

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen II
Año 2010



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

netbiblo
www.netbiblo.com

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

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

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

Copyright by © Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

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

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal: C-776-2010

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

Publicación editada con la cobertura económica de las “Ayudas para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del sistema gallego de I+D+I del año 2009” (Orden de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, de 2 junio 2009 [Diario Oficial de Galicia de 12 junio]), referencia INCITE09ENA101006ES.

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

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

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

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

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz

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

Dr. José M^a Botana López

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

Prof. Dra. María Emilia Casas Baamonde

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

Prof. Dr. Gonzalo Diéguez

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

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

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

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

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

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

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

EVALUADORES EXTERNOS

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

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

DEFINICIÓN

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

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

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

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

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

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

<ul style="list-style-type: none"> ▪ LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE TRABAJO DE 22 ABRIL 2009, SOBRE USURA SALARIAL. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA <i>[THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL LABOR COURT OF APRIL 22ND, 2009, ABOUT SALARY USURY. A STUDY IN CONTEXT AND COMPARATIVE WITH THE SPANISH LAW, AND CASTILIAN TRANSLATION]</i> ALBERTO ARUFE VARELA 	13
<ul style="list-style-type: none"> ▪ SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LAS VACACIONES NO DISFRUTADAS. EL DIFÍCIL DIÁLOGO ENTRE LA JURISPRUDENCIA BRITÁNICA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN. Comentario a la Sentencia de la House of Lords Stringer, de 10 junio 2009 <i>[ABOUT THE MONETARY COMPENSATION OF NON ENJOYED HOLIDAYS. THE DIFFICULT DIALOGUE BETWEEN THE BRITISH CASE-LAW AND THE COURT OF JUSTICE OF THE UNION. A comentary of the Stringer House of Lords' decision of June 10th, 2009]</i> JAIME CABEZA PEREIRO 	29
<ul style="list-style-type: none"> ▪ EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA. DIVERGENCIAS DOCTRINALES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL <i>[THE CONCEPT OF TRANSFER OF UNDERTAKING. THE DOCTRINARY DIVERGENCES BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE SPANISH SUPREME COURT]</i> JOSÉ LUIS GOÑI SEIN 	37
<ul style="list-style-type: none"> ▪ EL CASO <i>ENGQUIST v. OREGON DEPARTMENT OF AGRICULTURE ET AL.</i> (2008). LA ÚLTIMA PALABRA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN FAVOR DEL DESPIDO LIBRE <i>[ENGQUIST V. OREGON DEPARTMENT OF AGRICULTURE ET AL. (2008). THE LAST WORD BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES IN FAVOUR OF AT-WILL EMPLOYMENT]</i> JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN 	59
<ul style="list-style-type: none"> ▪ NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRABAJO EN PORTUGAL <i>[NOTES ON THE LABOUR CASE-LAW IN PORTUGAL]</i> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES..... 	81
<ul style="list-style-type: none"> ▪ PREÁMBULOS, EXPOSICIONES DE MOTIVOS Y DECLARACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA EN LAS LEYES. A PROPÓSITO DEL PREÁMBULO, CON VOCACIÓN UNIVERSALISTA, DE LA LEY GALLEGA 2/2007, DE 28 MARZO, DE TRABAJO EN IGUALDAD DE LA MUJERES DE GALICIA <i>[PREAMBLES, STATEMENTS OF GROUNDS AND DECLARATIONS OF LEGAL POLICY IN THE LAWS. AROUND THE PREAMBLE, WITH UNIVERSAL VOCATION, OF THE GALICIAN ACT 2/2007, OF MARCH 28TH, ABOUT THE WORK IN EQUALITY OF GALICIAN WOMEN]</i> JESÚS PALMOU LORENZO 	95

- REFLEXIONES SOBRE LA METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
[REFLECTIONS ON THE METHODOLOGY OF SOCIAL SECURITY LAW COMPARISON]
DANNY PIETERS 103
- LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ALEMANIA
[THE EFFICACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS IN GERMANY]
ÜLRICH ZACHERT 129

II.A RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- L. NOGLER, *The concept of «subordination» in European and Comparative Law*, Universidad (Trento, 2009), 201 págs. **ALBERTO ARUFE VARELA**..... 141
- H.-J. ANDREß y H. LOHMANN (Editores), *The working Poor in Europe. Employment, Poverty and Globalization*, Edward Elgar Publishing (Cheltenham, 2008), 323 págs. **XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ** 143
- A. BAYLOS y J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta (Madrid, 2009), 199 págs. **JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN**..... 145
- J. PÉLISSIER, A. SUPIOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24ª ed. (París, 2008), 1516 págs. **ROSA Mª RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 149
- M. T. SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, Giappichelli (Turín, 2004), 204 págs. **IVÁN VIZCAÍNO RAMOS** 151

II.B. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]

- *Tribuna Social*, núm. 227 (2009), núm. 228 (2009) y núm. 230 (2010), **ROSA Mª RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO** 155

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

- CRÓNICA DEL «III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA”»
[CHRONICLE OF THE «IIIRD INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE EFFICACY OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»]..... 159
- COEDICIÓN DE LIBROS [COEDITION OF BOOKS]..... 172
- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN
[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION]..... 173

ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

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

Profesor Doctor Jaime Cabeza Pereiro

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

Profesor Doctor Xosé Manuel Carril Vázquez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Secretario General de la Universidad de A Coruña

Profesor Doctor José Luis Goñi Sein

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

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

Profesor Doctor Dr. h.c. António Monteiro Fernandes

Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE) – Instituto Universitario de Lisboa

Doctor Jesús Palmou Lorenzo

Consejero del Consejo de Cuentas de Galicia. Exconsejero del Gobierno de la Xunta de Galicia

Profesor Doctor Danny Pieters

Catedrático de Derecho de la Seguridad Social de la Universidad Católica de Lovaina

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

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

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor de Derecho Sindical de la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de A Coruña

Profesor Doctor Ulrich Zachert

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

ESTUDIOS
[RESEARCHES]

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE TRABAJO DE 22 ABRIL 2009, SOBRE USURA SALARIAL. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA

[THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL LABOR COURT OF APRIL 22ND, 2009, ABOUT SALARY USURY. A STUDY IN CONTEXT AND COMPARATIVE WITH THE SPANISH LAW, AND CASTILIAN TRANSLATION]

Alberto Arufe Varela

Sumario: I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE TRABAJO DE 22 ABRIL 2009. II. LA USURA SALARIAL, SU DETERMINACIÓN Y SU REPRESIÓN POR LOS TRIBUNALES LABORALES ALEMANES. III. ESTUDIO COMPARADO DE SU DOCTRINA CON EL DERECHO ESPAÑOL. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. A FORMAL APPROACH TO THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL LABOR COURT OF APRIL 22ND, 2009. II. THE SALARY USURY, ITS DETERMINATION AND ITS REPRESSION BY THE GERMAN LABOR COURTS. III. A COMPARATIVE STUDY OF ITS DOCTRINE WITH THE SPANISH LAW. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: Este estudio trata de la primera y última palabra del Tribunal Federal alemán de Trabajo sobre usura salarial. De un lado, esta situación de explotación de los trabajadores deriva de la falta en Alemania de un salario mínimo legal interprofesional. Del otro lado, deriva también del peculiar sistema alemán de convenios colectivos de eficacia limitada.

Abstract: This paper deals with the first and last word of the German Federal Labor Court about salary usury. On the one hand, this situation of worker's exploitation derives from the lack in Germany of a national minimum legal salary. On the other one, it derives also from the peculiar German system of limited efficacy collective bargaining agreements.

Palabras clave: Usura salarial – Alemania – Derecho comparado del Trabajo.

Keywords: Salary Usury – Germany – Comparative Labor Law.

* * *

I. APROXIMACIÓN FORMAL A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE TRABAJO DE 22 ABRIL 2009

1. La Sentencia del Tribunal Federal alemán de Trabajo de 22 abril 2009, dictada por su Sala 5^a —según acredita la referencia oficial identificativa de la misma¹—, que hemos considerado fructuoso traducir íntegramente al castellano², resulta gratuitamente accesible a través del sitio en Internet del propio Tribunal, ubicado en www.bundesarbeitsgericht.de³. Se trata de una Sentencia relativa a un asunto que accedió a la jurisdicción laboral alemana a través de la vía denominada, por la Ley reguladora de la misma⁴, «procedimiento [a resolverse] por sentencia»⁵, que es un tipo de proceso laboral específicamente previsto por dicha Ley para fallar muy diversos tipos de asuntos laborales, entre los que se cuentan —como creo que es aquí el caso— los «pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios ... derivados de la relación laboral»⁶. Efectivamente, los tres grados en que se diversifica la jurisdicción laboral alemana se consumaron aquí con tres Sentencias, a saber: la Sentencia de primera instancia, dictada por un Tribunal de Trabajo de Hamburgo el 21 mayo 2007⁷; la Sentencia de apelación del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hamburgo, dictada el 17 abril 2008⁸; y la Sentencia a que se refiere este trabajo, dictada en «casación [Revision]» por la Sala citada del Tribunal Federal de Trabajo.

2. Como es usual en las resoluciones judiciales alemanas, se trata de una Sentencia formalmente dividida en tres partes bien diferenciadas, de muy diverso tamaño⁹. La primera es el «Fallo [Tenor]», ubicado al comienzo de la resolución —a diferencia, como es notorio, de lo que sucede en España—, que es realmente un escrito muy breve, integrado

¹ Dicha referencia es 5 AZR 436/08. En ella, el primer número árabe indica la Sala. Y la expresión «AZR», que se trata —según el popular SCHÖNFELDER, *Deutsche Gesetze. Textsammlung*, volumen en hojas intercambiables, Anexo sobre «Registerzeichen [Registro de referencias]», pág. 2— de Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo en recursos de casación (literalmente, «Revisionen» y «BAG»). Ahora bien, cruzando la información del recién citado SCHÖNFELDER, la información estadística —relativa a la abreviatura «AZR» y a otras cuatro abreviaturas más («ABR», «AZB», «AZN» y «ABN») — que ofrece el Tribunal Federal de Trabajo en su propia página web, ubicada en www.bundesarbeitsgericht.de (siguiendo la ruta «Estadística [Statistik]», «Informe anual 2008 [Jahresbericht 2008]»), y por último, lo dispuesto en los parágrafos 2, 2a, 72a, 72b, 77, 78 y 92a de la «Ley del Tribunal de Trabajo [Arbeitsgerichtsgesetz]» de 1953, conjeturo —pareciéndome esta conjetura muy verosímil— que la abreviatura en cuestión se refiere a un recurso en materias de trabajo («A», de «Arbeit [trabajo]»), en asuntos jurídico-civiles («Z», de «Zivil [civil]»), resuelto precisamente por medio de un recurso de casación («R», de «Revision [casación]»). Por estas mismas razones, conjeturo —de nuevo con mucha verosimilitud— que la abreviatura «ABR» significa que se trata de un recurso en materias de trabajo («A»), en asuntos relativos a la organización de la representación en la empresa («B», de «Betriebsverfassungsg [organización de la empresa]»), resuelto precisamente por medio de un recurso de queja por razones de Derecho («R», de «Rechtsbeschwerde [queja por razones de Derecho]»). En fin, la otra abreviatura importante a nuestros efectos, utilizada precisamente en el fallo de la Sentencia de que vamos a tratar, es «Sa», afirmando respecto de ella SCHÖNFELDER (cit., pág. 4) que se refiere a Sentencias de Tribunales de Trabajo de Estado federado resolviendo recursos de apelación (literalmente, «Berufungssachen» y «LAG»).

² Véase *infra*, APÉNDICE DOCUMENTAL.

³ Noticiándola, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 22-24.

⁴ Se trata de la «Ley del Tribunal de Trabajo [Arbeitsgerichtsgesetz]», o ArbGG, de 1953. Sobre ella, véase 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.

⁵ Cfr. su parágrafo 2.

⁶ *Ibidem*, apartado 1, núm. 3.a).

⁷ Referencia 26 Ca 241/02, manejada a través de la base de datos de pago www.juris.de.

⁸ Referencia 1 Sa 10/07, igualmente manejada a través de la base de datos de pago www.juris.de.

⁹ Un elenco de los mismos, respecto del que nos sentimos especialmente orgullosos, en U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 179 y ss.

en este caso por sólo dos apartados («1. En el recurso de casación de la actora, se revoca la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hamburgo de 17 abril 2008 - I Sa 10/07»; y «2. El asunto se remite para nuevo enjuiciamiento y decisión —también sobre las costas del recurso de casación— al Tribunal de Trabajo de Estado federado»). La segunda son los «Hechos [*Tatbestand*]», concebidos como un texto corrido —esto es, sin ningún tipo de estructura formal, distinta de la que resulta de la puntuación meramente gramatical asignada al propio texto—, realmente breve en el conjunto de la resolución judicial, puesto que sólo cubre siete números marginales —que tanto ayudan a localizar afirmaciones concretas contenidas en la Sentencia, a diferencia del complicado sistema de citas internas utilizado por ella—, de los treinta y uno que se asignan a toda la Sentencia. Y la tercera, los «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*]», sin duda la parte capital de la misma¹⁰. A diferencia de lo que ocurre con los «Hechos», la fundamentación jurídica de la resolución sí posee una específica estructura formal, que nada tiene que ver con los simplismos a que se recurre en las resoluciones judiciales españolas, puesto que se trata de una fundamentación jurídica dividida en dos partes, encabezadas cada una de ellas por un número romano (en consecuencia, I y II)¹¹; a su vez, ambas partes están subdivididas en otras fracciones más pequeñas, encabezadas por números árabes (en el caso de la parte II, desde el 1 al 6), y estos, a su vez, en porciones más pequeñas todavía, encabezadas ahora por letras minúsculas, en principio simples, y luego duplicadas [así, el número 1 de la parte II, se subdivide en a) y b), y esta última letra vuelve a subdividirse, a su vez, en aa), bb) y cc)]¹².

3. Los hechos —que son hechos reveladores de un caso sangrante de explotación salarial, ocurrido precisamente en un país del llamado primer mundo— aparecen descritos, quizá con una sumariada excesiva, en esta Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo. Por ello, pasamos de su descripción —que puede compulsarse, en todo caso, en la traducción al castellano del texto íntegro de la propia Sentencia, que figura como apéndice de este trabajo—, para centrarnos en la pulcra y mucho más expresiva resultancia fáctica contenida tanto en la Sentencia de primera instancia, anteriormente citada, como en la Sentencia de apelación, asimismo citada antes. Estos hechos —sin exageración, dramáticos— se reconducen a los siguientes: 1) «la actora, de nacionalidad portuguesa, no capaz, o capaz sólo limitadamente, de leer y escribir la ... lengua alemana, trabó conjuntamente con su marido ... una relación laboral ... [con el] demandado, como ayudante de jardinería», percibiendo «como prestación adicional ... el alojamiento gratuito en una parte ... de un invernadero», y en concepto de retribución en metálico, últimamente, un «salario horario de 3,25 euros netos»¹³; 2) las jornadas de trabajo establecidas por el demandado eran «de lunes a jueves de 6:00 a 17:00 horas, los viernes de 6:00 a 16:00 horas, y los sábados de 6:00 a 12:00 horas», teniendo en cuenta que a la trabajadora «se le otorgaba de 9:00 a 9:30 horas una pausa retribuida, así como de lunes a viernes una pausa no retribuida de 12:00 a 13:00 horas»¹⁴, aunque —a pesar de toda esta holgura para el empresario, puesto que la jornada en cuestión

¹⁰ Marginales 8 a 31.

¹¹ Marginales 9 a 11 y 12 a 32, respectivamente.

¹² Con un ejemplo «gráfico», véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pág. 27.

¹³ Cfr. Sentencia citada de primera instancia del Tribunal de Trabajo, marginal 1.

¹⁴ Cfr. Sentencia citada de segunda instancia del Tribunal de Trabajo de Estado federado, marginal 3.

implicaba trabajar 60 horas semanales— había meses en que incluso podía llegar a trabajar hasta «352 horas»¹⁵; y 3) que «el demandado no estaba ni está sujeto a ningún convenio colectivo»¹⁶, aunque «según el convenio colectivo ... para las empresas de jardinería de los Estados federados de Schleswig-Holstein, Baja Sajonia, Hamburgo y Bremen» —un convenio colectivo de eficacia limitada— «el salario por hora ... ascendía ...[últimamente] a 7,84 euros»¹⁷.

II. LA USURA SALARIAL, SU DETERMINACIÓN Y SU REPRESIÓN POR LOS TRIBUNALES LABORALES ALEMANES

4. Pues bien, sobre la base de que la trabajadora portuguesa en cuestión había ejercitado una «acción escalonada [*Stufenklage*]» —supuesto típico de acumulación objetiva de acciones, expresamente regulado en la Ley alemana de Enjuiciamiento Civil¹⁸—, lo primero que trajo a colación el Tribunal Federal de Trabajo, al efecto de fundamentar su decisión, fue el precepto del Código Civil alemán regulador de la «usura». Se trata de su parágrafo 138 (rotulado parcialmente así, esto es, «usura [*Wucher*]»), a cuyo tenor «es nulo, en especial, un negocio jurídico por el que alguien, con explotación de la situación de necesidad, de la inexperiencia, de la falta de capacidad de juicio o de una falta de voluntad importante de otro, se promete o se concede a sí mismo o a un tercero, por una prestación, ventajas patrimoniales que están en una desproporción notoria [*auffälligen Missverhältnis*] con la prestación»¹⁹. Y lo trajo a colación, para concluir su evidente aplicabilidad al contrato de trabajo —regulado todavía, como se sabe, en otros párrafos del propio Código Civil alemán²⁰—, pues la regla del parágrafo en cuestión, siempre según el Tribunal Federal de Trabajo, «se aplica también a la desproporción notoria entre el valor de la prestación de trabajo y la cuantía del salario en una relación laboral»²¹.

5. Esto sentado, y sobre la base de que ambos litigantes no estaban incluidos en el ámbito de aplicación de ningún convenio colectivo, ni de eficacia limitada ni tampoco de eficacia general (literalmente, «las partes no están vinculadas por ningún convenio colectivo»)²², el Tribunal Federal de Trabajo procedió luego a sacar partido a la expresión «desproporción notoria», utilizada por el citado parágrafo 138 del Código Civil. Y a este efecto, afirma —ante todo— que dicha «desproporción notoria entre prestación y contraprestación existe cuando la remuneración no alcanza dos tercios [*zwei Drittel*] del salario del convenio colectivo usualmente pagado [*üblicherweise gezahlten Tariflohns*] en la región económica y el sector afectados»²³, teniendo en cuenta que el convenio colectivo en cuestión era el ya citado de empresas de jardinería —de incuestionable eficacia limitada—, aplicable en cuatro Estados federados

¹⁵ *Ibidem*, marginal 23.

¹⁶ Cfr. Sentencia citada de primera instancia del Tribunal de Trabajo, marginal 3.

¹⁷ Cfr. Sentencia citada de segunda instancia del Tribunal de Trabajo de Estado federado, marginal 21.

¹⁸ Cfr. su parágrafo 254. Sobre el tema, véase P. BADER, M. CREUTZFELDT y H.-W. FRIEDRICH, *ArbGG. Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2006), pág. 368.

¹⁹ Apartado 2.

²⁰ Cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 15-21 y 107-112.

²¹ Cfr. marginal 9, inciso segundo.

²² Cfr. marginal 2, inciso segundo.

²³ Cfr. marginal 13.

alemanes (entre ellos, la ciudad-Estado de Hamburgo). Dicha regla porcentual —abreviadamente denominada por la Sentencia «límite de los dos tercios [*Grenze von zwei Dritteln*]»²⁴— la completa el Tribunal Federal de Trabajo con otras dos afirmaciones de extraordinaria importancia práctica, relativas a que lo decisivo es «el salario horario del convenio colectivo, sin complementos, pluses y prestaciones adicionales»²⁵, y a que «el carácter usual del salario del convenio colectivo puede suponerse cuando más del 50% de los empresarios de un ámbito económico están vinculados por el convenio colectivo o cuando los empresarios afiliados emplean más del 50% de los trabajadores de un ámbito económico»²⁶.

6. Precisamente por aplicación de esta regla —con sus dos complementos prácticos—, se imponía la conclusión de que la existencia de lo que la Sentencia denomina repetidamente «usura salarial [*Lohnwucher*]»²⁷ provocase aquí la nulidad del pacto individual sobre salarios acordado entre trabajadora demandante y empresario demandado, por causa de lo dispuesto en el parágrafo 138 del Código Civil (recuérdese, sobre la genérica «usura» contractual). Y supuesta esta nulidad, la aplicación automática del «parágrafo 612, apartado 2, del Código Civil»²⁸ —éste sí específicamente relativo ya al contrato de trabajo—, a cuyo tenor «si no está decidido el importe del pago, entonces habrá que considerar como convenido, en caso de existencia de una tasa, el pago tasado, y a falta de una tasa, el pago usual»²⁹. Este resultado no pudo, sin embargo, llegar a alcanzarse en este recurso de casación resuelto por el Tribunal Federal de Trabajo, pues faltaban declaraciones de hecho, y más en concreto dos —«el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha establecido expresamente el salario usual en las empresas de jardinería de la región»³⁰; «el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha establecido expresamente los requisitos subjetivos de la usura salarial o de un negocio jurídico similar al usurario»³¹—, que impedían aplicar el Derecho objetivo sobre «usura salarial» al concreto supuesto de hecho aquí enjuiciado, lo que explica el ya citado fallo revocatorio de la Sentencia de segunda instancia, con remisión de los autos para su nuevo enjuiciamiento en cuanto al fondo, precisamente a segunda instancia.

III. ESTUDIO COMPARADO DE SU DOCTRINA CON EL DERECHO ESPAÑOL

7. En mi opinión, resulta imposible encontrar en la jurisprudencia española —tanto laboral ordinaria como constitucional— algún caso equivalente de este alemán, que acaba de presentarse y contextualizarse. Ello se debe a la existencia de una grave diferencia estructural entre el Derecho del Trabajo alemán y el Derecho del Trabajo español, puesto que en Alemania —a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos

²⁴ Véase, por ejemplo, en marginal 17, inciso tercero.

²⁵ Cfr. marginal 31.

²⁶ Cfr. marginal 24, inciso séptimo.

²⁷ Cfr. por ejemplo, marginales 8, inciso segundo, 17, inciso segundo, ó 25.

²⁸ Cfr. marginal 9, inciso último.

²⁹ Sobre el tema, con todo el valor que le da el hecho de ser el comentario de carácter «oficioso» sobre el Derecho alemán del Trabajo, véase R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS e I. SCHMIDT, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009), pág. 1499.

³⁰ Cfr. marginal 21, inciso tercero.

³¹ Cfr. marginal 25.

de Norteamérica, en Francia, en Portugal, en el Reino Unido y, por supuesto, también en España— no conocen, aunque pueda resultar sorprendente, la institución del salario mínimo interprofesional³². En efecto, en Alemania sólo existen salarios mínimos profesionales —que ellos denominan, a secas, «salarios mínimos [*Mindestlöhne*]»—, que aparecen fijados en los convenios colectivos sectoriales, aun cuando en modo alguno se apliquen a todas y cada una de las personas que prestan sus servicios, como trabajadores, en Alemania. De un lado, porque la regla general es que los salarios profesionales alemanes aparecen fijados en convenios colectivos de eficacia limitada —basada, además, en el principio de la doble afiliación³³—, lo que determina que muchos trabajadores que prestan sus servicios en el sector correspondiente queden, por falta de afiliación suya o de su empresario a los sujetos colectivos pactantes, fuera del ámbito de aplicación de los mismos (son los trabajadores llamados, en Alemania, «externos [*Außenseiter*]», que cualquier anglosajón calificaría, también, como «outsiders»). De otro lado, porque los convenios colectivos alemanes declarados de eficacia general no suelen regular las cuantías de los salarios, resultando excepcional —aunque algún ejemplo hay (en el sector de la construcción, en el de vigilancia y seguridad o en el de los servicios postales)— de convenios colectivos de eficacia general que establecen, a nivel federal, verdaderos salarios mínimos profesionales. En España, en cambio, no cabe jurídicamente la existencia de «usura salarial», pues —a diferencia de lo que sucede en Alemania— queda excluida la libertad individual de pactar la cuantía del salario, al existir —desde 1963— un suelo salarial infranqueable para todos, que está representado precisamente por nuestro salario mínimo interprofesional. Pero sobre esto conviene matizar todavía algo.

8. Recuérdese que el Tribunal Federal alemán de Trabajo acepta en el caso de que venimos tratando, el que denomina «límite de los dos tercios» del salario usual en el sector (que normalmente, aunque no necesariamente, será el salario de un convenio colectivo de eficacia limitada). Evidentemente, esto no equivale en absoluto al SMI español, al SMIC francés, a la RMMG portuguesa, al NMW inglés o al linajudo *minimum wage* norteamericano —que se remonta nada más y nada menos que a 1938³⁴—, por diversas razones, a saber: 1) la aplicación al trabajador del «límite de los dos tercios» exige que el propio trabajador pleitee contra su empresario ante los tribunales laborales, al efecto de que estos declaren la existencia de «usura salarial»; 2) la «usura salarial» exige, según el Tribunal Federal de Trabajo, valorar las concretas circunstancias de cada caso, que pueden tener mucho que ver con la intención (en consecuencia, algo subjetivo) de las partes contratantes, y especialmente del empresario; y 3) el legislador alemán ni siquiera ha pestañeado ante esta doctrina judicial —que venía sosteniéndose, desde hace ya unos cuantos años, por muy diversos Tribunales de Trabajo alemanes de Estado federado (esto es,

³² Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, cit., págs. 3 y ss.

³³ Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 136.

³⁴ Acerca de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeo)*, cit., págs. 4 y ss.

los Tribunales actuantes en el segundo grado y segunda instancia de la jurisdicción laboral alemana)—, resultando evidente que sólo la conversión en Derecho positivo de esta regla jurisprudencial podría determinar que acabase habiendo, en Alemania, un verdadero salario mínimo interprofesional. Pero el legislador alemán no está en absoluto en esta línea —aunque el debate en Alemania sobre el tema sea intenso³⁵—, pues a lo más que ha llegado es a reforzar muy recientemente las posibilidades de declarar de eficacia general convenios colectivos salariales de ámbito territorial federal (con la promulgación de la «Ley sobre Condiciones de Trabajo Obligatorias para los Trabajadores y Trabajadoras Desplazados Transnacionalmente y Empleados Ordinariamente dentro del País [*Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen*]», o AEntG, de 20 abril 2009) o, también muy recientemente, a pretender revitalizar los «Reglamentos [*Rechtsverordnungen*]» sectoriales sobre salarios mínimos profesionales, tradicionalmente regulados en una Ley estéril de 1952 (mediante la promulgación de la «Primera Ley de Modificación de la Ley sobre el Establecimiento de Condiciones de Trabajo Mínimas [*Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen*]» de 22 abril 2009)»³⁶.

9. Paradójicamente, España —con su SMI— y Alemania —con su falta de un salario mínimo interprofesional— comparten el mismo común denominador salarial, desde el punto de vista del cumplimiento del artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea de 1961³⁷, cuyas veinticinco desnudas palabras («a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso») han sido vestidas por el Comité de Expertos creado por dicha Carta (actualmente denominado, como se sabe, Comité Europeo de Derechos Sociales), con el ropaje de que «el salario mínimo neto debería alcanzar al menos el 60% del salario neto medio [*the net minimum wage should amount to at least 60% of net average wage*]»³⁸, siempre a nivel nacional. En efecto, respecto de España, las últimas «conclusiones» establecidas por dicho Comité —correspondientes al año 2007³⁹— afirman lo siguiente: 1) «aun reconociendo los esfuerzos realizados por el Gobierno con el objeto de aumentar el salario mínimo, el Comité cree que todavía es muy bajo [*it is still very low*]»⁴⁰; y 2) «el Comité concluye que la situación en España es de no conformidad [*is not in conformity*] con el artículo 4, apartado 1, de la Carta, dado que el salario mínimo neto es manifiestamente inadecuado [*manifestly inadequate*]»⁴¹.

³⁵ En este sentido («al menos para este período de la legislatura»), véase U. SITTARD, «Neue Mindestlohngesetze in Deutschland», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 7 (2009), pág. 351.

³⁶ La traducción íntegra al castellano de ambas Leyes, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeo)*, cit., págs. 59 y ss. y 71 y ss., respectivamente.

³⁷ Sobre esta Carta, desde el punto de vista alemán, véase U. ZACHERT, «Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 10 (2001), págs. 1041 y ss.

³⁸ Esta exigencia se extrae de las «conclusiones» sobre España (accesibles a través del sitio en Internet del Consejo de Europa, ubicado en www.coe.int/socialcharter, vía «conclusions», dentro del ítem «reporting procedure»), obrantes en *Conclusions XVIII-2, volume 2*, pág. 572.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

Y respecto de Alemania⁴², tomando en consideración las «conclusiones» relativas a ella de idéntico año⁴³, porque resulta que el Comité también concluye que «la situación de Alemania no es conforme [*is not in conformity*] con el artículo 4, apartado 1, de la Carta, dado que no hay prueba de que se garantice un nivel de vida decoroso al trabajador individual que gane el salario mínimo»⁴⁴, aunque en este otro caso se trata de un salario mínimo libre e individualmente acordado (y eventualmente, rayano en la «usura») entre trabajador y empresario.

* * *

⁴² Según una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, Sala 5ª, de 24 marzo 2004 (referencia 5 AZR 303/03) —manejada a través de la base de datos de pago www.juris.de—, «al artículo 4 de la CSE no le corresponde ningún carácter jurídico vinculante para los trabajadores empleados en los Estados miembros», pues «este precepto no tiene ninguna eficacia directa para el ciudadano individual», de manera que «la violación de la Carta Social Europea [*ein Verstoß gegen die Europäische Socialcharta*] no puede, en consecuencia, fundamentar el derecho del actor al pago, al amparo del parágrafo 612, apartado 1, del Código Civil» (marginal 53). Por eso, resulta extraordinario —siempre en la doctrina científica alemana— el tratamiento que le dan a este tema K.J. BIEBACK y E. KOCHER, «Juristische Fragen der gesetzlichen Festlegung eines Mindestentgelts durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung oder Verweis auf unterste Tarifentgelte», en K.J. BIEBACK, T. DIETERICH, P. HANAU, E. KOCHER y C. SCHÄFER, *Tarifgestützte Mindestlöhne*, Nomos (Baden-Baden, 2007), págs. 46-47. El planteamiento más *standard*, siempre sobre la base de la realización de estudios de Derecho comparado sobre el salario mínimo, en G. THÜSING, «Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht», *Recht der Arbeit [RdA]*, núm. 2 (2009), págs. 120 y ss.

⁴³ Cfr. *Conclusions XVIII-2, volume I*.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 134.

APÉNDICE DOCUMENTAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN DE TRABAJO DE 22 ABRIL 2009

FALLO

1. En el recurso de casación de la actora, se revoca la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hamburgo de 17 abril 2008 - 1 Sa 10/07.

2. El asunto se remite para nuevo enjuiciamiento y decisión —también sobre las costas del recurso de casación— al Tribunal de Trabajo de Estado federado.

HECHOS

- 1 La actora exige el pago complementario de otra retribución, por causa de usura salarial.
- 2 La actora estuvo empleada desde 1992 hasta 31 mayo 2002, al igual que su marido, como ayudante no cualificada en la empresa de jardinería del demandado. Las partes no están vinculadas por ningún convenio colectivo. La actora es portuguesa y no domina la lengua alemana. En virtud del contrato de trabajo redactado en portugués, percibía un salario horario neto de 6,00 marcos alemanes, y por el trabajo en domingos, globalmente con carácter complementario, 10,00 marcos alemanes netos. A partir de 1 enero 2002, el demandado incrementó el salario horario neto a 3,25 euros. La actora trabajó en el período de diciembre 1999 a mayo 2002 un promedio de 269 horas/mes, de las cuales se realizaban mensualmente de 42 a 274 horas en los meses de invierno, y de 219 a 352 horas en el tiempo restante.
- 3 Los cónyuges vivían juntos con dos niños menores de edad en el recinto de la empresa en S. La actora utilizaba para sí como huerto varios cientos de metros cuadrados y un cobertizo como gallinero, por el que el demandado pagaba la luz eléctrica. El demandado hacía constar en las nóminas de la actora la parte del valor del salario en especie relativo al lugar de vivienda, incluidos los costes accesorios asumidos, y más en concreto, de 1999 a 2002, entre 140,00 marcos alemanes netos y 76,25 euros netos mensualmente.
- 4 La actora ha ejercitado una acción escalonada, en junio 2002. El acuerdo retributivo es nulo por causa de usura salarial. Ella, la actora, es en principio analfabeta. Sobre la base de su falta de conocimiento de la lengua, de su reducida formación y de su falta de conocimiento sobre los preceptos de protección del trabajador, ha tenido que soportar la conducta del demandado. El demandado debía de diciembre 1999 a mayo 2002 la remuneración usual, previa deducción de los pagos realizados. Había que basarse en el grupo salarial 7 del convenio colectivo salarial para empresas de jardinería de los Estados federados de Schleswig-Holstein, Hamburgo, Baja Sajonia y Bremen, con inclusión de todos los complementos y pluses.
- 5 La actora ha solicitado después, que se condene al demandado a pagarle 36.855,96 euros brutos, junto con los intereses en cuantía del cuatro por ciento o, en su caso, de cinco puntos porcentuales sobre el interés básico, conforme al escalonamiento temporal establecido.

- 6 El demandado ha solicitado que se rechace la acción. No existe usura salarial. Al respecto, el baremo no puede ser el convenio colectivo, dado que conscientemente las partes no se habían vinculado a ningún convenio colectivo. El valor obtenido por la prestación de la actora no se corresponde con la retribución convencional. Sólo las empresas de nivel económico más alto, pero no las empresas familiares, podían pagar el salario del convenio sin riesgo para su existencia. En vista de la fuerte competencia y del alto porcentaje de mercancía defectuosa, su empresa de cultivo de rosas sólo podía gestionarse como empresa familiar. Las empresas comparables no pagarían salarios más altos. Como máximo, el 40% de las empresas de jardinería de Hamburgo está afiliado a la asociación empresarial. La actora trabaja todo el año, porque lo ha pedido encarecidamente. Los derechos anteriores a 1 enero 2000 han prescrito.
- 7 El Tribunal de Trabajo ha rechazado la acción. El Tribunal de Trabajo de Estado federado ha desestimado la apelación de la actora. Con el recurso de casación admitido por el Tribunal de Trabajo de Estado federado, la actora vuelve a perseguir su solicitud.

MOTIVOS DE LA DECISIÓN

- 8 El recurso de casación está fundado. El Tribunal de Trabajo de Estado federado no podía rechazar el supuesto de hecho de la usura salarial con la fundamentación que ha dado. Eso conduce a la revocación de la Sentencia impugnada, parágrafo 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para una decisión concluyente sobre la acción se requiere de declaraciones adicionales.
- 9 I. Según el parágrafo 138, apartado 2, del Código Civil, un negocio jurídico es nulo cuando por medio de él alguien, con explotación de la situación de necesidad, de la inexperiencia o de la falta de capacidad de juicio de otro para una prestación, se promete o se concede ventajas patrimoniales que están en una desproporción notoria en relación con la prestación. La regla se aplica también a la desproporción notoria entre el valor de la prestación de trabajo y la cuantía del salario en una relación laboral. Un negocio asimilado a la usura existe, según el parágrafo 138, apartado 1, del Código Civil, cuando prestación y contraprestación están respectivamente en una desproporción notoria, y se presentan otras circunstancias contrarias a las buenas costumbres, como, por ejemplo, un propósito anómalo del objetivamente beneficiado por el contrato (Tribunal Federal de Trabajo, 26 abril 2006 – 5 AZR 549/05 – BAGE 118, 66, 71 y ss.; Tribunal Federal Supremo, 13 junio 2001 – XII ZR 49/99 – en 4 b de los Motivos, NJW 2002, 55, 56, con respectivas justificaciones adicionales). El acuerdo salarial viola el parágrafo 138 del Código Civil, y el empresario debe la remuneración usual, en virtud del parágrafo 612, apartado 2, del Código Civil.
- 10 I. Para la valoración del supuesto de hecho de la usura, el Tribunal de Trabajo de Estado federado se ha fijado en la relación a fecha de 1 enero 1994, cuando se prorrogó de común acuerdo la primera relación laboral celebrada a plazo. No obstante, en caso de acuerdos retributivos contractuales, resulta importante el período litigado correspondiente. Un acuerdo salarial puede ser eficaz en el momento de la

conclusión del contrato, pero con el transcurso del tiempo, puede infringir el párrafo 138 del Código Civil, cuando no se adapta a la evolución general del salario hora y del salario mensual (Sala, 26 abril 2006 – 5 AZR 549/05 – BAGE 118, 66, 72). Sobre ello aboga el tenor literal del párrafo 138, apartado 2, del Código Civil, que junto al «se promete», se refiere expresamente al «se concede». Lo último no concierne sólo al negocio cumplido, sino que sucede también tras la conclusión del contrato por medio del negocio jurídico, porque las prestaciones recíprocas se llevan más allá de la voluntad acordada de las partes contractuales. En una relación laboral de varias décadas, según los hechos, no cabe basarse sólo en las circunstancias de la celebración del contrato y quedar sin tomarse en consideración la evolución posterior.

- 11 2. El Tribunal de Trabajo de Estado federado ha rechazado tomar en consideración todo el conjunto de la relación laboral. Esto es jurídicamente erróneo. La usura es una manifestación especial de la infracción de las buenas costumbres a que se refiere el párrafo 138, apartado 1, del Código Civil. La infracción de las buenas costumbres por un acuerdo salarial no hay que valorarla sólo según la cuantía del salario acordada (Sala, 26 abril 2006 – 5 AZR 549/05 – BAGE 118, 66, 71 y ss.). En especial, las jornadas excesivas que sobrepasan con mucho lo admisible legalmente y, en consecuencia, no ordinarias, influyen en la valoración de la infracción de las buenas costumbres por el acuerdo salarial. Aclaran la explotación contraria a las buenas costumbres de la actora.
- 12 II. Para el examen adicional, el Tribunal de Trabajo de Estado federado tiene que partir de lo siguiente:
 - 13 1. La desproporción notoria entre prestación y contraprestación existe cuando la remuneración no alcanza dos tercios del salario del convenio colectivo usualmente pagado en la región económica y el sector afectados.
 - 14 a) La desproporción notoria se determina conforme al valor objetivo de la prestación del trabajador. Contra la opinión del demandado, no es decisivo el llamado valor de apropiación para el empresario. El punto de partida de la determinación del valor son, como regla, los salarios de convenio colectivo de la rama económica correspondiente. Expresan el valor objetivo de la prestación laboral, cuando se pagan usualmente en el ámbito económico afectado. Si el salario del convenio colectivo no se opone a la remuneración usual de la práctica, sino que ésta está por debajo del salario del convenio colectivo, entonces hay que partir del nivel salarial general del ámbito económico (Sala, 24 marzo 2004 – 5 AZR 303/03 – BAGE 110, 79, 83; 23 mayo 2001 – 5 AZR 527/99 – en II 2 a de los Motivos, *EzA* BGB § 138 Núm. 29; 11 enero 1973 – 5 AZR 321/72 – en I 2 b de los Motivos, AP GG Art. 3 Núm. 110).
 - 15 La determinación del valor de la prestación mediante el salario del convenio colectivo no restringe la libertad sindical negativa de las partes, en especial del demandado. Por medio de ello, tampoco se ejerce ninguna imposición fáctica o presión importante para afiliarse a la asociación. Los convenios colectivos correspondientes se consultan objetivamente sólo como baremo de comparación para la determinación de las cuantías salariales usuales y apropiadas. El derecho fundamental de libertad

- sindical negativa a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal no impide que se tomen los resultados de los acuerdos colectivos como punto de referencia de regulaciones y valoraciones (Tribunal Federal Constitucional, 11 julio 2006 – 1 BvL 4/00 – BverfGE 116, 202, 218 y ss.).
- 16 b) La desproporción es notoria cuando ello salta a la vista, sin más, a un experto; en su caso, tras aclaración de las circunstancias (Tribunal Federal Supremo, 22 abril 1997 – 1 StR 701/96 – BGHSt 43, 53, 60).
- 17 aa) El Tribunal Federal de Trabajo no ha desarrollado hasta ahora ningún valor orientativo (cfr. Sala, 24 marzo 2004 – 5 AZR 303/03 – BAGE 110, 79, 84). No obstante, el Tribunal Federal Supremo ha aprobado, en un caso de usura salarial en virtud del parágrafo 302a, apartado 1, inciso 1, núm. 3, del Código Penal, en su redacción anterior, la valoración judicial objetiva del Tribunal de Estado Federado de que existe desproporción notoria en un salario, en cuantía de dos tercios del salario regulado en un convenio colectivo declarado de eficacia general (Tribunal Federal Supremo, 22 abril 1997 – 1 StR 701/96 – BGHSt 43, 53). La Sala considera justo ahora, asimismo, el límite de dos tercios, por debajo del cual hay que suponer usura salarial, en defecto de circunstancias especiales del caso. Si el salario usual está por debajo en una dimensión semejante, no existe una diferencia aceptable muy importante, que salta sin más y ordinariamente a la vista, que requiera de una justificación específica. Las relaciones en el mercado de trabajo tampoco pueden ser equiparadas a las circunstancias de los negocios de crédito a plazo, en los que se puede tolerar aún una mayor separación (cfr. Sala, 24 marzo 2004 – 5 AZR 303/03 – en los respectivos lugares indicados). Igualmente se encuentra en los tribunales de instancia (cfr., por ejemplo, Tribunal de Trabajo de Estado federado de Berlín, 20 febrero 1998 – 6 Sa 145/97 – en 2.2 de los Motivos, *NZA-RR* 1998, 392; Tribunal de Trabajo de Estado federado de Bremen, 17 junio 2008 – 1 Sa 29/08 – en I 2 c aa de los Motivos, *LAGE BGB* 2002 § 138 Núm. 1; Tribunal de Trabajo de Estado federado de Renania-Palatinado, 19 mayo 2008 – 5 Sa 6/08 – en II de los Motivos; Tribunal de Trabajo de Estado federado de Berlín-Brandeburgo, 28 febrero 2007 – 15 Sa 1363/06 – en 2 de los Motivos) y en la doctrina (cfr. sólo PETER, *AuR* 1999, 289, 293; Gerhard REINECKE, *NZA* 2000, suplemento al fascículo 3, págs. 23, 32; LAKIES, *NZA-RR* 2002, 337, 341; con reservas, SCHAUB/LINCK, *ArbR-Hdb.*, 12ª ed., § 36, marg. 11; en contra, HANAU, *MünchArbR*, 2ª ed., § 63, marg. 6, que acepta como regla general la mitad del salario de mercado) amplia coincidencia en el ámbito del valor orientativo de dos tercios del salario usual.
- 18 bb) En caso de que esté por debajo del salario del convenio colectivo, la línea fronteriza ya toma en consideración, en torno a más de un tercio, que los convenios colectivos prevén múltiples prestaciones complementarias. Por lo tanto, hay que comparar la remuneración pagada ordinariamente con el salario del convenio colectivo ordinario. Los complementos y pluses de convenio colectivo por trabajos y jornadas especiales o derivados de motivos determinados hay que considerarlos menos, al igual que las prestaciones adicionales no ordinarias del empresario en la relación laboral litigada. Semejantes prestaciones, en principio, no determinan ni el valor usual del trabajo en la práctica como tal, ni el carácter de la relación laboral. Sólo un punto de vista generalizado posibilita una determinación practicable del valor fronterizo decisivo.

- 19 cc) Circunstancias concretas especiales pueden influir en el enjuiciamiento de la explotación contraria a las buenas costumbres, al igual que la determinación del valor de la prestación laboral. En vista de las múltiples facetas de los casos y del objetivo del párrafo 138 del Código Civil, para hacer justicia en el caso concreto, resulta irrenunciable la toma en consideración de las circunstancias concretas. Así, el salario por debajo de un 75% del salario del convenio colectivo de un profesor ya no se ajusta a las buenas costumbres en virtud del párrafo 138 del Código Civil, porque el sector público concede como ayuda al empresario el 97% de los costes del personal y, en consecuencia, debía vincular ventajas para la cuantía salarial (Sala, 26 abril 2006 – 5 AZR 549/05 – BAGE 118, 66, 72 y ss.). Viceversa, se toman en consideración descuentos para la valoración de la prestación laboral de trabajadores con una actividad especial individualizada o con déficits prestacionales importantes, cuando el convenio colectivo correspondiente no tiene en cuenta a estas personas. Esto se aplica especialmente en casos en los que el trabajador no encontraría generalmente ningún empresario para las correspondientes condiciones del convenio colectivo. En todo caso, una amplia subvención de la relación laboral por el sector público puede jugar un papel decisivo. Para los en formación, el párrafo 17 de la Ley de Formación Profesional ya contiene una disposición especial. La jurisprudencia al respecto no se aplica a la relación laboral (cfr. Sala, 10 abril 1991 – 5 AZR 226/90 – BAGE 68, 10, 15 y ss.).
- 20 Circunstancias especiales son también, en su caso, condiciones de trabajo de otro valor económico o sin valor económico. Éstas pueden ser de importancia para la valoración conjunta necesaria, precisamente en casos límite. Si las prestaciones complementarias del convenio colectivo no susceptibles de tomarse en consideración (arriba, II 1 b bb) se repercuten esencialmente en la práctica, entonces pueden conducir en el caso concreto a una corrección del límite de dos tercios.
- 21 2. La remuneración de la actora, en el período litigado, estaba por debajo de los dos tercios del salario del convenio colectivo determinante. No son evidentes circunstancias especiales para un desplazamiento del límite en beneficio del demandado. No obstante, el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha establecido expresamente el salario usual en las empresas de jardinería de la región.
- 22 a) El Tribunal de Trabajo de Estado federado ha examinado si el demandado estaba obligado a ofrecer incrementos salariales a la actora, para evitar la desproporción notoria entre prestación y contraprestación en el período litigado. En la valoración de la prestación del demandado, ha incluido conforme a Derecho los salarios en especie ordinarios de la actora. No cabe objetar el suplemento del salario en especie en la cuantía establecida por el propio demandado. Contra la valoración del Tribunal de Trabajo de Estado federado de que los importes correspondientes sean apropiados, ni el demandado ni la actora plantean motivos susceptibles de casación. Asimismo, el Tribunal de Trabajo de Estado federado ha recurrido acertadamente al salario horario del grupo salarial 7 (trabajadores sin formación profesional en jardinería, con dos años de permanencia en la empresa) para los empleados en el ámbito de jardinería de empresas de jardinería del convenio colectivo salarial para las empresas de jardinería de los Estados federados de Schleswig-Holstein, Hamburgo, Baja Sajonia y Bremen, y no ha tomado en consideración los complementos,

- la paga de vacaciones y demás prestaciones complementarias del convenio colectivo marco. Tampoco son evidentes errores jurídicos en la conversión del salario horario neto en un importe bruto correspondiente al mes concreto. Sobre esta base, el Tribunal de Trabajo de Estado federado ha establecido que la actora ha cobrado, en promedio mensual, por hora de trabajo, el 65% del salario del convenio colectivo. Contra esto, el demandado no ha planteado ningún motivo importante. Si se calcula, en contra del método del Tribunal de Trabajo de Estado federado derivado del salario horario neto de la actora basado en la jornada del convenio colectivo, en la jornada máxima legal o en la jornada promedio realizada realmente, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la actora (categoría fiscal salarial IV, 2 niños no sujetos a tributación, católica-romana, asegurada legalmente), el salario bruto o, sobre la base del salario horario bruto del convenio colectivo, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la actora, el salario horario neto (del convenio colectivo), se desprende, en todo caso, que está por debajo del salario del convenio colectivo más de un tercio.
- 23 b) No existen motivos especiales para separarse, en favor del demandado, del límite de dos tercios. La capacidad prestacional económica estrecha de la empresa no es decisiva a este respecto. La visión conjunta de las condiciones de trabajo de la actora aboga más bien contra el demandado (arriba, I 2).
- 24 c) El Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha establecido el carácter usual del salario del convenio colectivo. Ha supuesto que el deber contractual accesorio a la adaptación de la remuneración requiere un estar por debajo del salario del convenio colectivo claro y accesible, y la existencia de una desproporción notoria indubitable, para lo cual una remuneración promediada en cuantía del 65% del salario del convenio colectivo no basta. El Tribunal de Trabajo no ha establecido el carácter usual del salario del convenio colectivo, porque se ha basado sólo en la relación a 1 enero 1994. Las informaciones a que se ha atendido, según las cuales el grado de afiliación de los empresarios alcanza entre un 60 y un 70%, no las ha convertido expresamente en fundamento de su decisión. Esta cuestión ha quedado como controvertida entre las partes. Hay que aclararla en un nuevo procedimiento de apelación. El carácter usual del salario del convenio colectivo puede suponerse cuando más del 50% de los empresarios de un ámbito económico están vinculados por el convenio colectivo o cuando los empresarios afiliados emplean más del 50% de los trabajadores de un ámbito económico. En cambio, el grado de afiliación de los trabajadores tiene menos valor informativo, pues éste, sin la vinculación convencional del empresario, no lleva al carácter usual del correspondiente salario del convenio colectivo. En todo caso, las especialidades de su empresa alegadas por el empresario no son determinantes.
- 25 3. El Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha establecido expresamente los requisitos subjetivos de la usura salarial o de un negocio jurídico similar al usurario.
- 26 a) El supuesto de hecho de la usura salarial exige que el «usurero» explote la situación de debilidad existente en la otra parte (posición jurídica, inexperiencia, falta de capacidad de juicio, falta de voluntad importante), pues se aprovecha conscientemente del conocimiento de la desproporción entre las prestaciones recíprocas (Tribunal Federal Supremo, 8 julio 1982 – III ZR 1/81 – en I 2 c de los Motivos,

- NJW 1982, 2767, 2768). Respecto de la explotación de la situación de la actora en el período litigioso, el Tribunal de Trabajo de Estado federado no ha efectuado declaraciones precisas.
- 27 b) El negocio jurídico similar al usurario también requiere, desde un punto de vista subjetivo, que la parte contractual favorecida tenga conocimiento de la desproporción de las prestaciones recíprocas. No sólo cabe afirmar su propósito anómalo cuando, como superior intelectual o económico, se aprovecha a su favor conscientemente de la posición más débil de la otra parte, sino también cuando imprudentemente no repara en que el otro sólo se implica en el contrato desfavorable por causa de su posición más débil o bajo la imposición de las circunstancias (Sala, 22 marzo 1989 – 5 AZR 151/88 – en IV 2 de los Motivos; Tribunal Federal de Trabajo, 30 julio 1985 – 3 AZR 401/83 – en III 3 de los Motivos, AP BGB § 138 Núm. 39 = *EzA* BGB § 138 Núm. 18; Tribunal Federal Supremo 13 junio 2001 – XII ZR 49/99 – en 4 b de los Motivos con justificaciones adicionales, NJW 2002, 55, 56). Una especial desproporción notoria entre prestación y contraprestación aboga sin más a favor del propósito anómalo del favorecido. Por lo demás, éste también debe haber querido ignorar al menos imprudentemente el hecho de que existe dicha desproporción, cuando la desproporción existente ya admite la celebración suficientemente segura por las circunstancias subjetivas, según la experiencia vital común (Tribunal Federal Supremo, 13 junio 2001 – XII ZR 49/99 – en el respectivo lugar indicado).
- 28 En la relación laboral, podrá partirse ordinariamente de que los correspondientes salarios del convenio colectivo son conocidos por los empresarios; de un lado, son de alto interés para el empresario, y de otro lado, se logra por ellos sin especial dificultad. En consecuencia, el valor de mercado de la prestación laboral es reconocible en todo caso, cuando se impone la celebración sobre la base del carácter usual del salario del convenio colectivo en el ámbito económico. Si éste es el caso, depende de las circunstancias, y requiere todavía en relación con el demandado una declaración y valoración judicial objetiva. En cambio, lo que es seguro es que el demandado conocía el valor de su contraprestación, incluidos los salarios en especie correspondientes a la nómina. Es decisivo el conocimiento de las circunstancias esenciales para la valoración. De ahí que nada ayude al demandado si él no conocía el límite de los dos tercios, y consideraba justo, por causa de las necesidades económicas como empresa familiar sin vinculación convencional, emplear a la actora por 6,00 marcos alemanes o, en su caso, 3,25 euros/hora.
- 29 4. La alegación de prescripción de los derechos del período anterior al 1 enero 2000, en relación con la reclamación posterior a diciembre 1999, permanece sin éxito. Si existe el derecho de accionar, ha vencido el 1 enero 2000, en virtud del parágrafo 614 del Código Civil. Se aplicaba, en virtud del parágrafo 196, apartado 1, núm. 9, del Código Civil, en su redacción anterior, en conexión con el artículo 229, parágrafo 6, apartados 1 y 3, de la Ley de Introducción del Código Civil, un plazo de prescripción de dos años que, en virtud del parágrafo 201, inciso 1, del Código Civil, en su redacción anterior, y del parágrafo 198, inciso 1, del Código Civil, en su redacción anterior, empezaba con la terminación del año 2000. La actora ha ejercitado la acción escalonada en junio 2002 y, en consecuencia, antes del transcurso del plazo, con la que ha exigido el pago total en base al salario del convenio colectivo. La acción escalonada interrumpe la prescripción en el marco de la pretensión planteada, parágrafo 204, apartado 1, núm. 1, del Código Civil.

