materialización pueden, en caso necesario, invocar al órgano de arbitraje.

54 También en la doctrina científica se expresa ampliamente la opinión de que el derecho de iniciativa se corresponde con el alcance del derecho de cogestión (DIETZ/RICHARDI, en el lugar indicado, marginal 51; FITTING/AUFFARTH/KAISER, en el lugar indicado, §87, marginal 3; GALPERIN/LÖWISCH, en el lugar indicado, §87, marginal 26 y ss.; SCHWERDTNER, en el lugar indicado, en II 2; REUTER, en el lugar indicado, pág. 174, todos con justificaciones adicionales). Supuesto que se defendiese una reducción teleológica del derecho de iniciativa (WIESE, *Initiativrecht*, pág. 39), esto sucede de nuevo por causa de la consideración de que, a través de los derechos de cogestión del comité de empresa, no debía interferirse en la libertad empresarial de decisión. Si este punto de vista no permite —como se expuso— justificar una limitación del derecho de cogestión, tampoco se tomará en consideración una limitación del derecho de iniciativa por este motivo. Si otras circunstancias excepcionales pueden aconsejar una restricción del derecho de iniciativa, no necesita ser decidido aquí. Dichas circunstancias no son evidentes.

55 De ahí que el comité de empresa no estuviera impedido de pretender una regulación de la jornada que modificaba los periodos de apertura comercial.

56 IV. Si existe, por consiguiente, el derecho reclamado de cogestión del comité de empresa, entonces era competente el órgano de arbitraje para adoptar el laudo impugnado. Éste no sobrepasa los límites del criterio confiado al órgano de arbitraje.

57 1. La peticionaria ha observado el plazo del parágrafo 76, apartado 5, inciso 4, de la Ley de Organización de la Empresa para la impugnación del laudo del órgano de arbitraje. De ahí, si éste ha sobrepasado los límites del criterio del órgano de arbitraje, que pueda ser revisado por los Tribunales para asuntos laborales. Esta cuestión es una cuestión jurídica, que como tal está sujeta a revisión sin límites por el Tribunal del recurso de queja por razones de Derecho. Trata de la eficacia de una regulación colectiva, que depende de la observancia del marco estructurador concedido al órgano de arbitraje. En consecuencia, se corresponde este control judicial, en su esencia, con el control judicial de equidad de un acuerdo de empresa. También tiene éste, como contenido, la revisión de la cuestión de si la regulación adoptada por los interlocutores de centro de trabajo tiene en cuenta los límites impuestos a su poder de regulación por los principios generales y las exposiciones de objetivos de la Ley de Organización de la Empresa (Tribunal Federal de Trabajo 22, 252, 267 = AP Nr. 142 zu §242 BGB Ruhegehalt). Para este control de equidad de los acuerdos de empresa, se reconoce generalmente que éste obliga con un alcance total, también al Tribunal del recurso de queja por razones de Derecho o al Tribunal del recurso de casación (últimamente, decisión de la Sala de 24 marzo 1981, Tribunal Federal de Trabajo 35, 160 = AP Nr. 12 zu §112 BetrVG 1972, y la decisión de la Sala Tercera de 8 diciembre 1981 —3 AZR 53/80—, prevista para publicación). Entonces, también está justificada la revisión de la cuestión de si el laudo del órgano de arbitraje se mueve dentro de los límites del parágrafo 76, apartado 5, inciso 3, de la Ley de Organización de la Empresa, a asignar también, del mismo modo, al Tribunal del recurso de queja por razones de Derecho. De ahí que la Sala no se aferre a su consideración, en la decisión de 28 julio 1981 (—1 ABR 79/99—, prevista para publicación), de que en este sentido podía corresponder a los Tribunales de los hechos un margen de valoración, cuyo cumplimiento sólo se sujeta a una revisión limitada por el Tribunal Federal de Trabajo.

58 2. Si el laudo del órgano de arbitraje ha observado los límites del criterio a él confiado, se enjuicia sólo teniendo en cuenta si la regulación adoptada por el laudo se mantiene, en

cuanto tal, dentro de estos límites, o sea, si ha tomado apropiadamente en consideración los intereses del centro de trabajo y de los trabajadores afectados, según un criterio de equitativo. No depende de qué hechos y suposiciones han conducido al órgano de arbitraje a su laudo, y de si este laudo se basa en consideraciones del órgano de arbitraje que eran consecuentes y tenían como contenido una valoración agotadora de todas las circunstancias.

59 De entrada, esto se deriva del tenor literal de la propia regulación legal. El laudo del órgano de arbitraje es impugnabile, en cuanto tal, según el párrafo 76, apartado 5, inciso 4, de la Ley de Organización de la Empresa. Si esta impugnación es sólo posible en caso de que se excedan los límites del criterio, se deduce de que, en el inciso 3 de este precepto, la toma en consideración de los intereses del centro de trabajo y de los trabajadores confiada al órgano de arbitraje, según criterio de equitativo, no representa ninguna prestación de actividad por el órgano de arbitraje, sino que norma aquellos límites que debe tener en cuenta la regulación adoptada por el órgano de arbitraje. Se trata, en consecuencia, de un control del resultado de la actividad del órgano de arbitraje, pero no de un control de su propia actividad.

60 Aparte esto, ocurre que la Ley de Organización de la Empresa no impone al órgano de arbitraje el deber de fundamentar su laudo (Tribunal Federal de Trabajo 29, 40, 48 = AP Nr. 1 zu §87 BetrVG 1972 Auszahlung). Pero sin la fundamentación es, como mínimo, difícilmente posible la revisión de las consideraciones del órgano de arbitraje, que han conducido al laudo. De ahí que la falta del deber de motivación del órgano de arbitraje también abogue por la suposición de que sólo se está decidiendo si la propia regulación adoptada en el laudo se mantiene dentro de los límites del criterio.

61 De ahí que la Sala no sea capaz de seguir, por los motivos explicados, la opinión expresada por parte de la doctrina científica, de que el laudo del órgano de arbitraje también haya que revisarlo por un uso erróneo del criterio, supuesto con ello que la revisión de las consideraciones realizadas por el propio órgano de arbitraje, rechazada aquí, podía ser opinada (DIETZ/RICHARDI, en el lugar indicado, §76, marginal 104; THIELE, *GK-BetrVG*, 2ª revisión 1980, §76, marginal 108). Dicha revisión debería conducir finalmente al resultado de que la regulación adoptada por el órgano de arbitraje, que toma en consideración apropiadamente los intereses de los trabajadores y del centro de trabajo, sería ineficaz porque el órgano de arbitraje ha llegado a este resultado sobre la base de consideraciones incorrectas. Esto contradiría la intención de la Ley de posibilitar, a través del laudo del órgano de arbitraje, la pronta regulación del asunto respectivo, en que no pudieron lograr un acuerdo los interlocutores del centro de trabajo.

