

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen IV
Año 2012



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

ACDCT

Suscripciones

jmg@udc.es

titof@udc.es

PRECIOS

España: 25,00 euros
Europa y América: 31,00 euros
(IVA no incluido)

Un número al año

SALUDA

La Diputación Provincial de A Coruña, institución secular creada en 1836 —que tanto me honra presidir—, al amparo de sus competencias reconocidas por la Constitución española, por el Estatuto de Autonomía de Galicia y por la legislación española y gallega de régimen local, en materia de fomento de los intereses peculiares de la provincia (y especialmente, sobre temas de educación y cultura), se complace en publicar este volumen del Anuario del Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, con la esperanza de que todas las aportaciones científicas contenidas en el mismo, y procedentes de España, Portugal, Italia, Austria, Alemania y México, contribuyan a arrojar luz sobre la solución de los graves problemas de empleo que padecemos actualmente en España.

Diego Calvo Pouso

Presidente de la Diputación Provincial de A Coruña

SALUTATION

The Provincial Council of A Coruña, a centenary institution created in 1836 —I am so honored to preside—, under its jurisdiction recognized by the Spanish Constitution, by the Autonomy Statute of Galicia, and by the Spanish and Galician legislation on local regime, about promotion of the peculiar interests of the province (and specially, on matters of education and culture), is very pleased in publishing this volume of the Yearbook of the Research Institute of the Corunnean Association of Comparative Labor and Social Security Law, hoping that the whole scientific papers contained in it, and coming from Spain, Portugal, Italia, Austria, Germany, and Mexico, make a contribution to shed light on the solution of the serious unemployment problems we are nowadays suffering in Spain.

Diego Calvo Pouso

President of the Provincial Council of A Coruña

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen IV
Año 2012



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

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

ACDCT aparece indexado en los siguientes índices, catálogos y bases de datos:

- DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas). Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).
- Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma de México.

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal:

Imprime: Diputación Provincial de A Coruña, Alférez Provisional nº 2, 15006 A Coruña

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. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde

Antigua 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. Joaquín García Murcia

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

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

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

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

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado 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.

Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Prof. Dr. Dr. h.c. Luis E. de la Villa Gil

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma 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, 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.

3º.- 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 hasta febrero 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 [<i>CONTRIBUTORS INDEX</i>]	11
---	----

I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

- LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE RIESGOS COMUNES EN EL DERECHO ALEMÁN. UN ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL [*THE TEMPORARY DISABILITY DERIVING FROM COMMON RISKS IN THE GERMAN LAW. A COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW*] **Alberto Arufe Varela** 15
- UNA NUEVA VALORACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PLAZOS PRECLUSIVOS DE DOS FASES EN EL DERECHO ALEMÁN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA [*A NEW LEGAL CONSTITUTIONAL ASSESMENT OF THE TWO-STEPS LIMITATION PERIODS IN THE GERMAN COLLECTIVE BARGAINING LAW*] **Holger Brecht-Heitzmann**..... 39
- EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL FEDERAL NORTEAMERICANO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR DE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMPARÁNDOLA CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y SU TRADUCCIÓN CASTELLANA [*THE AMERICAN FEDERAL MINIMUM WAGE. A STUDY IN CONTEXT OF THE UNITED STATES CODE, SECTION 206 OF TITLE 29, IN COMPARISON WITH THE SPANISH LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION*] **Álvaro Díaz del Río Lago** 51
- LA AUDITORÍA SOCIAL EN ALEMANIA [*SOCIAL AUDIT IN GERMANY*] **Maximilian Fuchs** 69
- LA PRIMERA LEY LABORAL DEL PRESIDENTE BARACK H. OBAMA. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO

CON EL DERECHO ESPAÑOL DE <i>LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT</i> DE 2009, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA [<i>THE FIRST EMPLOYMENT ACT BY PRESIDENT BARACK H. OBAMA. AN IN CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW OF THE LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT OF 2009, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION</i>] Estefanía García Beiro	85
▪ EL CONTRATO DE TRABAJO POR EQUIPO EN MÉXICO. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO HISPANOAMERICANO [<i>THE TEAM CONTRACT OF EMPLOYMENT IN MEXICO. A HISPANIC-AMERICAN COMPARATIVE LAW STUDY</i>] María Aurora Lacavex Berumen, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros	103
▪ LA NUEVA LEGISLACIÓN PORTUGUESA REGULADORA DEL TRABAJO A DOMICILIO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADO Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DE LA LEY NÚM. 101/2009, Y TRADUCCIÓN AL CASTELLANO [<i>THE NEW PORTUGUESE LEGISLATION RULING THE HOME WORK. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT WITH THE SPANISH LAW OF THE ACT No. 101/2009, AND ITS TRANSLATION INTO CASTILIAN</i>] María Luz López Rodríguez	125
▪ AUDITORÍAS SOCIALES EN AUSTRIA [<i>SOCIAL AUDITS IN AUSTRIA</i>] Günther Löschnigg, Nora Melzer-Azodanloo y Wolfgang Schleifer	147
▪ LA JUDICIALIZACIÓN EN 2011 DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE «CAMELO, S.A.». ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO [<i>THE JUDICIALIZATION IN 2011 OF THE «CAMELO, S.A.»'S REDUNDANCY ADMINISTRATIVE PROCEEDING. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT</i>] Rafael Martínez Fernández	165
▪ LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL DEPORTE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, EUROPEO Y NORTEAMERICANO, SOBRE LOS AGENTES DEPORTIVOS [<i>LABOR INTERMEDIATION IN SPORTS. A EUROPEAN AND AMERICAN COMPARATIVE STUDY ABOUT SPORTS AGENTS</i>] Jesús Martínez Girón	175
▪ LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PORTUGUÉS DEL TRABAJO [<i>THE SIZE OF AN ENTERPRISE IN THE PORTUGUESE LABOR LAW</i>] Catarina de Oliveira Carvalho	191

- LA AUDITORÍA LABORAL EN EL DERECHO ITALIANO [*THE SOCIAL AUDIT IN ITALIAN LAW*] **Orsola Razzolini** 199

II.A. RECENSIONES DE LIBROS [*BOOK REVIEW*]

- E. McDONAGH y L. PAPPANO, *Playing with the boys. Why separate is not equal in sports*, Oxford University Press (New York, 2008), 349 pgs. **Alberto Arufe Varela**..... 217
- E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Tecnos (Madrid, 2011), 428 pgs. **Jesús Martínez Girón**..... 221
- J. CABEZA PEREIRO y Mª.A. BALLESTER PASTOR, *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2010), 201 pgs. **Rosa Mª. Rodríguez Martín-Retortillo** 225
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Editora), *Migrants and Social Security. The (EC) Regulations 883/2004&987/2009*, Ed. Laborum (Murcia, 2010), 201 pgs. **Iván Vizcaíno Ramos**..... 227

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

- *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2011), núm. 10 (2011), núm. 11 (2011), núm. 13 (2011), núm. 17 (2011) y núm. 19 (2011), **Iván Vizcaíno Ramos** 231
- *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), **Rosa Mª. Rodríguez Martín-Retortillo** 232

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 «V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES, EN

EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA”» [<i>CHRONICLE OF THE «VTH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “ECONOMICALLY DEPENDENT SELF-EMPLOYED, IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»</i>]	237
▪ CRÓNICA DEL «VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA AUDITORÍA LABORAL EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”» [<i>CHRONICLE OF THE «VITH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “LABOR AUDIT IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»</i>]	241
▪ COEDICIÓN DE LIBROS [<i>COEDITION OF BOOKS</i>]	245
▪ PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN [<i>PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION</i>]	247

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

Doctor Holger Brecht-Heitzmann

Profesor de la Escuela Técnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Mecklemburgo-Pomerania Occidental, República Federal de Alemania)

Álvaro Díaz del Río Lago

Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de A Coruña

Profesor Doctor Maximilian Fuchs

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt (República Federal de Alemania)

Estefanía García Beiro

Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de A Coruña

Profesora Doctora María Aurora Lacavex Berumen

Profesora del Cuerpo Académico «Estudios Jurídicos» de la Facultad de Derecho, Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

María Luz López Rodríguez

Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de A Coruña

Profesor Doctor Günther Löschnigg

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Rafael Martínez Fernández

Licenciado en Derecho y Diplomado en Estudios Avanzados. Jefe de Recursos Humanos de la empresa multinacional Caramelo, S.A.

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

Doctora Nora Melzer-Azodanloo

Profesora adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Profesora Doctora Catarina de Oliveira Carvalho

Profesora auxiliar de la Facultad de Derecho de Oporto, de la Universidad Católica Portuguesa (Portugal)

Doctora Orsola Razzolini

Profesora encargada de investigación de Derecho del Trabajo en la Universidad de Verona (Italia)

Profesor Doctor Jesús Rodríguez Cebreros

Profesora del Cuerpo Académico «Estudios Jurídicos» de la Facultad de Derecho, Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

Rosa M^a. Rodríguez Martín-Retortillo

Licenciada, Graduada en Derecho y Diplomada en Estudios Avanzados. Profesora contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

Wolfgang Schleifer

Doctor adscrito al Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Profesora Doctora Yolanda Sosa y Silva García

Profesora del Cuerpo Académico «Estudios Jurídicos» de la Facultad de Derecho, Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (México)

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor de Derecho Sindical de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, centro adscrito de la Universidad de A Coruña

ESTUDIOS

[RESEARCHES]

**LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE RIESGOS COMUNES
EN EL DERECHO ALEMÁN. UN ESTUDIO COMPARADO CON EL
DERECHO ESPAÑOL**

[*THE TEMPORARY DISABILITY DERIVING FROM COMMON RISKS IN THE
GERMAN LAW. A COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW*]

Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2011

Sumario: I. LA PRESTACIÓN.- II. EL REEMBOLSO A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS.- III. LA COTIZACIÓN POR PEQUEÑAS, MEDIANAS Y GRANDES EMPRESAS. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. THE BENEFIT.- II. THE REFUND TO SMALL-SIZE ENTERPRISES.- III. THE CONTRIBUTION BY SMALL-, MIDDLE- AND BIG-SIZE ENTERPRISES. DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: La incapacidad temporal derivada de riesgos comunes es un tema de Seguridad Social que preocupa mucho en España, por causa de la existencia en nuestro país de un fraude y una picaresca generalizados, vinculados a ella. En Alemania, en cambio, es un asunto de Derecho del Trabajo, que posee una regulación relativamente sencilla y estable, basada en la previsión de que todos los implicados (empresarios, trabajadores, médicos) cumplen espontáneamente sus obligaciones legales. Este trabajo analiza, además, los «patrimonios separados» alemanes, que amortiguan el coste que supone para el pequeño empresario alemán tener que hacer frente a los pagos que legalmente está obligado a realizar, cuando un trabajador suyo deviene temporalmente incapaz por causa de riesgos no laborales (y en especial, por enfermedad común).

Abstract: The temporary disability deriving from common risks is a Social Security matter we are very concerned about in Spain, because of the existence in our country of a widespread fraud and picaresque, linked to it. In Germany, on the contrary, it is a Labor Law matter, having a regulation relatively simple and stable, based upon the forecast relating to that all the people involved (employers, employees, doctors) spontaneously fulfil their legal duties. Moreover, this paper analyzes the German «separate trusts», which absorb the cost for the German small-size employer concerning the payments

they must do, when an employee of him becomes temporary disabled because of non-occupational risks (and specially, because of a common disease).

Palabras clave: Incapacidad temporal — Riesgos comunes — Alemania — Derecho comparado del Trabajo — Derecho comparado de la Seguridad Social.

Keywords: *Temporary disability — Common risks — Germany — Comparative Labor Law — Comparative Social Security Law.*

* * *

I. LA PRESTACIÓN

1. Como es sabido, la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes es un asunto de seguridad social, en España, aunque también tiene sus flecos laborales, puesto que —por poner sólo un ejemplo— la suspensión del contrato de trabajo cuando acaece dicha contingencia aparece regulada no en la Ley General de Seguridad Social de 1994, sino en el Estatuto de los Trabajadores de 1995¹. En Alemania, en cambio, la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes es un asunto laboral, regulado en la «Ley sobre el pago del salario en días festivos y en caso de enfermedad (Ley de continuación del pago del salario) [*Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)*]», o EntgFG, de 26 mayo 1994², que he considerado que ha valido la pena traducir íntegramente al castellano³. Siempre en Alemania, este asunto laboral cuenta también con sus propios flecos de seguridad social, que no son en absoluto flecos deshilachados, puesto que el legislador alemán optó en su día por regularlos ordenadamente en una sola norma de Seguridad Social —con la particularidad, eso sí, de que esta norma no aparece recogida en el contenido del Código alemán de Seguridad Social⁴—, que es la «Ley sobre la compensación de los gastos empresariales por la continuación del pago del salario (Ley de compensación de gastos) [*Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz)*]», o AAG, de 22 diciembre 2005, que consideré igualmente que valía la pena traducir en su integridad a la lengua castellana⁵.

2. Sobre la base de que la palabra alemana «*Krankheit*» (literalmente «enfermedad», pero común, por oposición a la «enfermedad profesional [*Berufskrankheit*]») equivale a lo que en España denominamos genéricamente «riesgos comunes» (y con inclusión, por tanto, del accidente no laboral), el núcleo

¹ Sobre la suspensión del contrato, críticamente, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, Netbiblo (A Coruña, 2011), págs. 113 y ss.

² El mejor comentario de autoridad a la misma es, lógicamente, R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., Beck (Múnich, 2009), págs. 1814 y ss.

³ Véase *infra*, Apéndice documental.

⁴ Sobre este Código, véase A. ARUFE VARELA, «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008), págs. 121 y ss.; y A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), págs. 197 y ss.

⁵ Véase *infra*, Apéndice documental.

de la Ley laboral alemana reguladora de la «incapacidad laboral derivada de enfermedad [*Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit*]» es el régimen jurídico de la cantidad de dinero a percibir por el trabajador en dicho caso⁶. Esa cantidad de dinero no es ninguna prestación de seguridad social —a diferencia de lo que sucede en España—, sino pura y simplemente «salario [*Entgelt*]», que el empresario está obligado a pagar al trabajador, a pesar de la suspensión de su contrato de trabajo (por eso mismo, la Ley laboral alemana en cuestión se llama en parte, en su denominación larga, Ley «sobre el pago del salario [*über die Zahlung des Arbeitsentgelts*]», y en su denominación abreviada, Ley «de continuación del pago del salario [*Entgeltfortzahlung*]»). El régimen jurídico de esta percepción salarial —no de seguridad social, repito—, en lo esencial, es el siguiente: 1) tiene una dimensión estrictamente temporal, pues «si el trabajador está impedido de su prestación laboral por incapacidad laboral derivada de enfermedad, sin que le sea imputable, entonces tiene derecho a la continuación del pago del salario en caso de enfermedad por parte del empresario, durante el tiempo de la incapacidad laboral hasta un máximo de seis semanas [*bis zur Dauer von sechs Wochen*]»⁷; 2) en lo tocante a su cuantía, se aplica el principio de continuidad (o si se quiere, el de indemnidad), pues en dicho período «hay que continuar pagando al trabajador el salario que le corresponda por la jornada ordinaria de referencia para él»⁸, teniendo en cuenta que «si el trabajador cobra una remuneración vinculada al resultado del trabajo, entonces hay que tomar como base para el cálculo el salario medio obtenible por el trabajador en la jornada ordinaria de referencia para él»⁹; y 3) existe un período de espera que afecta a los trabajadores recién ingresados en la empresa, pues el derecho a la continuación del pago del salario derivado de riesgos comunes «nace tras cuatro semanas ininterrumpidas de duración de la relación laboral [*nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses*]»¹⁰.

3. En mi opinión, frente a lo que ocurre en España, la simplicidad y sencillez de esta Ley laboral alemana se explica porque presupone la existencia de una ciudadanía (empresarios, trabajadores, médicos) muy cívica, valga la redundancia, estrictamente cumplidora de sus obligaciones legales. Por ello, el régimen de lo que en España denominaríamos la baja y el alta médicas —que no cesa de modificarse continuamente, con la finalidad de luchar contra lo que no cabe

⁶ El otro gran tema regulado por la misma es el «pago del salario en días festivos [*die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen*]», rúbrica de su parágrafo 2. En este precepto, las reglas clave son la de que «por la jornada que se pierda a consecuencia de un día festivo legal, el empresario tiene que pagar al trabajador el salario que hubiera recibido sin la pérdida de horas de trabajo» [apartado (1)], y la de que «los trabajadores que el último día de trabajo anterior, o el primer día de trabajo siguiente, a días festivos, que no asistan injustificadamente al trabajo, no tienen derecho al pago de estos días festivos» [apartado (3)].

⁷ Parágrafo 3, apartado (1), inciso primero.

⁸ Parágrafo 4, apartado (1).

⁹ Parágrafo 4, apartado (1a), inciso segundo.

¹⁰ Parágrafo 3, apartado (3).

más remedio que calificar como fraude y picaresca generalizados¹¹— es en Alemania, en cambio, de una simplicidad sorprendente, pues está construido sobre sólo tres ideas principales: 1) como es lógico, «el trabajador está obligado a comunicar inmediatamente al empresario la incapacidad laboral y su previsible duración»¹²; 2) «si la incapacidad laboral dura más de tres días naturales, el trabajador tiene que presentar un certificado médico sobre la existencia de la incapacidad laboral, así como su duración previsible, a más tardar el día laboral siguiente»¹³, teniendo en cuenta que «si la incapacidad laboral dura más de lo señalado en el certificado, el trabajador está obligado a presentar un nuevo certificado médico»¹⁴; y 3) «si el trabajador está afiliado a una caja legal de enfermedad, el certificado médico debe contener una nota del médico que lo trató, relativa a que se enviará inmediatamente a la caja de enfermedad un certificado sobre la incapacidad laboral, con indicación del diagnóstico y la duración previsible de la incapacidad laboral»¹⁵. Por supuesto, existe jurisprudencia sobre el tema del más alto tribunal de la Federación alemana competente en litigios laborales —que es el Tribunal Federal de Trabajo—, resultando claro que este tipo de pleitos accede a la jurisdicción laboral por la vía del párrafo 2 de la Ley reguladora de la jurisdicción laboral alemana de 1953¹⁶, allí donde afirma que «los tribunales para materias de trabajo son competentes con exclusividad en ... pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios ... derivados de la relación laboral»¹⁷.

II. EL REEMBOLSO A LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

4. Como antes se indicó, los flecos alemanes de seguridad social de este asunto laboral aparecen regulados en la Ley sobre la compensación de los gastos empresariales por la continuación del pago del salario, que es una Ley de Seguridad Social en sentido estricto. Al respecto, cabría aducir múltiples pruebas de cargo. Pero nos centraremos en sólo tres, especialmente llamativas. En primer

¹¹ La guinda sobre el tema acaba de ponerla el Real Decreto-ley 3/2012, a que se alude infra (núm. 7), según el cual «el Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales, estudiará en un plazo de seis meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales para una más eficaz gestión de la incapacidad temporal» (disposición adicional 4ª). Sobre el fraude subyacente en España en las bajas por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, que se contagia a las derivadas de riesgos profesionales, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., págs. 115 y ss.

¹² Párrafo 5, apartado (1), inciso primero.

¹³ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁴ *Ibidem*, inciso cuarto.

¹⁵ *Ibidem*, inciso quinto.

¹⁶ Se trata de la Ley del Tribunal de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz*). Nuestra traducción de la misma, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 242 y ss.

¹⁷ Apartado (1), núm. 3, letra a).

lugar, la relativa a que la voz cantante la tienen en esta otra Ley las entidades gestoras del seguro legal de enfermedad común, que son las denominadas «cajas de enfermedad [*Krankenkassen*]», las cuales aparecen reguladas en el Libro Quinto del Código alemán de Seguridad Social (rotulado «Seguro legal de enfermedad [*Gesetzliche Krankenversicherung*]») ¹⁸. En segundo lugar, la relativa a tratarse de una Ley que contiene múltiples y continuas remisiones explícitas al Código alemán de Seguridad Social, como las que efectúa a sus Libros Tercero ¹⁹, Cuarto ²⁰, Quinto ²¹, Sexto ²², Noveno ²³ y Undécimo ²⁴. En tercer lugar, la relativa a que la jurisdicción competente para conocer de los pleitos suscitados por la interpretación y aplicación de esta Ley no es la jurisdicción laboral, sino la jurisdicción de seguridad social, afirmando a este respecto la Ley reguladora de la jurisdicción alemana de seguridad social de 1953 ²⁵ —sobre la base de que los pleitos de seguridad social son, en Alemania, pleitos de Derecho público— que «los tribunales de la jurisdicción de seguridad social deciden sobre pleitos jurídico-públicos ... que nacen al amparo de la Ley de compensación de gastos» ²⁶, resultando ser este último —recuérdese— el nombre abreviado de la Ley en cuestión.

5. De las diversas instituciones jurídicas reguladas por esta Ley, la institución clave —alrededor de la cual giran todas las demás— es el denominado «derecho de reembolso [*Erstattungsanspruch*]», del que sólo son titulares las pequeñas empresas ²⁷. Al respecto —con remisión expresa a la antes tratada Ley de

¹⁸ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 92 y ss.

¹⁹ Cfr. parágrafo 11, apartado (2), núm. 3.

²⁰ Cfr. parágrafo 2, apartado (1), inciso segundo; parágrafo 7, apartado (2), inciso segundo; y parágrafo 8, apartado (2), inciso tercero.

²¹ Cfr. parágrafo 1, apartado (1), núm. 2; parágrafo 1, apartado (2), núm. 3; y parágrafo 2, apartado (1), inciso tercero.

²² Cfr. parágrafo 1, apartado (1), núm. 2; y parágrafo 1, apartado (2), núm. 3.

²³ Cfr. parágrafo 3, apartado (1), inciso penúltimo.

²⁴ Cfr. parágrafo 1, apartado (1), núm. 2; y parágrafo 1, apartado (2), núm. 3.

²⁵ Se trata de la Ley del Tribunal de Seguridad Social (*Sozialgerichtsgesetz*). Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 104 y ss.

²⁶ Cfr. parágrafo 51, apartado (1), núm. 8.

²⁷ Entre esas otras instituciones por ella reguladas, sobresale el «procedimiento de compensación voluntario [*freiwilliges Ausgleichsverfahren*]», regulado en el parágrafo 12 de la misma, según el cual «para las empresas de un sector económico, los empresarios pueden crear instituciones para la compensación de los gastos empresariales, en las que también participen los trabajadores, que no cumplan los requisitos del parágrafo 1», teniendo en cuenta que «la creación y la regulación del procedimiento de compensación requieren de la autorización del Ministerio Federal de Salud» [apartado (1)].

Continuación del Pago del Salario—, el precepto clave de esta otra Ley es su parágrafo 1, allí donde afirma —reconociendo que las pequeñas empresas, a efectos de seguridad social, merecen un trato de favor, frente a las empresas medianas y grandes— que «las cajas de enfermedad ... reembolsan a los empresarios que empleen, como regla, no más de 30 trabajadores y trabajadoras [*nicht mehr als 30 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen*], con exclusión de los ocupados para su formación profesional, el 80 por ciento»²⁸, de un lado, «del salario que se continúa pagando a los trabajadores y trabajadoras durante el período mencionado en ... la Ley de Continuación del Pago del Salario»²⁹; y de otro lado, «de las cotizaciones sobre ...[ese] salario que corresponden a los empresarios ..., a ingresar en la Agencia Federal de Empleo, y las cuotas empresariales de las cotizaciones al seguro legal de enfermedad y al seguro legal de pensiones, al seguro social de dependencia», así como las relativas a diversas «subvenciones empresariales»³⁰. Sobre la medición del perímetro de estas pequeñas empresas, la Ley prevé muy diversos supuestos de hecho, presididos por la regla general de que «el empresario emplea no más de 30 trabajadores y trabajadoras, como regla, cuando en el último año natural ... ha empleado durante un período de al menos ocho meses naturales no más de 30 trabajadores y trabajadoras»³¹, teniendo en cuenta que los trabajadores a tiempo parcial no se computan *per capita*, sino *a prorrata*, pues «los trabajadores y trabajadoras que tienen que prestar servicios normalmente no más de 10 horas semanales se computarán con 0,25, los que tienen que prestar servicios no más de 20 horas, con 0,5, y los que tienen que prestar servicios no más de 30 horas, con 0,75»³².

6. Además, la Ley regula con bastante minuciosidad los trámites procedimentales para que el pequeño empresario pueda reembolsarse de las cantidades recién mencionadas, conocido por la propia Ley con el nombre técnico de «procedimiento U1 [*U1-Verfahren*]»³³. Las reglas esenciales rectoras de este procedimiento son las siguientes: 1) «los importes otorgados se pagarán al empresario por la caja de enfermedad en la que estén asegurados los trabajadores y trabajadoras»³⁴; 2) «el reembolso se concederá a instancia de parte», teniendo en cuenta que «hay que otorgarlo tan pronto como el empresario haya pagado el salario a que se refiere ... la Ley de Continuación del Pago del Salario»³⁵; y 3) «el reembolso puede ser negado en casos concretos, siempre que el empresario no haya

²⁸ Apartado (1).

²⁹ *Ibidem*, núm. 1.

³⁰ *Ibidem*, núm. 2.

³¹ Parágrafo 3, apartado (1), inciso segundo.

³² *Ibidem*, inciso último.

³³ Cfr., por ejemplo, parágrafo 1, apartado (3). Sobre el tema, véase E. KOCHER, «Las pequeñas empresas y el Derecho alemán del Trabajo», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. III (2011), págs. 65-66.

³⁴ Parágrafo 2, apartado (1), inciso primero.

³⁵ *Ibidem*, apartado (2).

proporcionado o no haya proporcionado completamente los datos necesarios»³⁶, teniendo en cuenta que «la caja de enfermedad tiene que reclamar la devolución de los importes reembolsados al empresario, en especial cuando el empresario ... ha proporcionado culpablemente datos falsos o incompletos, o ... ha favorecido que se reembolsen cantidades, aunque sabía o debía saber que no existe el derecho»³⁷, aunque «puede prescindirse de la reclamación de devolución del reembolso cuando la cantidad pagada sin derecho es reducida y los correspondientes gastos de administración son muy desproporcionados»³⁸. Aparentemente, el derecho a este reembolso de que son titulares las pequeñas empresas es un tema poco litigado en Alemania, supuesto que la Ley que lo regula sólo ha sido aplicada en un caso, a lo largo de estos últimos cuatro años, por el más alto tribunal de la Federación competente en asuntos de seguridad social, que es el Tribunal Federal de Seguridad Social³⁹.

III. LA COTIZACIÓN POR PEQUEÑAS, MEDIANAS Y GRANDES EMPRESAS

7. Aunque el reembolso se lo paga a la pequeña empresa la entidad gestora del seguro legal de enfermedad (recuérdese, la correspondiente «caja de enfermedad»), esta última realiza un pago meramente formal, pues no lo efectúa con cargo a sus propios recursos, sino con cargo a un patrimonio distinto nutrido con aportaciones efectuadas por todo tipo de empresarios privados —cualquiera que sea su tamaño—, afirmando al respecto la Ley que «las cajas de enfermedad administran los recursos para la compensación de los gastos empresariales [correspondientes a la continuación del pago del salario] como patrimonio separado [*Sondervermögen*]⁴⁰, teniendo en cuenta que «los recursos sólo pueden ser empleados para los objetivos legalmente prescritos o admitidos»⁴¹. Si hubiese que buscarle un parecido o un equivalente a este «patrimonio separado», pero en España, un laboralista español tendría que aludir seguramente a nuestro Fondo de Garantía Salarial, que también se nutre única y exclusivamente con aportaciones (en España, técnicamente denominadas «cotizaciones») efectuadas por todo tipo de empresarios, con independencia de su tamaño o dimensión laboral. Y más, teniendo en cuenta que el recientemente promulgado Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, restableciendo la norma estatutaria tradicional de rebaja del coste del despido sólo para las pequeñas empresas, afirma ahora que «cuando el contrato se extinga por

³⁶ Parágrafo 4, apartado (1).