- 30 5. El plazo de cierre a que se refiere el párrafo 15, núm. 2, del convenio colectivo marco para las empresas de jardinería no se aplica, a falta de vinculación convencional de las partes. Contra el parecer del demandado, nada modifica que se recurra a las regulaciones convencionales para la determinación de la remuneración usual.
- 31 6. Supuesto que la acción está justificada, según la motivación, el Tribunal de Trabajo de Estado federado debe decidir sobre la cuantía de los derechos basándose en el salario horario del convenio colectivo, sin complementos, pluses y prestaciones adicionales (arriba, II 1 b bb).

**SOBRE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LAS
VACACIONES NO DISFRUTADAS. EL DIFÍCIL DIÁLOGO
ENTRE LA JURISPRUDENCIA BRITÁNICA Y EL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN. Comentario a la
Sentencia de la House of Lords *Stringer*, de 10 junio 2009**

*[ABOUT THE MONETARY COMPENSATION OF NON ENJOYED HOLIDAYS.
THE DIFFICULT DIALOGUE BETWEEN THE BRITISH CASE-LAW
AND THE COURT OF JUSTICE OF THE UNION. A comentary of the Stringer
House of Lords' decision of June 10th, 2009]*

Jaime Cabeza Pereiro

Resumen: La Sentencia *Stringer* de la Cámara de los Lores trata de la compensación económica de las vacaciones, como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la propia Cámara de los Lores ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este estudio constituye una comparación jurídica a tres bandas. Esta última se refiere al Derecho social europeo, a la jurisprudencia británica y también a la jurisprudencia española.

Abstract: The House of Lords Stringer decision deals with the monetary compensation of holidays, as a consequence of a prejudiciary question raised by the own House of Lords before the Court of Justice of the European Union. This paper constitutes a three sides legal comparison. This last refers to the European Social Law, to the British case-Law and also to the Spanish case-Law.

Palabras clave: Vacaciones – Reino Unido – Derecho comparado del Trabajo.

Keywords: Holidays – United Kingdom – Comparative Labor Law.

* * *

La Directiva de tiempo de trabajo, ya desde su original versión como Directiva 93/104/CEE, de 23 noviembre 1993, fue recibida con bastante rechazo desde diversos ámbitos de opinión en el Reino Unido, principalmente a causa del muy discutible amparo en el entonces art. 118A del Tratado de Roma, que conformaba esta norma derivada como una materia de seguridad y salud en el trabajo¹. En el fondo del debate estaba la posibilidad de aprobar la norma derivada por mayoría cualificada y superar el previsible veto del Reino Unido, ateniéndose al único título habilitante posible que antes del Acuerdo de Política Social del Tratado de Maastricht no imponía la regla de la unanimidad². La contestación del Gobierno conservador de Mr. Mayor a la Directiva encalló con la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 noviembre 1996³, que consideró apropiado el título habilitante empleado y declaró la validez de la norma, con una pequeña excepción relativa al descanso dominical.

Con esta sentencia, y ya fuera de plazo, el Reino Unido adaptó su ordenamiento interno a dicha Directiva mediante las *Working Time Regulations* de 1998. Desde entonces, ha habido una serie de sentencias del Tribunal de Justicia que dan respuesta a otras tantas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales británicos y que han puesto de manifiesto cómo la normativa de trasposición difícilmente satisface en algunos aspectos los estándares comunitarios. Asuntos como *Bectu*⁴ o *Robinson-Steele*⁵ han evidenciado algunas insuficiencias de las *Regulations* de 1998 en el tema del que versa este comentario, relativo a las vacaciones anuales. No en vano el art. 7 de la ahora Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ha constituido uno de los preceptos más controvertidos, a partir de su consideración por parte de la Corte Comunitaria como un principio de Derecho de la Unión Europea de especial importancia.

En este caldo de cultivo se fragua una interesante controversia, en torno a un asunto clásico en la regulación de las vacaciones: el efecto sobre las mismas, así como sobre su compensación económica, de una baja por enfermedad o por accidente. Como es sabido, se trata de una materia en torno a la cual se pronuncia el Convenio nº 132 de la OIT, sobre las vacaciones pagadas, de 1970, si bien el Reino Unido no lo ha ratificado. En concreto en su art. 5.4 establece que “*en las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado, las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios*”. A lo largo del *iter* procesal, van conociendo distintos órganos, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión, para terminar de configurarse una interesante doctrina por parte de la *House of Lords*.

* * *

¹ Véase sobre este rechazo, LORD WEDDERBURN, *The Social Chapter in Britain-Labour Law and Labor Courts*, *Modern Law Review*, nº 1, 1991, pp. 1 ss.

² A propósito de este tema, ALONSO OLEA, M., “¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada laboral?”, en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, número 23, monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1999, pp. 189 ss.

³ Asunto C-84/94, *Reino Unido v. Consejo de la Unión Europea*.

⁴ C-173/99, sentencia de 26 junio 2001.

⁵ C-257/04, sentencia de 16 marzo 2006.

El asunto *Her Majesty's Revenue and Customs v Stringer and others*, en la controversia que alcanza a dicho órgano judicial, se refiere a un tema muy concreto, relativo al pago de una pequeña cantidad —poco más de dieciséis libras esterlinas— derivada del devengo de cuatro días de vacaciones. Pero tiene una larga trayectoria, cuya complejidad es bastante mayor. El único recurrente ante dicho órgano judicial, Mr. Ainsworth había estado empleado en la empresa recurrida desde 1976 hasta el 4 noviembre 2002, fecha de extinción de su contrato. Pero ya desde diciembre de 2000 había dejado de prestar efectivamente sus servicios a causa de una enfermedad. Como quiera que su período de devengo anual de las vacaciones se extendía desde el 1 noviembre hasta el 31 octubre del año siguiente, en la fecha del cese tan sólo había generado vacaciones durante cuatro días, a lo largo de los cuales no disfrutó de ninguna proporción de las mismas. Evidentemente, en esos cuatro días había permanecido de baja. Su situación era próxima a otros colitigantes, que mayoritariamente habían extinguido sus contratos con *Her Majesty's Revenue* después de largas ausencias derivadas de enfermedad. En relación con estas situaciones, se plantearon dos temas básicos: el primero de ellos, relativo a si el devengo de vacaciones se produce igualmente pese a que el trabajador no preste efectivamente sus servicios a causa de enfermedad. El segundo, consistente en si era posible ejercer el derecho aunque durante el disfrute el interesado no fuera a acudir en todo caso a trabajar a causa de su enfermedad.

En realidad, la primera cuestión ya había sido respondida pocos años antes por parte del *Employment Appeal Tribunal* en el asunto *Kigass*⁶. Y la doctrina era clara: continúa el devengo de vacaciones durante la baja por maternidad. Por consiguiente, al vencimiento del contrato el trabajador tiene derecho a una indemnización en lugar de las vacaciones no disfrutadas que no puede ser reducida proporcionalmente a causa de la enfermedad. En seguimiento de esta doctrina, Mr. Ainsworth y los demás accionantes demandaron al *Employment Tribunal* con una doble base legal: de un lado, al amparo de las *Working Time Regulations*, números 13 a 16. De otro, acogiéndose a las secciones 13 y 23 de la *Employment Rights Act* de 1996, que establecen el derecho de los trabajadores a no sufrir deducciones indebidas de su salario. Habiéndose dictado sentencia favorable a los intereses de los demandantes, el *Employment Appeal Tribunal* desestimó la apelación que había interpuesto la empresa, pero autorizó la interposición de un recurso ante la *Court of Appeal (England & Wales)*, la cual lo estimó y atendió los argumentos de la empresa. Dictó doctrina en el sentido de que los trabajadores de baja por una enfermedad de larga duración ni devengan derecho a las vacaciones ni pueden disfrutarlas, porque las mismas resultan superfluas. Por lo tanto, y coherentemente, tampoco tienen derecho a la indemnización sustitutiva de las vacaciones no disfrutadas con ocasión de la extinción de sus contratos. Esto es así porque el derecho a vacaciones pagadas sirve a una finalidad esencial de preservar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras.

Este pronunciamiento de la *Court of Appeal* fue a su vez impugnado ante la *House of Lords*, la cual remitió el 13 diciembre 2006 cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, en la que incluía dos preguntas trascendentes para poder resolver el recurso: “1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88[...], ¿significa que un trabajador en

⁶ *Kigass Aero Components Ltd v Brown* [2002] ICR 697. Sobre este caso, BOGG, A., *Paid Annual Leave and Long-Term Sick: Third time lucky for United Kingdom*, *Industrial Law Journal*, vol. 36, nº 3, 2007, pp. 341 ss.

situación de baja indefinida por enfermedad tiene derecho, durante un período que, de no corresponder a vacaciones, sería de baja por enfermedad:

- i) a designar un período de tiempo futuro como vacaciones anuales retribuidas, y*
 - ii) a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas?*
- 2) Si un Estado miembro ejerce su facultad discrecional de sustituir el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas por una compensación financiera cuando tiene lugar la conclusión de la relación laboral, conforme al artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88[...], en el supuesto de que un trabajador haya permanecido en baja por enfermedad durante todo o parte del año al que corresponden las vacaciones y en el que concluye la relación laboral, ¿impone el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva algún requisito o establece algún criterio con respecto a si debe satisfacerse la citada compensación, o cómo ha de calcularse ésta?”.*

* * *

Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, baste decir unas pocas ideas, porque se trata de un pronunciamiento de sobra conocido. Ya en la propia resolución de la *House of Lords* se hacía referencia a que estaba pendiente el anterior asunto C-350/06, *Gerhard Schultz-Hoff*, planteado por el *Landesarbeitsgericht Düsseldorf* (Alemania) el 2 agosto 2006. Y, como parecía razonable, la sentencia de la Gran Sala de 20 enero 2009 acumula ambos asuntos. Una vez más, se suscitaban dudas sobre la correcta interpretación de uno de los pocos preceptos inderogables de la Directiva 2003/88/CE, en concreto sobre su art. 7, que, bajo la rúbrica “vacaciones anuales”, dispone lo siguiente: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

En su argumentación, el Tribunal recuerda que el derecho de los trabajadores a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de Derecho social de la Unión Europea de especial importancia, en cuya aplicación no pueden establecerse excepciones. Por lo tanto, el trabajador deberá poder disfrutar del descanso efectivo, para proteger eficazmente su seguridad y salud laborales. No en vano sólo es admisible la compensación económica cuando concluya la relación laboral, en los términos del art. 7.2 de la norma derivada. E, insiste el epígrafe 25, “*es pacífico que la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento*”. Se trata, pues, de una finalidad nítidamente distinta de la de la licencia por enfermedad, de índole curativa.

Ahora bien, corresponde a los Estados miembros regular internamente los requisitos de ejercicio y aplicación del derecho vacacional y las circunstancias concretas para que los trabajadores haga uso de él. Pero sin que quepa supeditar a ningún requisito la propia constitución del mismo. Por lo tanto, el art. 7 no se opone a que se le deniegue a un trabajador de baja el derecho a disfrutar de las vacaciones durante un arco temporal que coincida con su propia baja, siempre que tenga derecho al disfrute en un

período distinto. Ello incluso cuando ese tiempo de reposo vacacional se disfruta en un momento posterior al vencimiento del año natural. Por supuesto, tampoco se opone a que las vacaciones sí se disfruten durante el período de baja por enfermedad.

Abstrayendo ahora las cuestiones planteadas por el órgano alemán en el asunto C-350/06, basta con reiterar a este respecto el sentido del fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 enero 2009: “*El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas*”.

Pero sí que conviene detenerse algo más en la fundamentación jurídica del Tribunal en torno a la segunda pregunta formulada por la *House of Lords*. Éste es el punto de interés que, a la postre, va a tener que resolver el órgano remitente y versa sobre el derecho a obtener, al finalizar la relación laboral, una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas cuando éstas no han sido disfrutadas durante el período de devengo a causa de una incapacidad temporal que haya cubierto la totalidad o parte de dicho período. El Tribunal recuerda que el derecho del art. 7 de la Directiva no admite excepción alguna. Ahora bien, habiendo finalizado la relación laboral, ya no es posible disfrutar de modo efectivo dicho derecho; de ahí que se prevea la indemnización económica sustitutiva.

Claro es que la Directiva no expresa cómo ha de calcularse su cuantía. No obstante, la jurisprudencia comunitaria, a partir del asunto *Robinson-Steele*, ha precisado que en tanto duren las vacaciones, debe mantenerse la retribución ordinaria. Coherentemente, la misma regla debe aplicarse para el cálculo de la compensación financiera del art. 7.2 de la Directiva. Porque el derecho a las vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes del mismo principio jurídico. Así pues, la compensación “*deberá calcularse de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquélla en que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral*”.

* * *

En este contexto, la *House of Lords* se pronuncia. Despejada la incógnita mayor —esto es, si se devengaba derecho a las vacaciones durante una baja por enfermedad y, en consecuencia, si debía pagarse la compensación económica sustitutiva del descanso anual retribuido en los casos en los que la relación laboral se extingue antes de que pueda producirse de hecho el disfrute de las vacaciones—, la única operación que le quedaba al Tribunal consistía en subsumir la doctrina de la sentencia europea en las propias reglas del Derecho británico. A tal efecto, el art. 14 de las *Working Time Regulations* regula el derecho de los trabajadores a una indemnización sustitutiva del descanso vacacional, derecho cuyo desconocimiento por parte de la empresa abre a aquéllos un cauce procedimental ante un *Employment Tribunal* que debería iniciarse en un plazo máximo de tres meses.

La empresa acepta de plano, después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que al amparo del art. 14.2 de las *Regulations* le adeudaba al recurrente la cantidad controvertida. Ahora bien, el problema no estribaba en el derecho sustantivo considerado, sino en la vía procesal seguida. El recurrente había actuado al amparo de la sección 13 de la *Employment Rights Act* —ERA— de 1996, que regula el derecho del trabajador a no sufrir deducciones injustificadas de su salario. Se trata de una acción contra la empresa de gran tradición en el sistema jurídico del Reino Unido, regulado a partir del siglo XIX en las sucesivas *Truck Acts*⁷, y más tarde recogido en la *Wages Act* de 1986, luego codificada como Parte II de dicha ERA de 1996. En concreto, su sección 13 regula las deducciones indebidas por salarios. Y, entre ellas, al amparo de la sección 27, “cualquier cantidad, bonus, comisión, pago de vacaciones u otro emolumento relacionado con su empleo...” (*any fee, bonus, commission, holiday pay or other emolument referable to his employment...*) Pero la empresa recurrida consideraba que la suma controvertida no merecía la consideración de salario. Y, por lo tanto, que el *Employment Tribunal* no podía accionar al amparo de la Ley de 1996, la cual flexibilizaba ampliamente el plazo de tres meses para interponer la oportuna reclamación.

Unánimemente, los *Lords* entendieron que era posible accionar al amparo de la ERA y que, por consiguiente, el recurso merecía suerte estimatoria, con revocación de la sentencia de la *Court of Appeal*. Los argumentos en defensa de esta tesis fueron variados: Lord Roger of Earlsferry insistió, al margen de otras razones, en que la no inclusión expresa de los pagos del art. 14 de las *Working Time Regulations* en la sección 27 de la ERA no implicaba en modo alguno que debieran excluirse del concepto “salarios” de ésta. Pues la expresión legal era lo suficientemente amplia como para incluir el *holiday pay*, ya se adeude por cláusula contractual, ya en virtud de la sec. 14 de las WTR de 1998. En la misma línea, *Lord Walker of Gestingthorpe* añade que el derecho legal a unas vacaciones anuales pagadas no tiene naturaleza distinta de la de los derechos vacacionales que han aparecido a lo largo de los años en las cláusulas de los contratos. De ahí que la ERA no se viera en la necesidad de incorporarlo expresamente, como sí hizo con otros derechos legales, como el subsidio de paternidad o el de adopción. Además, debe tenerse en cuenta que cuando se codifica la ERA todavía no se había dictado la sentencia Reino Unido y Consejo de la Unión Europea. Por lo tanto, la interpretación histórica, así como la gramatical o la contextual, todas ellas conducen a estimar el recurso de Mr. Ainsworth. Además, hay que señalar que la demanda legal del art. 30 de las WTR tiene un contenido no exclusivamente económico, sino también de un derecho de tiempo de descanso.

Otro argumento esgrimido por alguno de los *Lords* —*Lord Walker of Gestingthorpe* y *Lord Neuberger of Abbotsbury*— se ampara en el “principio de equivalencia”, formulado por la jurisprudencia británica, y conforme al cual los remedios internos por incumplimiento del Derecho Europeo no deben resultar menos favorables que otros existentes en procedimientos similares al amparo del Derecho nacional. En este contexto, no puede suceder que sólo sea posible accionar de acuerdo con las reglas de procedimiento de las WTR, menos favorables que las de la ERA.

Así pues, la pretensión económica encontró plena acogida por la *House of Lords*, cerrándose con ello un nuevo episodio de diálogo entre el Tribunal de la Unión y

⁷ Sobre ellas, FERNÁNDEZ PROL, F., *El salario en especie*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2005) pp. 152 ss.

la doctrina de los órganos judiciales del Reino Unido. A diferencia de otros casos anteriores, en éste no estaba tanto en juego la validez o no de la norma inglesa de trasposición como la correcta interpretación de la misma de acuerdo con la normativa derivada de la Unión Europea.

* * *

La Directiva 2003/88/CE está siendo a nivel de política social, desde luego, la que está propiciando un debate más intenso y un diálogo más rico entre los órganos internos y los órganos comunitarios. En este sentido, puede decirse que ha ocupado un lugar que antes le correspondía a la Directiva 2001/23/CE, la cual en los últimos años ha suscitado menos dudas en los procedimientos judiciales seguidos en los Estados miembros.

En el caso que se cierra con la sentencia comentada en estas páginas, el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión es en sí mismo tan concreto que a la *House of Lords* apenas le quedó margen de decisión, como se aprecia en la propia postura procesal de la parte recurrida. El debate se centró, en el fondo, en una mera cuestión de adecuación del procedimiento. Pero una cuestión que una vez más es muestra de la versatilidad del sistema jurídico del Reino Unido y de la permanente recreación de sus instituciones jurídicas tradicionales.

Desde otro punto de vista, es digno de atención el hecho de que los mismos problemas suscitados por los órganos judiciales británicos y alemanes en absoluto difieren de los que se plantean por los Juzgados y Tribunales del orden social en España. Es curioso el paralelismo que existe entre la sentencia comentada de la *House of Lords* de 10 junio 2009 y la prácticamente contemporánea sentencia del Tribunal Supremo español de 24 junio 2009⁸, la cual, rectificando doctrina anterior, y a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión *Schultz-Hoff*, declaró el derecho a disfrutarlas en un período posterior al establecido en el calendario laboral pactado, cuando en las fechas originariamente pactadas el Trabajador se encontrase en situación de incapacidad temporal. Y, entretanto, curiosamente, se había planteado por parte del Juzgado de lo Social nº 23 mediante auto de 17 junio 2008 cuestión prejudicial sobre la correcta interpretación del art. 7 de la Directiva 2003/88. La cual, numerada con el ordinal C-277/08, dio lugar a la sentencia de 10 septiembre 2009, asunto *Vicente Pereda* que, en la práctica, coincide —como no podía ser de otro modo— con la doctrina de la STS de 24 junio 2009.

Con todo este bagaje se cierra uno de los temas más conflictivos sobre el cómputo de la incapacidad temporal a los efectos de las vacaciones. Y queda el regusto amargo de que la solución que podía entreverse en la dicción literal del Convenio nº 132 de la OIT sólo prevaleció cuando hubo que interpretar la Directiva de tiempo de trabajo. Mostrándose una vez más que el Derecho es, por encima de todas las cosas, un problema de coercibilidad.

⁸ Recurso de casación para la unificación de doctrina 1542/2008, ponente De Castro Fernández.

EL CONCEPTO DE SUCESIÓN DE EMPRESA. DIVERGENCIAS DOCTRINALES ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

*[THE CONCEPT OF TRANSFER OF UNDERTAKING. THE DOCTRINARY
DIVERGENCES BETWEEN THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION AND THE SPANISH SUPREME COURT]*

José Luis Goñi Sein

Sumario: I. LA ABSTRUSA DEFINICIÓN LEGAL DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA. II. DIVERGENCIAS INTERPRETATIVAS DE LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS: A) CONTINUIDAD EN LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA; B) AUTONOMÍA ORGANIZATIVA; C) TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIALES. III. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. THE CONFUSING LEGAL DEFINITION OF TRANSFER OF UNDERTAKING. II. INTERPRETATIVE DIVERGENCES OF THE ELEMENTS OF THE DEFINITION: A) CONTINUITY OF THE ACTIVITY OF THE ENTERPRISE; B) ORGANIZATIONAL AUTONOMY; C) TRANSFER OF THE PATRIMONIAL ASSETS. III. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: En el presente trabajo se ponen de relieve las diferencias de criterio que mantienen el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español, a propósito de los elementos determinantes de la noción de sucesión de empresa.

Abstract: In the present work are enhanced the criteria differences maintained by the Court of Justice of the European Union and the Spanish Supreme Court, about the determinant elements of the transfer of undertaking concept.

Palabras clave: Derecho social comunitario – Transmisión de empresa – Autonomía organizativa tras la transmisión – Sucesión de plantilla – Transferencia de elementos patrimoniales.

Keywords: Community Social Law – Transfer of undertaking – Organizational autonomy after the transfer – Succession of staff – Transfer of patrimonial assets.

* * *

I. LA ABSTRUSA DEFINICIÓN LEGAL DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA

Las implicaciones jurídico-laborales del fenómeno sucesorio de empresa se hallan reguladas, como es sabido, en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que es la norma de transposición de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001¹. Se trata de una norma de tutela de los trabajadores frente a las situaciones de cambio empresarial, que impone al nuevo titular de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores.

Lo verdaderamente complejo de esta norma es la propia noción de sucesión de empresa, que adquiere una importancia capital para delimitar el ámbito de aplicación del mecanismo subrogatorio. El legislador de la reforma de 2001 introdujo una abstrusa definición, que es copia literal de la recogida en el artículo 1,1 b) de la Directiva Comunitaria, que trae causa, a su vez, de pronunciamientos previos de la Corte Comunitaria. Según el apartado 2º del art. 44 ET *“existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”*.

Como se puede observar, los términos de la definición presentan un perfil vago y tremendamente impreciso. Se prestan a ambigüedades interpretativas, habida cuenta que aluden a fenómenos económico-sociales o factores de transformación empresarial que necesitan de una concreción dogmática. No cabe deducir con un mínimo de seguridad los elementos determinantes de la existencia de sucesión de empresa.

La noción legal de traspaso parece, en todo caso, y a pesar de todo, condicionado por un triple dato literal: a) mantenimiento; b) identidad económica; c) conjunto de medios organizados. Resulta, por tanto, que lo definitorio de la noción de traspaso es que la entidad transmitida (empresa, centro de trabajo, o parte de empresa o de un centro de actividad) conserve la identidad de medios organizados.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea², como del Tribunal Supremo, una vez más, ha ido salvando las dificultades de interpretación de tales enunciados y verificando los márgenes de operatividad. Pero la valoración que cabe hacer de pronunciamiento de ambos órganos es que, aun partiendo del presupuesto común de garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una unidad económica, con independencia de un cambio de propietario, la lectura de cada uno de los elementos esenciales de la noción se expresa en términos muy diversos por los dos Tribunales.

En concreto, en la jurisprudencia española se viene juzgando de modo particularmente restrictivo la existencia de sucesiones de empresa, circunscribiéndolas a particulares realidades de mutación empresarial especialmente visibles, aumentando

¹ Sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (D.O.C.E. 22-3-2001, L 82).

² El antiguo TJCE se denomina con el Tratado de Lisboa Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

el riesgo de vaciar gradualmente de contenido la garantía subrogatoria. Surgen, así, resoluciones judiciales del Alto Tribunal que tienden a reducir los márgenes de operatividad del mecanismo subrogatorio, creando notables rigideces y haciendo depender prácticamente el juego aplicativo del art. 44 ET de la transferencia de elementos patrimoniales relevantes, y todo ello a través de un alejamiento de la orientación expresada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En esta breve aproximación al tema, se trata de confrontar los distintos posicionamientos que vienen manteniendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, y el Tribunal Supremo Español, por otro, a propósito de los tres elementos básicos identificables en la noción legal de sucesión de empresa.

II. DIVERGENCIAS SOBRE LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS

A) CONTINUIDAD EN LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA

Por lo pronto, el primer presupuesto aplicativo de la noción está, como se ha señalado, en la palabra “mantener”, que —como es fácil de advertir y de entender— alude a la continuidad efectiva en la actividad de la empresa. Es obvio que si la nueva empresa retoma total o parcialmente las mismas actividades, habrá traspaso; en cambio si no continúa con la actividad, habrá desaparecido su identidad como medios organizados y no habrá traspaso (STJCE 14 abril, 1994, Schmidt, Asunto 392/92, ap. 17).

Pero conviene no extraer conclusiones precipitadas, pues no basta con atender al solo hecho del cese en la actividad.

El Tribunal comunitario ha aclarado que si existe cese de actividad en el momento de la cesión e incluso liquidación, pero otra empresa prosigue con la actividad de aquélla, se ha de deducir más bien la existencia de una transmisión conforme a la Directiva (STJCE de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, Asuntos 171/94 y 172/94, ap. 23). Esta afirmación se realiza en el caso de un concesionario de venta de vehículos que pone fin a sus actividades, despidiendo a la mayor parte de su personal, y decidiendo que unos pocos pasen a trabajar para una nueva empresa (el nuevo titular de la concesión de venta) con la que no le une convenio alguno, y a la que no transmite ningún elemento patrimonial.

Por tanto, el que la empresa esté en funcionamiento o no en el momento de la transmisión, o sea objeto o no de liquidación, no es lo determinante para la aplicación de la Directiva; lo importante es el carácter definitivo o temporal del cierre; si el cierre es definitivo no habrá más que una transmisión de local de negocio, pero si el cierre de la entidad objeto de traspaso es temporal, no se podrá excluir la aplicabilidad de la Directiva (STJCE de 17 de diciembre de 1987, Ny Molle Kro, Asunto 287/86).

Esta interpretación contrasta, sin embargo, con la posición mantenida por nuestro Alto Tribunal, que, en resoluciones no tan recientes y alguna reciente, considera que no puede haber transmisión de empresa cuando la empresa cedente ha cesado en su actividad, pero se sigue desarrollando posteriormente dicha actividad, siempre que las relaciones laborales se hayan extinguido correctamente mediante alguna de las causas de extinción contempladas en el art. 49.9 ET. Así lo tiene establecido en la sentencia de 24 de julio de 1995 (nº 698) cuyo supuesto de hecho se refiere al cierre de un Colegio

privado y consiguiente despido mediante expediente de regulación de empleo de varios trabajadores fijos que prestaban sus servicios en actividades no docentes, y la reapertura posterior por los nuevos propietarios (el Gobierno de Navarra) del Colegio convertido en un Instituto Oficial de Bachillerato, con la incorporación de los mismos trabajadores despedidos.

Idéntico juicio realiza el TS en la sentencia de 15 de abril de 1999 R. nº 734/1998, descartando la operatividad del art. 44 ET porque “los contratos se habían extinguido por una causa autorizada administrativamente y plenamente aceptada por los trabajadores”, en un supuesto de mutación empresarial en que se reconoce que “el objeto social coincide (comercialización y construcción de maquinaria textil) y (...) se está tratando sin duda de ocupar en el mercado el espacio de la anterior empresa por sus antiguos trabajadores, utilizando ciertos elementos patrimoniales procedentes de la liquidación de la empresa y el contacto con los clientes”.

Más recientemente en la STS de 16 de julio de 2003, R. nº 2343/2002, ha apreciado igualmente inexistencia de sucesión de empresa en un supuesto de cese empresarial y reanudación de una misma actividad de fabricación y venta de muebles constituyendo distintas empresas con un mismo objeto social, que adquieren el inmueble e instalaciones fijas en que la primera empresa desarrolló su actividad, utilizando parte de la misma maquinaria subastada y pasando los antiguos trabajadores a formar parte de la plantilla de la nueva empresa.

Resulta, así, evidente que, en punto al requisito del mantenimiento de la actividad, la jurisprudencia española adopta una lógica muy distinta de la jurisprudencia comunitaria: no apuesta por sostener la existencia de la entidad económica cuando tras una extinción de los contratos, la gestión haya sido efectivamente proseguida, sino que parte de que una cesación de actividad acompañada de tales extinciones de los contratos impide la aplicación del fenómeno subrogatorio al nuevo titular que reemprende dicha actividad.

Lo cual provoca efectos perversos, porque para evitar las garantías del mecanismo subrogatorio bastará con que el empresario saliente, antes de consumir el cambio de titularidad, extinga los contratos de sus trabajadores alegando cualquiera de las causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49 ET y, una vez superado el plazo de caducidad para accionar por despido, el nuevo empresario proceda a reanudar la actividad con los mismos activos materiales o inmateriales, estableciendo un régimen de contratación distinto y sin asumir responsabilidad alguna por las deudas sociales del anterior empresario.

B) AUTONOMÍA ORGANIZATIVA

Un segundo elemento lo constituye la “identidad económica”. No sólo se trata de que continúe efectivamente la explotación o de que ésta se reanude, sino de que, además, la entidad transmitida mantenga su identidad. Este es un requisito de difícil aprehensión; los términos “mantener la identidad” se han interpretado tradicionalmente en un sentido de conservación de la autonomía organizativa, pero se ha producido una evolución importante en la jurisprudencia comunitaria.

Hasta hace poco venía afirmándose que el concepto de transmisión debe referirse únicamente a una “entidad económica organizada de forma estable” (STJCE de 15 de diciembre de 2005, Nurten Güney-Görres y Gul Demir, Asuntos acumulados C-232/04 y C233-/02), y no a los casos de desmembramiento, disolución o dilución como consecuencia de la transmisión; es decir que para que se aplique la Directiva es necesario que concurra “la transmisión y permanencia de la entidad empresarial transmitida o que la transmisión se produzca sin un detrimento tal de la entidad que desaparezca como tal”³. No obstante, también se venía estimando que una modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación de la Directiva (SSTJCE de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175/99).

Ahora, una decisión reciente del TJCE de 12 de febrero de 2009 (Dietmar Klarenberg Ferroton Technologies GMBH, Asunto C-466/07) ha ido más allá debilitando aún más el concepto de autonomía organizativa tras la cesión. Así el Tribunal considera que el fenómeno sucesorio laboral también se produce en una situación en la que la parte de la empresa o del centro de actividad cedida no mantiene su autonomía organizativa, esto es, cuando el cesionario integra los recursos adquiridos en su propia empresa, constituyendo una estructura nueva, siempre que se mantenga el nexo funcional y teleológico existente entre los diversos factores transferidos.

Razona el Tribunal Comunitario que aceptar la concepción de la identidad basada únicamente en la autonomía organizativa implicaría la no aplicación de la Directiva 2001/23 a la parte de empresa o del centro de actividad por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver dicha parte de la empresa o centro de actividad adquirido e integrarlo en su propia estructura, privando de ese modo a los trabajadores afectados de la protección concedida.

La sentencia analiza el caso del Sr. Klarenberg, Director de Departamento de Investigación y desarrollo de la empresa ET, experto en investigación y desarrollo, sistemas y redes/interfaces, que solicita ser readmitido en la empresa Ferroton en las condiciones pactadas en su contrato, dado que ésta, en virtud de un contrato de compraventa de activos y negocio, adquirió los medios de producción básicos de ET (el hardware de desarrollo y los materiales de fabricación que figuraban en las existencias) así como una lista de proveedores y clientes, y aceptó que los antiguos trabajadores de ET fueran integrados en la estructura existente de Ferroton, desarrollando funciones vinculadas con productos distintos de los que Ferroton adquirió. La cuestión prejudicial sometida a la consideración del órgano jurisdiccional es si se trata de una transmisión en el sentido de la Directiva, bien que no se mantenga la identidad de la entidad transmitida. Y la respuesta que ofrece el Tribunal europeo es contundente en el sentido de que el concepto de transmisión de la Directiva se aplica con independencia de que la entidad económica transmitida conserve o no autonomía en la estructura del cesionario.

O sea que para la operatividad del fenómeno sucesorio laboral no es preciso que la entidad económica transmitida conserve su autonomía en la estructura del cesionario.

³ Vid. A. TAPIA HERMIDA: “Efectos necesarios laborales en los supuestos de transmisión de parte de una empresa o de parte de un centro de actividad (Comentario a la STJCE, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg Ferroton Technologies GmbH), CEF-Trabajo y Seguridad Social, nº 315, 2009, pp. 178 y ss.

Lo realmente relevante es que se mantenga un vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diversos factores productivos transmitidos.

Esta nueva doctrina del TJCE entra, asimismo, en contradicción con la tradicional posición de nuestra jurisprudencia, que solo aprecia transmisión de empresa cuando concurre la continuidad de la actividad empresarial en las mismas condiciones que su antecesor⁴. No se concibe transmisión de empresa si el nuevo titular no está en condiciones de continuar con lo transmitido. En la línea de pensamiento del Tribunal Supremo español, está que para que haya sucesión de empresa tiene que haber traspaso de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional (STS 25 de febrero de 2002, RJ 6235). No vale la simple transmisión de elementos del activo de la empresa si estos no constituyen “una unidad susceptible de gestión separada” (SSTS de 23 de septiembre de 1997, RJ 6582; 25 de febrero de 2002, RJ 6235).

La lógica organizativa de la que se parte es, pues, muy distinta de la línea jurisprudencial comunitaria, pues no admite la posibilidad de aplicación de las garantías de transmisión cuando, tras la escisión, el conjunto patrimonial se integre en otra estructura productiva perdiendo su autonomía.

La exigencia de la autonomía organizativa como elemento característico de la conservación de la identidad de la entidad cedida, tal y como viene entendiendo el Tribunal Supremo, supone que se lleve al terreno de la simple enajenación de factores productivos, lo que bien podrían considerarse supuestos de transmisión, propiciando con ello la privación a los trabajadores de la protección concedida por la Directiva.

Sin embargo, en los supuestos en los que se segrega una unidad económica o cuando la escisión actúa como el instrumento de descentralización trasladando la titularidad de una de las unidades a una sociedad distinta, no es descartable la existencia de transmisión porque se puede seguir delimitando el concepto de identidad económica si, como indica el Tribunal la Unión Europea, existe un nexo funcional y teleológico entre los diversos factores transferidos. Así, lo que se eleva a factor de demarcación entre la transmisión y la simple enajenación de factores productivos no es la autonomía organizativa, sino la interdependencia de los factores transmitidos que se diluyen en una estructura organizativa diferente.

C) TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIALES

Un tercer elemento de la noción legal alude al objeto de la transmisión: al “conjunto de medios organizados”. Los elementos de transmisión constituyen un tercer factor de ponderación para determinar si se ha producido o no transmisión de empresa. Si hay transmisión de elementos materiales, existe traspaso regulado por la Directiva. Y si la empresa transmitente “se limita únicamente a poner a disposición del nuevo empresario algunos trabajadores y los materiales destinados a garantizar la realización de los trabajos de que se trata”, no hay traspaso, tal y como ha entendido el Tribunal de Justicia (STJCE de 19 de septiembre de 1995, Ole Rygaard , C-48/94, ap. 22).

⁴ Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Aspectos laborales”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 89 y ss.

Ahora bien, ello no permite concluir que la falta de transmisión de elementos patrimoniales excluya la aplicación de la Directiva. Ha de relativizarse la importancia de la transmisión de los elementos del activo porque la conexión entre la transmisión de empresa y la transferencia de los elementos materiales puede no ser tan trascendental a la hora de identificar una entidad económica susceptible de transmisión.

a) En primer lugar, puede haber actividades que no requieran para su desarrollo de la existencia de activos materiales, en cuyo caso la solución (conexión) es difícil de (apreciar) aplicar. La jurisprudencia comunitaria ha examinado la cuestión atinente a la mera transmisión de plantillas como elemento relevante a efectos de determinar la concurrencia de sucesión de empresas en varias sentencias.

Así, en la STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, Asunto 13/95, ap. 18, 21), en que se enjuicia el caso de una empresa que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario y posteriormente a un segundo empresario, sin entrega de elementos significativos del activo material ni hacerse cargo de una parte esencial de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata, considera que no es aplicable el art. 1.1 de la Directiva porque la sucesión en la actividad no es una transmisión de empresa. No obstante, establece que en aquellos sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica que mantiene su identidad aun después de la transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba a dicha tarea.

El Tribunal la Unión Europea ha mantenido el mismo criterio en la sentencia de 10 de diciembre de 1998, (asunto Sra. Sánchez Hidalgo y otro, C-173/96 y C-247/96, ap. 32), en un supuesto en que el Ayuntamiento de Guadalajara adjudicó el servicio de ayuda a domicilio en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudicó a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior pero sin reconocerles la antigüedad adquirida en la primera empresa. El TJUE, a diferencia de la sentencia anterior, entendió que concurría transmisión de empresas porque el empresario entrante había contratado a los trabajadoras salientes. Dicha doctrina se reafirma también en la sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asunto Hernández Vidal S.A. y otros, C-127/96, 229/96 y 74/97, ap. 32) referido a un supuesto en que la empresa Hernández Vidal S.A., fabricante de chicles y golosinas, que tenía contratada con otra la limpieza de sus locales, al finalizar la contrata asume por sí misma dicha actividad, si bien en este caso excluye la aplicación de la Directiva, porque, a diferencia del supuesto anterior, la empresa no había contratado a los trabajadores de la empresa concesionaria.

El Tribunal se inclina, en estos supuestos por mantener la tesis de la “sucesión de plantillas”, esto es, por entender que en determinados sectores económicos (tales como servicios de vigilancia o de limpieza) cuando la actividad productiva descansa fundamentalmente en la mano de obra, ésta por sí sola puede considerarse una “entidad económica” en el sentido de la Directiva, de manera que la asunción de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal de la plantilla

del anterior empleador por la nueva adjudicataria puede entenderse que constituye un fenómeno de subrogación empresarial.

La doctrina de la sucesión en la plantilla dio pie a un encendido debate en la jurisprudencia española. Nuestro Tribunal Supremo se mostró durante bastante tiempo impermeable a la doctrina de sucesión de plantilla. El Alto Tribunal consideraba que la sucesión de empresas solo podía establecerse cuando llevaba aparejada transferencia de los elementos patrimoniales que el anterior empresario empleaba para su actividad; por lo que en ausencia de transferencia de elementos patrimoniales, el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en el art. 44. ET, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (SSTS 5 de abril de 1993, R. nº 702/1992, 14 de diciembre de 1994 R. nº 469/1994, 23 de enero de 1995, R. nº 2155/1994, 29 de diciembre de 1997, R. nº 1745/1997).

Es a raíz de la reprobación que el Tribunal Comunitario realiza, en los asuntos *Hernández Vidal y otros* (STJCE de 10 de diciembre de 1998) y *Sánchez Hidalgo y otros* (STJCE de 10 de diciembre de 1998), al Tribunal Supremo, cuando éste se ve obligada a acatar la tesis. A regañadientes y por el carácter vinculante de las decisiones dictadas por el Tribunal Comunitario, llega a aceptar esa doctrina en la Sentencia dictada el 27 de octubre de 2004 (R. nº 899/2002)⁵, estimando que constituye un supuesto de traspaso o sucesión la transferencia de mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de relaciones laborales con núcleo considerable de la plantilla anterior, al poder valorarse ese conjunto como una entidad económica. Pero lo hace mostrando su disconformidad, insistiendo en que la asunción de personal es el efecto y no la causa de la transmisión y poniendo de relieve los efectos indeseables que ello podría generar, en concreto, que el empresario entrante no quisiese contratar a los trabajadores de la empresa saliente para evitar la sucesión, eludiendo así las garantías de la transmisión de los trabajadores salientes que se verían abocados al despido.

Aunque el debate acerca de la conveniencia de la doctrina de la “sucesión de plantilla” continúa estando presente⁶, el Alto Tribunal español, siguiendo los términos de la sentencia del TJCE de 11 de marzo de 1997 (Asunto *Süzen*), ha superado su vieja matriz y presenta una doctrina próxima a la del Tribunal comunitario al admitir la existencia de transmisión de empresa en función de la actividad ejercida sin vincular el mantenimiento de la identidad a la cesión de elementos significativos de activo material o inmaterial, si bien exclusivamente en los casos de sucesión de contratas donde lo esencial es la mera prestación de trabajo por parte de quienes venían ejecutando, y siempre que se dé la asunción de plantilla anterior o de una parte relevante de

⁵ En ella se enjuicia el cese por fin de contrato de quien fue contratado inicialmente para prestar servicios durante la vigencia del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas municipales concertada por su primer empleador, habiéndose subrogado en esa relación los sucesivos contratistas del servicio, lo que no hizo el nuevo que lo asume al tiempo del cese, pese a que sí lo había hecho con el resto de los trabajadores dedicados a ese servicio por cuenta del anterior contratista (salvo con otro), confirmando el Tribunal la calificación del cese como despido impropio efectuado por el nuevo contratista al no hacerse cargo del mismo.

⁶ Véase el debate de gran altura que A. DESDENTADO BONETE mantiene con A. DE LA PUEBLA PINILLA en el Prólogo al libro citado (verdadera obra de referencia), a propósito de las juiciosas reflexiones de la autora sobre la doctrina de la sucesión de plantilla.

la misma por el nuevo empresario como elemento determinante de concurrencia del mantenimiento de la identidad de la entidad económica preexistente.

b) Por otra parte, puede haber supuestos de sustitución en que la actividad ejercida requiera de un material e instalaciones importantes para su desarrollo, pero no sea necesaria la transferencia de esos elementos materiales para su calificación como transmisión de empresa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no vincula necesariamente la existencia de transmisión de empresa a la transferencia de los elementos materiales, admitiendo que puede no ser determinante el que no haya tenido lugar una transmisión de activos. En la sentencia de 2 de diciembre de 1999 G. C. Allen y otros, (Asunto 234/98), en que se trataba de decidir si existía transmisión en un supuesto de subcontratación por parte de una empresa contratista, dedicada a la construcción de viales subterráneos y perforación de galerías, en la que la mayor parte de los activos necesarios para la realización de los trabajos eran suministrados por la empresa principal —el propietario de la mina—, ha considerado que la circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no constituye un obstáculo para que exista una transmisión (tesis apuntada ya previamente en la STJCE de 17 de diciembre de 1987, Ny Molle Kro, Asunto 287/86).

Esta doctrina está teniendo, sin embargo, una irregular acogida en la jurisprudencia española.

En la mayoría de los supuestos en que la actividad de que se trate no descansa fundamentalmente en la mano de obra sino que exige entrega de material e instalaciones importantes, el TS mantiene una clara divergencia con la posición expresada por el TJUE, estimando preciso que se transfiera al nuevo empresario que asume la realización de la actividad o servicios contratados o concedidos, los elementos patrimoniales necesarios —todos o una parte imprescindible— para que pueda realmente contar con la organización de medios.

Así ocurre en el ámbito de la contrata⁷, en que hay entrega al concesionario o contratista de infraestructura básica para la explotación pero no transmisión patrimonial; cabe citar al respecto varias sentencias: por ejemplo la STS de 25 de octubre de 1996, R. nº 804/1996 donde se analiza la concesión por un colegio de los servicios de limpieza y cocina a una contratista previéndose la puesta a disposición de ésta del servicio de los locales debidamente acondicionados, enseres de cocina, mobiliario, utensilios, menaje, básculas, etc.” El Tribunal rechaza la existencia de transmisión porque “facilitar los elementos enumerados no es una transmisión patrimonial de los mismos, sino (...) una puesta a disposición limitada y circunscrita a la ejecución del servicio”; asimismo la STS de 1 de diciembre de 1999 R. nº 1421/1999 ofrece una solución parecida en un caso de puesta a disposición de la empresa concesionaria por parte de un organismo público (Base Aérea de Torrejón dependiente del Ministerio de Defensa) de las instalaciones y enseres necesarios para ejecutar el servicio de cafetería o cantina, cuando al término de la contrata el organismo público cierra la cafetería, no atribuye responsabilidad por subrogación en el despido de los trabajadores a la entidad comitente; o la STS de 22 de mayo de 2000, R. nº 2892/1999 donde tampoco se aprecia la existencia de transmisión

⁷ Vid. A. DE LA PUEBLA op. cit, pp. 108 y 109.

en un supuesto en que la empresa principal decide poner a disposición de la empresa contratista las instalaciones, el mobiliario y el menaje de cocina.

También, parece haber sido el criterio decisivo para negar la existencia de transmisión en el proceso de traspaso de personal del primer concesionario Iberia a la segunda adjudicataria del servicio de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves (actividad conocida como handling) a la entidad Ineuropa Handling en un supuesto de contratación de servicios por parte de AENA. El TS considera en estos casos que lo que hay es un cambio de empresario a través de una cesión de contrato, que deviene nulo por falta de consentimiento del trabajador, generando en ellos el derecho a retornar a la empresa Iberia. Y ello porque el Alto tribunal no aprecia una transmisión de elementos patrimoniales o de infraestructura al nuevo adjudicatario, sino meramente “que se ha dado entrada a una nueva empresa que junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía realizando por una sola en régimen de monopolio”. En definitiva, y aun cuando no puede considerarse que se trate de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige una infraestructura básica que aporta AENA, el Tribunal parece exigir la entrega al nuevo contratista de los elementos patrimoniales (SSTS 29 de febrero de 2000, R. nº 4949/1998, y 8 de abril de 2003, R nº 3965/2001)⁸.

El Tribunal Supremo está condicionando, así, la transmisión de empresa a la transferencia de los elementos patrimoniales, adoptando una perspectiva más estrecha que la que el Tribunal Comunitario acoge al afirmar que “aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión” (STJCE de 11 de marzo de 1997, Asunto Süzen).

Con lo cual está impidiendo que se produzca el mecanismo subrogatorio en bastantes supuestos en que el nuevo titular continúa la misma actividad beneficiándose de las mismas expectativas de negocio, dejando, en consecuencia, fuera de las garantías del art. 44 ET muchos supuestos de descentralización productiva, o sucesión de contratistas o de asunción por el titular de la actividad de realización de la misma una vez subcontratada y extinguida la contrata, que requieren de la transferencia o puesta a disposición de los elementos materiales que configuran la infraestructura de la explotación, y que pueden actuar como elementos determinantes de la existencia de transmisión de empresa.

Es preciso aclarar, no obstante, que el Alto Tribunal ha dictado alguna sentencia reciente en la que acoge la perspectiva más amplia que ofrece el Tribunal Comunitario. Así ha sucedido en la STS de 28 de abril de 2009 R. nº 4614/2007 en la que declara que existe transmisión aun sin haberse producido transferencia de elementos patrimoniales de la empresa principal. Se trata de un caso de sucesión en la adjudicación de la concesión de suministro de radiofármacos y gestión de residuos radioactivos de hospitales del Servicio Andaluz de Salud en la que éste (SAS) ponía a disposición del adjudicatario el local y los medios materiales correspondientes a la prestación del

⁸ Vid un comentario en C. MARTÍNEZ MORENO: *Los traspasos de empresas (Directiva 2001/23/CE y normas precedentes)* en AA. VV. (Dir. J. GARCÍA MURCIA): “La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español”, Mº de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 462 y ss.

servicio (las unidades de radiofarmacia), y la empresa adjudicataria se limitaba abonar una determinada cantidad en concepto de amortización de los bienes muebles. La sentencia aprecia que existe transmisión de empresa porque considera que en este caso sí hubo transmisión de elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Esta sentencia parece apuntar un cierto cambio de tendencia en orden a la delimitación del objeto de la transmisión, porque la decisión sobre la existencia de transmisión de empresa se adopta teniendo en consideración los bienes materiales necesarios para el ejercicio de la actividad y su puesta a disposición a la ejecución del servicio por la empresa contratante y prescindiendo de la efectiva transferencia patrimonial de tales medios.

De todas formas, es pronto todavía para saber si se elevará a categoría de principio; de momento no deja de ser más que una excepción.

APÉNDICE DOCUMENTAL**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
(Sala Cuarta) de 12 de febrero de 2009 (*)****Asunto C-466/07****Dietmar Klarenberg contra Ferrotron Technologies GmbH****(Petición de decisión prejudicial planteada
por el Landesarbeitsgericht Düsseldorf)**

«Política social – Directiva 2001/23/CE – Transmisión de empresas – Mantenimiento de los derechos de los trabajadores – Concepto de “transmisión” – Cesión contractual de una parte del centro de actividad a otra empresa – Autonomía organizativa tras la cesión»

En el asunto C-466/07,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 10 de agosto de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de octubre de 2007, en el procedimiento entre

Dietmar Klarenberg

y

Ferrotron Technologies GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y el Sr. T. von Danwitz, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. G. Arestis y J. Malenovský (Ponente), Jueces;

Abogado General: Sr. P. Mengozzi;

Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 4 de septiembre de 2008;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Klarenberg, por el Sr. J. Dieker, Rechtsanwalt;
- en nombre de Ferrotron Technologies GmbH, por el Sr. M. Trayer, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y C. Blaschke, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. V. Kreuzschitz y J. Enegren, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de noviembre de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82, p. 16).
- 2 Dicha petición fue presentada en el marco de un litigio entre el Sr. Klarenberg y Ferrotron Technologies GmbH (en lo sucesivo, «Ferrotron») en relación con la transmisión de las relaciones laborales a esta sociedad.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 3 La Directiva 2001/23 codificó la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO L 201, p. 88) (en lo sucesivo, «Directiva 77/187»).
- 4 Según el octavo considerando de la Directiva 2001/23:
«La seguridad y la transparencia jurídicas han requerido que se aclare el concepto de [transmisión] a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta aclaración no ha supuesto una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal.»
- 5 El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 dispone:
 - «a) La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.
 - b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva [la] de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio.»
- 6 Con arreglo al artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23:
«Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de [la transmisión], serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal [transmisión].»
- 7 El artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva dispone:
«Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que [la transmisión] ocasiona una modificación substancial de las condiciones

de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario.»