62 De ello se deriva que el Tribunal de Trabajo tiene que revisar el laudo del órgano de arbitraje, acerca de si la regulación adoptada toma en consideración apropiadamente los intereses de los trabajadores y del centro de trabajo, y ha conducido ambos a una conciliación equitativa. Tanto estos intereses como las correspondientes circunstancias fácticas, que fundamentan la respectiva importancia de estos intereses, tiene que constatarlos el Tribunal de Trabajo —en caso necesario, por la vía de la práctica de pruebas—, con independencia de si han sido presentadas por los interlocutores del centro de trabajo en el procedimiento ante el órgano de arbitraje. De ello forman parte, también, las expectativas y temores, incluidas las circunstancias fácticas que fundamentan éstos, que los interlocutores de centro de trabajo han vinculado a la regulación adoptada. Los hechos ocurridos más tarde, que permitan presentar con otra luz los intereses de los interlocutores del centro de trabajo y su importancia, carecen de significado para la corrección del laudo del órgano de arbitraje. Sólo pueden dar ocasión a su modificación posterior y fundamentar —en caso extraordinario— su denuncia. Sobre la base de los intereses así constatados de los trabajadores y del centro de trabajo, y de su importancia, hay que examinar

si la regulación adoptada por el órgano de arbitraje puede valer todavía como conciliación equitativa de estos intereses. Cuándo es éste el caso, no cabe determinarlo abstractamente.

63 3. Según ello, la revisión a realizar del acuerdo del órgano de arbitraje de 28 septiembre 1979, impugnado por la peticionaria, conduce al resultado de que éste no sobrepasa los límites del criterio.

64 a) Que un adelantamiento del final de la jornada diaria exista, en especial los sábados largos, en interés de los trabajadores de la peticionaria empleados en la venta, es evidente. Dicho deseo ha sido manifestado incontrovertidamente, también por la plantilla, en la asamblea de centro de trabajo de 7 junio 1979. En ese caso, de entrada es indiferente por qué desean los trabajadores la hora de cierre más temprana. La posibilidad de poder aprovechar mejor conexiones de tráfico más favorables, la necesidad de poder cuidar mejor a los niños, la exigencia de tener más tiempo para la familia o las propias compras, son circunstancias que acrecientan la importancia del interés de los trabajadores a una hora de cierre más temprana. Cuanto mayores son las ventajas reales de una hora de cierre más temprana —por ejemplo, conexiones de tráfico real y esencialmente más favorables y, en consecuencia, períodos más cortos entre la finalización del trabajo y la llegada a casa—, y cuantos más trabajadores se aprovechan de dichas ventajas, más grande es la importancia del interés general de los trabajadores a una hora de cierre más temprana.

65 El Tribunal de Trabajo del Estado federado no ha encontrado constataciones detalladas de qué ventajas del modo mencionado trae como resultado el laudo del órgano arbitral para cuántos trabajadores. Esto significa que para la decisión por la Sala, sobre la eficacia del laudo, sólo puede partirse de un interés general de los trabajadores a una hora de cierre más temprana. Este interés está justificado. También puede partirse de que una hora de cierre más temprana trae ventajas, al menos para las mujeres afectadas por el asunto principal, de modo que para ellas exista más tiempo a disposición para sus obligaciones domésticas, con independencia de si estas obligaciones domésticas se basan ahora en niños con deberes escolares o en otras circunstancias.

66 De ahí que haya que partir de que al interés de los trabajadores a una hora de cierre más temprana, en especial los sábados largos, no puede negársele toda importancia, pero del otro lado no puede hablarse de una necesidad urgente especial y, en consecuencia, de un interés predominante de los trabajadores a una hora de cierre más temprana.

67 b) El interés de la peticionaria a un aprovechamiento completo de los períodos legales de apertura comercial es obvio. Se fundamenta en la posibilidad, a través de la oportunidad dada con ello, de vender sus mercancías durante este tiempo y, en consecuencia, de cubrir costes y obtener ganancia. También este interés es legítimo y debe tenerlo en cuenta una regulación sobre el comienzo y la finalización de la jornada.

68 La importancia de este interés se determina por la cuantía de la pérdida de horas de trabajo por anticipación y, como consecuencia del cierre comercial, de la caída producida del volumen de ventas y, como consecuencia, de la caída de las ganancias. A diferencia de aquellas circunstancias que determinan la importancia del interés de los trabajadores a una hora de cierre más temprana, no cabe constatar exactamente la cuantía de la disminución ocurrida del volumen de ventas, en caso de cierre comercial más temprano. En este sentido, sólo puede apelarse a experiencias y temores, que ciertamente pueden basarse en observaciones reales, «moderaciones legales» reconocidas y sucesos comparables, pero que no posibilitan, no obstante, una declaración precisa sobre las consecuencias del cierre comercial más temprano. De modo parecido, también se fundamentan expectativas que no aparecen después como consecuencias temidas del cierre comercial más temprano, en la extensión temida, o sólo provisionalmente. No es

improbable que se adapte la conducta de los compradores a los períodos de apertura comercial modificados. Es posible, de igual modo, que los competidores de la peticionaria cierren asimismo más temprano y, en consecuencia, se supriman las posibles ventajas de competencia de estos competidores. La relación presentada por la propia peticionaria prueba verdaderamente que 28 de los 45 negocios mencionados por ella misma como competidores cierran de lunes a viernes antes de las 18:30 horas. Nueve de los 45 negocios cierran los sábados cortos antes de las 14:00 horas, y 23 de 45 en sábados largos, antes de las 18.00 horas.

69 De ahí que se plantee el interés de la peticionaria a la conservación de las jornadas actuales como interés a eludir el riesgo de disminución del volumen de ventas, cuya magnitud no es constatable, por una vez, en una cuantía mínima determinada.

70 c) Si, tomando en consideración estos intereses de los trabajadores y de la peticionaria, el laudo del órgano de arbitraje prevé un adelantamiento de los períodos de apertura comercial de lunes a viernes de un cuarto de hora en cada uno y una reducción del período de apertura comercial de una hora los sábados largos, esto representa todavía una toma en consideración apropiada de estos intereses. Del conjunto de 202 horas de venta dentro de un período de cuatro semanas, desaparecen por esta regulación seis horas de venta, si se parte de que la anticipación de los períodos de apertura de lunes a viernes realmente no trae ninguna compensación. También teniendo en cuenta el hecho de que se trata seguramente en estas horas de horas de fuerte volumen de ventas, la desaparición de estas seis horas significa, en el peor de los casos, una disminución del volumen de ventas del 4 al 6%. Que esto suceda en toda su extensión, no es de esperar. Aparte de esto, el laudo del órgano de arbitraje es denunciante en cualquier momento, con un plazo de tres meses, según el párrafo 77, apartado 5, de la Ley de Organización de la Empresa. En consecuencia, cabe tratar en todo momento repercusiones inesperadas de la regulación, o que se comprueben como no sostenibles ya. De ahí que no haya que temer una amenaza verdaderamente seria, a causar al centro de trabajo de la peticionaria, que pudiera aconsejar dejar completamente fuera de consideración los intereses de los trabajadores a una hora de cierre más temprana.

71 Que los intereses de los afectados hubieran podido ser tenidos en cuenta, también, de otro modo y manera —no sólo a través de las regulaciones individuales consideradas por la peticionaria, sino también a través de otro sistema de turnos, que garantice un cierre comercial anticipado, correspondiente a una parte de los trabajadores empleados en la venta en días concretos—, no convierte en ineficaz el laudo del órgano de arbitraje. Representa en conjunto una aún apropiada toma en consideración de los intereses de ambas partes, que no carga inequitativamente a la peticionaria un riesgo cuya realización no pueda evitarse.

72 En consecuencia, el laudo del órgano de arbitraje es eficaz, de manera que el recurso de queja por razones de Derecho debía ser rechazado.

18. AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO, SALA 1, DE 3 MAYO 1994 (REFERENCIA 1 ABR 24/93)

1 I. Los litigantes pleitean sobre un derecho de cogestión del comité de empresa, respecto a la modificación de complementos extra convenio colectivo.

2 El empresario regenta supermercados de comercio al por menor en la República Federal de Alemania, y entre ellos, también en L. Aplica el convenio colectivo de grandes almacenes a las relaciones laborales de los trabajadores ocupados por él. El peticionario es el comité de empresa elegido en el supermercado L.

3 En los contratos de trabajo, concluidos por escrito conforme al modelo unitario, se regulan también unos complementos en el núm. 4. Al respecto, se dice:

4 Todos los complementos no relacionados con la actividad se mantienen voluntariamente, y a reserva de revocación en cualquier momento, y también pueden abonarse retroactivamente en caso de incrementos convencionales.

5

6 En el año 1991, estaban ocupados en el supermercado L. 289 trabajadores, y entre ellos, 11 en formación. 41 trabajadores disfrutaban de un complemento extra convenio colectivo. El volumen de todos los complementos extra convenio colectivo ascendía en ese año, antes de febrero, a 7.649,93 marcos alemanes, y después de julio, a 9.747,98 marcos alemanes. En el año 1992, disfrutaban del complemento extra convenio colectivo, 37 del total de 295 trabajadores; el volumen ascendía, antes de febrero, a 9.544,18 marcos alemanes, y después de julio, a 6.510,71 marcos alemanes.

7 Al supermercado se le anticipó por la central un presupuesto anual del 9,7% de la cifra de ventas para costes de personal. El gerente del supermercado puede distribuir la diferencia, entre esta suma y la suma de los salarios del convenio, en forma de complementos extra convenio colectivo. Esto ocurre de manera diferenciada. Con una parte de los trabajadores, por la vía del contrato individual, se ha acordado el pago de una retribución más alta que la correspondiente al grupo del convenio colectivo. Así, todos los trabajadores de carnicería disfrutaban de una retribución conforme al último escalón de su grupo de retribución, incluso cuando todavía no se hubiese cumplido el año de actividad decisivo. El gerente del supermercado también tiene, y usa, la posibilidad de prometer un aumento de las percepciones a los trabajadores deseosos de marcharse, para así mantenerlos en el centro de trabajo. Con algunos trabajadores se acuerda que los complementos —a diferencia del núm. 4 del contrato modelo— no puedan absorberse ni compensarse con los incrementos salariales convencionales.

8 En los años 1991 y 1992, los salarios convencionales se incrementaron en junio, con carácter retroactivo al 1 marzo de cada año. Los litigantes pleitean sobre si estos incrementos deben ser absorbidos y compensados de manera completa y uniforme con todos los complementos que eran extra convenio colectivo. En cualquier caso, esto se produjo incuestionablemente en conexión temporal con las modificaciones de los complementos. Tras una declaración del gerente del supermercado, el 1 julio 1991 se probó cuánto «aire» existía aún para los complementos; se ha discutido con el jefe del departamento qué trabajadores, de manera ejemplar, siempre están a disposición, y son puntuales y fiables para sustituir a otros. Con ocasión del incremento salarial convencional de 1992, se efectuó una «comunicación interna» de la central a todos los gerentes de supermercados, en la que se decía:

9 En 1992 se lleva a cabo una absorción y compensación general de los incrementos salariales convencionales con los complementos existentes abonados extra convenio colectivo. La absorción y compensación se efectúa mecánicamente y no requiere de ningún aviso de su parte. Siempre y cuando, refiriéndose a los titulares de la prestación en su mercado, quiera proceder a un nuevo incremento de las percepciones, comuníquenos esto, por favor, con indicación del apellido, nombre, función, empleado desde, salario efectivo tras la absorción y compensación, y propuesta. Con esta finalidad, elabore en breve plazo una lista-EDV sobre la contabilidad de sueldos y salarios, en la que consten los salarios de sus trabajadores antes y después de la modificación convencional. En caso de que no quisiera efectuar ninguna modificación de los salarios, por favor, háganos una sucinta comunicación en blanco. Como plazo final para su comunicación, hemos previsto el 10 julio 1992. Por favor, informe a su comité de empresa acerca de la absorción y compensación.

10

11 La evolución de los complementos extra convenio colectivo en los años 1991/1992 se desprende de las listas que se presentaron por los litigantes en el procedimiento. Según esto, cabe constatar modificaciones respecto a trabajadores individuales en 1 marzo 1991, en 1 marzo 1992, pero también en otras fechas, como, por ejemplo, en 1 octubre 1991, 1 diciembre 1991, 1 enero 1992 y 1 julio 1992. El comité de empresa solicitó al empresario, por escrito de 24 julio 1991, informaciones acerca de a qué trabajadores se les absorberían y compensarían con los incrementos salariales convencionales de 1991 los complementos extra convenio colectivo, y a cuáles no. Con escrito de 12 agosto 1991, exhortó al empresario a que pagase de nuevo los complementos inalterados a todos los trabajadores a los que se ha absorbido y compensado el incremento salarial; de lo contrario, hará uso de su derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, núm. 10, de la Ley de Organización de la Empresa.

12 Con su petición interpuesta ante el Tribunal de Trabajo el 28 agosto 1991, el comité de empresa ha solicitado, ante todo, que prohíba al empresario la modificación unilateral de los complementos, así como que vuelva a pagar los complementos enteros a los trabajadores mencionados. El comité de empresa ha sostenido la opinión de que el empresario efectuó una modificación de los complementos sujeta al deber de cogestionar. Ni en 1991 ni en 1992, los incrementos salariales convencionales se han absorbido y compensado completa y uniformemente. Esto lo muestra la modificación de complementos individual, efectuada en conexión temporal con los incrementos salariales convencionales. La absorción y compensación completa y uniforme pretendida por el empresario, y la modificación simultánea de las relaciones de los nuevos importes de los complementos, hay que atribuir las a una decisión unitaria. La medida también tiene impacto colectivo, dado que la estructura intraempresarial, o bien los principios de distribución de los complementos, se han modificado. En ello no importa el número de trabajadores afectados. Además, se han adoptado modificaciones continuamente, también sin conexión evidente con los incrementos salariales convencionales, con respecto a los que también existe el derecho de cogestión.

13 El comité de empresa ha pedido finalmente en la segunda instancia,

14 Con modificación del Auto del Tribunal de Trabajo de Gießen de 18 noviembre 1991, que prohíba a la demandada y litigante núm. 2) la modificación unilateral de los complementos (prestaciones) pagados en su establecimiento en L. a los allí ocupados, siempre y supuesto que el peticionario y litigante núm. 1) no haya consentido la medida proyectada, o haya entrado en vigor un acuerdo de empresa legitimando la modificación de los principios de distribución, o se haya dictado el correspondiente laudo por el órgano de arbitraje; o subsidiariamente, que

declare que la respectiva modificación de los complementos (prestaciones) pagados en su establecimiento en L., efectuada por el litigante núm. 2), alterando los principios de distribución, no son válidas frente a los trabajadores individuales, siempre y supuesto que el peticionario y litigante núm. 1) no haya consentido la medida proyectada por el litigante núm. 2), o haya entrado en vigor un acuerdo de empresa legitimando esta modificación, o se haya dictado válidamente un laudo por el órgano de arbitraje.