³⁷ *Ibidem*, apartado (2), párrafo primero.

³⁸ *Ibidem*, párrafo segundo.

³⁹ Se trata de una Sentencia de 27 octubre 2009 (referencia B 1 KR 12/09 R), localizada y manejada a través del sitio en Internet del propio Tribunal, ubicado en www.bundessozialgericht.de.

⁴⁰ Parágrafo 8, apartado (1), inciso primero.

⁴¹ *Ibidem*, inciso segundo.

las causas previstas en los artículos 51 y 52» del Estatuto de los Trabajadores, «una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial», pero sólo si las extinciones en cuestión han sido declaradas procedentes y, además —aquí está lo importante—, sólo «en los contratos de carácter indefinido celebrados por empresas de menos de veinticinco trabajadores»⁴².

8. El paralelismo entre nuestro Fondo de Garantía Salarial y estos «patrimonios separados» alemanes, nominalmente reforzado por el hecho de que estos últimos reembolsen pagos efectuados por los empresarios que tienen la condición de «salarios», resulta sólo aparente —pero no real—, fundamentalmente por tres razones: 1) en Alemania, están exentos de contribuir los empresarios públicos (literalmente, la Ley alemana en cuestión «no se aplica a ... la Federación, los Estados federados, las entidades locales y asociaciones de entidades locales, ni las demás corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público, ni tampoco a las asociaciones, instituciones y empresas que estén vinculadas por convenios colectivos vigentes para los empleados de la Federación, de los Estados federados o de las entidades locales, ni a las asociaciones de entidades locales, asociaciones locales y empresas comunales, con inclusión de sus asociaciones centrales»)⁴³, mientras que la normativa reguladora de nuestro Fondo de Garantía Salarial claramente indica que «para el cumplimiento de sus fines, el Fondo de Garantía Salarial dispondrá», entre otros recursos, de «las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores por cuenta ajena»⁴⁴; 2) además, la Ley alemana afirma que «en las cuestiones a que se refiere esta Ley, en los órganos de autoadministración [de las “cajas de enfermedad”], sólo participan los representantes de los empresarios»⁴⁵, mientras que el Consejo Rector de nuestro Fondo de Garantía Salarial está «integrado por su Presidente, cuatro representantes de la Administración Pública, cinco representantes de la Organizaciones sindicales y cinco representantes de las Organizaciones empresariales más representativas con arreglo a la Ley»⁴⁶; y 3) por último, aunque nominalmente nuestro Fondo de Garantía Salarial paga «prestaciones» y estos «patrimonios separados» alemanes sirven «*Leistungen*» (esto es, un término a traducir normalmente, también, como «prestaciones»), los pagos que realiza nuestro Fondo de Garantía Salarial no tienen absolutamente nada

⁴² Artículo 19 del Real Decreto-ley 3/2012, dando nueva redacción al apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴³ Parágrafo 11, apartado (1), núm. 1.

⁴⁴ Artículo 3, núm. 1, del Real Decreto 505/1985, de 6 marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

⁴⁵ Parágrafo 9, apartado (4), medio inciso primero. Esto último, frente a lo que es más usual en Alemania. Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y R. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «Dos modelos contrapuestos de regulación, gestión y eficacia del aseguramiento social de riesgos profesionales: España y Alemania», *Actualidad Laboral*, núm. 7 (2008), págs. 815 y ss.

⁴⁶ Artículo 5.uno del Real Decreto 505/1985.

que ver ni con la «incapacidad temporal derivada de riesgos comunes» ni con ninguna otra contingencia española de seguridad social.

9. Por lo demás, la certificación oficial de que la institución alemana equivalente de nuestro Fondo de Garantía Salarial no son los «patrimonios separados» en cuestión, sino otra institución distinta, la suministra actualmente la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2008, «relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada)», que reemplaza la Directiva 80/987/CEE, varias veces enmendada⁴⁷. En efecto, la normativa española que transpone a nuestro ordenamiento interno el contenido de dicha Directiva es, en la actualidad, el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, regulador precisamente del tan citado Fondo de Garantía Salarial. En Alemania, en cambio, los preceptos que sirven para transponer esa misma norma comunitaria son los párrafos 183 a 189a del Libro Tercero del Código alemán de Seguridad Social (agrupados bajo el rótulo genérico «Subsidio de insolvencia [*Insolvenzgeld*])»⁴⁸, de cuya administración no se encargan las entidades gestoras del seguro legal de enfermedad (recuérdese, las citadas «cajas de enfermedad»), sino la entidad gestora alemana del seguro legal de desempleo (esto es, la Agencia Federal de Empleo, pues según dicho Libro Tercero, esta «Agencia Federal es la entidad gestora administradora competente para la ejecución de las funciones a que se refiere este Libro»)⁴⁹, la cual —también y a su vez— es la institución equivalente de lo que la legislación española denomina «Servicio Nacional de Empleo»⁵⁰.

* * *

⁴⁷ Acerca de esta última Directiva, véase A. ARUFE VARELA, «La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2004), págs. 2160 y ss.

⁴⁸ Véase R. KREIKEBOHM, W. SPELLBRINK y R. WALTERMANN (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, Beck (Múnich, 2009), págs. 665 y ss., con cita de la Directiva 2002/74/CE (pág. 667) y de la Directiva 80/987/CEE (pág. 674).

⁴⁹ Párrafo 368, apartado (1), inciso primero.

⁵⁰ Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, cit., págs. 41 y ss.

APÉNDICE DOCUMENTAL

LEY SOBRE EL PAGO DEL SALARIO EN DÍAS FESTIVOS Y EN CASO DE ENFERMEDAD (LEY DE CONTINUACIÓN DEL PAGO DEL SALARIO), O EntgFG, DE 26 MAYO 1994

Parágrafo 1. Ámbito de aplicación

(1) Esta Ley regula el pago del salario en días festivos legales y la continuación del pago del salario en caso al trabajador en caso de enfermedad, así como la seguridad económica en el ámbito del trabajo a domicilio para los días festivos legales y en caso de enfermedad.

(2) A efectos de esta Ley, son trabajadores los obreros y empleados, así como los ocupados para su formación profesional.

Parágrafo 2. Pago del salario en días festivos

(1) Por la jornada que se pierda a consecuencia de un día festivo legal, el empresario tiene que pagar al trabajador el salario que hubiera recibido sin la pérdida de horas de trabajo.

(2) La jornada que se pierde en un día festivo legal simultáneamente a consecuencia de trabajo reducido, y por la que se pague subsidio de trabajo reducido en otros días como días festivos legales, se considera perdida a consecuencia del día festivo legal a que se refiere el apartado 1.

(3) Los trabajadores que el último día de trabajo anterior, o el primer día de trabajo siguiente, a días festivos, que no asistan injustificadamente al trabajo, no tienen derecho al pago de estos días festivos.

Parágrafo 3. Derecho a la continuación del pago del salario en caso de enfermedad

(1) Si el trabajador está impedido de su prestación laboral por incapacidad laboral derivada de enfermedad, sin que le sea imputable, entonces tiene derecho a la continuación del pago del salario en caso de enfermedad por parte del empresario, durante el tiempo de la incapacidad laboral hasta un máximo de seis semanas. Si el trabajador recae en la incapacidad a consecuencia de la misma enfermedad, entonces no pierde el derecho a que se refiere el inciso 1, por causa de la recaída en la incapacidad, por un período adicional de cómo máximo seis semanas, si

1. No estuvo incapaz a consecuencia de la misma enfermedad al menos seis meses antes de la recaída en la incapacidad laboral, o

2. Ha transcurrido un plazo de doce meses desde el comienzo de la primera incapacidad laboral derivada de la misma enfermedad.

(2) Como incapacidad laboral no culpable, a los efectos del apartado 1, también se considera el impedimento laboral que tenga lugar a consecuencia de una esterilización no ilícita o de una interrupción no ilícita del embarazo. Lo mismo se aplica para la interrupción del embarazo, si el embarazo se interrumpe por un médico dentro de las doce semanas siguientes a la concepción, la mujer embarazada exige la interrupción y ya presentado al médico un certificado de que se ha dejado asesorar por una oficina acreditada de asesoramiento, al menos tres días antes de la intervención.

(3) El derecho a que se refiere el apartado 1 nace tras cuatro semanas ininterrumpidas de duración de la relación laboral.

Parágrafo 4. Cuantía del salario que se continúa pagando

(1) En el período a que se refiere el parágrafo 3, apartado 1, hay que continuar pagando al trabajador el salario que le corresponda por la jornada ordinaria de referencia para él.

(1a) Del salario a que se refiere el apartado 1 no forman parte el salario pagado adicionalmente por horas extraordinarias ni los pagos por gastos del trabajador, supuesto que el derecho a ellos dependa, en el caso de actividad laboral, de que los correspondientes gastos se produzcan materialmente al trabajador, y dichos gastos no se produzcan al trabajador durante la incapacidad laboral. Si el trabajador cobra una remuneración vinculada al resultado del trabajo, entonces hay que tomar como base para el cálculo el salario medio obtenible por el trabajador en la jornada ordinaria de referencia para él.

(2) Si el empresario, por la jornada que se pierde simultáneamente como consecuencia de un día festivo legal, está obligado a continuar pagando el salario a que se refiere el parágrafo 3, la cuantía del salario que se continúa pagando por ese día se calcula de conformidad con el parágrafo 2.

(3) Si en la empresa se ha trabajado de manera reducida y, por ello, el salario del trabajador disminuiría en el supuesto de su actividad laboral, entonces hay que considerar la jornada reducida en su duración como la jornada ordinaria de referencia, a los efectos del apartado 1. Esto no se aplica en el supuesto del parágrafo 2, apartado 2.

(4) Por medio de convenio colectivo, puede establecerse una base de cálculo del salario que se continúa pagando diferente de la de los apartados 1, 1a y 3. En el ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo, puede acordarse la aplicación de la regulación convencional sobre la continuación del pago del salario en caso de enfermedad entre los empresarios y trabajadores no cubiertos por el convenio.

Parágrafo 4a. Recorte de gratificaciones

El acuerdo sobre recorte de los pagos que el empresario abona en adición al salario corriente (gratificaciones), también es admisible durante los períodos de incapacidad laboral como consecuencia de enfermedad. El recorte no puede exceder, para cada día de incapacidad laboral como consecuencia de enfermedad, de la cuarta parte del salario que corresponda a un día de trabajo en promedio anual.

Parágrafo 5. Deberes de aviso y de prueba

(1) El trabajador está obligado a comunicar inmediatamente al empresario la incapacidad laboral y su previsible duración. Si la incapacidad laboral dura más de tres días naturales, el trabajador tiene que presentar un certificado médico sobre la existencia de la incapacidad laboral, así como su duración previsible, a más tardar el día laboral siguiente. El empresario tiene derecho a exigir la presentación del certificado médico lo más pronto posible. Si la incapacidad laboral dura más de lo señalado en el certificado, el trabajador está obligado a presentar un nuevo certificado médico. Si el trabajador está afiliado a una caja legal de enfermedad, el certificado médico debe contener una nota del médico que lo trató, relativa a que se enviará inmediatamente a la caja de enfermedad un certificado sobre la incapacidad laboral, con indicación del diagnóstico y la duración previsible de la incapacidad laboral.

(2) Si el trabajador se encuentra en el extranjero al comienzo de la incapacidad laboral, entonces está obligado a comunicar al empresario la incapacidad laboral, su duración previsible y la dirección del domicilio por el medio de comunicación más rápido posible. Los costes causados por la comunicación tiene que soportarlos el empresario. Además, cuando está afiliado a una caja legal de enfermedad, el trabajador está obligado a avisarle inmediatamente también la incapacidad laboral y su duración previsible. Si la incapacidad laboral dura más de lo avisado, entonces el trabajador está obligado a comunicar a la caja legal de enfermedad el tiempo previsible de continuación de la incapacidad laboral. Las cajas legales de enfermedad pueden establecer que el trabajador pueda cumplir los deberes de aviso y de comunicación a que se refieren los incisos 3 y 4 también ante una entidad gestora de la seguridad social extranjera. El apartado 1, inciso 5, no se aplica. Si el trabajador en incapacidad laboral como consecuencia de enfermedad regresa al país, entonces está obligado a avisar inmediatamente al empresario y a la caja de enfermedad de su regreso.

Parágrafo 6. Traspaso del crédito en caso de responsabilidad de un tercero

(1) Si el trabajador, al amparo de una disposición legal, puede reclamar de un tercero una indemnización de daños y perjuicios derivada de la pérdida del salario, que se le produzca por la incapacidad laboral, entonces este derecho se traspasa al empresario, siempre que éste haya continuado pagando el salario al trabajador de conformidad con esta Ley, y haya pagado las cotizaciones que asume el empresario

como consecuencia de ello a la Agencia Federal de Empleo, la parte empresarial en las cotizaciones sociales y del seguro de dependencia, así como para la apertura de un plan complementario de jubilación y de muerte y supervivencia.

(2) El trabajador tiene que proporcionar inmediatamente al empresario los datos necesarios para la reclamación del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

(3) El traspaso del crédito a que se refiere el apartado 1 no puede reclamarse en perjuicio del trabajador.

Parágrafo 7. Derecho del empresario a denegar el pago

- (1) El empresario tiene derecho a denegar la continuación del pago del salario,
1. Siempre que el trabajador no presente el certificado médico que debe presentar, a que se refiere el parágrafo 5, apartado 1, o no cumpla las obligaciones que le incumben, a que se refiere el parágrafo 5, apartado 2;
 2. Si el trabajador impide el traspaso al empresario de un derecho a la indemnización de daños y perjuicios contra un tercero (parágrafo 6).

(2) El apartado 1 no se aplica cuando el trabajador no tiene que responsabilizarse del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

Parágrafo 8. Finalización de la relación laboral

(1) El derecho a la continuación del pago del salario no está afectado por el hecho de que el empresario extinga la relación laboral con ocasión de la incapacidad laboral. Lo mismo se aplica cuando el trabajador extingue la relación laboral por un motivo del que es responsable el empresario, y que da derecho al trabajador al despido por motivo importante sin cumplimiento de plazo de despido.

(2) Si la relación laboral finaliza después del comienzo de la incapacidad laboral, y antes del transcurso del período mencionado en el parágrafo 3, apartado 1, sin que se necesite el despido, o como consecuencia de una extinción por motivos diferentes de los mencionados en el apartado 1, entonces el derecho finaliza al finalizar la relación laboral.

Parágrafo 9. Medidas de asistencia médica y rehabilitación

(1) Las disposiciones de los párrafos 3 a 4a y 6 a 8 se aplican por analogía para el impedimento laboral como consecuencia de una medida de asistencia médica o rehabilitación, que ha autorizado la gestora del seguro legal de pensiones, de enfermedad o de accidentes de trabajo, una autoridad administrativa de asistencia de víctimas de guerra, u otra entidad gestora de prestaciones de seguridad social, y se ha llevado a cabo en una institución de asistencia médica o rehabilitación. Si el trabajador no está afiliado a una caja legal de enfermedad, o no está asegurado en el seguro legal de pensiones, se aplican por analogía los párrafos 3 a 4a y 6 a 8, si la medida de asistencia médica o rehabilitación ha sido prescrita por un médico y

se ha llevado a cabo en una institución de asistencia médica o rehabilitación, o en una institución comparable.

(2) El trabajador está obligado a comunicar inmediatamente al empresario el momento de comienzo de la medida, la duración previsible y la prórroga de la medida a que se refiere el apartado 1, y a presentarle inmediatamente

- a) Un certificado de la autorización de la medida por una entidad gestora de prestaciones de seguridad social a que se refiere el apartado 1, inciso 1, o
- b) Un certificado médico de la necesidad de la medida, a que se refiere el apartado 1, inciso 2.

Parágrafo 10. Seguridad económica para el caso de enfermedad en el ámbito del trabajo a domicilio

(1) En el trabajo a domicilio, los empleados (parágrafo 1, apartado 1, de la Ley de Trabajo a Domicilio), y los asimilados a ellos a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letras a a c, de la Ley de Trabajo a Domicilio, frente a su contratante o, si son empleados por un intermediario, frente a éste, tienen derecho al pago de un complemento sobre el salario. El complemento asciende

1. Para el trabajador a domicilio, para el industrial doméstico sin auxiliares ajenos, y los asimilados a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letra a, de la Ley de Trabajo a Domicilio, al 3,4 por ciento,
2. Para el industrial doméstico con no más de dos auxiliares ajenos, y los asimilados a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letras b y c, de la Ley de Trabajo a Domicilio, al 6,4 por ciento

del salario antes de impuestos, de la cotización a la Agencia Federal de Empleo y de las cotizaciones de seguridad social, sin gastos complementarios, y sin los pagos que se efectúan por la pérdida del salario en días festivos legales, vacaciones y pérdida de trabajo como consecuencia de enfermedad. El complemento para las personas citadas en el número 2, sirve al mismo tiempo para asegurar los derechos de los empleados por ellos.

(2) Los intermediarios que son asimilados a los empleados a domicilio, a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letra b, de la Ley de Trabajo a Domicilio, tienen derecho, frente a su contratante, al pago de los complementos pagaderos probadamente por ellos, a que se refiere el apartado 1.

(3) Los complementos que se toman en consideración, de conformidad con los apartados 1 y 2, hay que anotarlos separadamente en el recibo de salarios.

(4) En relación con los trabajadores a domicilio (parágrafo 1, apartado 1, letra a, de la Ley de Trabajo a Domicilio), puede determinarse por convenio colectivo que perciban los pagos correspondientes a los trabajadores en el supuesto de su incapacidad laboral a que se refiere esta Ley, en lugar de las pagos mencionadas en el apartado 1, inciso 2, núm. 1. Para el cálculo del derecho al salario, no se toman en consideración los gastos complementarios.

(5) Respecto de los complementos previstos en los apartados 1 y 2, hay que aplicar por analogía los párrafos 23 a 25, 27 y 28 de la Ley de Trabajo a Domicilio, y respecto de los complementos previstos en el apartado 1 frente al intermediario, además, el párrafo 21, apartado 2, de la Ley de Trabajo a Domicilio. En cuanto a los derechos a la continuación del pago del salario en caso de enfermedad de los auxiliares ajenos de las personas mencionadas en el apartado 1, número 2, hay que aplicar por analogía el párrafo 26 de la Ley de Trabajo a Domicilio.

Parágrafo 11. Pago del día festivo de los empleados en trabajo a domicilio

(1) Los empleados en trabajo a domicilio (párrafo 1, apartado 1, de la Ley de Trabajo a Domicilio) tienen derecho, frente al contratante o al intermediario, al pago del día festivo, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 2 a 5. Los mismos derechos tienen las personas mencionadas en el párrafo 1, apartado 2, letras a a d, de la Ley de Trabajo a Domicilio, cuando estén asimiladas en relación con el pago del día festivo; resultan de aplicación las disposiciones del párrafo 1, apartado 3, inciso 3, y apartados 4 y 5 de la Ley de Trabajo a Domicilio. La asimilación que se extiende a la regulación del salario, rige también para el pago del día festivo, cuando éste no está excluido expresamente de la asimilación.

(2) La retribución del día festivo asciende, para cada día festivo a que se refiere el párrafo 2, apartado 1, al 0,72 del salario neto pagado en un período de seis meses, sin gastos complementarios. Para el cálculo de la retribución del día festivo hay que basarse, en relación con el día festivo que cae en el período de 1 mayo a 31 octubre, en el período anterior de 1 noviembre a 30 abril, y para el día festivo que cae en el período de 1 noviembre a 30 abril, en el período anterior de 1 mayo a 31 octubre. El derecho a la retribución del día festivo es independiente de si en el período semestral corriente todavía existe un empleo a domicilio para el contratante.

(3) En caso de continuación del pago, la retribución del día festivo hay que pagarla en cada caso antes del día festivo. Si el empleo se interrumpe antes del día festivo, entonces la retribución del día festivo hay que pagarla a más tardar tres días antes del día festivo. Si existe acuerdo entre los interesados respecto de la distribución de las tareas del trabajo a domicilio, de no continuar la relación de trabajo a domicilio, entonces hay que pagar al legitimado, en el último pago del salario, la retribución del día festivo por los restantes días festivos del corriente, así como por los días festivos del siguiente, período semestral. La retribución del día festivo hay que anotarla en cada caso de pago en el recibo de salarios (párrafo 9 de la Ley de Trabajo a Domicilio).

(4) Si la retribución del día festivo que ha pagado a su auxiliar ajeno el industrial doméstico titular del derecho a que se refiere el apartado 1, o el industrial que trabaja a comisión salarial (titular del derecho), por un día festivo, al amparo del párrafo 2, excede del importe que ha recibido al amparo de los apartados 2 y 3

por ese día festivo, entonces sus contratantes o intermediarios tienen que reembolsarle proporcionalmente el excedente, si lo exigen. Si el titular del derecho es al mismo tiempo intermediario, queda excluida la retribución del día festivo ya pagada y recibida por el trabajador a domicilio o el industrial doméstico. Si el titular del derecho hace uso del reembolso a que se refiere el inciso 1, entonces se le pueden computar las cantidades reembolsadas en caso de contratación de tareas de trabajo a domicilio, en la retribución del día festivo que hay que pagarle al amparo del apartado 2 y del apartado 3, inciso 3, para los días festivos aún restantes del corriente, así como para los días festivos del siguiente, período semestral.

(5) La retribución del día festivo se considera como salario, a los efectos de las disposiciones de la Ley de Trabajo a Domicilio sobre corresponsabilidad del contratante (parágrafo 21, apartado 2), sobre protección del salario (parágrafos 23 a 27) y sobre deberes de información sobre el salario (parágrafo 28); al respecto, resultan de aplicación los parágrafos 24 a 26 de la Ley de Trabajo a Domicilio, cuando se paga una retribución del día festivo que es más baja a la establecida en esta Ley.

Parágrafo 12. Inderogabilidad

A excepción del parágrafo 4, apartado 4, no cabe separarse de las disposiciones de esta Ley en perjuicio del trabajador o de las personas legitimadas a que se refiere el parágrafo 10.

Parágrafo 13. Disposición transitoria

Si el trabajador está impedido en su prestación laboral por la incapacidad laboral consecuencia de enfermedad, o consecuencia de una medida de asistencia médica o rehabilitación, por un día después del 9 diciembre 1998 y hasta el 1 enero 1999 o más allá, se aplican para estos períodos las disposiciones vigentes desde 1 enero 1999, a no ser que éstas sean más desfavorables para el trabajador.

**LEY SOBRE LA COMPENSACIÓN DE LOS GASTOS EMPRESARIALES
POR LA CONTINUACIÓN DEL PAGO DEL SALARIO (LEY DE
COMPENSACIÓN DE GASTOS), O AAG, DE 22 DICIEMBRE 2005**

Parágrafo 1. Derecho al reembolso

(1) Las cajas de enfermedad, con excepción de las cajas de enfermedad agrícolas, reembolsan a los empresarios que empleen, como regla, no más de 30 trabajadores y trabajadoras, con exclusión de los ocupados para su formación profesional, el 80 por ciento

1. Del salario que se continúa pagando a los trabajadores y trabajadoras durante el período mencionado en el parágrafo 3, apartados 1 y 2, y en el parágrafo 9, apartado 1, de la Ley de Continuación del Pago del Salario,

2. De las cotizaciones sobre el salario que corresponden a los empresarios a que se refiere el número 1, a ingresar en la Agencia Federal de Empleo, y las cuotas empresariales de las cotizaciones al seguro legal de enfermedad y al seguro legal de pensiones, al seguro social de dependencia y las subvenciones empresariales a que se refiere el parágrafo 172a del Libro Sexto del Código de Seguridad Social, así como las subvenciones a las cotizaciones a que se refiere el parágrafo 257 del Libro Quinto, y a que se refiere el parágrafo 61 del Libro Undécimo del Código de Seguridad Social.

(2) Las cajas de enfermedad, con excepción de las cajas de enfermedad agrícolas, reembolsan a los empresarios en su totalidad

1. La contribución pagada por el empresario para el subsidio de maternidad, a que se refiere el parágrafo 14, apartado 1, de la Ley de Protección de la Madre,

2. El salario pagado por el empresario, en caso de prohibición de actividad laboral, a que se refiere el parágrafo 11 de la Ley de Protección de la Madre,

3. Las cotizaciones a ingresar por los empresarios en la Agencia Federal de Empleo, correspondientes a los salarios a que se refiere el número 2, y las cuotas empresariales de las cotizaciones al seguro legal de enfermedad y al seguro legal de pensiones, al seguro social de dependencia y las subvenciones empresariales a que se refiere el parágrafo 172a del Libro Sexto del Código de Seguridad Social, así como las subvenciones a las cotizaciones a que se refiere el parágrafo 257 del Libro Quinto y a que se refiere el parágrafo 61 del Libro Undécimo del Código de Seguridad Social.

(3) En la compensación de los gastos empresariales a que se refieren los apartados 1 (Procedimiento U1) y 2 (Procedimiento U2), también participan los empresarios que sólo emplean formandos.

Parágrafo 2. Reembolso

(1) Los importes otorgados se pagarán al empresario por la caja de enfermedad en la que estén asegurados los trabajadores y trabajadoras, los formandos o las mujeres legitimadas a que se refieren el parágrafo 11 o el parágrafo 14, apartado 1, de la Ley de Protección de la Madre. Para los trabajadores marginales a que se refiere el Libro Cuarto del Código de Seguridad Social, la caja de enfermedad competente es el Seguro de Pensiones Alemán de Minería-Ferrocarriles-Mar, en cuanto que entidad gestora del seguro de enfermedad de los mineros. Para los trabajadores y trabajadoras que no están afiliados a una caja de enfermedad, se aplica por analogía el parágrafo 175, apartado 3, inciso 2, del Libro Quinto del Código de Seguridad Social.

(2) El reembolso se concederá a instancia de parte. Hay que otorgarlo tan pronto como el empresario haya pagado el salario a que se refiere el parágrafo 3, apartados 1 y 2, y el parágrafo 9, apartado 1, de la Ley de Continuación del Pago del Salario, y el salario a que se refiere el parágrafo 11 de la Ley de Protección de la Madre o la contribución para el subsidio de maternidad a que se refiere el parágrafo 14, apartado 1, de la Ley de Protección de la Madre.

(3) El empresario tiene que comunicar a la caja competente de enfermedad la petición a que se refiere el apartado 2, inciso 1, por medio de una transmisión de datos segura y codificada con programas de chequeo de sistemas o de medios de ayuda mecánicos. En ese caso, hay que garantizar que se adopten las medidas de acreditación de la protección de datos y seguridad de datos correspondientes al estado actual de la técnica, que garanticen en especial la fiabilidad e integridad de los datos, así como la autenticación del sitio transmisor y receptor. En caso de uso de redes de accesibilidad general, hay que emplear procedimientos codificados. La Asociación Federal Central de Cajas de Enfermedad establece en lo esencial la vía de transmisión y los detalles del procedimiento, así como la estructura del conjunto de datos, que tienen que autorizar el Ministerio Federal de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con el Ministerio Federal de Salud; hay que oír a la Asociación Federal de Asociaciones de Empresarios Alemanes.