- 8 El artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, de esa misma Directiva es del tenor siguiente:

«En la medida en que la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes o de la representación de los trabajadores afectados por [una transmisión] subsistirán en los términos de las condiciones existentes antes de la fecha de [transmisión] según lo previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o por un acuerdo, siempre que se reúnan las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores.

[...]

Si la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos no conserva su autonomía, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores [transmitidos] que estuvieran representados antes de [la transmisión] se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores.»

- 9 La redacción de las mencionadas disposiciones del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 es, esencialmente, idéntica a la de las disposiciones del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187.

Normativa nacional

- 10 El artículo 613a, apartado 1, primera frase, del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch; en lo sucesivo, «BGB») es del tenor siguiente:

«Cuando se transmita un centro de actividad o una parte de un centro de actividad mediante negocio jurídico a otro titular, éste se subrogará en los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales existentes en la fecha de transmisión.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 11 Desde el 1 de enero de 1989, el Sr. Klarenberg, demandante en el litigio principal, era empleado de ET Electrotechnology GmbH (en lo sucesivo, «ET»), sociedad especializada en el desarrollo y la fabricación de productos en el sector de la automatización industrial y de las técnicas de medición y control de la industria siderúrgica.
- 12 El 1 de mayo de 1992, el Sr. Klarenberg fue nombrado director del departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS» (Investigación y desarrollo/Sistemas ET/Redes/Interfaces y sistemas de buses) de ET. Dicho departamento se componía de tres unidades: «F+E/ET-Systeme» (Investigación y desarrollo/Sistemas ET), dirigida por el Sr. Klarenberg; «EDV/Netzwerk/Serversysteme/Datensicherung» (Tecnologías de la Información/Redes/Servidores/Seguridad de datos) y «Produktion/Schaltstränke/Platinen» (Producción/Cuadros de distribución/Circuitos impresos), de la cual era responsable el Sr. Neumann, que al mismo tiempo era subdirector del departamento en su totalidad.

- 13 Ferrotron está especializada en el diseño y fabricación de productos en el sector de las tecnologías de medición y regulación de la industria siderúrgica.
- 14 El 22 de noviembre de 2005, ET celebró con Ferrotron y con la sociedad que controla a esta última, con domicilio en Estados Unidos, un contrato denominado «asset and business sale and purchase agreement» (Contrato de compraventa de activos y negocio), relativo a los siguientes productos, desarrollados por el departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS» de ET: «ET-DecNT», «ET-DecNT light», «ET-DecNT Power Melt», «ET-TempNet», «ET-OxyNet» y «FT 7000».
- 15 En virtud de ese contrato, la sociedad que controla a Ferrotron adquirió todos los derechos sobre el software, las patentes, las solicitudes de patente y las invenciones relativas a los productos de que se trata, así como sobre las denominaciones de los mismos y los procedimientos técnicos. Ferrotron adquirió el hardware de desarrollo y los materiales de fabricación que figuraban en las existencias de ET así como una lista de proveedores y una de clientes. Asimismo, fueron transferidos a Ferrotron algunos trabajadores de ET, a saber, el Sr. Neumann y tres ingenieros de la unidad «F+E/ET-Systeme».
- 16 De la resolución de remisión se desprende asimismo que, además de los productos objeto del mencionado contrato, Ferrotron desarrolla, produce y comercializa otros productos en el sector de la tecnología de medición metalúrgica y que los antiguos trabajadores de ET fueron integrados en la estructura organizativa existente de Ferrotron. Por otra parte, esos trabajadores desarrollan funciones vinculadas con productos distintos de los que Ferrotron adquirió de ET.
- 17 El 17 de julio de 2006 se inició un procedimiento concursal contra ET.
- 18 El Sr. Klarenberg interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Wesel con el fin de que Ferrotron lo readmitiera a su servicio como director de departamento. Sin embargo, el Arbeitsgericht Wesel desestimó su demanda mediante resolución de 29 de noviembre de 2006.
- 19 El Sr. Klarenberg interpuso recurso de apelación contra dicha resolución ante el Landesarbeitsgericht Düsseldorf, solicitando que Ferrotron lo readmitiera a su servicio en las condiciones del contrato de trabajo celebrado con ET el 1 de enero de 1989. Con carácter subsidiario, el Sr. Klarenberg solicitó al citado órgano jurisdiccional que declarara que desde el 9 de diciembre de 2005 existía una relación laboral entre las partes.
- 20 El mencionado órgano jurisdiccional considera que el departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS», dirigido por el Sr. Klarenberg, constituye una parte de un centro de actividad a los efectos del artículo 613 a, apartado 1, primera frase, del BGB, que ha sido transferido a Ferrotron, dado que ésta adquirió los medios de producción básicos, más la lista de clientes y proveedores de dicho centro de actividad, aceptó una parte de los trabajadores que conocían los procedimientos técnicos y que su sociedad matriz adquirió los derechos sobre los principales productos y tecnologías.
- 21 No obstante, el Landesarbeitsgericht Düsseldorf se plantea la cuestión de si se trata de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23. En efecto, según algunas resoluciones recientes del Bundesarbeitsgericht, no se admite la existencia de una

transmisión de una parte del centro de actividad a un nuevo empresario en caso de que el cesionario no siga gestionando la parte del centro de actividad de que se trata sin cambios sustanciales y si no mantiene la identidad de ésta. Afirma que de esta jurisprudencia se desprende que la transmisión supone que el cesionario mantiene la autonomía de la parte del centro de actividad en el plano organizativo. Por el contrario, no se considera transmitida una parte del centro de actividad cuando está totalmente integrada en la estructura organizativa de la otra empresa o cuando el trabajo se realiza en el seno de una estructura organizativa claramente más importante.

- 22 Según el órgano jurisdiccional remitente, en el litigio principal Ferrotron no permitió que la parte del centro de actividad de que se trata conservara su autonomía organizativa, en la medida en que los trabajadores aceptados fueron integrados en diferentes departamentos y dado que, además, las tareas transferidas ahora se realizan en el marco de otra estructura organizativa.
- 23 En estas circunstancias, el Landesarbeitsgericht Düsseldorf decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:
- «Para que exista una transmisión de una parte de una empresa o centro de actividad a los efectos del artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE, ¿es preciso que dicha parte de empresa o centro de actividad, en la organización del nuevo empresario, permanezca como una parte de empresa o centro de actividad autónomo?»

Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

- 24 En sus observaciones, Ferrotron expresó sus dudas sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial, cuestionando la pertinencia de dicha petición para la resolución del litigio principal.
- 25 Recuérdese, a este respecto, que, según reiterada jurisprudencia, el procedimiento establecido por el artículo 234 CE es un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para la solución del litigio que deban dirimir (véanse, en particular, las sentencias de 5 de febrero de 2004, Schneider, C-380/01, Rec. p. I-1389, apartado 20; de 14 de septiembre de 2006, Stradasfalti, C-228/05, Rec. p. I 8391, apartado 44, así como de 16 de octubre de 2008, Kirtruna y Vigano, C-313/07, Rec. p. I-0000, apartado 25).
- 26 En el marco de esta cooperación, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencias Schneider, antes citada, apartado 21; de 30 de junio de 2005,

Längst, C-165/03, Rec. p. I-5637, apartado 31, así como Kirtruna y Vigano, antes citada, apartado 26).

- 27 De ello se deriva que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros, C-202/04 y C-94/04, Rec. p. I-11421, apartado 25; de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros, C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233, apartado 22, así como Kirtruna y Vigano, antes citada, apartado 27).
- 28 De la jurisprudencia se desprende, a este respecto, que la presunción de pertinencia de las cuestiones prejudiciales no puede desvirtuarse por la mera circunstancia de que una de las partes del litigio principal niegue algunos hechos cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia y de los cuales depende la definición del objeto de dicho litigio (sentencias, antes citadas, Cipolla y otros, apartado 26, y van der Weerd y otros, apartado 23).
- 29 En primer lugar, Ferrotron sostiene que debe descartarse de entrada la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23, puesto que no se ha demostrado que los elementos adquiridos por Ferrotron constituyan una entidad que pueda ser objeto de dicha transmisión. Por tanto, en su opinión, la presente cuestión prejudicial no es pertinente para la solución del litigio principal.
- 30 No obstante, debe señalarse que el órgano jurisdiccional remitente realizó una apreciación diferente de ese extremo. En efecto, estima que el departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS» es una parte del centro de actividad en el sentido del artículo 613a, apartado 1, primera frase, del BGB, que fue transmitida a Ferrotron, dado que ésta adquirió los medios de producción básicos, más la lista de clientes y proveedores de dicho centro de actividad, aceptó una parte de los trabajadores que conocían los procedimientos técnicos y que su sociedad matriz adquirió los derechos sobre los principales productos y tecnologías. A la vista de los elementos citados por el órgano jurisdiccional remitente y de la conclusión a la que llegó, bajo su propia responsabilidad, no procede cuestionar la pertinencia de la cuestión prejudicial que plantea.
- 31 En segundo lugar, Ferrotron observa que, aun cuando se estimara que existió una transmisión de empresa sobre la base de la Directiva 2001/23, ello no implicaría la transmisión del contrato de trabajo del demandante en el litigio principal, puesto que gran parte de las funciones que este último ejercía en ET lo eran en unidades distintas del departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS», de modo que no podían vincularse a éste.

- 32 Sin embargo, al describir el marco fáctico en el que se inserta la cuestión planteada, la resolución de remisión indica expresamente, por el contrario, que el demandante en el litigio principal dirige el departamento «F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS». Como se desprende del apartado 27 de la presente sentencia, esta apreciación fáctica se efectúa bajo la responsabilidad exclusiva del juez nacional y no corresponde al Tribunal de Justicia comprobar su exactitud.
- 33 En tercer lugar, la demandada en el litigio principal estima que ha prescrito el derecho del Sr. Klarenberg a reclamar la cesión de su contrato de trabajo, puesto que, a pesar de conocer la existencia del acuerdo celebrado entre la propia demandada y ET, esperó no obstante a que se manifestase la situación de insolvencia de ésta para formular sus pretensiones frente a Ferrotron.
- 34 El hecho de que en Alemania exista una normativa que establece un plazo transcurrido el cual el demandante en el litigio principal ya no podría reclamar la cesión de su contrato de trabajo constituye una cuestión que, como se desprende del apartado 28 de la presente sentencia, no corresponde verificar al Tribunal de Justicia.
- 35 A la vista de las anteriores consideraciones, procede señalar que la petición de decisión prejudicial es admisible.

Sobre la cuestión prejudicial

- 36 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta también puede aplicarse a una situación en la que el nuevo empresario no mantiene la autonomía organizativa de la parte de empresa o del centro de actividad cedido.
- 37 Recuérdese, con carácter preliminar, que, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véanse, en particular, las sentencias de 18 de mayo de 2000, KVS International, C-301/98, Rec. p. I-3583, apartado 21; de 6 de julio de 2006, Comisión/Portugal, C-53/05, Rec. p. I-6215, apartado 20, y de 16 de octubre de 2008, deutsche internet versicherung, C-298/07, Rec. p. I-0000, apartado 15).
- 38 Del propio tenor del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23 se desprende que está incluida en su ámbito de aplicación toda transmisión a otro empresario de una empresa, un centro de actividad o una partes de empresa o de un centro de actividad como resultado de una cesión contractual o de una fusión.
- 39 Además de cumplir los mencionados requisitos, para que sea aplicable la Directiva 2001/23, la transmisión debe satisfacer los establecidos en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, es decir, debe referirse a una unidad económica, entendida como «conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria», que mantiene su «identidad» con posterioridad a la transmisión.
- 40 Recuérdese, en primer lugar, como se desprende del octavo considerando de la Directiva 2001/23, que esta norma fue adoptada para aclarar el concepto de

transmisión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 7 de febrero de 1985, *Botzen y otros*, 186/83, Rec. p. 519, apartado 6, y de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 11). Según esta jurisprudencia, la Directiva 2001/23 pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una unidad económica, con independencia de un cambio de propietario y, de ese modo, proteger a los trabajadores en caso de que se produzca dicho cambio.

- 41 De las disposiciones del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23, en relación con las del mismo apartado 1, letra b), se desprende que, si la unidad económica transmitida no conserva su identidad, la aplicación de las disposiciones del mencionado artículo 1, apartado 1, letra b), relegan la disposición principal establecida en dicho apartado 1, letra a). De ello se deriva que el artículo 1, apartado 1, letra b), puede reducir el alcance de dicho apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/23 y, por ende, el alcance de la protección concedida por la Directiva. Por consiguiente, esa disposición debe interpretarse restrictivamente.
- 42 La demandada en el litigio principal alega que la «entidad económica», definida en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, sólo conserva su identidad si se mantiene el vínculo organizativo que une al conjunto de las personas o elementos. Por el contrario, afirma que la unidad económica cedida no conserva su identidad cuando, a raíz de la cesión, pierda su autonomía organizativa, de modo que el cesionario integre los recursos adquiridos en una estructura completamente nueva.
- 43 Sin embargo, habida cuenta, especialmente, de que el objetivo perseguido por la Directiva 2001/23 es, como se desprende el apartado 40 de la presente sentencia, garantizar una protección efectiva de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión, no cabe aceptar la mencionada concepción de la identidad de la entidad económica, esgrimida por la demandada en el litigio principal, basada únicamente en el factor relativo a la autonomía organizativa. En efecto, dicha concepción implicaría que no se aplicara la Directiva 2001/23 a la parte de empresa o del centro de actividad por el mero hecho de que el cesionario decidiera disolver dicha parte de la empresa o del centro de actividad adquirido e integrarlo en su propia estructura, privando de ese modo a los trabajadores afectados de la protección concedida por esa Directiva.
- 44 En lo que respecta precisamente al factor relativo a la organización, si bien el Tribunal de Justicia declaró con anterioridad que éste contribuye a definir la identidad de una entidad económica (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 15 ; de 2 de diciembre de 1999, *Allen y otros*, C-234/98, Rec. p. I-8643, apartado 27; de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, C-175/99, Rec. p. I-7755, apartado 53, y de 25 de enero de 2001, *Liikenne*, C-172/99, Rec. p. I-745 apartado 34), también ha estimado que una modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartados 20 y 21; *Mayeur*, antes citada, apartado 54, y de 13 de septiembre de 2007, *Jouini y otros*, C-458/05, Rec. p. I-7301, apartado 36).

- 45 Por otra parte, el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 define por sí mismo la identidad económica refiriéndose a un «conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorias», poniendo de relieve no sólo el elemento organizativo de la entidad transmitida, sino también la continuidad de su actividad económica.
- 46 A la vista de cuanto se ha expuesto, el requisito relativo al mantenimiento de la identidad de una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23 ha de interpretarse teniendo en cuenta los dos elementos previstos en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, que, considerados conjuntamente, constituyen esa identidad, y el objetivo de protección de los trabajadores perseguido por la mencionada Directiva.
- 47 Con arreglo a esas consideraciones y, para no privar a la Directiva 2001/23 de una parte de su eficacia, no procede interpretar el mencionado requisito en el sentido de que exige el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino, como destacó el Abogado General en los puntos 42 y 44 de sus conclusiones, en el sentido de que supone el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores.
- 48 En efecto, el mantenimiento de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 1994, Schmidt, C-392/92, Rec. p. I-1311, apartado 17).
- 49 En el marco de la apreciación global del conjunto de las circunstancias fácticas que caracterizan la operación examinada en el litigio principal, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de los elementos que preceden (véanse, en este sentido, las sentencias Spijkers, antes citada, apartado 13; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; Süzen, antes citada, apartado 14, y Allen y otros, antes citada, apartado 26), si se ha mantenido la identidad de la entidad económica transmitida.
- 50 Como destacaron tanto el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, como el Gobierno alemán y la Comisión de las Comunidades Europeas en sus observaciones ante el Tribunal de Justicia, la redacción del artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, de la Directiva 2001/23 confirma que la intención del legislador comunitario es que esta Directiva se aplique a toda transmisión que cumpla los requisitos establecidos en su artículo 1, apartado 1, con independencia de que la entidad económica transmitida conserve o no su autonomía en la estructura del cesionario.
- 51 Por último, procede examinar la alegación de la demandada en el litigio principal de que, en cualquier caso, si la entidad económica cedida perdiera su autonomía organizativa, no podría garantizarse la continuidad de las relaciones de trabajo tal y como se propone la Directiva 2001/23, ya que el puesto de director de unidad que anteriormente ocupaba el Sr. Klarenberg no podría vincularse a ningún puesto de trabajo equivalente en la nueva organización del trabajo impuesta por el cesionario.
- 52 Recuérdese, a este respecto, que el Tribunal de Justicia ha declarado que la posible obligación de resolver los contratos de trabajo de Derecho privado en caso de

transmisión de una actividad económica a una persona jurídica de Derecho público constituye, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, derivada directamente de la transmisión, de modo que, en tal caso, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario (sentencia *Mayeur*, antes citada, apartado 56). De modo análogo, procede considerar que, en caso de transmisión, si la eventual imposibilidad de atribuir a un trabajador, en la estructura organizativa impuesta por el cesionario, un puesto de trabajo equivalente al que dicho trabajador ocupaba al servicio del cedente provoca una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del interesado, tal imposibilidad podría asimilarse a la resolución de un contrato de trabajo imputable al empresario en el sentido de la mencionada disposición.

- 53 Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta también se aplica a una situación en la que la parte de empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que este vínculo permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Costas

- 54 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta también se aplica a una situación en la que la parte de empresa o del centro de actividad cedido no mantiene su autonomía organizativa, siempre que se mantenga el vínculo funcional entre los diferentes factores de producción transmitidos y que éste permita al cesionario utilizarlos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

EL CASO *ENGQUIST* v. OREGON DEPARTMENT OF AGRICULTURE ET AL. (2008). LA ÚLTIMA PALABRA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN FAVOR DEL DESPIDO LIBRE

[*ENGQUIST* v. OREGON DEPARTMENT OF AGRICULTURE ET AL. (2008).
THE LAST WORD BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES
IN FAVOUR OF AT-WILL EMPLOYMENT]

Jesús Martínez Girón

Sumario: I. APROXIMACIÓN FORMAL AL CASO *ENGQUIST*. II. LA DOCTRINA DEL CASO *ENGQUIST* SOBRE EL DESPIDO LIBRE. III. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CASO *ENGQUIST* SOBRE EL DESPIDO LIBRE. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. A FORMAL APPROACH TO THE ENGQUIST CASE. II. THE DOCTRINE OF THE ENGQUIST CASE ABOUT AT-WILL EMPLOYMENT. III. CONTEXTUALIZATION OF THE DOCTRINE OF THE ENGQUIST CASE ABOUT AT-WILL EMPLOYMENT. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: La del despido libre es una regla tradicional del Derecho norteamericano del contrato de trabajo. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha confirmado recientemente su vigencia en el empleo público, en el caso Engquist (2008). La doctrina de este caso contrasta fuertemente con el Derecho Social Europeo, tal y como se formaliza en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vigente desde 1 diciembre 2009), en la que se reconoce el derecho a protección frente al despido injustificado.

Abstract: Employment at-will is a traditional rule of the American employment Law. The Supreme Court of the United States has recently confirmed its force in public employment, in the Engquist case (2008). The doctrine of this case is strongly contrasting with the European Social Law as formalized in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (in force since December 1st, 2009), in which it is recognized the right to protection in the event of unjustified dismissal).

Palabras clave: Despido libre – Estados Unidos – Derecho comparado del Trabajo.

Keywords: Employment at-will – United States – Comparative Labor Law.

* * *

I. APROXIMACIÓN FORMAL AL CASO *ENGQUIST*

1. Desde un punto de vista procesal, el caso *Engquist* —que creemos que ha valido la pena traducir íntegramente al castellano¹— resuelve un «*certiorari*», institución procesal típicamente yankee creada en 1925², regulada actualmente en las «Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos» de 17 julio 2007³, y que evoca —pero de lejos— la «casación» existente en los grandes países del continente europeo, como Francia, Italia, Alemania o España⁴. Esta evocación es clara, puesto que el «*certiorari*» es un recurso, a resolverse por la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto que posible último grado jurisdiccional —al igual que sucede en la hipótesis de la «casación»—, frente a resoluciones judiciales de muy diverso tipo⁵, entre las que se cuentan las Sentencias dictadas por las Cortes Federales de Apelaciones actuantes en cualquiera de los trece «circuitos judiciales» de los Estados Unidos (en el caso *Engquist*, se trataba de una Sentencia de la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, que comprende Alaska, Arizona, California, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington, Guam y Hawaii)⁶. Pero se trata asimismo de una evocación lejana, pues —a diferencia de la «casación»— acceder a revisar un caso a través de este mecanismo procesal «no es materia de Derecho, sino de discrecionalidad judicial [*judicial discretion*]»⁷, que sólo se ejercita por la Corte Suprema de los Estados Unidos con mucho rigor —de ahí su carga de trabajo muy liviana, a diferencia de las siempre atascadas y generalmente atrasadas Cortes «de casación» del continente europeo—, esto es, «por razones graves [*compelling reasons*]»⁸, entre las que se cuenta (aunque sin vincular nunca a la Corte Suprema de los Estados Unidos, a efectos de que acceda a entrar a revisar) la de que —como ocurría en el caso *Engquist*— «una Corte de Apelaciones de los Estados Unidos haya dictado Sentencia en conflicto con las Sentencias de otras Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos sobre la misma materia importante [*on the same important matter*]»⁹.

2. Estructuralmente hablando, se trata de un caso dividido en tres partes bien diferenciadas, a saber: 1) la inicial, o parte relativa a la que podría denominarse hoja «de créditos» del caso (litigantes, Jueces de la Corte Suprema intervinientes en él y resultado de su intervención, abogados de las partes y sus coadyuvantes, etc.)¹⁰; 2) la intermedia, o parte relativa a la opinión de la «mayoría [*majority*]» de Jueces que decidió

¹ Véase *infra*, APÉNDICE DOCUMENTAL.

² Al respecto, véase W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, 2ª ed., Vintage (Nueva York, 2002), pág. 237.

³ Localizables en el enlace «Court Rules» del portal en Internet de la propia Corte Suprema, ubicado en www.supremecourtus.gov.

⁴ Acerca de la justificación de nuestra traducción de la palabra alemana «*Revision*» por «casación», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 93.

⁵ Cfr. Regla 10.

⁶ 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. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 83 y nota 58.

⁷ Regla 10, párrafo primero, inciso primero.

⁸ *Ibidem*, inciso segundo.

⁹ Cfr. Regla 10, letra (a).

¹⁰ En esta parte, se menciona a «Lisa S. BLATT, Washington, D.C., por los Estados Unidos como *amicus curiae*, con permiso especial de la Corte, apoyando a los recurridos». Según las citadas «Reglas» de la Corte Suprema, «el informe de un *amicus curiae*, que llama la atención de la Corte sobre una materia importante, no traída ya a su atención por las partes, puede ser de considerable ayuda para la Corte» (Regla 37, apartado 1, inciso primero).

el caso —integrada aquí por seis de ellos—, encabezada por la expresión «el Juez Presidente ROBERTS expresó la opinión de la Corte»; y 3) la final, o parte relativa a la «opinión disidente [*dissenting opinion*]» de los tres Jueces restantes, que comienza con la frase «el Juez STEVENS, al que se suman el Juez SOUTER y la Juez GINSBURG, disienten». En consecuencia, el caso *Engquist* refleja una Corte Suprema dividida, encarnando esta división los dos tipos de opiniones más frecuentemente utilizados por la propia Corte (esto es, la mayoritaria y la disidente), cuando resuelve sus casos. Evidentemente, cabe la existencia de más tipos diferentes de opiniones, de los que el caso *Engquist* —al repasar jurisprudencia anterior— menciona los tres siguientes: 1) la opinión expresada «*per curiam*», u opinión de la propia Corte Suprema sin más, esto es, sin mención de ningún concreto Juez que la hubiese redactado¹¹; 2) la «opinión concurrente [*concurring opinion*]»¹², que es la que concuerda en el resultado con otra (por ejemplo, el de la opinión de la mayoría), pero no en los concretos razonamientos utilizados por la misma; y 3) la «opinión pluralitaria [*plurality opinion*]», u opinión de la minoría mayoritaria de sus nueve Jueces¹³.

3. La opinión de la mayoría, redactada aquí por el propio Juez Presidente de la Corte —un conservador muy joven, aunque con un *curriculum* bastante típico, nombrado en 2005 por el Presidente George W. BUSH¹⁴—, está materialmente dividida en tres partes: 1) la parte dispositiva o fallo, troceado —en lo esencial— al comienzo y al final de dicha opinión; 2) la segunda parte (encabezada por el ordinal romano «I»), orientada a describir los antecedentes fácticos y procesales del caso, que concluye recordando que «otorgamos certiorari para resolver este desacuerdo en las Cortes inferiores»; y 3) la tercera parte (encabezada por el ordinal romano «II»), a su vez dividida en otras dos porciones («A» y «B»), donde se despliegan los fundamentos jurídicos de la opinión y, por tanto, su contenido doctrinalmente más importante. Las fuentes manejadas en dichos fundamentos son la Constitución federal (más en concreto, sus Enmiendas Primera, Cuarta y, sobre todo, Decimocuarta), diversas Leyes federales recopiladas en el Código de los Estados Unidos¹⁵ (y sólo por excepción, en el repertorio «Pub. L.»)¹⁶ y, sobre todo, casos y más casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos —fallados entre 1882 y 2006—, con indicación sistemática de hasta tres repertorios jurisprudenciales distintos (el oficial «U.S.»¹⁷, y los no oficiales «S.Ct.»¹⁸ y «L.Ed.»¹⁹)

¹¹ Ejemplos de ella, traídos a colación por el Juez Presidente ROBERTS, en el párrafo sexto del apartado I y en el párrafo segundo del apartado II de su opinión.

¹² Ejemplos de ella, traídos a colación por el Juez Presidente ROBERTS, en los párrafos primero y cuarto del subapartado B del apartado II de su opinión.

¹³ Ejemplos de ella, traídos a colación por el Juez Presidente ROBERTS, en los párrafos primero y segundo del subapartado A del apartado II, y en el párrafo decimoprimer del subapartado B del apartado II, de su opinión.

¹⁴ Su biografía, al igual que la de los demás Jueces actuales de la Corte, resulta accesible en el enlace «About de Supreme Court» de la página de acogida del citado sitio en Internet de la propia Corte.

¹⁵ Sobre este Código, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., págs. 12 y 21-23.

¹⁶ Abreviatura de «Public Laws». El repertorio resulta accesible a través del enlace «Public and Private Laws» del sistema norteamericano de difusión por Internet del Derecho federal de dicho país, ubicado en www.gpoaccess.gov.

¹⁷ Acerca de este repertorio («*United States Reports*») y su utilización gratuita a través de Internet, véase A. ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, jr. en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo* (ACDCT), vol. I (2009), pág. 14.

¹⁸ Abreviatura de «*Supreme Court Reporter*».

¹⁹ Abreviatura de «*United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition*» (la abreviatura «2d», frecuentemente acompañante de la citada, alude a la segunda serie del repertorio en cuestión).

donde cabe su localización. Según afirma el Juez STEVENS —un liberal nombrado en 1975 por el Presidente Gerald R. FORD, con 88 años de edad cumplidos, cuando se decidió *Engquist*—, en su opinión disidente (larga y con más subdivisiones [«I», «II», «III» y «IV»] que la propia opinión mayoritaria, con notas a pie de página e, incluso, con cita nominal de alguna doctrina científica), la opinión de la mayoría resultaba ser jurídicamente tosca, resumiendo cuanto pensaba su indicación —con ironía— de que si aquí «alguna cirugía fuese verdaderamente necesaria ..., la Corte debería usar un escalpelo en vez de un hacha de carnicero»²⁰.

II. LA DOCTRINA DEL CASO *ENGQUIST* SOBRE EL DESPIDO LIBRE

4. Para comprender la doctrina establecida por *Engquist*, me parece imprescindible realizar tres precisiones terminológicas protocolares. La primera, relativa a que «empleo público [*public employment*]» designa la contratación de una persona, como trabajador, por parte de un empresario público (el Gobierno federal, cualquiera de los Gobiernos de los Estados Federados, sus agencias, etc.). La segunda, que «empleo a voluntad [*at-will employment*]» identifica el despido libre (esto es, empleo a voluntad de cualquiera de las dos partes contratantes)²¹, teniendo en cuenta —según se afirma en *Engquist*— que «el principio básico del empleo a voluntad es que el trabajador puede ser cesado por “una razón buena, una razón mala o sin ninguna razón”»²². Y la tercera, que la expresión «teoría de la protección igual de la “clase de uno” [*“class-of-one” theory of equal protection*]» apunta directamente al principio de igualdad de trato —en cuanto que distinto del principio de no discriminación—, violado cuando «uno» es desigualmente tratado frente a otros, no por alguna causa discriminatoria expresamente prohibida (raza, sexo, origen nacional, etc.) —que determinaría su pertenencia a una «clase»—, sino simplemente «sin una base racional, y solamente por razones arbitrarias, vengativas o maliciosas»²³. Con estas premisas, ya puede anticiparse que la Corte Suprema de los Estados Unidos falló aquí que «dicha teoría de la protección igual de la “clase de uno” no tiene lugar en el contexto del empleo público»²⁴.

5. Muy concisamente, el supuesto de hecho sobre el que se proyectó dicha anti-pática doctrina fue el siguiente: 1) Anup ENGQUIST era una trabajadora empleada por un laboratorio del Ministerio de Agricultura del Estado federado de Oregon, aparentemente «despedida por crisis [*laid off*]»²⁵; 2) tras su despido, demandó a dicho Ministerio y a dos directivos del laboratorio en que trabajaba ante una Corte federal de Distrito, ejercitando una pluralidad de acciones²⁶; 3) «el jurado rechazó las acciones de discriminación de Engquist por pertenencia a una clase sospechosa —sus acciones por raza, sexo y origen nacional—, pero falló a su favor en la acción de clase de uno»²⁷, y

²⁰ Véase el párrafo primero *in fine* de la misma.

²¹ Expresiones sinónimas de la recién citada son, también, «extinción a voluntad [*termination at will*]» y «contratación a voluntad [*hiring at will*]». Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988), págs. 55 y ss.

²² Cfr. párrafo undécimo del subapartado B del apartado II, de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

²³ Estas afirmaciones, en el párrafo quinto del apartado I de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

²⁴ Véase párrafo primero, inciso segundo, de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

²⁵ Véase párrafo segundo del apartado I de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

²⁶ *Ibidem*, párrafo tercero.

²⁷ *Ibidem*, párrafo quinto.

«le otorgó 175.000 dólares por daños y perjuicios compensatorios, y 250.000 dólares por daños y perjuicios de castigo»²⁸; 4) los demandados recurrieron ante la Corte de Apelaciones del correspondiente «circuito» federal, que revocó el fallo recurrido —a pesar de la existencia de jurisprudencia amparándolo en otros «circuitos» federales—, pues «extender la teoría de la protección igual de la clase de uno al contexto del empleo público conduciría a una interferencia judicial indebida en las prácticas laborales estatales, e “invalidaría completamente la práctica del empleo público a voluntad [*the practice of public at-will employment*]”»²⁹; y 5) tras la concesión del «*certiorari*» a la despedida³⁰, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó el fallo recién citado de segunda instancia («*The judgement of the Court of Appeals is affirmed*»), contrario a Anup ENGQUIST.

6. Para llegar a esta conclusión, el Juez Presidente ROBERTS tuvo que reconocer que existía un precedente de autoridad en la «jurisprudencia»³¹ de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el principio de igualdad de trato³², pero aparentemente inaplicable al caso que enjuiciaba, pues —sobre la base de existir «una diferencia crucial . . . entre el Gobierno ejerciendo el poder de regular o autorizar, como legislador”, y el Gobierno actuando “como propietario, para gestionar [su] funcionamiento interno”»³³— resultaba que el precedente en cuestión se refería sólo a la actuación del Gobierno como soberano, pero no como empresario. Esto despejado —«el Gobierno como empresario tiene verdaderamente poderes mucho más amplios que los que tiene como soberano»³⁴—, razonó a continuación que a diferencia «de las decisiones gubernamentales “en condiciones de igualdad” (p.ej., urbanismo, licencias)»³⁵, como las enjuiciadas por el precedente invocado, «tratar aparentemente de modo diferente a personas similarmente situadas, en el contexto del empleo, es típico»³⁶. Según él, se trataba de una tipicidad amparada —aparte en razones de conveniencia práctica— sobre todo por la tradicional doctrina norteamericana de despido libre, respecto de la que escribió: 1) que «el reconocimiento de la teoría de la protección igual de la clase de uno en el contexto del empleo público —esto es, la queja de que el Estado trató al trabajador de modo diferente a otros por una mala razón, o sin ninguna razón— es sencillamente contrario al concepto de empleo a voluntad [*contrary to the concept of at-will employment*]»³⁷; 2) considerándola una realidad incluso entrañable, que «la Constitución no exige repudiar esa doctrina familiar [*the Constitution does not require repudiating that familiar doctrine*]»³⁸; y 3) que «una decisión gubernamental de limitar la capacidad de los empresarios públicos

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, párrafo sexto.

³⁰ *Ibidem*, párrafo séptimo.

³¹ Esta palabra, en inglés («*jurisprudence*»), con el mismo significado que le damos usualmente en la Europa continental, aparece utilizada —a pesar de lo insólito de la misma, en el contexto de las decisiones judiciales yankees— tanto por el Juez Presidente ROBERTS (cfr. párrafo primero del subapartado B del apartado II de su opinión) como por el Juez STEVENS (cfr. párrafo primero del apartado I y párrafo primero del apartado II de su opinión).

³² Se trataba del caso *Village of Willowbrook v. Olech*, 528 U.S. 562 (2000).

³³ Cfr. párrafo primero del subapartado A del apartado II de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. párrafo octavo del subapartado B del apartado II de la opinión del Juez Presidente ROBERTS.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, párrafo decimosegundo.

³⁸ *Ibidem*.

de despedir a voluntad es un acto de gracia legislativa, no un mandato constitucional [*a government's decision to limit the ability of public employers to fire at will is an act of legislative grace, not constitutional mandate*]³⁹.

III. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CASO *ENGQUIST* SOBRE EL DESPIDO LIBRE

7. Desde el punto de vista de su contexto interno o doméstico yankee, esta doctrina del caso *Engquist* —que constituye la última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos, hasta el momento en que esto escribo, en favor del despido libre— resulta congruente con la serie de casos, no muchos, que la propia Corte viene resolviendo sobre dicho tema, desde que procedió a constitucionalizar expresamente la doctrina del «empleo a voluntad», un siglo antes (exactamente, en 1908)⁴⁰. En efecto, aunque las Cortes de diversos Estados federados han venido creando excepciones jurisprudenciales —desde 1959— a la regla de despido libre⁴¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha negado siempre a reconocer la existencia de las mismas, lo que explica que en *Engquist* —justificando sólo las excepciones legales— se hablase, recuérdese, de «acto de gracia legislativa». El punto de inflexión pudo haberlo marcado el caso *Ingersoll-Rand Co. v. McClendon* (1990)⁴², pero aquí la Corte Suprema de los Estados Unidos evitó juridificar cierta excepción jurisprudencial a la regla de despido libre, creada por las Cortes del Estado de Texas, dando una interpretación en sentido amplísimo a la excepción que aparecía contenida en el articulado de cierta Ley federal (se trataba de nuevo, por tanto, de una mera excepción legal, como todas las que aparecen relacionadas en *Engquist*)⁴³.

8. Si mirada la decisión, en cambio, desde un contexto más amplio —como el de los Estados miembros de la Europa unida, por ejemplo—, es claro el contraste entre la doctrina de *Engquist* y la entrada en vigor, prácticamente coetánea, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se proclama —como derecho fundamental de solidaridad— que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales»⁴⁴. Esto equivale desde luego a prohibir en los Estados miembros la práctica del despido libre, aunque tampoco ampare el inmovilismo existente en España, en materia de protección contra el despido. En efecto, téngase en cuenta —precisamente porque protección frente al despido injustificado no implica necesariamente protección «igual» de todos los trabajadores injustificadamente despedidos— que en bastantes Estados miembros, iuscomparativamente muy significativos para nosotros (por ejemplo, Alemania, Francia, Italia o Portugal), se admite

³⁹ *Ibidem*, párrafo decimotercero.

⁴⁰ Sobre el caso *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, cit., págs. 127 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, págs. 155 y ss.

⁴² 498 U.S. 133.

⁴³ La excepción legal en cuestión aparecía recogida en la sección 510 de la Ley de Seguridad de los Ingresos por Retiro del Trabajador (*Employee Retirement Income Security Act*) o ERISA de 1974, actualmente recopilada en la sección 1140 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

⁴⁴ Artículo 30 (rotulado «Protección en caso de despido injustificado»). Sobre la plena eficacia jurídica de la Carta en cuestión, desde 1 diciembre 2009, véase artículo 6 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (*Diario Oficial* núm. C 115, de 9 mayo 2008).

una protección diferenciada (inexistencia de readmisión como regla, indemnizaciones más reducidas, imposición de la carga de probar, etc.) en atención a cuál sea el tamaño de la empresa a que pertenezcan los trabajadores despedidos⁴⁵.

9. Aunque resulte escandaloso, el contexto de la Unión Europea como empresario (a denominar de la Unión Europea «*ad intra*»), que también es —como en *Engquist*— un contexto de empleo público, sí resulta parangonable al existente en los Estados Unidos de Norteamérica en materia de despido, supuesto que el personal laboral al servicio de la Unión Europea (eufemísticamente denominado sus «otros agentes», distintos de los funcionarios) está sometido —según el llamado «Estatuto de los funcionarios»— a la regla de despido libre con preaviso⁴⁶. Lo ha confirmado la Sentencia del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (pleno) de 26 octubre 2006 (asunto F-1/05)⁴⁷, en la que se rechaza el argumento de la agencia comunitaria demandada («Fundación Europea para la Formación») de que «no existe ... ninguna base legal que la hubiese obligado a motivar la decisión de despido», aunque reconociendo que la «obligación de motivación a cargo de la autoridad competente no excluye que esta última disponga de un amplio poder de apreciación [del motivo para despedir] y que, por tanto, el poder del juez comunitario esté limitado a la verificación de la ausencia de un error manifiesto o de la desviación de poder». De ahí su conclusión —respecto del personal laboral de la Unión Europea, que aquí denominaríamos fijo, pero que en la práctica está sujeto a un período de prueba indefinido— de que «la estabilidad en el empleo inherente a los contratos de duración indeterminada no es comparable a la garantizada por el Estatuto a los funcionarios»⁴⁸.

⁴⁵ En relación con Alemania, y la polémica constitucional que generó, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 51 y ss., y 202 y ss.

⁴⁶ 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. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., págs. 197-199.

⁴⁷ Localizable a través del enlace «EUR-lex» del portal <http://europa.eu>.

⁴⁸ Más ejemplos del crudo capitalismo ultraliberal «interno» practicado por la Comisión, en J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Tipología y eficacia de los Acuerdos Marco negociados entre la Comisión Europea y las organizaciones sindicales y profesionales representativas de su personal», *Aranzadi Social*, núm. 6 (2009), págs. 11 y ss.

APÉNDICE DOCUMENTAL***CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS****ANUP ENGQUIST, RECURRENTE,****V.****OREGON DEPARTMENT OF AGRICULTURE ET AL.****NÚM. 07-474****DEBATIDO, 21 ABRIL 2008****DECIDIDO, 9 JUNIO 2008**

ROBERTS, Juez Presidente, expresó la opinión de la Corte, a la que se adhirieron SCALIA, KENNEDY, THOMAS, BREYER y ALITO, Jueces. STEVENS, Juez, registró una opinión disidente, a la que se adhirieron SOUTER y GINSBURG, Jueces.

Neal Katyal, Washington, D.C., por la recurrente.

Janet A. Metcalf, OR, por los recurridos.

Lisa S. BLATT, Washington, D.C., por los Estados Unidos como amicus curiae, con permiso especial de la Corte, apoyando a los recurridos.

Virginia A. Seitz, Jeffrey T. Green, Quin M. Sorenson, Pankaj Venugopal, Sidley Austin LLP, Washington, D.C., Craig A. Crispin, Crispin Employment Lawyers, Portland OR, Neal Katial, Abogado en los Autos, Justin Florence, Matthew Gerke, Stephen I. Vladeck, Washington, D.C., David H. Remes, Jeffrey C. Wu, Covington & Burling LLP, Washington D.C., Sarah O'Rourke Schrup, Chicago, IL, por la recurrente.

Hardy Myers, Fiscal General de Oregon, Peter Shepherd, Vicefiscal General, Abogado en los Autos, Mary H. Williams, Procurador General, Janet A. Metcalf, Ayudante del Fiscal General, Salem, Oregon, por los recurridos.

El Juez Presidente ROBERTS expresó la opinión de la Corte.

La cuestión en este caso es si una empleada pública puede plantear una demanda al amparo de la Cláusula de Protección Igual, alegando que fue arbitrariamente tratada de modo diferente a otros empleados similarmente situados, sin afirmar que el trato diferente estuvo basado en la pertenencia de la empleada a una clase particular. Sostenemos que dicha teoría de la protección igual de la «clase de uno» no tiene lugar en el contexto del empleo público.

I

Anup Engquist, la recurrente en este caso, fue contratada en 1992 por Norma Corrigan como especialista ordinaria en comida internacional del Centro de Servicios a la Exportación (ESC), un laboratorio del Departamento de Agricultura de Oregon (ODA).

* El texto original en inglés del caso se ha tomado de la base de datos *WESTLAW Internacional*, suprimiendo las referencias al «*Syllabus*». Además, hemos desarrollado sistemáticamente en nuestra traducción la abreviatura «U.S.C.», correspondiente al Código de los Estados Unidos. Hemos respetado escrupulosamente, en cambio, la utilización —a veces tan chocante— que se hace en el original inglés de los puntos y seguido.

En el curso de su empleo, Engquist tuvo repetidos problemas con Joseph Hyatt, otro trabajador del ODA, quejándose a Corristan de que había realizado declaraciones falsas sobre ella, y aparte de esto, de que hacía su vida difícil. Corristan respondió ordenando a Hyatt que prestase atención a la diversidad y a controlar su temperamento.

En 2001, John Szczepanski, un director adjunto del ODA, asumió la responsabilidad del ESC, supervisando a Corristan, Hyatt y Engquist. Szczepanski contó a un cliente que no podía «controlar» a Engquist, y que Engquist y Corristan «deberían quitarse de encima». Cuando Engquist y Hyatt solicitaron a la vez una vacante para un puesto de dirección en el ESC, Szczepanski escogió a Hyatt, a pesar de la mayor experiencia de Engquist en el campo relevante. Después de ese año, durante una serie de recortes presupuestarios a todos los niveles en Oregon, Szczepanski eliminó el puesto de Corristan. Finalmente, el 31 enero 2002, Engquist fue informada de que su puesto iba a ser eliminado por reorganización. El convenio colectivo de Engquist le daba la oportunidad, o de «movilidad horizontal» a otro puesto en su nivel, o de descender de categoría. Fue considerada no cualificada para el único puesto adicional de su nivel y declinó descender de categoría, y por eso, fue efectivamente despedida por crisis.

A continuación, Engquist planteó demanda ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Oregon contra el ODA, Szczepanski y Hyatt, todos recurridos aquí, alegando violaciones de las leyes federales antidiscriminatorias, de las Cláusulas de Protección Igual y del Proceso Debido de la Decimocuarta Enmienda, y del Derecho estatal. En relación con la demanda de protección igual de Engquist, alegaba que los demandados la discriminaron por causa de su raza, sexo y origen nacional. También ejercitó lo que se conoce como acción de protección igual de la «clase de uno», alegando que fue despedida no por causa de que perteneciese a una clase identificada (a diferencia de sus acciones por raza, sexo y origen nacional), sino simplemente por «razones arbitrarias, vengativas y maliciosas». Apéndice 10.

La Corte de Distrito estimó la petición de los demandados de enjuiciar sumariamente algunas de las acciones de Engquist, pero permitió que otras siguiesen adelante, incluidas cada una de las acciones de protección igual. Como relevante para este caso, la Corte de Distrito consideró jurídicamente viable la acción de protección igual de la clase de uno de Engquist, decidiendo que la teoría de la clase de uno era completamente aplicable en el contexto del empleo. Civ. No. 02-1637-AS (D.Ore., 14 septiembre 2004), Apéndice 58, 2004 WL 2066748, 5. La Corte sostuvo que Engquist podía tener éxito con esa teoría, si podía probar «que fue individualizada como resultado de la animosidad por parte de Hyatt y Szczepanski» —i.e., «que sus acciones eran esfuerzos rencorosos para castigarla, desconectados de cualquier objetivo estatal legítimo»— y si podía demostrar, sobre la base de esa animosidad, que «fue tratada de modo diferente a otros que estaban similarmente situados». *Ibid.*

El jurado rechazó las acciones de discriminación de Engquist por pertenencia a una clase sospechosa —sus acciones por raza, sexo y origen nacional—, pero falló a su favor en la acción de clase de uno. Específicamente, el jurado falló que Hyatt y Szczepanski «intencionadamente trat[aron] [a Engquist] de modo diferente a otros similarmente situados, en relación con la negativa a su ascenso, extinción de su contrato de trabajo o negación de los derechos de movilidad horizontal, sin una base racional, y solamente

por razones arbitrarias, vengativas o maliciosas». Apéndice de la Petición de Certiorari 3-4. El jurado también falló a favor de Engquist en algunas de sus otras acciones, y le otorgó 175.000 dólares por daños y perjuicios compensatorios, y 250.000 dólares por daños y perjuicios de castigo.

La Corte de Apelaciones revocó en parte relevante. Reconoció que esta Corte había estimado la impugnación de una actuación estatal legislativa y administrativa por protección igual de la clase de uno, en *Village of Willowbrook v. Olech*, 528 U.S. 562, 120 S.Ct. 1073, 145 L.Ed. 2d 1060 (2000) (*per curiam*). 478 F 3d 985, 992-993 (Corte de Apelaciones 9, 2007). La Corte inferior también reconoció que otros Circuitos habían aplicado *Olech* en el contexto del empleo público, *id.*, en 993 (citando casos), pero discrepó de esas Cortes sobre la base de que nuestros casos habían dado rutinariamente al Gobierno mayor carta blanca cuando actúa como empresario que como regulador, *id.*, en 993-996. La Corte concluyó que extender la teoría de la protección igual de la clase de uno al contexto del empleo público conduciría a una interferencia judicial indebida en las prácticas laborales estatales, e «invalidaría completamente la práctica del empleo público a voluntad». *Id.*, en 995. En consecuencia, la Corte sostuvo que la teoría de la clase de uno es «inaplicable a las decisiones adoptadas por empresarios públicos en relación con sus trabajadores». *Id.*, en 996.

El Juez Reinhardt disintió, «acept[ando] con otras Cortes de Circuito que la teoría de la protección igual de la clase de uno es aplicable a las decisiones sobre empleo público». *Id.*, en 1010. Otorgamos certiorari para resolver este desacuerdo en las Cortes inferiores, 552 U.S. ---, 128 S.Ct. 977, 169 L.Ed. 2d 800 (2008), y confirmamos ahora.

II

Engquist argumenta que la Cláusula de Protección Igual prohíbe a los empresarios públicos tratar irracionalmente a un trabajador de forma diferente a otros similarmente situados, con independencia de si el trato diferente está basado en la pertenencia del trabajador a una clase particular. Razona que en *Olech*, *supra*, reconocimos en el contexto administrativo una teoría similar de protección igual de la clase de uno, Informe del Recurrente 14-15; que la Cláusula de Protección Igual protege a personas individuales, no a clases, *id.*, en 15-17; que la Cláusula proscribe «la discriminación derivada no sólo de un acto legislativo, sino también de la conducta de un funcionario administrativo», *id.*, en 17; y que la Constitución se aplica al Estado no sólo cuando actúa como regulador, sino también cuando actúa como empresario, *id.*, en 23-29. Así, Engquist concluye que las acciones de clase de uno pueden ejercitarse contra empresarios públicos al igual que contra cualesquiera otros operadores estatales, *id.*, en 29-32, y que el trato diferente de los empleados del Gobierno —incluso cuando no está basado en la pertenencia a una clase o grupo— viola la Cláusula de Protección Igual, salvo que se apoye en una base racional, *id.*, en 32, 39-45.

No discrepamos de las premisas de la argumentación de Engquist. Está bien decidido que la Cláusula de Protección Igual «proteg[e] personas, no grupos», *Adaran Constructors, Inc. v. Peña*, 515, U.S. 200, 227, 115 S.Ct. 2097, 132 L.Ed. 2d 158 (1995) (énfasis omitidos), y que las protecciones de la Cláusula se aplican a actos tanto administrativos como legislativos, véase, p.ej., *Raymond v. Chicago Union Traction Co.*,

207 U.S. 20, 35-36, 28 S.Ct. 7, 52 L.Ed. 78 (1907). Está igualmente bien decidido que los Estados no escapan a las críticas de la Cláusula de Protección Igual en su papel como empresarios. Véase, p.ej., *New York City Transit Authority v. Beazer*, 440 U.S. 568, 99 S.Ct. 1355, 59 L.Ed. 2d 587 (1979); *Harrah Independent School Dis. v. Martin*, 440 U.S. 194, 99 S.Ct. 1062, 59 L.Ed. 248 (1979) (*per curiam*); *Massachusetts Bd. Of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 96 S.Ct. 2562, 49 L.Ed. 2d 520 (1976) (*per curiam*). Sin embargo, no estamos de acuerdo con la conclusión de Engquist que se sigue de estas premisas. Nuestra visión tradicional de la preocupación medular de la Cláusula de Protección Igual como un escudo frente a las clasificaciones arbitrarias, combinada con consideraciones únicas aplicables cuando el Gobierno actúa como empresario en cuanto que opuesto a soberano, nos llevan a concluir que la teoría de la protección igual de la clase de uno no se aplica en el contexto del empleo público.

A

Hemos sostenido durante mucho tiempo la opinión de que hay una diferencia crucial, en lo que respecta al análisis constitucional, entre el Gobierno ejerciendo «el poder de regular o autorizar, como legislador», y el Gobierno actuando «como propietario, para gestionar [su] funcionamiento interno». *Cafeteria & Restaurant Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886, 896, 81 S.Ct. 1743, 6 L.Ed. 2d 1230 (1961). Esta distinción ha estado particularmente clara en nuestra revisión de la acción estatal en el contexto del empleo público. Así, «el Gobierno como empresario tiene verdaderamente poderes mucho más amplios que los que tiene el Gobierno como soberano». *Waters v. Churchill*, 511 U.S. 661, 671, 114 S.Ct. 1878, 128 L.Ed. 2d 686 (1994) (opinión pluralitaria). «[E]l poder extra que tiene el Gobierno en esta área viene de la naturaleza de la misión del Gobierno como empresario. Las agencias del Gobierno están, por Ley, encargadas de hacer tareas particulares. Las agencias contratan trabajadores para ayudar en esas tareas, tan efectivamente y eficientemente como sea posible». *Id.*, 674-675, 114 S.Ct. 1878. Véase, también, *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 150-151, 103 S.Ct. 1684, 75 L.Ed. 2d 708 (1983) (explicando que el Gobierno tiene un interés legítimo «en “prom[o]ver] la eficiencia y la integridad en el cumplimiento de los deberes oficiales, y [en] manten[er] la disciplina adecuada en el servicio público”») (citando *Ex parte Curtis*, 106 U.S. 371, 373 1 S.Ct. 381, 27 L.Ed. 232 (1882) (alteraciones en el original)). «[E]l interés del Gobierno en lograr sus objetivos, tan efectivamente y eficientemente como sea posible, se eleva desde un interés relativamente subordinado, cuando actúa como soberano, a uno significativo cuando actúa como empresario». *Waters, supra*, en 675, 114 S.Ct. 1878 (opinión pluralitaria). Dada la «comprensión de sentido común de que las oficinas del Gobierno no podían funcionar si cada decisión laboral se convierte en materia constitucional», *Connick, supra*, en 143, 103 S.Ct. 1684, «la revisión constitucional de las decisiones laborales del Gobierno debe reposar sobre principios diferentes a los de la revisión de ... restricciones impuestas por el Gobierno como soberano», *Waters, supra*, en 674, 114 S.Ct. 1878 (opinión pluralitaria).