15

16 El empresario ha pedido que se rechacen las peticiones.

17 Ha sostenido la opinión de que no existe un asunto sujeto a deber de cogestionar. El incremento salarial convencional, tanto en 1991 como en 1992, se ha absorbido y compensado completa y uniformemente con todos los complementos, supuesto que éstos hayan sido susceptibles de ser absorbidos y compensados. El gerente del supermercado sólo se ha dirigido a trabajadores concretos después de manifestar el deseo al incremento salarial; a estos se han satisfecho sus deseos retroactivamente en distintas fechas. También se han absorbido y compensado parcialmente los incrementos sobre los que las aceptaciones individuales se han producido el año anterior.

18 El Tribunal de Trabajo ha rechazado la petición del comité de empresa, y el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha accedido a la petición principal, incorporada finalmente en la queja del comité de empresa. Con la queja por razones de Derecho admitida, el empresario pide la restitución del Auto de primera instancia. La queja por razones de Derecho admitida del empresario tiene éxito.

Por los motivos:

19 II. Con la queja por razones de Derecho del empresario había que anular el Auto del Tribunal de Trabajo del Estado federado. No obstante, la petición del comité de empresa es admisible (A); tampoco fracasa por causa de que genéricamente se excluya una petición de cesación (B); sin embargo, está infundada porque, como una denominada petición global, va demasiado lejos (C). De aquí que haya que rechazar la queja del comité de empresa frente al Auto denegatorio del Tribunal de Trabajo.

20 A. El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha considerado admisible, conforme a Derecho, la petición de cesación presentada como petición principal. Ha aceptado que la petición transcribe de manera suficientemente detallada la conducta a cesar, y de aquí que esté suficientemente determinada. Sobre ello, hay que aprobar la conclusión.

21 La petición se dirige a la cesación de las modificaciones unilaterales de los complementos pagados a los ocupados en L. Si se interpone una petición de cesación, con la que pueda obligarse al demandado a la cesación en el futuro de actos singulares, entonces éstos deben estar descritos de manera tan detallada que no exista ninguna duda acerca de a qué acciones se refiere en particular. Si la petición se dirige a la cesación de conductas violadoras de la cogestión, entonces esta exigencia de determinación sólo se satisface cuando se describe, en concreto, el caso en cuestión respecto del que se afirma el derecho de cogestión. De lo contrario, sólo podría decidirse en el respectivo procedimiento de ejecución forzosa, en virtud de un proceso concreto dado a nivel de centro de trabajo, si se trata o no de una medida sujeta al derecho de cogestión. Pero de este modo se malinterpretaría la finalidad de satisfacción del procedimiento a resolverse por medio de Auto.

22 La denominada petición global, con la que se aduce genéricamente un derecho de cogestión en un procedimiento concreto, también satisface la exigencia de determinación. Si la petición se refiere —como aquí— a toda modificación de los complementos, entonces esta petición está suficientemente determinada: si se accede a ella con esta generalidad, no puede convertirse en ambigüedad en la ejecución forzosa. Por consiguiente, tal petición global está suficientemente determinada, y de aquí que no sea inadmisibile (BAGE 52, 160 = AP Nr. 18 zu §87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 18 septiembre 1991 - 7 ABR 63/90 - AP Nr. 40 zu §40 BetrVG 1972; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 27 octubre 1992 - 1 ABR 17/92 - AP Nr. 61 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, en B I 5 de los Motivos; aún distinto, BAGE 44, 226 = AP Nr. 11 zu §87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; véase, también, GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, *ArbGG*, §81, marginal 9). Si hay que acceder a la petición global, admisible también con esta generalidad, y si, por tanto, existe realmente un derecho de cogestión para todas las variantes del caso comprendidas por ella, es una cuestión que sólo se resuelve con el examen de la fundamentación de la petición.

23 B. La petición principal admisible no está injustificada, verdaderamente, por causa de que no queden probadas las rígidas exigencias del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, y el comité de empresa no pueda aducir una petición de cesación tan amplia. Más bien, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha aceptado la petición de cesación con un argumento conforme a Derecho. Ha dejado pendiente si la conducta del empresario representa una infracción grave de una obligación derivada de la Ley de Organización de la Empresa, a los efectos de su parágrafo 23, apartado 3; el derecho a la cesación se desprende directamente del parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa, en cuanto derecho de prestación adicional. La Sala aprueba la conclusión, y también, ampliamente, la justificación.

24 I. No obstante, la Sala ha aceptado hasta ahora, en jurisprudencia constante, que la Ley de Organización de la Empresa no conoce ningún derecho general del comité de empresa, en virtud del cual el empresario esté genéricamente obligado a cesar en conductas que violan los derechos de cogestión o de colaboración del comité de empresa (fundamentalmente, Auto de 22 febrero 1983 - 1 ABR 27/81 - BAGE 42, 11 = AP Nr. 2 zu §23 BetrVG 1972, con «Nota» concordante de Von HOYNINGEN-HUENE = EzA §23 BetrVG 1972 Nr. 9, con «Nota» concordante de RÜTHERS/HENSSLER = SAE 1984, 182, con «Nota» concordante en la conclusión de BUCHNER = AR-Blattei Arbeitsgerichtsbarkeit XII Decisión 119, con «Nota» de rechazo de BERTELSMANN). Más bien, el comité de empresa sólo puede exigir la cesación de conductas violadoras de la cogestión, en principio, de conformidad con el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. Por consiguiente, constituye un requisito el hecho de que el empresario viole gravemente sus deberes derivados de la Ley de Organización de la Empresa. Esto se aplica también en caso de las violaciones por el empresario de los derechos de cogestión a que se refiere el parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa.

25 Ciertamente, esta decisión tiene aceptación en la doctrina científica, pero también ha encontrado fuerte oposición (aceptada también, junto a las «Notas» ya mencionadas, por ejemplo, en HESS/SCHLOCHAUER/GLAUBITZ, *BetrVG*, 4ª ed., §23 marginales 80 y ss.; MATTHES, *MünchArbR*, §321 marginales 15 y ss.; STEGE/WEINSPRACH, *BetrVG*, 7ª ed., §23 marginales 17 y ss.; SÖLLNER, *Grundriß des Arbeitsrechts*, 10ª ed., §21 VII; ZÖLLNER/LORITZ, *Arbeitsrecht*, 4ª ed., §46 III 6; BEUTHIEN, *ZfA* 1988, 1, 22 y ss.; EHMANN, *SAE* 1984, 104 y ss.; Von HOYNINGEN-HUENE, *Betriebsverfassungsrecht*, 3ª ed., pág. 55; JOOST, *SAE* 1985, 59; KONZEN, *Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitsgebers*, 1984, págs. 92 y ss.; KORT, *CR* 1986, 813; de otra opinión, FITTING/AUFFARTH/KAISER/HEITHER,

BetrVG, 17ª ed., §23 marginales 77 y ss.; TRITTIN/BLANKE en DÄUBLER/KITTNER/KLEBE/SCHNEIDER, *BetrVG*, 4ª ed., §23 marginales 116 y ss.; WIESE, *GK-BetrVG*, 5ª ed., §23 marginales 119 y ss.; COEN, *DB* 1984, 2459; DERLEDER, *AuR* 1983, 289; del mismo, *AuR* 1985, 65; DÜTZ, *DB* 1984, 115; del mismo, *Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber in Anwendungsbereich von §87 BetrVG*, 1984; HANAU, *NZA* 1985, suplemento 2, pág. 3, 12; del mismo, *JuS* 1985, 360; KÜMPEL, *AuR* 1985, 78; LEISTEN, *BB* 1992, 266, 271; NEUMANN, *BB* 1984, 676; PAHLE, *NZA* 1990, 51; SALJE, *DB* 1988, 909). Los tribunales de instancia no han seguido en su mayoría la jurisprudencia de la Sala, y han justificado especialmente la emanación de interdictos al respecto en relación con los diferentes derechos de cogestión, con el dato de que existe un derecho de cesación (cfr., por todos, las pruebas detalladas en DÄUBLER/KITTNER/KLEBE/SCHNEIDER, en el lugar indicado, §23 marginales 115, 117; WEISE, en el lugar indicado, §23 marginales 119, 120, 134).