Parágrafo 3. Declaración del deber de participación

(1) La caja de enfermedad competente tiene que declarar al comienzo de cada año natural qué empresarios participan en la compensación de gastos empresariales a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1, mientras dure ese año natural. El empresario emplea no más de 30 trabajadores y trabajadoras, como regla, cuando en el último año natural que precede a aquél al que se refiere la declaración a adoptar de que trata el inciso 1, ha empleado durante un período de al menos ocho meses naturales no más de 30 trabajadores y trabajadoras. Si no ha existido la empresa durante todo el año natural de referencia a que se refiere el inciso 2, entonces el empresario participa en la compensación de gastos empresariales si durante el período de existencia de la empresa ha empleado no más de 30 trabajadores y trabajadoras en la mayor parte de meses naturales. Si la empresa se crea en el curso del año natural para el que se ha adoptado la declaración a que se

refiere el inciso 1, entonces el empresario participa en la compensación de gastos empresariales si, según el tipo de empresa, hay que suponer que el número de trabajadores y trabajadoras empleados durante la mayor parte de los meses naturales de ese año natural no sobrepasa 30. Del cálculo del número total de trabajadores y trabajadoras empleados quedan excluidas las personas discapacitadas a que se refiere el Libro Noveno del Código de Seguridad Social. Los trabajadores y trabajadoras que tienen que prestar servicios normalmente no más de 10 horas semanales se computarán con 0,25, los que tienen que prestar servicios no más de 20 horas, con 0,5, y los que tienen que prestar servicios no más de 30 horas, con 0,75.

(2) El empresario tiene que proporcionar los datos necesarios para llevar a cabo la compensación a la caja de enfermedad competente a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1.

(3) La Asociación Federal Central de Cajas de Enfermedad regula los detalles sobre la puesta en práctica del procedimiento de declaración a que se refiere el apartado 1.

Parágrafo 4. Negación y reclamación de devolución del reembolso

(1) El reembolso puede ser negado en casos concretos, siempre que el empresario no haya proporcionado o no haya proporcionado completamente los datos necesarios a que se refiere el parágrafo 3, apartado 2.

(2) La caja de enfermedad tiene que reclamar la devolución de los importes reembolsados al empresario, en especial cuando el empresario

1. Ha proporcionado culpablemente datos falsos o incompletos, o
2. Ha favorecido que se reembolsen cantidades, aunque sabía o debía saber que no existe el derecho a que se refiere el parágrafo 3, apartados 1 y 2, o el parágrafo 9, apartado 1, de la Ley de Continuación del Pago del Salario, o a que se refiere el parágrafo 11 o el parágrafo 14, apartado 1, de la Ley de Protección de la Madre.

En relación con ello, el empresario no puede invocar que no se ha enriquecido injustamente con los importes pagados. Puede prescindirse de la reclamación de devolución del reembolso cuando la cantidad pagada sin derecho es reducida y los correspondientes gastos de administración son muy desproporcionados.

Parágrafo 5. Cesión

Si se ha traspasado el derecho a la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el parágrafo 6 de la Ley de Continuación del Pago del Salario, entonces la caja de enfermedad sólo está obligada al reembolso cuando el empresario cede a la caja de enfermedad el derecho a él traspasado hasta el importe proporcional al importe reembolsado.

Parágrafo 6. Prescripción y compensación

(1) El derecho al reembolso prescribe a los cuatro años siguientes al transcurso del año natural en que correspondía.

- (2) Con los derechos al reembolso sólo pueden compensarse los derechos a
1. Pago de los importes de la contribución, cotizaciones al seguro legal de enfermedad y aquellas cotizaciones que tiene que ingresar la oficina de recaudación para las otras entidades gestoras de seguros sociales y para la Agencia Federal de Empleo,
 2. Devolución de anticipos,
 3. Devolución de importes reembolsados, pagados sin derecho,
 4. Reembolso de gastos de procedimiento,
 5. Pago de multas,
 6. Entrega de un pago obtenido de un tercero por el legitimado, que sea eficaz frente a la caja de enfermedad.

Parágrafo 7. Asignación de recursos

(1) Los medios para llevar a cabo los procedimientos U1 y U2 se aportan por los empresarios que participan en la compensación, a través de contribuciones especiales que tengan en cuenta apropiadamente los costes necesarios de administración.

(2) Las contribuciones se establecen en cada caso en un porcentaje del salario (tarifa de contribución), según el cual se calculan las cotizaciones al seguro legal de pensiones para los trabajadores, trabajadoras y formandos empleados en la empresa, o que serían calculadas en caso de deber de aseguramiento en el seguro legal de pensiones. En el cálculo de las contribuciones para los gastos a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1, no hay que tomar en consideración los salarios de los trabajadores y trabajadoras cuya relación laboral con un empresario no sea mayor de cuatro semanas, y no pueda corresponder, por causa del tipo de relación laboral, según el parágrafo 3, apartado 3 de la Ley de Continuación del Pago del Salario, ningún derecho al pago del salario en caso de enfermedad, ni tampoco las retribuciones pagadas a tanto alzado a que se refiere el parágrafo 23a del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social. Durante el período de referencia del salario del trabajo reducido, las contribuciones se calculan según el salario realmente percibido, con el límite de la base de cotización en el seguro legal de pensiones.

Parágrafo 8. Administración de los recursos

(1) Las cajas de enfermedad administran los recursos para la compensación de los gastos empresariales como patrimonio separado. Los recursos sólo pueden ser empleados para los objetivos legalmente prescritos o admitidos.

(2) Las cajas de enfermedad pueden, por medio de norma estatutaria, ceder la ejecución de los procedimientos U1 y U2 a otra caja de enfermedad o a una asociación federal o de Estado federado. La recaudación de las contribuciones

incumbe además a la caja de enfermedad cedente que ha transmitido las contribuciones pagadas por los empresarios a la caja de enfermedad o a la asociación ejecutivas. El parágrafo 90 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social se aplica por analogía.

Parágrafo 9. Estatutos

(1) Los Estatutos de la caja de enfermedad deben contener disposiciones en especial sobre

1. La cuantía de las tarifas de contribución,
2. Constitución de los recursos empresariales,
3. Confección del presupuesto,
4. Examen e inspección del cierre de cuentas.

(2) Los Estatutos pueden

1. Reducir la cuantía del reembolso a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1, y prever tarifas de reembolso distintas, que no queden por debajo del 40 por ciento,
2. Prever un reembolso global de la parte de la cotización conjunta de seguridad social a abonar por los empresarios por la retribución pagada a que se refiere el parágrafo 11 de la Ley de Protección de la Madre,
3. Prever el pago de anticipos,
4. (Derogado)
5. Regular la cesión a que se refiere el parágrafo 8, apartado 2.

(3) Los recursos empresariales no deben sobrepasar el importe de los gastos previstos para tres meses.

(4) En las cuestiones a que se refiere esta Ley, en los órganos de autoadministración, sólo participan los representantes de los empresarios; los órganos de autoadministración de las cajas de recaudación tienen que celebrar acuerdos con las organizaciones centrales de referencia para la representación de los intereses de los empresarios.

(5) Los apartados 1 a 4 también se aplican a la caja de enfermedad ejecutiva o a la asociación a que se refieren el parágrafo 8, apartado 2, inciso 1.

Parágrafo 10. Aplicación de preceptos jurídicos de seguridad social

Los preceptos vigentes sobre aseguramiento legal de la enfermedad se aplican por analogía, supuesto que esta Ley no disponga lo contrario.

Parágrafo 11. Preceptos de excepción

(1) El parágrafo 1, apartado 1, no se aplica a

1. La Federación, los Estados federados, las entidades locales y asociaciones de entidades locales, ni las demás corporaciones, instituciones y fundaciones

de Derecho público, ni tampoco a las asociaciones, instituciones y empresas que estén vinculadas por convenios colectivos vigentes para los empleados de la Federación, de los Estados federados o de las entidades locales, ni a las asociaciones de entidades locales, asociaciones locales y empresas comunales, con inclusión de sus asociaciones centrales,

2. La mano de obra civil empleada en puestos de servicio y en instalaciones comparables a éstas de las tropas extranjeras estacionadas en la República Federal de Alemania y allí empleada en relación con los cuarteles centrales de instalaciones militares internacionales del Pacto del Atlántico Norte,

3. Los que ejerzan industrias domésticas (parágrafo 1, apartado 1, letra b, de la Ley del Trabajo a Domicilio), así como a las personas mencionadas en el parágrafo 1, apartado 2, inciso 1, letras b y c, de la Ley del Trabajo a Domicilio, cuando estén equiparadas en relación con la regulación del salario.

4. Las asociaciones centrales de beneficencia voluntaria (Beneficencia de Trabajadores, Obra de Diáconos de la Iglesia Evangelista de Alemania, Asociación Caritas Alemana, Asociación de Beneficencia Paritaria Alemana, Cruz Roja Alemana y Servicio de Beneficencia Central de los Judíos en Alemania), con inclusión de sus secciones, instalaciones y establecimientos autónomos y no autónomos, a no ser que declaren por escrito e irrevocablemente ante una caja de enfermedad, con eficacia para todas las cajas de enfermedad y asociaciones ejecutivas, su participación en el procedimiento de contribución a que se refiere el parágrafo 1, apartado 1.

(2) El parágrafo 1 no se aplica a

1. Los familiares cooperadores y asegurados de un empresario agrícola a que se el parágrafo 2, apartado 1, número 3, de la Segunda Ley sobre el Aseguramiento de Enfermedad del Agricultor.

2. Los puestos de servicio e instalaciones comparables a éstas de las tropas extranjeras estacionadas en la República Federal de Alemania y relacionadas allí con los cuarteles centrales de instalaciones militares internacionales del Pacto del Atlántico Norte, con excepción de la mano de obra civil mencionada en el apartado 1, número 2.

3. En el marco del parágrafo 235b del Libro Tercero del Código de Seguridad Social, la preparación empresarial para ascensos subvencionada, y en el marco del parágrafo 246, apartado 2, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social, la formación profesional subvencionada en instalaciones no empresariales.

Parágrafo 12. Procedimiento de compensación voluntario

(1) Para las empresas de un sector económico, los empresarios pueden crear instituciones para la compensación de los gastos empresariales, en las que también participen los trabajadores, que no cumplan los requisitos del parágrafo 1. La creación y la regulación del procedimiento de compensación requieren de la autorización del Ministerio Federal de Salud.

(2) Al empresario cuyos gastos se le compensen por la institución a que se refiere el apartado 1, no le resultan de aplicación los preceptos de esta Ley.

(3) Las corporaciones, asociaciones de personas y masas patrimoniales a que se refiere el párrafo 1, apartado 1, de la Ley Fiscal de las Corporaciones, que estén autorizadas como institución por el Ministerio Federal de Salud, en el modo mencionado en el apartado 1, están exentas del impuesto de corporaciones, del impuesto industrial y del impuesto sobre el patrimonio.

**UNA NUEVA VALORACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS
PLAZOS PRECLUSIVOS DE DOS FASES EN EL DERECHO ALEMÁN
DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA***

[A NEW LEGAL CONSTITUTIONAL ASSESMENT OF THE TWO-STEPS
LIMITATION PERIODS IN THE GERMAN COLLECTIVE BARGAINING LAW]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 31 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 1.12.2010.- III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO SOBRE LOS PLAZOS PRECLUSIVOS DE DOS FASES.- IV. LA NUEVA VALORACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO.- 1. Suspensión del transcurso del plazo.- 2. La acción de protección contra el despido como reclamación judicial.- 3. Ineficacia de la cláusula.- 4. Toma de posición.- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT DECISION OF 1.12.2010.- III. THE CASE-LAW OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT ABOUT TWO-STEPS LIMITATION PERIODS.- IV. THE NEW LEGAL CONSTITUTIONAL ASSESMENT OF CLAIMING AGAINST DISMISSAL.- 1.- The suspension of the course of the period.- 2. The action against dismissal as a judicial claim.- 3. The inefficacy of the clause.- 4. Personal opinion.- V. CONCLUSION.

Resumen: El T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] ha considerado, en una decisión de Sala de 1 diciembre 2010, como violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el rechazo de una acción relativa a demora en el cobro del salario, condicionada por un plazo preclusivo de dos fases. En consecuencia, se pone en cuestión la jurisprudencia actual del T[ribunal]F[ederal] de T[rabajo], según la cual el ejercicio de una acción de protección contra el despido no representa ninguna reclamación judicial eficaz de pretensiones salariales, en caso de cláusulas preclusivas de dos fases de carácter convencional. La contribución analiza las

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Verfassungsrechtliche Neubewertung zweistufiger Ausschlussfristen im deutschen Tarifrecht“), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

posibilidades de una interpretación conforme con la Constitución de dichas cláusulas convencionales.

***Abstract:** The F[ederal]C[onstitutional]C[ourt], in a Chamber decision of December 1st, 2010, has deemed as a violation of the fundamental right to a due process of Law, to dismiss an action aimed at requiring non payed salaries, and conditioned by a limitation period in two steps. Therefore, it has questioned the present case-Law of the F[ederal]L[abor]C[ourt], according to which the bringing of a dismissal action does not tantamount any efficacy judicial claim of salary demands, in the case of agreed two-steps limitation clauses. This paper analyses the possibilities of an interpretation of such contract clauses consistent with the Constitution.*

Palabras clave: Convenios colectivos – Plazos preclusivos – Alemania – Tribunal Federal de Trabajo – Derecho comparado del Trabajo

***Keywords:** Collective bargaining agreements – Limitation of actions – Germany – Federal Labor Court – Comparative Labor Law*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica convencional alemana, los plazos preclusivos representan una regla usual. Casi todos los convenios colectivos contienen plazos preclusivos, según los cuales las partes del contrato de trabajo deben reclamar sus pretensiones recíprocas, dentro de un plazo relativamente corto. El período para la reclamación suele ser principalmente de entre uno y tres meses¹. Si una de las partes del contrato omite el cumplimiento de este plazo, ello conduce a la pérdida total del derecho: mientras que en los casos de prescripción se trata de una excepción, que el oponente del derecho debe invocar explícitamente, el tribunal tiene que examinar de oficio la existencia de un plazo preclusivo².

Los plazos preclusivos de dos fases constituyen una variante ampliamente difundida: en la primera fase, el derecho debe reclamarse frente a la otra parte dentro de un plazo determinado, lo que requiere la mayoría de las veces una reclamación formal. Si luego el derecho no se satisface o se revoca, entonces debe ser accionado judicialmente, al amparo de la segunda fase, dentro de un nuevo plazo breve. Tanto la omisión del plazo en la primera como en la segunda fase, conduce a que se extinga el derecho.

En una importante decisión³, el T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] se ha ocupado de la dimensión constitucional de dichos plazos preclusivos de dos etapas. En ella, se pone en cuestión la jurisprudencia actual del T[ribunal]F[ederal] de]T[rabajo], que hasta ahora, en caso de plazos preclusivos convencionales de dos fases, no consideraba el ejercicio de una acción de protección contra el despido como reclamación judicial suficiente de salarios y otros derechos. Esto debe ser explicado en lo que sigue, y unido a ello, debe indagarse qué efectos se derivan de la decisión del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional].

II. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL DE 1.12.2010

¹ *Brecht-Heitzmann*, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, 2010, pág. 506.

² Jurisprudencia constante, véase por ejemplo *BAG* 22. 1. 2008 – 9 AZR 416/07, AP Nr. 191 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (marg. 23); *BAG* 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, AP Nr. 1 zu § 310 BGB (en IV 7 a).

³ *BVerfG* 1. 12. 2010 – 1 BvR 1682/07, NZA 2011, 354; al respecto, véase *Brecht-Heitzmann*, DB 2011, 1523.

La Sala Tercera del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] aceptó un amparo constitucional, con el que el recurrente en amparo se dirigía contra el rechazo judicial de una demora en el cobro del salario. En un procedimiento anterior, la empresaria había sido condenada a la emisión de una declaración de voluntad, relativa a la asunción del recurrente en amparo en conexión con una formación profesional limitada a doce meses, mediante una relación laboral a jornada completa. A continuación, sin embargo, el procedimiento iniciado para la reclamación de la mora salarial de los doce meses finalizó con absolución de la demanda por el T[ribunal de]T[rabajo de]E[stado]f[ederado] de Colonia, por causa del incumplimiento de un plazo preclusivo convencional de dos fases, lo cual fue confirmado por el T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo] con desestimación de la queja de no admisión. En cambio, el T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] consideró lesionado al recurrente en amparo en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y remitió el litigio al Tribunal de Trabajo de Estado federado.

Para fundamentarlo, el T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] aplicó el artículo 2, apartado 1, de la C[onstitución]F[ederal] en conexión con el principio del Estado de Derecho garantizado a las partes en la tutela judicial efectiva del proceso civil. Ya no cabía dificultárseles irrazonablemente, de modo no justificado por el objeto del pleito, el acceso a los tribunales. Y de ahí que no pudiera hacerse imposible en la práctica al interesado la invocación del tribunal, a través del establecimiento de costas procesales. La continuación del contencioso se frustraría también de hecho, si el riesgo de costas no guarda relación con el resultado perseguido con el procedimiento, de manera que el recurso al tribunal ya no se presenta como útil. Esto lo reconoce el legislador, a través del párrafo 4 de la L[ey de]P[rotección contra el]D[espido] y el párrafo 42, apartado 3, inciso 1, de la L[ey de]C[ostas]J[udiciales], cuando el valor del litigio en los litigios monitorios se limita a tres meses de ingresos, y el trabajador sólo está obligado a ejercitar la acción pendiente dentro de tres semanas⁴.

No está en esa línea la sentencia recurrida. El riesgo de costas en el litigio sobre la existencia de la relación laboral se incrementa, porque el recurrente en amparo ya estaría obligado antes de la conclusión de este litigio, a accionar sus pretensiones sobre la aceptación del pago del salario. Ante este contexto, no debía haberse gravado al recurrente en amparo con la obligación asumida por el T[ribunal de]T[rabajo de]E[stado federado] de ejercitar la acción antes de la conclusión en firme del proceso previo en cuanto al fondo⁵.

⁴ *BVerfG*, en el respectivo lugar indicado (nota 1, marg. 21 y ss.).

⁵ *BVerfG*, en el respectivo lugar indicado (nota 1, marg. 25 y s.).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO SOBRE LOS PLAZOS PRECLUSIVOS DE DOS FASES

Aunque la decisión está parcialmente en contradicción con la jurisprudencia actual del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], el T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] no dice ni una palabra al respecto en su decisión. En todo caso, la primera fase de los plazos preclusivos no plantea problemas: el T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], en principio, considera apropiado el ejercicio de la acción de protección contra el despido, para cumplir la reclamación extrajudicial prevista en la regulación de los plazos preclusivos, supuesto que estén afectados derechos que dependan del desenlace del proceso de protección contra el despido⁶. Para fundamentarlo, se considera que el objetivo conjunto de la acción de protección contra el despido, como regla, no se restringe al mantenimiento del puesto de trabajo. Más bien, la acción también se orienta simultáneamente al aseguramiento de los derechos que posiblemente se iban a perder con la pérdida del puesto de trabajo. Con el ejercicio de una acción de protección contra el despido, el empresario está suficientemente informado de la voluntad del trabajador de mantener los derechos individuales derivados de la relación laboral, amenazados por el despido⁷.

La contradicción con la decisión del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] se desprende, no obstante, de los plazos preclusivos convencionales a propósito de la segunda fase de una reclamación judicial: así, según la opinión del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], no debe bastar la acción de protección contra el despido para reclamar los derechos salariales. Esto se aplica propiamente a los derechos de pago que dependen de la existencia de una relación laboral⁸. Entonces, la persecución judicial de los derechos remuneratorios exige el ejercicio de una acción cuyo objeto son estos derechos. El objeto de una acción de protección contra el despido, sin embargo, es solamente la eficacia del despido⁹.

⁶ BAG 17. 11. 2009, – 9 AZR 745/08 (marg. 26); BAG 11. 2. 2009, AP Nr. 192 zu § 4 TVG Ausschlussfrist (marg. 17); BAG 14. 12. 2005 – 10 AZR 70/05, AP Nr. 281 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau (marg. 24).

⁷ BAG 17. 11. 2009 (nota 4, marg. 26).

⁸ BAG 17. 11. 2009 (nota 4, marg. 28); BAG 26. 4. 2006 – 5 AZR 403/2006, AP Nr. 188 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (marg. 16); BAG 8. 8. 2000 – 9 AZR 418/99, AP Nr. 151 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (en I 2 a); BAG 21. 3. 1991 – 2 AZR 577/90, AP Nr. 49 zu § 615 BGB (en II 3); BAG 8. 8. 1985 – 2 AZR 459/84, AP Nr. 94 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (en II 2 d); BAG, 22. 2. 1978 – 5 AZR 805/76, AP Nr. 63 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (en 2); BAG 8. 1. 1970 – 5 AZR 124/69, AP Nr. 43 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (en 2 b); BAG 9. 3. 1966 – 4 AZR 87/65, AP Nr. 31 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; BAG 3. 11. 1961 – 1 AZR 302/60, SAE 1962, 155.

⁹ BAG 17. 11. 2009 (nota 4, marg. 28).

Esta jurisprudencia ha padecido una crítica justificada por parte de la doctrina científica¹⁰. El trabajador estaría obligado a causa de ello a un comportamiento no procesalmente económico, con un riesgo de costas importante¹¹. Esta crítica ha tenido como resultado repercusiones en la jurisprudencia del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], al menos para los plazos preclusivos de dos etapas que no están regulados en un convenio colectivo. Así, la interpretación relativa a las regulaciones convencionales no es aplicable a los plazos preclusivos de dos fases acordados en contrato individual, que están sujetos a un control de contenido, según los párrafos 305 y ss. del C[ódigo]C[ivil], en cuanto que condiciones generales de la contratación: para unos, el plazo mínimo para la reclamación judicial asciende aquí a tres meses¹². Para otros, según la opinión de la Sala Quinta del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], basta la acción de protección contra el despido para impedir la caducidad de los derechos del trabajador por demora en el cobro, si dependientes del resultado del proceso de despido¹³. El trabajador no debe entender la cláusula correspondiente en el sentido de que se le exige tener que ejercitar una acción de condena concreta dentro del plazo determinado respectivo, tras el vencimiento de los derechos por demora en el cobro y de otros eventuales derechos, sin conocer el resultado del procedimiento de protección contra el despido, con asunción de un riesgo de costas innecesario¹⁴. Además, esto se corresponde con el objetivo de la regulación de plazos preclusivos, pues ya con el ejercicio de la acción de protección contra el despido, la parte contraria puede adaptarse a las exigencias dependientes del desenlace del procedimiento de protección contra el despido, asegurar pruebas, y crear fondos de reserva preventivos¹⁵.

La Sala Primera del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo] ha aducido argumentos parecidos en relación con las cláusulas de caducidad en los acuerdos de empresa, y ha valorado el plazo preclusivo de dos etapas como una intromisión

¹⁰ *Fromm*, ZTR 2003, pág. 70 y ss.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band 1, §18 IV 1 i, pág. 831 y ss.; *Preis* en: Erfurter Kommentar, 12ª ed. 2012, §§ 194-218 BGB marg. 63 y s.; *Kempen/Zachert-Stein*, Tarifvertragsgesetz, 4ª ed. 2006, § 4 marg. 515 y s.; *Wiedemann-Wank*, 7ª ed. 2007, § 4 marg. 865 y ss.; *Zöllner*, AP Nr. 31 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; cfr. también *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 3ª ed. 2010, § 4 marg. 291.

¹¹ Cfr., por ejemplo, *Preis*, ZIP 1989 pág. 885, 898.

¹² *BAG* 12. 3. 2008 – 10 AZR 152/07, AP Nr. 10 zu § 305 BGB (marg. 24); *BAG* 13. 6. 2006 – 8 AZR 271/05, AP Nr. 305 zu § 613a BGB (marg. 32); *BAG* 25. 5. 2005 (nota 2, marg. 29 y ss.). En cambio, lo contrario para cláusulas anteriores a la entrada en vigor de la reforma del Derecho de obligaciones: *BAG* 28. 9. 2006 – 8 AZR 568/05, AP Nr. 45 zu § 242 BGB Auskunftspflicht (marg. 17); *BAG* 27. 10. 2005 – 8 AZR 546/03, AP Nr. 13 zu § 12a ArbGG 1979 (marg. 21).

¹³ *BAG* 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 (marg. 31); *BAG* 23. 9. 2009 – 5 AZR 518/08, AP Nr. 15 zu § 115 SGB X (marg. 34); *BAG* 19. 3. 2008 – 5 AZR 429/07, AP Nr. 11 zu § 305 BGB (marg. 27 y ss.).

¹⁴ *BAG* 19. 5. 2010 (nota 11, marg. 31); *BAG* 19. 3. 2008 (nota 11, marg. 27).

¹⁵ *BAG* 19. 5. 2010 (nota 11, marg. 31).

desproporcionada en los derechos del trabajador. La construcción legal de un riesgo de costas restringido al salario de un trimestre, plantea el peligro de accionar los derechos de demora en el cobro ya durante el proceso de protección contra el despido en curso, si el trabajador está obligado. También en caso de cálculo de otro tipo de retribución, conforme al parágrafo 615 del C[ódigo]C[ivil], hay que tener en cuenta que éste afecta a toda la remuneración por la duración total de la demora en el cobro. Así, podría comprobarse más tarde sobre la base del pago global ofrecido, que el trabajador ha ganado demasiado, y de ahí que deba devolver determinadas contribuciones al empresario, por causa de enriquecimiento injusto. Entonces, los plazos preclusivos podrían conducir incluso a que el trabajador deba accionar, con la carga de costas correspondiente, derechos que ya hubiese reembolsado, tras vencer definitivamente, por causa de otro salario adicional posterior, según el parágrafo 812 del C[ódigo]C[ivil]¹⁶.

IV. LA NUEVA VALORACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL EJERCICIO DE UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

La argumentación del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] cabe aplicarla directamente a la situación de ejercicio de una acción de protección contra el despido¹⁷. El riesgo de costas de la acción de protección contra el despido, según el parágrafo 42, apartado 3, inciso 1, de la L[ey de]C[ostas]J[udiciales], se limita a los tres meses de salarios con fijación de la cuantía del litigio. Sin embargo, el plazo preclusivo de dos fases obliga al trabajador a la reclamación de la demora en el cobro del salario, así como de otros derechos, en la tramitación de la acción de condena o de la acción declarativa, que no obstante —en tanto que más amplias que la acción de protección contra el despido— debe ser apropiada para la aclaración de la materia litigiosa en su conjunto¹⁸. En caso de un proceso que dure tres años hasta la decisión firme, esto puede significar, por tanto, sólo en relación con los derechos salariales, un riesgo de costas doce veces más alto en comparación con la acción de protección contra el despido. En consecuencia, el acceso a los tribunales laborales se dificulta de un modo que ya no es compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] sólo ha mencionado la consecuencia de que el ejercicio de la acción, para la defensa de los derechos derivados de la relación laboral, no debe ser necesariamente anterior a la conclusión del litigio sobre la existencia de la relación laboral. Por qué vía hay que

¹⁶ BAG 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 (marg. 31 y ss.).