A la luz de estos principios básicos, hemos reconocido a menudo que el Gobierno tiene significativamente manos más libres en sus tratos con los trabajadores ciudadanos de las que tiene cuando ejercita su poder de responsabilizarse de los ciudadanos en general. Así, por ejemplo, hemos sostenido que la Cuarta Enmienda no exige a los

empresarios públicos que obtengan garantías antes de llevar a cabo un registro en el despacho de un trabajador. *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709, 721-722, 107 S.Ct. 1492, 94 L.Ed. 2d 714 (1987) (opinión pluralitaria). Aunque reconocimos que «los intereses legítimos a la intimidad de los empleados públicos en los objetos privados que traen al lugar de trabajo puede ser sustancial», declaramos que «[f]rente a estos intereses privados ... deben contrapesarse las realidades del lugar de trabajo, que sugieren con vigor que la exigencia de una garantía sería impracticable». *Id.*, en 721, 107 S.Ct. 1492 (opinión pluralitaria). También declaramos que la Cláusula de Proceso Debido no protege al trabajador público del despido, incluso cuando tal despido fue equivocado o no razonable. Véase *Bishop v. Wood*, 426 U.S. 341, 350, 96 S.Ct. 2074, 48 L.Ed. 2d 684 (1976) («La Cláusula de Proceso Debido de la Decimocuarta Enmienda no es una garantía frente a decisiones de personal incorrectas o mal aconsejadas»).

Nuestros casos sobre expresión de los empleados públicos son particularmente instructivos. En *Pickering v. Board of Ed. of Township High School Dis. 205, Will Cty*, 391 U.S. 563, 568, 88 S.Ct. 1731, 20 L.Ed. 2d 811 (1968), explicamos que, al analizar la reclamación de que una empleada pública fue privada de los derechos de la Primera Enmienda por su empresario, debemos buscar «un equilibrio entre los intereses del [trabajador], como ciudadano, al comentar materias de preocupación pública, y el interés del Estado, como empresario, en promover la eficiencia de los servicios públicos que lleva a cabo a través de sus empleados».

Analizamos los contornos de este equilibrio más integralmente en *Connick v. Myers, supra*. Explicamos que la Primera Enmienda protege la expresión de los empleados públicos sólo cuando cae dentro del núcleo de la expresión protegida por la Primera Enmienda sobre materias de preocupación pública. Reconocimos que la «Primera Enmienda no protege la expresión y reunión sólo en la medida en que pueda caracterizarse como política», y que el Gobierno, por eso, no podía prohibir o castigar con carácter general, en su capacidad como soberano, la expresión con fundamento en que no afecta a materias de preocupación pública, *id.*, en 147, 103 S.Ct. 1684 (citando *Mine Workers v. Illinois Bar Assn.*, 389 U.S. 217, 223, 88 S.Ct. 353, 19 L.Ed. 2d 426 (1967)). Pero «[c]uando la expresión del trabajador no puede ser justamente considerada como relativa a materia de preocupación política, social u otra para la comunidad, los funcionarios del Gobierno disfrutarían de más amplia laxitud en la gestión de sus oficinas». *Connick*, 461 U.S., en 146, 103 S.Ct. 1684. Como explicamos, «en ausencia de las circunstancias más inusuales, una Corte federal no es el foro apropiado en el que revisar la prudencia de una decisión de personal adoptada por una agencia pública, supuestamente en reacción a la conducta del trabajador». *Id.*, en 147, 103 S.Ct. 1684 (citando *Bishop, supra*, en 349-350, 96 S.Ct. 2074).

Nuestro precedente en el contexto del empleo público establece, por eso, dos principios principales: Primero, aunque los empleados del Gobierno no pierden sus derechos constitucionales cuando aceptan sus puestos, esos derechos deben equilibrarse con las realidades del contexto laboral. Segundo, para dar con el equilibrio apropiado, consideramos si el derecho invocado del trabajador afecta a las preocupaciones básicas de la disposición constitucional relevante, o si el derecho reclamado puede abrir camino más fácilmente a las exigencias del Gobierno como empresario. Con estos principios en mente, vamos a la cuestión de si la teoría de la protección igual de la clase de uno se reconoce en el contexto del empleo público.

B

Nuestra jurisprudencia sobre protección igual ha estado preocupada típicamente por las clasificaciones del Gobierno que «afectan a algunos grupos de ciudadanos de modo diferente que a otros». *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, 425, 81 S.Ct. 1101, 6 L.Ed. 2d 393 (1961). Véase, p.ej., *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600, 609, 94 S.Ct. 2437, 41 L.Ed. 2d 341 (1974) («"La protección igual" ... pone el énfasis en la disparidad de tratamiento por el Estado entre clases de personas individuales cuyas situaciones podría decirse que son indistinguibles»); *San Antonio Independent School Dist. V. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 60, 93 S.Ct. 1278, 36 L.Ed. 2d 16 (1973) (Stewart, Juez, concurriendo en la opinión) («"[L]a preocupación básica de la Cláusula de Protección Igual se refiere a la legislación estatal cuyo objetivo o efecto es crear clases discretas y objetivamente identificables»). Los actores alegan generalmente en dichos casos que han sido arbitrariamente clasificados como pertenecientes a un «grupo identificable». *Personnel Administrator of Mass. v. Feeney*, 442 U.S. 256, 279, 99 S.Ct. 2282, 60 L.Ed. 2d 870 (1979).

Engquist argumenta correctamente, sin embargo, que reconocimos en *Olech* que una acción de protección igual puede sostenerse en algunas circunstancias, incluso si la actora no ha alegado discriminación basada en la clase, sino más bien actuaciones en que ha sido irracionalmente individualizada, como en la llamada «clase de uno». En *Olech*, la titular de una propiedad había pedido al pueblo de Willowbrook conectar su propiedad al suministro municipal de agua. Aunque el pueblo había exigido sólo una servidumbre de 15 pies a otros titulares de propiedades que buscaban acceso al suministro de agua, el pueblo condicionó la conexión de Olech a la concesión de una servidumbre de 33 pies. Olech demandó al pueblo, reclamando que la exigencia del pueblo de una servidumbre, 18 pies mayor que la de la norma, violaba la Cláusula de Protección Igual. Aunque Olech no había alegado que el pueblo la había discriminado por causa de su pertenencia a ninguna clase identificable, sostuvimos que su acción establecía una pretensión válida al amparo de la Cláusula de Protección Igual, porque alegaba que había «sido intencionadamente tratada de modo diferente a otros similarmente situados y que no hay base racional para la diferencia en el trato». 528 U.S., en 564, 120 S.Ct. 1073 (citando *Sioux City Bridge Co. v. Dakota County*, 260 U.S. 441, 43 S.Ct. 190, 67 L.Ed. 340 (1923), y *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. Commission of Webster Cty*, 488 U.S. 336, 109 S.Ct. 633, 102 L.Ed. 2d 688 (1989)).

El reconocimiento de la teoría de la protección igual de la clase de uno, sobre los hechos de *Olech*, fue no más que una novedad del principio de que la Cláusula de Protección Igual está preocupada por la clasificación gubernamental arbitraria, dado que fue una aplicación de ese principio. Ese caso se refería a la regulación de la propiedad por el Gobierno. Parecidamente, los casos en los que la Corte se apoyó en *Olech* se referían a valoraciones de la propiedad y planes de impuestos. Véase *Allegheny Pittsburgh*, *supra*; *Sioux City Bridge*, *supra*. Esperamos que dichas clasificaciones legislativas o reguladoras se apliquen «sin acepción de personas», por tomar prestada una frase del juramento judicial. Véase sección 453 del Título 28 del Código de los Estados Unidos. Como explicamos hace mucho tiempo, la Decimocuarta Enmienda «exige que todas las personas sujetas a ... la legislación serán tratadas igual, bajo iguales circunstancias y condiciones, tanto en los privilegios conferidos como en las

responsabilidades impuestas». *Hayes v. Missouri*, 120 U.S. 68, 71-72, 7 S.Ct. 350, 30 L.Ed. 578 (1887). Cuando aquéllos que parecen similarmente situados son, sin embargo, tratados de modo diferente, la Cláusula de Protección Igual exige al menos un motivo racional para la diferencia, para asegurar que todas las personas sujetas a la legislación o regulación están siendo efectivamente «tratadas igual, bajo iguales circunstancias y condiciones». Así, cuando parece que una persona está siendo singularizada por el Gobierno, el espectro de la clasificación arbitraria ha surgido justamente, y la Cláusula de Protección Igual exige una «base racional para la diferencia en el trato». *Olech*, 528 U.S., en 564, 120 S.Ct. 1073.

Lo que parece haber sido significativo en *Olech* y en los casos en los que se apoyaba, fue la existencia de un criterio claro frente al que las desviaciones, incluso para un actor individual, podían ser valoradas fácilmente. No hubo indicación en *Olech* de que la oficina urbanística estuviese ejerciendo un poder discrecional, basado en determinaciones individualizadas, subjetivas —al menos no en relación con la extensión de la servidumbre, con independencia de lo típicas que puedan ser tales determinaciones como materia urbanística general. Véase *id.*, en 565, 120 S.Ct. 1073 (BREYER, Juez, concurriendo en el resultado). Más bien, la demandante alegaba que la oficina exigía sistemáticamente sólo una servidumbre de 15 pies, aunque sujetó a *Olech* a una servidumbre de 33 pies. Este trato diferenciado hizo surgir la preocupación de clasificación arbitraria, y exigimos, por eso, que el Estado suministrase una base racional para ello.

En *Allegheny Pittsburgh*, citado por la Corte en *Olech*, el criterio aplicable fue el valor de mercado, pero el condado se desvió del criterio, al basar algunas valoraciones en precios de compra absolutamente desusados. De nuevo, no se sugirió que las «diferencias dramáticas en la valoración» para terrenos similares, 488 U.S., en 341, 109 S.Ct. 633, estuviesen basadas en consideraciones subjetivas de la clase en que los tasadores a menudo se apoyan, véase *id.*, en 338-342, 345, 109 S.Ct. 633. *Sioux City Bridge*, también citado en *Olech*, fue el mismo tipo de caso, al reconocer una acción de protección igual cuando una propiedad del contribuyente fue valorada al 100 por cien de su valor, mientras que para todas las demás propiedades fue valorada al 55 por ciento, sin tomar en consideración diferencias de coyuntura en las propiedades. Véase 260 U.S., en 445-447, 43 S.Ct. 190.

Hay algunas formas de acción estatal, sin embargo, que por su naturaleza implican toma de decisiones discrecionales, basada en una gran variedad de valoraciones individualizadas, subjetivas. En tales casos, la regla de que la gente debería ser «tratada igual, bajo parecidas circunstancias y condiciones», no se viola cuando una persona es tratada de modo diferente a otras, porque tratar a personas iguales de modo diferente es una consecuencia aceptada de la discrecionalidad concedida. En tales situaciones, permitir una impugnación basada en la individualización arbitraria de una persona concreta, minaría la discrecionalidad real que se ha confiado ejercer a dichos funcionarios estatales.

Supongamos, por ejemplo, que un policía de tráfico está estacionado en una autopista congestionada, en la que las personas conducen a menudo por encima del límite de velocidad, y que no hay base sobre la que distinguirlos. Si el funcionario multa a una sola de esas personas, puede ser buen inglés decir que el funcionario ha creado una clase de personas que no reciben multas por velocidad, y una «clase de uno» que las

recibe. Pero al asumir que está en la naturaleza de la concreta actividad gubernamental que no todos los conductores pueden ser parados y multados, reclamar que uno ha sido singularizado sin razón, no invoca el temor de la clasificación gubernamental inadecuada. Dicha reclamación, más bien, impugna la legitimidad de la propia actuación subyacente —la decisión de multar a los conductores bajo ciertas circunstancias. Por supuesto, la alegación de que las multas por velocidad se imponen sobre la base de raza o sexo daría lugar a una acción de protección igual, porque dichas clasificaciones discriminatorias implican preocupaciones básicas de protección igual. Pero permitir una demanda de protección igual sobre la base de que la multa se impuso a una persona y no a otras, incluso si por una razón no discernible o articulable, sería incompatible con la discrecionalidad inherente a la actividad impugnada. No cabe impugnación adecuada de lo que por naturaleza es una decisión individualizada, subjetiva, que era subjetiva e individualizada.

Este principio se aplica más claramente en el contexto del empleo, dado que las decisiones laborales son muy a menudo subjetivas e individualizadas, reposando sobre una amplia variedad de factores que son difíciles de articular y cuantificar. Como la propia Engquist apunta, «[a] diferencia del funcionario urbanístico, el empresario público a menudo tiene en cuenta las personalidades individuales y las relaciones interpersonales de los trabajadores en el lugar de trabajo. La estrecha relación entre el empresario y el trabajador, y las variadas necesidades e intereses implicados en el contexto del empleo, significan que consideraciones tales como las preocupaciones sobre conflictos de personalidad, que no serían razonables como motivos de las decisiones gubernamentales “en igualdad de condiciones” (p.ej., urbanismo, licencias), pueden justificar perfectamente el trato diferenciado de un empleado público». Informe del Recurrente 48. A diferencia del contexto de la regulación en igualdad de condiciones, como la de *Olech*, tratar aparentemente de modo diferente a personas similarmente situadas, en el contexto del empleo, es típico.

Así, la teoría de la protección igual de la clase de uno —que presupone que personas iguales deberían ser tratadas igual, y que tratarlas de modo diferente es clasificarlas de un modo que debe superar al menos la revisión de la racionalidad— está sencillamente mal encajada en el contexto del empleo público. Tratar a los trabajadores de modo diferente no es clasificarlos de un modo que haga surgir preocupaciones de protección igual. Más bien, es simplemente ejercer la amplia discrecionalidad que típicamente caracteriza la relación empresario-trabajador. Impugnar que uno ha sido tratado individualizadamente en este contexto, en vez de como a todos, es impugnar la naturaleza subyacente a la acción gubernamental.

Por supuesto, eso no es decir que la Cláusula de Protección Igual, como otras disposiciones constitucionales, no se aplica a los empresarios públicos. De hecho, nuestros casos ponen claro que la Cláusula de Protección Igual está implicada cuando el Gobierno adopta en el contexto del empleo decisiones basadas en la clase, tratando a grupos distintos de personas de modo categóricamente diferente. Véase, p.ej., *Beazer*, 440 U.S., en 593, 99 S.Ct. 1355 (sosteniendo la exclusión de los usuarios de metadona del empleo en la ciudad, con una revisión de la racionalidad de la base); *Martin*, 440 U.S., en 199-201, 96 S.Ct. 2562 (sosteniendo la jubilación obligatoria por edad —clasificación basada en la edad—, con una revisión de la racionalidad de

la base). La afirmación amplia del disidente, de que nosotros «exceptua[mos] a los empleados estatales de la protección de la Decimocuarta Enmienda frente al trato irracional o desigual a manos del Estado», *post*, en 2158 (opinión de STEVENS, Juez), es así sencillamente no correcta. Pero nunca hemos declarado implicada la Cláusula de Protección Igual en circunstancias específicas donde, como aquí, se ha alegado que empresarios gubernamentales han adoptado una decisión subjetiva, individualizada, de una manera aparentemente arbitraria o irracional.

Esto no es sorprendente, dada la comprensión histórica de la naturaleza del empleo gubernamental. Hemos reconocido hace ya mucho tiempo el «principio establecido de que el empleo gubernamental, en ausencia de legislación, puede ser revocado a voluntad del funcionario que hizo el nombramiento». *McElroy*, 367 U.S., en 896, 81 S.Ct. 1743. El principio básico del empleo a voluntad es que el trabajador puede ser cesado por «una razón buena, una razón mala o sin ninguna razón». Réplica al Informe del Recurrente 27. Véase *Andrews v. Louisville & Nashville R. Co.*, 406 U.S. 320, 324, 92 S.Ct. 1562, 32 L.Ed. 2d 95 (1972) («[E]l concepto verdadero de “despido injusto” implica algún tipo de criterio legal o contractual que modifique la tradicional regla de Derecho común de que un contrato de trabajo es extinguido a voluntad por cualquiera de las partes»). Así, «[n]unca hemos sostenido que sea un incumplimiento de la Constitución por parte de un empresario gubernamental despedir a un trabajador con base en información sustancialmente incorrecta». *Waters*, 511 U.S., en 679, 114 S.Ct. 1878 (opinión pluralitaria). Véase, también, *Connick*, 461 U.S., en 146-147, 103 S.Ct. 1684 («[L]os despidos ordinarios en el servicio gubernamental ... no están sujetos a revisión judicial, incluso si se ha alegado que las razones del despido son equivocadas o no razonables» (citando *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564, 92 S.Ct. 2701, 33 L.Ed. 2d 548 (1972); *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593, 92 S.Ct. 2694, 33 L.Ed. 2d 570 (1972); y *Bishop*, 426 U.S. 341, 96 S.Ct. 2074, 48 L.Ed. 2d 684)). «Y un trabajador gubernamental a voluntad ..., como regla general, no tiene ninguna acción basada en la Constitución». *Waters, supra*, en 679, 114 S.Ct. 1878 (opinión pluralitaria). Véase, p.ej., *Bishop, supra*, en 349-350, 96 S.Ct. 2074.

Los empresarios estatales no pueden, por supuesto, adoptar acciones de personal que incumpliesen autónomamente la Constitución. Véase *supra*, en 2150-2153. Pero el reconocimiento de la teoría de la protección igual de la clase de uno en el contexto del empleo público —esto es, la queja de que el Estado trató al trabajador de modo diferente a otros por una mala razón, o sin ninguna razón— es sencillamente contrario al concepto de empleo a voluntad. La Constitución no exige repudiar esa doctrina familiar.

Para estar seguros, el Congreso y los Estados, en su mayor parte, han sustituido el empleo a voluntad por diversos planes legales que protegen a los empleados públicos frente al despido por razones no permitidas. Véase, p.ej., sección 2302(b)(10) del Título 5 del Código de los Estados Unidos (ed. de 2006) (el supervisor de trabajadores del empleo federal no puede «discriminar ... sobre la base de conducta que no afecta negativamente al cumplimiento del trabajador o solicitante, o al cumplimiento de otros»). Véase, también, Informe por los Estados Unidos como *Amicus Curiae* 20-21. Pero una decisión gubernamental de limitar la capacidad de los empresarios públicos de despedir a voluntad es un acto de gracia legislativa, no un mandato constitucional.

De hecho, reconocer el tipo de demanda sobre el que presiona Engquist podría hacer peligrar el delicado equilibrio que los Gobiernos han encontrado entre los derechos de los empleados públicos y «el legítimo objetivo del Gobierno de “promo[ver] la eficiencia y la integridad en el cumplimiento de los deberes oficiales, [de] manten[er] la adecuada disciplina en el servicio público”». *Connick, supra*, en 151, 103 S.Ct. 1684 (citando *Ex parte Curtis*, 106 U.S., en 373, 1 S.Ct. 381; alteraciones en el original). Así, por ejemplo, aunque los empleados federales en su mayoría están cubiertos por la Ley de Reforma de la Función Pública de 1978, Pub.L. 95-454, el Congreso ha excluido específicamente a algunos grupos de trabajadores de su protección, véase, p.ej., sección 2302(a)(2)(C) del Título 5 del Código de los Estados Unidos (ed. de 2006) (excluyendo de su ámbito, *inter alia*, la Oficina Federal de Investigación, la Agencia Central de Inteligencia y la Agencia de Defensa de la Inteligencia). Si fuésemos a fallar que la Cláusula de Protección Igual somete al Gobierno a la revisión de la protección igual de toda decisión laboral supuestamente arbitraria, habríamos deshecho el cuidadoso trabajo del Congreso (y de los Estados).

Al concluir que la teoría de la protección igual de la clase de uno no tiene aplicación en el contexto del empleo público —y eso es todo lo que decidimos— estamos guiados, como en el pasado, por «la comprensión de sentido común de que las oficinas del Gobierno no podían funcionar si cada decisión laboral se convierte en materia constitucional». *Connick, supra*, en 143, 103 S.Ct. 1684. Si, como Engquist sugiere, los actores no necesitan alegar discriminación sobre la base de la pertenencia a alguna clase o grupo, sino que pueden alegar solamente que fueron tratados por sus empresarios peor que a otros trabajadores similarmente situados, cualquier actuación de personal, en la que un trabajador equivocado puede hacer surgir una reclamación de trato diferente, se convertiría de repente en la base de una acción federal constitucional. De hecho, la alegación de trato arbitrario diferente podría hacerse en casi todo ejemplo de actuación laboral que se afirmase equivocada —no sólo decisiones de contratar y despedir, sino cualquier actuación de personal, tales como ascenso, salario o asignación de tareas— con la teoría de que otros trabajadores no fueron tratados erróneamente. Véase 478 F 3d, en 995. En la opinión de Engquist, cada una de estas decisiones laborales de un empresario gubernamental se convertiría en la base de una demanda de protección igual.

Engquist nos asegura que aceptar su opinión no plantearía demasiados problemas prácticos.

Específicamente, Engquist alega que el demandante en un caso laboral de clase de uno tendría que probar que el trato gubernamental diferente era intencionado, que el actor fue tratado de modo diferente a otras personas similarmente situadas, y que el trato desigual no estaba racionalmente conectado a un objetivo gubernamental legítimo. Informe del Recurrente 36-39. Y porque una «decisión gubernamental laboral es ... racional siempre que la discriminación se refiera a un interés gubernamental legítimo», en la práctica «es difícil para los demandantes mostrar que el Gobierno se ha negado a cumplir este criterio». *Id.*, en 41. El Juez STEVENS utiliza un argumento similar, declarando «que todas, salvo un puñado [de acciones de clase de uno], se desestiman correctamente antes del juicio». *Post*, en 2161.

Estamos de acuerdo en que, si aceptamos la reclamación de Engquist, le resultaría difícil al demandante demostrar que una decisión laboral es arbitraria. Pero esa alegación no tiene nada que ver. El problema práctico de permitir progresar reclamaciones de clase de uno, en este contexto, no es el de que sería demasiado fácil para los actores ganar, sino el de que el Gobierno sería forzado a defenderse de una multitud de tales reclamaciones, en primer lugar, y de que a las Cortes se las obligaría a revisarlas en busca de la proverbial aguja en un pajar. La Cláusula de Protección Igual no exige «[e]ste desplazamiento de la discrecionalidad empresarial por la supervisión judicial». *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 423, 126 S.Ct. 1951, 164 L.Ed. 2d 689 (2006).

En resumen, ratificar la teoría de la protección igual de la clase de uno en el contexto del empleo público «constitucionalizaría la reclamación del trabajador» inadmisiblemente. *Connick*, 461 U.S., en 154, 103 S.Ct. 1684. «La Corte federal no es el foro apropiado en el que revisar la multitud de decisiones de personal que toman diariamente las agencias públicas». *Bishop, supra*, en 349, 96 S.Ct. 2074. Los empleados públicos tienen típicamente una variedad de protecciones frente a la clase de decisiones de personal sobre las que Engquist reclama, pero la Cláusula de Protección Igual no es una de ellas.

El fallo de la Corte de Apelaciones se confirma.

Se ordena así.

El Juez STEVENS, al que se suman el Juez SOUTER y la Juez GINSBURG, disienten.

El Congreso ha previsto un remedio judicial para las personas cuyos derechos federales constitucionales se violan por la acción de los Estados, sección 1983 del Título 42 del Código de los Estados Unidos⁴⁹. En casos anteriores, hemos rechazado crear *nuevos* remedios para la violación de los derechos constitucionales de los empleados federales, *Bush v. Lucas*, 462 U.S. 367, 103 S.Ct. 2404, 76 L.Ed. 2d 648 (1983), o para las reclamaciones no constitucionales de los empleados estatales, *Bishop v. Wood*, 426 U.S. 341, 96 S.Ct. 2074, 48 L.Ed. 2d 684 (1976). Pero negarse a dar efecto al remedio ordenado por el Congreso, encarnado en la sección 1983, sería inadmisibile. Para evitar este resultado, la Corte concluye hoy que Engquist no sufrió en absoluto ninguna violación constitucional, y que no había, así, ningún daño que reparar. Al fallar así, la Corte —como hizo en *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 126 S.Ct. 1951, L.Ed. 2d 689 (2006)— forja una novedosa excepción en los derechos constitucionales de los empleados estatales. En *Garcetti*, la Corte creó una nueva regla sustantiva, que excluye una categoría de expresión de los empleados estatales, de la protección de la Primera Enmienda. Hoy, la Corte crea una nueva regla sustantiva, que excluye a los empleados estatales de la protección de la Decimocuarta Enmienda, frente al trato desigual e irracional en manos del Estado. Incluso si alguna cirugía fuese verdaderamente necesaria para evitar que los Gobiernos fuesen forzados a defenderse de una multitud de demandas de protección igual de la «clase de uno», la Corte debería usar un escalpelo en vez de un hacha de carnicero.

⁴⁹ La sección 1983 dispone que «[t]oda persona que, bajo el amparo de cualquier ley, ordenanza, regulación, uso o costumbre, de cualquier Estado o Territorio, o del Distrito de Columbia, somete o provoca que se someta a cualquier ciudadano de los Estados Unidos, o a cualquier persona sometida a la competencia de aquéllos, a la privación de cualesquiera derechos, privilegios o inmunidades asegurados por la Constitución y las Leyes, será responsable frente a la parte dañada en una acción de Derecho, demanda de equidad u otro procedimiento de reparación adecuado...».

I

Nuestra decisión en *Village of Willowbrook v. Olech*, 528 U.S. 562, 120 S.Ct. 1073, 145 L.Ed. 2d 1060 (2000), aplicó una regla que había sido parte aceptada, durante décadas, de nuestra jurisprudencia sobre protección igual. Salvo que la acción estatal que intencionadamente singulariza a una persona, o a una clase de personas, en el trato desfavorable esté apoyada por alguna justificación racional, viola el mandato de la Decimocuarta Enmienda, de que ningún Estado «denegará a ninguna persona, dentro de su competencia, la protección igual de las Leyes».

Nuestra decisión en *Olech* ponía el énfasis en que la cuestión jurídica debería haber sido la misma si la clase consistía en uno o cinco miembros, porque «el número de personas de una clase es irrelevante, a efectos del análisis de la protección igual». *Id.*, en 564, 120 S.Ct. 1073, nota. El resultado de ese caso no estuvo determinado por el tamaño de la clase desfavorecida, y la mayoría no disputa —de hecho, no puede— el principio establecido de que la Cláusula de Protección Igual protege a personas, no a grupos. Véase *ante*, en 2150-2151.

Ni el resultado de *Olech* giró sobre el hecho de que el pueblo estaba discriminando al titular de una propiedad, en vez de a un trabajador. La mayoría no disputa que las críticas de la Cláusula de Protección Igual se aplican a los Estados en su papel como empresarios, al igual que como reguladores. Véase *ante*, en 2151. Y de hecho, hemos dejado claro que «las Cláusulas de Protección Igual y del Proceso Debido de la Decimocuarta Enmienda, y otras disposiciones de la Constitución federal, otorgan protección a los trabajadores que sirven en el Gobierno, al igual que a aquéllos que son servidos por ellos, y que la sección 1983 otorga una causa para accionar a todos los ciudadanos dañados por un recortamiento de esas protecciones». *Collins v. Harker Heights*, 503 U.S. 115, 119-120, 112 S.Ct. 1061, 117 L.Ed. 2d 261 (1992).

Más bien, el resultado de *Olech* fue dictado solamente por la ausencia de una base racional para la discriminación. Como explicamos:

«Nuestros casos han reconocido con éxito demandas de protección igual planteadas por una “clase de uno”, en donde la actora alega que ha sido intencionadamente tratada de modo diferente a otros similarmente situados, y que no hay base racional para la diferencia de trato. Al actuar así, hemos explicado que “[e]l propósito de la cláusula de protección igual de la Decimocuarta Enmienda es proteger a toda persona, sujeta a la competencia de un Estado, frente a la discriminación intencionada y arbitraria, tanto si ocasionada por los términos expresos de una Ley o por su aplicación inadecuada a través de agentes debidamente constituidos”.

La demanda [de *Olech*] también alegaba que la exigencia del pueblo era “irracional y completamente arbitraria” ... Estas alegaciones, dejando a un lado completamente la motivación subjetiva del pueblo, son suficientes para justificar una acción de reparación al amparo del análisis tradicional de la protección igual». 528 U.S., en 564-565, 120 S.Ct. 1073 (omitidas algunas marcas de cita y citas).

Aquí, como en *Olech*, Engquist alegaba que las actuaciones del Estado eran arbitrarias e irracionales. Como respuesta, el Estado no ofreció explicación de ningún tipo para sus decisiones; no alegó que Engquist fuese una trabajadora por debajo de la media, o incluso que su personalidad la hiciese poco adecuada al lugar de trabajo, o

simplemente que sus colegas no disfrutaban trabajando con ella. De hecho, el Estado *rechazó* explícitamente la existencia de alguna razón basada en el lugar de trabajo o en el cumplimiento⁵⁰. Véase, p.ej., Réplica al Informe del Recurrente 17, 19. El jurado procedió a fallar que los demandados trataron intencionadamente a Engquist «de modo diferente a otros similarmente situados con respecto a la ... extinción de su contrato ... sin una base racional y solamente por razones arbitrarias, vengativas o maliciosas». Apéndice a la Petición de Certiorari 3-4. El veredicto del jurado estableció, así, que no había base racional ni para tratar a Engquist de modo diferente a otros, ni para la extinción de su contrato. El Estado no disputa este fallo. Al amparo de nuestro razonamiento en *Olech*, la ausencia de toda justificación para la discriminación bastaba para establecer la violación constitucional.

La mayoría concluye, no obstante, basada en «consideraciones únicas aplicables cuando el Gobierno actúa como empresario», que la teoría de la protección igual de la «clase de uno» no es aplicable en el contexto del empleo público. *Ante*, en 1251. Su conclusión está basada en la especulación sobre casos hipotéticamente no aptos, y en una incorrecta evaluación de la importancia del interés del Gobierno en preservar un régimen de empleo «a voluntad». Su razonamiento es defectuoso en ambos cargos.

II

La mayoría afirma que las decisiones sobre el empleo público deberían esculpirse fuera de nuestra jurisprudencia de protección igual, porque las decisiones laborales (como opuestas, por ejemplo, a las decisiones urbanísticas) son inherentemente discrecionales. Estoy de acuerdo en que los empresarios deben ser libres para ejercitar un poder discrecional. Pero hay una clara distinción entre ejercicio de la discrecionalidad y decisión arbitraria. La decisión discrecional representa la elección de una entre dos o más alternativas racionales. Véase 1 H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* 162 (décima edición 1958) (definiendo la discrecionalidad como «el poder de elegir entre dos o más medidas que se pueden tomar, cada una de las cuales es concebida como permisible»). La elección puede ser equivocada o poco sensata sin ser irracional. Si los argumentos que favorecen cada alternativa están estrechamente equilibrados, la necesidad de hacer una elección puede justificar usar el echárselo a cara o cruz para deshacer el empate. Más aún, la Cláusula de Protección Igual proscribía decisiones arbitrarias —decisiones no apoyadas en ninguna base racional—, no las poco sensatas. En consecuencia, una decisión discrecional con una justificación razonable «razonablemente concebible» no dará apoyo a una demanda de protección igual; sólo lo hará una verdaderamente arbitraria. Por eso, no hay necesidad de crear una excepción para el contexto del empleo público, en orden a impedir que estas decisiones discrecionales den lugar a demandas de protección igual.

Las hipotéticas situaciones propuestas por la mayoría no prueban lo contrario. El hipotético policía de tráfico descrito en la opinión de la Corte, *ante*, en 2154, tenía una base racional para multar a todo *conductor* que le adelantase en la autopista. Su incapacidad de arrestar a todo conductor que veía, le da una justificación adecuada

⁵⁰ Pero por este rechazo, la Corte inferior podía haber desestimado la acción si discernía «cualquier estado de hechos razonablemente concebible que pudiera dar una base racional para las [actuaciones del Estado]». *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 313, 113 S.Ct. 2096, 124 L.Ed. 2d 211 (1993). El rechazo, sin embargo, negaba esa posibilidad.

para hacer una elección aleatoria de un grupo de incumplidores igualmente culpables e igualmente accesibles. En cuanto tal, la Corte es completamente correcta al establecer que «permitir una demanda de protección igual sobre la base de que la multa se impuso a una persona y no a otras, incluso si por una razón no discernible o articulable, sería incompatible con la discrecionalidad inherente a la acción impugnada». *Ibid.* Si no hubiera justificación para el arresto, no sería necesario invocar la Cláusula de Protección Igual, porque la conducta del funcionario violaría la Cuarta Enmienda. Pero como se ha observado, una elección aleatoria entre alternativas racionales no viola la Cláusula de Protección Igual.

Una decisión hipotética comparable en el contexto del empleo público (p.ej., un supervisor al que se le exige eliminar un puesto por reducción involuntaria de la fuerza de trabajo, y que elige despedir uno de varios trabajadores igualmente culpables) también se diferencia del caso actual, en la medida en que asume la existencia de una base racional para la decisión individual. El hecho de que el supervisor no pueda ser capaz de explicar por qué despidió a un trabajador en vez de a otro, no dará lugar a una demanda de protección igual, en la medida en que había una base racional para la extinción misma y para la decisión de despedir sólo a uno, en vez de a todos, los trabajadores culpables.

En vez de usar un escalpelo para confinar las llamadas demandas de «clase de uno» a casos relativos a la completa ausencia de una base racional para la acción desfavorable y el trato diferente de la demandante, la Corte adopta una regla innecesariamente amplia, que tolera las decisiones arbitrarias e irracionales en el contexto del empleo público.

III

La decisión de la mayoría también descansa en la premisa de que «[l]a Constitución no exige repudiar [l]a doctrina familiar» del empleo a voluntad. *Ante*, en 2156. En los años noventa del XIX, esa doctrina se aplicaba con amplitud al empleo gubernamental, véase *McAuliffe v. Mayor of New Bedford*, 155 Mass. 216, 29 N.E. 517 (1892), pero desde hace muchos años, ahora «"la teoría de que el empleo público, que puede denegarse en general, puede sujetarse a cualesquiera condiciones, con independencia de su irrazonabilidad, ha sido uniformemente rechazada"». *Keyishian v. Board of Regents of Univ. of State of N.Y.*, 385 U.S. 589, 605-606, 87 S.Ct. 675, L.Ed. 2d 629 (1967). De hecho, decisiones constitucionales recientes y promulgaciones legislativas no han hecho sino anular el significado de esa doctrina. Véase, p.ej., *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 96 S.Ct. 2673, 49 L.Ed. 2d 547 (1976); *Rutan v. Republican Party of Ill.*, 497 U.S. 62, 110 S.Ct. 2729, 111 L.Ed. 2d 52 (1990); véase, también, sección 2302(b)(10) del Título 5 del Código de los Estados Unidos (ed. 2006) (el supervisor de trabajadores del empleo federal no puede «discriminar ... sobre la base de conducta que no afecta negativamente al cumplimiento del trabajador o solicitante, o al cumplimiento de otros»). En consecuencia, preservar los remanentes del empleo «a voluntad» da una justificación débil para crear una excepción amplia a una categoría bien establecida de protecciones constitucionales⁵¹.

⁵¹ Más aún, el examen de la protección igual no es incompatible con el empleo a voluntad, dado que las Cortes, al aplicar un examen racional, son capaces de confiar en cualquier razón *conceivable* para la acción gubernamental, y por eso, el Gobierno no necesita explicar su razón real para despedir o sancionar al trabajador.

IV

Presumiblemente, la preocupación que realmente motiva la decisión de hoy es el miedo de que los Gobiernos serán forzados a defenderse frente a una multitud de demandas de «clase de uno», salvo que la Corte blanda inmediatamente su hacha de carnicero. La experiencia demuestra, sin embargo, que estas demandas se deducen infrecuentemente⁵², que la gran mayoría de tales demandas se hace valer en demandas que promueven igualmente otras acciones, y que todas, salvo un puñado, se desestiman correctamente antes del juicio. La experiencia también demuestra que, de hecho, hay casos raros en los que un tirano insignificante ha usado mal del poder gubernamental. La prueba de que ese mal uso era arbitrario porque no estaba apoyado en ninguna base racional concebible, bastaría para establecer una violación de la Cláusula de Protección Igual, sin exigir a su víctima probar también que el tirano estaba motivado por una variedad particular de animus, basado en la clase. Cuando las alegaciones de una demanda identifican claramente «la proverbial aguja en el pajar», *ante*, en 2157, una Corte federal no debería malinterpretar la Constitución, en orden a hacer incluso más fácil desestimar demandas sin razón.

* * *

En suma, no hay razón que obligue a esculpir decisiones arbitrarias en el empleo público fuera de la categoría bien establecida de las violaciones de la protección igual, cuando el criterio de revisión racional familiar puede limitar suficientemente estas demandas a sólo las acciones laborales completamente injustificadas.

En consecuencia, disiento respetuosamente.

⁵² Antes de la decisión del Noveno Circuito en este caso, las demandas de «clase de uno» surgidas en el contexto del empleo público eran permitidas por toda Corte a la que se le presentó una. Aún así, ha habido aproximadamente sólo 150 casos —tanto en las Cortes de Distrito como en las Cortes de Apelación— tratando tales demandas, desde *Olech*.

NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRABAJO EN PORTUGAL*

[NOTES ON THE LABOUR CASE-LAW IN PORTUGAL]

António Monteiro Fernandes

Resumen: El autor describe la evolución histórica de la jurisprudencia en el marco del Derecho portugués del Trabajo, y expone algunas de las principales tendencias en el ámbito de las metodologías y criterios de toma de decisiones, derivados de la actividad de los tribunales portugueses, incluido el Tribunal Constitucional, y relativos a la resolución de conflictos de trabajo.

Abstract: The author describes the historical evolution of case law in the framework of Portuguese Labour Law, and exposes some of the main trends in the field of decision-making methodologies and criteria arising from the activity of Portuguese courts, including the Constitutional Court, and related to labour disputes resolution.

Palabras clave: Tribunales – Sentencias – Leyes del trabajo – Valor de la jurisprudencia.

Keywords: Courts – Decisions – Labour Laws – Worth of case-Law.

* * *

* Traducción al castellano, desde el portugués original («Notas sobre a jurisprudência do trabalho em Portugal»), de Jesús Martínez Girón.

1. La jurisprudencia del trabajo portuguesa¹ —como, por lo demás, el sistema de normas que constituye su específico campo de actuación— se caracteriza por una trayectoria poco vulgar en el panorama europeo.

En Portugal, como en otros países del Continente, se vivió, como es bien sabido, un período —particularmente largo en los Estados ibéricos— de vigencia de regímenes autoritarios, políticamente conservadores, contrarios al reconocimiento de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, así como a los medios de autotutela colectiva laboral, y, en general, hostiles a la idea de contraposición de intereses entre capital y trabajo.

Aunque la constatación de la desigualdad contractual que es inherente a las relaciones de trabajo subordinado —hecho innegable, en sí mismo, y particularmente saliente en sociedades poco desarrolladas— no podía ser negada, incluso en esos contextos ideológicos. Esa constatación no constituía, sin embargo, factor de perturbación de la consistencia interna de los soportes ideológicos y de la fisonomía estructural de esos regímenes políticos. En lo que se refiere al Derecho del Trabajo, el ideario común apuntaba en el sentido de la asunción, por el Estado, de la competencia para definir y garantizar —a través de las leyes y de los aparatos administrativos laborales— medios de protección de los trabajadores a nivel individual, o que permitía considerar «dispensables» las libertades y derechos colectivos inherentes a la autonomía y a la autotutela de los grupos profesionales organizados. Sobre éstos recaía la represión y/o el control estrecho de los poderes públicos, empeñados en la prevalencia del «interés general» sobre los particulares «intereses colectivos».

Existían, pues, en el marco de esos regímenes políticos —en algunos casos, con gran desarrollo y sofisticación técnica—, legislaciones del trabajo, órganos especializados de justicia laboral y estructuras más o menos importantes de administración e inspección del mercado de trabajo.

En Portugal, desde el llamado «Estatuto del Trabajo Nacional» de 1933 —una ley cuasi-constitucional que procuraba establecer las bases de la organización social y económica del régimen corporativo—, se desarrolló todo un sistema orgánico de normas sobre las relaciones de trabajo, con relieve especial de la Ley nº 1952, de 10/3/37, que fue la primera ley del contrato de trabajo publicada en el país. Surgieron también tribunales del trabajo, al margen de la organización judicial común, integrados en la estructura orgánica del entonces llamado Ministerio de las Corporaciones y de la Previsión Social², donde permanecieron hasta la época de la abolición del régimen corporativo.

No obstante —y aquí se encontraba la singularidad arriba referida—, el Derecho del Trabajo no figuró, hasta 1976, en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho,

¹ Todas las decisiones judiciales citadas a lo largo de estas notas son accesibles en www.dgsi.pt. La identificación de los procesos a que se refieren facilita la búsqueda rápida.

² Este encuadramiento orgánico no deja de ser sugerente en relación con el pensamiento subyacente a la estructuración del «Estado corporativo», tal y como fue concebido a partir de 1933. Los órganos de la justicia del trabajo —y las correspondientes magistraturas— estaban, como se repetirá adelante, sustraídos a la organización judicial común y a la tutela del Ministerio de Justicia. Era concebida no sólo como una jurisdicción especializada (en razón a la peculiar naturaleza del ordenamiento al que le competía dar eficacia), sino como una «jurisdicción especial», separada del aparato judicial y anexa a la organización corporativa, en relación con la cual se esperaba, ciertamente, que desempeñase un papel de consolidación y de salvaguarda de la ortodoxia del sistema. Debe decirse, no obstante, que la magistratura del trabajo, a lo largo de todo ese período, sujetó su actuación a los más estrictos y ordinarios moldes de la administración de la justicia y de la aplicación de la ley.

lo que significa que no fue contemplado en la formación básica de los operadores jurídicos. Había leyes, había abogados y jueces empeñados en su interpretación y aplicación, pero ninguno de ellos disponía de preparación académica sobre la materia.

Esta situación contrastaba fuertemente con la de los restantes países europeos en los que habían ocurrido episodios, más o menos largos, de prevalencia de concepciones corporativas o, de algún modo, dirigidas al estrecho control político de los fenómenos laborales. En Alemania, en Italia, en Francia, en España —por citar sólo algunos ejemplos—, se formaron o se mantuvieron, en esos períodos, con dificultades mayores o menores, robustas escuelas iuslaboralistas, naturalmente recorridas por divisiones ideológicas profundas, pero productoras de literatura abundante, y las universidades nunca dejaron de incluir en sus programas de enseñanza el Derecho del Trabajo. En Portugal, hasta el cambio de régimen, e incluso un poco después de él, figuraba sólo en el plan general de estudios jurídicos la disciplina del «Derecho Corporativo» en que, naturalmente, la legislación del trabajo no era tratada, sino (cuando lo era) apurada y superficialmente.

2. Dicha situación no es, simplemente, explicable por la prevalencia de una visión «civilista» de las relaciones de trabajo. Por el contrario, la especificidad de esos fenómenos y la necesidad de cubrirlos con estructuras normativas propias, asentadas en una dogmática diversa de la de los contratos en general, estaba reconocida y asentada desde pronto. Pero, sin perjuicio de la especificidad, parece indiscutible que la ausencia del Derecho del Trabajo en los planes de preparación básica de juristas derivaba de una idea de desvalorización o secundarización de la materia.

En el fondo, afortunadamente —es una simple hipótesis interpretativa—, la legislación laboral era tenida como inteligible, en su innegable peculiaridad, a partir de los marcos conceptuales y principiológicos civilistas: de algún modo, quien dispusiese de sólida preparación en este terreno estaría, supuestamente, en condiciones óptimas para realizar las operaciones hermenéuticas necesarias para la comprensión y aplicación correcta de esta rama menor del Derecho. Al mismo tiempo, al menos como efecto colateral, se prescindía de cubrir espacios en la enseñanza universitaria con materias particularmente expuestas al abordaje ideológico y, por esa vía, al debate político sobre el modelo social y económico que se pretendía imponer³.

3. Así, hasta mediados de la década de los setenta del siglo pasado, se producía, en Portugal, una situación singular: existía una desarrollada legislación del trabajo, proliferaba la negociación colectiva —naturalmente, dentro de los límites consentidos por el estricto control político de las formas de organización y acción colectiva laborales—, se disponía de una jurisdicción especializada para interpretar y aplicar todo ese acervo

³ La primera de estas razones —la de la suficiencia de la formación civilista básica para el acceso fácil al Derecho del Trabajo— parece continuar mereciendo aceptación, tres décadas después de la caída del régimen corporativo. La disciplina, enseñada hoy en todas las facultades de Derecho y también en escuelas superiores de Economía y Gestión, continúa teniendo un estatuto de menor edad y casi de superflua, sometida a estrechos espacios en los planes de estudios y en los horarios de clases. A pesar de contarse hoy con un número significativo de profesores habilitados y con una abundante doctrina iuslaboralista cualificada, y no obstante el peso relativo que los litigios de trabajo han asumido, la Universidad portuguesa mantiene su «desconfianza» ante la materia, continúa discutiendo su autonomía científica y dogmática y a reservarles escasa relevancia en los planes de estudios. De ahí, también, la demanda que los cursos de postgrado sobre la disciplina siempre tuvieron en Portugal.

normativo —pero no se encontraba, en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho, una disciplina de Derecho del Trabajo⁴.

No por eso dejaba de ser estudiada e incluso científicamente explorada esa materia, esencialmente con base en la literatura extranjera —sobre todo española, italiana y, en menor medida, francesa. En estos filones doctrinales se alimentaban los jueces que, no raramente, ellos mismos, firmaban estudios publicados en las revistas jurídicas de la época. A partir de los años sesenta, al aparecer la revista *Estudos Sociais e Corporativos*, se desarrolló, siempre al margen de la Universidad⁵, un importante esfuerzo de teorización, tanto sobre los textos legales existentes como en términos prospectivos, sin que fuesen siempre visibles marcas de conformidad con la ortodoxia del régimen.

Uno de los productos de este esfuerzo⁶ fue la ley del Contrato de Trabajo publicada, en primera versión, en 1966, y estabilizada en 1969⁷. De la calidad técnica y de la adecuación socioeconómica de esa ley ofrece la mejor prueba el hecho de haberse fortalecido, en gran parte⁸, durante décadas, mucho más allá de la abolición del régimen corporativo⁹. Llegó, además, a marcar una fase en la evolución del régimen corporativo caracterizada por el intento de modernización de los marcos legales e institucionales del país, en un contexto de casi pleno empleo, de crecida apertura económica al exterior y de tercerización de las actividades productivas. Esa fase coincidió también con la sustitución de Salazar por Marcello Caetano en la jefatura del gobierno y en el liderazgo del régimen, con el intento (malogrado) de liberalización política gradual y el esbozo de intento de soluciones políticas para la guerra colonial.

La referida ley sobre el contrato de trabajo fue seguida de otra, sobre la negociación colectiva¹⁰, en que se intentaba equilibrar un sistema marcado por la prohibición —y criminalización— de las formas de lucha laboral (huelga y «lock-out») a través de la consagración de mecanismos de conciliación y arbitraje voluntario que, en principio, deberían garantizar un resultado para los movimientos reivindicativos. Esa ley tuvo resultados sorprendentes: se registraron, en los años siguientes, un considerable aumento de la dinámica de la negociación colectiva (siempre sujeta a homologación gubernamental), un acentuado refuerzo de las actividades sindicales en general, con la entrada en escena de nuevos militantes, oriundos de sectores de oposición al régimen,

⁴ El Derecho del Trabajo figuraba, con todo, en los planes de cursos de postgrado, en las Facultades de Derecho, aunque en lugar claramente secundario y, a veces, optativo. Por otro lado, a partir de finales de la década de los sesenta, las escuelas de economía y gestión comenzaron a interesarse por la posible instrumentalidad de la materia en sus cursos. La primera disciplina de Derecho del Trabajo en un programa de licenciatura surgió en 1969, en el Instituto Superior de Economía de Lisboa —varios años antes del cambio político que abriría espacio a la inclusión de la materia en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho.

⁵ En el marco de un Centro de Estudios Sociales y Corporativos, creado a la sombra del Ministerio de las Corporaciones —manifiestamente con el objetivo de propiciar la aparición de una «élite intelectual» del régimen—, y por donde pasaron diversos estudiosos que irían a tener papeles más o menos activos en el período de normalización post-revolucionario. Contra los designios fundacionales del Centro, los «estudios corporativos» nunca ocuparon más que una parte insignificante de las actividades; el dominio principal de investigación fue, indiscutiblemente, y sobre todo a partir de mediados de la década de los sesenta, el Derecho del Trabajo.

⁶ En verdad, partes importantes del proyecto fueron resultantes de estudios realizados en ese mismo marco institucional —muchos de ellos publicados en la revista *Estudos Sociais e Corporativos*—, y todo el proceso legislativo tuvo la participación activa de elementos del Centro de Estudios.

⁷ Por el *Decreto-ley 49 408*, de 24 de noviembre de 1969.

⁸ Sólo en materias como la cesación del contrato de trabajo y los descansos —terrenos socialmente muy sensibles—, la contratación por tiempo determinado y la suspensión del contrato.

⁹ De hecho, sólo con el Código del Trabajo de 2003 vino a quedar enteramente derogada.

¹⁰ El *Decreto-ley 49212*, de 28 de agosto de 1969.

y una proliferación de procesos arbitrales que se tradujeron en soluciones a veces innovadoras y progresivas en relación con la rutina contractual anterior.

4. Durante todo el período corporativo, e incluso algún tiempo después de su abolición¹¹, los *tribunales del trabajo* permanecieron bajo la tutela del Ministerio de las Corporaciones y Previsión Social, que comprendía también la administración del trabajo. En esa situación, las decisiones de los tribunales del trabajo podían ser objeto de recurso ante el Supremo Tribunal Administrativo, que, a tal efecto, disponía de una *Sección del contencioso del trabajo y previsión social*. Se suma el que los jueces de 1ª instancia no eran, como regla, magistrados de carrera, sino funcionarios oriundos de diversos departamentos, sobre todo de la administración del trabajo.

Toda vez que el Derecho del Trabajo, como se señaló, no formaba parte de los planes de estudios universitarios —más rigurosamente, de los planes de formación de jueces y abogados—, la actividad de esos tribunales era técnicamente sustentada por el auto-aprendizaje de los operadores jurídicos.

Algunos temas cruciales —como la caracterización jurídica y la diferenciación práctica del contrato de trabajo o como el desarrollo de la noción de justa causa de despido— fueron abordados, a lo largo de esas varias décadas, por una doctrina incipiente y por una jurisprudencia ampliamente constructiva, conduciendo a resultados que son, aún hoy, instrumentales para la interpretación y aplicación de la legislación laboral vigente.