26 La Sala Sexta del Tribunal Federal de Trabajo, en su decisión de 18 abril 1985 (6 ABR 19/84 - BAGE 48, 246 = AP Nr. 5 zu §23 BetrVG 1972), también se ha pronunciado contra la jurisprudencia de la Sala Primera, y en cualquier caso, ha aceptado el derecho de cesación en el ámbito del derecho forzoso de cogestión a que se refiere el parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, el cual no está ligado a los rígidos requisitos del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa; pero ello no requería de una decisión concluyente, dado que, en el caso litigioso, el derecho de cesación se apoyó en el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, y también tuvo éxito.

27 II. Tras un nuevo examen de la situación jurídica y material, la Sala no se aferra a la fundamentación de su decisión de 22 febrero 1983 (1 ABR 27/81, en el lugar indicado). No cabe mantener una negación genérica del derecho de cesación ligada a las circunstancias específicas del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa. El parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa no es ninguna regulación definitiva con eficacia excluyente. Más bien, debe examinarse por separado, para cada hecho sujeto a cogestión, si éste confiere o no al comité de empresa un derecho de cesación.

28 La jurisprudencia de la Sala parte hasta ahora de la suposición, que deriva obligatoriamente del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, relativa a que, prescindiendo de este derecho concedido expresamente y ligado a exigencias rígidas, no puede existir un derecho de cesación adicional, porque si no el precepto sería inútil. Por el contrario, con razón se ha objetado que la cuestión de la relación del derecho a que se refiere el parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, con otros derechos de cesación imaginables, no cabe responderla con esta generalidad (cfr., en especial, WIESE, en el lugar indicado, §23 marginal 122; véase, también, KONZEN, *Leistungspflichten*, en el lugar indicado, pág. 44, 45, aceptando un derecho de cesación autónomo, por lo menos, para el caso del parágrafo 87, apartado 1, núm. 6, de la Ley de Organización de la Empresa; crítico también, por ejemplo, RÜTHERS/HENSSLER, «Nota» en *EzA* §23 BetrVG 1972 Nr. 9; dudando, también ZÖLLNER/LORITZ, en el lugar indicado, §46 III 6).

29 En este sentido, la Sala debió indicar, ya en otro contexto, la aceptación de la preferencia genérica del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa ante todas las peticiones con la misma consecuencia jurídica. En la decisión de 17 mayo 1983 (1 ABR 21/80 - BAGE 42, 366 = AP Nr. 9 zu §80 BetrVG 1972), se aceptó el derecho del comité de empresa a una prestación dineraria o en especie, a la presentación de documentos o a la información del comité de empresa, aunque tal derecho pudiera considerarse por la misma razón incompatible

con el párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, porque en este precepto se regula igualmente el hacer, el tolerar y el ceder del empresario. No obstante, la Sala no ha admitido que el legislador, con el párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, haya querido ligar todo derecho comparable del comité de empresa a la exigencia de que el incumplimiento deba presentarse como infracción grave de la correspondiente obligación del empresario. En el ámbito de las peticiones de dar, la Sala ha partido, más bien, de que el fundamento de la petición puede derivarse de una regulación especial, y entonces, existe al lado de la regulación común del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, o incluso, precede a ésta.

30 Una contradicción adicional en el seno de la jurisprudencia de la Sala, se deriva del hecho de que se acepte un derecho de cesación, supuesto que se trate de la cesación de conductas por medio de las que el empresario viola acuerdos de empresa existentes (Auto de 10 noviembre 1987 - 1 ABR 55/86 - BAGE 56, 313 = AP Nr. 24 zu §77 BetrVG; al respecto, cfr. también PAHLE, *NZA* 1990, 51, 53). Que se trata también de otro fundamento jurídico —señaladamente, el aseguramiento de los derechos derivados de una regulación adoptada mediando el acuerdo—, no parece evidente sin más, por el hecho de que en caso de la cogestión ya ejercitada le corresponde al comité de empresa un derecho de cesación, y sin embargo, este derecho sólo puede darse bajo las rígidas exigencias del párrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, cuando el empresario hace imposible de antemano el ejercicio del derecho de cogestión. La necesidad de protección del comité de empresa no se percibe aquí como menor, y los intereses del empresario no son más dignos de protección.

31 III. El comité de empresa tiene un derecho de cesación frente al empresario, en caso de violación de su derecho de cogestión a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa.

32 I. Naturalmente, este derecho no está regulado expresamente en el párrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa. Pero los derechos de cesación pueden existir autónomamente como derechos de prestación adicionales, y ser reclamables judicialmente, incluso sin una regulación legal. Esto es completamente indiscutible en caso de violación de un derecho absoluto (párrafo 823, apartado 1, del Código Civil) o de un derecho protegido de conformidad con el párrafo 823, apartado 2, del Código Civil (al respecto, cfr. sólo ERMAN/HEFERMEHL, *BGB*, 9ª ed., §1004 marginal 4, 5; PALANDT/BASSENGE, *BGB*, 53ª ed., §1004 marginal 2). Pero también es reconocible respecto de las relaciones jurídicas contractuales. Los deberes de cesación se derivan aquí del párrafo 242 del Código Civil (cfr., por ejemplo, ERMAN/WERNER, en el lugar indicado, §241 marginal 10, y §242 marginales 50 y ss.; KRAMER, *MünchKomm-BGB*, 2ª ed., §241 marginal 16; PALANDT/HEIRINCHS, en el lugar indicado, §241 marginal 5).

33 Que, a estos efectos, quepa derivar directamente del párrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa un derecho de cesación, como derecho de prestación adicional, puede parecer dudoso (rechazándolo, WIESE, en el lugar indicado, §23 marginal 129); sin embargo, en caso de asuntos sociales a los efectos del párrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, el derecho se desprende de la relación jurídica especial que existe entre el empresario y el comité de empresa. Esta «relación de empresa», que tiene lugar por la creación del comité de empresa en virtud de la Ley (Von HOYNINGEN-HUENE, *NZA* 1989, 121 y ss.; del mismo, *Betriebsverfassungsrecht*, en el lugar indicado, págs. 51 y ss.), es similar a una relación obligatoria duradera (últimamente, por ejemplo, cfr. RAAB, *Negatorischer Rechtsschutz des Betriebsrats gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers*, 1993,

págs. 39 y ss., con justificaciones adicionales). Se concreta a través de los derechos y deberes que están normados en las circunstancias particulares de colaboración, así como por medio de los deberes de respeto recíproco que se derivan del parágrafo 2 de la Ley de Organización de la Empresa (cfr. Von HOYNINGEN-HUENE, en el lugar indicado; HEINZE, *DB* 1983, suplemento 9, págs. 6 y ss.; KONZEN, *Festschrift für Ernst Wolf*, 1985, pág. 279, 283 y ss.; WIESE, en el lugar indicado, §23 marginal 131).