¹⁷ Coincidiendo en el resultado, igualmente, *Ennemann*, FA 2011, 133 y ss.; *Ganz*, ArbR 2011, 557 y ss.

¹⁸ BAG 29. 6. 1989 – 6 AZR 459/88, AP Nr. 103 zu § 4 TVG Ausschlussfristen (en II 2 d).

alcanzar este objetivo, lo deja abierto la Sentencia del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional]. Al respecto, hay que tomar en consideración tres soluciones diferentes acordes con la Constitución, que deben ser expuestas y valoradas a continuación.

1. Suspensión del transcurso del plazo

Muchas cláusulas preclusivas convencionales establecen que el plazo para la reclamación judicial sólo comienza con la decisión firme en el proceso de protección contra el despido¹⁹. Una parte de la doctrina científica expresa la opinión de que los plazos preclusivos de dos fases debían ser interpretados generalmente de este modo²⁰.

En dicha interpretación, puede ser problemático que ello no se deduzca directamente del tenor literal de la cláusula convencional. No obstante, con dicha interpretación, se mantiene en buena medida la sustancia del significado de la norma convencional.

2. La acción de protección contra el despido como reclamación judicial

Una interpretación concebible de la Sentencia del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] puede ser, además, que la segunda fase de los plazos preclusivos convencionales también se garantiza con el ejercicio de las acciones de protección contra el despido, en relación con todos los derechos ordinariamente dependientes de la existencia de la relación laboral²¹. Los plazos preclusivos convencionales de dos fases habría que interpretarlos, en principio, en el sentido de que con la acción de protección contra el despido se cumple la exigencia de reclamación judicial.

El tenor literal de la cláusula interpretable deberá ser a menudo muy ampliado en caso de dicha interpretación. En relación con ello, se plantea la cuestión de si esta interpretación está de acuerdo con la voluntad de las partes del convenio colectivo.

¹⁹ Müller-Glöge en: Münchener Kommentar zum BGB, 5ª ed. 2009, § 611 marg. 1196.

²⁰ Fromm, ZTR 2003, pág. 70, 72 y s.; Preis, ZIP 1989, pág. 885, 899; Wiedemann, AP Nr. 60 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; Zöllner, en los respectivos lugares indicados (nota 8); sobre la problemática comparable de la prescripción, ya Hueck, AP Nr. 1 zu § 209 BGB.

²¹ Nägele/Gertler, NZA 2011 S. 442, 445. En este sentido, también, ArbG Hagen 8. 3. 2011 – 1 Ca 2809/08 (marg. 38 y ss.).

3. Ineficacia de la cláusula

En parte, se expresa la opinión de que es sólo asunto de las partes del convenio colectivo adoptar reglas que impidan procesos innecesarios²². No puede ser función de la jurisprudencia el desarrollo de construcciones subsidiarias, si las partes del convenio colectivo pudiesen lograrlas con remedios propios²³. Si se prosigue con estas ideas, entonces dependerá exclusivamente de las partes del convenio colectivo que se acuerde un plazo preclusivo conforme a la Constitución. Si la cláusula de preclusión convencional de dos fases no adopta ninguna regla para la reclamación judicial de los derechos durante el proceso de protección contra el despido, entonces esta falta no podría ser suplida por una interpretación de la norma convencional que ya no se adecúa al tenor literal. Como consecuencia, sólo quedaba la ineficacia del plazo preclusivo de dos fases. Dado que, típicamente, la primera y segunda fases del plazo preclusivo no se regulan en el mismo apartado, sólo la segunda fase estaría afectada por la ineficacia. En relación con la cláusula preclusiva de dos fases, por causa de la anulación de la última parte de la regulación, existiría entonces un plazo preclusivo simple.

Al igual que las otras dos soluciones, dicha conclusión jurídica tiene ventajas e inconvenientes. Inconveniente es el de que el contenido original de la norma convencional no permanece incólume. Por otro lado, no se asigna a la norma convencional ningún significado que no estuviera en armonía con la voluntad de las partes del convenio colectivo. Esto respeta de modo especial el privilegio de creación de normas autónomas de las coaliciones.

4. Toma de posición

Cuál de las tres soluciones posibles haya que aplicar en el caso concreto, depende de la respectiva regulación convencional. En todo caso, se trata de un problema de interpretación constitucional de las normas convencionales. Por principio, los tribunales sólo pueden poner reparos a las infracciones del Derecho jerárquicamente superior, y no decidir qué regulación convencional les parece adecuada²⁴. Sin embargo, una interpretación conforme a la Constitución es posible y aconsejable, supuesto que se encuentre en armonía con las reglas de interpretación generales de las normas convencionales.

²² APS-Ascheid/Hesse, 3ª ed. 2007, § 4 KSchG marg. 157.

²³ Wiedemann-Wank (nota 8), § 4 marg. 866.

²⁴ BAG 18. 5. 1999 – 9 AZR 419/98, AP Nr. 1 zu § 1 TVG: Fleischerhandwerk (marg. 29).

Según opinión del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], la interpretación de la parte normativa de los convenios colectivos sigue los principios aplicables para la interpretación de las leyes. En primer lugar, hay que partir del tenor literal del convenio, en cuyo basamento debe averiguarse la voluntad real de las partes del convenio colectivo, supuesto que tenga repercusión en las reglas convencionales. El contexto convencional puede dar informaciones sobre el objetivo perseguido por las partes del convenio colectivo, y además, cabe recurrir a la génesis y a la práctica convencional. La practicabilidad y el sentido del resultado interpretativo tienen que ser evidentes. En caso de duda, tiene prioridad la interpretación que conduce a una regla razonable, objetiva, orientada a lo perseguido y de utilidad práctica²⁵. En el caso normal, alcanza los mismos resultados la prevalente «teoría subjetiva», que partiendo del sentido literal de la norma convencional, sin embargo, se apoya decisivamente en la voluntad de las partes del convenio colectivo²⁶.

Supuesto que el tenor literal de un plazo preclusivo de dos fases admitiese varias interpretaciones posibles, permite averiguar su voluntad real a través de una consulta a las partes del convenio colectivo²⁷. En muchos casos, esto conducirá al resultado interpretativo de que debe ser necesaria una reclamación judicial en la segunda fase sólo tras la conclusión firme del proceso de protección contra el despido. En su caso, la voluntad de las partes del convenio colectivo también puede, sin embargo, empeñarse en valorar el ejercicio de la acción de protección contra el despido como reclamación judicial.

No obstante, si no se establece la correspondiente voluntad inequívoca de las partes del convenio colectivo, dicha interpretación atribuiría al convenio colectivo un contenido no querido por ellas. Esto estaría en contradicción con la libertad de decisión de la autonomía colectiva, a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la C[onstitución]F[ederal]. En tal caso, sólo puede existir la consecuencia de la ineficacia (en su caso, parcial) de la cláusula preclusiva de dos fases: pues el resultado interpretativo, que no refleja la voluntad de las partes del convenio, dañaría la autonomía colectiva en mayor medida que la ineficacia de la norma convencional. Se mantiene la función de las partes del convenio colectivo de formular plazos preclusivos en armonía con las exigencias constitucionales.

²⁵ Jurisprudencia constante, cfr. últimamente *BAG* 14. 12. 2010 – 9 AZR 686/09 (marg. 18), con justificaciones adicionales.

²⁶ *Kempen/Zachert-Zachert* (nota 8), Introd., marg. 374 y ss.

²⁷ Cfr., por ejemplo, *BAG* 12. 11. 1998 – 2 AZR 80/98, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Dachdecker (marg. 17).

V. CONCLUSIÓN

En una decisión de Sala, el T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] ha considerado como violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el rechazo de una acción relativa a demora en el cobro del salario condicionada por un plazo preclusivo de dos fases, dado que la reclamación judicial eficaz hubiera debido efectuarse antes de la conclusión firme del proceso sobre la existencia de la relación laboral. Esta decisión está en contradicción con jurisprudencia constante del T[ribunal]F[ederal de]T[rabajo], según la cual el ejercicio de una acción de protección contra el despido ya cubre la primera fase del plazo preclusivo, y sin embargo, no representa ninguna reclamación judicial eficaz de las pretensiones salariales.

La Sentencia del T[ribunal]F[ederal]C[onstitucional] tiene consecuencias de más alcance, dado que en el futuro deberán reclamarse judicialmente las pretensiones conectadas a la existencia de la relación laboral, sólo tras la conclusión del proceso de protección contra el despido. La concreta regulación convencional depende de si ésta puede entenderse en el sentido de que las pretensiones derivadas de la relación laboral deben accionarse sólo tras la finalización del proceso de protección contra el despido, o si ya se consideran reclamables con el ejercicio de la acción de protección contra el despido. Si el tenor literal y la falta de una voluntad inequívoca de las partes del convenio colectivo no admiten dicha interpretación, esto conduce a la ineficacia (en su caso, parcial) relativa a la segunda fase del plazo preclusivo convencional.

EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL FEDERAL NORTEAMERICANO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR DE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS, COMPARÁNDOLA CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y SU TRADUCCIÓN CASTELLANA

[THE AMERICAN FEDERAL MINIMUM WAGE. A STUDY IN CONTEXT OF THE UNITED STATES CODE, SECTION 206 OF TITLE 29, IN COMPARISON WITH THE SPANISH LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION]

Álvaro Díaz del Río Lago

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2011

Sumario: I. LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- II. LOS PRESIDENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL FEDERAL.- III. ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL ARTÍCULO 27 DE NUESTRO ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- IV. CONCLUSIONES.- V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

Contents: I. SECTION 206 OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- II. THE PRESIDENTS OF THE UNITED STATES AND THE FEDERAL MINIMUM WAGE.- III. A COMPARATIVE STUDY BETWEEN SECTION 206 OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE AND SECTION 27 OF OUR WORKERS' STATUTE.- IV. CONCLUSIONS.- V. A CASTILIAN TRANSLATION OF SECTION 206 OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.

Resumen: Este trabajo estudia las similitudes y diferencias entre la norma federal norteamericana y la norma española reguladoras del salario mínimo, poniendo de relieve el dato de que es una institución clave para la Presidencia de los Estados Unidos desde 1938.

Abstract: This paper studies the similarities and differences between American federal norm and the Spanish norm ruling the minimum wage, highlighting the feature that it is a key institution for the Presidency of the United States since 1938.

Palabras clave: Salario mínimo – Estados Unidos de América – Roosevelt – España – Derecho comparado del Trabajo

Keywords: Minimum wage – United States of America – Roosevelt – Spain – Comparative Labor Law

* * *

I. LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. La sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos —que es la norma donde aparecen recopiladas todas las Leyes federales norteamericanas, resultando accesible su contenido gratuitamente en Internet, a través del sitio oficial equivalente a nuestro *Boletín Oficial del Estado*, ubicado en www.gpoaccess.gov¹— es un precepto largo, redactado —en parte— en un inglés antiguo (del que ya no se utiliza hoy, por parte de los políticos actuales, para poner por escrito las Leyes), y que he procedido a traducir íntegramente —por indicación de mis tutores— desde su inglés original al castellano², dado su evidente interés comparatista no sólo para nosotros, los españoles, sino también para el resto de ciudadanos de la Unión Europea que se ganan la vida trabajando a cambio de un salario. Es un precepto que sigue dando mucho que hablar y que escribir en los Estados Unidos³; y formalmente hablando, consta de siete apartados, ordenados por letras entre dos medios paréntesis [de la (a) a la (g)], aunque materialmente hablando sean sólo seis apartados, visto que la letra (c) figura como «derogada [*repealed*]», habiéndose producido esta derogación en 1996. Desde el punto de vista de su contenido, el rótulo de esta sección (literalmente, «Salario mínimo [*Minimum wage*]») lo dice todo, cabiendo afirmar respecto de ese contenido —de momento— sólo lo siguiente: 1) que ese «salario mínimo» tiene una cuantía a día de hoy de «7,25 dólares por hora», equivalentes —en el momento en que esto escribo— a aproximadamente 5 euros por hora; 2) se trataría, con terminología española, de un verdadero salario mínimo interprofesional, puesto que el ámbito de cobertura de dichos «7,25 dólares por hora» se refiere no sólo a los trabajadores asalariados corrientes y molientes, sino también a quien «está empleado como marinero en un buque norteamericano [*seaman on an American vessel*]»⁴, a quien «está empleado en la agricultura [*employed in agriculture*]»⁵, a los «trabajadores de empresarios que prestan contratos de servicios a los Estados Unidos [*employees of employers providing contract services to United States*]»⁶, a los «trabajadores del

¹ Sobre él, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 12-13.

² Véase *infra*, V.

³ Sólo en el último año, véase B.E. KAUFMAN, «Institutional economics and the minimum wage: broadening the theoretical and policy debate», *Industrial and Labor Relations Review*, núm. 63 (2010), págs. 427 y ss.; A.D. JYLES, «The newly increased minimum wage: Congress's way of robbing Peter to pay Paul», *Southern University Law Review*, núm. 37 (2010), págs. 353 y ss.; y T.A. PALO, «Minimum wage, justifiably unenforced?», *Seton Hall Legislative Journal*, núm. 35 (2010), págs. 36 y ss.

⁴ Apartado (a)(3).

⁵ Apartado (a)(4).

⁶ Apartado (e).

servicio doméstico [*employees in domestic service*]⁷, e incluso, al «trabajador a domicilio [*home worker*]⁸, que es —en los Estados Unidos de Norteamérica, y también en Europa— el trabajador no retribuido como regla por unidad de tiempo, sino «por unidad de obra [*piece rate*]⁹; y 3) en principio, que ese «salario mínimo» horario sólo conoce una excepción, por razón de la edad del trabajador afectado, pues —siempre según este precepto legal— «cualquier empresario puede pagar a cualquier trabajador de dicho empresario, durante los primeros 90 días naturales consecutivos siguientes a que dicho trabajador sea inicialmente empleado por dicho empresario, un salario que no sea menor de 4,25 dólares por hora»¹⁰, teniendo en cuenta que esto «se aplicará sólo al trabajador que no haya cumplido la edad de 20 años»¹¹.

2. Por paradójico que pueda resultarnos a los europeos, esta sección no constituye lo que los norteamericanos denominan «Derecho positivo», significando esto lo siguiente¹²: 1) el tenor del precepto en cuestión no hace «prueba plena [*legal evidence*]¹²» del Derecho en él contenido, a diferencia de los preceptos insertados en otros Títulos —como, por ejemplo, el Título 28 (rotulado «Organización judicial y enjuiciamiento civil [*Judiciary and judicial procedure*]¹²)— que sí tienen la naturaleza, en cambio, de «Derecho positivo»; 2) por esta razón, el Código aquí sólo constituye «prueba “*iuris tantum*” [*prima facie evidence*]¹²» de su contenido, lo que explica que los operadores jurídicos norteamericanos deban seguir citando todavía el texto de las Leyes no codificadas, enlatadas en dichos Títulos, a través del repertorio oficial denominado «Leyes en extenso [*Statutes at large*]¹²» —que sí hace prueba plena del Derecho en cuestión, según la sección 112 del Título 1 del Código de los Estados Unidos—, cuya consulta también resulta posible a través del portal jurídico del Gobierno de los Estados Unidos; y 3) la Ley aquí enlatada, de cuyo contenido forma parte la sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos es la importantísima y trascendental —sin hipérbole— «Ley de Condiciones de Trabajo Justas [*Fair Labor Standards Act*]¹³» de 1938¹³. En la actualidad, el contenido de esta última Ley

⁷ Apartado (f).

⁸ Apartado (a)(2).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Apartado (g)(1).

¹¹ Apartado (g)(4).

¹² Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., pág. 24.

¹³ Sobre ella, recientes, véase J.L. CURIALE, «America's new glass ceiling: unpaid internships, the Fair Labor Standards Act, and the urgent need for change», *Hastings Law Journal*, núm. 61 (2010), págs. 1531 y ss.; K.K. HART, «H-2B Workers and the obligations of employers under the Fair Labor Standards Act: How Castellanos-Contreras v. Decatur Hotels, L.L.C. changed the theory of reimbursement requirements», *Tulane Law Review*, núm. 84 (2010), págs. 1305 y ss.; y A.M. ROTHE, «Blackberrys and the Fair Labor Standards Act: does a wireless ball and chain entitle white-collar workers to overtime compensation?», *Saint Louis University Law Journal*, núm. 54 (2010), págs. 709 y ss.

aparece recopilado en el Capítulo 8 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, secciones 201 a 219, bajo el rótulo genérico —de lógica aplastante— «Condiciones de trabajo justas [*Fair labor standards*]». De entre los preceptos de este Capítulo, a tener muy en cuenta para una interpretación sistemática (y también, para una correcta comprensión) del contenido de nuestra sección 206 —asimismo insertada en él—, destaca sobremanera uno, que horrorizaría en Europa, pero que resulta completamente ilustrativo de lo que los europeos motejamos como típico «*American way of life*».

3. Este precepto es la complejísima y larguísima sección 203 (rotulada «Definiciones [*Definitions*]»), que contiene un número virtualmente indecible de ellas, ordenadas por letras desde la (a) hasta la (y), interesándonos únicamente la correspondiente a lo que sea «empresa», a los efectos de la Ley. Pues bien, lo importante a retener aquí es que muchas empresas pequeñas —entendiendo por tales las que no alcancen un determinado volumen de negocio¹⁴— quedan «exentas» de cumplir lo preceptuado en la propia Ley (y por tanto, de cumplir el mandato imperativo de pagar «7,25 dólares por hora»)¹⁵, pues «“empresa implicada en el comercio o en la producción de bienes para el comercio” significa una empresa que ... tiene trabajadores implicados en el comercio o en la producción de bienes para el comercio, o que tiene trabajadores manejando, vendiendo o trabajando de otro modo sobre bienes o materiales que hayan sido trasladados o producidos para el comercio por cualquier persona; y ... sea una empresa cuyo volumen bruto anual de ventas concluidas, o negocio realizado, no sea menor de 500.000 dólares (con exclusión de impuestos especiales que estén establecidos separadamente en el nivel del comercio al por menor) [*an enterprise whose annual gross volume of sales made or business done is not less than \$500,000 (exclusive of excise taxes at the retail level that are separately stated)*]»¹⁶. La sección 206 impone, sin embargo, una «excepción» a la recién citada «exención» de pequeña

¹⁴ Esta es una de las dos vías que conduce al resultado de que la empresa tenga que pagar a sus trabajadores el salario mínimo (doctrinalmente denominada «*enterprise coverage*»), existiendo otra vía (denominada «*individual coverage*») que puede conducir al mismo resultado, aunque se trate de una empresa clamorosamente pequeña. Sobre el tema, datándolo (la segunda vía se remonta a los orígenes de la Ley, mientras que la primera fue resultado de una enmienda de 1961), con su jurisprudencia, véase R.N. COVINGTON y K.H. DECKER, *Employment Law. In a nutshell*, 2ª ed., West Group (St. Paul-Minn, 2002), págs. 397 y ss.

¹⁵ Al respecto, véase R. CARLSON, «The small firm exemption and the single employer doctrine in employment discrimination Law», *St. John's Law Review*, vol. 80 (2006), págs. 1197 y ss. Por supuesto, no todas las Leyes laborales federales contienen dicha clase de «exenciones», aunque también se refieran a las estructuras del Derecho individual norteamericano del Trabajo. Es el caso, por ejemplo, de la «Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo [*Occupational Safety and Health Act*]» de 1970 —equivalente de nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales—, en la que se afirma que «la palabra “empresario” significa una persona implicada en un negocio que afecte al comercio, que tenga trabajadores» [cfr. sección 652(5) del Título 29 del Código de los Estados Unidos].

¹⁶ Cfr. sección 203(s)(1)(A) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

empresa¹⁷, relativa justamente a los titulares de un hogar familiar que empleen servidores domésticos —por resultar evidente que dichos titulares nunca podrían ser conceptuados como medianas o pequeñas empresas—, pues dicho precepto se aplica «a todo trabajador» que cumpla alguna de las dos siguientes condiciones: 1) «que en cualquier semana laboral esté empleado en el servicio doméstico en una casa»¹⁸; o 2) «que en cualquier semana laboral ... esté empleado en el servicio doméstico en una o más casas, y ... esté empleado así por más de 8 horas en el conjunto»¹⁹.

II. LOS PRESIDENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL FEDERAL

4. Como acaba de decirse, la «Ley de Condiciones de Trabajo Justas» —nuestro referente, a efectos del análisis de la sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos— fue promulgada en el año 1938, cuando ocupaba su segundo mandato el demócrata Franklin D. ROOSEVELT, uno de los más grandes Presidentes (exactamente fue el trigésimo segundo) que haya habido nunca en los Estados Unidos. Le tocó vivir una época muy difícil (recuérdese, el «*crack*» de 1929)²⁰, demostrando hasta la saciedad su talante de político honrado y, sobre todo, de verdadero hombre de Estado, capaz de dar lecciones a todo el mundo. Una de las lecciones que dio fue precisamente la creación del «salario mínimo» —como elemento de lucha eficaz, frente al caos económico y social generado a partir de 1929—, fijándolo en aquella época en cuantía de «veinticinco centavos por hora», debiendo recordarse —acerca del carácter absolutamente pionero de esta medida— que en Francia no se implantó el salario mínimo interprofesional hasta 1950, en España hasta 1963, en Portugal hasta 1974 y en el Reino Unido hasta 1998²¹. La implantación de esta revolucionaria medida en los Estados Unidos le exigió al Presidente ROOSEVELT echarle un pulso a la Corte Suprema de los Estados Unidos, que sistemáticamente venía declarando inconstitucionales las diversas Leyes promulgadas a iniciativa de dicho gran Presidente, y cuyo conjunto se conoce por comodidad en todo el mundo con el calificativo de legislación del «*new deal*». Tras el episodio conocido con el nombre de «proyecto de empaquetar la

¹⁷ Para una clasificación de las «exenciones» en cuestión, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 36 y ss.

¹⁸ Apartado (f)(1).

¹⁹ Apartado (f)(2).

²⁰ Sobre esta crisis, por todos, véase D. NEUMARK y W. WASCHER, «Minimum wages and low-wage workers: how well does reality match the rhetoric?», *Minnesota Law Review*, núm. 92 (2008), págs. 1298 y ss.

²¹ 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)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 4 y ss.

Corte [*packing Court bill*]²², tuvo lugar el coloquialmente llamado «*switch in time that saved nine*», pues el conservador Juez ROBERTS se cambió en la Corte Suprema de los Estados Unidos de bando, pasando a votar —en asuntos de «*new deal*»— con otros tres compañeros suyos más el Juez-Presidente de la Corte, que pasó a tener así una nueva y justa mayoría de cinco. De acuerdo con esta nueva mayoría, la Corte Suprema de los Estados Unidos fue convalidando, a partir de 1937, la citada legislación del «*new deal*». Y a este respecto, debe ser citado el caso *United States v. Darby Lumber Co.* (1941)²³, de capital importancia a nuestros concretos efectos, supuesto que confirmó la constitucionalidad de la tan citada «Ley de Condiciones de Trabajo Justas» de 1938.

5. Tras Franklin D. ROOSEVELT, ha habido doce Presidentes más de los Estados Unidos, de los cuales nueve dejaron el sello de su presidencia marcado en la elevación —generalmente progresiva— de la cuantía del salario mínimo²⁴, a saber: 1) el demócrata Harry S. TRUMAN (1945-1953), terminador —tras los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki— de la Segunda Guerra Mundial, que elevó la cuantía del salario mínimo a «75 centavos por hora»; 2) el republicano Dwight D. EISENHOWER (1953-1961), terminador del aislacionismo internacional de la dictadura franquista, que incrementó la cuantía del salario mínimo a «1 dólar por hora»; 3) el demócrata John F. KENNEDY (1961-1963), terminador de la discriminación racial y por otros motivos en los Estados Unidos, que incrementó el salario mínimo hasta «1,15 dólares por hora», con efectos de septiembre 1961, y a «1,25 dólares por hora» con efectos de septiembre 1963; 4) el demócrata Lyndon B. JOHNSON (1963-1969), cuya presidencia estuvo marcada por la Guerra de Vietnam, que incrementó el salario mínimo hasta «1,60 dólares por hora», con efectos de 1969; 5) el republicano Richard M. NIXON (1969-1974), terminado por el escándalo del Hotel Watergate, que incrementó el salario mínimo a «2 dólares por hora» en 1974, a «2,10 dólares por hora» para 1975 y a «2,30 dólares por hora» para 1976; 6) el demócrata Jimmy E. CARTER (1977-1981), uno de los cuatro Presidentes norteamericanos (y el único de la historia moderna) que no tuvo la ocasión de nombrar ningún Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que elevó el salario mínimo a «2,65 dólares por hora» en enero de 1978, a «2,90 dólares por hora» en enero de 1979, a «3,10 dólares por hora» en enero de 1980, y a «3,35 dólares por hora» en enero de 1981; 7) el republicano George H.W.

²² Sobre el tema, véase W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, Vintage Books (New York, 2002), págs. 116 y ss.

²³ Referencia 312 U.S. 100. Acerca de estas «referencias», 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 [*The dissenting opinion by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. in Coppage v. Kansas (1915). A Classical american legal text against termination at will*]», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009), pág. 14.

²⁴ Toda la información a que nos vamos a referir en lo que sigue, consta explicitada con todo lujo de detalles en el sitio oficial de Internet del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, ubicado en www.dol.gov/whd/minwage/coverage.htm.

BUSH (1989-1993), multimillonario del petróleo texano, tras crear su propia compañía petrolífera, y líder de la coalición militar en la guerra del Golfo, que incrementó el salario mínimo a «3,80 dólares por hora» en 1990, y a «4,25 dólares por hora» en 1991 ; 8) el demócrata Bill J. CLINTON (1993-2001), que logró que se hiciese abstracción de cierto asunto sentimental, por haber logrado la disminución del desempleo, el saneamiento de las cuentas públicas y el equilibrio presupuestario, lo que le legitimó para elevar el salario mínimo a «4,75 dólares por hora» en 1996, y a «5,15 dólares por hora» en 1997; y 9) el republicano George W. BUSH (2001-2009), azuzador del avispero petrolífero de Iraq, con su secuela del «September 11th» de 2001, que elevó el salario mínimo a «5,85 dólares por hora» en 2007, a «6,55 dólares por hora» en 2008, y a «7,25 dólares por hora» —su cuantía actual—, con efectos de 24 julio 2009.

6. Descartados estos nueve Presidentes, quedan otros tres Presidentes de los Estados Unidos —posteriores siempre al creador de la institución, esto es, Franklin D. ROOSEVELT— que no procedieron a incrementar durante sus mandatos la cuantía del salario mínimo, a saber: 1) el republicano Gerald R. FORD (1974-1977), que poco pudo hacer tras acceder precipitadamente al cargo luego de la dimisión del Presidente NIXON, aun cuando le dio tiempo a nombrar uno de los Jueces supuestamente más «izquierdistas» de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁵; 2) el republicano Ronald W. REAGAN (1981-1989), ultraconservador aunque muy popular, que imprimió su talante político-laboral —al poco de comenzar su primer mandato— procediendo a despedir más de 11.000 controladores aéreos (sin necesidad de tener que declarar la «ley marcial»), con ocasión de la famosa huelga de controladores aéreos norteamericanos —tema, por cierto, de completa actualidad hoy en España— del año 1981²⁶; y 3) el demócrata Barack H. OBAMA (2009-), que comparte con el gran Franklin D. ROOSEVELT el común denominador de haber tenido que lidiar con una crisis económica de impacto mundial, tras el «*crack*» del banco especulativo Lehman Brothers en 2008, aunque inició su mandato con el gesto simbólico —que no puede pasar desapercibido a ningún laboralista— de haber promulgado, sólo nueve días después de haber tomado posesión de su cargo, una Ley de carácter laboral (la «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009 [*Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009*]»)²⁷.