No obstante, algunos otros problemas, como el del exacto papel del «principio del tratamiento más favorable para el trabajador» en la aplicación del Derecho del Trabajo, ofrecieron, a veces, oportunidades a equívocos teóricos, explicables por el escaso desarrollo doctrinal existente. Entre estos equívocos, puede mencionarse cierta tendencia a resolver insuficiencias probatorias o dudas interpretativas para la elección directa de las soluciones más favorables al trabajador, no siempre en armonía con los métodos recomendables de agotamiento de los hechos o de interpretación de las normas. En contrapartida, eran hipervaloradas la dimensión técnica y la exigencia de «confianza personal» como parámetros del comportamiento debido por los trabajadores, en conformidad con el concepto de la empresa como «comunidad de trabajo», que prevalecía con apoyo en la propia legislación básica sobre las relaciones de trabajo.

Globalmente, a pesar de todas las dificultades, es forzoso reconocer un papel positivo a la jurisprudencia del trabajo en ese período. El propio tránsito de la legislación más conservadora de los años treinta y cuarenta a la que surgió en la segunda mitad de la década de los sesenta —en el período de relativa apertura política que precedió al cambio de régimen— fue ampliamente facilitado y sustentado por el patrimonio de ideas que esos tribunales «extraordinarios» fueron acumulando a lo largo de los años.

5. Como es sabido, la revolución de 1974/75, a pesar de haber desencadenado una vasta e intensa movilización social, no provocó ninguna ruptura inmediata y global, ya en el sistema de normas del trabajo, ya en el terreno de las estructuras sindicales, ya en el de la organización de la justicia del trabajo¹². En lo tocante a las relaciones

¹¹ Más precisamente, hasta que la *Ley n.º 82/77*, de 6 de diciembre, definiendo una nueva organización judicial, incorporó los tribunales del trabajo al ordenamiento judicial común, aunque con competencia especializada.

¹² Sobre el punto, puede verse, por ejemplo, nuestro *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Coimbra, 2009, pp. 39 ss.

individuales de trabajo, el legislador post-revolucionario casi intervino sólo con base en la salvaguarda de la estabilidad del empleo y en la limitación de la libertad de decisión patronal en lo tocante a la ruptura de los contratos de trabajo. También fue necesario esperar hasta 1977, como ya observamos, para que se produjese la incorporación de los tribunales del trabajo al ordenamiento judicial común, bajo la tutela del Ministerio de Justicia y teniendo las mismas instancias de recurso que los tribunales comunes: las Audiencias Territoriales y el Supremo Tribunal de Justicia¹³.

Más tarde, también vino a desempeñar un papel relevante —teniendo en cuenta la importancia que asumen los temas laborales en la Constitución de 1976— el *Tribunal Constitucional*¹⁴.

En parte, esa intervención se debió también a la continuidad de la vigencia de la legislación anterior a 1974; pero fueron sobre todo los textos legales producidos a partir del cambio de régimen político que, en presencia de la Ley Fundamental democrática, tuvieron que someterse al control del tribunal, el cual se presentó así, de hecho, como un trámite adicional en los procesos legislativos. Todas las grandes actuaciones legislativas en materia laboral, sobre todo las que ocurrieron a partir de finales de los años ochenta, implicaron intervenciones de fondo del Tribunal Constitucional, en términos de *control preventivo de la constitucionalidad* de los textos¹⁵.

La bien conocida sensibilidad política de que se reviste cualquier intervención regulatoria en el dominio del Derecho Social, y muy particularmente en el Derecho del Trabajo, confirieron siempre a los procesos de control preventivo de la constitucionalidad de leyes aprobadas pero todavía no publicadas un particular dramatismo y fuerte repercusión social.

6. La composición del Tribunal, resultante, en gran parte, de negociaciones político-partidistas —toda vez que la gran mayoría de los jueces (diez) se elige mediante votación en la Asamblea de la República, y los restantes (tres) son designados por cooptación de los primeros—, contribuye a la idea generalizada de que las votaciones en materia de conformidad constitucional son reflejos directos de la relación de fuerzas existente, en cada momento —o, más precisamente, cuando se inicia el mandato de nueve años de los jueces—, en el hemiciclo parlamentario¹⁶.

¹³ Tanto en las Audiencias como en el Supremo, se crearon entonces *secciones sociales*, al lado de las secciones civiles y criminales.

¹⁴ El Tribunal Constitucional es independiente y autónomo —no depende ni funciona al lado de ningún órgano; sus decisiones se imponen a cualquier otra autoridad. Tiene definidas su composición y su competencia directamente en la Constitución. Dispone de autonomía administrativa y financiera y de presupuesto propio, y define, él mismo, las cuestiones relativas a la delimitación de su competencia. Se compone de trece miembros (que no son jueces de carrera), siendo diez elegidos por la Asamblea de la República y los tres restantes cooptados por los jueces electos, todos con un mandato de nueve años, no prorrogable. Las bases constitucionales de este Tribunal se encuentran en los artículos 221-224 de la Constitución. En materia de organización, funcionamiento y proceso, rige la Ley 28/82, de 15 de noviembre, con diversas alteraciones posteriores. Sobre el tema, vid. J.M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, 2007; y además, LUIS FERREIRA LEITE, *O Tribunal Constitucional e o sistema político*, Lisboa, 2007.

¹⁵ Sobre ese punto de vista, merecen especial mención las *Sentencias TC 107/88* (*Diario de la República*, I Serie, nº 141, 21/6/88) —que precedió y condicionó fuertemente el tenor del régimen jurídico del despido publicado por el Decreto-Ley 64-A/89, de 27 de febrero—; *581/95* (*Diario de la República*, I serie-A, nº 18, de 22/1/96), relativa a ese mismo régimen jurídico; *306/2003* (*Diario de la República*, I serie-A, nº 164, de 18/7/2003), referente al Código del Trabajo de 2003; y *977/2008* (accesible en www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos) acerca del Código de 2009.

¹⁶ El tema está, por lo demás, estudiado (y la suposición confirmada) con base en el análisis de un gran número de decisiones: vd. SOFIA AMARAL GARCIA/NUNO GAROUPA/VERÓNICA GREMBI, *Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: the case of Portugal*, en <http://papers.ssrn.com>.

Tal convicción está confirmada, de algún modo, por el fenómeno frecuente de la división del Tribunal en dos alas correspondientes a sensibilidades ideológicas de «izquierda» y de «derecha». Un ejemplo, entre otros muchos, fue suministrado por la decisión¹⁷, relativamente reciente, acerca de la conformidad constitucional de una ley que agravó los requisitos de atribución de la llamada «renta social de inserción»¹⁸, anteriormente llamada «renta mínima garantizada». Se discutía ahí si, tratándose del desarrollo de una garantía constitucional¹⁹, debería decidirse con base en el principio de la *prohibición del retroceso social* o, por el contrario, a la luz de la *libertad de conformación* del legislador ordinario que, en función del principio de alternancia democrática, implicaría la reversibilidad de las opciones político-legislativas. La primera posición fue asumida por ocho jueces, y cinco votaron contra ella, con desarrolladas explicaciones de voto.

Situaciones idénticas se producen siempre que estuvieron en cuestión en el Tribunal Constitucional textos legales pertenecientes al terreno social y, más particularmente, al campo laboral. Así, por ejemplo, en relación con el tema más delicado y friccional que la legislación del trabajo portuguesa contempla —el de la concreción de la *prohibición constitucional del «despido sin justa causa»* y, por tanto, el de la delimitación del concepto operativo de «justa causa»— el Tribunal se pronunció, en momentos diversos y con diferentes composiciones, en sentidos divergentes²⁰. Prevalece hoy, en la ley, no habiendo vuelto a ser contestada bajo el punto de vista de la conformidad constitucional²¹, la orientación más moderada según la cual *ciertos* motivos de naturaleza objetiva —y sólo ellos: la «extinción del puesto de trabajo» (artículos 367 ss. del Código del Trabajo) y la «inadaptación» sobrevenida del trabajador (artículos 373 ss.)— pueden constituir justa causa de despido individual.

No obstante, la referencia constitucional fundamental que es el artículo 53 —donde se afirma la «garantía» de la seguridad del empleo y la prohibición de los despidos sin justa causa— continúa siendo prioritariamente utilizada en la crítica a las reformas laborales. Ocurrió también así, muy recientemente, en el proceso relativo al control preventivo de la constitucionalidad del Código del Trabajo revisado²². El significado y la amplitud de esa garantía constitucional fueron retomados, en profundidad, por el Tribunal, esta vez a propósito de la ampliación del período de prueba en los contratos de trabajo de duración indeterminada²³.

¹⁷ *Sentencia TC 509/2002* – Proc. 768/2002, en el *Diario de la República*, I Serie-A, nº 36, de 12/2/2003, pp. 905 ss.

¹⁸ En el propio texto de la decisión se define como «prestaciones que, fuera del *subsistema aseguratorio* de naturaleza contributiva, aseguren un *mínimo de subsistencia* (...) a aquéllos que, encontrándose transitoriamente en situación de ausencia o insuficiencia de recursos económicos para la satisfacción de sus necesidades mínimas, precisan de apoyo para promover su progresiva inserción social y profesional».

¹⁹ Establecida en el artículo 63/3 de la Constitución.

²⁰ El problema central deriva del hecho de haber restringido la legislación post-revolucionaria el despido individual a las situaciones de falta culposa del trabajador (infracción disciplinaria grave), excluyendo razones objetivas ligadas a la empresa o a la propia aptitud del trabajador. En 1988, un proyecto legislativo que pretendía abarcar estas últimas fue considerado inconstitucional (*Sentencia 107/88*, Proc. 220/88, en el *Diario de la República*, I serie, nº 141, de 21/6/88, p. 2516 ss.). La decisión, en la que participaron diez jueces, tuvo explicaciones de voto de todos ellos, y cinco votos particulares, algunos parciales. Años más tarde, la inclusión de motivos objetivos en la justa causa era considerada compatible con la Constitución (*Sentencia 581/95*, Procs. 407/88 y 134/89, en el *Diario de la República*, I serie-A, nº 18, de 22(1/96, p. 96 ss.). Participaron once jueces, votando siete a favor y cuatro en contra, presentando éstos copiosas explicaciones de voto.

²¹ Por el contrario: el Tribunal ya había declarado, en otra decisión: «La cesación del contrato de trabajo por causas objetivas (...) no ofende la garantía constitucional de la seguridad del empleo» - *Sentencia 581/95*.

²² Y que vino a ser publicado como *Ley 7/2009*, de 12 de febrero.

²³ *Sentencia 632/2008*, de 23/12/08, en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>. Señálese que esta decisión, en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma respectiva, fue tomada por unanimidad de los trece miembros del Tribunal.

7. Las decisiones (*acordãos*²⁴) del Tribunal Constitucional reflejan la preocupación de fundamentar, normalmente con reseñable profundidad analítica, las orientaciones que logran vencer. Se trata, no raramente, de piezas extensas, eruditas, redactadas con algún preciosismo formal, y a veces, hasta de una geometría intrincada que dificulta la lectura.

La circunstancia de haber oscilado, en puntos cruciales, las directrices decisorias, de modo sensible, al calor de la composición del Tribunal, lleva a que la hipótesis de invocación de precedentes jurisprudenciales se revista de grandes dificultades constructivas y expositivas. Pero no deja de ser intentada. La verdad es que se trata de hacer valer, en cada momento, una comprensión del programa constitucional que tenga por sí misma un mínimo de consistencia y «fiabilidad», en el sentido de la previsibilidad que los mandatos jurídicos, y especialmente los constitucionales, deben también ofrecer. La acción del Tribunal Constitucional está muy marcada, a pesar de todo, por la preocupación de realizar ese tipo de «prestación» en vista del interés general.

8. Entre tanto, la posición del Tribunal Constitucional en el marco de la jurisprudencia del trabajo no se limita a las intervenciones relativas a la fiscalización «abstracta» de la constitucionalidad de las leyes. El Tribunal es muy frecuentemente llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas legales, a propósito de concretos litigios individuales.

Los *recursos de inconstitucionalidad* están, por lo demás, constitucionalmente previstos (artículo 280 de la Constitución). Pueden referirse tanto a decisiones de los tribunales que consideren inconstitucional una norma y, por eso, le nieguen su aplicación, como a decisiones que apliquen «norma cuya constitucionalidad haya sido suscitada durante el proceso» (artículo 280/1)²⁵.

Así, aunque el Tribunal Constitucional sólo sea llamado a pronunciarse sobre la conformidad constitucional de la norma discutida, su decisión acabará por condicionar, a veces de modo absoluto, el sentido de la resolución del litigio concreto. El recurso ante el Tribunal Constitucional acaba, frecuentemente, por funcionar como una cuarta instancia en ese tipo de procesos, lo que explica la abundancia de sentencias producidas sobre casos concretos²⁶.

La circunstancia de contener la ley fundamental un número importante de normas marco, ya de derecho individual ya del régimen de las relaciones colectivas del trabajo, más allá de las que específicamente consagran derechos fundamentales que se vuelven vulnerables en el ambiente de las relaciones de trabajo, explica la frecuencia con que

²⁴ La denominación «acordão» se aplica exclusivamente a las sentencias de los tribunales colectivos, esto es, constituidos por varios jueces. Las decisiones se toman entonces por consenso o mayoría, implicando siempre la concordancia (o acuerdo) de varios miembros del tribunal. En la antigua tradición judicial portuguesa, los textos de esas decisiones comenzaban con la palabra «acuerdan» (los jueces del tribunal); era por esta primera palabra (luego modificada) que se designaban tales sentencias. Se llaman *acordãos*, entre otras, las decisiones del Tribunal Constitucional, del Supremo Tribunal de Justicia y de las Audiencias Territoriales.

²⁵ La decisión que el TC venga a adoptar tendrá *eficacia restringida al caso concreto*, esto es, contribuirá a la conformación del apoyo legal de la decisión que venga a recaer sobre él. Si la norma fuese considerada inconstitucional por el TC, en ese marco, su vigencia no resultará afectada; sólo en sede de fiscalización abstracta se obtiene un resultado con eficacia *erga omnes*.

²⁶ Sólo un título de muestra: de las primeras 20 sentencias emitidas en 2010, sólo *una* se refería a la fiscalización abstracta de la constitucionalidad; las restantes 19 se referían a litigios concretos.

el Tribunal Constitucional es requerido a pronunciarse sobre los apoyos normativos de decisiones relativas a litigios laborales concretos²⁷.

9. Ahora mismo, por otro lado, se produce muy raramente el *reenvío prejudicial* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸.

Varias razones pueden apuntarse para esa situación. Aunque el Derecho Comunitario sea estudiado en la licenciatura en Derecho y en los cursos de preparación de magistrados²⁹, la verdad es que el conocimiento de la materia por parte de los jueces parece ser bastante limitado. La jurisprudencia del Tribunal Europeo, aunque sin asumir ningún carácter de precedente vinculante, ofrece un manantial de sugerencias conceptuales e interpretativas que, dada la forzosa interconexión de los tribunales nacionales y de la función judicial comunitaria, serían susceptibles de invocación o, por lo menos, de utilización en los ratiocinios decisorios a nivel interno. Esto sólo excepcionalmente ocurre.

También la circunstancia de estar contemplado el Derecho del Trabajo, en el plano del derecho derivado, prácticamente, sólo por *directivas* —cuya atendibilidad en el ordenamiento interno depende, en la generalidad de los casos, de la transposición en leyes nacionales— ayuda a explicar el modesto interés de los magistrados por las referencias europeas.

Es preciso tener en cuenta, también, que el sistema de justicia portugués se haya bajo gran presión social y política en el sentido del aumento de la celeridad de los procesos, principalmente en el terreno socio-laboral. La forzosa suspensión de la instancia en la jurisdicción nacional, hasta que el Tribunal de Justicia decida sobre la cuestión prejudicial, representa un incremento de demora tenido por indeseable.

Por lo demás, el recurso al reenvío prejudicial, en las escasas oportunidades en que ha ocurrido, se enmarca, principalmente, en los dominios del derecho administrativo y fiscal. Sólo muy raramente se refiere a problemas de derecho privado.

10. La fisonomía propia de la jurisprudencia laboral portuguesa se relaciona también con la inexistencia de precedentes decisorios vinculantes³⁰. En la jerarquía de los

²⁷ Puede verse, entre otras muchas, como sugestiva ilustración de lo que se afirma en el texto, la *Sentencia 555/2007*, Proc. 395/2007, en el *Diario de la República*, 2ª serie, nº 13, de 18/1/08. Se discutía ahí si una norma que imponía la inclusión de ciertos datos relativos a los trabajadores en el «plano del cuadro de personal» ofendía el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, constitucionalmente consagrado (artículo 26 de la Constitución). La cuestión se planteaba porque una entidad empleadora había sido blanco de sanción administrativa (aplicada por la Inspección de Trabajo) por el hecho de omitir esos datos en los referidos planos, de fijación obligatoria en la empresa. La entidad empleadora impugnó judicialmente la aplicación de la sanción, y el tribunal le dio la razón. El Ministerio Público recurrió (lo que, además, estaba legalmente obligado a hacer) ante el Tribunal Constitucional. Éste decidió que la norma legal discutida no era inconstitucional, por lo que el tribunal *a quo* debería revisar su decisión sobre la sanción administrativa contestada.

²⁸ Vd., en general, NUNO PIÇARRA/FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *A europeização dos tribunais portugueses*, *working paper* del Instituto Portugués de Relaciones Internacionales, 2006, en www.ipri.pt/publicacoes.

²⁹ Llevados a cabo en el Centro de Estudios Judiciales.

³⁰ Vale la pena aludir a que existieron, durante mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico portugués, decisiones judiciales dotadas de fuerza obligatoria general y, por consiguiente, vinculantes para los órganos jurisdiccionales. Se trata de los *assentos* emitidos por el llamado Tribunal Pleno, esto es, por el plenario (totalidad de los jueces) del Supremo Tribunal de Justicia, para resolver contradicciones entre sentencias del mismo Tribunal. El antiguo artículo 2º del *Código Civil* (derogado en 1995, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) confería expresamente a los *assentos* «fuerza obligatoria general». En una posterior revisión de la ley procesal, se acogió la posibilidad de uniformización de la jurisprudencia (por sentencia del STJ), pero sin carácter vinculante.

tribunales, ninguna decisión de una instancia superior se impone a futuras decisiones de una instancia inferior.

La *uniformización de la jurisprudencia* mediante sentencias con valor especial, admitida en general por el Código del Proceso Civil, se extiende, naturalmente, al contencioso del trabajo; no obstante, es claro que la uniformización, destinada a clarificar orientaciones prevalentes a partir de decisiones contradictorias, no asume carácter vinculante, esto es, fuerza obligatoria general. Cosa diferente se dirá a propósito de las sentencias del Supremo relativas a procesos de *anulación o interpretación de cláusulas de convenios colectivos*³¹: el contenido de tales decisiones (por lo demás, bastante raras) se reviste de fuerza vinculante en el ámbito de aplicación de las cláusulas analizadas.

Más allá de este dominio, las decisiones de cualquiera de las instancias carecen de carácter vinculante para otros tribunales; no obstante, es indiscutible que los precedentes decisorios, principalmente los que resultan de la actividad continuada del Supremo Tribunal de Justicia, ejercen una influencia significativa en las orientaciones adoptadas en cualquiera de las instancias jurisdiccionales³².

La repetición de soluciones en procesos sucesivos sobre casos semejantes —a veces no tan semejantes como puedan parecer— conduce a una cierta «inercia» judicial, o sea, a una posición esencialmente conservadora, poco constructiva, por parte de los tribunales. En verdad, las construcciones jurídicas de origen propiamente judicial son escasas³³, lo que ayuda a explicar el hecho de que las orientaciones jurisprudenciales sean utilizadas sobre todo como apoyos argumentales, y no como fuentes doctrinales.

11. Como contrapartida, es muy frecuente, en cualquiera de las instancias, el apoyo de decisiones en la doctrina científica: las citas de literatura jurídica tenida por más autorizada abundan en los textos de las decisiones, y muy particularmente en las del Supremo³⁴. Esta constatación no revestiría particular relevancia si no hubiese casos relativamente frecuentes en que posiciones doctrinales, suscritas por autores más influyentes, se incorporan al silogismo decisorio como si pudiesen constituir legítimamente elementos de sus premisas. Debe, sin embargo, atemperarse la percepción negativa que estos casos suscitan: de un modo general, las citas son meramente confirmatorias o reiterativas de adquisiciones teóricas más o menos vulgarizadas, adquiriendo, de esa manera, mero valor ornamental.

³¹ Artículos 183 a 186 del *Código del Proceso del Trabajo*, aprobado por el *Decreto-ley 480/99*, de 9 de noviembre, alterado por los *Decretos-ley 323/2002*, de 17 de diciembre, *38/2003*, de 8 de marzo, y *295/2009*, de 13 de octubre.

³² Esclarecedora, a este respecto, aunque referida a la jurisdicción criminal, es la *Sent. STJ 05/112009* – P. 418/07. 8PSBCL-A.SI, en la que en cierto sitio se lee: «I – La ley indica con suficiente claridad que las Sentencias para la fijación de jurisprudencia tienen un peso propio, que se les da por el hecho de provenir del Pleno de las Secciones Criminales del Supremo Tribunal de Justicia. Hay que concederles, pues, el beneficio, por no decir la presunción, de que fueron elaboradas tras ponderación exhaustiva, frente a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia existentes sobre el asunto. II – De este modo, aunque los tribunales sean libres de seguir la jurisprudencia que juzgan más adecuada, ya que el STJ no “hace ley”, parece estulto tomar un camino distinto del acogido por el Pleno del STJ, a no ser que se invoquen argumentos nuevos, no considerados en la decisión que fija la jurisprudencia, o que, considerando la legislación en su conjunto, la jurisprudencia fijada se muestre rebasada ya».

³³ Y algunas de ellas, altamente contestables, como la concepción del contrato de trabajo con base en la acumulación de subordinación jurídica y dependencia económica, tardaron varias décadas en ser abandonadas.

³⁴ Esta circunstancia es más fácilmente explicable en lo que se refiere a las instancias inferiores: la evaluación periódica del mérito de los magistrados está influida, de hecho, por el tamaño y la densidad teórica de las decisiones, lo que empuja a los jueces a una erudición a veces superflua.

En todo caso, puede decirse que, especialmente (pero no sólo) en el campo del Derecho del Trabajo, existe una «relación conmutativa» entre la jurisprudencia y la doctrina, o entre los tribunales y las universidades. Las corrientes decisorias que se van formando, particularmente en relación con problemas de interpretación de la ley, son objeto de profunda consideración por la doctrina: los autores adoptan posiciones de aceptación u oposición ante esas tendencias jurisprudenciales (ellas mismas, muchas veces, basadas en opiniones académicas), pero nunca de indiferencia.

No obstante, la influencia efectiva de las orientaciones jurisprudenciales sobre las opiniones dominantes en la doctrina no es tan profunda como en otros países del área cultural del *civil law* (dos ejemplos: España y Francia); en Portugal, puede decirse que la relación conmutativa entre la doctrina y la jurisprudencia está tendencialmente desequilibrada en detrimento de esta última. Con otras palabras: la doctrina pesa más en la conformación de las decisiones, de lo que se atiende a la jurisprudencia en la construcción teórica de las instituciones.

12. Como es sabido, la resolución de la vasta mayoría de los litigios individuales de trabajo implica la *concreción de conceptos indeterminados*. La ley laboral no encontró instrumentos mejores para alcanzar con alguna eficacia las diversísimas modalidades prácticas con las que se presentan y desarrollan las relaciones de trabajo y para hacer valer en ellas las valoraciones básicas que la inspiran e integran en su razón de ser.

La jurisprudencia laboral está constituida, así, en gran parte, por juicios de concreción, dependientes de la apreciación de conjuntos de circunstancias muy variados y, por consiguiente, difícilmente reconducibles a patrones de «coherencia» interna: lo que les confiere consistencia dogmática y aptitud regulatoria es la comprensión que proponen acerca de los principios y criterios subyacentes.

El Código del Trabajo portugués coloca ante los tribunales numerosos desafíos de ese género. Citemos unos pocos ejemplos:

- el trabajador tiene un derecho de reserva y confidencialidad en relación al contenido de *mensajes de naturaleza personal* (artículo 22/1);
- más allá de la actividad contratada, el trabajador está obligado a cumplir tareas que le sean *afines o funcionalmente ligadas* (artículo 118/2)³⁵;
- el empleador puede, cuando el interés de la empresa lo exija, encargar al trabajador ejercer *temporalmente*³⁶ funciones no comprendidas en la actividad contratada, siempre que eso no implique *modificación sustancial de la posición* del segundo (artículo 120)³⁷;
- puede celebrarse contrato a término (entre otras situaciones) cuando se trate de *incremento excepcional de actividad de la empresa*, o de la ejecución de tarea *ocasional*, o de *lanzamiento* de nueva actividad o del *inicio de trabajo* de una empresa o establecimiento (artículo 140)³⁸;

³⁵ Sobre el punto, ver, por ejemplo, la *Sent. STJ 14/11/2007* – P. 07S1802.

³⁶ Acerca de las dudas que esta noción puede suscitar, véase, entre otras muchas, *Sent. STJ 23/02/2005* – P. 04S3159.

³⁷ Registrando lo que se consideró ser un caso «patente» de modificación sustancial, puede apuntarse la *Sent. STJ 06/02/2006* – P. 07S3899.

³⁸ Ver las *Sent. STJ 28/05/2008* – P. 08S717 y *09/09/2009* – P. 09S0225.

—el empleador puede *trasladar*³⁹ al trabajador a lugar de trabajo diferente del originario, si del traslado no resulta *perjuicio serio* para el segundo (artículo 194)⁴⁰.

Todas esas normas —entre otras muchas— tienen condicionada su aplicación por *decisiones* previas sobre el relleno *concreto* de ciertos conceptos, cuya verificación no se ofrece con evidencia inmediata ni es susceptible de prueba directa. En la jurisprudencia laboral portuguesa, tal concreción se hace, como regla, de modo *asertivo*, sin que el trayecto de ponderación de las circunstancias de cada caso se explicita en las decisiones; la concreción refleja, así, la cultura y la sensibilidad de los jueces, más que la racionalidad de los procesos seguidos para alcanzarla.

Aunque los jueces que valoran cuestiones de trabajo —especialmente los de los tribunales de competencia genérica— carecen, normalmente, de conocimientos y sensibilidad específica en lo tocante a los ambientes en que se desarrollan relaciones laborales. Es, esencialmente, el «sentido común», en la interpretación personal de cada magistrado, el que orienta esas pre-decisiones relativas a la concreción de conceptos indeterminados. Los riesgos de subjetivismo y de relativismo que derivan de este conjunto de circunstancias —potenciados por la insuficiente madurez de la doctrina iuslaboralista portuguesa— son manifiestos y, además, percibidos por los propios magistrados. Se explica así —más que por cualquier reflejo defensivo o por cualquier tipo de pasividad— el hecho de que las decisiones judiciales permanezcan, frecuentemente, a este lado de la sustancia de los litigios, quedándose en el tratamiento y resolución de cuestiones de forma o de procedimiento⁴¹.

13. En un breve excursus, como éste, por el vasto terreno de la jurisprudencia del trabajo, resulta forzoso dedicar aún alguna atención a la metodología utilizada por los tribunales en la *determinación de la ley aplicable*, ligada a la diferenciación entre contrato de trabajo⁴² y contrato de prestación de servicio⁴³. Se trata, como es sabido, de un punto clave en todas las intervenciones de la justicia del trabajo, no sólo por su carácter decisivo, sino también, o sobre todo, por el agravamiento incesante de las dificultades que implica, como consecuencia de la evolución que ocurre en la organización de las actividades económicas, en las tecnologías y métodos de gestión utilizados, sin hablar de la sofisticación de los procesos de huida de la ley laboral.

Los tribunales portugueses no se apartaron, en esa materia, del modelo de actuación existente en otros países: ante dificultades crecientes que la configuración de las situaciones de trabajo ofrece al encuadramiento en uno de los tipos contractuales arriba

³⁹ Véase sobre esta noción la *Sent. STJ 12/11/2009* – P. 1906/05.6TTLSB.S1.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la *Sent. STJ 05/07/2007* – P. 07S743, en que se desarrolla ampliamente la teorización del concepto de «perjuicio serio», pero no se explicita el proceso lógico de su concreción.

⁴¹ Esa tendencia se volvió tan manifiesta que el propio legislador fue sensible a ella: el artículo 387/4 del Código del Trabajo de 2009, relativo a los procesos en que se valora el despido disciplinario, y sin perjuicio de la consideración de eventuales vicios formales, obliga al tribunal a pronunciarse *siempre* sobre si el comportamiento atribuido al trabajador constituye justa causa de despido.

⁴² La definición legal de este contrato, con la cual se pretende delimitar el partido, el ámbito de aplicación de las leyes laborales, se encuentra en el artículo 11 del Código del Trabajo: «Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona singular se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad a otra u otras personas, en el ámbito de la organización y bajo la autoridad de éstas».

⁴³ Más que de un tipo de contrato, se trata de una «familia» de tipos contractuales, muchos de ellos innominados, en los que se trata de diversas modalidades de trabajo autónomo o independiente. Su definición figura en el artículo 1154 del Código Civil: «Contrato de prestación de servicio es aquel en que una de las partes se obliga a proporcionar a otra cierto resultado de su trabajo intelectual o manual, con o sin retribución».

referidos, y la insuficiencia manifiesta de las definiciones legales como instrumentos de conexión entre las normas y los hechos, se consolidó la práctica de la utilización del *método tipológico* que parte del diseño típico de la relación de subordinación para la identificación de elementos o componentes significativos de ese «tipo» —en el sentido de ser indicadores de su *identidad*⁴⁴.

El método consiste, como se sabe, en buscar analíticamente la existencia de algunos de esos elementos (índices) en la textura de la situación concreta para la cual es necesario fijar la ley aplicable. Aunque del análisis se retorna a la síntesis: la elección de la ley aplicable resultará de la consideración global de la situación en presencia de los índices de subordinación o autonomía encontrados, y no de la mera «contabilización» de éstos.

14. En la jurisprudencia laboral portuguesa, el método tipológico se utiliza abundantemente, si bien de un modo un tanto expeditivo.

Por un lado, la identificación de los «indicios» utilizables no siempre ha sido sometida a la criba de la legitimidad o de la admisibilidad jurídica, que parecería trámite forzoso cuando lo que se pretende es realizar la máxima aproximación entre un concepto normativo y la realidad concreta con la que el operador se enfrenta. De hecho, los tribunales juegan no sólo con indicios «internos», que son elementos de la configuración fáctica normal de la relación de trabajo subordinado —como el hecho de realizarse el trabajo en instalaciones y con utilización de instrumentos pertenecientes a su beneficiario—, sino también con indicios «externos»⁴⁵, que son, o pueden ser, elementos fácticos de configuraciones simulatorias o fraudulentas —como el hecho de entregar el trabajador al beneficiario del trabajo un tipo de recibo (el llamado *recibo verde*) que es propio de los independientes o autónomos; o el hecho de estar inscrito en el régimen de seguridad social de los profesionales autónomos; o, incluso, el hecho de no haber disfrutado nunca vacaciones ni recibido subsidio alimenticio⁴⁶.

Por otro lado, la finalidad operativa pretendida es la calificación jurídica de la relación de trabajo discutida —o, si quisiésemos, su encaje en uno de los tipos negociales concurrentes— y no, inmediatamente, la determinación de la ley aplicable. Tratándose de situaciones de hecho que, demostradamente, dada la combinación que en ellas ocurre de elementos propios de cada uno de los tipos (por eso se habla de «zona gris»), no comportan la *subsunción* en ninguna de las definiciones legales pertinentes —ni en la del contrato de trabajo establecida en el artículo 11 del Código del Trabajo, ni en la del contrato de prestación de servicio que se encuentra en el artículo 1154 del Código Civil—, la operación realizada por los juzgadores, en la medida en que implica la declaración del reconocimiento de una cierta identidad contractual, retoma más del impresionismo y de la intuición individual que de una específica racionalidad jurídica.

Así, la detección o selección de los indicios, en la masa de los hechos probados, se justifica frecuentemente con el enunciado de los criterios según los cuales ciertas

⁴⁴ Sobre el tema, últimamente, el notable ensayo de LUCA NOGLER, *Die typologisch-funktionale Methode am Beispiel des Arbeitsnehmersbegriffs*, en «Zeitung für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht», n° 10, 2009, pp. 459 ss.

⁴⁵ Las denominaciones de indicios «internos» y «externos» son, ellas mismas, de creación jurisprudencial.

⁴⁶ Véase, como ejemplo, elocuente, la *Sent. STJ 30/09/2009* – P. 4646/06.5TTLSB.L1.S1.

características, y no otras, se tienen por merecedoras de consideración, todo esto en el marco de una sensible tensión analítica; con todo, la secuencia dada a ese trámite consiste, como regla, en la atribución de prevalencia a unos indicios sobre otros y en la afirmación de una «convicción» finalmente no fundamentada o incluso susceptible de considerarse contradictoria con la masa de elementos apreciada. La técnica adoptada, no siendo ni pudiendo ser la de la subsunción, acaba por corresponder a una lógica de proximidad o semejanza entre el caso valorado y un modelo legal, encarados ambos de modo global, según la perspectiva funcional de la legitimación de una cierta elección de la ley aplicable.

**PREÁMBULOS, EXPOSICIONES DE MOTIVOS
Y DECLARACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA
EN LAS LEYES. A PROPÓSITO DEL PREÁMBULO,
CON VOCACIÓN UNIVERSALISTA,
DE LA LEY GALLEGA 2/2007, DE 28 MARZO,
DE TRABAJO EN IGUALDAD DE LA MUJERES DE GALICIA**

*[PREAMBLES, STATEMENTS OF GROUNDS AND DECLARATIONS
OF LEGAL POLICY IN THE LAWS. AROUND THE PREAMBLE, WITH UNIVERSAL
VOCATION, OF THE GALICIAN ACT 2/2007, OF MARCH 28TH, ABOUT THE WORK
IN EQUALITY OF GALICIAN WOMEN]*

Jesús Palmou Lorenzo

Sumario: I. LA OCASIÓN. II. EL DERECHO COMPARADO. III. EL PREÁMBULO DE LA LEY GALLEGA 2/2007, DE 28 MARZO.

*Contents: I. THE OCCASION. II. COMPARATIVE LAW. III. THE PREAMBLE
OF THE GALICIAN ACT 2/2007, OF MARCH 28TH.*

Resumen: Este trabajo discute el valor jurídico de los preámbulos de Constituciones y Leyes, concluyendo que no es posible en todo caso mantener que tales partes de las normas carecen de eficacia normativa.

Abstract: This paper discusses the legal worth of the preambles of Constitutions and Acts, concluding that it is not possible in any case to sustain that such parts of the norms have no normative efficacy.

Palabras clave: Preámbulo – Valor jurídico – Derecho Comparado.

Keywords: Preamble – Legal Worth – Comparative Law.

* * *

I. LA OCASIÓN

1. Para mí, como abogado y parlamentario —que he sido—, y como «doctrinario» —que, al parecer, según mis queridos colegas laboristas coruñeses, continuo y continuaré siendo—, es claro que las exposiciones de motivos o preámbulos que acompañan, con carácter protocolar, a las leyes y reglamentos que se promulgan en España constituyen un género específico de la literatura jurídica. A pesar de su carácter invariablemente «anónimo» —formalmente, obra del concreto poder legiferante a quien se debe la norma de que se trate—, es casi un secreto a voces el hecho de que se trata muchas veces de verdaderas obras «de autor», existiendo casos relativamente notorios en que incluso cabe identificar quién fue su concreto autor, con su nombre y apellidos. En lo laboral —área de conocimiento en la que yo me doctoré en Derecho, en la Universidad de A Coruña—, es el caso claro y notorio de la muy conocida —sobre todo por los tribunales laborales de la época y, especialmente, por el Tribunal Central de Trabajo— exposición de motivos del Decreto 2354/62, de 20 septiembre 1962, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo, respecto de la que sigue recordándose doctrinalmente —hace sólo cuatro años, a pesar de todo el tiempo transcurrido— que «constituye un referente clásico acerca de lo que debía entenderse por los pares conflictos individuales-colectivos y jurídicos-económicos», y además, que fue, «al parecer, redactada por M. ALONSO OLEA»¹.

2. A día de hoy, el de las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes es un tema «caliente» en España, desde los puntos de vista, mediático político y, sobre todo, jurídico-constitucional. Ello se debe a todo el revuelo que ha levantado el hecho de que en el preámbulo del Estatuto de Autonomía de Cataluña —por lo demás, bastante breve— se afirme que «el Parlamento de Cataluña, recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación»². Al menos uno de los siete recursos de inconstitucionalidad planteados contra dicho Estatuto de Autonomía —a saber, el de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados³, el del Defensor del Pueblo⁴, el del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁵, el del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja⁶, el del Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón⁷, el del Consell de la Generalitat de la Comunitat Valenciana⁸ y, por último, el del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears⁹— impugna los siguientes párrafos del Preámbulo:

- «El autogobierno de Cataluña se fundamenta en la Constitución así como en los derechos del pueblo catalán que, en el marco de aquélla, dan origen en este Estatuto al reconocimiento de una posición singular de la Generalitat».

¹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 474.

² Cfr. párrafo 14 y penúltimo, inciso primero, del preámbulo de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

³ Véase *Boletín Oficial del Estado* de 9 octubre 2006.

⁴ Véase *Boletín Oficial del Estado* de 17 octubre 2006.

⁵ Véase *Boletín Oficial del Estado* de 2 noviembre 2006.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Véase *Boletín Oficial del Estado* de 20 noviembre 2006.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

- «El Parlamento de Cataluña recogiendo el sentimiento y la voluntad de la ciudadanía de Cataluña, ha definido de forma ampliamente mayoritaria a Cataluña como nación. La Constitución Española, en su artículo segundo, reconoce la realidad nacional de Cataluña como nacionalidad».
- El Estatuto se fundamenta en el «ejercicio del derecho inalienable de Cataluña al autogobierno» (párrafo final).

No obstante aparecer esta impugnación recogida en el texto del recurso presentado en su día en el Tribunal Constitucional, resulta cuando menos chocante que en la publicación que aparece en el Boletín Oficial del Estado 241, de fecha 9 octubre 2006, y que recoge la Providencia de 27 de septiembre del mismo año, no aparezca ninguna referencia a los párrafos del preámbulo que han quedado reseñados, ya sea por error de la publicación, por error de la providencia publicada o por no haber sido admitido a trámite el recurso en lo que hace referencia concreta a esos párrafos del preámbulo.

3. En todo caso, entiendo que podrían existir razones de carácter jurídico-constitucional para no presentar recurso contra determinadas frases o apartados del preámbulo, y de haberse presentado y admitido a trámite, para su rechazo en la sentencia que en su día recaiga. En efecto, téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 150/1990, de 4 octubre —popularmente llamado el caso «recargo del 3% en IRPF»—, a propósito de sendos recursos de inconstitucionalidad planteados contra cierta Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid, afirma que en uno de dichos recursos «se solicita incluso la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de determinados párrafos o apartados de la Exposición de Motivos de la Ley, pretensión ésta que debe ser rechazada a límite, pues los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad»¹⁰. Como se ve, se trata de una afirmación apodíctica, que seguramente habrá impresionado a muchos de los letrados empleados en los servicios jurídicos encargados de preparar recursos de inconstitucionalidad, aunque —desde un punto de vista estrictamente doctrinal— no puede aceptarse sin más, supuesto que ni en todos los países ni respecto de todas las leyes vigentes, en el mundo que nos rodea, resulta posible sostener lo que sostuvo en 1990 nuestro Tribunal Constitucional.

II. EL DERECHO COMPARADO

4. Sin que pueda haber ninguna duda al respecto, es claro que el más importante de todos los preámbulos de leyes actualmente vigentes, si es que se contempla este tema precisamente desde la óptica del Derecho comparado, es el preámbulo de la vigente Constitución norteamericana de 1787. Como sabe cualquier escolar norteamericano, este preámbulo es claramente una obra «de autor», puesto que fue redactado —al igual que el grueso de la propia Constitución norteamericana, que por aquel entonces no era nada «grueso», visto que sólo contaba con siete artículos— por James MADISON (1751-1836), que fue incluso el cuarto Presidente de los Estados Unidos (1809-1817), y que todo el mundo conoce cariñosamente en dicho gran país con el calificativo de «el padre de la Constitución». Este preámbulo —que, más que un valor propiamente

¹⁰ Cfr. su Fundamento Jurídico 2.

jurídico, tiene evidente valor metajurídico o, si se quiere, sagrado incluso (con otras palabras, nos atrevemos a afirmar que se trata de un texto de verdadera teología jurídica positiva)— consta de sólo cincuenta y dos palabras, en su versión inglesa original, cuya traducción al castellano (utilizando cincuenta y cinco palabras) ofrezco seguidamente:

«Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestra posteridad los beneficios de la libertad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América»¹¹.

5. En el terreno estrictamente jurídico, es claro que posee valor normativo el preámbulo de la Constitución francesa de la IV República de 1946. Este valor jurídico se lo otorga el propio preámbulo de la vigente Constitución francesa de la V República de 1958, supuesto que afirma que «el pueblo francés proclama solemnemente su vinculación [*attachement*] a los Derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946 [*par le préambule de la Constitution de 1946*]». Esta remisión, explicable por causa de que la vigente Constitución francesa carece de lo que el constitucionalismo clásico denomina «parte dogmática» —sólo posee, en consecuencia, «parte orgánica»—, posee un extraordinario interés desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, dado que en dicho atípico «preámbulo» constitucional de 1946 se mencionan, entre otros varios derechos, los tres siguientes: 1) «cada uno tiene el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo [*le droit d'obtenir un emploi*]»¹², teniendo en cuenta que «nadie puede ser dañado, en su trabajo o su empleo, por razón de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias»¹³; 2) «todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses por la acción sindical [*l'action syndicale*] y adherirse al sindicato de su elección»¹⁴; y 3) «el derecho de huelga [*le droit de grève*] se ejerce en el marco de las leyes que lo regulan»¹⁵.

6. En fin, claro valor normativo poseen asimismo aquellos preámbulos o exposiciones de motivos que aparecen incorporados —porque así lo quiso el legislador— al articulado de las concretas leyes en que se insertan, como ocurre frecuentemente en Alemania o en los Estados Unidos de Norteamérica. En el caso alemán —donde el texto de las leyes está formalmente dividido en párrafos—, baste poner el ejemplo de una ley de extraordinaria importancia desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, que es la «Ley sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Contratos de Trabajo a Plazo», de 21 diciembre 2000, en cuyo párrafo 1 (rotulado «Finalidad [*Zielsetzung*]») se afirma que «el objetivo de la Ley es fomentar el trabajo a tiempo parcial, establecer los requisitos para la admisibilidad de los contratos de trabajo a plazo e impedir la discriminación de los trabajadores empleados a tiempo parcial y a plazo». En el caso norteamericano, nos ha parecido ilustrativo el de la importantísima —para los

¹¹ «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America».

¹² Núm. 5, inciso primero.

¹³ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁴ Núm. 6.

¹⁵ Núm. 7.

laboralistas— Ley Taft-Hartley de 1947, cuya sección 1 —como se sabe, las leyes norteamericanas aparecen formalmente divididas en «secciones [*sections*]»—, dotada de un rótulo que lo dice todo («Título breve; Declaración del Congreso de objetivo y política [*Short Title; Congressional declaration of purpose and policy*]»), afirma literalmente todo lo siguiente:

«(a) Esta Ley puede citarse como la “Ley de Relaciones entre Empresarios y Sindicatos, 1947”.

(b) El conflicto industrial que interfiere en el flujo normal del comercio y en la completa producción de artículos y bienes para el comercio, puede ser evitado o minimizado sustancialmente si los empresarios, trabajadores y sindicatos reconocen todos al amparo de la Ley los derechos legítimos del otro en sus relaciones recíprocas, y sobre todo reconocen al amparo de la Ley que ninguna parte tiene derecho en sus relaciones con el otro a implicarse en actos o prácticas que pongan en peligro la salud, la seguridad o el interés público.

Es objetivo y política de esta Ley, a fin de promover el completo flujo de comercio, prescribir los derechos legítimos tanto de empresarios como de trabajadores en sus relaciones que afectan al comercio, proporcionar ordenada y pacíficamente procedimientos para prevenir la interferencia de cualquiera en los derechos legítimos del otro, proteger los derechos de los trabajadores individuales en sus relaciones con los sindicatos cuyas actividades afectan al comercio, definir y proscribir prácticas del lado sindical y de la empresa que afectan al comercio y que son enemigas del bienestar general, y proteger los derechos del público en conexión con los conflictos de trabajo que afectan al comercio».

III. EL PREÁMBULO DE LA LEY GALLEGA 2/2007, DE 28 MARZO

7. Pues bien, con todo este telón de fondo —que obliga a relativizar bastante cuando se aborda el tema del valor jurídico, incluso eventualmente normativo, que pueden llegar a tener las exposiciones de motivos o preámbulos—, me propongo en lo que sigue esclarecer, sin perjuicio de cualquier otra opinión fundada en Derecho, el valor jurídico que tiene el «preámbulo» de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2007, de 28 marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia. Se trata de un preámbulo larguísimo, formalmente dividido en diecisiete apartados, que creo que conforman dos grupos de contenidos perfectamente diferenciados. El primero se refiere a lo que suele ser el contenido normal, típico o estándar de toda exposición de motivos de una ley española, supuesto que —desde su apartado «8» hasta su apartado «17»— se limita a explicar y desgranar, en pocas palabras, cuál sea el contenido del articulado y de las disposiciones extravagantes de la Ley, empezando con la afirmación de que «la Ley se estructura en un título preliminar y siete títulos con cincuenta y seis artículos, ocho disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales»¹⁶, y concluyendo con la fórmula ritual de que «por todo lo expuesto, el Parlamento de Galicia aprobó y yo, de conformidad con el artículo 13.2º del Estatuto de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 23 de febrero, reguladora de la Xunta y de su presidente, promulgo en nombre del Rey, la Ley del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia»¹⁷.

¹⁶ Apartado 8.

¹⁷ Apartado 17, párrafo cuarto.

8. El segundo grupo, a calificar de insólito, comprende los siete primeros números árabes de dicha exposición de motivos. Resulta insólito, ante todo, pues pretende justificar la vocación «europeísta» de la Ley en cuestión —lo que, en principio, hace que resulte atractiva desde el punto de vista del Derecho comparado del Trabajo—, por ejemplo, afirmando que «desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres es un objetivo prioritario de la política de la Unión», y además, que «en este sentido cabe destacar la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación»¹⁸. Pero resulta insólito, sobre todo, por su pretendida vocación «universalista», que justifica afirmando lo siguiente: «la idea de igualdad reposa sobre la idea de *universalidad*, que es uno de los conceptos centrales de la modernidad; y esta se fundamenta en la consideración de que todas las personas poseen una razón que las empuja irremisiblemente a la libertad, que las libera de la pesada tarea de aceptar pasivamente un destino no elegido y las conduce a la emancipación individual y colectiva»¹⁹.

9. En mi opinión, colocado en la tesitura de tener que decidir si este preámbulo tiene valor jurídico —al modo del preámbulo de la Constitución de la IV República francesa o, sin llegar a tales extremos de eficacia normativa, al modo del preámbulo que redactó D. Manuel ALONSO OLEA en 1962, también citado antes— o si tiene valor metajurídico —como el que claramente posee el linajudo y casi sacrosanto preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica—, me decanto por sostener que este otro preámbulo no tiene ni uno ni otro valor. Lo que tiene, siempre en mi modesta opinión, es claro valor infrajurídico. Sustento esta opinión, animando al potencial lector de este escrito a que proceda a leer el preámbulo en cuestión, en sólo tres afirmaciones extraídas del mismo, que me han llamado poderosamente la atención como jurista que soy, a saber: 1) «la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres actúa más bien como un instrumento de conservación del statu quo que como un punto de partida para el desarrollo de un futuro más igualitario»²⁰, por lo que «en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres la adopción de un derecho neutro [como el antidiscriminatorio formalizado en la Constitución española] no es una decisión neutral»²¹; 2) la existencia de un «techo de cristal que en la práctica imposibilita el acceso a los puestos de responsabilidad y decisión, y que determina que las mujeres sean desestimadas en los puestos de mayor salario y status profesional»²², y «la configuración del mercado laboral entre mujeres y hombres en función de trabajos reproductivos y productivos»²³, teniendo en cuenta que «los trabajos relacionados con el servicio doméstico (limpiadoras, cuidadoras de mayores y de niños y niñas, etc.), las tareas relacionadas con los cuidados más cualificados (enfermeras, puericultoras, etc.), los trabajos vinculados con la socialización (maestras, educadoras, profesoras, institutrices en el siglo pasado, etc.) o los empleos próximos a las tareas de administración

¹⁸ Apartado 7, párrafo primero.

¹⁹ Apartado 3, párrafo primero.

²⁰ Apartado 1, párrafo cuarto, inciso primero.

²¹ *Ibidem*, inciso tercero.

²² Apartado 4, párrafo cuarto.

²³ *Ibidem*, párrafo quinto.

e intendencia familiar (secretarías, administrativas, cajeras, administradoras, etc.) se convirtieron, desde que se ha producido esa masiva incorporación de las mujeres al ámbito del trabajo remunerado, en la mayoría de los empleos ejercidos por las mujeres en el ámbito laboral»²⁴; y 3) su rotunda afirmación —casi conclusiva— de que «a la vista de esta realidad y de la manifiesta existencia de profundas desigualdades en el acceso de las mujeres de Galicia al ámbito del trabajo “remunerado”, el Gobierno de Galicia [por aquel entonces, de coalición PSOE y BNG], consciente de que la adopción de un derecho neutro y la igualdad absoluta son producto de sociedades meritocráticas, de que la sociedad gallega y los dos sexos que la conforman se caracterizan por sus diferencias, no por sus similitudes, y de que no reconocer esas diferencias y desigualdades supone mantener el sistema preexistente, aboga por la adopción de medidas de acción positiva que posibiliten desactivar los mecanismos de discriminación indirecta y debilitamiento del techo de cristal»²⁵.

²⁴ *Ibidem*, párrafo sexto.

²⁵ Apartado 6, inciso primero.

REFLEXIONES SOBRE LA METODOLOGÍA DE LA COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

[REFLECTIONS ON THE METHODOLOGY OF SOCIAL
SECURITY LAW COMPARISON]

Prof. Dr. Danny Pieters

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. LA RELACIÓN ENTRE COMPARACIÓN EN SEGURIDAD SOCIAL Y COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 2. LA TENSIÓN ENTRE «DERECHO LIBRESCO» Y «DERECHO EN ACCIÓN». 3. ¿FAMILIAS JURÍDICAS EN LA COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL? 4. EL ÉNFASIS EN LAS CUESTIONES PREJURÍDICAS O EXÓGENAS. 5. LA IMPORTANCIA DE LA COMPARACIÓN SISTEMÁTICA INTERNA EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 6. EL PELIGRO DE UNA APROXIMACIÓN ETNOCÉNTRICA DEL DERECHO COMPARADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 7. LA IMPORTANCIA DE TRABAJAR SOBRE MATERIAL ORIGINAL. 8. CÓMO TRATAR LAS MUY CRISPADAS CUESTIONES DE LOS QUE HACEN POLÍTICA.