34 El parágrafo 2 de la Ley de Organización de la Empresa contiene una concreción del deber de cooperación amistosa, comparable al principio de buena fe y confianza en el sentido del parágrafo 242 del Código Civil. Ciertamente, del precepto no cabe deducir ningún derecho de colaboración y de cogestión que no esté previsto en la Ley. Pero el parágrafo 2 de la Ley de Organización de la Empresa cabe tomarlo en consideración para la interpretación de las circunstancias particulares ligadas a la Ley de Organización de la Empresa (cfr. sólo HEINZE, *DB* 1983, suplemento 9, pág. 7; DIETZ/RICHARDI, *BetrVG*, 6ª ed., §2 marginal 11; KRAFT, *GK-BetrVG*, en el lugar indicado, §2 marginal 14). De aquí que, para la valoración de los derechos previstos en la Ley, del deber general de cooperación, sujeta a la confianza, también pueda deducirse en principio, como obligación ligada a él, el deber de cesar en todo lo que se oponga al cumplimiento del concreto derecho de cogestión. Se da una situación comparable a la relación obligatoria fundada en el contrato. No obstante, de ello no se deriva que cada violación de los derechos del comité de empresa conduzca, sin más, a un derecho de cesación. Más bien, ello depende de las circunstancias particulares de la cogestión, de su concreta estructuración legal y del tipo de infracción jurídica. De aquí que no resulte contradictorio aceptar un derecho de cesación en caso de violaciones del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, pero negarlo en conexión con la cogestión de medidas personales individuales o de asuntos económicos (en este sentido, por ejemplo, WIESE, en el lugar indicado, §23 marginal 141 y marginal 146).

35 2. En caso de violaciones del derecho de cogestión a que se refiere el parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, debe estar a disposición del comité de empresa el derecho de cesación.

36 a) El parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa regula la cogestión forzosa. De conformidad con la voluntad evidente del legislador, el empresario sólo puede tomar medidas en este ámbito con el consentimiento del comité de empresa. En cambio, si lo infringe, entonces se coloca en una posición violadora de las normas de organización de la empresa. Que el legislador también quisiera tolerar esto sólo a veces, y excluir el derecho de cesación, no es evidente. Falta precisamente una regulación similar a la del parágrafo 115, apartado 7, núm. 4, de la Ley de Organización de la Empresa, según la cual en asuntos sujetos a la cogestión del comité de empresa de a bordo, el capitán pueda adoptar una regulación provisional antes del acuerdo con el comité de empresa, cuando esto resulte necesario con urgencia para el mantenimiento del buque en cuanto que centro de trabajo. No se excluye que, en casos de necesidad, quiera concederse excepcionalmente al empresario, también en el marco del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, la posibilidad de adoptar una medida provisional eficaz sin el consentimiento del comité de empresa (sobre el estado de opinión, cfr. sólo FITTING/AUFFARTH/KAISER/HEITHER, en el lugar indicado, §87 marginal 21, 22). Cuando se admite esto, sólo se subraya que un proceder unilateral no puede tolerarse en «casos de normalidad».

37 b) A ello no cabe objetar que el parágrafo 87, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa prevé otra regulación del conflicto; según él, en caso de falta de acuerdo, decide el órgano de arbitraje. Esta regulación del conflicto no concierne a la situación de violación de las normas de organización de la empresa, que se produce, por la conducta del empresario, hasta la

decisión del órgano de arbitraje. Ciertamente, el comité de empresa puede invocar al órgano de arbitraje, pero sólo por ello no evita el perjuicio jurídico. En caso de medidas a corto plazo, la decisión del órgano de arbitraje con frecuencia no puede adoptarse de manera temporalmente oportuna. Incluso en caso de medidas a más largo plazo, por la consumación de la violación de las normas de organización de la empresa, con frecuencia se producen hechos que después sólo pueden evitarse con dificultad.

38 Por tanto, la posibilidad de invocar el órgano de arbitraje no asegura el derecho de cogestión del comité de empresa hasta su decisión. Por lo demás, en principio, es función de los interlocutores del centro de trabajo que quieren adoptar una medida sujeta al deber de cogestión, la de dirigirse al otro interlocutor, o bien, en caso de falta de acuerdo, la de lograr una decisión del órgano de arbitraje. Si, en caso de un proceder del empresario violador de la cogestión, se remite al comité de empresa al procedimiento del órgano de arbitraje, entonces se invierten los papeles. Con frecuencia, el comité de empresa no tiene en absoluto ningún interés en la regulación a la que aspira el empresario —por ejemplo, a la reducción de los complementos extra convenio colectivo o a la introducción del trabajo a turnos—, y por consiguiente, tampoco tiene ningún motivo para iniciar un procedimiento ante el órgano de arbitraje. El reconocimiento de un derecho de cesación que no depende de las rígidas exigencias del parágrafo 23, apartado 3, de la Ley de Organización de la Empresa, se ajusta mejor a la relación de los interlocutores del centro de trabajo. El empresario no está obligado a iniciar el procedimiento previsto cuando quiera cambiar la medida proyectada. Pero esto corresponde perfectamente al sentido de la regulación del conflicto del parágrafo 87, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa.

39 c) No se alcanza un aseguramiento suficiente del derecho de cogestión del comité de empresa a que se refiere el parágrafo 87, apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa, por el hecho de que, según la opinión completamente dominante y la jurisprudencia constante, conforme a la teoría del requisito de eficacia, las medidas llevadas a cabo violando la cogestión no producen ninguna eficacia jurídica frente a los trabajadores individuales (cfr., últimamente, sólo el Auto de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 3 diciembre 1991 - GS 2/90 - AP Nr. 51 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30, en D II de los Motivos).

40 Con ello, ciertamente, se ejerce indirectamente una presión sobre el empresario para que garantice el derecho de cogestión del comité de empresa. Pero el derecho de cogestión que se asigna al comité de empresa para la protección de la plantilla, derivado del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa, sirve a intereses colectivos. De aquí que el propio comité de empresa deba tener una posibilidad eficaz de velar activamente por la observancia de su derecho de cogestión. No se le puede impedir actuar precisamente sobre aquellos derechos que pueden asegurarse por medio de su participación.

41 Por lo demás, la eficacia de la presión indirecta que pueda partir de los trabajadores individuales es jurídicamente débil. No cabe alcanzar en la práctica una negativa colectiva de todos los trabajadores afectados a cumplir las órdenes violadoras de las normas de organización de la empresa, hasta la realización de un procedimiento de cogestión. Una negativa semejante lleva aparejado un riesgo importante para el trabajador individual. En caso de dudas sobre la existencia de un derecho de cogestión, se expone al reproche de cometer una negativa ilegítima a trabajar. Además, los intereses individuales de los trabajadores afectados y los intereses colectivos a salvaguardar por el comité de empresa pueden no coincidir, de manera que no exista ninguna ocasión, o ninguna posibilidad, para los trabajadores individuales o para parte de la plantilla, de reclamar los derechos por causa de una participación del comité de empresa no ejercitada.