²⁵ Acerca del Juez STEVENS, véase W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, cit., pág. 228.

²⁶ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «La gestión de la huelga de controladores aéreos norteamericanos, de 3 de agosto de 1981, por la Administración REAGAN. Un estudio de la casuística-tipo penal, civil, mercantil y laboral a que dio lugar», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2011), págs. 140-154.

²⁷ Sobre el tema, de completa actualidad jurídica en los Estados Unidos, véanse S. DELLINGER y W.K. BRUMBACH III, «The Lilly Ledbetter Fair Pay Act: what employers need to know», *South Carolina Lawyer*, núm 21 (2009), págs. 15 y ss.; C.A. SULLIVAN, «Raising the dead?: The Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Tulane Law Review*, núm. 84 (2010), págs. 499 y ss.; y

III. ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL ARTÍCULO 27 DE NUESTRO ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

7. Sobre la base de que el término de comparación de la sección del Código de los Estados Unidos, de que venimos tratando, sólo puede ser el artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores (rotulado «Salario mínimo interprofesional»), la primera diferencia de bulto existente entre este precepto español y el precepto norteamericano se refiere a la periodicidad automática con que se incrementa la cuantía del salario mínimo interprofesional español («El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, *anualmente*, el salario mínimo interprofesional»)²⁸, cosa que en absoluto ocurre —como acaba de comprobarse— en el caso de los Estados Unidos. En España, el Gobierno central procede a dar cumplimiento a este deber estatutario promulgando todos los años el correspondiente «Real Decreto» de fijación de la cuantía del salario mínimo interprofesional, siempre con efectos de 1 enero del año correspondiente²⁹. Esto explica, de un lado, que nuestro país haya podido ratificar sin problema el Convenio núm. 131 de 1970 de la OIT, sobre fijación de salarios mínimos, visto que esta norma internacional de la OIT afirma que «todo Miembro que ratifique el presente Convenio establecerá y mantendrá mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y *ajustar de tiempo en tiempo* los salarios mínimos de los grupos de asalariados comprendidos en el sistema»³⁰; y de otro lado, que los Estados Unidos no hayan procedido a la ratificación del mismo³¹, aunque en este tema presionan también razones de muy diverso signo, incluida la alergia que sienten los norteamericanos si ratifican instrumentos internacionales que puedan condicionar o limitar su soberanía imperialista³².

C.E. SOROCK, «Closing the gap legislatively: consequences of the Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Chicago-Kent Law Review*, núm. 85 (2010), págs. 1199 y ss.

²⁸ Apartado 1, párrafo primero. Incluso se prevé, aunque hasta ahora no haya sucedido nunca, que «igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado» (*ibidem*, párrafo segundo).

²⁹ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 215.

³⁰ Artículo 4, apartado 1.

³¹ 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. 4 y 7-8.

³² Al respecto, razonándolo, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, cit., págs. 41-44.

8. Supuesto que el artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores es verdadera «legislación laboral», desde un punto de vista jurídico-constitucional (y en consecuencia, un precepto que sólo podía promulgar el Estado, pero no las Comunidades Autónomas)³³, es claro que la cuantía del salario mínimo interprofesional, anualmente fijada por el Gobierno central, se aplica uniformemente en todo el territorio español, y por tanto, a los trabajadores que trabajan en O Caurel, A Coruña, Barcelona o Madrid. En cambio, la cuantía del salario mínimo fijada por la sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos no se aplica necesariamente en todo el territorio yanqui, puesto que —realizando el peculiar concepto de federalismo «funcional» allí existente³⁴—, es asimismo claro: 1) que dicha cuantía sólo se aplica, en principio, a las empresas implicadas en el «comercio interestatal», por desarrollar actividades empresariales en dos o más Estados federados norteamericanos; 2) que por ello mismo, las empresas implicadas en el que puede denominarse «comercio intraestatal», actuantes sólo en un concreto Estado federado norteamericano no se rigen —siempre en principio— por dicho precepto del Código de los Estados Unidos; y 3) que para cubrir este vacío, los diversos Estados federados norteamericanos regulan sus propios salarios mínimos estatales (californiano, neoyorquino, tejano, etc), existiendo incluso Estados que carecen de todo salario mínimo estatal (son los de Alabama, Carolina del Sur, Luisiana, Mississippi y Tennessee)³⁵. Esto despejado, resulta que si comparamos la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente para este año 2011 en España (según el Real Decreto 1795/2010, de 30 diciembre, se trata de un salario de «641,40 euros/mes»)³⁶, promediándolo por horas, y los aproximadamente 5 euros/hora de salario mínimo federal norteamericano, de que antes se habló³⁷, resulta patente que nuestro salario mínimo interprofesional «nacional» es de cuantía claramente inferior a la del salario mínimo interprofesional federal norteamericano, habiendo confirmado incluso el Consejo de Europa que dicha cuantía del salario español no permite —con violación del artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea de 1961— mantener un nivel de vida «decente» en España³⁸.

³³ Véase artículo 149, apartado 1, competencia 7ª, de la Constitución.

³⁴ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2010), págs. 65 y ss.

³⁵ Al respecto de todo esto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., págs. 192-193.

³⁶ Cfr. su artículo 1, párrafo primero.

³⁷ *Supra*, núm. 1.

³⁸ Sobre ello, 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. 56-57.

9. Otra diferencia aparente —aunque aquí la apariencia en cuestión engaña— entre el precepto norteamericano y el precepto español se refiere al procedimiento a seguir para fijar la cuantía del salario mínimo, supuesto que en España el Gobierno central actúa en este caso «previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas», debiendo tener en cuenta el IPC, la productividad media nacional, la coyuntura económica, etc³⁹., mientras que en los Estados Unidos el procedimiento de elaboración de la Ley federal de incremento de la cuantía del salario mínimo —a iniciativa, como ya se vio, del Presidente norteamericano correspondiente— debe seguir los trámites por los que pasa cualquier otra Ley (y en consecuencia, sin ningún tipo de intervención de los sindicatos norteamericanos, distinta de su posible actuación como meros grupos de presión o «lobbystas»). Ahora bien, en este tema vuelve reproducirse otra vez en España la distinción entre Derecho «teórico» y Derecho «en la práctica», dado que el citado procedimiento del artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores ha quedado —en cuanto a la intervención sindical— completamente descafeinado, por obra de la jurisprudencia. A este respecto, la resolución judicial decisiva es una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 24 julio 1991⁴⁰, relativa a la impugnación por UGT del «Decreto 2642/1986, de 30-12, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1987»⁴¹ —visto, siempre según este sindicato, que en «el Decreto cuestionado se fija un salario mínimo interprofesional que se aleja del crecimiento real del coste de la vida, que era el factor que debió entenderse preponderante de entre los fijados por el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores»⁴², por lo que suplicaba que se condenase al Gobierno «a la aprobación y elaboración, con el concurso de las organizaciones sindicales y empresariales de un nuevo salario mínimo, con los efectos compensatorios que procedan a los trabajadores afectados»⁴³—, aunque esta pretensión fue rechazada de plano por el Tribunal Supremo, dado que —según él— «lo que se plantea a este Tribunal a través de esa fundamentación es el control de unos criterios, que aunque fijados por una ley, son de contenido político al menos en sus efectos y significación»⁴⁴, apareciendo el Real Decreto impugnado «como manifestación de una actividad política, realizada por el Gobierno en ejercicio de una competencia directamente atribuida por la Constitución, no controlable jurisdiccionalmente en los aspectos sustantivos a que se contrae este recurso»⁴⁵.

IV. CONCLUSIONES

³⁹ Artículo 27, apartado 1, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁰ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 1991/7553.

⁴¹ Fundamento de Derecho primero.

⁴² Fundamento de Derecho tercero.

⁴³ Fundamento de Derecho primero.

⁴⁴ Fundamento de Derecho tercero.

⁴⁵ Fundamento de Derecho cuarto.

Primera.- La sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos es la norma reguladora del «salario mínimo», habiéndose concluido en el trabajo a propósito de él: 1) que ese «salario mínimo» tiene una cuantía a día de hoy de «7,25 dólares por hora», equivalentes a aproximadamente 5 euros por hora; 2) que se trataría, con terminología española, de un verdadero salario mínimo interprofesional, puesto que el ámbito de cobertura de dichos «7,25 dólares por hora» se refiere no sólo a los trabajadores asalariados corrientes y molientes, sino también a quien «está empleado como marinero en un buque norteamericano, a quien «está empleado en la agricultura, a los «trabajadores de empresarios que prestan contratos de servicios a los Estados Unidos, a los «trabajadores del servicio doméstico, e incluso, al «trabajador a domicilio, que es —en los Estados Unidos de Norteamérica, y también en Europa— el trabajador no retribuido como regla por unidad de tiempo, sino «por unidad de obra; y 3) en principio, que ese «salario mínimo» horario sólo conoce una excepción, por razón de la edad del trabajador afectado, pues —siempre según este precepto legal— «cualquier empresario puede pagar a cualquier trabajador de dicho empresario, durante los primeros 90 días naturales consecutivos siguientes a que dicho trabajador sea inicialmente empleado por dicho empresario, un salario que no sea menor de 4,25 dólares por hora», teniendo en cuenta que esto «se aplicará sólo al trabajador que no haya cumplido la edad de 20 años».

Segunda.- La sección 206 forma parte del Capítulo 8 del citado Título 29 del Código de los Estados Unidos. Este es el Capítulo de dicho Código orientado a recopilar el contenido de la «Ley de Condiciones de Trabajo Justas» de 1938. En la línea típicamente norteamericana orientada a proteger al pequeño empresario, se ha destacado en el trabajo que muchas empresas pequeñas quedan «exentas» de cumplir lo preceptuado en la propia Ley (y por tanto, de cumplir el mandato imperativo de pagar «7,25 dólares por hora»), pues «“empresa implicada en el comercio o en la producción de bienes para el comercio” significa una empresa que ... tiene trabajadores implicados en el comercio o en la producción de bienes para el comercio, o que tiene trabajadores manejando, vendiendo o trabajando de otro modo sobre bienes o materiales que hayan sido trasladados o producidos para el comercio por cualquier persona; y ... sea una empresa cuyo volumen bruto anual de ventas concluidas, o negocio realizado, no sea menor de 500.000 dólares (con exclusión de impuestos especiales que estén establecidos separadamente en el nivel del comercio al por menor)».

Tercera.- Esta «Ley de Condiciones de Trabajo Justas» fue promulgada cuando ejercía su segundo mandato Franklin D. ROOSEVELT, uno de los más grandes Presidentes que haya habido nunca en los Estados Unidos. Precisamente una de las lecciones que dio al mundo fue la creación del «salario mínimo», en cuanto que elemento de lucha eficaz, frente al caos económico y social generado a

partir de 1929 por el hundimiento de Wall Street, fijándolo en aquella época en cuantía de «veinticinco centavos por hora». Acerca del carácter absolutamente pionero de esta medida, hemos recordado en nuestro trabajo que en Francia no se implantó el salario mínimo interprofesional hasta 1950, en España hasta 1963, en Portugal hasta 1974 y en el Reino Unido hasta 1998.

Cuarta.- Tras el demócrata Franklin D. ROOSEVELT ha habido doce Presidentes más de los Estados Unidos, de los cuales nueve dejaron el sello de su presidencia marcando en la elevación —generalmente progresiva— de la cuantía del salario mínimo (fueron el demócrata Harry S. TRUMAN, el republicano Dwight D. EISENHOWER, el demócrata John F. KENNEDY, el demócrata Lyndon B. JOHNSON, el republicano Richard M. NIXON, el demócrata Jimmy E. CARTER, el republicano George H.W. BUSH, el demócrata Bill J. CLINTON y el republicano George W. BUSH), mientras que otros dos dejaron pasar la ocasión de hacerlo (fueron los republicanos Gerald R. FORD y Ronald W. REAGAN), disponiendo aun de tiempo el Presidente OBAMA para poder dejar su marca personal en este tema tan trascendente.

Quinta.- Si se comparan el citado precepto norteamericano y el artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, la primera diferencia de bulto existente entre este precepto español y el precepto norteamericano se refiere a la periodicidad automática con que se incrementa la cuantía del salario mínimo interprofesional español («El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, *anualmente*, el salario mínimo interprofesional»), cosa que en absoluto ocurre — como acaba de comprobarse— en el caso de los Estados Unidos. Además, supuesto que el artículo 27 de nuestro Estatuto de los Trabajadores es verdadera «legislación laboral», desde un punto de vista jurídico-constitucional (y en consecuencia, un precepto que sólo podía promulgar el Estado, pero no las Comunidades Autónomas), es claro que la cuantía del salario mínimo interprofesional, *anualmente* fijada por el Gobierno central, se aplica uniformemente en todo el territorio español, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, donde la cuantía del salario mínimo fijada por la sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos no se aplica necesariamente en todo el territorio yanqui, puesto que allí coexisten este salario mínimo federal con muy diversos salarios mínimos estatales (californiano, neoyorquino, tejano, etc.). En fin, una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de nuestro Tribunal Supremo de 24 julio 1991 se ha encargado de relativizar bastante las diferencias existentes entre los citados preceptos norteamericano y español, supuesto que no cabe impugnar un Real Decreto de fijación del salario mínimo interprofesional, por causa del hecho de que el Gobierno no haya negociado con los sindicatos los criterios que detalla dicho precepto español, al tratarse la fijación de dicha cuantía de un verdadero «acto político».

V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA SECCIÓN 206 DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Sección 206. Salario mínimo

(a) Trabajadores dedicados al comercio; trabajadores a domicilio en Puerto Rico y las Islas Vírgenes; trabajadores en Samoa Americana; marineros en buques norteamericanas; trabajadores agrícolas

Todo empresario pagará a cada uno de sus trabajadores, que en cualquier semana laboral se dedique al comercio o a la producción de bienes para el comercio, o esté empleado en una empresa dedicada al comercio o a la producción de bienes para el comercio, salarios según las siguientes tarifas:

(1) Excepto que se disponga otra cosa en esta sección, no menos de:

(A) 5,85 dólares por hora, empezando el 60º día siguiente al 25 de mayo de 2007;

(B) 6,55 dólares por hora, empezando a los 12 meses siguientes a ese 60º día; y

(C) 7,25 dólares por hora, empezando a los 24 meses siguientes a ese 60º día;

(2) Si dicho trabajador es un trabajador a domicilio en Puerto Rico o en las Islas Vírgenes, no menos que el salario mínimo por unidad de obra prescrito por reglamentación u ordenanza; o, si dicho salario mínimo por unidad de obra no está en vigor, cualquier salario por unidad de obra adoptado por dicho empresario, que rendirá, a la proporción o categoría de trabajadores prescritos por reglamentación u ordenanza, no menos que la tarifa salarial mínima horaria aplicable. Dichos salarios mínimos por unidad de obra o salarios empresariales por unidad de obra serán acordes con, y se pagarán en lugar de, la tarifa salarial horaria mínima aplicable al amparo de las disposiciones de esta sección. El Administrador, o su representante autorizado, tendrá poder para hacer las reglamentaciones u ordenanzas que sean necesarias o apropiadas para cumplir cualquiera de las disposiciones de este apartado, incluido el poder, sin limitar la generalidad de lo precedente, de definir cualquier actividad u ocupación que se cumpla por dichos trabajadores trabajando en casa en Puerto Rico o las Islas Vírgenes; para establecer salarios mínimos por unidad de obra para cualquier actividad u ocupación así definidas; para fijar el método y procedimiento para determinar y promulgar salarios mínimos por unidad de obra; para fijar las condiciones de los salarios

empresariales por unidad de obra, incluyendo la proporción o categoría de trabajadores que recibirán no menos de la tarifa salarial horaria mínima; para definir la expresión «trabajador a domicilio»; y para fijar las condiciones bajo las cuales los empresarios, agentes, contratistas y subcontratistas causarán los bienes que sean producidos por los trabajadores a domicilio;

(3) Si dicho trabajador está empleado como marinero en un buque norteamericano, no menos de la tarifa que dará al trabajador, para el período cubierto por el pago del salario, salarios iguales a la retribución por tarifa horaria prescrita por el apartado (1) de esta subsección, por todas las horas durante dicho período en que estuviese realmente de servicio (incluyendo los períodos a bordo del barco cuando el trabajador estuvo de guardia o estuviese, bajo la dirección de un oficial superior, desempeñando su trabajo o a disposición, pero sin incluir los períodos de permiso que se dan de conformidad con el contrato de trabajo); o

(4) Si dicho trabajador está empleado en la agricultura, no menos de la tarifa salarial mínima en vigor a que se refiere el apartado (1), tras el 31 diciembre 1997.

(b) Aplicación adicional a trabajadores de conformidad con las disposiciones modificatorias subsiguientes

Todo empresario pagará a cada uno de sus trabajadores [distintos de un trabajador a quien se aplica la subsección (a)(5) de esta sección], que en cualquier semana laboral se dedique al comercio o a la producción de bienes para el comercio, o está empleado en una empresa dedicada al comercio o a la producción de bienes para el comercio, y que en dicha semana laboral es traído al ámbito de esta sección por las enmiendas realizadas a este Capítulo por la Ley de Enmiendas a las Condiciones Justas de Trabajo de 1966, por el Título IX de las Enmiendas Educativas de 1972 [20 U.S.C. 1681 y ss.], o por las Enmiendas a las Condiciones Justas de Trabajo de 1974, salarios con la siguiente escala: con efectos después del 31 diciembre 1977, no menos de la tarifa salarial mínima en vigor al amparo de la subsección (a)(1) de esta sección.

(c) Derogada. Pub. L. 104-188, [title II], §2104(c), Aug. 20, 1996, 110Stat. 1929

(d) Prohibición de discriminación por sexo

(1) Ningún empresario que tenga empleados sujetos a cualquiera de las disposiciones de esta sección discriminará, en ningún establecimiento en que dichos trabajadores estén empleados, entre trabajadores sobre la base del sexo, pagando salarios a los trabajadores en dicho establecimiento a una tarifa menor que la tarifa con la que paga salarios a los trabajadores del sexo opuesto en dicho establecimiento por igual trabajo, en puestos de trabajo cuyo desempeño requiere

igual habilidad, esfuerzo y responsabilidad, y que se desarrollen bajo similares condiciones de trabajo, salvo cuando dicho pago se haga de conformidad con

(i) Un sistema de antigüedad;

(ii) Un sistema de mérito;

(iii) Un sistema que mida ingresos por cantidad y calidad de producción; o

(iv) Un diferencial basado en cualquier otro factor distinto del sexo: se aclara que un empresario que está pagando un diferencial tarifario salarial en violación de esta subsección, para cumplir con las disposiciones de esta subsección, no podrá reducir la tarifa salarial de ningún trabajador.

(2) Ningún sindicato, o sus agentes, que representen a los trabajadores de un empresario que tenga trabajadores sujetos a las disposiciones de esta sección, causará o intentará causar a dicho empresario que discrimine a un trabajador en violación del apartado (1) de esta subsección.

(3) A efectos de administración y exigencia del cumplimiento, cualesquiera cantidades que se deban a cualquier trabajador que han sido descontadas con violación de esta subsección, se considerarán que son salarios mínimos no pagados o retribución de horas extraordinarias no pagadas, al amparo de este Capítulo.

(4) Tal y como se usa en esta subsección, la palabra «sindicato», significa cualquier organización de cualquier clase, o cualquier agencia o comité o plan de representación de los trabajadores, en el que participan los trabajadores y que existe con el propósito, en todo o en parte, de tratar con los empresarios en relación con reclamaciones, conflictos laborales, salarios, tarifas salariales, jornadas, o condiciones de trabajo.

(e) Trabajadores de empresarios que prestan contratos de servicios a los Estados Unidos

(1) Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 213 de este Título [excepto las subsecciones (a)(1) y (f) del mismo], todo empresario que preste una contrata de servicios (distinta de los servicios de suministro de ropa blanca) al amparo de una contrata con los Estados Unidos, o cualquier subcontrata del mismo, pagará a cada uno de sus trabajadores cuya tarifa de pago no esté regulada por la Ley de Contratas de Servicios de 1965 (41 U.S.C. 351-357), o a quien no se aplica la subsección (a)(1) de esta sección, salarios a tarifas no menores de las tarifas previstas por la subsección (b) de esta sección.

(2) Sin perjuicio de las disposiciones de la sección 213 de este Título [excepto las subsecciones (a)(1) y (f) del mismo] y de las disposiciones de la Ley de Contratas de Servicios de 1965 (41 U.S.C. 351 y ss.), todo empresario de un establecimiento que preste servicios de suministro de ropa blanca a los Estados Unidos, al amparo de una contrata con los Estados Unidos o de cualquier subcontrata del mismo, pagará a cada uno de sus trabajadores en dicho establecimiento salarios a tarifas no menores de las prescritas en la subsección (b) de esta sección, salvo que si más del 50 por ciento del volumen anual bruto en dólares de ventas hechas, o de negocios realizados por dicho establecimiento, se derive de prestar dichos servicios de suministro de ropa blanca al amparo de cualquiera de dichas contratas o subcontratas, dicho empresario pagará a cada uno de sus trabajadores en dicho establecimiento salarios a tarifas no menores de las prescritas en la subsección (a)(1) de esta sección.

(f) Trabajadores del servicio doméstico

A todo trabajador:

(1) Que en cualquier semana laboral esté empleado en el servicio doméstico en una casa, se le pagarán salarios a una tarifa no menor de la tarifa salarial en vigor al amparo de la subsección (b) de esta sección, salvo que la retribución de dicho trabajador por dicho servicio, por causa de la sección 209(a)(6) de la Ley de la Seguridad Social [42 U.S.C. 409 (a)(6)], no constituya salario a los efectos del Título II de dicha Ley (42 U.S.C. 401 y ss.), o

(2) Que en cualquier semana laboral:

(A) Esté empleado en el servicio doméstico en una o más casas, y

(B) Esté empleado así por más de 8 horas en el conjunto,

Se le pagarán salarios por dicho trabajo en dicha semana laboral a una tarifa no menor a la tarifa salarial en vigor al amparo de la subsección (b) de esta sección.

(g) Trabajadores contratados por vez primera que tengan menos de 20 años

(1) En lugar de la tarifa prescrita por la subsección (a)(1) de esta sección, cualquier empresario puede pagar a cualquier trabajador de dicho empresario, durante los primeros 90 días naturales consecutivos siguientes a que dicho trabajador sea inicialmente empleado por dicho empresario, un salario que no sea menor de 4,25 dólares por hora.

(2) Ningún empresario puede adoptar ninguna acción para desplazar a los trabajadores (incluidos los desplazamientos parciales, tales como reducción de

jornadas, salarios o prestaciones laborales), a efectos de contratar personas con el salario autorizado en el apartado (1).

(3) Cualquier empresario que viole esta subsección se considerará que ha violado la sección 215(a)(3) de este Título.

(4) Esta subsección se aplicará sólo al trabajador que no haya cumplido la edad de 20 años.

LA AUDITORÍA SOCIAL EN ALEMANIA

[SOCIAL AUDIT IN GERMANY]

Maximilian Fuchs

Fecha de recepción: 23 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012

Sumario: INTRODUCCIÓN.- PRIMERA PARTE: LA EXPERIENCIA ALEMANA.- I. El modelo de una *auditoría social*.- II. Auditoría social de trabajo y familia.- SEGUNDA PARTE: LA EXPLICACIÓN DE LA FALTA DE AUDITORÍA SOCIAL.- I. El control de la observancia de las normativas jurídicas-laborales.- 1. Seguridad y salud en el trabajo.- a) Inspección de Trabajo.- b) Entidades gestoras del régimen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.- II. Control de la observancia de las obligaciones de la seguridad social.- 1. Control de la mano de obra ilegal.- 2. Revisión de empresa por las entidades gestoras del seguro de pensiones.- III. Cogestión.- CONCLUSIÓN.

Contents: INTRODUCTION.- FIRST PART: THE GERMAN EXPERIENCE.- I. The model of a social audit.- II. Social audit of work and family.- SECOND PART: THE EXPLANATION FOR THE LACK OF SOCIAL AUDIT.- I. The control of the compliance with the legal labor norms.- 1.- Occupational safety and health.- a) Labor Inspection.- b) Management entities of the accidents at work and occupational diseases regime.- II. The control of the compliance with the social security duties.- 1. The control of the illegal manpower.- 2. The revision of the enterprises by the management entities of the pensions insurance.- III. Codetermination.- CONCLUSION.

Resumen: En Alemania, la auditoría social sólo ha obtenido una importancia práctica en un sector muy pequeño. Un procedimiento de certificación para el fomento de familia y trabajo ha sido exitoso en numerosas empresas. Aparte de esto, la idea de una auditoría social o laboral no ha sido llevada a cabo a pesar de que la Red Tecnológica Berlín haya elaborado un amplio plan. Los motivos para esto se deben ver probablemente en que en el derecho del trabajo y de la seguridad social alemán se crearon instrumentos diferentes y muy efectivos para la vigilancia y el control de las normas de ambas áreas del derecho. El cumplimiento de las normas de la protección laboral es garantizado por un sistema dual (Inspección laboral y entidades gestoras del seguro de accidentes). Las actividades ilegales y la mano de obra clandestina son combatidas eficazmente por las aduanas. Y las

instituciones del seguro de pensiones comprueban intensamente la observancia de las obligaciones del Derecho de la seguridad social de las empresas.

Abstract: In Germany, the social audit has only got practical implementation in a very small sector. A certification procedure to promote family and work has got success in a number of enterprises. Apart from this, the idea of a social or labor audit has not been implemented, despite the fact that the Technological Net Berlin has made a wide scheme. The reasons for this last are probably rooted in the fact that in the German Labor and Social Security Law different and very effective instruments to survey and control the norms of both legal areas exist. The compliance with the safety and health norms is guaranteed by a dual system (Labor Inspection and Management Entities of the Accidents Insurance). The illegal activities and the clandestine manpower are effectively fought by the Customs. And the pensions insurance institutions intensively verify the compliance with the legal social security duties by the enterprises.

Palabras clave: Auditoría social – Alemania – Red Tecnológica Berlín – Derecho comparado del Trabajo – Derecho comparado de la Seguridad Social

Keywords: *Social audit – Germany – Technological Net Berlin – Comparative Labor Law – Comparative Social Security Law*

* * *

INTRODUCCIÓN

Para facilitar nuestra tarea, los organizadores de este congreso nos han ofrecido un cuestionario muy útil el cual he estudiado con atención. Tras la lectura de las cuatro primeras preguntas he tenido dudas sobre si podría presentar una contribución razonable.

¿Pueden encontrarse huellas de la expresión «auditoría social» en las fuentes legales y jurisprudenciales de su país?

¿Ha tenido algún tipo de repercusión (doctrinal, etc.) en su país la Decisión 2006/702/CE del Consejo, de 6 octubre 2006, relativa a las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión, allí donde se refiere a la «auditoría social»?

¿Existe algún tipo de «auditoría social» regulado en la legislación de su país?

¿Cubre el «balance social» de las empresas las necesidades a las que pretende servir la «auditoría social»?