Contents: INTRODUCTION. 1. THE RELATION BETWEEN SOCIAL SECURITY COMPARISON AND SOCIAL SECURITY LAW COMPARISON. 2. THE TENSION BETWEEN «LAW IN THE BOOKS» AND «LAW IN ACTION». 3. LAW FAMILIES IN SOCIAL SECURITY LAW COMPARISON? 4. EMPHASIS ON PRE-LEGAL OR EXOGENOUS QUESTIONING. 5. THE IMPORTANCE OF SYSTEM INTERNAL SOCIAL SECURITY LAW COMPARISON. 6. THE DANGER OF AN ETHNOCENTRIC APPROACH OF COMPARATIVE SOCIAL SECURITY LAW. 7. THE IMPORTANCE OF WORKING ON ORIGINAL MATERIAL. 8. HOW TO DEAL WITH THE OVERSTRAINED QUESTIONS OF POLICY MAKERS?

Resumen: En este artículo, el autor reflexiona sobre la metodología de la comparación en Derecho de la Seguridad Social. Después de establecer la relación entre la comparación en seguridad social y la comparación en Derecho de la Seguridad Social, expone algunos principios de Derecho comparado, destilados de su trabajo en el área del (Derecho) de la seguridad social. Lo más importante es la necesidad de trabajar con cuestiones y conceptos «exógenos» y el valor añadido de la «comparación sistemática interna». Al final del día, parece crucial mantener la comparación libre de etnocentrismo y ... ser modesto en las conclusiones extraídas de la investigación comparatista.

* Traducción al castellano, desde el inglés original, de Jesús Martínez Girón.

***Abstract:** In this article the author reflects on the methodology of social security law comparison. After establishing the relation between social security comparison and social security law comparison, he puts forward some principles of comparative law, distilled from his work in the area of social security (law). Most important is the need to work with 'exogeneous' questions and concepts and the added value of 'system internal comparison'. At the end of the day, it appears crucial to keep the comparison free of ethnocentrism and ... to remain modest in the conclusions drawn from comparative research.*

Palabras clave: Seguridad social – Derecho – Comparación – Derecho comparado.

***Keywords:** Social security – Law – Comparison – Comparative Law.*

* * *

INTRODUCCIÓN

Aunque ni la comparación en Derecho de la Seguridad Social ni las reflexiones sobre la teoría y la metodología que se seguirán al comparar son novedosas, todavía se presta una atención limitada a ellas. Los autores de trabajos generales sobre Derecho comparado dan a menudo pruebas de su conocimiento limitado del Derecho de la Seguridad Social. Es imposible hablar aún de una integración verdadera de la comparación en Derecho de la Seguridad Social en el campo del Derecho comparado general. Por otro lado, la Seguridad Social y el Derecho de la Seguridad Social han sido mirados como típicos fenómenos nacionales; de ahí que se espere muy poco de la comparación (jurídica) en Seguridad Social. Recientemente, sin embargo, el interés en la comparación en Derecho de la Seguridad Social ha ganado impulso.

Es interesante observar que la comparación en Derecho de la Seguridad Social fue practicada antes de que tanto la teoría como la metodología se desarrollasen, y fue practicada intuitivamente con resultados a menudo muy satisfactorios. Si, en el pasado, los comparatistas tenían en cuenta cuestiones metódicas y teóricas, a menudo se limitaban a mencionar algunas consideraciones generales sobre la comparación en Derecho de la Seguridad Social, antes de llevar a cabo una comparación concreta. Las principales excepciones son las dos primeras ediciones de las «Schriftenreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht», reflexión en dos coloquios que tuvieron lugar respectivamente en 1976 y 1977, en el predecesor del «Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht». La primera debatió directamente los «Problemas metodológicos de la comparación en Derecho de la Seguridad Social»¹, la segunda trató de la «La comparación en Derecho de la Seguridad Social en el marco de referencia del Derecho internacional y supranacional»². Bajo el liderazgo del Prof. Dr. H.C. Zacher, se estableció la base para el desarrollo de una teoría científica de la comparación (jurídica) en Seguridad Social y el desarrollo de una metodología sólida. Este trabajo es de un nivel excepcionalmente alto. Los dos libros significaron establecer la base para un desarrollo ulterior de la comparación en Derecho de la Seguridad Social por el centro de investigación de Múnich. Entretanto, se han llevado a cabo muchos estudios comparatistas en Derecho de la Seguridad Social por el Instituto de Múnich y un creciente número de otros centros de investigación. Aunque la experiencia en el campo de la comparación (jurídica) en Seguridad Social se ha incrementado, el Instituto de Múnich permanece como pionero en esta área. Por supuesto, sería ridículo intentar hacer de este artículo un tratado sobre la comparación en Derecho de la Seguridad Social; ni es viable discutir las numerosas propuestas interesantes expuestas desde hace década y media. En este artículo, me gustaría meramente presentar algunas reflexiones resultantes de mi trabajo comparatista durante la última década.

¹ ZACHER, H.F. (Ed.), *Methodische Probleme des Sozialrechtsvergleichs. Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft*, Tutzing 1976, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, 244 pp.

² ZACHER, H.F., *Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts. Colloquium der Projektgruppe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht der Max-Planck-Gesellschaft*, Tutzing 1977, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, 280 pp.

Permítaseme añadir, para concluir esta introducción, que la finalidad de la comparación en Derecho de la Seguridad Social está a menudo situada alrededor de los siguientes objetivos:

- la inspiración de los sistemas de Seguridad Social para resolver cuestiones que en otros sistemas de Seguridad Social han sido o, también, están siendo afrontadas;
- la facilitación de la coordinación en Seguridad Social;
- la facilitación de la armonización o convergencia de los sistemas de Seguridad Social;
- la exploración de la posibilidad de desarrollar un Derecho común/*ius commune* de la Seguridad Social, y
- el desarrollo de un marco conceptual científico universal para tratar cuestiones de Seguridad Social.

1. LA RELACIÓN ENTRE COMPARACIÓN EN SEGURIDAD SOCIAL Y COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se ha hecho en el pasado mucho trabajo, bajo la bandera de la comparación en Derecho de la Seguridad Social, que puede ser útil por sí mismo, pero que difícilmente puede llamarse Derecho comparado (comparación jurídica). Como implica la palabra, el Derecho comparado se apoya en la comparación de instrumentos jurídicos, fenómenos jurídicos, conceptos jurídicos, etc. La comparación de planes de Seguridad Social o de partes de ellos no constituye por sí misma Derecho comparado. Lo mismo se aplica *a fortiori* cuando está implicada toda clase de elementos económicos, históricos, políticos, demográficos, sociológicos, culturales e ideológicos, en la comparación internacional de planes de Seguridad Social. Sólo es posible hablar de Derecho comparado cuando la comparación se refiere primariamente a instrumentos jurídicos.

Sin embargo, el profesional del Derecho comparado también tendrá que prestar atención a estos factores «extra-jurídicos». El fenómeno que explora tiene que estar situado en el marco del sistema social completo en que opera. Cuando el Derecho comparado se practica en otros dominios jurídicos, también es importante recordar que los datos jurídicos, fenómenos jurídicos, disposiciones jurídicas, etc., están situados en un cierto contexto. Sin el conocimiento de este contexto económico, histórico, político, demográfico, sociológico, cultural e ideológico, no es frecuentemente posible conseguir una comparación satisfactoria o sólida de los datos jurídicos. Estamos tocando aquí uno de los temas tradicionalmente importantes del Derecho comparado general. Sin embargo, dado que la relación entre comparación en Derecho de la Seguridad Social y la comparación de planes de Seguridad Social en cuanto tales (comparación en Seguridad Social) es a la vez extremadamente compleja y de una naturaleza especial, merece un examen más detenido.

La base para la especial relación entre comparación en Derecho de la Seguridad Social y comparación en Seguridad Social parece reposar en la especial naturaleza de la Seguridad Social. Dado que el Derecho de la Seguridad Social es una rama joven del Derecho, aún no está reconocida como tal en algunos países. El Derecho de la Seguridad Social puede existir perfectamente, pero no será reconocido como un dominio

jurídico separado, y esto incluso en países con un sistema extensivo de Seguridad Social, como en el caso, por ejemplo, de algunos países escandinavos. ¿Es posible la Seguridad Social sin Derecho de la Seguridad Social? No, por supuesto que no. Pero lo que puede ocurrir y ocurre es que las normas de Seguridad Social no alcancen la madurez de una verdadera rama del Derecho. Incluso en países que otorgan al Derecho de la Seguridad Social su propio nicho, en los que aparentemente el Derecho de la Seguridad Social se estudia en un nivel académico, la enseñanza de la Seguridad Social está usualmente limitada a explicar leyes relevantes y otras disposiciones jurídicas; «investigar» en Derecho de la Seguridad Social no va luego más allá de repetir sólo estas reglas en un lenguaje más o menos comprensible.

No intento escribir un tratado sobre la peculiar naturaleza del Derecho de la Seguridad Social o sobre los principales principios subyacentes a (la particularidad de) esta rama del Derecho, pero es claro que si el Derecho de la Seguridad Social aún no ha alcanzado la madurez, ciertamente no debería esperarse nada de las técnicas y metodología de la comparación en Derecho de la Seguridad Social. Cabe asumir, por un lado, que como el estudio del Derecho de la Seguridad Social crecerá cualitativamente en el futuro, esto afectará positivamente a la comparación en Derecho de la Seguridad Social; por otro lado, puede esperarse que la propia comparación en Derecho de la Seguridad Social será capaz de contribuir al desarrollo de un entendimiento jurídico europeo común de Seguridad Social, que por sí mismo avanzará y consolidará la posición del Derecho de la Seguridad Social como una rama del Derecho en los distintos Estados europeos.

Aunque no existe siempre una percepción jurídica sólida de la Seguridad Social, hay por supuesto un gran consenso de interés en un dominio socialmente y financieramente importante, como la Seguridad Social. En algunos países, esta atención está concentrada entre los economistas; en otros, entre expertos en política de Seguridad Social o juristas. En este contexto es importante observar que, en muchos países, los juristas han estado centrados sistemáticamente e integralmente en la Seguridad Social, mucho antes que los sociólogos o economistas. Aunque cada experto se centra primariamente en cuestiones específicas de su propio escenario, esto es, en política (de Seguridad) social o en aspectos jurídicos o económicos de la Seguridad Social, este experto también se aventurará con frecuencia en dominios en los que no es competente. Si ellos no lo hacen, ¿quién lo hace? Este argumento se escucha a menudo. Cualquiera que pueda ser la respuesta, se considera frecuentemente al experto en Seguridad Social como un científico *touche-à-tout*. Siempre que se interesa en la Seguridad Social de otros países, a menudo se aproxima intuitivamente y no científicamente a la comparación en Seguridad Social; en otras palabras, lleva a cabo una comparación global y no exclusivamente monodisciplinar de los sistemas de Seguridad Social de diferentes países. El hecho de que los expertos en Seguridad Social sean activos a menudo en campos distintos de los suyos propios no necesariamente significa que su trabajo esté condenado a ser inferior, desde un punto de vista científico. Ante todo, muchos en verdad expandirán exitosamente su pericia original a otros campos de las ciencias (sociales). Sus actividades contribuirán significativamente no sólo al Derecho de la Seguridad Social, sino también a los otros dominios que vinculen entre sí científicamente. Más aún, en algunos centros científicos o políticos, los expertos con diferentes

escenarios cooperan para obtener una visión óptima de la Seguridad Social en todas sus relaciones. En estos centros, no la multidisciplinariedad de los expertos, sino más bien la combinación de su conocimiento monodisciplinar y de su buena disposición a comunicar con otras disciplinas, es lo que se fomenta. Creemos que dicha aproximación garantizará mejor la calidad científica de los estudios sobre Seguridad Social. Esta aproximación fue seguida, entre otros, cuando el grupo de trabajo de ciencia de la Seguridad Social se estableció en la Universidad Católica de Tilburg, en la segunda mitad de los ochenta del siglo XX.

Lo que postulo respecto de la relación entre comparación en Seguridad Social y comparación en Derecho de la Seguridad Social es: *la comparación en Derecho de la Seguridad Social no puede existir sin comparación en Seguridad Social, y la comparación en Seguridad Social no puede existir sin comparación en Derecho de la Seguridad Social.*

Es imposible practicar la comparación en Derecho de la Seguridad Social sin comparación en Seguridad Social. La necesidad de situar contextualizadamente los fenómenos o conceptos sujetos a Derecho comparado es bien conocida para la teoría jurídica comparada general. Que la naturaleza instrumental (políticamente ligada) de la legislación de Seguridad Social sólo consolida esta necesidad, se esclarecerá por medio de unos pocos ejemplos. ¿Cómo, por ejemplo, puede llegarse a alguna conclusión relevante al comparar las regulaciones aplicables a diversas formas de convivencia o a la aplicación de las pruebas de los recursos en Seguridad Social³, sin ningún conocimiento relativo a los modos en que las pruebas de recursos se aplican en la práctica a las diferentes formas de convivencia? Un jurista debería cuidarse, por supuesto, de hacer juicios sobre la base de impresiones sin ningún fundamento científico. El conocimiento jurídico tiene que completarse con conocimiento sociológico. ¿Cómo se pueden comparar normas jurídicas relativas a la financiación de planes de Seguridad Social sin ningún conocimiento de la situación económica y financiera en que están basadas estas reglas? Disposiciones jurídicas similares pueden ser estudiadas en países diferentes, pero nunca pueden ser adecuadamente comprendidas si no hay indicación relativa, por ejemplo, al número de personas afectadas, al valor real de las prestaciones de Seguridad Social a ser comparadas, y así sucesivamente.

Cuando llevaba a cabo una investigación jurídica comparatista en el marco de planes de aseguramiento del desempleo, que también cubran trabajadores autónomos que habían renunciado a su actividad profesional por circunstancias de las que no son responsables, llegué a la conclusión de que al Derecho del Gran Ducado de Luxemburgo le faltaba toda disposición especial relativa a la definición de qué son puestos de trabajo a ser considerados como empleo apropiado, cuando se ofrecían al antiguo autónomo⁴. La explicación para esta conclusión jurídicamente insostenible vino más tarde: sólo se aplicaba a diez personas al año y, por eso, no tenía sentido desarrollar regulaciones específicas...

Otro ejemplo: si se desea sujetar las definiciones de incapacidad para el trabajo o de porcentajes de incapacidad laboral a un estudio jurídico comparado, se han de tener en mente las concretas reglas y procedimientos seguidos en la práctica cuando se determina el grado de incapacidad para el trabajo. Más específicamente: la investigación comparatista sobre el concepto de incapacidad

³ Véase nuestra publicación de Tilburg: *The Means Test, a Comparison from a Legal Perspective*, Den Haag, COSZ, 1991, 33 pp.

⁴ PIETERS, D., *Werkloosheidsuitkeringen voor zelfstandigen. Een vooronderzoek naar de mogelijkheid van een vervangingsinkomen voor werkloze zelfstandigen*, Brugge, die Keure, 1984, 150 pp.

para el trabajo debería tener en cuenta el hecho de que, aunque la incapacidad para el trabajo se encuentra frecuentemente definida como una capacidad de ganancia reducida, en la práctica el grado de incapacidad laboral se establece por doctores en medicina, personas que no están familiarizadas con los modos por los que se establecen los salarios o el funcionamiento de los mercados laborales. Mirando sólo al Derecho y despreciando la realidad, puede concluirse erróneamente que la pérdida de capacidad de ganancia es el factor determinante en un país, mientras que en otro país es la evaluación médica,... aunque en realidad el procedimiento para determinar el grado de incapacidad para el trabajo puede ser idéntico.

La lista de ejemplos para ilustrar la necesidad de comparación en Seguridad Social al estudiar comparación en Derecho de la Seguridad Social podía ser fácilmente extendida. Meramente confirma y consolida la noción del Derecho comparado general de que es importante ser consciente del contexto en que está situado el fenómeno jurídico que está siendo estudiado. El jurista comparatista no tiene necesariamente que llevar a cabo por sí mismo esta investigación extrajurídica, por ejemplo, estableciendo una investigación empírica sociológica; puede consultar bibliografía no jurídica y valorar críticamente discusiones mantenidas en otras disciplinas, y luego usar datos relevantes para su propia investigación.

Por otro lado, la comparación en Seguridad Social tampoco es posible sin una sólida comparación en Derecho de la Seguridad Social. La comparación en Seguridad Social se orienta a comparar los diferentes planes de Seguridad Social (o sus elementos) del modo más amplio posible; las regulaciones relativas a las condiciones del derecho, al cálculo de las prestaciones, etc., son por supuesto importantes para comprender un plan de Seguridad Social. El conocimiento de un plan de Seguridad Social implica, así, algún conocimiento del Derecho de la Seguridad Social relacionado; pero creo que la dependencia de la comparación en Seguridad Social de la comparación sólida en Derecho de la Seguridad Social va más allá. De hecho, cuando se practica comparación en Seguridad Social, el objeto de la comparación tiene que ser definido precisamente. Este objeto puede ser todo el plan, pero usualmente es una parte de él o un elemento aislado. El objeto de investigación tiene que ser descrito correctamente si la comparación tiene que resultar válida. Sin embargo, la comparación en Seguridad Social en cuanto tal no es una ciencia independiente con su propia metodología o terminología rigurosas. La probabilidad de no mantener suficiente disciplina al describir el objeto de investigación es por eso grande, y el peligro de inutilidad, o de práctica inutilidad, de los resultados de la investigación es muy grande. La comparación en Derecho de la Seguridad Social está mejor armada para garantizar la pureza de conceptos y de la investigación. Ilustremos esto con unos pocos ejemplos.

Asumamos que se quieren comparar planes de prestaciones para la incapacidad en el trabajo, y esto, por ejemplo, en orden a tomar medidas adecuadas de Seguridad Social para reducir el número de inválidos con derecho a tal prestación. Ante todo, para la comparación en Derecho de la Seguridad Social, será necesario definir qué va a entenderse por incapacidad para el trabajo. El punto de partida de tal definición será suministrado por la comparación en Derecho de la Seguridad Social, incluso si finalmente no se usará en la comparación una definición puramente jurídica de incapacidad para el trabajo.

A veces los planes de Seguridad Social se compararán de un modo comprensivo, por ejemplo, para valorar con qué alcance un sistema nacional se compara favorablemente con los sistemas de los países circundantes. De nuevo será necesario

definir claramente qué será comparado, y el método del Derecho comparado puede suministrar suficiente agarre para hacerlo. En ocasiones, los investigadores pueden ser tentados a escapar de las peculiaridades jurídicas nacionales de los planes de Seguridad Social y usar conceptos personales, desconectados de aquellos resultantes de la metodología del Derecho de la Seguridad Social.

Un ejemplo podía ser el estudio sobre gastos para «protección social» que intenta escapar del confinamiento nacional impuesto sobre la Seguridad Social (de cada país), apelando a un concepto general, tal como «protección social». Dichos estudios pueden tener una naturaleza estadística. Nos referimos, por ejemplo, a los esfuerzos de la OCDE o de EUROSTAT (ESSPROS) para obtener cifras comparables de gasto social. Siendo demasiado amplio el concepto de protección social para resultar operativo al llevar a cabo una investigación comparatista real, no es excepcional que el investigador que tiene que catalogar diversos programas y planes como «protección social», de hecho «coloreará» la noción de protección social con su propio escenario nacional. Y los problemas no se detienen ahí; en la práctica, el investigador no tendrá acceso directo a todos los materiales relevantes en los países comparados. Muy a menudo se confinará a sí mismo en un análisis, por ejemplo, de publicaciones estatales listando los planes y disposiciones conocidos como programas y planes de Seguridad Social en los países implicados. Resultado: el peligro de una manipulación nacional de la definición del concepto general y de la asunción real de cualificaciones nacionales.

Por eso, la ignorancia de la comparación en Derecho de la Seguridad Social nos conducirá a menudo a yuxtaponer indiscriminadamente conceptos nacionales, ellos mismos frecuentemente muy tributarios de sistemas jurídicos relacionados. Por eso, debería darse preferencia a establecer el marco de conceptos vía, entre otras, la metodología de la comparación en Derecho de la Seguridad Social. Si se intenta llevar a cabo una comparación en Seguridad Social (no primariamente jurídica), se comienza mejor reconociendo la necesidad de la previa comparación en Derecho de la Seguridad Social, incluso si ello es sólo para garantizar una definición científicamente exacta del objeto de la comparación. Rechazar hacerlo así, hará más duro mantener la disciplina conceptual, al llevar a cabo realmente la comparación.

Si la comparación en Seguridad Social y la comparación en Derecho de la Seguridad Social no pueden existir la una sin la otra, será claro que se requiere la interacción constante entre ambas, si van a darse resultados satisfactorios a la vez a la ciencia y a la política. Aquí yace probablemente uno de los más grandes desafíos para la comparación en Seguridad Social y para la comparación en Derecho de la Seguridad Social.

2. LA TENSIÓN ENTRE «DERECHO LIBRESCO» Y «DERECHO EN ACCIÓN»

La comparación en Derecho de la Seguridad Social se enfrenta a un problema especial, que es un problema que no es específico de la relación (comparación en) Seguridad Social versus (comparación en) Derecho de la Seguridad Social. En todo caso, creo que es útil discutir, cómo plantea ello problemas particulares en el área que estamos tratando.

Ha habido siempre un hueco entre la emanación de las reglas y su aplicación, entre el «Derecho libresco» y el «Derecho en acción». Esto no es nada nuevo. En algunas ramas del Derecho el hueco entre ambos es mayor que en otras. Esto puede deberse

a una lista de factores, tales como el apoyo social de las reglas, los mecanismos de exigencia del cumplimiento del Derecho, la percepción de la naturaleza vinculante de las reglas jurídicas por aquellos a quienes se dirigen estas reglas. El Derecho de la Seguridad Social no escapa a estas cuestiones. La comparación en Seguridad Social puede ayudar a exponer las diferencias entre Derecho y práctica. Si el investigador se centra principalmente en la comparación en Derecho de la Seguridad Social, se enfrenta a menudo con la dolorosa cuestión de cómo debería perseguir en profundidad la discrepancia entre normas jurídicas y práctica. A menudo se sentirá obligado a adherirse, tan estrechamente como sea posible, a una descripción y comparación de las reglas jurídicas. Puede entonces tener alguna idea del verdadero valor de estas reglas, pero no las describirá. Sin embargo, ¿qué debería hacerse con los instrumentos jurídicos que son sistemáticamente despreciados en el país afectado, o donde la práctica *contra legem* es tan fuerte que a menudo hace que se olvide la existencia real de una norma jurídica válida? La lógica dicta que no debería tenerse en cuenta esta práctica para un país, mientras que para otro sólo se describirán normas jurídicas. No se cumpliría la exigencia de que sólo cosas comparables pueden ser comparadas. El resultado de dicha comparación «pura» de reglas e instrumentos jurídicos puede, sin embargo, ser engañoso.

Durante un estudio de sistemas de Seguridad Social de los entonces doce Estados miembros de la CEE⁵, sorprendí una vez a mis compañeros portugueses cuando les planteé cuestiones relativas a la regla portuguesa que dispone que si una persona socialmente asegurada no recibe en un período determinado de tiempo adecuada atención médica en un hospital público, tiene derecho a atención (gratuita) en un hospital privado. Obtuve esta información vía tablas comparativas de Seguridad Social editadas por la Comisión de la CE. Tras una verificación, resultó que no estaba equivocado, pero los organismos de Seguridad Social en cuestión no eran siquiera conscientes de la mera existencia de tal regla. Esto se debía probablemente a la ausencia de un procedimiento jurídico para comenzar el «período de tiempo determinado». Como nadie podía conseguir la prueba de la negativa a la asistencia en un hospital público —y el sistema de protección jurídica no disponía de remedios para forzar la entrega de dicha prueba—, la regla aparentemente importante quedaba sin sentido.

¿Tiene sentido, en dicha situación, involucrar puras reglas teóricas en un ejercicio de Derecho comparado?

Tomar en cuenta la práctica (en el peor de los casos) cuando no es usualmente tenida en cuenta también plantea problemas. También aquí un ejemplo para ilustrar esto.

Tener en cuenta las (muy bajas) prestaciones por desempleo en Italia, al comparar prestaciones para desempleados, da una visión muy sesgada, si no se incluyen también otros planes italianos en la comparación, que no están dirigidos a los desempleados, pero que cumplen de hecho una función similar a las prestaciones por desempleo. La situación italiana no puede ser comprendida sin mencionar las prestaciones otorgadas por la *Cassa Integrazione Guadagni* y las prestaciones de invalidez, al funcionar especialmente las últimas como sustituto de las prestaciones por desempleo en el Sur de Italia. Pero si aceptamos esto, surge de nuevo un problema: ¿deberíamos hacer lo mismo en países como Holanda, que tiene problemas similares, o incluso en otros países donde el fenómeno también existe pero es mucho menos importante? Lo delicado de la operación es que la respuesta a darse no será políticamente neutral. ¿Es posible superar metodológicamente este problema?

En nuestra opinión, el dilema probablemente permanecerá. Es importante, sin embargo, que el comparatista sea consciente del hecho de que si implica elementos

⁵ PIETERS, D., *Introduction into the Social Security Law of the Member States of the European Community*, Brussel/Antwerpen-Apeldoorn, Bruylant (Maklu, 1990), 251 pp.

prácticos en la comparación jurídica, sólo cuando la realidad se desvíe significativamente de la norma jurídica, hace depender la validez de la comparación jurídica de su juicio sobre qué constituye una (muy) «significativa» desviación. Hablando en términos generales, toda opción de superar el dilema puede ser válida bajo ciertas circunstancias, en la medida en que sea consciente del hecho de que tales opciones fueron tomadas, y de que la opción elegida influye significativamente el resultado de la comparación en Derecho de la Seguridad Social.

3. ¿FAMILIAS JURÍDICAS EN LA COMPARACIÓN EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

El Derecho comparado general conoce la existencia de familias jurídicas, que son grupos de ordenamientos jurídicos que comparten diversas características y pueden, por eso, a ciertos objetivos comparatistas, ser tratados como un grupo. No intento meterme en profundidad en la noción de familias jurídicas o resumir los planes que usualmente se agrupan juntos, al constituir la misma familia jurídica. En vez de ello, haré solamente algunas observaciones generales. En primer lugar, es posible establecer que las familias jurídicas «clásicas», tales como la «continental europea», la «anglosajona», la familia jurídica «socialista» (¿ahora obsoleta?), son principalmente un producto del Derecho privado. En Derecho público, el comparatista se enfrenta también a la necesidad de clasificar los ordenamientos jurídicos a ser comparados; se enfrentará con muchos más problemas para lograr una clasificación adecuada de familias jurídicas, válida para la totalidad del Derecho público.

Como sabemos, el Derecho de la Seguridad Social es ante todo Derecho público. Por eso, no será sorprendente que las familias jurídicas «clásicas» del Derecho privado no puedan desplegarse con utilidad en el Derecho comparado de la Seguridad Social. Como es usualmente el caso en Derecho público comparado, la comparación en Derecho de la Seguridad Social constituirá familias ad hoc, según el objeto real de la comparación.

¿No podemos realizar una clasificación de familias jurídicas sobre la base de la distinción establecida entre sistemas bismarckianos y beveridgeanos de Seguridad Social? ¿No es posible, cuando está implicada la comparación de sistemas (jurídicos) de Seguridad Social, llegar a una clasificación general de familias jurídicas? La doctrina científica que se refiere a una oposición entre la tradición de «Beveridge» y «Bismarck», entre sistemas de Seguridad Social «atlánticos» y «continentales», parece sugerir esto. Esta distinción puede ser representada esquemáticamente. Los planes «continentales» de Bismarck son seguros sociales de categoría que cubren a los trabajadores, mientras que los «planes atlánticos» subsiguientes al informe Beveridge de 1942 postulan una protección social general de toda la población. Los últimos planes otorgan prestaciones fijas, financiadas con recursos generales; los primeros ingresan rentas de sustitución conectadas, financiadas por cotizaciones.

Sin embargo, ya en la comparación en Seguridad Social, la distinción se convierte siempre en menos operativa. Los países puros «Beveridge» o «Bismarck» han desaparecido hoy casi de Europa. Ambos «tipos» se han aproximado mutuamente, y ahora la mayoría de países tiene una mezcla de caracteres de ambos. Además, puede decirse que la dicotomía es etnocéntrica por naturaleza si, por ejemplo, la rica experiencia de los países escandinavos en protección social no se toma en consideración.

Sin embargo, hay más. Aunque la distinción entre sistemas de Seguridad Social «continentales» y «atlánticos» puede ser relevante para la comparación en Seguridad Social, está lejos de ser obvio

llegar a la misma conclusión, en la medida en que la comparación en Derecho de la Seguridad Social esté implicada. Dependerá mucho más del objeto de investigación de Derecho comparado elegido, a la hora de establecer si la distinción entre sistemas de Seguridad Social «continentales» y «atlánticos» es adecuada o no. Puede ser útil para estudiar las regulaciones o la financiación de los sistemas de Seguridad Social, pero inútil para comparar sistemas de exigencia del cumplimiento del Derecho en Seguridad Social. En general, podemos establecer que, en la medida en que se ejercite el objeto del Derecho comparado, será formulado más estructuralmente, llegará a resultar más aparente que otras clasificaciones de los países estudiados serán más satisfactorias que la clasificación de países «continentales» y «atlánticos».

Así, el fenómeno de la «familia jurídica» aparece en la comparación en Derecho de la Seguridad Social más como un resultado provisional de la propia comparación que como una ayuda para establecer y realizar esta comparación. Sin embargo, esto implica también que un mayor grado de madurez de la comparación en Derecho de la Seguridad Social puede abrir la perspectiva de identificar gradualmente, o casi, algunas clasificaciones generales en familias jurídicas de Seguridad Social, apropiadas para un uso más omnivalente.

4. EL ÉNFASIS EN LAS CUESTIONES PREJURÍDICAS O EXÓGENAS

Uno de los principios más esenciales de la comparación en Derecho de la Seguridad Social es, en nuestra opinión, ciertamente la necesidad de formular el problema subyacente al estudio de Derecho comparado en términos «prejurídicos» o «exógenos».

Creo que tal aproximación al fenómeno a examinar es la más apropiada, porque parte de los problemas que surgen en la práctica. El punto de partida no es la solución jurídica para un cierto fenómeno; el propio fenómeno es mirado como la cuestión clave. Esta aproximación revelará coincidencias y diferencias que no pueden ser miradas como datos abstractos, pero que tienen que ser situadas en el contexto de todo el sistema jurídico. Todo esto está estrechamente conectado a la relación especial entre comparación en Seguridad Social y comparación en Derecho de la Seguridad Social. Además, este método ayudará a superar problemas conectados a la diferente clasificación en distintos países, acerca de qué está cubierto bajo qué riesgos sociales, la multitud de planes y conceptos, y la diversidad del nivel normativo en el que se organiza la cobertura social (planes jurídicos, planes ocupacionales, etc.).

En nuestra aproximación, acentuamos la exigencia de que el problema tendrá que ser formulado en un sentido prejurídico o exógeno, explícitamente desligado de todo concreto ordenamiento jurídico o terminología jurídica (de ahí el término exógeno), implícitos en la comparación.

Esto necesita poca explicación cuando las cuestiones subyacentes a la comparación en Derecho de la Seguridad Social son, por sí mismas, ya de naturaleza exógena desde el comienzo.

Por ejemplo, cuando el punto de partida es: ¿Cómo logran los diferentes sistemas jurídicos un cierto objetivo de política social? Este objetivo puede, por ejemplo, ser una atención médica a la población, la protección social de los más pobres, el tratamiento igual de hombres y mujeres, etc. No hace falta decir que en todos estos casos la cuestión investigada puede ser formulada autónomamente respecto de todos los ordenamientos jurídicos (comparados) y desligada de una terminología jurídica

nacional dada. Subsiguientemente, a ningún específico ordenamiento jurídico se referirá, al definir los conceptos que tienen que ser usados.

Aunque hay que ser precavido; lo que parece ser exógeno puede, con una mirada más estricta, no serlo.

Cuestiones tales como: ¿Cómo está protegida la población cuando necesita asistencia médica? ¿Cómo se garantiza a los realmente más pobres un nivel mínimo de vida? ¿Cómo son los recursos de los implicados sometidos a prueba?, pueden perder su carácter exógeno si los conceptos «asistencia médica», «nivel decoroso de vida», «prueba de recursos» se definen a continuación refiriéndolos exclusivamente a uno de los ordenamientos jurídicos comparados. Esto nos conduce entonces a la trampa del Derecho comparado etnocéntrico, que discutiremos luego con más detalle.

Donde hay indicaciones para tratar de formular en términos exógenos el problema subyacente al estudio jurídico comparado, parece improbable causar problemas considerables si el propio objeto de comparación se presenta de un modo funcional. Sin embargo, ¿no hay problema especial si el objeto es precisamente comparar instituciones y conceptos jurídicos, remedios jurídicos, etc.? ¿Puede en tales casos partirse realmente de la descripción de un problema exógeno? Hagamos más concreta la cuestión a la que estamos enfrentados, dando unos pocos ejemplos.

¿Cómo procederíamos si deseamos, por ejemplo, comparar los derechos sociales fundamentales con prestaciones (de Seguridad Social) en diversos países? ¿Cómo deberíamos comparar el concepto jurídico de incapacidad para el trabajo en diversos sistemas nacionales de Seguridad Social? ¿Cómo deberíamos comparar las reglas relativas a la organización y al control de la Administración de Seguridad Social? ¿Cómo deberíamos comparar en diversos países la división constitucional de competencias en relación con la Seguridad Social, sobre la base de cuestiones descritas exógenamente?

Aunque la tarea parece a duras penas factible, quiero tratar de demostrar que también en estos casos será necesario formular el objeto de investigación de tal modo que no haya necesidad de usar el aparato conceptual de uno de los sistemas jurídicos implicados en la comparación. Me parece esencial reformular las cuestiones citadas en términos de finalidad de la atención comparada. La cuestión es entonces: «¿Qué deseo lograr con este ejercicio de Derecho comparado de la Seguridad Social?». Soy consciente de que tal aproximación al Derecho comparado, persiguiendo el investigador un concreto objetivo (útil), puede tener sus oponentes. Sin embargo, creo que puede bastarnos dicha aproximación funcional, en este estadio de desarrollo de la teoría y la metodología de la comparación en Derecho de la Seguridad Social; más tarde, puede ampliarse sobre esta aproximación, en orden a incluir más elementos de investigación comparada fundamental.

Los items no exógenamente formulados para la investigación en Derecho comparado de la Seguridad Social, dados como ejemplo en el párrafo previo, pueden así o ser reformulados en términos exógenos, o ser colocados en una perspectiva más amplia. Echemos ahora una mirada más estrecha a cada uno de los ejemplos.

En primer lugar, el Derecho comparado en relación con los derechos sociales fundamentales a prestaciones. Este fue el tema de mi propia tesis doctoral⁶. Sobre la base de la noción precientífica de que el reconocimiento y la formulación de derechos sociales fundamentales al amparo del Derecho constitucional europeo y al amparo de la Constitución belga estaban en ese momento en discusión, se hizo un estudio jurídico comparado de los derechos sociales fundamentales tal y como aparecían

⁶ PIETERS, D., *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, Antwerp, Kluwer, 1985, 549 pp.

en los ordenamientos constitucionales de los entonces diez Estados miembros de la Comunidad Europea. El concepto de derechos sociales fundamentales fue descrito en perspectiva histórica, señaladamente como derechos fundamentales ligados a la «cuestión social», que emergió en la Europa occidental en el siglo XIX, y se desarrolló luego en los Estados industrializados desde entonces. Esta aproximación exógena se enriquecía acto seguido con la percepción jurídica nacional de la noción de «derecho social fundamental», tal y como aparecía en los diversos países sujetos a comparación. En otras palabras, la definición jurídica nacional de Derecho de la Seguridad Social era usada, en adición a la definición exógena básica, al describir el ordenamiento constitucional de cada Estado, y proyectada tras ello a todos los demás Estados comparados, no sólo una vez, sino cuantas veces estuviesen implicados los Estados en la comparación. El resultado fue amplio y misceláneo, y más tarde procesado en conclusiones jurídicas comparadas, en las que a la comparación «sistemática interna» —a discutirse en el siguiente párrafo— se le adjudicaba un papel importante.

En segundo lugar, el estudio jurídico comparado en relación con el concepto de incapacidad para el trabajo. Por supuesto, la posibilidad de reformular esto en una cuestión exógena es obvia: ¿Cómo hace el Derecho que personas que no pueden trabajar (nunca más), por causa de su mala salud, consigan una renta de sustitución? Sin embargo, el investigador puede estar interesado solamente en el concepto de «incapacidad para el trabajo», en orden a llegar a una definición uniforme, por ejemplo, en el marco de alguna operación de armonización o «convergencia». También en tales casos, una amplia «doble» aproximación es evidente: por un lado, tratar de construir una definición exógena (o derivar una de un ordenamiento jurídico no implicado en la comparación), y de otro lado, comprobar cómo la noción de «incapacidad para el trabajo» (o su equivalente en otra lengua) es usada en los diversos sistemas jurídicos nacionales a ser estudiados.

Lo mismo se aplica en los dos ejemplos restantes. Los estudios jurídicos comparados relativos tanto al control de los organismos administrativos de Seguridad Social como a la división constitucional de competencias en relación con la Seguridad Social, tampoco serán capaces de usar como base ni la definición de «organismo administrativo» ni de «control», es decir, de «división de competencias» o «Seguridad Social». Aquí también, será necesario abandonar la perspectiva nacional y asignar un significado exógeno o prejurídico a estos conceptos. En orden a enriquecer la operación jurídica comparada, y también para verificar de algún modo la distancia que ha de observarse entre todos los ordenamientos jurídicos implicados en la comparación, también debería examinarse por país cómo las nociones de «organismo administrativo», «control», «competencia», «Seguridad Social» (o sus equivalentes en otras lenguas) están siendo definidas en un nivel jurídico puramente nacional.

Se deduce de lo anterior que la formulación exógena de objetos comparados de investigación se requiere verdaderamente, aunque ciertamente no siempre es sencilla. Más aún, dependiendo del objeto del estudio jurídico comparado, el grado de complejidad implicada, al cambiar a una presentación genuinamente exógena de las cuestiones puede variar. Además, hemos observado que para una formulación exógena de los problemas podemos hacer uso de las descripciones que otras disciplinas científicas dan a ciertos conceptos («enfermedad» de la ciencia médica; «competencia» de la ciencia administrativa, etc.), al menos en la medida en que, por eso, estas disciplinas científicas no se han influenciado demasiado de una o varias culturas nacionales dominantes.

También podemos tener claro que para apoyar, pero también para comprobar la autenticidad de la naturaleza exógena de la comparación, también es posible hacer uso del inventario de aproximaciones nacionales correspondientes a las nociones jurídicas a ser estudiadas. Por un lado, para apoyar, dado que podía resultar que el punto de partida original fuese formulado de un modo pobre, por ejemplo, demasiado amplio o demasiado estricto para todos los países a ser comparados. De otro lado, verificar también la autenticidad de la naturaleza exógena de la presentación de las cuestiones de una investigación jurídica comparada. Si una aproximación nacional a la noción

jurídica a ser estudiada coincide enteramente o casi enteramente con el denominado concepto «exógeno» que yace en la base de la comparación, es mejor averiguar si la frase exógena elegida no está en secreto demasiado influenciada por un particular sistema jurídico implicado en la comparación.

La formulación en términos exógenos o prejurídicos de la presentación de cuestiones subyacentes en Derecho comparado de la Seguridad Social, o la exigencia de no recurrir al pensamiento jurídico y al aparato conceptual de un particular Estado implicado en la comparación, también se aplica a la estructura dada a la descripción de los sistemas (jurídicos) de Seguridad Social implicados en la comparación.

La tarea más importante y más difícil de la investigación relativa al Derecho comparado de la Seguridad Social es su organización, la delineación de un cuestionario uniforme que pueda ser aplicado a todos los ordenamientos jurídicos/sistemas de Seguridad Social implicados en la comparación. La formulación correcta de las cuestiones correctas es la clave que determina el éxito de toda la comparación jurídica. Sin embargo, el investigador necesitará a la vez experiencia y suerte para desarrollar un cuestionario completo y enteramente exacto desde el comienzo. El cuestionario afrontará a menudo diversas dificultades al aplicarse a los diversos Estados examinados. Si el mismo problema surge en todos los países implicados en la comparación, la solución es bastante simple: adaptar el cuestionario. Sin embargo, la situación es más complicada si sólo algunos ordenamientos jurídicos/planes de Seguridad Social implicados en la comparación no permiten una aproximación adecuada al cuestionario. Por supuesto, será necesario averiguar si los «prejuicios» jurídicos nacionales se han colado en las cuestiones. Si éste es el caso, el cuestionario tendrá que ser purificado y la comparación jurídica en este punto tendrá que ser repetida para todos los países. Puede haber un problema si la naturaleza exógena de la cuestión afectada está firmemente establecida, pero uno o más planes no se prestan por sí mismos a responder a alguna de las cuestiones. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, cuando una concreta cuestión simplemente no se ha planteado todavía en un concreto país y, por eso, no aparece ni en la legislación ni en la doctrina científica o la jurisprudencia. Hay dos soluciones disponibles para el comparatista: o establece que la cuestión no puede ser respondida desde el punto de vista del sistema jurídico, o formula él mismo la respuesta, de acuerdo con el Derecho del país que está siendo estudiado. A veces la primera aproximación, a veces la segunda, es la correcta. Ilustremos esto con un ejemplo.

Se lleva a cabo un estudio jurídico comparado sobre la importancia del aborto y la eutanasia para el Derecho de la Seguridad Social, esto en orden a permitir al legislador de un tercer Estado tomar posición sobre la materia. Una de las cuestiones de la investigación es: ¿Tiene derecho la mujer de un enfermo terminal, víctima de una enfermedad profesional, a la pensión por enfermedades profesionales y a pensión de viudedad si su marido exige la eutanasia activa? Si todos los términos usados están suficientemente descritos desde un punto de vista exógeno y ni el código de Leyes del país, ni la jurisprudencia o la doctrina científica han comentado nunca esta cuestión, el comparatista puede consultar el Derecho del Estado en cuestión y examinar cómo mira la eutanasia activa. El comparatista también puede averiguar el impacto del asesinato y el suicidio sobre el derecho de la viuda a las prestaciones, dentro del plan de enfermedades profesionales. Sobre la base de esta información, puede estar convencido de que sabe la respuesta si esta cuestión se plantea en algún momento al legislador, al juez o al jurista. En tales casos, creo que el comparatista tiene verdaderamente derecho a rellenar el vacío. Sin embargo, si un estudio de los sistemas jurídicos en cuestión no da una respuesta concluyente, debería anotar el vacío y mencionar las diversas indicaciones contradictorias derivadas del sistema jurídico en cuestión.

Finalmente, nos gustaría anotar que surgirá un problema especial si la definición de los conceptos es más avanzada en un sistema jurídico implicado en la comparación que en todos los demás países. Si se hace el intento de establecer un cuestionario uniforme sobre la base de este más refinado arsenal conceptual, que es sólo directamente relevante para un Estado, podemos afrontar a la vez el peligro directo de la distorsión nacional y de grandes vacíos (señaladamente, la necesidad de llenar huecos para todos los demás países).

Tales problemas ocurren muy frecuentemente, en el Derecho de la Seguridad Social, cuando la investigación jurídica comparada se lleva a cabo por comparatistas alemanes. La riqueza de su marco conceptual puede acabar creando obstáculos, levantados en el camino de un correcto Derecho comparado de la Seguridad Social no etnocéntrico.

5. LA IMPORTANCIA DE LA COMPARACIÓN SISTEMÁTICA INTERNA EN DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Algunos estudios de Derecho comparado colocan los diversos países juntos y los estudian utilizando una serie uniforme de cuestiones. Para prevenir solapamientos, el resultado se compone y presenta a menudo según las diversas cuestiones, con referencia a los diversos países incluidos en el estudio. Aunque no existe ninguna objeción razonable para esta aproximación, creo que es necesario, incluso cuando los resultados son finalmente presentados así, centrar también la atención en las relaciones mutuas entre las respuestas a las diversas cuestiones dentro del mismo país. Después de todo, el Derecho comparado tiene que tener en cuenta el contexto (a la vez jurídico y no jurídico) en el que los elementos a ser comparados se sitúan; el Derecho comparado de la Seguridad Social necesita Seguridad Social comparada. Si las conclusiones tienen que ser deducidas del Derecho de la Seguridad Social, por ejemplo, en la perspectiva de desarrollar una adecuada política social, a menudo será menos interesante establecer meramente las diferencias entre los sistemas jurídicos comparados, que comparar la relación entre los elementos relevantes dentro de cada uno de los sistemas comparados. Clarificaremos esto dando algunos ejemplos.

Comencemos de nuevo otra vez con el ejemplo de nuestro estudio de derechos sociales fundamentales. Partíamos de una descripción, de acuerdo con una estructura (exógena) uniforme de cuestiones, del catálogo de derechos fundamentales en la constitución de cada uno de los países implicados; tras esto, seguía una descripción del status de los derechos fundamentales en general en el Estado implicado; para acabar con un examen del status de los derechos sociales fundamentales a prestaciones en ese Estado. Una discusión separada del status de los derechos fundamentales en general, esto es, del status de los derechos sociales fundamentales, no basta; da como resultado (meramente) establecer que el significado de los derechos (sociales) fundamentales es diferente de uno a otro país, que su valor jurídico, su exigibilidad judicial o su validez de cara a las personas privadas (efecto horizontal) varía de un país a otro. ¿Pero no es al menos interesante, desde el punto de vista de la función de la investigación jurídica comparada relevante, averiguar si los derechos sociales fundamentales a prestaciones tienen la misma fuerza jurídica, la misma exigibilidad judicial o la misma eficacia horizontal que todos los demás derechos fundamentales, y si no, cómo se diferencian de los demás derechos fundamentales? Aunque puede ser interesante saber que en algunos países la jurisprudencia relativa a los derechos sociales fundamentales es más importante, mientras que en otros países el juez difícilmente trata de estas disposiciones constitucionales; sólo se convierte en completamente relevante a efectos comparativos cuando esta información se sitúa nacionalmente en un contexto más amplio (por ejemplo, la protección judicial general de los derechos fundamentales), y cuando desde este punto de vista más amplio se compara la jurisprudencia relativa a los derechos sociales fundamentales.

Aunque puede ser interesante comparar conceptos de incapacidad para el trabajo, según criterios exógenamente seleccionados, el Derecho comparado sólo da un salto cualitativo cuando el concepto de incapacidad para el trabajo en cada uno de los sistemas nacionales implicados puede ser comparado con otros conceptos e ideas relacionados (por ejemplo, desempleo, interrupción temporal del contrato de trabajo debida a enfermedad) del mismo ordenamiento jurídico. Un estudio jurídico comparado entre los diversos sistemas implicados sólo puede florecer completamente, después de que dicha comparación sistemática interna se ha llevado a cabo.

Lo mismo puede decirse para aplicarlo al ejemplo relativo a la división de competencias relativas a la Seguridad Social. El conocimiento de que en un cierto país partes sustanciales de las regulaciones de Seguridad Social están en las manos del legislador regional, mientras que en otros países toda la competencia legislativa está en las manos del legislador central/federal, sólo puede ser completamente utilizado si este conocimiento puede ser colocado en todo momento en su contexto jurídico nacional. Así, las diferencias internacionales en el ámbito de la competencia de los legisladores regionales no parecerán ser tan relevantes desde el punto de vista de la política, sino la relación, en vez de ello, entre la competencia legislativa regional general y la competencia que a este legislador le ha sido reconocida, en la medida en que la Seguridad Social es la voluntad implicada.

Cuando hicimos alguna investigación sobre la protección social de los autónomos en la Unión Europea⁷, pudimos experimentar otra vez la importancia de la comparación sistemática interna. En el marco de esta investigación, estábamos interesados en saber cuáles eran las diversas prestaciones que un autónomo enfrentado a algunos riesgos sociales selectos, entre ellos la edad, podía recibir en diversos Estados miembros de la CE. Uno de los resultados, por ejemplo, fue que en Holanda, en Bélgica y en Alemania un autónomo que había alcanzado una cierta edad podía jubilarse y conseguir una pensión; esto no nos daba un resultado realmente interesante; se convirtió en mucho más interesante, cuando procedimos a una comparación sistemática interna; entonces apareció que los autónomos holandeses no conseguían de hecho su pensión por causa de ser autónomos, sino simplemente por su cualidad de residentes; los belgas conseguían su pensión como autónomos, mientras que en Alemania la categoría profesional a que pertenecía el autónomo determinaba su derecho a la pensión.

Para resumir, puede establecerse que en el Derecho comparado de la Seguridad Social no debería limitarse la atención a la mera comparación de ordenamientos nacionales examinados sobre la base de cuestiones (exógenas) específicas, aisladas. También es necesario estudiar por país el modo en que las respuestas a las diversas cuestiones se relacionan mutuamente. Los resultados de esta comparación pueden y deben ser incluidos en la comparación jurídica internacional principal. A menudo harán posible lograr resultados que son de un ámbito más amplio que los logrados comparando meramente las respuestas de los diversos países al cuestionario. Además, dicha comparación sistemática interna invitará también al comparatista a hacer explícitos diversos datos conocidos desde la Seguridad Social comparada relativa a los Estados examinados.

6. EL PELIGRO DE UNA APROXIMACIÓN ETNOCÉNTRICA DEL DERECHO COMPARADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ya hemos apuntado repetidamente el peligro de distorsionar el estudio del Derecho comparado adhiriéndose demasiado estrechamente a uno de los sistemas jurídicos incluidos en la comparación. De ahí nuestra insistencia por usar conceptos exógenos,

⁷ PIETERS, D. y SCHOUKENS, P., «Legal comparison of the social security protection of the self-employed in the member states of the European Community», en *Social Protection of Self-Employed in the European Union*, SCHOUKENS, P. (ed.), Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation, 1994, pp. 5-25.

que en todo caso no estén conectados a ninguno de los sistemas jurídicos incluidos en la comparación, y puede incluso que a ningún sistema jurídico concreto. Parece apropiado reflexionar sobre el peligro de la Seguridad Social (Derecho) comparada «etnocéntrica» un poco más.

Probablemente, el término «etnocéntrico» no es completamente exacto. Es verdad ciertamente que también el peligro del etnocentrismo se trata en el Derecho comparado general, pero en ese caso el peligro consiste primariamente en mirar ciertos fenómenos exclusivamente desde el punto de vista de una cierta cultura, un cierto «ethnos». El peligro que estamos encarando aquí consiste en emprender la comparación en Derecho de la Seguridad Social con ciertos prejuicios ligados al propio sistema jurídico del investigador, o a un sistema jurídico dominante, al propio sistema jurídico de Seguridad Social del investigador, o a un sistema jurídico de Seguridad Social dominante. Podíamos llamarlo el peligro del «sistem-centrismo». Sin embargo, la palabra no existe y no hay ventaja verdadera en introducirla. Por eso, nos plegamos a la terminología usual y hablamos del peligro del «etnocentrismo».

Para el comparatista, etnocentrismo es como un monstruo de muchas cabezas; si cortas una cabeza, aparecen dos en su lugar. Sin embargo, este monstruo tiene que ser vencido. Ya hemos visto que cualesquiera cuestiones relativas a la investigación en Derecho comparado de la Seguridad Social tienen que ser independientes de cualquier referencia directa o indirecta a un plan de Seguridad Social implicado en la comparación. Lo mismo ocurre en las subcuestiones que hacen uniforme el estudio. Ya hemos señalado que a veces las descripciones que otras disciplinas científicas asignan a ciertos conceptos («enfermedad» de la ciencia médica; «competencia» de las ciencias administrativas, etc.) pueden ser usadas para una formulación exógena de problemas. Sin embargo, es importante asegurar que estas mismas disciplinas científicas no han estado en demasía bajo la influencia de una o más culturas nacionales dominantes, si no queremos que el etnocentrismo se cuele de nuevo en nuestra comparación jurídica.