42 d) Si por consiguiente, de un lado, no está garantizado por otra vía un suficiente aseguramiento del derecho forzoso de cogestión hasta la conclusión ordinaria del procedimiento de cogestión, pero de otro lado, se deriva del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa que las medidas sujetas al deber de cogestión a que se refiere este precepto no pueden llevarse a cabo —tampoco de manera temporal o provisional— sin la participación del comité de empresa, entonces está justificado, y conviene, conceder al comité de empresa un derecho de prestación adicional que permita alcanzar el objetivo legal. Esto logra una interpretación justificada del parágrafo 87 de la Ley de Organización de la Empresa a la luz del parágrafo 2 de la Ley de Organización de la Empresa (cfr., en especial, WIESE, en el lugar indicado, §23 marginal 131, 132; KRAFT, en el lugar indicado, §2 marginal 12; FITTING/AUFFARTH/KAISER/HEITHER, en el lugar indicado, §2 marginal 10; RAAB, en el lugar indicado, págs. 184 y ss.; WITT, *Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben*, 1987, pág. 112).

43 3. A un derecho de cesación que no esté limitado a una infracción grave del empresario, no puede objetarse que el comité de empresa puede abusar de él, al respecto de imponer su opinión, en caso de disparidad de pareceres sobre el alcance del derecho de cogestión, y retrase o frustre por completo las medidas necesarias. Visto más de cerca, este argumento se refiere sólo a la cuestión procesal de si, y cómo, el derecho de cesación puede llevarse a cabo en caso de incertidumbre sobre la interpretación y la aplicación de los hechos cogestionables del parágrafo 87, apartado 1, de la Ley de Organización de la Empresa. El temor a que el comité de empresa pueda ejercer una «política de bloqueo» con ayuda de su derecho de cesación, sin embargo, se muestra como injustificado.

44 Como regla, el comité de empresa procederá así, al igual que en el presente caso, y planteará el conflicto sobre el alcance de su derecho de cogestión como cuestión previa en el procedimiento a resolverse por medio de Auto, en conexión con su derecho de cesación. Entonces, la disparidad de pareceres relativa al Derecho de organización de la empresa se aclara simultáneamente con el derecho de cesación. No obstante, amenaza una separación de las posiciones jurídicas material y procesal, cuando el comité de empresa acciona su derecho de cesación por la vía del interdicto. El procedimiento rápido y sumario puede no aclarar concluyentemente la disparidad de pareceres relativa al Derecho de organización de la empresa. Sin embargo, los problemas que se derivan de ello no constituyen ninguna singularidad del Derecho de organización de la empresa, y cabe evitarlos ampliamente con medios procesales. En especial, en relación con las exigencias a imponer en la motivación del interdicto, el peso de la violación amenazante y la importancia de la medida controvertida, de un lado, para el empresario, y de otro lado, para la plantilla, pueden tomarse en consideración apropiadamente.

45 C. Sin embargo, la petición principal del comité de empresa está injustificada, porque comprende todas las modificaciones posibles de los complementos, aunque no exista un derecho de cogestión ulterior que los comprenda.

46 1. Como ya se expuso en A., una petición global con la que se pide la cesación de una determinada conducta para muchas variantes imaginables del caso, sólo está justificada cuando el peticionario puede exigir la cesación de todas las variantes del caso comprendidas. Si éste no es el caso, entonces la petición debe rechazarse en su totalidad por injustificada. El Tribunal no puede reconocer que la petición accionada se haya sometido a requisitos limitadores que se han hecho constar en el contenido de la petición. Dicho tenor ya no se mantendría en el marco de la petición (parágrafo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No se otorgaría menos de lo

pedido, sino otra cosa distinta (BAGE 52, 160 = AP Nr. 18 zu §87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 18 septiembre 1991 - 7 ABR 63/90 - AP Nr. 40 zu §40 BetrVG 1972; Auto de la Sala de 27 octubre 1992 - 1 ABR 17/92 - AP Nr. 61 §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

47 2. La petición del comité de empresa hay que considerarla como una petición global. Se refiere sin limitaciones a toda modificación futura de los complementos pagados a los ocupados en L. El Tribunal de Trabajo del Estado federado la ha satisfecho también en todo su alcance, por causa de que con la separación parcial de su tenor literal no se proyectaba evidentemente ninguna separación objetiva.

48 En vista del evidente tenor literal, no cabe interpretar limitadamente la petición. No es posible ninguna limitación, en especial, por el hecho de que sólo se accione la petición de cesación en relación con las modificaciones por razón de los incrementos salariales convencionales generales (lo que es muestra de una petición global). Esta limitación todavía se contenía en la petición subsidiaria anunciada por el comité de empresa el 23 septiembre 1992. Pero ya no fue incluida en la petición principal presentada al final (menos aún en la petición subsidiaria). En el escrito de 14 diciembre 1992, el comité de empresa indicó expresamente, más bien, que no ha procedido sólo por causa de los incrementos salariales convencionales, sino por las modificaciones continuas. El Tribunal de Trabajo del Estado federado también vuelve sobre este punto de vista, en cuanto se remite a que, conforme a la evolución de los complementos en los años 1991/1992, habían tenido lugar muchas modificaciones, no sólo el 1 marzo del año respectivo, sino también en otras fechas, las cuales no podían considerarse como absorción y compensación con los incrementos salariales convencionales. Por tanto, el Tribunal de Trabajo del Estado federado ha considerado comprendida en la petición toda modificación —tanto la conectada con los incrementos salariales convencionales, como la independiente— de los complementos.

49 3. Pero no puede aceptarse un derecho de cogestión respecto de todo caso imaginable de modificación futura de los complementos abonados extra convenio colectivo.

50 a) El Tribunal de Trabajo del Estado federado ha partido acertadamente de la jurisprudencia de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo sobre cogestión del comité de empresa, en caso de absorción y compensación de los incrementos salariales convencionales con los complementos extra convenio colectivo (Auto de 3 diciembre 1991 - GS 2/90 - AP Nr. 51 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EZA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30). Según ella, a la cogestión del comité de empresa a que se refiere el parágrafo 87, apartado 1, núm. 10, de la Ley de Organización de la Empresa, no sólo se sujeta el establecimiento de los principios de reparto para los complementos extra convenio colectivo, sino también la modificación de estos principios.

51 No obstante, el derecho de cogestión sólo existe cuando se trata del establecimiento o la modificación de regulaciones generales (normalmente colectivas). La estructuración individual del salario, y por consiguiente, las regulaciones en consideración a las circunstancias concretas de trabajadores particulares, en las que no existe una conexión interna con las regulaciones similares para otros trabajadores, está libre de cogestión (cfr., en particular, Auto de la Sala General del Tribunal Federal de Trabajo de 3 diciembre 1991, en el lugar indicado, en C III 3 b dd de los Motivos; cfr., además, sólo Sentencias de Sala de 22 septiembre 1992 - 1 AZR 235/90, 1 AZR 405/90, 1 AZR 459/90 y 1 AZR 460/90 - AP Nr. 54, 55, 56 y 60 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EZA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 33, 35, 36 y 37).

52 b) Hay que estar de acuerdo con el Tribunal de Trabajo del Estado federado, en cuanto ha considerado sujetas al deber de cogestión las modificaciones llevadas a cabo en conexión

con los incrementos salariales convencionales de 1991 y 1992, así como las modificaciones futuras comparables.