Mis respuestas a estas cuestiones por parte de mi país fueron negativas. Mis dudas han sido corroboradas cuando he comenzado a consultar la literatura concerniente a la auditoría social. En la publicación más detallada he leído que la auditoría social no tiene ninguna historia en Alemania. Cuando no obstante he aceptado la invitación de hablar sobre la situación en mi país, es porque me parecía y me parece razonable reflexionar sobre la práctica no existente de la auditoría social en mi país.

Así mi presentación se divide en dos partes. La primera parte se ocupa de las escasas huellas de auditoría social en Alemania. La segunda parte es un ensayo para dar razones de por qué la estrategia y el instrumento de auditoría social no han alcanzado una aceptación de un cierto nivel como es el caso de otros países.

PRIMERA PARTE: LA EXPERIENCIA ALEMANA

I. El modelo de una *auditoría social*

Si se indaga en la literatura alemana, se podrá encontrar bajo el término de auditoría social un modelo y un sistema que fue desarrollado por La Red Tecnológica de Berlín (*Technologie-Netzwerk Berlin*). Se trata de una asociación

registrada que se creó en el año 1987 y que se puso como meta el desarrollo de estrategias contra el paro, la pobreza y la marginación. Es una ONG (organización no gubernamental) para el fomento de la investigación, desarrollo y formación en el campo de una política tecnológica y laboral orientada a las necesidades locales o regionales.

El modelo a seguir era “*technology networks*“, fundado a principios de los años 80 por Michael J. Cooley en Gran Bretaña, para el desarrollo de productos sociales y ecológicos como instrumento para combatir el desempleo. En este contexto el término “tecnología“ se entiende en un amplio sentido como “proceso social” en el que los medios, las habilidades y los conocimientos necesarios son desarrollados y difundidos para la realización de los objetivos sociales, ecológicos y culturales. Por eso en el nombre debía expresarse que la realización del trato político y práctico tiene prioridad y no el interés académico. Un punto fuerte de los trabajos de desarrollo e investigación es la creación de empresas sociales.

Las actividades de La Red Tecnológica (Technologie-Netzwerk) que es al mismo tiempo la oficina de coordinación de la red europea para ayuda económica y desarrollo local, se estructuran en cuatro áreas aunque para nosotros el sector de auditoría social es el que importa. En este contexto La Red Tecnológica tiene la intención —según el modelo del *social audit network* anglosajón— de establecer una red de auditoría social en todo el territorio federal alemán y tendría que cumplir las siguientes tareas:

- organizar el intercambio de experiencias entre empresarios y organizaciones que llevan a cabo auditorías sociales
- integrar y probar nuevos instrumentos del análisis social y probar el establecimiento de perfiles (profiling)
- formar y capacitar a auditores sociales
- contribuir a la expansión de la aplicación del procedimiento de la auditoría social en la República Federal Alemana.

La Red Tecnológica ha desarrollado un manual para la auditoría social que se puede bajar en internet. En la presentación del manual se cita literalmente:

“El procedimiento de la auditoría social presentado en este manual no es un procedimiento estandarizado que integra procesos empresariales de contabilidad social, de balance e información social. Con sus resultados contribuye a comprender consecuencias e implicaciones en la actividad económica empresarial al igual que en el sentido de influir para poder alcanzar las metas sociales pretendidas. Con este manual para realizar un programa de auditoría social nos dirigimos en primer lugar a empresas que desarrollan sus actividades en el ámbito de la economía social en la República Federal de Alemania para que implementen este proceso en su práctica empresarial. Estamos convencidos de que este procedimiento se puede aplicar universalmente ya que es apropiado para todas las

empresas de la economía privada, pero también para la administración pública, para ONGs y también para organizaciones intermediarias locales o regionales.”

La representación total del manual abarca 100 páginas y como consecuencia no puedo presentar aquí todos los detalles por falta de tiempo. Quiero restringirme a las siguientes indicaciones.

Una auditoría social incluye la definición de la misión, valores básicos y la definición de metas sociales por la empresa. En esta base —mencionada anteriormente— se distinguen tres fases:

- contabilidad social

El manual no da referencias sobre el contenido. Los participantes (Stakeholders) mismos, deben decidir qué datos deben ser recopilados en vista de las metas sociales. La consulta y encuesta de los participantes (Stakeholders), así como en especial de los trabajadores, es por eso un instrumento central.

- balance social

Con el balance social se refiere al proceso con el que la empresa analiza las informaciones reunidas y documentadas, cuantitativas y cualitativas, interpretadas y calificadas. Este proceso acaba en una cuenta social de coste y beneficio.

- Información social

En la base de la contabilidad social y del balance social se crea un informe como documento que resume los resultados de las primeras dos fases. El contenido del informe de la auditoría social sirve como base para una auditoría y certificación.

La auditoría social se cierra con el proceso de certificación.

Si como representante del Derecho de Trabajo debiera pronunciarme sobre este modelo de la auditoría social como el que fue desarrollado por la Red Tecnológica (Technologie Netzwerk), argumentaría y formularía de forma reservada. Mi impresión es que la auditoría social no sirve para el registro, la verificación y la mejora de metas sociales si identificamos estos con los contenidos del Derecho laboral, o sea la legislación de protección laboral, del Derecho del contrato de trabajo, etc. Si esto es así, se confirma de esta manera mi teoría de que el cumplimiento y la garantía de los reglamentos jurídicos laborales y los estándares son deberes básicos de determinadas instituciones fijas en materia jurídica laboral y de la seguridad social y no es objeto de una auditoría social. De vez en cuando la auditoría social toca temas jurídico laborales, pero persigue otras

metas distintas. Mi impresión es que la auditoría social expone el intento de crear una nueva y diferente cultura empresarial. Una cultura empresarial en donde los participantes (Stakeholders) se convierten en el centro de interés. Por eso, en este tipo de auditoría social entran en juego elementos como comunicación, responsabilidad mutua, confianza y valores parecidos. En particular es importante el fomento de lo que se llama generalmente el capital humano. Por eso la cualificación laboral desempeña un papel primordial. El fomento total del proceso laboral se convierte en el centro de todos los esfuerzos.

El modelo aquí descrito no ha alcanzado hasta ahora ninguna importancia práctica. Fue desarrollado primeramente para la así llamada economía social. De acuerdo con las publicaciones de la Red Tecnológica (Technologie-Netzwerk), han tenido lugar hasta ahora sólo dos procesos en las llamadas empresas dedicadas a la promoción del empleo. Estas son empresas que fueron fundadas (primordialmente con subvenciones públicas) para proporcionar una posibilidad de trabajo temporal y cualificación laboral a los trabajadores afectados especialmente cuando se cambia la estructura de una empresa y los despidos colectivos vinculados con ello, con la esperanza de que todos ellos puedan ser incorporados de nuevo al mercado laboral. La esperanza de la Red de que su modelo también podría tener importancia para la economía privada no se ha realizado. Me he puesto en contacto con el director de la Red. Su respuesta fue sincera e inequívoca: nuestro modelo ha dicho no ha tenido ningún tipo de repercusión en la economía.

II. Auditoría social de trabajo y familia

Sin embargo puedo contar una pequeña historia en el ámbito de la auditoría social. Existe una auditoría social muy especial, la auditoría social de trabajo y familia. La conciliación de trabajo y familia es desde hace mucho tiempo un deseo y una meta tanto a nivel europeo como en los propios Estados miembros. En el año 1974 los hijos y herederos del propietario de la *Hertie Waren-und Kaufhaus GmbH*, una empresa grande y con tradición, fundaron, para destacar la obra de toda la vida del empresario, una institución para fomentar la ciencia, la educación y la formación profesional. Esta fundación ha creado por su parte una sociedad de responsabilidad limitada. Esta sociedad ha instalado bajo el auspicio del Ministerio de familia y del Ministerio de economía una auditoría social de trabajo y familia pensada como instrumento de gestión que tiene preparado soluciones a medida que traen beneficio, para la mejor conciliación de trabajo y familia. Está recomendada por las asociaciones líderes alemanas de economía, esto es la patronal alemana, la federación de la industria alemana y otros; y se ha desarrollado como sello de calidad para la concienciación sobre la familia en la economía alemana. La auditoría se realiza en el marco de un proceso trimestral que concluye con la adjudicación de un certificado. Se empieza la auditoría con un

taller estratégico en las empresas en cuestión y al que se añade un taller de auditoría. En base a estos dos talleres se acuerdan las metas y a continuación se expide un certificado el cual será revisado anualmente con respecto a la aplicación práctica. Tres años después del otorgamiento del certificado se efectúa en base a esta comprobación una así llamada re-auditoría que tiene como contenido averiguar si las metas acordadas han sido conseguidas y qué metas futuras deben ser acordadas. Si el resultado es positivo se emite una confirmación del certificado y una declaración sobre el derecho de llevar el sello de calidad. Empresas que después de la re-auditoría puedan continuar llevando el certificado, han demostrado que no sólo aspiran a una cultura empresarial sostenible, concienciada en la familia, sino que también la viven y la aplican. En Alemania ya existen según las últimas estadísticas de agosto de 2011, 978 empresas, universidades e instituciones estatales que están certificadas.

SEGUNDA PARTE: LA EXPLICACIÓN DE LA FALTA DE AUDITORÍA SOCIAL

I. El control de la observancia de las normativas jurídicas-laborales

En la segunda parte de mi presentación quiero ofrecer una explicación de la escasa importancia de la auditoría social en mi país. Al ser el primer exponente no sé si mi comprensión de la auditoría social es correcta. Por eso es necesario que subraye que según mi opinión la función central o por lo menos una función central a cumplir por la auditoría social consiste en garantizar el respeto del Derecho del Trabajo. Por eso preferiría la terminología auditoría laboral. En la normativa jurídico-laboral se refleja de manera fundamental lo que una sociedad o un Estado considera un ordenamiento social de las relaciones industriales. La auditoría social o laboral es un instrumento, entre otros, para ayudar a hacer efectivo este ordenamiento laboral.

Es bien posible que Alemania haya elegido un sistema diferente para imponer lo social en el mundo del trabajo. Un breve análisis de los pilares centrales de este sistema puede guiarnos a encontrar una respuesta.

1. Seguridad y salud en el trabajo

La salud y la vida son los bienes jurídicos más importantes del trabajador. Por eso el Derecho laboral debe dedicarse con particular atención e intensidad a la protección de estos. Gracias a la legislación a nivel europeo en los Estados miembros, el derecho de la seguridad y la salud en el trabajo está unificado

en su mayor parte. Muchas de las directivas de la Comunidad Europea han aportado a un amplio programa de la seguridad y la salud en el trabajo.

La creación de tales normas jurídicas de la seguridad y salud en el trabajo es una cosa. Otro hecho es la imposición de estas normas jurídicas. En Alemania el control de la consideración del reglamento de la seguridad y salud en el trabajo está dividido en dos:

a) Inspección de Trabajo

Los departamentos de inspección industrial son autoridades locales de los Estados federados. Los Estados federados están divididos en regiones y cada región tiene un departamento de inspección industrial. Detrás de este establecimiento local de las autoridades existe la idea de que la eficacia del control aumenta por la cercanía geográfica y en consecuencia los buenos conocimientos de las empresas. Los departamentos de inspección de trabajo son normalmente los responsables de las siguientes secciones y corresponden a la estructura interna de las administraciones:

- protección laboral social (control de la normativa que afecta a niños, jóvenes, mujeres durante y después del embarazo)
- Control sobre el sector de la construcción
- Supervisión sobre instalaciones peligrosas incluidos los productos médicos
- Protección del consumidor y control de mercado (supervisión del comercio con productos peligrosos)
- Seguridad sobre las sustancias químicas
- Servicios médicos (asesoramiento médico y control de la protección médica laboral en las empresas)

b) Entidades gestoras del régimen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

La introducción de un sistema para la protección contra accidentes y enfermedades en el trabajo y al mismo tiempo la creación de un sistema para la prevención de accidentes y enfermedades en el trabajo, es una importante característica del reglamento de seguridad y salud en el trabajo alemán que nosotros hemos creado desde la legislación social de los tiempos de Bismarck en los años 80' del siglo XIX. El desarrollo histórico nos muestra no obstante sin despreciar el trabajo de los departamentos de inspección de trabajo, que la mayor eficacia en la prevención de accidentes y enfermedades en el trabajo se debe

agradecer a las actividades de las entidades gestoras del régimen accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La ley que afecta a este ramo de la seguridad social menciona en primer lugar y como tarea de gran prioridad de las entidades gestoras la de prevenir con todos los medios apropiados accidentes y enfermedades en el trabajo así como peligros para la salud debidos al trabajo. A esta descripción general de funciones le corresponde una normativa detallada de la realización de las medidas preventivas. En primer lugar está la creación de normativas de prevención de accidentes como derecho autónomo de las entidades gestoras. Estas normativas obligatorias para las empresas se caracterizan por la relacionada cercanía al asunto (Sachnähe) en el correspondiente departamento de la empresa. Sobre esto hay que saber, que las entidades gestoras están estructuradas en departamentos industriales y de trabajo respectivamente. Por lo cual existen entidades gestoras para la industria metalúrgica, para la industria química, etc., pero también existen entidades gestoras especiales para el servicio público. Las entidades gestoras deben asesorar como base de esta normativa de prevención de accidentes a las empresas al igual que al empleado al respecto sobre estas medidas. Sobre todo deben vigilar el cumplimiento de las normativas. Por eso las entidades gestoras están obligadas a contratar un número suficiente de personal de vigilancia que lleve a cabo el asesoramiento y el control de las empresas. La capacidad de vigilancia es mayor que la supervisión a través de la inspección de trabajo. Si se cometen infracciones contra la normativa de prevención de accidentes se podrá condenar al empresario o al empleado a pagar una multa. Este tipo de medidas sólo se tomarán en casos excepcionales. Las entidades gestoras confían más bien en el asesoramiento y apoyo de los empresarios y empleados implicados. En este sentido también se sobreentiende que los expertos empresariales reciban una formación y capacitación profesional para la seguridad y salud en el trabajo.

Junto a esta prevención institucional en el área de seguridad y salud en el trabajo, aumenta la eficacia de la prevención a través de la financiación creada mediante las cotizaciones de las empresas en este ramo de la seguridad social. La regulación de las cotizaciones que están únicamente a cargo de los empresarios tiene como meta alcanzar un nivel óptimo de la prevención de accidentes y como consecuencia el importe de las cotizaciones para cada empresa debe ser proporcional al riesgo. Cuánto más alto sea el riesgo de accidentes en una empresa, tanto más altas deben de ser las cotizaciones a pagar. Así se despierta el interés de las empresas en tener una prevención eficaz contra accidentes. La ley prevé además regulaciones rebajas y suplementos de primas a pagar. Las empresas que ejerzan una protección laboral eficaz podrán recibir una rebaja en las contribuciones. De modo contrario, las empresas que hagan menos por la protección laboral podrán ser penados a pagar suplementos en las primas.

En este nivel de alicientes positivos y negativos también existe la normativa sobre que los empresarios pueden ser responsables financieramente si se reprocha que la causa de un accidente laboral ha sido una imprudencia grave. Esto

significa que la entidad gestora que haya indemnizado el accidente laboral podrá recurrir contra el empresario en cuestión.

El tercer elemento del seguro de accidentes, que desempeña una buena influencia sobre la seguridad y la salud en las empresas, es el hecho de que el sistema del seguro de accidentes se administra a través de la autogestión conjunta de empresarios y empleados. Ambas partes tienen de acuerdo con la naturaleza un gran interés en una protección laboral eficaz. Las empresas sobre todo porque solas deberían pagar las contribuciones para la financiación del sistema. Los empleados, representados por lo general por los sindicatos, se esfuerzan obviamente por obtener un alto nivel de protección laboral dado que así se fomenta la salud y la vida del empleado.

Los números hablan por sí solos cuando se trata de la alta eficacia en la prevención a través de las entidades gestoras del seguro accidentes de trabajo.

La estadística de los accidentes laborales demuestra el éxito de la prevención. En el año 1960 hubo un total de 2.711.078 accidentes laborales de los cuales 4.893 fueron mortales en la República Federal de Alemania. En el año 2009 tuvimos 974.642 accidentes laborales de los cuales 622 fueron mortales. Para apreciar este balance es necesario tener en cuenta que el número de accidentes laborales ha disminuido considerablemente, sobre todo aquellos que son mortales. Además hay que considerar que en este tiempo el número de trabajadores — también como consecuencia de la reunificación— ha aumentado alrededor de un 60 por ciento.

Hay que decir que en comparación con España, para la cual he encontrado números estadísticos del año 2007, el riesgo de sufrir accidentes laborales en España es el doble que en Alemania y el riesgo de sufrir un accidente laboral mortal incluso cuatro veces mayor.

II. Control de la observancia de las obligaciones de la seguridad social

Alemania también ha creado como todos los países un sistema amplio y completo de seguridad social cuyas reglas y obligaciones deben ser cumplidas por empresarios y empleados. Para poder controlar el cumplimiento del reglamento existen por otra parte diferentes mecanismos y asimismo distintas competencias de inspección:

1. Control de la mano de obra ilegal

En el año 2004 la República Federal de Alemania aprobó una ley para luchar contra el trabajo clandestino y las actividades ilegales. Un punto esencial de los cometidos de esta ley consiste en comprobar el cumplimiento de las obligaciones del empleador resultantes de las disposiciones de los seguros sociales. Explícitamente, la ley exige comprobar,

- si los empresarios cumplen con las declaraciones obligatorias (los actos de encuadramiento y matriculación en los seguros sociales),
- si se reconoce una percepción ilegal de prestaciones sociales,
- si las declaraciones del empresario, que son importantes para el pago del fomento del empleo, se certifican justamente,
- si los trabajadores extranjeros son contratados de forma ilegal,
- si las condiciones de trabajo se cumplen conforme a la ley sobre el desplazamiento de trabajadores y de la ley sobre el salario mínimo

Además las administraciones responsables deben apoyar en su trabajo al mismo tiempo a la inspección de trabajo a través de informaciones.

Es interesante saber qué Administraciones son responsables del control de la mano de obra ilegal. Son – para el espectador extranjero a lo mejor sorprendentemente – las aduanas. Esto tiene el siguiente trasfondo: Muchas aduanas y el personal que trabaja ahí se han vuelto innecesarios como consecuencia de la ampliación de la Unión Europea y de la eliminación de aranceles. A estas autoridades se les han encomendado las tareas previamente descritas sobre el control de la mano de obra ilegal para no tener que cerrar completamente estas autoridades y no tener que despedir a todo el personal. Esto se les ofreció porque el trabajo ilegal de empleados extranjeros debía ser controlado. Con la asignación de este trabajo se han unido al mismo tiempo otras tareas, ya que éstas están a menudo vinculadas con intervenciones soberanas y por eso las aduanas son para ello excelentemente aptas. Los números estadísticos prueban que seguramente la mano de obra ilegal no se puede evitar del todo. Este estado ideal no se podrá alcanzar probablemente en ningún país. No obstante el balance del trabajo de estas aduanas es completamente impresionante. En el año 2010 se controlaron en todo el territorio federal a más de 510.000 personas y alrededor de 66.000 empresarios. También se descubrió un daño ocasionado por trabajo clandestino y actividades ilegales por valor de 711 millones de euros.

Se iniciaron 177.000 sumarios debidos a delitos o infracciones contra el reglamento, en los que los juicios correspondientes llevaron a multas de 44 mill. de euros. En cuanto a los procesos penales hay que advertir que el impago de la cotización a la Seguridad Social es un acto punible del empresario o de las personas responsables de esta competencia. Este delito es sancionable con una multa y/o privación de libertad. Los juzgados impusieron en el año 2010 reclusiones por un total de 1981 años.

Se puede decir que la actividad de inspección de las aduanas presta una contribución importante para la resolución de delitos en el sector del Derecho penal del Trabajo y así asegura indirectamente la garantía del reglamento jurídico-laboral. No hay que callarse que no se aclaran todos los delitos en este sector y que seguramente se mantendrá como una considerable cifra negra.

2. Revisión de empresa por las entidades gestoras del seguro de pensiones

Otra institución importante controla y revisa a través de las entidades gestoras de los seguros de pensiones el cumplimiento de las obligaciones respecto a los seguros sociales de los empresarios. La inspección de una empresa tiene lugar cada cuatro años como mínimo y dependiendo del motivo también puede ser más a menudo. Las entidades comprueban mediante la documentación e interrogatorios a empleados si los empresarios cumplen como es debido con sus declaraciones obligatorias y las obligaciones de pago de las contribuciones. Los empresarios que no hayan cumplido como es debido con sus obligaciones deberán contar con pagos posteriores de las contribuciones así como recargos por demora y en casos graves con condena penal.

III. Cogestión

En Alemania existe desde el final de la Primera Guerra Mundial un estatuto de empresa especial que prevé diferentes derechos de participación de los empleados a través del establecimiento de un comité de empresa. Según la ley actual que tiene su origen en 1972 se debe crear en empresas por lo general con un mínimo de cinco empleados fijos un comité de empresa. El tamaño del comité depende del número de empleados. Un miembro del comité de empresa debe ser eximido por completo de su actividad laboral para que se concentre completamente en su trabajo del comité a partir de 200 empleados por empresa. Para el tema de hoy hay que resaltar en cuanto a las obligaciones y los derechos de participación del comité de empresa lo siguiente.

En general la ley le asigna al comité de empresa una función supervisora y un papel activo en el cumplimiento de normas obligatorias del Derecho laboral además del fomento de ciertas metas en el Derecho laboral. De esta gran lista de tareas quiero destacar los siguientes elementos:

– El comité de empresa debe velar por que las leyes, los reglamentos, las normas de prevención de accidentes y los convenios colectivos a favor del empleado sean llevados a cabo.

- Debe fomentar las medidas de la protección laboral y de la protección del medio ambiente de la empresa

- Sobre todo debe preocuparse por la contratación e integración de grupos desventajados. Estos incluyen minusválidos graves, empleados de edad avanzada, la integración de empleados extranjeros en la empresa, la imposición real de la igualdad entre hombres y mujeres así como el fomento de la compatibilidad entre familia y empleo. El empresario debe informar al comité de empresa sobre estos requisitos de forma amplia y con la debida antelación. El empresario deberá mostrar además la documentación necesaria para el trabajo del comité de empresa si así lo exige el comité. Esto incluye el derecho de revisar las listas de los salarios brutos. El comité de empresa tiene derecho de consultar a un experto si esto fuese necesario para el cumplimiento debido de sus obligaciones.

Junto a estas obligaciones generales la ley de régimen de empresa le ha concedido al comité de empresa derechos de cogestión. Diferenciamos entre la cogestión en asuntos sociales, personales y económicos. El grado y la intensidad de la cogestión son diferentes en cada área de cogestión.

La forma más intensa de la cogestión la tenemos en los asuntos sociales. Aquí existe la cogestión paritaria. Esto significa que el cumplimiento de los asuntos enumerados detalladamente en la ley debe efectuarse conjuntamente entre el empresario y el comité de empresa. Una realización unilateral de las medidas no es posible. Una (así llamada) comisión de conciliación deberá sustituir el consenso que falte entre empresario y comité de empresa si ambas partes no se ponen de acuerdo.

La ley regula un catálogo de 13 supuestos de cogestión en asuntos sociales. No los quiero nombrar detalladamente por falta de tiempo. Sean indicados los siguientes asuntos significativos:

- Cuestiones sobre el reglamento de la empresa y sobre el comportamiento del empleado

- Comienzo y fin de la jornada laboral incluida su distribución en los días de la semana

- Reducción o prolongación temporal de la jornada laboral habitual de la empresa (un supuesto de cogestión absolutamente importante que en los últimos años ha asegurado la supervivencia de muchas empresas en tiempos de crisis financiera)

- Introducción y aplicación de aplicaciones técnicas que están abocadas a controlar el comportamiento o el rendimiento del empleado

- Reglamentación sobre la prevención de accidentes laborales y enfermedades causadas por el trabajo a no ser que ya existan en disposiciones legales

- Cuestiones sobre la configuración del salario en la empresa, en especial el establecimiento de las bases del salario y la introducción y aplicación de nuevos métodos salariales
- Determinación de las bases salariales para el trabajo a destajo y retribuciones comparables según el rendimiento
- Principios sobre la realización del trabajo en grupos.

La cogestión en asuntos personales abarca los sectores de la planificación del personal y seguridad del empleo, cuestionarios para el personal, criterios de calificación del personal, convocatorias de puestos de trabajo y directrices sobre la selección personal de la contratación, traslados y reagrupaciones. En este caso sólo se trata en parte de los derechos de información y consulta. Por otra parte también se trata de la verdadera cogestión. El hecho de que el comité de empresa tenga el derecho de ser informado por el empresario sobre cada contratación, asignación, reagrupación en el traslado en una empresa con más de 20 trabajadores es especial e importante. En esto el empresario debe hacer llegar al comité los documentos necesarios. El empresario sólo puede llevar a cabo la medida, si el comité le da su aprobación. No obstante el comité puede rehusar la aprobación sólo si se presentan requisitos precisos y concluyentes descritos en la ley. Sin nombrar explícitamente los motivos de denegación, se puede decir de forma muy general que el comité de empresa debe impedir que una medida planificada por el empresario infrinja las disposiciones legales o convenios colectivos o sea contraria a las directrices de la empresa. Además es un motivo de denegación si a causa de la medida intencionada, la paz laboral podría ser perturbada.

Los derechos de participación del comité de empresa en los despidos son de importancia singular. En este caso hay que diferenciar entre un despido individual del trabajador y un despido colectivo de trabajadores. Fundamentalmente vale para lo primero que el empresario deberá escuchar al comité de empresa ante cualquier despido e informará detalladamente de los motivos de despido. Si el comité tiene reparos sobre un despido, deberá comunicárselo al empresario por escrito en el plazo de una semana. Los reparos del comité de empresa no impiden al empresario notificar el despido. El comité de empresa podrá contradecir el despido notificado en los despidos ordinarios, esto es, en despidos por razones personales, de comportamiento o económicas si no se tuvieron en cuenta, o de forma no suficiente, los aspectos sociales en la elección del empleado a despedir, si existe una infracción de las directrices de despido, si al empleado se le podría seguir dando trabajo en otro puesto en la misma empresa o en otro departamento de la empresa, si una prórroga del empleo fuese posible después de recibir una formación profesional o si bajo las condiciones de contratación modificadas es posible prorrogar el trabajo del empleado. Esta réplica del comité de empresa tiene repercusiones importantes. Si el empleado despedido plantea una demanda contra el despido en la magistratura de trabajo significa que el empleado debe seguir trabajando en la empresa. El empresario puede solicitar a

la magistratura finalizar la prórroga de empleo sólo bajo condiciones limitadas. Por lo demás, el empleado deberá seguir trabajando hasta que la decisión jurídica de la magistratura de trabajo sobre el despido sea conocida.

En los despidos colectivos existen derechos de participación especiales. Aquí el empresario deberá informar y consultar en primer lugar y de todos modos al comité de empresa sobre sus planes. Se debe hacer el intento de evitar el despido colectivo o de limitar el número de despidos. Se fijará en un convenio propio si el empresario y el comité llegan a un acuerdo. El comité de empresa puede exigir la confección de un plan social si a pesar de todo algunos despidos son inevitables.