El comparatista necesita estar en guardia ante el etnocentrismo, no sólo para la descripción exógena de las cuestiones y conceptos usados. En su forma más brutal, el etnocentrismo afecta a la existencia real, al significado de una investigación jurídica comparativa. Aunque no es usualmente muy difícil desenmascarar dicha corrupción de la idea de comparación (jurídica) en Seguridad Social, creo que es importante reflexionar sobre este fenómeno, dado que es aún extremadamente común.

Nos enfrentamos con él en su forma más típica cuando una u otra institución desea evaluar cómo comparar su propio sistema de Seguridad Social o las reglas jurídicas relacionadas, en su totalidad o en parte, con otros diversos países. Se elabora una lista de cuestiones sobre la base de estructuras y conceptos nacionales y se usa para abordar sistemas extranjeros (a menudo sólo aquellos con un nombre idéntico). El resultado, señaladamente que el propio Derecho, el propio sistema de Seguridad Social es el mejor o el peor de todos los sistemas estudiados, o está en algún lugar del medio, está ya contenido en la formulación del problema. Por eso, es una pena terrible que aún se invierta tanto trabajo en estudiar el contenido de los ordenamientos/sistemas que van a compararse.

Hay muchos ejemplos de estos fallos. Hay, por ejemplo, las numerosas comparaciones «rápidas» de sistemas de Seguridad Social que revelan de nuevo una y otra vez que el propio país tiene la forma más cara de Seguridad Social, otorga las prestaciones más elevadas, da prestaciones a personas que

no reciben Seguridad Social ninguna en otros países, etc. Ligado a la conclusión de que a la luz del mercado unificado del 01/01/1993 todo país tiene que colocar urgentemente su (Derecho de la) Seguridad Social en línea con la de sus socios europeos, ¡tales afirmaciones fueron realizadas en nueve de los doce Estados miembros de la CE y fundadas a veces en cifras genuinas (pero bien elegidas)! El Derecho comparado de la Seguridad Social también está afectado en ocasiones.

Un caso real son las llamadas investigaciones comparadas, dirigidas a descubrir si la definición jurídica nacional de un cierto concepto no es demasiado amplia, comparada con lo que estipulan las Leyes de diversos Estados socios. El punto básico de partida de la investigación es el concepto nacional, por ejemplo, de «persona que está incapacitada para el trabajo y con derecho a prestaciones». Los grupos de personas que no cumplen el propio concepto, pero que tienen derecho a prestaciones por incapacidad para el trabajo en otros países implicados en el estudio, son por supuesto despreciados en la investigación comparada, por causa del propio concepto de incapacidad para el trabajo que se usa. Por otro lado, «en vista del ámbito limitado del estudio», no es posible a menudo investigar si los grupos que cumplen el criterio de «incapacitados y con derecho a prestaciones» en su propio país, pero no en otros países, pueden tener derecho a prestaciones al amparo de otro plan en ese país. Finalmente, tras páginas y páginas, el resultado auto-evidente del «estudio jurídico comparado» se alcanza: el concepto nacional de «incapacitados y con derecho a prestaciones» es más amplio que en todos los demás países. El patrocinador de la investigación puede usar luego esta «base científica» para sus propios objetivos políticos, tales como, por ejemplo, restringir el concepto de «incapacitado para el trabajo y con derecho a prestaciones», en orden a recortar los gastos correspondientes; ¡el comparatista como una herramienta en manos de los políticos!

Dicha comparación (jurídica) descarrilada en Seguridad Social ocurre muy a menudo de una forma suave. En el marco de una discusión o publicación que no es de naturaleza jurídica comparada, los elementos del propio Derecho nacional de la Seguridad Social se comparan «rápidamente» con elementos (aparentemente correspondientes) de otros sistemas jurídicos. Tales visiones «comparadas» cuentan poco, pero cualquiera que desee usarlas debería ser consciente de que la comparación (jurídica) en Seguridad Social es una tarea seria y difícil. Esto también se aplica a menudo a las intervenciones en conferencias jurídicas nacionales primarias o a artículos en publicaciones jurídicas internas primarias, que confían a un orador la tarea de comparar «rápidamente» el sistema (jurídico) nacional de Seguridad Social durante una conferencia o en un libro, con sus equivalentes en cualquier parte. Desafortunadamente, estas formas de comparación jurídica son usualmente no más que una visita turística a otro sistema jurídico.

Las formas más graves de pseudo-comparación de sistemas (jurídicos) de Seguridad Social descritas antes están fundadas a veces en la ignorancia, en la ceguera ante el hecho de que pueden estar regulados «de modo diferente», «en algún sitio». Sin embargo, las pseudo-comparaciones también pueden a veces ser el resultado de una vil manipulación.

En ambos casos, el científico, el comparatista, tiene que tener claras las cuestiones de la investigación, que en esencia están ya «corrompidas». En una era en que las Universidades dependen crecientemente de financiación externa y de la investigación contratada, y en que toda clase de oficinas y centros comerciales de estudio sin escrúpulos ofrecen sus servicios, ¡esta llamada a respetar la ética de la comparación (jurídica) en Seguridad Social no es desgraciadamente superflua!

El peligro del etnocentrismo adopta a veces formas extrañas, por ejemplo, cuando busca refugio en un marco internacional o supranacional. Ya he mencionado antes que el punto de partida «exógeno» de la comparación en Derecho de la Seguridad Social puede referirse también a un sistema jurídico no incluido en la comparación,

usualmente un sistema jurídico de naturaleza internacional o supranacional. Se espera que esto no constituirá mayores problemas en relación con el etnocentrismo, si el marco de referencia internacional o supranacional está basado en tratados o acuerdos entre todos los países implicados en la comparación. Sin embargo, pueden surgir problemas si los conceptos y aproximaciones se adoptan desde un contexto internacional o supranacional, en orden a implicar países en la comparación jurídica que no estaban presentes cuando estas normas fueron emanadas.

Supongamos que las Directivas sobre trato igual de la CE y la jurisprudencia relacionada de la Corte de Justicia, en pocas palabras, el Derecho de la CE, van a ser usadas como un marco de referencia en un estudio jurídico comparado sobre el cumplimiento jurídico del principio de trato igual de mujeres y hombres en la Seguridad Social. No habrá problemas si se usa para comparar los planes nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros. Sin embargo, ¿es todavía posible hablar de una formulación exógena del objeto de la comparación, si Albania o Japón están implicados en la comparación? Aunque estos países darán posiblemente un mal resultado, en la medida en que esté involucrada la observancia del principio de trato igual de la CE, nada aporta sobre la cuestión de si lo cumplen menos desde un punto de vista jurídico o no. Después de todo, el punto de comparación no es neutral; está estrechamente relacionado con los diversos planes comparados. Esto es también etnocentrismo en la comparación en Derecho de la Seguridad Social.

Otro problema especial que surge se refiere a la lengua. Los diferentes planes implicados en la comparación (jurídica) en Seguridad Social no usan generalmente la misma lengua. Algunos están en holandés, otros en francés, alemán, inglés, español, etc. Sin embargo, la propia comparación jurídica se lleva a cabo en una lengua (no importa originariamente), que puede coincidir con la lengua de uno o más países implicados en la comparación. Así, el comparatista se enfrenta a diversos problemas espinosos. Ante todo, la lengua usada por la comparación puede referirse a un cierto ordenamiento jurídico sujeto a la comparación. Una referencia explícita a un cierto marco nacional de conceptos es, por supuesto, casi inmediatamente perceptible. Sin embargo, es mucho más difícil desentrañar una frase *prima facie* «exógena», de manera que resulte obvio que las palabras usadas para la descripción «prejurídica» de hecho están ya jurídicamente cargadas, dañando así la exigencia de un punto de partida exógeno. Junto a ello, el proceso para desentrañarlo puede revelar que ninguna definición prejurídica o marco conceptual prejurídico está completamente libre de referencias a un marco nacional. En cualquier caso, es importante impedir que toda referencia a un cierto marco nacional, introducida vía lengua corriente usada para la comparación, tenga demasiado impacto en la comparación jurídica. Varias reglas sencillas de manual pueden ayudar. No dar a instituciones o prestaciones, en el habla común (y por eso, en la descripción prejurídica), exactamente el mismo nombre que en uno de los sistemas (jurídicos) de Seguridad Social comparados. También es preferible usar términos de la lengua original; si, por el bien de la claridad, los términos relativos a uno de los sistemas comparados están siendo traducidos a la lengua de la investigación, es mejor traducir el concepto en cuestión tan literalmente como sea posible. ¡Esto puede dar lugar a alguna creatividad lingüística! Una traducción libre y familiar, i.e., una traducción que se refiera implícitamente al marco nacional de referencia bien conocido (de la lengua usada), debería evitarse a toda costa, porque inmediatamente crea la ilusión de una comparación que no ha sido aún verificada. La terminología extranjera puede mantenerse en el trabajo comparado, pero acompañada por su traducción al mencionarla por primera vez.

7. LA IMPORTANCIA DE TRABAJAR SOBRE MATERIAL ORIGINAL

Puede parecer muy obvio que cuando se lleva a cabo una investigación comparada en la zona (jurídica) de Seguridad Social, es mejor trabajar a la vez con material primario y secundario proveniente de países implicados en la comparación. En otras palabras: debería trabajarse principalmente con material «original», i.e., material (por ejemplo, documentos) de los países que están siendo comparados y que se considera primariamente como de uso «interno». Por documentos «primarios» entiendo, hablando con crudeza, todos los documentos que contienen los textos de legislación, directrices administrativas, decisiones judiciales, etc. Los documentos «secundarios» se refieren a todas las formas de doctrina científica, incluyendo comentarios de jurisprudencia, legislación o práctica administrativa.

La experiencia ha demostrado que un buen número de autores y conferenciantes, científicos, funcionarios y políticos son algo esquizofrénicos cuando tratan su propio sistema (jurídico) de Seguridad Social. Cuando hablan a audiencias nacionales y en su propia lengua, son a menudo extremadamente críticos con su propio sistema. Sin embargo, son mucho más comprensivos, incluso positivos, cuando discuten o describen los mismos tópicos para una audiencia internacional (en una lengua fácilmente accesible internacionalmente). No es el lugar apropiado para buscar razones que expliquen dicha actitud ambigua; podemos meramente observarla y trazar al menos una conclusión: leamos trabajo «original» de estos autores. Pero ésta no es la única buena razón para usar material original, hay más. Ya hemos discutido problemas lingüísticos; si están siendo usados documentos no originales, el problema lingüístico sale a la superficie no una vez, sino dos. La primera vez, porque tiene que realizarse una operación de traducción por la persona que escribe el documento concebido para lectores internacionales. La segunda vez, cuando tiene lugar la comparación (jurídica) real. El problema es que el comparatista a menudo no puede valorar la calidad de la primera operación de traducción y, por eso, no puede estar seguro de los resultados de su propia comparación.

No hace falta decir que trabajar con material concebido para uso «interno» a menudo plantea el problema relativo a la necesidad de conocer lenguas. Puede constituir un obstáculo casi insuperable si los países con una lengua menos común están también implicados en la comparación. Conduce a situaciones en las que los sistemas (jurídicos) de Seguridad Social que usan una lengua internacionalmente bien conocida están a menudo implicados en la comparación, mientras que países con sistemas probablemente más interesantes se dejan fuera. Irlanda y Bélgica, por ejemplo, están implicadas en la comparación, mientras que Dinamarca y Portugal, que para algunas cuestiones pueden ser países más interesantes a comparar, no están implicados. En la medida en que Bélgica esté afectada, existe el problema adicional de que personas que no son hablantes nativos del holandés estudiarán con frecuencia el país exclusivamente sobre la base de documentos franceses. Ésta es la razón de por qué tenemos a menudo, en la medida en que está involucrado material secundario, una visión distorsionada del estado de la doctrina científica, de la práctica administrativa, etc., en Bélgica.

Por eso, el comparatista tendrá que tener competencia en lenguas extranjeras. Necesitará tener un dominio riguroso de la jerga técnica del campo que está estudiando,

i.e., Derecho de la Seguridad Social, que no es necesariamente más difícil que la fluidez en la lengua del día a día. Sin embargo, como ya hemos discutido antes, toda comparación en Derecho de la Seguridad Social necesita comparación en Seguridad Social, de modo que un buen dominio de la lengua del día a día es también una ventaja. Es importante asegurar que la fluidez en la lengua técnica, jurídica, del día a día sea suficiente para no caer en la trampa de las malas traducciones, esto es, traducciones etnocéntricamente inspiradas. Todo comparatista cometerá probablemente errores aquí, y el único modo de aprender de verdad es practicando.

Un modo de superar el problema relativo a la necesidad de conocer lenguas es establecer centros de investigación, en los que los colaboradores dominen un gran número de lenguas, incluidas las lenguas menos comunes, y los diversos miembros de cada equipo sigan la Seguridad Social (el Derecho) de uno o más países. El Instituto Max-Planck de Derecho internacional y extranjero de la Seguridad Social está organizado de ese modo. Cada investigador es «referente» en un número seleccionado de países, recopila material sobre estos países y, por supuesto, domina las lenguas correspondientes. Con el límite de recursos mucho más restringidos, el Instituut voor Sociaal Recht (Instituto de Derecho Social) de Lovaina también trata de mantener dicho equipo multilingüe.

A causa de la dificultad de acceso a material extranjero, la investigación (jurídica) comparada se aborda a menudo desde un ángulo diferente. Se establece un círculo de expertos nacionales para responder a cuestionarios uniformes sobre su país, preferiblemente todos en una y la misma lengua. Los resultados se someten después a la comparación (jurídica) real. Este método puede rendir muy buenos resultados, si es llevado a cabo muy escrupulosamente. El monstruo del etnocentrismo levanta su fea cabeza otra vez y amenaza la comparación de diversos modos. El cuestionario uniforme, sobre el que se basarán las descripciones de los planes de los países implicados en la comparación, tendrá que ser redactado consultando con todos los expertos nacionales. Si no se cumple esta condición, las respuestas al cuestionario amenazan no ser más que pequeños prejuicios del conocimiento por los autores de sólo alguno o algunos de los sistemas implicados en la comparación. Además, ha de tenerse especial cuidado en asegurar que los expertos nacionales interpreten todas las cuestiones del mismo modo. La colección de informes nacionales, que son luego procesados por el equipo (central) de investigación, no basta. Los expertos nacionales también tendrán que estar activamente implicados cuando la comparación (jurídica) real se lleve a cabo. Ahora resultará claro que un cumplimiento meticuloso de esta aproximación no sólo es muy interesante y fructuosa; en general, es también algo cara y, por eso, a menudo considerada sólo como un ideal lejano.

Una aproximación alternativa, que se acerca al valor añadido cualitativo de la aproximación arriba descrita sin generar tan altos costes, consiste en trabajar sobre un cuestionario uniforme, elaborar informes nacionales y llevar a cabo la comparación (jurídica) real, todo eso por y en el equipo de investigación central y multilingüe, pero probando periódicamente los resultados con expertos en (Derecho de la) Seguridad Social de los países sujetos a la investigación comparada. Dichas pruebas pueden tener lugar cuando se acabe la recolecta del material (comprobando si ha desaparecido material interesante, si todos los aspectos han sido tratados suficientemente, si se han

establecido los contactos correctos, etc.), cuando el primer borrador del informe nacional se ha acabado y/o cuando el resultado real de la investigación (la comparación) va a ser completado.

8. CÓMO TRATAR LAS MUY CRISPADAS CUESTIONES DE LOS QUE HACEN POLÍTICA

La comparación en Seguridad Social y la comparación en Derecho de la Seguridad Social pueden revelar y analizar diversas diferencias entre los sistemas (jurídicos) de Seguridad Social concernidos, especialmente cuando se aplica la comparación sistemática interna. Podemos establecer una conexión entre ciertas causas y consecuencias, y así, pueden situar a veces las ventajas y desventajas de las diversas aproximaciones nacionales a las cuestiones (jurídicas) de Seguridad Social estudiadas. Sin embargo, hacer o legitimar opciones políticas no es tarea del comparatista. Pero la experiencia muestra que esto no detiene a quienes hacen política de plantearle cuestiones exageradas. Ya he apuntado antes que el comparatista, si hay necesidad, tendrá que tener fuerza mental e integridad moral tanto para ajustar como para repudiar cuestiones de investigación que estén exclusivamente basadas en expectativas irracionales de quienes hacen política.

Esto de ningún modo implica que la Seguridad Social (jurídica) comparada no debiera o no pudiera ser relevante para la política. Todo lo contrario. Después de todo, la política sólida implica una buena visión de las opciones políticas disponibles, y también un buen conocimiento de los pros y los contras de cada posible opción. A este respecto, la comparación en Seguridad Social y la comparación en Derecho de la Seguridad Social pueden suministrar información extremadamente valiosa. No hay mucho espacio para experimentos en política de Seguridad Social: el principio de igualdad, el respeto de los derechos adquiridos, la naturaleza a menudo unitaria de la Administración de Seguridad Social y la legislación se oponen a ello. Las experiencias extranjeras relativas a ciertas prestaciones de Seguridad Social, a ciertas reglas, a ciertos procedimientos, etc., son por eso tan valiosas como indicadores, cuando un país considera la introducción de similares procedimientos, reglas, prestaciones, ... En un cierto sentido, las experiencias extranjeras, o mejor dicho, su tratamiento en la comparación en Seguridad Social y en la comparación en Derecho de la Seguridad Social, cumplen en relación con la investigación políticamente orientada la misma función que los experimentos de laboratorio en las ciencias positivas. Si las coincidencias y diferencias en circunstancias contextualizadas son suficientemente conocidas, pueden extraerse algunas conclusiones políticas muy interesantes de estos «experimentos», de la comparación (jurídica) en Seguridad Social.

Un ejemplo para ilustrar esto. Un gobierno puede considerar abolir las diferencias que existen entre parejas no casadas que conviven, de un lado, y cónyuges (casados), del otro, en la medida en que estén involucradas las Leyes sobre pensiones. La investigación jurídica comparada puede examinar si dicha igualación existe en otros países y, si es así, cómo fue realizada esta igualación por el Derecho. La comparación en Seguridad Social puede arrojar luz sobre la extensión del fenómeno de la convivencia en los países que están siendo estudiados, pero también suministrar información sobre la práctica administrativa perteneciente a la igualación. La siguiente anécdota ilustrará de que lo último no carece de importancia, en particular para el Derecho comparado. Hace unos pocos años, la Ley General Holandesa de Pensiones (AOW) adoptó la disposición de que

desde entonces en adelante las parejas del mismo o distinto género que formaban una casa estable serían consideradas como cónyuges casados. En un congreso orientado a estrechar los lazos entre los organismos administrativos (de enlace) alemanes y holandeses en relación con la Seguridad Social de los trabajadores fronterizos, que tuvo lugar poco después de la entrada en vigor de la norma holandesa, los alemanes plantearon la cuestión de cómo deberían comprobar si las parejas realmente constituían una casa estable, dado que no conseguían ninguna indicación sobre esto en el código holandés. El organismo alemán de enlace deseaba saber esto, dado que con la aplicación de los reglamentos de coordinación de la CE podía de hecho ser llamado a establecer si alguien quedaba cubierto por la AOW, y a qué prestación tendría él/ella derecho. Un registro general de tales formas de convivencia no se había previsto, y no había procedimientos de control establecidos. La Administración holandesa competente tuvo que explicar que de hecho esta situación era querida: el gobierno y el legislador holandeses querían dar a las parejas no casadas que constituían una casa estable los mismos derechos (y en consecuencia, también deberes) que a las parejas casadas, pero por otro lado no querían forzar a nadie a declararse como relación no matrimonial. Así, la Administración simplemente registra a quien declara constituir una casa estable común, pero no comprueba si otras parejas, registradas como personas individuales, no deberían calificarse como casa estable, ni controla si la casa común estable existe de hecho. Sin conocer este trasfondo político, era normal que la Administración alemana no comprendiese muy bien el Derecho holandés, y parecidamente, sin este trozo de información sobre el trasfondo político de Seguridad Social, cualquier comparatista en Derecho de la Seguridad Social puede alcanzar conclusiones muy embarazosas.

Si resumimos el hilo de nuestra discusión general, encontramos que una sólida comparación en Derecho de la Seguridad Social, apoyada por la comparación en Seguridad Social, pueden encarar la política con los diversos aspectos y consecuencias que caracterizan los diversos escenarios tratados en cualquier lugar. El comparatista debería trazar con precisión un mapa de estos escenarios, sistematizarlos, compararlos y quizá, incluso, evaluarlos. No debería esperarse del comparatista adoptar decisiones políticas para su propio país sobre la base de su conocimiento científico, comparado. Las conclusiones de la investigación en la comparación en Derecho de la Seguridad Social no pueden «resolver» cuestiones políticas o suministrar opciones o elecciones políticas preestablecidas. Si el comparatista desea formular tales opciones o elecciones —y con su conocimiento de los resultados de su comparación (jurídica) de Seguridad Social puede estar particularmente bien equipado para hacerlo así—, debería ser consciente del hecho de que deja el territorio de la academia tras él, y de que entra en la arena política. Por eso, puede ser apropiado, al publicar los resultados de la investigación comparada y las consideraciones políticas personales de los investigadores, mantener ambos tan separados como sea posible.

En vista de lo que antecede, los políticos están a veces desilusionados con los resultados de la investigación comparada, estrictamente científicos. No infrecuentemente esperan del comparatista hacer opciones políticas claras o dar aprobación «científica» a ciertas opciones políticas que ellos hicieron. Incluso si los políticos no piden al comparatista que haga opciones políticas o que apruebe éstas, a menudo identifican implícitamente conclusión política y resultado de la investigación comparada. Por supuesto, no es en sí mismo equivocado extraer conclusiones de la comparación (jurídica) de Seguridad Social, todo lo contrario. Lo que es rechazable es pasar de los resultados de la investigación a conclusiones políticas.

Ilustremos esto con algunos de los ejemplos antes ya mencionados de investigaciones comparadas, como el relativo a «personas que están incapacitadas para el trabajo y tienen derecho a prestaciones», la investigación concerniente a «la definición de

trabajo adecuado en las regulaciones del desempleo», o con una posible investigación relativa a la cuantía de ciertas prestaciones o al nivel de las cotizaciones. Estos estudios comparados pueden provocar que se sitúe el propio país cara a cara con los otros países examinados. Si se fuese a concluir inmediatamente y directamente que el concepto jurídico nacional bajo investigación necesita cambiar por el mero hecho de que el concepto en su país parece ser el más amplio o el más estricto de todos los países del estudio, o que el nivel de prestaciones o de cotizaciones tiene que ser adaptado, sobre la mera base de que las cotizaciones o prestaciones en el propio país son las más altas o las más bajas, entonces estamos indudablemente enfrentándonos al mal uso o al abuso de los resultados de investigación comparados. Descubrir que una cierta prestación, plan o serie de reglas está ausente en sólo un país no dice nada sobre la legitimidad de esa específica aproximación nacional. Lo que más prevalece no es necesariamente lo mejor. Holanda, por ejemplo, carece de un seguro específico de accidentes de trabajo como parte de su Seguridad Social. Siempre que se lleva a cabo un estudio comparado que establece que es el único país de la CE sin dicho privilegiado tratamiento de las víctimas de accidentes de trabajo, se oyen voces a favor de la (re)introducción de dicho aseguramiento en Holanda; desde la perspectiva del Derecho comparado, sólo podemos establecer la diferencia, no podemos decir que esta diferencia tiene que desaparecer.

Ni el comparatista, ni cualquier otro científico, puede estar absolutamente seguro de que no se abusará de los resultados de la investigación. Sin embargo, al trazar su cuestionario y sus conclusiones comparadas, debería ser consciente de que los resultados de la investigación también pueden ser usados por otros, y entre ellos quienes hacen política buscando apoyo científico. Si el comparatista tiene éxito al usar una forma exógena de preguntar, pone suficiente énfasis en la comparación sistemática interna y evita el etnocentrismo tanto como sea posible, el peligro de que los resultados de la investigación puedan luego ser manipulados por otros (como los políticos) se limitará.

Finalmente, tenemos que darnos cuenta de que se esperan resultados de una comparación en Derecho de la Seguridad Social, cuando estuviese más indicada una comparación en Seguridad Social. Esto está a menudo ligado al hecho de que en algunos países los juristas, sólo o predominantemente, se dedican a la investigación en Seguridad Social comparada. Como ya he discutido antes la relación entre comparación en Seguridad Social y comparación en Derecho de la Seguridad Social, no volveré sobre esta materia otra vez. Sin embargo, es importante enfatizar que, en la medida en que la comparación tiende a cubrir cuestiones no jurídicas, el uso de investigadores jurídicos *in casu*, monodisciplinarios, y de centros de investigación jurídica puede conducir a la juridificación y, así, a la distorsión parcial de las cuestiones originales de Seguridad Social comparada. Los resultados de la investigación, incluso si llevada a cabo estrictamente de acuerdo con los principios que rigen la comparación en Derecho de la Seguridad Social, pueden ser más que decepcionantes.

Estuvimos enfrentados a este problema en una investigación comparada anterior, relativa a disposiciones específicas de protección social de las familias monoparentales⁸. Una investigación relativa a las disposiciones legales específicamente establecidas para padres solteros, no necesariamente da una imagen de la protección social de las familias monoparentales. De hecho, su protección puede derivarse de disposiciones legales específicas, pero en algunos países su protección

⁸ PIETERS, D., OOMEN, C.J.C.M. y VAN ROOIJ, J.W.P.M., *Eenoudergezinnen in de Europese Gemeenschap*, 's-Gravenhage, VUGA, 1992.

social puede ser entera o predominantemente cumplida por planes y prestaciones generales, no específicamente dirigidos a ellos, pero que en la práctica prueban ser de la mayor importancia para las familias monoparentales. Si deseamos obtener una visión general de la importancia de estas disposiciones generales, tendremos que establecer cómo están compuestos los ingresos de las familias monoparentales en diversos países (ingresos del trabajo, prestaciones por desempleo, subsidios familiares), en qué medida se utilizan las disposiciones, etc., tendremos que dejar la comparación en Derecho de la Seguridad Social y emprender una comparación multidisciplinar en Seguridad Social. Si luego la investigación está limitada a permanecer dentro de los límites de la comparación en Derecho de la Seguridad Social, el que hace política no puede esperar conseguir una respuesta a su pregunta: cómo legislaremos mejor para la protección social de las familias monoparentales.

LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ALEMANIA*

[THE EFFICACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING
AGREEMENTS IN GERMANY]

Ulrich Zachert

Sumario: I. SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: UNA VISTA ATRÁS A LA HISTORIA DEL CONVENIO COLECTIVO. 1. LA CREACIÓN DE LOS SINDICATOS Y EL ORIGEN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. II. LA EFICACIA (VERTICAL) IMPERATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO. 1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NIVEL MÍNIMO DE GARANTÍA. 2. LA RELACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO CON EL CONTRATO DE TRABAJO. III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. 1. LA EFICACIA LIMITADA DEL CONVENIO COLECTIVO, COMO REGLA. 2. PRIMERA EXCEPCIÓN: NORMAS DE CENTRO DE TRABAJO. 3. SEGUNDA EXCEPCIÓN: LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL. 4. TERCERA EXCEPCIÓN: REFERENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO AL CONVENIO COLECTIVO. IV. RESUMEN Y PERSPECTIVA.

Contents: I. ON THE STATE OF THE QUESTION: A VIEW BACK TO THE HISTORY OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT. 1. THE CREATION OF UNIONS AND THE BEGINNING OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS. 2. THE LEGAL CONCEPTION OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS. II. THE IMPERATIVE (VERTICAL) EFFICACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT. 1. THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AS A MINIMUM LEVEL OF GUARANTEE. 2. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AND THE CONTRACT OF EMPLOYMENT. III. THE SCOPE OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT: THE HORIZONTAL EFFICACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT. 1. THE LIMITED EFFICACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT, AS A GENERAL RULE. 2. FIRST EXCEPTION: THE NORMS OF THE PLANT. 3. SECOND EXCEPTION: THE DECLARATION OF GENERAL EFFICACY. 4. THIRD EXCEPTION: THE REFERENCE IN THE CONTRACT OF EMPLOYMENT TO THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT. IV. IN A NUTSHELL AND OVERVIEW.

* Traducción, del original alemán («Die Wirkung der Tarifverträge in Deutschland»), de Alberto Arufe Varela.

Resumen: Este trabajo estudia los diferentes tipos (vertical, horizontal, limitada, general, orientativa) de eficacia ligada a los convenios colectivos alemanes, también desde un punto de vista histórico.

Abstract: This paper studies the different kinds (vertical, horizontal, limited, general, guiding) of efficacy linked to the German collective bargaining agreements, also from a historical point of view.

Palabras clave: Convenios colectivos – Eficacia – Alemania.

Keywords: Collective bargaining agreements – Efficacy – Germany.

I. SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: UNA VISTA ATRÁS A LA HISTORIA DEL CONVENIO COLECTIVO

1. LA CREACIÓN DE LOS SINDICATOS Y EL ORIGEN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

En primer lugar, me gustaría trasladarles durante un par de minutos a la época en que comenzó en los países europeos el desarrollo de los modernos Estados industriales, a la que nos referimos con la expresión «Revolución Industrial». En Inglaterra ocurrió antes que en Francia, en Francia un poco antes que en Alemania, y en Alemania antes que en España. Yo me limito al país del que vengo, y sobre el que tengo que dar cuenta, Alemania.

A mediados del siglo XIX (alrededor de 1850), Alemania todavía era principalmente un Estado agrícola. Cerca de 20 millones de personas estaban ocupados en la agricultura. Entonces había ya aproximadamente un millón de personas que trabajaban en la industria, por ejemplo, en fábricas textiles, en la industria del acero y del hierro, en la minería y en otros sectores, los cuales se desarrollaban en aquel tiempo con extraordinaria velocidad. Las condiciones de trabajo de estos nuevos grupos (clases) sociales de trabajadores asalariados, los cuales no se habían dado antes, se regían por medio de *contratos de trabajo*. No obstante, estos contratos no se negociaban de ninguna manera, más bien las condiciones se establecían unilateralmente por los empresarios. Dado que había millones de personas que acudían en masa desde las regiones agrícolas de Alemania, sobre todo en el Este, hacia las áreas industriales, por ejemplo la cuenca del Ruhr, los empresarios podían fijar las condiciones unilateralmente a su favor. Las jornadas de 16 horas no eran ninguna rareza, además el trabajo de los niños era común, y no podía hablarse de una prevención de riesgos como nosotros la conocemos hoy.

Este era el trasfondo real por el que los afectados se unían a las organizaciones de trabajadores, los sindicatos. El concepto de solidaridad no era ninguna palabra extraña. No significaba otra cosa que se abogaba conjuntamente en relación con los intereses comunes. En concreto, se trataba de reducir la competencia entre los trabajadores. Por medio de la unión en sindicatos, la posición negociadora frente a las empresas, que ya habían constituido las correspondientes asociaciones, las organizaciones empresariales, se mejoraba decisivamente.

Sólo unas pocas décadas más tarde, apareció un fenómeno completamente nuevo, primero en la práctica, no aún jurídicamente. Y es que se acordaron *convenios colectivos*. En aquella época eran, como hoy, (típicamente) contratos entre los sindicatos de un sector determinado y la asociación correspondiente de lado empresarial. En Alemania, el primer gran convenio colectivo se concluyó en el año 1873 para las imprentas de libros. En el año 1906, ya existían entre 3.000 y 4.000 convenios colectivos, y en el año 1913 —por consiguiente, un año antes del comienzo de la 1ª Guerra Mundial—, se contaban 13.000 convenios colectivos, que regían para más de dos millones de trabajadores. Regulaban cuestiones del salario y de la jornada, pero también condiciones de trabajo, por ejemplo, la cuestión de cómo tenían que trabajar muchos trabajadores en determinadas máquinas en el ámbito de la industria gráfica.

Todo esto ocurría sin el correspondiente fundamento jurídico. El convenio colectivo también se desarrolló, entre nosotros, como en otros países europeos, como un

fenómeno de masas, sin que existiera una Ley del convenio colectivo. Al principio, no se podía hablar de un fundamento jurídico-constitucional. Los sindicatos y sus afiliados no sólo se consideraron durante mucho tiempo, en Alemania, como enemigos públicos. Hasta el año 1890, su actividad se prohibió incluso penalmente por Ley.

2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

A dos científicos les corresponde el mérito de haber desarrollado un fundamento jurídico —mejor dicho, un marco jurídico— para los convenios colectivos. Son *Philipp Lotmar* y *Hugo Sinzheimer*. Philipp Lotmar vivió de 1850 a 1922, y Hugo Sinzheimer algo más tarde, a saber, de 1870 a 1945. Ambos tenían una biografía sorprendente. Por lo que yo sólo quiero mencionar que Lotmar pasó la mayor parte del tiempo de su actividad científica en la Universidad de Berna, en Suiza, donde enseñaba Derecho Romano y Derecho Civil. Hugo Sinzheimer se dedicó a la Universidad de Frankfurt am Main, hasta que tuvo que huir, en el año 1933, por causa de la dictadura fascista, a Holanda, donde murió en el año 1945.

Philipp Lotmar escribió un destacado ensayo en el año 1900¹, en el que advertía que ya existían montones de convenios colectivos que se trataban científicamente por los economistas y en el ámbito de las ciencias sociales, pero de los que los juristas hasta entonces no habían dado ninguna noticia. Pero, dado que los convenios colectivos tenían un significado práctico tan grande, y que su significado crecería aún en el futuro, esto es importante, todo apuntaba a concebirlos con medios jurídicos y a darles un fundamento jurídico. No quiero ocuparme ahora de ningún detalle que hayan desarrollado *Lotmar* y, más tarde, *Sinzheimer*², para dotar al convenio colectivo de una estructura jurídica. En cualquier caso, ambos se encontraron ante la misma cuestión que también hoy es el objeto de nuestro Congreso.

De un lado, el problema trata de ¿cómo el convenio colectivo debía surtir efectos en relación con el contrato individual de trabajo? En la práctica sí existían ambos, contratos de trabajo y convenios colectivos, y ambos tipos de contrato regulaban los mismos temas jurídico-laborales. Los convenios colectivos, por los motivos que ya he expuesto, eran como regla mucho más favorables para los trabajadores que los contratos individuales de trabajo. En caso de duda, ¿debían tener prioridad ante los contratos de trabajo o regía el contrato de trabajo suscrito? Aquí, los dos científicos, tanto Lotmar como también Sinzheimer, estaban de manera completamente clara a favor de que los convenios colectivos surtían eficacia imperativa, y por consiguiente tienen *prioridad ante los contratos individuales de trabajo*. Esto fue jurídicamente “una pequeña revolución”. No había todavía un Derecho del Trabajo como hoy lo conocemos, los convenios colectivos no tenían ningún fundamento legal y los sindicatos y las asociaciones de empresarios no eran ni mucho menos reconocidas como “instituciones” que pudiesen establecer el Derecho por medio de los convenios colectivos, de manera análoga al legislador estatal. Éste es *un* elemento de la eficacia del convenio colectivo, a saber, el de su relación con otras fuentes del Derecho del Trabajo, en especial el contrato de trabajo. Me gustaría definirla como la *eficacia vertical* del convenio colectivo.

¹ LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, publicado en extracto y comentado por von ZACHERT, “Juristische Klassiker – neu gelesen”, *Kritische Justiz* 2007, pp. 428 ss.

² SINZHEIMER, *Der Tarifgedanke in Deutschland*, 1915, en KAHN-FREUND/RAMM, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Tomo 1, 1976, pp. 150 ss.

Sin embargo, la eficacia del convenio colectivo todavía se plantea en otro ámbito de discusión. De manera completamente práctica, se trata de *qué círculo de personas* deben *comprender* los convenios colectivos. Aquí, hay que definir de manera relativamente clara la posición de los intereses. Los trabajadores que se han unido a los sindicatos y que, por ello, pagan las cuotas de afiliación y realizan otros sacrificios, tienen un interés en que las condiciones más favorables de los convenios colectivos sólo se les apliquen a ellos. ¿Por qué el convenio colectivo debía tener validez en relación con los llamados *outsiders*, que no contribuyen a que se negocie un convenio colectivo frente a la parte empresarial y, llegado el caso, se exija su cumplimiento por medio de una huelga? En cambio, el empresario tiene el interés de que, en lo posible, las condiciones principales sean siempre las mismas en su empresa. Una gran diferencia entre los afiliados al sindicato y los *outsiders*, en relación con el salario, la jornada y las demás condiciones de trabajo, no resultaría conveniente para la colaboración de los empleados en el centro de trabajo y para el clima de empresa. A este *segundo* elemento de la eficacia del convenio colectivo, que se refiere a la cuestión de a quién comprende el convenio colectivo en su eficacia, me gustaría denominarlo la *eficacia horizontal* del convenio colectivo.

En consecuencia, están descritos los ámbitos de problemas de los que me voy a ocupar a continuación, cuando presente en lo sucesivo la situación jurídica de la eficacia de los convenios colectivos en Alemania.

II. LA EFICACIA (VERTICAL) IMPERATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

1. EL CONVENIO COLECTIVO COMO NIVEL MÍNIMO DE GARANTÍA

Lo que Philipp Lotmar y Hugo Sinzheimer habían puesto de relieve a comienzos del siglo 20, a saber, la eficacia imperativa del convenio colectivo, se nos presenta hoy como una obviedad. El parágrafo 4, apartado 1, de nuestra Ley del Convenio Colectivo prescribe que los convenios colectivos rigen directamente e imperativamente en relación con los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. La eficacia imperativa del convenio colectivo tiene la consecuencia de que no se pueden adoptar acuerdos contrarios a ellos en perjuicio de los trabajadores. Por ello, los convenios colectivos contienen, respecto de aquéllos que se incluyen dentro de su ámbito de aplicación, *condiciones mínimas garantizadas*, que no pueden ser rebajadas en ningún caso. Hablando metafóricamente, esto es la sal y la pimienta, es decir, lo que representa el atractivo de los convenios colectivos para los trabajadores y, simultáneamente, es un medio eficaz de publicidad para los sindicatos que han negociado estos convenios colectivos frente al empresario. Ahora mismo me ocuparé de en qué modo la eficacia imperativa del convenio colectivo está configurada en particular en Alemania.

Pero primero, quisiera detenerme brevemente y pedirles que hagan conmigo una excursión a nuestra cultura jurídica. Mi enunciado —para nosotros una obviedad— de que los convenios colectivos tienen una eficacia imperativa, no vale para cada país en Europa. En Inglaterra y, con ello, en el ámbito jurídico angloamericano se ha desarrollado otra forma de entender los convenios colectivos totalmente distinta. A diferencia

de los países de la Europa continental, los convenios colectivos no son vinculantes, en principio, para los trabajadores. Sólo existe una excepción, cuando las partes del convenio han acordado expresamente que no ocurra como regla. En Inglaterra, en consecuencia, no existe ninguna eficacia imperativa de los convenios colectivos, lo cual es característico del Derecho colectivo en la Europa continental. Los convenios colectivos en Inglaterra únicamente son “vinculantes sólo en honor”, y por ello, rigen nada más que como “acuerdo de caballeros”. Rigen en tanto que el empresario lo respete, y esto depende de la fuerza para imponerse de los sindicatos. Sólo se llega a alcanzar una eficacia jurídica de los convenios colectivos cuando las *partes del contrato de trabajo* asumen las normas del convenio en el contrato de trabajo. Ésta es una práctica habitual, pero con ello el convenio colectivo no surte eficacia de manera imperativa con garantías especiales, sino que surte eficacia como un contrato de trabajo.

Qué significa ahora la eficacia imperativa del convenio colectivo, su nivel mínimo de garantía, que constituye la especialidad frente al contrato de trabajo. En Alemania, la Ley del Convenio Colectivo prescribe que los trabajadores *no* pueden *renunciar a los derechos del convenio*. Esto sólo lo pueden hacer las propias partes del convenio. Metafóricamente hablando, esto se erige en un policía más importante (parágrafo 4, apartado 4, de la Ley del Convenio Colectivo). A los trabajadores no se les puede poner, tampoco en tiempos de crisis de la empresa, bajo la presión de renunciar en el contrato individual de trabajo a sus derechos convencionales, ya que quizá no sea absoluto necesario.

Otro precepto que es un elemento esencial de la eficacia imperativa del convenio colectivo, establece que los acuerdos colectivos continúan rigiendo hasta que sean sustituidos por otro acuerdo. Esto es la llamada *ultraactividad del convenio colectivo* (parágrafo 4, apartado 5, de la Ley del Convenio Colectivo), que también es característica del Derecho colectivo de otros países de la Europa continental. Tiene la importancia completamente práctica de que los trabajadores, tras el vencimiento del convenio colectivo —de nuevo metafóricamente hablando— no caen en un pozo sin fondo. Habitualmente, los efectos de los contratos finalizan con su vencimiento. Sin embargo, en el Derecho colectivo se garantiza a los trabajadores de manera indudable el derecho adquirido. El empresario sólo puede llevar a cabo modificaciones cuando vuelva a concluir un nuevo convenio colectivo, o llegue con sus trabajadores a un nuevo acuerdo en el plano del contrato individual de trabajo.

2. LA RELACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO CON EL CONTRATO DE TRABAJO

En relación con todas las ventajas que la eficacia imperativa del convenio colectivo tiene para los trabajadores, se plantea un problema que nos ha ocupado ya muchos años en Alemania y que seguramente nos seguirá ocupando aún en el futuro. Se trata, a saber, de la relación de las libertades colectivas de los trabajadores (el convenio colectivo) con las libertades individuales (el contrato de trabajo). El punto de partida es francamente inequívoco. Nuestro Tribunal Constitucional ha decidido —totalmente en el sentido de la concepción de Philipp Lotmar y Hugo Sinzheimer— que el trabajador en el plano del contrato de trabajo es típicamente la parte más débil, y que

esta inferioridad se compensa por medio de la autonomía colectiva. Sólo por medio de ella —según la opinión de nuestro más alto tribunal— se alcanza un equilibrio en la negociación de las condiciones salariales y de trabajo³. No obstante, puede ser que en el contrato individual de trabajo se establezcan mejores condiciones que las que prevé el convenio colectivo. En este caso, nuestra Ley del Convenio Colectivo hace una excepción a la eficacia imperativa del convenio colectivo, y prevé que rijan las *normas más favorables* del contrato de trabajo (parágrafo 4, apartado 3, de la Ley del Convenio Colectivo).

Ahora se plantea la interesante cuestión de cuándo un acuerdo en el contrato de trabajo es más favorable que el del convenio colectivo. ¿Es, por ejemplo, más favorable cuando el empresario prevé en el contrato de trabajo una jornada más larga que en el convenio colectivo, por ejemplo, 40 horas en lugar de 38 horas, pero paga al trabajador más dinero y, a la vez, promete un aseguramiento cierto del puesto de trabajo? Nuestro Tribunal Federal de Trabajo ha rechazado esto, y ha hecho hincapié en la eficacia imperativa del convenio colectivo. Tales rupturas del convenio colectivo sólo pueden ser acordadas por las propias partes del convenio colectivo. En caso contrario, el convenio colectivo perdería un efecto esencial, su función de protección en beneficio de los trabajadores⁴.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

1. LA EFICACIA LIMITADA DEL CONVENIO COLECTIVO, COMO REGLA

Vengo ahora sobre el Segundo eje de mi ponencia, la “eficacia horizontal” de los convenios colectivos.

En Alemania, el convenio colectivo sólo tiene una eficacia limitada. Nuestro sistema del convenio colectivo es, por consiguiente, “directamente liberal”. Esto requiere de una explicación. Según nuestra Ley del Convenio Colectivo, el convenio colectivo sólo rige cuando, tanto el trabajador está afiliado a un sindicato, cuanto el empresario también está afiliado a la asociación empresarial competente (parágrafo 3, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo). Por consiguiente, debe existir en cada caso la correspondiente vinculación colectiva. En caso contrario, el convenio colectivo no resulta de aplicación. En Alemania, aproximadamente el 25% de los trabajadores están afiliados a los grandes sindicatos, que son miembros de la Federación Alemana de Sindicatos. Así, según esta regla básica de nuestro Derecho colectivo, los convenios colectivos sólo podrían regir para un número de trabajadores relativamente pequeño. Esto sorprenderá al público extranjero, sobre todo si viene de España, para el que el artículo 82, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores prevé que los convenios colectivos rijan —por imperativo legal— para todos los trabajadores. En Francia y en Italia, los convenios colectivos rigen, en principio, sólo cuando el empresario está sujeto al convenio.

³ BVerfG 20.06.1991, BVerfG E 84, pp. 212, 229.

⁴ BAG 20.04.1999, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG, publicada en ZACHERT, MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo*, 2008, pp. 301 ss.

El Derecho colectivo alemán parte, como dije, de una regla básica diferente. Sin embargo, ya había indicado al comienzo de mis explicaciones que el convenio colectivo tiende a tener no sólo una eficacia limitada, porque regula el contenido esencial del contrato de trabajo. Por ello, el Derecho colectivo alemán también conoce un número de excepciones de Derecho —y también, aparte, de excepciones de la práctica— a la eficacia sólo limitada del convenio colectivo.

2. PRIMERA EXCEPCIÓN: NORMAS DE CENTRO DE TRABAJO

Así, existen normas colectivas en las que, por razones totalmente prácticas, no puede distinguirse entre afiliados al sindicato y *outsiders*. Un ejemplo de ello son las normas colectivas sobre prevención de riesgos laborales. Las llamadas *normas de centro de trabajo* también rigen, según nuestro Derecho colectivo, para todos los trabajadores, sólo con que el empresario esté afiliado a la asociación empresarial competente que ha concluido el convenio colectivo (párrafo 3, apartado 2, de la Ley del Convenio Colectivo).

3. SEGUNDA EXCEPCIÓN: LA DECLARACIÓN DE EFICACIA GENERAL

Aún más importante es la denominada *declaración de eficacia general*. Por medio de la declaración de eficacia general, que nosotros también conocemos en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio colectivo se extiende en un sector determinado, por ejemplo, la industria de la construcción, a todos los centros de trabajo y a todos los trabajadores, incluso cuando los trabajadores no estén afiliados al sindicato y las empresas no estén afiliadas a la asociación empresarial. Pero para ello debe seguirse un determinado procedimiento, prescribe nuestra Ley del Convenio Colectivo.

Es requisito, en primer lugar, que el convenio colectivo concluido tenga una cierta representatividad, esto es, en concreto, que los trabajadores ya sujetos al convenio colectivo ocupen al menos el 50% de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Aparte de ello, la declaración de eficacia general debe efectuarse en interés público. Procedimentalmente, una de las dos partes del convenio debe presentar una solicitud ante la Administración laboral (como regla, una autoridad del Ministerio de Trabajo de un Estado de la Federación), y la otra parte del convenio debe consentir el procedimiento. Por tanto, *ambas* partes del convenio, sindicatos y asociaciones empresariales, tienen que estar de acuerdo en que un convenio colectivo concluido se extienda a todos los trabajadores (párrafo 5, apartado 1, de la Ley del Convenio Colectivo).

Hasta ahora, esto ha funcionado bien sobre todo en los sectores que pertenecen a la mediana empresa. Allí existe un interés común de ambas partes en extender el convenio colectivo a todos los empleados. Son ejemplo de ello la industria de la construcción y el sector textil. Aproximadamente 450 convenios colectivos se declararon de eficacia general, de conformidad con el asesoramiento de una comisión conjunta, constituida paritariamente con representantes del sindicato y de la asociación empresarial. Esto representa poco, en vista del número de 60.000 convenios colectivos vigentes en

Alemania. Sin embargo, igual que antes, aproximadamente de tres a cuatro millones de trabajadores se incluyen dentro del convenio colectivo. Sólo porque rige en virtud de una declaración de eficacia general.

Hay que tener a la vista, igual que antes, que se trata de convenios colectivos que han sido negociados autónomamente por las partes. Sólo se extiende a los *outsiders* su ámbito de aplicación y, en consecuencia, su eficacia. De aquí que el Estado, metafóricamente hablando, preste una ayuda a su nacimiento por medio del Ministerio de Trabajo.

Esto ha provocado un conflicto jurídico en Alemania, que condujo a una decisión fundamental del Tribunal Constitucional en el año 1977. El núcleo del problema era la cuestión de si una empresa que no está afiliada a la asociación empresarial, por medio de la eficacia general, puede ser obligada a aplicar las normas del convenio. Una empresa, que se sentía lesionada en su libertad a no pertenecer a una asociación empresarial, reclamaba que se le perjudica constitucionalmente en la denominada libertad sindical negativa (artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal). El Tribunal Constitucional ha confirmado que la regulación de la eficacia general en nuestra Ley del Convenio Colectivo no viola la Constitución. Y ello, porque contribuye a que ningún empresario obtenga ventajas competitivas por el hecho de contratar trabajadores con salarios por debajo del convenio y, así, practicar dumping salarial⁵.

Esta decisión fue extraordinariamente importante, porque entretanto nosotros tenemos sectores en los que los sindicatos están débilmente representados y en los que la declaración de eficacia general tampoco funciona. Allí, de conformidad con la *Ley de Desplazamientos Temporales Transnacionales de los Trabajadores*, los salarios y otras condiciones de trabajo se establecen unilateralmente por medio de una norma reglamentaria estatal. Aquí, nuestro Tribunal Constitucional ha decidido que el establecimiento de salarios mínimos por medio de una norma reglamentaria estatal tampoco viola la libertad sindical negativa de los empresarios, a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de nuestra Constitución Federal⁶.

En este contexto, no quiero ocuparme de ninguna otra particularidad. Debe bastar la indicación de que los sindicatos alemanes, que hasta el momento estaban en la posición de regular autónomamente, por medio del convenio colectivo, las condiciones de trabajo de también los grupos más débiles de trabajadores, han perdido evidentemente esta capacidad de imponerse. Por ello, estamos en camino de un *salario mínimo establecido a nivel estatal*, el cual ya rige en todos nuestros Estados europeos vecinos.

4. TERCERA EXCEPCIÓN: REFERENCIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO AL CONVENIO COLECTIVO

Para concluir, quisiera referirme todavía a otra excepción más a la eficacia sólo limitada del convenio colectivo, que no tiene un trasfondo jurídico como la declaración de eficacia general, sino que representan una práctica ampliamente extendida. Y es que, típicamente, los *contratos de trabajo*, que se formulan con frecuencia como “contratos

⁵ BVerfG 24.05.1977, BVerfG E 44, pág. 322, publicada en ZACHERT, MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo*, 2008, pp. 318 ss.

⁶ BVerfG 18.07.2000, Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 4 zu § 1 AEntG.

de trabajo tipo”, se remiten al convenio colectivo. De este modo, los contenidos de los convenios colectivos se aplican uniformemente en el centro de trabajo. No obstante, hay diferencias: para los afiliados al sindicato surten efecto directa e imperativamente, de conformidad con la Ley del Convenio Colectivo; para los *outsiders*, sólo por medio de una remisión en el contrato de trabajo.

Aparte de ello, las empresas que no están afiliadas a una asociación empresarial, progresivamente se orientan por los convenios colectivos. En Alemania, los convenios colectivos incluyen directa e imperativamente de manera aproximada un 60% de todos los trabajadores, y cerca de un 18% de las empresas se orientan por el convenio colectivo en tanto se remiten a convenios colectivos vigentes, y aproximadamente el 24% de los centros de trabajo son “zonas completamente libres de convenio”.