53 aa) El empresario se refiere injustamente a que él ha absorbido y compensado los respectivos incrementos salariales convencionales sobre los complementos de todos los trabajadores de manera completa y uniforme, y con ello, queda libre de cogestión; sólo después se han propuesto incrementos individuales. No se ajusta al procedimiento una forma semejante de reflexión. La Sala ya ha aceptado, en su decisión de 11 agosto 1992 (1 AZR 279/90 - AP Nr. 53 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 32), un derecho de cogestión del comité de empresa para el caso en que el empresario compute un incremento salarial convencional, de momento, en los complementos extra convenio colectivo de todos los trabajadores, pero luego reparta de nuevo, conforme a otros principios, el volumen de los complementos ahorrado tras la absorción y compensación. Aquí no se absorbe y compensa de manera completa y uniforme. En realidad, el objetivo de la regulación es, más bien, una redistribución del volumen de los complementos y, con ello, una modificación de los principios de distribución.

54 bb) A la vista de los hechos constatados por el Tribunal de Trabajo del Estado federado, cabe partir de una medida unitaria también en los años 1991/1992. Para 1991, esto lo justifican ya las informaciones del gerente del mercado. Éste ha declarado que el 1 julio 1991 se ha probado cuánto «aire» existía aún para los complementos; se ha discutido con el jefe del departamento qué trabajadores, de manera ejemplar, siempre habían estado a disposición puntual y fiablemente para sustituir a otros. A partir de ello, es claro que se repartieron de nuevo en conexión directa con el incremento salarial convencional. Se calculó qué grande era aún el «bote» (esto es, la diferencia entre la suma de los salarios convencionales y el 9,7% de la cifra de ventas del mercado) a establecer por el empresario libre de cogestión, de acuerdo con el incremento salarial convencional; se decidió conforme a qué criterios podía emplearse en el futuro este importe. Pero de esta manera, al final, cada empresario interviene en la decisión relativa a la absorción y compensación total, o sólo parcial, del incremento salarial convencional.

55 Para el año 1992 se da el mismo cuadro. Cuando la central del empresario dicta la instrucción al gerente del mercado en una comunicación interna, en 1992 se lleva a cabo la absorción y compensación general con los complementos absorbibles y compensables, pero al mismo tiempo se avisa de que podrían efectuarse incrementos «como complemento», lo que manifiesta claramente también aquí la uniformidad del procedimiento.

56 cc) También hay que seguir al Tribunal de Trabajo del Estado federado en cuanto ha admitido un asunto colectivo. En caso de falta de criterios de distribución establecidos expresamente, la modificación del sistema de complementos existente también puede tener un impacto colectivo. Esto lo ha aceptado la Sala, en especial, cuando los criterios de valoración reconocidos para la absorción y compensación diferenciada exigen, necesariamente, una comparación con otros trabajadores. En este sentido, la Sala ha aceptado un impacto colectivo en caso de absorciones y compensaciones que se efectúan a partir de las causas de la prestación (Sentencias de Sala de 22 septiembre 1992 - 1 AZR 459/90 y 1 AZR 460/90 - así como Auto de Sala de 27 octubre 1992 - 1 ABR 17/92 - AP Nr. 56, 60 y 61 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 36, 37 y 40). Aquí resultan apropiados, por ejemplo, los criterios para la nueva distribución que el gerente del mercado ha presentado para el año 1991, ejemplos verdaderamente clásicos de rasgos característicos diferenciadores con impacto colectivo.

57 c) Pero la petición del comité de empresa no se dirige sólo a la cesación futura de tales hechos, como cabe comprobar en conexión con los incrementos salariales convencionales de 1991/1992. En la forma presentada al final, y con la motivación dada al final, la cesación comprende más bien toda modificación unilateral del (actual) sistema de complementos. Esto sólo estaría justificado cuando cada modificación unilateral, concebible en el futuro, estuviese sujeta al deber de gestión. Sin embargo, esto no cabe admitirlo.

58 Verdaderamente, según la decisión de la Sala General, la completa y uniforme absorción y compensación de los incrementos salariales convencionales está libre de gestión, aunque también pueda conducir a la modificación de los complementos y a la modificación de los principios de distribución. La queja por razones de Derecho avisa justamente de que la propia petición comprende este supuesto de modificación unilateral. Además, entran en juego supuestos sin impacto colectivo. En este sentido, la Sala niega la existencia de un hecho sujeto al deber de gestionar, cuando el incremento salarial convencional se absorbe y compensa con los complementos extra convenio colectivo frente a un trabajador particular, en consideración a que conserva inmodificada la retribución actual, a pesar del cambio a un puesto de trabajo valorado más modestamente en el convenio colectivo (Sentencia de Sala de 22 septiembre 1992 - 1 AZR 461/90 - AP Nr. 57 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 38). Entra en juego una modificación de los complementos libre de gestión, en conexión con la absorción y compensación de los incrementos salariales convencionales, cuando tiene su origen en el deseo de los trabajadores afectados por motivos fiscales (Sentencia de la Sala de 27 octubre 1992 - 1 ABR 17/92 - AP Nr. 61 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 40). Finalmente, la Sala también ha considerado libres de gestión los casos de absorción y compensación en que no se trataba de un incremento salarial convencional general, sino sólo de una modificación del agrupamiento de trabajadores particulares (Decisión de 22 septiembre 1992 - 1 AZR 235/90 - AP Nr. 54 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA §87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 33).

59 Estas decisiones ya dejan claro que, de ninguna manera, existe un derecho de gestión del comité de empresa en todo caso de modificación de los complementos extra convenio colectivo, y ciertamente, tampoco cuando esto lleva a la modificación de los principios de distribución. De ello se deduce que no se puede acceder a la petición principal del comité de empresa, que hay que entender como petición global. Más bien, la petición está injustificada en su totalidad.

60 D. La petición subsidiaria basada en las mismas circunstancias que la petición principal está, como ésta, injustificada.

61 La petición subsidiaria sólo se diferencia objetivamente de la petición principal en que no se pide la cesación, sino sólo la declaración de ineficacia de las modificaciones de los complementos respecto de los trabajadores afectados. Con este contenido, verdaderamente, no cabe considerar inadmisibles la petición por causa de que se dirigiría a la declaración de derechos jurídico-individuales del trabajador. Más bien, cabe entender sin violencia que el comité de empresa pide una declaración, relativa a que la modificación de los complementos habría eliminado el derecho de gestión en sí mismo. Con este contenido es admisible (Autos de la Sala de 13 enero 1987 y de 24 noviembre 1987, BAGE 54, 79 y 56, 346 = AP Nr. 26 y 31 zu §87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).

62 Sin embargo, está injustificada en su conjunto. Al igual que la petición de cesación, la petición subsidiaria hay que considerarla como una petición global, dado que se dirige indiscriminadamente hacia toda modificación concebible en el futuro de los complementos. Tras la

modificación explícita de la petición subsidiaria originalmente anunciada, y su acomodación a la petición principal, tampoco puede interpretarse que incluya, como parte independiente, una declaración del derecho de cogestión con respecto a la absorción y compensación de los incrementos salariales convencionales de 1991/1992. De aquí que quede por decidir si, en este caso, podría ser admitida parcialmente la petición declarativa. Que el Tribunal de Trabajo del Estado federado hubiera debido avisar al comité de empresa de las dudas relativas a la nueva redacción de la petición, de conformidad con el párrafo 139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no requiere igualmente de ninguna decisión concluyente. El comité de empresa no ha efectuado ninguna censura en el procedimiento.