CONCLUSIÓN

Después de lo que les he expuesto no hace falta una larga conclusión. Mi explicación y tesis principal era y es, que la auditoría social en la República Federal Alemana no tiene ningún significativo de importancia, si unimos las regulaciones respectivas laborales y de seguridad social. Para garantizar lo social en el mundo del trabajo hemos creado un sistema de *industrial relations* que cuenta con la eficacia de los siguientes pilares:

- la responsabilidad y el control por parte de los poderes públicos para garantizar el respeto del Derecho del Trabajo y de la seguridad social (Inspección de Trabajo, aduanas)
- la responsabilidad y el control por parte de la Administración de la seguridad social gestora de los sectores de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y pensiones
- la responsabilidad y el control por parte de los trabajadores a través de la participación en el marco de la cogestión.

La idea de una auditoría social acorde a la de los países anglosajones y también la idea de balances sociales existentes en países románicos han sido retomadas en Alemania sin que hayan obtenido ni la más mínima importancia. Únicamente la auditoría social de trabajo y familia representa una excepción.

**LA PRIMERA LEY LABORAL DEL PRESIDENTE BARACK H. OBAMA.
ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO
ESPAÑOL DE *LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT* DE 2009, Y
TRADUCCIÓN CASTELLANA**

[*THE FIRST EMPLOYMENT ACT BY PRESIDENT BARACK H. OBAMA. AN IN
CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW OF THE
LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT OF 2009, AND ITS CASTILIAN
TRANSLATION*]

Estefanía García Beiro

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2011

Sumario: I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009».- II. EL CASO *LEDBETTER V. GOODYEAR TIRE & RUBBER CO.* (2007).- III. ESTUDIO COMPARADO DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009» CON EL ARTÍCULO 59, APARTADOS 1 Y 2, DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- IV. CONCLUSIONES.- V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009».

Contents: I. THE «LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT OF 2009» IN CONTEXT.- II. THE CASE LEDBETTER V. GOODYEAR TIRE & RUBBER CO. (2007).- III. A COMPARATIVE STUDY OF THE «LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT OF 2009» WITH SECTION 59, PARAGRAPHS 1 AND 2, OF THE WORKERS' STATUTE.- IV. CONCLUSIONS.- V. A CASTILIAN TRANSLATION OF THE «LILLY LEDBETTER FAIR PAY ACT OF 2009».

Resumen: Este trabajo estudia la revocación de la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre prescripción de la acción para impugnar discriminaciones salariales por razón de sexo por la primera Ley promulgada por el Presidente Barack H. OBAMA, comparando esta nueva Ley con el correspondiente artículo sobre el tema en el Estatuto español de los Trabajadores.

Abstract: This paper studies the reversal of the United States Supreme Court doctrine on limitation of the action to challenge wage sex discriminations by the first Act enacted by Presidente Barack H. OBAMA, comparing this new Act with the corresponding section on the subject in the Spanish Workers' Statute.

Palabras clave: Prescripción de acciones – Discriminación salarial por razón de sexo – Estados Unidos de América – España – Derecho comparado del Trabajo

Keywords: *Limitation of actions – Sex and wage discrimination – United States of America – Spain – Comparative Labor Law*

* * *

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009»

1. El hawaiano Barack H. OBAMA, tras un currículum vital académico (se graduó en Ciencia Política en la Universidad neoyorquina de Columbia, obteniendo después un Máster en Leyes en la prestigiosa Universidad de Harvard, donde incluso llegó a presidir el Consejo Editorial de la *Harvard Law Review*), profesional y político (Senador de los Estados Unidos, por el riquísimo Estado de Illinois desde 2005) que no cabe más remedio que calificar de rigurosamente irreprochable¹, se convirtió en el cuadragésimo cuarto Presidente de los Estados Unidos, tras jurar su cargo el día 20 enero 2009. Militaba en las filas del Partido Demócrata, que de algún modo —sólo de algún modo— puede considerarse la «izquierda» política en los Estados Unidos², habiendo contendido por la presidencia —tras ganarle unas muy duras primarias a la Señora CLINTON— con el «republicano» (y desde la óptica europea, francamente ultraderechista) Señor McCAIN. Esta contextualización política del Presidente OBAMA nos parece necesaria, supuesto que los «demócratas» yanquis siempre han acreditado tener una mayor sensibilidad «social» que sus oponentes políticos, desde Franklin D. ROOSEVELT (a quien se debe la invención del salario mínimo interprofesional)³, pasando por John F. KENNEDY (cuyo testamento político-social puede considerarse que es la «Ley de Derechos Civiles» de 1964, a la que tendremos que aludir más de una vez en el presente escrito)⁴ y concluyendo con el propio Presidente OBAMA, que quiso marcar el inicio de su presidencia con la promulgación de una Ley laboral —protagonista estelar de este escrito, y que consideramos que ha valido la pena traducir íntegramente al castellano, desde su inglés original⁵, también por causa de todas las polémicas doctrinales que viene generando⁶—, dotada de un nombre popular y de un nombre «corto» alusivos, en

¹ Su curriculum oficial consta en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov.

² Sobre el tema, véase P. FRYMER, *Black and Blue: African Americans, the Labor Movement, and the Decline of the Democratic Party*, Princeton University Press. (New Jersey, 2008), págs. 11 y ss.

³ 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 (norteamericanos y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 6 y ss.

⁴ Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de Derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*, Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. 35.

⁵ Véase *infra*, V.

⁶ Sobre el tema, véase S. DELLINGER y W.K. BRUMBACH III, «The Lilly Ledbetter Fair Pay Act: what employers need to know», *South Carolina Lawyer*, núm. 21 (2009), págs. 15 y ss.; asimismo, P.A. BRONTE, «Unresolved questions regarding the Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009», *Employment Discrimination Law and Litigation*, núm. 828 (2010), págs. 257 y ss.; y también, M. COLUCCIO, «Fait accompli?: where the Supreme Court and equal pay meet a narrow legislative

parte, al nombre propio de cierta persona física, que no era —frente a lo que es más usual en los nombres populares de las Leyes federales yanquis— ni un Congresista famoso ni tampoco un Senador de relieve⁷, sino simplemente una ciudadana de base (lo que los yanquis, con la terminología militarista que tanto les gusta, denominarían coloquialmente una «rank-and-file»).

2. Dicha ciudadana de base era la Señora Lilly LEDBETTER, viuda y abuela cuando el Presidente OBAMA firmó el día 29 enero 2009 la Ley que lleva, en parte, su nombre propio (esto es, la «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo [*Lilly Ledbetter Fair Pay Act*]»). El largo camino que culminó con este acto, que resulta posible incluso reconstruir en vídeo a través de Internet, comenzó en el año 1979⁸. En esta fecha, Lilly LEDBETTER empezó a trabajar para la empresa Goodyear Tire & Rubber Co., en un centro de trabajo que la misma poseía en la ciudad de Gadsden, Estado de Alabama (jurisdiccionalmente hablando, encuadrada en el Undécimo Circuito Federal, como tendremos oportunidad de comprobar luego). Dicha empresa es una multinacional especializada en la fabricación de neumáticos (en consecuencia, una empresa gigante⁹, obligada a cumplir la regulación antidiscriminatoria contenida en el Título VII de la citada Ley de Derechos Civiles de 1964, visto que dicho Título sólo se aplica a lo que el mismo considera como «empresario», a cuyo efecto afirma que «la palabra “empresario” significa una persona implicada en una industria que afecte al comercio, que tenga quince o más trabajadores [*fifteen or more employees*] por cada día laboral en veinte o más semanas naturales del año natural actual o precedente»)¹⁰. Se trataba de una empresa que tenía un peculiar sistema retributivo (no basado en la retribución pura y dura por unidad de tiempo, sino en una combinación de salarios y productividad), habiendo comprobado Lilly LEDBETTER, al jubilarse (en marzo de 1998), que percibía un salario mensual de 3.727 dólares, muy inferior al de los hombres de idéntica categoría profesional que la suya, lo que abrió una nueva etapa en ese

override under the Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Seattle University Law Review*, núm. 34 (2010), págs. 235 y ss.

⁷ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, I. VIZCAÍNO RAMOS y R.M. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO], «El impacto de la primera Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el Derecho norteamericano: la regulación de las crisis empresariales modificativas o extintivas del contrato de trabajo por la llamada Ley WARN», *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2011), págs. 633 y ss.

⁸ Véase K. PUTNAM, «On Lilly Ledbetter’s liberty: Why equal pay for equal work remains an elusive reality», *William and Mary Journal of Women and the Law*, núm. 15 (2009), págs. 687-688.

⁹ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Las pequeñas empresas y el Derecho individual del Trabajo en los Estados Unidos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 14 (2010), págs. 461 y ss.

¹⁰ Cfr. sección 2000e(b) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

camino (según algún autor yanqui, una «*wonderful story*»)¹¹ que condujo a la firma por el Presidente OBAMA de la protagonista de nuestro trabajo.

3. Esta nueva etapa puede calificarse como la etapa «de los pleitos» de Lilly LEDBETTER. Se inició al plantear esta trabajadora reclamación ante la «Comisión para la Oportunidad de un Empleo Igual [*Equal Employment Opportunity Commission*]» (o en acrónimo, EEOC), que es en los Estados Unidos la agencia federal encargada de la «administración» del citado Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (esto es, de resolver cuasi-jurisdiccionalmente, con carácter previo, los litigios suscitados por su aplicación e interpretación)¹², teniendo en cuenta que los principales preceptos en juego de dicho Título eran tres, a saber: 1) el relativo a que será «práctica de empleo ilícita del empresario ... discriminar a cualquier persona en relación con su retribución, términos, condiciones o privilegios de empleo, por causa de la raza, color, religión, sexo u origen nacional de tal persona»¹³, que lógicamente beneficiaba a Lilly LEDBETTER; 2) el relativo a que «no será práctica de empleo ilícita del empresario aplicar condiciones retributivas diferentes ..., supuesto que tales diferencias no sean el resultado de una intención de discriminar por causa de raza, color, religión, sexo u origen nacional»¹⁴, que lógicamente beneficiaba a Goodyear Tire & Rubber Co.; y 3) el relativo a que «una imputación al amparo de esta sección se planteará dentro de los ciento ochenta días siguientes a haber ocurrido la práctica de empleo ilícita alegada»¹⁵, que aparentemente beneficiaba asimismo a la propia empresa. Tras la desestimación de su reclamación por parte de la citada EEOC, Lilly LEDBETTER planteó demanda ante la Corte federal del Distrito Norte de Alabama¹⁶, que —después de ceñir el pleito única y exclusivamente a la eventual violación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964— falló a favor de nuestra demandante, reconociéndole el derecho a percibir salarios de tramitación y daños y perjuicios. Ahora bien, la empresa Goodyear Tire & Rubber Co. apeló ante la Corte federal de Apelaciones del Undécimo Circuito (con sede en la ciudad de Atlanta, Estado de Georgia)¹⁷, habiendo sido el resultado de este proceso de impugnación el de que se estimase el recurso interpuesto por la empresa apelante. A partir de este momento, Lilly LEDBETTER encara la recta final de

¹¹ Cfr. C.A. SULLIVAN, «Raising the dead?: The Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Tulane Law Review*, núm. 84 (2010), pág. 500.

¹² Sobre dicho tipo de contencioso laboral previo norteamericano, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. 87.

¹³ Sección 2000e-2(a)(1) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

¹⁴ Sección 2000e-2(h) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

¹⁵ Sección 2000e-5(e)(1) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

¹⁶ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., pág. 87.

¹⁷ *Ibidem*.

esta etapa «de los pleitos», con la tramitación y resolución del caso de que seguidamente se trata.

II. EL CASO *LEDBETTER V. GOODYEAR TIRE & RUBBER CO.* (2007)

4. Es un caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos — máxima instancia jurisdiccional de dicho país—, poseyendo la referencia oficial «550 U.S. 618»¹⁸, que indica que puede localizarse en el volumen 550 del repertorio de «volúmenes vinculantes [*bound volumes*]» de dicha Corte, páginas 618 y siguientes, que es donde yo lo he localizado a través del sitio de Internet — de acceso totalmente gratuito— www.justia.com. Es un caso bastante largo (ocupa hasta cuarenta y cuatro páginas del «volumen vinculante» citado), redactado al modo típicamente yanqui —que tanto nos sorprende en España—, esto es, con notas a pie de página (hasta un total de veintiuna, en el conjunto del caso) y con cita de doctrina científica (más en concreto, dos libros y un artículo de revista, publicado en el *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*)¹⁹, afirmándose en él que la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo uso de sus poderes discrecionales para entrar o no a revisar un caso de segunda instancia (mediante el otorgamiento del correspondiente «*certiorari*», de algún modo equivalente al recurso europeo de «casación», aunque se trata de una equivalencia muy lejana)²⁰, porque aquí no existía ningún precedente judicial de autoridad que vinculase a la propia Corte (por aplicación de la regla de «estar a lo decidido [*stare decisis*]»), razonando a este respecto —muy sumariamente— que «este caso nos llama a aplicar un precedente establecido en un contexto ligeramente diferente [*this case calls upon us to apply established precedent in a slightly different context*]»²¹, dado que «la discriminación en el pago es diferente de otros tipos de discriminación en el empleo y por tanto debería regirse por una regla diferente [*discrimination in pay is different from other types of employment discrimination and thus should be governed by a different rule*]»²². Lo más importante, sin embargo, es que en este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos actuó como una Corte dividida, dado

¹⁸ Acerca de este tipo de referencias y su explicación, 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 [*The dissenting opinion by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. in Coppage v. Kansas (1915). A Classical american legal text against termination at will*]», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009), pág. 14.

¹⁹ Págs. 650, 658, 659 y 661. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 333 y ss.

²⁰ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., págs. 87-88.

²¹ Pág. 621.

²² *Ibidem*.

que la opinión de la propia Corte se consiguió con una mayoría muy ajustada, de cinco a cuatro²³.

5. La opinión de la mayoría de cinco (y en consecuencia, la opinión de la Corte) fue conformada por el Juez-Presidente ROBERTS y por los Jueces SCALIA, KENNEDY, THOMAS y ALITO, actuando como ponente este último (según la fórmula ritual, «*JUSTICE ALITO delivered the opinion of the Court* [expresó la opinión de la Corte]»²⁴). Se trata de una opinión que realizó una interpretación muy estricta del precepto sobre prescripción de acciones del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, a que antes hicimos referencia (según el cual, recuérdese, «una imputación al amparo de esta sección se planteará dentro de los ciento ochenta días siguientes a haber ocurrido la práctica de empleo ilícita alegada»). Y ello, porque —a juicio de la mayoría— la «práctica de empleo ilícita» debía identificarse con la decisión adoptada en su día por la empresa de retribuir a Lilly LEDBETTER de un cierto modo, y no con cada uno de los concretos actos de pago de dicha retribución, de manera que todo lo ocurrido ciento ochenta días antes de que la propia Lilly LEDBETTER plantease su reclamación por discriminación ante la EEOC debía considerarse prescrito (literalmente, según la opinión mayoritaria, «aplicamos la Ley tal y como está escrita, y esto significa que cualquier práctica de empleo ilícita incluida aquella que se refiere a la retribución, debe presentarse a la EEOC dentro del período prescrito por la Ley»²⁵).

6. Usando asimismo los ritos de la propia Corte, la minoría encabeza lo que en España denominaríamos su «voto particular»²⁶, afirmando que «*JUSTICE GINSBURG, with whom JUSTICE STEVENS, JUSTICE SOUTER and JUSTICE BREYER join, dissenting* [disiente]»²⁷. Se trata —frente a la mayoría conservadora— del «ala liberal» de la propia Corte²⁸, aquí encabezada por una mujer («GINSBURG» es la Juez Ruth B. GINSBURG, nombrada en su día por el Presidente «demócrata» CLINTON), la cual defendió una interpretación totalmente contraria del precepto anteriormente transcrito, y favorable a la tesis de Lilly

²³ Acerca de las eventuales «divisiones» de dicha Corte al decidir, véase A. ARUFE VARELA, «La posición del Juez-Presidente ROBERTS en los casos “laborales” decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos (2005-2010)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. III (2011), págs. 15 y ss.

²⁴ Pág. 621.

²⁵ Pág. 643.

²⁶ Sobre los matices del tema, 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 [*The dissenting opinion by Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. in Coppage v. Kansas (1915). A Classical american legal text against termination at will*]», cit., pág. 19.

²⁷ Pág. 643.

²⁸ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «La posición del Juez-Presidente ROBERTS en los casos “laborales” decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos (2005-2010)», cit., pág. 17.

LEDBETTER, construida —en lo esencial— sobre los tres siguientes argumentos: 1) el precepto en cuestión no podía estar pensando «en pequeños incrementos» salariales, que sólo se hacen evidentes «con el transcurso del tiempo»²⁹; 2) el precepto en cuestión pensaba en cosas «significativamente diferentes», tales como «despido, negativa a ascender ... o negativa a contratar», que se refieren —a diferencia de lo que ocurre con los indicados pequeños incrementos salariales— a actos «“fáciles de identificar” como discriminatorios»³⁰; y 3) como argumento práctico, el razonamiento complementario de que los registros salariales tienen frecuentemente carácter «confidencial», de manera que «los trabajadores tenían sólo acceso limitado a la información relativa a los ingresos de sus colegas»³¹. Como comprobaremos dentro de un momento, esta opinión de la Juez GINSBURG —a calificar, además, de objetivamente erudita, puesto que en ella se concentra la cita de doctrina científica a que antes hicimos referencia— puede calificarse asimismo de opinión rigurosamente visionaria, puesto que concluye pronosticando que la doctrina de la mayoría sería revocada por el legislativo norteamericano (literalmente, «una vez más, la pelota está en el tejado del Congreso [*once again, the ball is in Congress' court*]»)»³², como efectivamente sucedió al tomar posesión de su cargo el Presidente OBAMA³³.

III. ESTUDIO COMPARADO DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009» CON EL ARTÍCULO 59, APARTADOS 1 Y 2, DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

7. Tras esta decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el *sprint* final del largo camino que Lilly LEDBETTER había venido recorriendo coincidió con la campaña presidencial, en la que el candidato OBAMA se posicionó claramente a favor de que el Congreso de los Estados Unidos revocase la doctrina del caso *Lilly Ledbetter* (esta última llegó incluso a intervenir como oradora en la Convención Nacional demócrata), mientras que su contendiente McCain defendía justamente todo lo contrario³⁴. La tramitación parlamentaria del asunto concluyó poco antes de la toma de posesión de OBAMA como Presidente, cabiéndonos ahora poner de relieve que la Ley promulgada por el Congreso, si es que se prescinde de su nombre (relativamente atípico, como antes se indicó), es una típica Ley federal yanqui. Como puede observarse en la traducción que hemos efectuado de la misma, se trata de una Ley que consta de seis «secciones

²⁹ Pág. 645.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Pág. 650.

³² Pág. 661.

³³ Al respecto, véase C.E. SOROCK, «Closing the gap legislatively: consequences of the Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Chicago-Kent Law Review*, núm. 85 (2010), pág. 1200.

³⁴ Véase K. PUTNAM, «On Lilly Ledbetter's liberty: Why equal pay for equal work remains an elusive reality», cit., págs. 687.

[*sections*]]» (que son, como es sabido, las porciones mínimas en que se subdividen las Leyes anglosajonas, equivalentes de nuestros «artículos»), pareciéndonos claro —tras una lectura detenida y reposada de la misma— que ese conjunto de preceptos podría agruparse en tres porciones claramente diferenciadas por su contenido, a saber: 1) la exposición de motivos o preámbulo de la Ley, contenida —como es usual en las Leyes federales norteamericanas— en un concreto precepto de la misma, que en este caso es su sección 2 (rotulada «Consideraciones [*Findings*]]»³⁵, subdividida en cuatro apartados dotados de numeración arábiga; 2) el articulado en sentido estricto de la propia Ley, orientado a enervar la doctrina del caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos a que antes hicimos referencia, coincidente en esta Ley con sus secciones 3, 4 y 5, respectivamente relativas a «Discriminación retributiva por causa de raza, color, religión, sexo u origen nacional», a «Discriminación retributiva por causa de edad» y a «Aplicación a otras Leyes», resultando ahora claves las afirmaciones de que la «práctica de empleo ilícita» ocurre «cuando una persona está afectada por la aplicación de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria»³⁶, y de que «una persona agraviada puede obtener remedio ... hasta los dos años precedentes a la presentación de la imputación»³⁷; y 3) las que en España denominaríamos disposiciones extravagantes (esto es, las adicionales, finales, transitorias y derogatoria), aquí coincidentes con las secciones protocolar y epilodal de la propia Ley —que actúan al modo de un marco, respecto de su cuadro—, respectivamente relativas a «Título breve [*Short title*]]» (para indicar que «esta Ley puede ser citada como la “Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009”»)³⁸ y a «Fecha de efectos [*Effective date*]]»³⁹.

8. Sobre la base de que la «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009» se inserta claramente en un contexto de represión de las discriminaciones laborales (incluidas, por supuesto, las discriminaciones por razón de sexo), resulta preciso tener en cuenta, sin embargo, que se trata de una norma de enmienda parcial de otras Leyes federales antidiscriminatorias anteriores a ella, a los solos efectos de corregir el tema de la «prescripción [*limitation*]]» para el ejercicio de acciones cuasi-jurisdiccionales, lo que condiciona radicalmente el asunto del término de comparación español que nos sentimos obligados a buscar, si es que pretendemos realizar un verdadero estudio de Derecho «comparado». Con estas premisas, parece claro que debemos descartar como término de comparación útil la Ley Orgánica

³⁵ Al respecto, J. PALMOU LORENZO, «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», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. II (2010), págs. 95 y ss.

³⁶ Cfr. sección 3.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sección 1.

³⁹ Sección 6.

3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁰, no sólo porque se trata de una Ley a calificar como «Ley gigante» —frente al proporcionado tamaño que tiene la primera Ley laboral promulgada por el Presidente OBAMA—, sino sobre todo porque aunque aborda *at large* el tema de la discriminación en todos los ámbitos de la vida social, se trata de una Ley eminentemente «sustantiva», que omite el tratamiento de los asuntos procesales o paraprocesales (entre los cuales encaja, como es lógico, el del plazo de prescripción para el ejercicio de acciones judiciales)⁴¹. Por estas mismas razones, nos vemos igualmente obligados al descarte como término de comparación del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (rotulado «Igualdad de remuneración por razón de sexo»), pues —precisamente por tratarse de un precepto sustantivo puro— se limita a afirmar que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla»⁴².

9. Tras estos descartes, nos parece acertado concluir que el *pendant* español de la «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009» —que ya viene suscitando jurisprudencia de las Cortes federales⁴³— sólo puede ser el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores (rotulado «Prescripción y caducidad»), en lo tocante precisamente a la «prescripción» —que es el asunto regulado en sus apartados 1 y 2—, cuyo régimen jurídico construye sobre la base de las tres reglas siguientes: 1) la regla general —modificativa de lo dispuesto al respecto en nuestro Código Civil⁴⁴— de que «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial de prescripción prescribirán al año»⁴⁵; 2) el matiz complementario, relativo al *dies a quo* de cómputo de este plazo anual, de que el

⁴⁰ Sobre ella, véase 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), págs. 11 y ss.

⁴¹ Sobre dicho carácter paraprocesal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 521 y ss.

⁴² Sobre este precepto, J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 257-258.

⁴³ Sobre el tema, véase H.J. BALODANO y D. MARTINEZ, «Determining the reach of the Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Los Angeles Lawyer*, núm. 33 (2010), págs. 21 y ss.; y también, K.E. JOHNSON, «A practical solution to the Courts' broad interpretation of the Lilly Ledbetter Fair Pay Act», *Ohio State Law Journal*, núm. 71 (2010), págs. 1245 y ss. Con una prospectiva de futuro sobre las cuestiones que la Ley no resuelve, véase J.R. BENT, «What the Lilly Ledbetter Fair Pay Act doesn't do: "discrete acts" and the future of pattern or practice litigation», *Rutgers Law Record*, núm. 33 (2009), págs. 31 y ss.

⁴⁴ Su artículo 1967, regla 3ª, y en la misma línea la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (artículo 83), sentaba la regla de la prescripción trienal, al afirmar que «por el transcurso de tres años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento» de la obligación «de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios».

⁴⁵ Apartado 1.

plazo se cuenta «desde el día en que la acción pudiera ejercitarse»⁴⁶; y 3) el nuevo matiz complementario y aclaratorio de considerarse que la acción para exigir el cumplimiento de obligaciones de tracto sucesivo (como las típicas obligaciones salariales) comienza a prescribir en el momento mismo en que se produjo el devengo, pues esta regla es la aplicable «si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas»⁴⁷, supuesto siempre que el contrato de trabajo no haya terminado, puesto que en este otro caso el *dies a quo* coincide con «el día en que termine la prestación de servicios continuados»⁴⁸. Con todos estos elementos legales, sólo nos resta pronosticar cómo habrían fallado nuestros tribunales laborales la reclamación planteada en su día por Lilly LEDBETTER, una vez que se produjo la extinción del contrato que la vinculaba a Goodyear Tire & Rubber Co. Y en relación con esto, nos parece un pronóstico razonable concluir que nuestros tribunales laborales habrían considerado no prescritos todos los créditos salariales de la actora contra dicha empresa, comprendidos en el año inmediatamente anterior a la extinción de su contrato de trabajo —frente a lo fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que consideró, recuérdese, que Lilly LEDBETTER no tenía derecho a nada, por causa de la prescripción de sus acciones—, debiendo concluirse igualmente que nuestro Estatuto de los Trabajadores resulta menos protector de estos últimos que la «primera Ley» (y por tanto, también la primera Ley «laboral») ⁴⁹ promulgada por el Presidente OBAMA, supuesto que —según esta última— el plazo de prescripción allí aplicable a partir de su entrada en vigor permite cubrir ahora los «salarios atrasados» correspondientes a dos años.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009» es una Ley de contenido laboral, pero que tiene el valor añadido de haber sido la «primera Ley» promulgada por el Presidente Barack H. OBAMA, inmediatamente después de la toma de posesión de su cargo, lo que se produjo el día 20 enero 2009. Nos ha parecido útil focalizar en ella nuestro estudio iuscomparatista, ante todo, por dos razones. De un lado, porque se trata de una Ley de claro signo «social», lo que no puede dejar de llamar la atención en país —como los Estados Unidos de Norteamérica—, si mirado desde una óptica europea, que parece una nación donde campan a sus anchas los popularmente denominados «*neocons*» y demás especies ultraliberales; y de otro lado, porque estamos relativamente seguros de que se trata de una Ley que sólo puede manejarse en lengua vernácula inglesa, lo que justifica

⁴⁶ Apartado 2.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Apartado 1, letra b).

⁴⁹ Por todos, N. ZISK, «Lilly Ledbetter, take two: the Lilly Ledbetter Fair Pay Act of 2009 and the discovery rule's place in the pay discrimination puzzle», *William and Mary Journal of Women and the Law*, núm. 16 (2009), pág. 3.

que también nos hayamos animado a traducir íntegramente la misma, desde su inglés original, a la lengua castellana.