IV. RESUMEN Y PERSPECTIVA

Precisamente el último aspecto que les he contado, esto es, el de sólo la eficacia limitada de los convenios colectivos en Alemania, a diferencia de muchos de nuestros Estados vecinos, me conduce a un breve resumen, con el que quisiera finalizar mi ponencia.

No raramente tenemos en nuestros respectivos países puntos de partida francamente distintos, para llegar a una solución a cuestiones comunes. Esto vale para el Derecho del Trabajo, pero también para otros ámbitos jurídicos. No obstante, el resultado es con frecuencia bastante parecido. Sólo el camino elegido nos separa a unos de los otros. Por ello, el aforismo “todos los caminos conducen a Roma” también tiene, en el Derecho del Trabajo, sentido y más profundo significado para la comparación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA EN LENGUA ESPAÑOLA

MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, *Leyes Laborales Alemanas*, 2007, pp. 81 ss., 234 ss.

GARCÍA BLASCO y OJEDA AVILÉS (Dir.), *La negociación colectiva en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 29 ss.

ZACHERT, *Lecciones de Derecho del Trabajo alemán*, 1998, pp. 59 ss.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

L. NOGLER, *The concept of «subordination» in European and Comparative Law*, Universidad (Trento, 2009), 201 págs.

El autor de esta magnífica obra —vaya por delante, sin condicionantes, de puro Derecho comparado, sobre un tema todavía necesitado de reflexiones maduras, como ésta, que tanto son de agradecer— no necesita de una presentación de corte más bien renacentista que retrate su figura. Sólo quiero apuntar aquí que el Profesor Luca NOGLER —Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento, y actualmente Decano de su pujante y vitalista Facultad de Derecho, en la que imparte docencia en Derecho comparado del Trabajo desde el curso 1996/97— viene propiciando desde hace tiempo el flujo de profesores y la transferencia de sus conocimientos, que es un sustrato más de la utilidad de las investigaciones iuscomparatistas. Esta última monografía suya —escrita enteramente en inglés—, gestada en parte en el ambiente de intercambio científico bravamente alentado por él en su Facultad, constituye una nueva prueba clara de ello, y atrae toda nuestra atención. La presenta el propio autor confesando —no parece que se trate de una confesión que suscite reparo alguno que impida adherirse a ella— que ha llegado a «la conclusión de que hoy necesitamos reconocer el Derecho del Trabajo y del contrato de trabajo como una ciencia jurídica *europaea* y por lo tanto, por ejemplo, una noción común de contrato de trabajo». Y confesando, además, su convicción acerca de que «esto puede ser logrado, por causa de la unidad básica en el Derecho de los países de la CE».

El empeño del autor resulta ser totalmente congruente con sus confesiones, y desde luego, no defrauda, como ya revela simplemente una lectura sosegada de los pilares sobre los que se asienta la estructura de su espléndida obra, y que son, lógicamente, los cinco capítulos —más un «epílogo» conclusivo— que la conforman. El Capítulo I —rotulado «Criterios del Derecho europeo relevantes para la relación de trabajo: en particular, “subordinación”»— centra su atención fundamentalmente en el estudio de los casos más significativos del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el concepto de subordinación. El Capítulo II —rotulado «“Subordinación” en la tradición continental europea»— ofrece un interesante viaje por hasta siete países europeos (Francia, Alemania, Austria, Holanda, Bélgica, España y Portugal), a través de lo que en sus respectivas legislaciones se define como contrato de trabajo, permitiendo al autor alcanzar la conclusión de que «las nociones internas de trabajador subordinado convergen mucho más de lo que a menudo se supone». El Capítulo III —rotulado «Los orígenes del término jurídico “subordinación”: Derecho italiano»—, comienza explicando los orígenes del concepto en el país transalpino, y termina dando cuenta del impacto que vienen teniendo allí los denominados «contratos co.co.co.» (esto es, los «contratos de colaboración coordinada y continuativa»). El Capítulo IV —rotulado «“Subordinación” y Derecho inglés del Trabajo y del Empleo»— suma sus esfuerzos en la tarea de buscar los equivalentes de la subordinación en las islas, siempre a partir de la premisa de que «extraordinariamente poco se ha escrito sobre el término “subordinación”, que no tiene un paralelo» allí. Y el Capítulo V —rotulado «La influencia de la noción de “*arbetstagarbegreppet*” en los países nórdicos y el “Código de prácticas en el status de empleo” irlandés»— trata del estado de la cuestión a tres bandas, al referirse primero a Suecia; a continuación, a Noruega, Dinamarca y

Finlandia; y después, a la República de Irlanda. Cierra la monografía su «Epílogo», en la que el autor reflexiona agudamente sobre si el Derecho del Empleo es más que el Derecho del contrato de trabajo, y sobre si existe una noción uniforme de Derecho comunitario de persona empleada o trabajador.

Celebramos con júbilo la publicación de este espléndido estudio de Derecho comparado del Trabajo, de los que tan necesitados seguimos estando para conocer mejor el contexto jurídico de nuestras instituciones comunes jurídico-laborales, y para allanar el camino de la búsqueda de soluciones armonizadas a problemas compartidos. Mucho más si el estudio tiene por objeto una materia —como la aquí estudiada— que se encuentra en la línea misma de flotación del Derecho del Trabajo —nada más y nada menos que su ámbito, tan amenazado últimamente, al menos en España— que es preciso preservar y defender. Aquí, en nuestra Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y en su Instituto de Investigación, solemos decir que el Derecho comparado abre ventanas a la reflexión, por las que entran aires cuando menos estimulantes. En esta línea se enmarca claramente la obra de Luca NOGLER. Y nada extraña, por tratarse de un docente e investigador modélicamente comprometido con esta tarea, que tantos esfuerzos requiere, desde su Facultad de Derecho de Trento, hace ya más de una década.

Alberto Arufe Varela

H.-J. ANDREß y H. LOHMANN (Editores), *The working Poor in Europe. Employment, Poverty and Globalization*, Edward Elgar Publishing (Cheltenham, 2008), 323 págs.

Aunque tradicionalmente se ha venido manteniendo que la actividad laboral es un medio de protección contra la pobreza, lo cierto es que esta afirmación parece perder parte de su consistencia en el contexto socioeconómico actual, desde el momento en que tener un trabajo remunerado ya no implica necesariamente una garantía de bienestar que permita la obtención de ingresos suficientes para cubrir las necesidades básicas de la persona que trabaja y de aquellas otras que pueden depender de ella. Así lo confirma la presencia cada vez más numerosa de los ya formalmente denominados «trabajadores pobres (*working poor*)», que son aquellas personas que, si bien tienen un puesto de trabajo, no superan el umbral de la pobreza (en palabras del Comité de Protección Social de la Unión Europea, se trata de personas que trabajan más de seis meses al año y cuyos ingresos están por debajo del 60% de la media nacional). Según las estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC), resulta que en los 27 Estados miembros de la Unión Europea los ingresos disponibles del 8% de las personas que trabajan mayores de 18 años de edad (más de quince millones) no son suficientes para sacarlas de la pobreza, siendo llamativa la situación en España, Grecia, Italia, Letonia y Portugal, en que más de una de cada diez personas trabajadoras pertenece a esta categoría de «trabajadores pobres».

Realmente empieza a ser significativo el número de estudios realizados sobre esta concreta realidad —por cierto, nada novedosa teniendo presente que pobreza y trabajo han ido de la mano durante muchos siglos, pero sí aberrante al menos en los países del *Welfare State*—, destacando entre todos ellos el trabajo colectivo objeto de la publicación que aquí se reseña, coordinado por Hans-Jürgen Andreß (profesor doctor de la Universidad alemana de Colonia) y Henning Lohmann (doctor e investigador del Instituto Alemán de Investigación Económica de Berlín), en el que participan quince investigadores más, procedentes de centros de educación superior y de investigación de Alemania (Universidad de Colonia), Bélgica (Universidad de Amberes), Finlandia (Universidad de Turku), Francia (Observatorio Francés de Coyunturas Económicas), Holanda (Universidad Erasmus de Rotterdam), Irlanda (Instituto de Investigación Económico y Social), Italia (Universidad de Nápoles Federico II y Universidad de Trento), Reino Unido (Universidad de Anglia del Este) y Suecia (Universidad de Umea). La presencia de todos ellos justifica la estructura de la obra en cuestión, que obedece además al empleo de una metodología de estudio e investigación comparatista que permite situar el estado de la cuestión de los países analizados en el contexto de la Unión Europea en su conjunto. Y es que este trabajo colectivo, aparte lo propiamente protocolar (una *Introduction* sobre el fenómeno de los trabajadores pobres en Europa), aparece formalmente dividido en tres grandes partes, relativas a la conjunción de pobreza y trabajo en el Estado del Bienestar (*Part One: Comparative Issues*), a la diferente situación de los trabajadores pobres en Bélgica, Alemania, Holanda, Suecia, Finlandia, Italia, Reino Unido e Irlanda (*Part two: Country Chapters*) y, por último, al estudio de las distintas políticas destinadas a la lucha contra el fenómeno del trabajo pobre (*Part Three: Summary and Conclusion*).

Revelador de que en la pobreza en el trabajo concurren factores institucionales, económicos y sociodemográficos diversos que traen causa de la reducción del Estado de Bienestar por el juego de la competitividad internacional de las economías globalizadas, el libro representa una valiosa contribución a los debates actuales sobre el papel del Estado de Bienestar y las políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social. En efecto, a pesar de su fecha de publicación, se trata de un libro de plena actualidad en este 2010, proclamado por la Comisión como Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, en que ya comienzan a visualizarse algunas propuestas para un planteamiento global de lucha contra el fenómeno de los trabajadores pobres, elaboradas sobre la base de que la precariedad del estatus legal de las personas que trabajan es una de las causas de esta pobreza. El tema es realmente interesante, especialmente cuando se afirma que esta lucha debe apoyarse en una política salarial ambiciosa y en un sistema de protección social adaptado a las necesidades de sus potenciales beneficiarios, en la medida en que se trata de propuestas que coinciden en el tiempo con la nueva ofensiva de flexibilización (esto es, precarización) y mercantilización (esto es, privatización) que estamos sufriendo actualmente (incluso en las universidades), o no?

Xosé Manuel Carril Vázquez

A. BAYLOS y J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta (Madrid, 2009), 199 págs.

La crisis económica mundial que padecemos —lo que los autores denominan el «*crack* del 2008»—, y que vamos a seguir padeciendo todavía durante unos cuantos años más, ha sido el estímulo decisivo para la publicación de este libro espléndido suyo, fascinante para cualquier iuslaboralista comprometido con lo que hace —tenga la ideología que tenga—, sobre el despido individual y su régimen jurídico. Aunque la segunda parte de su título («la violencia del poder privado») despiste un poco —parece apuntar a la rancia filosofía jurídica que usualmente se enseña todavía en muchas de nuestras Universidades, deprimente para quien esté convencido de que el Derecho no puede desconectarse de las fuentes directas (leyes y casos) de conocimiento del mismo—, aquí la apariencia en cuestión engaña. En efecto, la obra de los colegas castellano-manchegos BAYLOS y PÉREZ REY es un espléndido escrito de teoría general (y teoría crítica) del Derecho positivo del Trabajo vigente en España, actualmente amenazado de desaparición —también, en los planes de estudios universitarios— por causa de nuestros gobernantes y dirigentes sin ideas (y sin sentido de lo que es la justicia social), de algunos de nuestros interlocutores sociales desorientados (o desnortados) y plegados a las exigencias de lo políticamente correcto, y también, de poderes políticos supranacionales convencidos de que el futuro está en un nuevo Derecho Mercantil, exigente de mucha flexibilidad empresarial (lo justificaría la visión suya del empresario, según nuestros autores, más como adaptable «aprendedor», que como verdadero emprendedor) y, en consecuencia, de «flexiseguridad» en los trabajadores.

Todo esto lo destaca el ilustre prologuista italiano de la obra, con un lenguaje mordaz («la crisis más devastadora que ha conocido el mundo desde los años treinta hasta aquí, debe haber excitado los ánimos más allá de lo lícito si se está asentando la opinión según la cual el mejor incentivo legal para crear puestos de trabajo consiste en permitir la destrucción de los existentes»; «las viejas resistencias del poder empresarial a cortarse las uñas», prosigue, se han «vuelto a manifestar inmediatamente a continuación»; «los tecnócratas de Bruselas informan que “los datos empíricos atestiguan que los trabajadores se sienten mejor protegidos por unas prestaciones de desempleo adecuadas que por una estricta protección frente al despido”»), indicando asimismo que «aunque califiquen el despido como un acto de violencia del poder privado, los autores no ofrecen flanco a la crítica de que se han dejado seducir por una retórica apocalíptica», al mantenerse siempre —por su posibilismo— «en el cauce de la tradición jurídica».

Con todo ese telón de fondo de depresión económica mundial —que nada bueno augura para los trabajadores—, el libro aparece formalmente estructurado en cuatro Capítulos (el «Introdutorio», sobre «Economía, sociedad y política en el despido»; el «I», sobre «El despido y su revisión judicial. Puntos de partida: La dimensión constitucional nacional y la tutela del despido en el ámbito comunitario»; el «II», sobre «La calificación jurídica del despido»; y el «III», sobre «Los efectos del despido. La ejecución de sentencias de despido»). Su lectura inspira y oxigena, pero también permite recordar cosas que tienden hoy a olvidarse o, incluso, a silenciarse (no me resisto

a dejar de reseñar que la segunda nota a pie de página del libro se refiere, literalmente, a «M. Alonso Olea, *El despido*, IEP, Madrid, 1958, p. 13»). Ahora bien, arriesgando desde un punto de vista esencialista —que es el mío—, creo que las estructuras basilares de este magnífico libro (por encima de sus divisiones formales) podrían reconducirse a sólo tres, que vienen a constituir, en realidad, las tres proposiciones intemporales de todo clásico silogismo.

Primera premisa, su afirmación —a la que nada puedo razonablemente objetar— de que el despido resulta ser el acto de violencia de un poder privado («el despido es violencia y por eso se presenta a través de expresiones [“rescisión del contrato”, por ejemplo] que la niegan»; «el despido como acto interruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado —el no-trabajo— en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales»; y sobre todo, «la violencia es típica en su gravedad ... en los trabajadores de edad madura», pero también «en los trabajadores jóvenes en los que cada vez más el despido es una muestra de autoritarismo generacional que cuestiona una profesionalidad infravalorada y de(s)preciada sobre la base de indemnizaciones simbólicas calculadas siempre sobre la antigüedad en el empleo»). Segunda premisa, su constatación —que a cualquier observador español, con un mínimo de sentido de la justicia social, también le alarma— de que la protección contra el despido tiene, en España, una cobertura constitucional extraordinariamente precaria («la revisión judicial del acto del empleador es un derecho que compete al trabajador y que se deriva del reconocimiento constitucional operado en el artículo 35 CE, con las consecuencias que ese reconocimiento tiene en orden a condicionar opciones legislativas derivadas del mismo», de donde —siempre según los autores, con los que no queda más remedio que estar de nuevo plenamente de acuerdo— «la opción que abre el artículo 35 CE en el sentido de permitir que el legislador decida cómo estructurar la protección frente al despido»; en fin, «ha prevalecido ... una interpretación de los derechos fundamentales cuya lesión provoca la nulidad del despido, que impide calificar como tal la producida en derechos ajenos al círculo de mayor protección constitucional como, paradójicamente sucede con el derecho al trabajo»). Y tercera proposición, su tesis —radicalmente jurídica y, aparentemente, tranquilizadora— de que «la Carta de Niza (2000) eleva la protección frente al despido a la categoría de derecho fundamental», de que esta protección comunitaria «gira en torno a la causalidad de la extinción empresarial», y de que —«a expensas de ser final y definitivamente incorporado al ordenamiento comunitario»— tal derecho comunitario dota a la protección frente al despido, blindándola frente a las posibles veleidades del legislador nacional, «de un tratamiento general de naturaleza cuasi constitucional que lo inscribe como elemento caracterizador del Derecho Social Europeo». Pues bien, es esta tesis conclusiva —aun habiendo entrado recientemente en vigor el Tratado de Lisboa, dotando de pleno valor jurídico a dicha «Carta de Niza»— la que me inquieta, por las razones (y razones de Derecho comparado del Trabajo) que paso a apuntar, breve y seguidamente.

Y es que me parece claro que grandes países de la Unión Europea (e incluso, países más pequeños) no hubiesen dado en absoluto su «ok» al precepto de la «Carta», tan caro a nuestros dos autores, que reconoce como derecho fundamental de solidaridad el del trabajador a su protección frente al despido, si dicha protección tuviese que ser

igual para todo tipo de trabajadores asalariados ordinarios. Es el caso evidente de Alemania (pero también, con matices, igualmente de los de Francia, Italia y Portugal), visto que allí quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido (*Kündigungsschutzgesetz*) de 1951, literalmente, «las empresas y Administraciones en las que, como regla, estén empleados diez o menos trabajadores». En consecuencia, protección frente al despido, sí, pero también protección «desigual» frente a dicho acto de violencia privada, según el tamaño de la empresa que opera el mismo. Lógicamente, no puedo abordar aquí el tema de la protección frente al despido en las pequeñas empresas alemanas, aunque anoto que la clave de dicha protección —que pienso estudiar mucho más a fondo este próximo verano, precisamente en Alemania— parece radicar en conceptos jurídicos indeterminados (que son, asimismo, conceptos jurídicos de siempre) mencionados por el Código Civil alemán. Por eso, animo al eventual lector de este libro de los admirados colegas BAYLOS y PÉREZ REY a fijarse especialmente en lo por ellos escrito —que sólo suscita simpatía— acerca de lo que denominan «despido nulo en fraude de ley» (nosotros aquí, en A Coruña, lo llamaríamos «despido malicioso»), suscribiendo plenamente sus palabras —parece que, pensadas frente a posibles ocurrencias de un legislador sonado o, incluso, totalmente noqueado— de que no quepa «técnicamente descartar la aplicación al despido de una figura tan general como el fraude de ley que, como se sabe, irradia su eficacia a todos los órdenes jurídicos desde el Título Preliminar del CC».

Jesús Martínez Girón

J. PÉLISSIER, A. SUPIOT y A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^a ed. (París, 2008), 1516 págs.

Desde siempre, Francia es un país con una extraordinaria tradición de grandes manuales de Derecho del Trabajo. En esta tradición larga y admirable, se inserta el de los Catedráticos Jean PÉLISSIER (de la Universidad de Toulouse), Alain SUPIOT (de la Universidad de Nantes) y Antoine JEAMMAUD (de la Universidad de Lyon 2), cuya 24^a edición —la que aquí brevemente se reseña— se realizó con la colaboración del también Catedrático Gilles AUZERO (de la Universidad de Burdeos IV). Esta edición del libro reproduce como prólogo la «Advertencia [*Advertissement*]» a la 22^a edición del propio manual, en la que se afirma que «nuestro amigo y nuestro maestro, Gérard Lyon-Caen, que ha imprimido su estilo al compendio de Derecho del Trabajo de la primera a la vigésima edición, nos ha dejado recientemente»; y además, que «nos hemos esforzado en permanecer fieles a las preocupaciones esenciales de este gran jurista: ofrecer una obra al mismo tiempo accesible a los estudiantes y útil a los prácticos, presentar un análisis objetivo del derecho positivo recolocándolo en la evolución de la disciplina y abriendo pistas de reflexión».

Creo honestamente que los autores no engañan, en la «Advertencia» recién citada, cuando afirman su propósito de «ofrecer una obra al mismo tiempo accesible a los estudiantes y útil a los prácticos». En efecto, resulta de utilidad extrema para los estudiantes universitarios —no sólo, lógicamente, alumnos de los autores— a quienes va dirigida, por una serie de razones claras, entre las cuales entresaco las siguientes: 1) la simplicidad de su estructura primordial o básica, articulada alrededor de una «Introducción» y cuatro grandes «Partes» («El marco institucional [*Le cadre institutionnel*]», «La relación de empleo [*Le rapport d'emploi*]», «La relación de trabajo [*Le rapport de travail*]» y «Las relaciones colectivas [*Les relations collectives*]»); 2) la riqueza increíble de las notas a pie de página, en que se formaliza un fenomenal aparato crítico (legal, jurisprudencial y doctrinal), que permite descargar de material el texto de la obra (en principio, lo único que deberían tener que estudiar los estudiantes); y 3) la multiplicidad de índices y anexos con que la propia obra cuenta, colocados tanto al principio («Siglas y abreviaturas [*Sigles et abréviations*]» y «Sitios de Internet [*Sites Internet*]») como al final («Índice alfabético [*Index alphabétique*]» y «Tabla de materias [*Table des matières*]») de la misma. Pero también —recuérdese— resulta de utilidad extrema para los «prácticos», ahora por otra de las razones a que expresamente se alude en la tan citada «Advertencia».

Esta otra razón, aparentemente menos docente y más práctica, pretende que la obra cumpla la finalidad de «presentar un análisis objetivo del derecho positivo recolocándolo en la evolución de la disciplina y abriendo pistas de reflexión». En mi opinión, la prueba más palpable de esta otra preocupación, de la que también se beneficiarán —como es lógico— los estudiantes, se refiere al esfuerzo titánico realizado por los autores para sustituir a todo lo largo y ancho de este clásico manual, tan pedagógico, las referencias al viejo *Code du Travail* de 1973 por las del nuevo (o mejor aún, novísimo) Código de 2008. Francamente, se lee con sumo interés todo cuanto los tres Catedráticos franceses escriben, en el propio manual, acerca de lo que denominan

«La recodificación de 2008 [*La recodification de 2008*]». En este concreto epígrafe, indican que «esta recodificación ha dado lugar a una viva controversia doctrinal, reprochándole ciertos autores estar mal concebido o abrir la vía a regresiones sociales». Sin entrar en este tema, lo que sí me parece evidente es el titanismo del esfuerzo ciclópeo de puesta al día realizado en esta 24ª edición, bastando indicar para probarlo —como afirman los propios autores— que los «1891 artículos agrupados en nueve libros de la versión antigua, han sido sustituidos por ocho partes que comprenden 3652 artículos, obedientes a una numeración con 4 cifras en lugar de las 3 precedentes».

Rosa Mª Rodríguez Martín-Retortillo

M. T. SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, **Giappichelli (Turín, 2004)**, 204 págs.

Nunca es tarde si la dicha es buena, y menos tarde es aún cuanto más intensamente buena es la dicha. En este caso, nuestra dicha viene dada por la oportunidad de jalear la existencia de este libro sobre —éste es su título en castellano— *Derecho del Trabajo deportivo*, publicado en el año 2004. No me importa confesar que pesan sobre mí dicha condicionantes de carácter personal, por tratarse de un libro ligado a la prestigiosa Facultad de Ciencias Motoras de la Universidad de Roma «Foro Itálico» —cuarta de las universidades públicas de la capital italiana—, a través de su autora, por aquel entonces docente en la misma; y prestigiosa por muchas razones, por supuesto las de carácter estrictamente académico —se trata de la única Universidad italiana, tal como reza en su página web en Internet, ubicada en www.uniroma4.it, que se dedica exclusivamente a la actividad motora y del deporte—, pero también razones de otro tipo, como prueba sin más el que en sus instalaciones pudieran ser aplaudidos el pasado año 2009 todos los records batidos —y fueron muchos— en los Campeonatos del Mundo de Natación. No obstante, son condicionantes de carácter profesional los que más decididamente me han animado a fijarme precisamente ahora en este libro, por la razón fundamental de que en él se citan dos de las líneas más primordiales —el Derecho comparado del Trabajo y el Derecho deportivo del Trabajo— que animan hoy, y desde hace ya algunos años, las investigaciones del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, impulsadas por el Profesor Martínez Girón. En las líneas que siguen paso a dar cuenta con brevedad de la estructura y del contenido de este libro.

Ante todo, en él mismo se confiesa que «el trabajo deportivo no encuentra en la doctrina jurídica una elaboración orgánica correspondiente a la relevancia que el fenómeno ha conquistado en la realidad social, aunque no faltan, sobre aspectos particulares, contribuciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales de interés seguro», y por ello, «pretende ofrecer una reconstrucción en conjunto del trabajo deportivo profesional». A los efectos de tal reconstrucción, a continuación de unas «Consideraciones introductorias» —con perfiles claramente contextualizadores— sobre «La dimensión jurídica de la actividad deportiva [*La dimensione giuridica dell'attività sportiva*]», aparece desgranado el contenido del libro en tres grandes partes. La primera —rotulada «El marco jurídico de la actividad deportiva [*La cornice giuridica dell'attività sportiva*]»—, comprende un estudio estático de las fuentes reguladoras, utilizando para ello dos capítulos, respectivamente sobre «Las fuentes del Derecho del Trabajo [*Le fonti del diritto del lavoro*]» y «La Ley núm. 91 de 23 marzo 1981 [*La legge n.91 del 23 marzo 1981*]». La segunda —rotulada «La regulación legal del trabajo deportivo profesional [*La disciplina giuridica del lavoro sportivo professionistico*]»—, constituye el grueso del libro —incluso cuantitativamente, pues ocupa nada más y nada menos que la mitad de sus páginas—, abordando la reconstrucción antes citada con un marcado carácter dinámico, a través de sus cuatro capítulos, respectivamente sobre «El contrato de trabajo deportivo [*Il contratto di lavoro sportivo*]», «La relación de trabajo deportivo [*Il rapporto di lavoro sportivo*]», «Las vicisitudes de la relación de trabajo deportivo [*Le vicende del rapporto di lavoro*»

sportivo]) y «Aspectos de Derecho sindical [*Profili di diritto sindacale*]». Y por último, la tercera parte —rotulada «Las tutelas de seguridad social y jurisdiccionales [*Le tutele previdenziali e giurisdizionali*]»— centra su estudio en dos capítulos sobre «La normativa de seguridad social [*La normativa previdenziale*]» y «La resolución de las controversias [*La risoluzione delle controversie*]».

El papel más protagonista de esta obra tan dichosa, sin duda, lo juega una Ley italiana que se acaba de citar. Me refiero a la Ley núm. 91 de 23 marzo 1981, sobre normas en materia de relaciones entre sociedades y deportistas profesionales —cuyo texto puesto al día, por cierto, tan difícil resulta de encontrar dentro del caos que tan bien caracteriza la legislación italiana y su publicidad—, cuyas disposiciones aparecen estudiadas —estática y dinámicamente, junto a otras normas— a lo largo y ancho de toda la obra. Se trata de una Ley que sorprende desde la perspectiva española, especialmente si comparada con su referente de aquí —esto es, nuestro Real Decreto 1006/1985, de 26 junio—, y por ello, no puedo resistir la tentación de finalizar estas palabras animando vivamente la lectura sosegada de cuanto mi colega Rosa M^a RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO escribe, con pulso firme, en su análisis comparado de estas últimas dos normas italiana y española, y publicado en el volumen —que coordino con ella— titulado *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, que a buen seguro dejará a más de uno con la boca abierta.

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS
[REVIEW OF REVIEWS]

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 227 (2009)

S. BELLOMO, «Crisis económica, medidas de protección contra el desempleo, formas de ayuda al empleo y al empresariado: las medidas del legislador italiano en el periodo 2008-2009» [Traducción de J. GÁRATE CASTRO], págs. 27-41.

Resumen: «El presente artículo ofrece el análisis de una serie de disposiciones promulgadas recientemente en Italia con el objetivo de introducir en particular, un conjunto de novedades en el interior del extremadamente complejo marco legal de las medidas de apoyo a la renta para los trabajadores despedidos o con contrato en suspenso a consecuencia de situaciones de crisis de la empresa.

Los principales puntos de interés de esta producción normativa residen: 1) en la extensión, a través de normas de excepción, del ámbito de aplicación de las prestaciones “privilegiadas” (cassa integrazione guadagni y subsidio de movilidad) inicialmente previstas para quienes realizan su actividad en el sector industrial; 2) en la reorganización de los mecanismos de financiación, con el recurso adicional a los medios económicos procedentes de los fondos europeos de ayuda al desarrollo; 3) en las nuevas formas de apoyo a la renta para los trabajadores autónomos económicamente dependientes; 4) en el intento de potenciar las acciones desarrolladas con la participación de los entes bilaterales y los fondos para la formación y la recalificación instituidos por la negociación colectiva».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 228 (2009)

A. J. MOREIRA y J. GÁRATE CASTRO, «Las recientes medidas laborales anticrisis en Portugal» [Traducción de Y. MANEIRO VÁZQUEZ y J. GÁRATE CASTRO], págs. 14-21.

Resumen: «Como en otros países, la profunda crisis global que sacude la economía mundial ha repercutido con fuerza en el mercado de trabajo portugués e implicado un aumento del desempleo. Para corregir los efectos negativos de tal repercusión se han adoptado, a lo largo de 2009, diversas disposiciones legales que actúan, de modo principal (no exclusivo), en el ámbito de las medidas activas de empleo y pretenden la mejora de los niveles de empleabilidad y la facilitación de la reinserción en el mercado de trabajo. Se trata de disposiciones cuya adopción guarda conexión con la aprobación, en diciembre de 2008, de la “Iniciativa para o investimento e o emprego”, destinada a reducir los efectos de la crisis, en particular sobre el empleo, y a permitir el relanzamiento de la economía portuguesa. El artículo al que corresponde este resumen ilustra al lector sobre las medidas laborales “anticrisis” introducidas por esas y otras disposiciones y, al tiempo, le permite contar con un interesante punto de referencia para valorar, en términos comparativos, la actuación en España, en igual campo, de los poderes públicos».

- *TRIBUNA SOCIAL*, NÚM. 230 (2010)

H. BRECHT-HEITZMANN, «Medidas jurídicas laborales y de Seguridad Social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [Traducción de J. MARTÍNEZ GIRÓN], págs. 13-21.

Resumen: «Este trabajo analiza los dos grandes tipos de medidas, laborales y de Seguridad Social, adoptadas en Alemania para hacer frente al impacto de la crisis económica global. De un lado, las medidas estatales encarnadas en los denominados “paquetes de coyuntura” I y II, respectivamente de los años 2008 y 2009. De otro lado, las medidas empresariales focalizadas, a su vez, en el aprovechamiento de la jornada reducida y en la flexibilización de las condiciones de trabajo».

Rosa Mª Rodríguez Martín-Retortillo

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

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

Crónica del «III Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, sobre “La eficacia de los convenios colectivos en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica”»

[CHRONICLE OF THE «IIIRD INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE EFFICACY OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»]

Los días 28 y 29 mayo 2009 se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, el III Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, sobre «La eficacia de los convenios colectivos en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica», organizado por la Consellería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia, la Universidad de A Coruña, el Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, y auspiciado por el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. El Excmo. Sr. D. Germán Prieto-Puga Somoza, Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, fue el encargado de impartir la conferencia inaugural, destacando la trascendencia que tiene la celebración de Congresos con una temática como la tratada en éste, de gran actualidad y repercusión en todos los sectores de la sociedad. Asimismo, elogió la calidad de los ponentes intervinientes en el Congreso, quienes con sus aportaciones contribuirían a clarificar el estado de la cuestión tratada en él, en España, Europa y los Estados Unidos de Norteamérica; y todo ello, ante un público integrado mayoritariamente por estudiantes del cuarto curso de la Licenciatura en Derecho.

Al igual que sucedió en la edición anterior, este III Congreso tuvo lugar en jornadas vespertinas, lo que hizo más cómoda la asistencia al mismo por parte de los estudiantes y de los propios ponentes. La primera de las jornadas —el día 28 mayo, recuérdese— tuvo como protagonistas a los tres Maestros extranjeros, que con una claridad y un rigor insuperables, proporcionaron a los asistentes su visión especializada del tema objeto del Congreso. La tarde comenzó con la ponencia plenaria del Prof. Dr. Ulrich Zachert (Magistrado del Tribunal Federal de Trabajo alemán y Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo), que trató el tema de «La eficacia de los convenios colectivos en Alemania». La segunda ponencia plenaria correspondió al Prof. Dr. António Monteiro Fernandes (Catedrático de Derecho del Trabajo del ISCTE de Lisboa), que versó sobre «La eficacia de los convenios colectivos en Portugal». Y la tercera, a cargo del Prof. Dr. Luca Nogler (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento), relativa a «La eficacia de los convenios colectivos en Italia».

Pues bien, una vez expuesta la visión del tema desde un punto de vista estrictamente europeo, en la segunda jornada —al día siguiente, 29 mayo— la cuestión fue abordada desde más flancos, contando al respecto, además, con aportaciones muy interesantes en forma de comunicación. Así, en la cuarta ponencia plenaria del Congreso, Luis F. de Castro Mejuto (Doctor en Derecho y Magistrado de la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia) trató la cuestión de «La eficacia de los convenios colectivos en España». Tras su intervención, se expusieron cuatro comunicaciones académicas (cfr. Anexo I), desarrolladas por el Prof. Jesús Vázquez Forno («¿Qué eficacia tiene el primer acuerdo de interés profesional, aplicable a trabajadores autónomos económicamente dependientes, firmado en España?»), por Lara Munín Sánchez, investigadora de nuestra Área de Conocimiento («¿Cómo localizar gratuitamente y desde casa, a través de Internet, convenios colectivos franceses?»); por el Prof. Ricardo López Mosteiro («El impacto de la eficacia del convenio colectivo sobre la competencia territorial de los Tribunales Laborales españoles»), y por Iván Vizcaino Ramos, asimismo investigador de nuestra Área de Conocimiento («¿Qué eficacia tiene el convenio colectivo regulador en España del Fútbol Sala?»). A continuación, la quinta ponencia plenaria corrió a cargo del Prof. Dr. Jesús Martínez Girón (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), que trató sobre la «Tipología y eficacia de los acuerdos marco negociados entre la comisión europea y las organizaciones sindicales y profesionales representativas de su personal», después de la cual la que suscribe expuso una comunicación (cfr., también, Anexo I) titulada «¿Qué eficacia tiene el convenio colectivo celebrado entre el empresario y un sindicato amarillo?». La última ponencia plenaria de este Congreso correspondió al Prof. Dr. Alberto Arufe Varela (Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de A Coruña y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social), sobre el tema de «La eficacia de los convenios colectivos en los Estados Unidos de Norteamérica».

Como broche de oro de este Congreso, se reservó un apartado especial para las comunicaciones de los estudiantes de cuarto curso de la Licenciatura en Derecho —el propio 29 mayo—, quienes profundizaron en el tema de la posibilidad de consultar, gratis y desde casa, convenios colectivos de diferentes países a través de Internet. Pues bien, las comunicaciones de los estudiantes (cfr. Anexo II) fueron las tres siguientes: «¿Es posible encontrar gratis y desde casa convenios colectivos italianos a través de Internet?», expuesta por Mariana Laura Bókser García, Aarón González Pérez y Brizzia Paola Ibárgüens Romero (portavoces del grupo de la mañana, 1); «¿Es posible encontrar gratis y desde casa convenios colectivos norteamericanos a través de Internet?», desarrollada por Tania Fulgueiras Blanco, José Luís González Puente y Cristina Otero Rico (portavoces del grupo de la tarde); y «¿Es posible encontrar gratis y desde casa convenios colectivos británicos a través de Internet?», realizada por Verónica Abelaira Riveiro, Nadia María Fernández Freitas, Isabel Galán Patiño y Francisco de Asís Pérez Aragón (portavoces del grupo de la mañana, 2). Después de estas excelentes intervenciones, que recibieron, como es lógico, grandes aplausos por parte de los asistentes y de los propios ponentes de este III Congreso, se dio paso al acto de clausura del mismo.

Ya a última hora de la tarde del propio 29 mayo, a las 21:00, el Prof. Dr. Alberto Arufe Varela y D. Andrés Hermida Trastoy, Director General de promoción del Empleo de la Consellería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia, se encargaron de clausurar este III Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo. En el acto, se puso de manifiesto la importancia de las valiosas y muy interesantes aportaciones realizadas a lo largo de las dos jornadas vespertinas, distribuidas en torno a ponencias,

debates y comunicaciones, lo que posibilitó la interacción de los estudiantes con los profesores e investigadores intervinientes. Asimismo, se agradeció toda la colaboración y financiación recibida de las entidades colaboradoras (la Consellería de Trabajo y Bienestar de la Xunta de Galicia, la Universidad de A Coruña y el Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense), a las que se debe que este Congreso llegase a buen puerto, quedando emplazados los asistentes a la celebración del IV Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, auspiciado por la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, para el próximo año 2010.

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

ANEXO I PRIMERA COMUNICACIÓN

¿QUÉ EFICACIA TIENE EL PRIMER ACUERDO DE INTERÉS PROFESIONAL, APLICABLE A TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES, FIRMADO EN ESPAÑA?

Jesús Vázquez Forno
29 mayo 2009

1. Ante todo, quizá convenga explicar que un «**acuerdo de interés profesional**» es —teóricamente— un **convenio colectivo aplicable a trabajadores autónomos económicamente dependientes**. Estos trabajadores son un híbrido entre el tradicional trabajador asalariado, sujeto a un contrato de trabajo, y el tradicional trabajador autónomo o trabajador independiente, que presta servicios en virtud de contratos civiles o mercantiles. Pues bien, la posibilidad de que estos trabajadores híbridos tengan reguladas sus condiciones en algo similar a los convenios colectivos la prevé la Ley del año 2007, que procedió a regular en España el Estatuto del Trabajo Autónomo; y más concretamente, la prevé en su artículo 13, que es donde aparecen regulados los «acuerdos de interés profesional», teóricamente equivalentes —repito y recuérdese— a los convenios colectivos.

2. Usando de esta posibilidad legal, **la empresa Panrico** —que es una empresa que sale mucho en la tele, y que se dedica a la producción y comercialización de bollería industrial, como los donuts— **firmó** en Madrid, en la sede del Ministerio de Trabajo, hace poco más de un mes (exactamente **el día 14 de abril de este mismo año 2009**), **con los sindicatos Unión General de Trabajadores, Comisiones Obreras y la Asociación de Trabajadores Autónomos** (en acrónimo, ATA) el que es, con seguridad, **el primer acuerdo de interés profesional de ámbito estatal celebrado en España**. Acerca de su importancia, sólo apuntaré un dato. Este dato es el de que este acuerdo de interés profesional afecta nada más y nada menos que a 3.000 transportistas autónomos económicamente dependientes de la empresa Panrico.

3. **¿Qué implica este acuerdo colectivo para toda esta masa de trabajadores autónomos económicamente dependientes de Panrico?** Pues bien, según lo que se ha firmado en este acuerdo, implica **que los transportistas autónomos económicamente dependientes trabajan «de lunes a sábado»**, que tendrán quince días de vacaciones en verano y otros quince en invierno, **y que Panrico les paga** lo que este acuerdo llama «prima fija mensual» (que cubre combustible, seguros y, aunque parezca increíble, también la seguridad social como autónomos), más dos primas más fijas al año, más comisiones en función de objetivos (con un máximo de 300 euros

brutos al mes), y luego unas tarifas diarias en función de las rutas. He hecho cálculos, y vienen a salir **unos 2.200 euros brutos al mes**, con los que el transportista tiene que pagar, repito, combustible, reparaciones, seguros, seguridad social, su manutención y la de su familia, eso sí, trabajando de lunes a sábado.

4. Y ahora viene, tras todo este telón de fondo, el tema de **la eficacia de este «acuerdo de interés profesional»**. En realidad, no hay que elucubrar demasiado, pues tiene la eficacia que le asigna el artículo 13 de la Ley del año 2007, a que antes hice referencia. Según este precepto, **tiene «eficacia limitada»**; y afinando un poco más, diría que su eficacia normativa es **tan limitada que resulta igual a «cero»**, puesto que la Ley exige que el transportista autónomo económicamente dependiente no sólo esté afiliado a algún sujeto pactante, sino también que se adhiera expresamente al acuerdo.

5. Les **animo**, si quieren saber más sobre este acuerdo, **a leer su texto a través de Internet**, entrando en el sitio web del sindicato Unión General de Trabajadores, ubicado en www.ugt.es.

ANEXO I SEGUNDA COMUNICACIÓN

¿CÓMO LOCALIZAR GRATUITAMENTE Y DESDE CASA, A TRAVÉS DE INTERNET, CONVENIOS COLECTIVOS FRANCESES?

Lara Munín Sánchez
A Coruña
29 mayo 2009

1. En Francia, existe un servicio público gubernamental, localizado en Internet en www.legifrance.gouv.fr ...

... allowing to find all kind of French legal sources, including French collective bargaining agreements.

2. Una vez situados en ese sitio de Internet, yendo a «Droit français» ...

... you can see the link «Les conventions collectives», that is, the French term equivalent to collective bargaining agreements.

3. Usando este enlace, hay dos posibilidades distintas para localizar el texto de convenios colectivos vigentes en Francia, a saber ...

... firstly, the alphabetical list of French collective bargaining agreements (beginning with «actors» and ending with «charity hospitals»); secondly, the mecanism of single search which opens, in its turn, three other additional searching possibilities ...

ANEXO I TERCERA COMUNICACIÓN

EL IMPACTO DE LA EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO SOBRE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES LABORALES ESPAÑOLES

Ricardo López Mosteiro
29 mayo 2009

1. **En materia de Derecho colectivo del Trabajo** —que es donde se incardina el tema de la eficacia del convenio colectivo—, **intervienen en España tres tipos distintos de tribunales laborales**, que son los Juzgados de lo Social (de los que hay uno, en principio, en cada capital de provincia), las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (de las que también hay una, en principio, en cada Comunidad Autónoma) y, por último, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que tiene su sede —al igual que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— en la capital de España, que es —como casi todo el mundo sabe— la «villa» de Madrid.

2. Siempre en materia de Derecho colectivo del Trabajo, estos tres tipos distintos de tribunales laborales tienen repartidas sus competencias de acuerdo con sus respectivas circunscripciones territoriales, teniendo en cuenta que en procesos de Derecho colectivo del Trabajo la competencia de un **Juzgado de lo Social** nunca rebasa la **provincia** donde está radicado, la competencia de la **Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia** entra en juego cuando la provincia queda rebasada sin salir del territorio de la **Comunidad Autónoma** donde esta asentado y, por último, la competencia de la **Sala de lo Social de la Audiencia Nacional** entra en juego **cuando queda rebasado el territorio de una Comunidad Autónoma**.

3. Pues bien, sobre esta base, **nuestra vigente Ley de Procedimiento Laboral de 1995** —que es la norma reguladora, en detalle, de la competencia de nuestros tribunales laborales— **distribuye la competencia** de estos últimos (recuérdese, Juzgados de lo Social, Salas de lo Social autonómicas y Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), **en aquellos procesos en los que está frontalmente implicada la eficacia de un convenio colectivo, de acuerdo con dos criterios**.

4. **El primero se refiere al ámbito de aplicación territorial de un convenio colectivo que se impugna**. Lógicamente, juega cuando el proceso trata precisamente de la impugnación judicial de dicho convenio colectivo. Por eso, si lo que se impugna es un convenio colectivo **de ámbito provincial**, el tribunal territorialmente competente será un **Juzgado de lo Social**; si se impugna un convenio colectivo de ámbito interprovincial o **de ámbito autonómico**, el tribunal territorialmente competente será la **Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia** actuante en dicho territorio; y si lo que

se impugna es un convenio colectivo territorialmente aplicable **en toda España**, el Tribunal que conocerá del proceso relativo a su impugnación es la **Sala de lo Social de la Audiencia Nacional**.

5. El segundo se refiere al concreto ámbito territorial donde produce sus efectos el convenio colectivo interpretado y aplicado —ámbito que puede ser mucho más reducido que el propio ámbito territorial de aplicación de dicho convenio colectivo—, de manera que si un convenio colectivo sectorial estatal plantea problemas interpretativos en una empresa concreta radicada en una provincia concreta, entonces el tribunal laboral territorialmente competente será el **Juzgado de lo Social** actuante en dicha provincia; y así sucesivamente con las **Salas de lo Social autonómicas** y la **Sala de lo Social de la Audiencia Nacional**.

ANEXO I CUARTA COMUNICACIÓN

¿QUÉ EFICACIA TIENE EL CONVENIO COLECTIVO REGULADOR EN ESPAÑA DEL FÚTBOL SALA?

Iván Vizcaino Ramos
A Coruña
29 mayo 2009

1. En España, hay seis convenios colectivos reguladores de otros tantos deportes profesionales, que son el fútbol, el baloncesto masculino, el baloncesto femenino, el balonmano, el ciclismo ...

... and also the collective bargaining agreement for Futsal (Indoor Football), a football's speciality which is very popular in Portugal, in Italy, in Germany and so on.

2. El convenio colectivo vigente del fútbol sala, a diferencia de los otros cinco convenios colectivos citados, no se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado ...

... although it can be found in the website of the «Asociación de Jugadores de Fútbol Sala» (located at www.ajfs.org), that is, the union celebrating it with the National Futsal League (located at www.lnfs.es).

3. A pesar de no haberse publicado en el Boletín Oficial del Estado, este convenio colectivo tiene eficacia normativa «limitada», como cualquier convenio colectivo «extraestatutario» usual ...

... since it covers all the futsal players who are members of the «Asociación de Jugadores de Fútbol Sala».

ANEXO I QUINTA COMUNICACIÓN

¿QUÉ EFICACIA TIENE EL CONVENIO COLECTIVO CELEBRADO ENTRE EL EMPRESARIO Y UN SINDICATO «AMARILLO»?

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

A Coruña

29 mayo 2009

1. La expresión «sindicato “amarillo”», en España, tiene un carácter plenamente jurídico ...

... since it is used by our labor case law, and namely, by the Social Chambers of our Superior Courts of Justice.

2. «Sindicato “amarillo”» ...

... means a trade union that is controlled and financed by the employer. Normally, such a union is a companywide one.

3. Por ello, un convenio colectivo celebrado entre el empresario y un «sindicato “amarillo”» ...

... has neither contractual nor normative efficacy since such a kind of collective agreement is void and nul, because of the illegitimacy of the contracting party on the side of the employees.

ANEXO II PRIMERA COMUNICACIÓN

¿ES POSIBLE ENCONTRAR GRATIS Y DESDE CASA CONVENIOS COLECTIVOS ITALIANOS A TRAVÉS DE INTERNET?

Mariana Laura Bokser García
Aarón González Pérez
Brizzia Paola Ibárgüens Romero
(estudiantes de cuarto curso de la Licenciatura,
portavoces del Grupo de la mañana, I)
29 mayo 2009

1. Como se sabe, en España los convenios colectivos se publican en periódicos oficiales (el Boletín Oficial del Estado, los Diarios Oficiales autonómicos, los Boletines Oficiales provinciales). En cambio, ...

in Italy, the collective bargaining agreements are not published in official journals.

2. Sin embargo, en Italia existe la obligación legal de depositar los convenios colectivos en un organismo estatal ...

named Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL). Its site in Internet appears in www.cnel.it.

3. A través de este sitio podemos acceder gratis y desde casa a todo tipo de productos de la autonomía colectiva, como ...

agreements between Government and social partners, interconfederal collective bargaining agreements, national collective bargaining agreements, collective bargaining agreements with a smaller scope, etc., being either in force or not, because this file does not destroy the agreements stored in it.

ANEXO II SEGUNDA COMUNICACIÓN

¿ES POSIBLE ENCONTRAR GRATIS Y DESDE CASA CONVENIOS COLECTIVOS NORTEAMERICANOS A TRAVÉS DE INTERNET?

Tania Fulgueiras Blanco
José Luis González Puente
Cristina Otero Rico
(estudiantes de cuarto curso de la Licenciatura,
portavoces del Grupo de la tarde)
29 mayo 2009

1. En principio, sí, porque el modelo norteamericano de localización de convenios colectivos a través de Internet es un modelo prácticamente idéntico al modelo publicista italiano. En efecto, la sección 181(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos obliga a crear un registro público de convenios colectivos, que depende del Ministerio Federal de Trabajo ...

... and located in the Internet in www.dol.gov/esa/olms/regs/compliance/cba/index.htm.

2. Una vez que entramos en este sitio, nos encontramos dos listados de convenios colectivos, ordenados alfabéticamente, que distinguen convenios colectivos del sector privado y del sector público. Una vez que entramos en estos listados, nos encontramos ...

... only with company collective bargaining agreements, excluding the railroads and airlines ones, covering 1.000 or more workers.

3. Por eso, el modelo norteamericano sólo coincide con el modelo italiano “en principio”. Si queremos localizar gratis y desde casa más convenios colectivos norteamericanos *on line* ...

... it is necessary to visit other private on line files of collective bargaining agreements, as for example the one of the Institute for Research on Labor and Employment (IRLE), University of California, Campus of Berkeley, placed on the Internet website www.irl.berkeley.edu/library/index.php?page=3.

ANEXO II TERCERA COMUNICACIÓN

¿ES POSIBLE ENCONTRAR GRATIS Y DESDE CASA CONVENIOS COLECTIVOS BRITÁNICOS A TRAVÉS DE INTERNET?

Verónica Abelaira Riveiro
Nadia María Fernández Freitas
Isabel Galán Patiño
Francisco de Asís Pérez Aragón
(estudiantes de cuarto curso de la Licenciatura,
portavoces del Grupo de la mañana, 2)
29 mayo 2009

1. Si y no, o si pero, o no todos pero si algunos ...

... because the British model of publicity for collective bargaining agreements is not, unlike the Italian model, a publicist model, but ...

2. ... un modelo secretista.

Let's prove it getting into the Labour Research Department (LRD) website, placed in www.lrd.org.uk.

3. Si se entra en este sitio de Internet, se afirma literalmente que se trata de una “organización independiente de investigación que publica noticias e información para sindicalistas. Alrededor de 2.000 organizaciones sindicales están afiliadas, representando más del 99% del total de los miembros del TUC [Congreso de los Sindicatos Británicos]”, pero ...

... the outsiders just can use freely and from home a little part of the collective bargaining agreements stored in this website. Finding this part requires to follow some instructions ...

4. ... muy sencillas. Pon como nombre de usuario “guest”, y pon como contraseña también “guest”. Si haces esto, lo que sale es ...

... only the information relating to the collective bargaining agreements beginning with “A”, containing a schedule of labour and employment conditions ruled by the corresponding collective bargaining agreement. To watch the remaining collective bargaining agreements (the collective bargaining agreements beginning with “B”, “C”, and so on to “Z”), let us remind you, it is necessary to be a “true guest”. And hence “yes and not, or yes but, or not all but some...”.

COEDICIÓN DE LIBROS*[COEDITION OF BOOKS]*

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

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

— J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), 94 págs. ISBN: 978-84-9745-432-2.

PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN

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

— Ponencia de A. ARUFE VARELA sobre «La eficacia de los convenios colectivos en los Estados Unidos de Norteamérica», en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo: «La eficacia de los convenios colectivos en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica»; A Coruña, 28 y 29 mayo 2009; Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de A Coruña, Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia y Colegio de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense.

— Comunicación de A. ARUFE VARELA sobre «The practice of the Spanish Ministry of Labor before a possible bankruptcy of a Spanish Mutua», en la 2009 Conference of the European Institute for Social Security («Public-Private Partnerships in Social Security»); Atenas, 1 y 2 octubre 2009; European Institute of Social Security.

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «Tipología y eficacia de los acuerdo marco negociados entre la comisión europea y las organizaciones sindicales y profesionales representativas de su personal», en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo: «La eficacia de los convenios colectivos en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica»; A Coruña, 28 y 29 de mayo 2009; Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de A Coruña, Consellería de Trabajo e Benestar de la Xunta de Galicia y Colegio de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense.

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «The role of Spanish Mutuas as an example of public private partnership», en la 2009 Conference of the European Institute for Social Security («Public-Private Partnerships in Social Security»); Atenas, 1 y 2 octubre 2009; European Institute of Social Security.