Segunda.- Frente a lo que es más usual en los «nombres populares» de las Leyes federales norteamericanas, en este caso dicho nombre no reproduce el nombre propio de ningún Congresista famoso o Senador de relieve, sino simplemente el de una ciudadana de base (esto es, de una «*rank-and-file*»). Esta ciudadana de base era la Señora Lilly LEDBETTER, viuda y abuela cuando el Presidente OBAMA firmó el día 29 enero 2009 la Ley que lleva, en parte, su nombre propio. Se trataba de una trabajadora empleada por la empresa Goodyear Tire & Rubber Co., una multinacional gigante especializada en la fabricación de neumáticos, que tenía —entre otros muchos centros de trabajo— uno en la ciudad de Gadsden, Estado de Alabama, que era donde vivía y trabajaba la protagonista de nuestro trabajo. Al pretender jubilarse descubrió que venía siendo salarialmente discriminada por dicha empresa, lo que provocó que iniciase una carrera de sucesivas demandas cuasi-jurisdiccionales (ante la «Comisión para la Oportunidad de un Empleo Igual [*Equal Employment Opportunity Commission*]» [o en acrónimo, EEOC]) y luego judiciales, ante la Corte federal del Distrito Norte de Alabama, que estimó sus pretensiones, y ante la Corte federal de Apelaciones del Undécimo Circuito, que estimó —por el contrario— el recurso de apelación interpuesto por la empresa. Esta etapa «de pleitos» culminó con la decisión del asunto emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en un famoso caso —que también lleva, en parte, el nombre de Lilly LEDBETTER— fallado en el año 2007.

Tercera.- Se trata de un caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos actuó como una Corte dividida, dado que la opinión de la propia Corte se consiguió con una mayoría muy ajustada, de cinco a cuatro. La opinión de la mayoría de cinco fue conformada por el Juez-Presidente ROBERTS y por los Jueces SCALIA, KENNEDY, THOMAS y ALITO, actuando como ponente este último (según la fórmula ritual, «*JUSTICE ALITO delivered the opinion of the Court* [expresó la opinión de la Corte]»), que desestimó las pretensiones deducidas por la protagonista de nuestro trabajo. En este caso, la minoría la compusieron los cuatro Jueces restantes, actuando como ponente del correspondiente voto disidente la Juez GINSBURG, que hubiese estimado las pretensiones deducidas por Lilly LEDBETTER, y cuyos razonamientos han de ser calificados de rigurosamente visionarios, puesto que la minoría concluyó pronosticando —con todo acierto— que la doctrina de la mayoría acabaría siendo revocada, como efectivamente sucedió, por el Congreso norteamericano.

Cuarta.- Concluida la campaña presidencial, en la que Lilly LEDBETTER tuvo su protagonismo —amparando las tesis del candidato

OBAMA—, el «*long and winding road*» recorrido por Lilly LEDBETTER culminó con la promulgación, realmente acelerada, de la Ley a que venimos refiriéndonos, cuyo núcleo está integrado por lo que hemos denominado, en páginas anteriores, el articulado en sentido estricto de la propia Ley, orientado a enervar la doctrina del caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos a que antes hicimos referencia, coincidente en esta Ley con sus secciones 3, 4 y 5, respectivamente relativas a «Discriminación retributiva por causa de raza, color, religión, sexo u origen nacional», a «Discriminación retributiva por causa de edad» y a «Aplicación a otras Leyes», resultando ahora claves las afirmaciones de que la «práctica de empleo ilícita» ocurre «cuando una persona está afectada por la aplicación de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria», y de que «una persona agraviada puede obtener remedio ... hasta los dos años precedentes a la presentación de la imputación».

Quinta.- Descartando la utilización de términos de comparación españoles de signo exclusivamente antidiscriminatorio, hemos considerado que el mejor para realizar comparaciones fructuosas con el contenido de esta Ley federal norteamericana es el artículo 59, apartados 1 y 2, de nuestro Estatuto de los Trabajadores. Nos hemos atrevido a pronosticar cómo habrían fallado nuestros tribunales laborales la reclamación planteada en su día por Lilly LEDBETTER, una vez que se produjo la extinción del contrato que la vinculaba a Goodyear Tire & Rubber Co. Y en relación con esto, nos ha parecido un pronóstico razonable concluir que nuestros tribunales laborales habrían considerado no prescritos todos los créditos salariales de la actora contra dicha empresa, comprendidos en el año inmediatamente anterior a la extinción de su contrato de trabajo —frente a lo fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que consideró, recuérdese, que Lilly LEDBETTER no tenía derecho a nada, por causa de la prescripción de sus acciones—, debiendo concluirse igualmente que nuestro Estatuto de los Trabajadores resulta menos protector de estos últimos que la «primera Ley» (y por tanto, también la primera Ley «laboral») promulgada por el Presidente OBAMA, supuesto que —según esta última— el plazo de prescripción allí aplicable a partir de su entrada en vigor permite cubrir ahora los «salarios atrasados» correspondientes a dos años.

V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA «LEY LILLY LEDBETTER DE PAGO JUSTO DE 2009»

Ley Pública 111-2

29 enero 2009

Ley Pública 111-2
111° Congreso

Una Ley

Para enmendar el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967, y para modificar el funcionamiento de la Ley de los Americanos con Discapacidades de 1990 y la Ley de Rehabilitación de 1973, para clarificar que una decisión u otra practica retributiva discriminatoria, que es ilícita en virtud de dichas Leyes ocurre cada vez que la retribución se paga de conformidad con la decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, y para otros propósitos.

Que sea promulgada por el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América reunidos en Congreso,

SECCIÓN 1. TÍTULO BREVE

Esta Ley puede ser citada como la «Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009».

SECCIÓN 2. CONSIDERACIONES

El congreso considera lo siguiente:

(1) La Corte Suprema en *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007), entorpece significativamente las protecciones legales contra la discriminación en la retribución que estableció el Congreso y que han sido principios básicos del Derecho norteamericano durante décadas. La decisión *Ledbetter* socava esas protecciones legales al restringir indebidamente el período de tiempo en el cual las víctimas de discriminación pueden impugnar y cobrar por decisiones u otras prácticas retributivas discriminatorias, en contra de la intención del Congreso.

(2) La prescripción impuesta por la Corte en la presentación de demandas retributivas por discriminación ignora la realidad de la discriminación salarial y está en contradicción con la aplicación robusta de las Leyes de Derechos Civiles que el Congreso pretendía.

(3) Con respecto a cualquier imputación de discriminación al amparo de cualquier Ley, nada en esta Ley se concibe para excluir o limitar el derecho de la persona agraviada a presentar pruebas de una práctica ilegal en el empleo que ha ocurrido fuera del plazo para la presentación de una imputación por discriminación.

(4) Nada en esta Ley se concibe para cambiar el tratamiento legal actual de cuando las distribuciones de las pensiones se consideran pagadas.

SECCIÓN 3. DISCRIMINACION RETRIBUTIVA POR CAUSA DE RAZA, COLOR, RELIGION, SEXO U ORIGEN NACIONAL

La Sección 706(e) de la Ley de Derechos Civiles de 1964 [42 U.S.C. 2000e- 5(e)] se modifica añadiendo al final lo siguiente:

«(3)(A) A efectos de esta sección, ocurre una práctica de empleo ilícita, con respecto a la discriminación retributiva en violación de este Título, cuando se adopta una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, cuando una persona se convierte en sujeto de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, o cuando una persona está afectada por la aplicación de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, incluyendo en todo momento salarios, prestaciones u otra compensación que se pague, resultante en su totalidad o en parte de dicha decisión u otra práctica».

«(B) Además de cualquier remedio autorizado por la sección 1977a de las Leyes revisadas (42 U.S.C. 1981a), la responsabilidad puede acumularse y una persona agraviada puede obtener remedio tal y como se prevé en la subsección (g)(1), incluyendo el cobro de salarios de tramitación hasta los dos años precedentes a la presentación de la imputación, siempre y cuando las prácticas de empleo ilícitas que hayan ocurrido durante el período de presentación de la imputación sean similares o estén relacionadas con prácticas de empleo ilícitas, con respecto a la discriminación en la retribución que ocurrió fuera del plazo para la presentación de una imputación».

SECCIÓN 4. DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR CAUSA DE EDAD

La sección 7(d) de la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967 [29 U.S.C. 626(d)] se modifica-

(1) En el primer inciso-

(A) Redesignando los apartados (1) y (2) como subapartados (A) y (B), respectivamente; y

(B) Fraccionando la «(d)» e insertando «(d)(1)»;

(2) En el tercer inciso, fraccionando «Sobre» e insertando lo siguiente: «(2) Sobre»; y

(3) Añadiendo al final lo siguiente:

«(3) A efectos de esta sección, ocurre una práctica ilícita, con respecto a la discriminación retributiva en violación de esta Ley, cuando se adopta una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, cuando una persona se convierte en sujeto de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, o cuando una persona está afectada por la aplicación de una decisión u otra práctica

retributiva discriminatoria, incluyendo en todo momento salarios, prestaciones u otra compensación que se pague, resultante en su totalidad o en parte de dicha decisión u otra práctica».

SECCIÓN 5. APLICACIÓN A OTRAS LEYES

(a) LEY DE LOS AMERICANOS CON DISCAPACIDADES DE 1990.- Las enmiendas realizadas por la sección 3 se aplicarán a las demandas de discriminación retributiva planteadas al amparo del Título I y la sección 503 de la Ley de los Americanos con Discapacidades de 1990 (42 U.S.C. 12111 y ss., 12203), de conformidad con la sección 107(a) de dicha Ley [42 U.S.C. 12117(a)], que adopta los poderes, remedios y procedimientos establecidos en la sección 706 de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (42 U.S.C. 2000e-5).

(b) LEY DE REHABILITACION DE 1973.- Las enmiendas realizadas por la sección 3 se aplicarán a las demandas de discriminación retributiva planteadas al amparo de las secciones 501 y 504 de la Ley de Rehabilitación de 1973 (29 U.S.C. 791, 794), de conformidad con:

(1) Las secciones 501(g) y 504(d) de dicha Ley [29 U.S.C. 791 (g), 794(d)], respectivamente, que adoptan las condiciones aplicadas al amparo del Título I de la Ley de los Americanos con Discapacidades de 1990, para determinar si ha ocurrido una violación en una demanda que alegue discriminación en el empleo; y

(2) Los apartados (1) y (2) de la sección 505(a) de dicha Ley [29 U.S.C. 794a(a)] [tal y como fueron enmendados por la subsección (c)].

(c) ENMIENDAS DE AJUSTE:

(1) LEY DE REHABILITACIÓN DE 1973.- La sección 505(a) de la Ley de Rehabilitación de 1973 [29 U.S.C. 794a(a)] se enmienda:

(A) En el apartado (1), insertando tras «[42 U.S.C. 2000e-5 (f) a (k)]» lo siguiente: «[y la aplicación de la sección 706(e)(3) [42 U.S.C. 2000e-5(e)(3)] a demandas de discriminación retributiva]», y

(B) En el apartado (2), insertado tras «1964» lo siguiente: «(42 U.S.C. 2000d y ss.) [y en la subsección (e) de la sección 706 de dicha Ley (42 U.S.C. 2000e-5), aplicada a demandas de discriminación retributiva]».

(2) LEY DE DERECHOS CIVILES DE 1964: la sección 717 de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (42 U.S.C. 2000e-16) se enmienda añadiendo al final lo siguiente:

«(f) La sección 706(e)(3) se aplicará a demandas de discriminación retributiva al amparo de esta sección».

(3) LEY DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO DE 1967: la sección 15(f) de la Ley de Discriminación en el Empleo de 1967 [29 U.S.C. 633a(f)] se enmienda fraccionando «de la sección» e insertando «de las secciones 7(d)(3) y».

ARTÍCULO 6. FECHA DE EFECTOS

Esta Ley, y las enmiendas hechas por esta Ley, entra en vigor como si aprobada el 28 mayo 2007, y se aplica a todas las demandas por discriminación retributiva al amparo del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (42 U.S.C. 2000e y ss.), de la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967 (29 U.S.C. 621 y ss.), del Título I y sección 503 de la Ley de los Americanos con Discapacidades de 1990, y de las secciones 501 y 504 de la Ley de Rehabilitación de 1973, que pendan en o después de aquella fecha.

Aprobada el 29 de enero de 2009.

**EL CONTRATO DE TRABAJO POR EQUIPO EN MÉXICO. UN ESTUDIO
DE DERECHO COMPARADO HISPANOAMERICANO**

*[THE TEAM CONTRACT OF EMPLOYMENT IN MEXICO. A HISPANIC-
AMERICAN COMPARATIVE LAW STUDY]*

**María Aurora Lacavex Berumen
Yolanda Sosa y Silva García
Jesús Rodríguez Cebberos**

Fecha de recepción: 24 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012

Sumario: I. LA LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO.- II. LEGISLACIONES HISPANOAMERICANAS SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO POR EQUIPO.- III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO Y LA PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA MEXICANA DE 2002.- IV. CONCLUSIONES.- V. FUENTES CONSULTADAS.

Contents: I. THE MEXICAN LEGISLATION ON THE CONTRACT OF EMPLOYMENT.- II. HISPANIC-AMERICAN LEGISLATIONS ON THE TEAM CONTRACT OF EMPLOYMENT.- III. THE CASE-LAW OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF MEXICO AND THE PROPOSAL OF REFORM OF THE MEXICAN LEGISLATION OF 2002.- IV. CONCLUSIONS.- V. CONSULTED SOURCES.

Resumen: En México, las relaciones de trabajo se regulan de conformidad con el Artículo 123 Constitucional, Apartado A y Apartado B y sus leyes reglamentarias. El vínculo jurídico relación individual de trabajo debe distinguirse de otros vínculos jurídicos que pueden presentar algunas características semejantes, como son el contrato de comisión mercantil y el contrato de servicios profesionales. El elemento distintivo de la relación individual de trabajo es la subordinación.

Hasta los años 70, el trabajo subordinado se apoyaba en una relación típica: un centro de trabajo vitalicio, un contrato de trabajo por tiempo indeterminado o indefinido, un empleo a tiempo completo y un cierto grado de protección social y jurídica.

Cada vez con mayor frecuencia se celebran contratos individuales de trabajo, en abierta violación a lo que la Ley Federal del Trabajo establece y aun más, se celebran contratos individuales de trabajo no regulados por la Ley, que en

principio, pudieran ser válidos, pero no, si los trabajadores ven mermados sus derechos laborales.

Una de estas formas de contratación es el contrato de trabajo por equipo, al que también se le denomina contrato de trabajo de grupo.

Este tipo de contrato es regulado en países hispanoparlantes, en España, Argentina, Ecuador, Panamá y Paraguay. El Convenio 1 de la Organización Internacional del Trabajo, así como el relativo Convenio 30, aluden al trabajo por equipos.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en dos tesis aisladas, de 1943 y de 1960, ha sostenido que llegado el caso de celebrar contratos por equipo, el vínculo jurídico debe entenderse establecido entre el patrón y cada uno de los trabajadores en lo individual. Una iniciativa, de 2002, propone incluir el trabajo en cuadrilla, que puede considerarse trabajo por equipo.

Se concluye presentando una propuesta para adicional de la Ley Federal del Trabajo con un artículo 41 bis, e incluir el trabajo por equipo.

***Abstract:** In Mexico, labor relations are regulated in accordance with constitutional article 123, section A and section B and their laws. The legal link, individual labor relationship must be distinguished from other legal links of similar characteristics such as the mercantile contract and professional service contract. The distinctive element of individual employment relationship is subordination.*

Until the 70s, subordinate work rested on a typical relationship: a work centre for life, a labor contract for indeterminate or undefined time, a full time job and to a certain degree of social and legal protection.

Each time and increasing frequently individual labor were held in open violation of what the Federal Labor law established and even more, individual non regulated by law employment contracts were held, which from the start could be valid, but not if workers see their labor rights depleted.

One of these forms of contract is a team contract, which is also called a group employment contract.

This type of contract is regulated in Spanish-speaking countries, in Spain, Argentina, Ecuador, Panama and Paraguay. Covenant No. 1 of the International Labor Organization, as well as relative Covenant No. 30, alludes to the working team.

In Mexico, the Supreme Court of Justice of the nation, in two remote theses, 1943 and 1960, has sustained that if celebrating group contracts, the legal link is established between the employer and each of the individual workers. A 2002 initiative, proposed to include the work team, which can be considered group work.

We conclude presenting a proposal for additional Federal Labor Law with article 41 bis, and including group work.

Palabras clave: Trabajo por equipo – Regulación – Reforma – México – Derecho comparado del Trabajo

Keywords: Team work – Regulation – Reform – Mexico – Comparative Labor Law

* * *

I. LA LEGISLACIÓN MEXICANA SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

1. El antecedente más remoto en México del Derecho del Trabajo, como se concibe en la actualidad, se encuentra en leyes de trabajo que se expidieron en diversos estados de la República Mexicana a principios del siglo XX: Ley de José Vicente Villada, Estado de México, 30 de abril de 1904; Ley de Bernardo Reyes, Nuevo León, 9 de noviembre de 1906; Ley de Manuel Aguirre Berlanga, Jalisco, 7 de octubre de 1914; Ley de Cándido Aguilar, Veracruz, 19 de octubre de 1914; Ley de Salvador Alvarado, Yucatán, 21 de diciembre de 1915; Ley de Gustavo Espinoza Mireles, Coahuila, 27 de octubre de 1916¹.

Se puede considerar que el movimiento revolucionario mexicano concluye con la instalación del Congreso Constituyente en la ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1917. El día 6 se leyó el proyecto de Constitución, en el que únicamente se incluyeron adiciones a los artículos respectivos de la Constitución de 1857, que no satisfacían las exigencias de los revolucionarios. Estos artículos eran el 5º, relativo a la libertad de trabajo y el 73, fracción X, referente a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de trabajo.

Al presentar la comisión a la que se turnó el artículo 5º para su estudio por el dictamen correspondiente, el 26 de diciembre, el pleno decidió incluir en el texto constitucional un título sobre trabajo. El debate fue muy intenso; algunos diputados constituyentes con formación de juristas pretendieron que el texto constitucional se mantuviera en los límites formales que la doctrina le asignaba, pero la voz de la realidad se impuso y el 27 de diciembre se aprobó el artículo 123², único del Título Sexto constitucional³.

Los principios del Derecho del Trabajo son: derecho y deber social, libertad, igualdad y dignidad. Los caracteres son: derecho de clase, mínimo de garantías sociales, límites al poder de los explotadores, derecho inconcluso, fuerza expansiva, concreto y actual, imperativo.

2. En México, las relaciones de trabajo se regulan con fundamento en el Artículo 123 Constitucional. Este artículo se compone de dos Apartados.

¹ CUEVA, MARIO DE LA. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa, S.A. (México, 1961), pp. 95 a 117.

² *Ibidem*, pp. 117 a 120.

³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 5 de febrero de 1917, iniciando su vigencia el 1º de mayo. Reforma más reciente, el 13 de octubre de 2011. Ha sido reformada en 199 ocasiones, afectándose 530 artículos.

El Apartado A, que corresponde al texto original, regula las relaciones de trabajo en general; el Apartado B, adicionado el 5 de diciembre de 1960, regula las relaciones de trabajo, entre el gobierno federal y el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores.

Las relaciones de trabajo entre los trabajadores al servicio de los estados y de los ayuntamientos y éstos, se regulan de conformidad con las leyes locales, expedidas para tal fin, con fundamento en los artículos 116, fracción VI y 115, fracción VIII, segundo párrafo, Constitucionales, respectivamente.

La ley reglamentaria del Artículo 123, Apartado A, es la Ley Federal del Trabajo⁴. La ley reglamentaria del Apartado B, es la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado⁵.

La relación individual de trabajo nace a la vida jurídica, de conformidad con los artículos 8, 10, 20, 26 y 27 de la Ley Federal del Trabajo, con la sola prestación del servicio.

El vínculo jurídico entre un trabajador y el Estado-patrón, que puede ser la Federación, las entidades federativas o los Ayuntamientos, se da únicamente por la expedición del nombramiento respectivo o por figurar en las listas de raya, según lo dispone el artículo 3 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus equivalentes locales.

3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo, la característica fundamental que distingue al vínculo jurídico denominado contrato individual de trabajo, de otros vínculos jurídicos, como los contratos civiles y mercantiles⁶, en que también uno de los contratantes presta servicios personales a otro, es la que se refiere a la subordinación y no la dirección y la dependencia, que guarda el trabajador respecto al patrón en el desempeño de sus labores.

Se define a la subordinación como el sometimiento del trabajador al patrón, es decir, la posibilidad de disposición, limitado al trabajo contratado.

La dirección se limita al contenido técnico o procedimental del desarrollo del trabajo; la dependencia se asocia al monto que por concepto de

⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1º de abril de 1970. Reforma más reciente, el 17 de abril de 2006.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1963. Reforma más reciente, el 3 de mayo de 2006.

⁶ Artículos 2606 a 2615 del Código Civil para el Distrito Federal y sus equivalentes en los estados de la República: mandatario, comisionista, portador, profesionista. Artículos 273 a 331 del Código de Comercio: comisionista mercantil.

salario recibe el trabajador que le permite hacer frente a sus compromisos económicos, tanto personales como familiares.

El concepto subordinación es jurídico, independientemente de la dirección y dependencia, que, en función de la naturaleza del trabajo, pueden no existir⁷.

La Ley Federal del Trabajo de 1931 reguló la subordinación en el artículo 17. La ley vigente, de 1970, la regula en los numerales 8 y 20.

Todo trabajador presta sus servicios en virtud de un contrato individual de trabajo. El artículo 23 de la Ley de 1931 establecía que todo contrato de trabajo debía constar por escrito, mandato que se repite en la Ley de 1970 en el artículo 24.

La falta de documento escrito no priva al trabajador de sus derechos, ni le exime de sus obligaciones. El patrón no puede excepcionarse alegando que por no haber contrato escrito, no existe relación laboral, pues basta que el trabajador demuestre la prestación del servicio, para que la relación contractual se tenga por existente, toda vez que la falta de contrato se imputa al patrón.

De igual forma, aún existiendo el contrato por escrito, si faltase algún requisito del mismo, no provoca la inexistencia o la nulidad de la contratación respectiva, pues las disposiciones legales, o, en su caso, del contrato colectivo de trabajo respectivo, se sustituyen en tales omisiones.

Si el contrato individual contiene disposiciones acordadas entre trabajador y patrón, que impliquen renuncia de derechos o prerrogativas establecidas en normas laborales o de seguridad social, así como a contrato colectivo de trabajo aplicable, simplemente se tienen por no puestas.

El contrato individual de trabajo suele confundirse, o se pretende enmascararlo, con el contrato de comisión mercantil, y con el contrato de prestación de servicios profesionales.

Pero la normatividad aplicable es precisa y no admite interpretaciones erróneas.

La comisión mercantil, de acuerdo con la definición legal que se infiere del artículo 273 del Código de Comercio, es el mandato aplicado a actos concretos de comercio. De este concepto pueden obtenerse las siguientes características esenciales: a) que el cumplimiento del contrato se manifiesta por un acto o serie de

⁷ Dirección: un médico cirujano con referencia al centro hospitalario donde trabaja. Dependencia: un profesor de asignatura que trabaja tres horas a la semana en un establecimiento escolar.

actos que sólo accidentalmente crean dependencia entre el comitente y el comisionista; b) que su duración está limitada al tiempo necesario para la ejecución de esos actos; y c) que los actos realizados por el comisionista deben ser precisamente actos de comercio.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo define a la relación de trabajo, como aquella, cualquiera que sea el acto que le dé origen, que se caracteriza por la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, física o moral, mediante el pago de un salario; y define al contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, como aquél por virtud del cual una persona física, se obliga a prestar a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

Se concluye por el propio ordenamiento que la prestación de un trabajo y el contrato celebrado, producen los mismos efectos.

De lo anterior, se deducen como características individualizantes de este tipo de contratos: a) la prestación de un servicio personal; b) el pago de una contraprestación o remuneración por ese servicio; c) que el servicio se preste bajo la dirección y dependencia del patrón, es decir, que exista subordinación del trabajador a aquél, elemento este último que la doctrina ha definido como la capacidad de mando del patrón y la obligación de obediencia del trabajador, acotados por el trabajo contratado.

De lo hasta aquí señalado, puede destacarse que entre el contrato de comisión mercantil y el contrato individual de trabajo, no hay una absoluta semejanza, toda vez que tienen notas que concurren en uno y otro, ya que en ambos hay la prestación de un servicio o la realización de un trabajo que debe ser remunerado y realizado conforme a las instrucciones del comitente o del patrón, según corresponda, según se infiere de los artículos 286 del Código de Comercio y 8, 20 y 134, fracción III, de la citada ley laboral.

Pero a diferencia del contrato de comisión mercantil, en el que el comisionista sólo realiza actos de comercio y tiene una duración limitada al tiempo necesario para su ejecución, el trabajador debe realizar el trabajo contratado, bajo la subordinación del patrón.

El contrato de prestación de servicios profesionales se regula en el Código Civil Federal en los artículos 2606 a 2615 y sus equivalentes en los Códigos Civiles de las entidades federativas del país.

Se caracteriza por: a) la retribución se fija de común acuerdo entre las partes; b) si no se hubiere convenido, los honorarios se regulan atendiendo a la costumbre del lugar, a la importancia de los servicios prestados, a las posibilidades pecuniarias del que recibe el servicio y la reputación profesional del que los presta;

c) si los servicios prestados estuvieran regulados por arancel, éste serviría de norma para fijar el importe de los honorarios; d) se debe estar a la ley correspondiente en relación a la exigencia de tener título para el ejercicio profesional⁸; e) existe responsabilidad sólo por negligencia, impericia o dolo.

En el contrato de servicios profesionales, el prestatario lo hace con elementos propios, no recibe órdenes precisas y, por lo tanto, no existe subordinación, el servicio se presta en forma independiente, sin sujeción a condiciones de trabajo, como jornada laboral, días de descanso, vacaciones, jornada extraordinaria, salario y otras, es decir, el profesionista cuenta con libertad para prestar el servicio en su aspecto de temporalidad como profesional, propiamente dicho, así como prestarlos, simultáneamente a varias personas.

De lo anterior se concluye que la diferencia sustancial entre estos dos contratos es la subordinación.

De conformidad con las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo de 1931, el contrato de trabajo se celebraba por regla general, por tiempo indefinido y sólo podía pactarse por tiempo determinado en el caso en que su celebración resultara de la naturaleza del servicio en que se fuera a prestar, según se desprendía de la fracción III del artículo 24. Por lo anterior, el patrón estaba obligado a consignar en forma indudable esta circunstancia, pues de otro modo, la presunción de lo contrario, esto es, que el trato había sido celebrado por tiempo indefinido, le era imputable.

Quedaba a cargo del trabajador la demostración de la subsistencia de las causas que le dieron origen para que el contrato se entendiera prorrogado.

La ley vigente regula en el capítulo II del Título Segundo, «Relaciones Individuales de Trabajo», la duración de las mismas, de los artículos 35 a 39.

Las relaciones de trabajo pueden ser para obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado.

A falta de estipulación expresa, la relación de trabajo se considera por tiempo indeterminado, a lo que se suma que el señalamiento puede únicamente estipularse cuando lo exija su naturaleza.

Corresponde al patrón acreditar la existencia y validez de esta forma de contratación, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 35, 36 y 39 de la Ley Federal del Trabajo, en relación con el 25, fracción III, del propio ordenamiento.

⁸ Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal (DOF 26 de mayo de 1945) y su Reglamento (DOF 1° de octubre de 1945) y sus equivalentes en los estados.

4. En México, hasta los años '70, el trabajo subordinado se apoyaba en una relación típica: un centro de trabajo vitalicio, un contrato de trabajo por tiempo indeterminado o indefinido, un empleo a tiempo completo y un cierto grado de protección social y jurídica.

El contrato individual de trabajo por tiempo indeterminado o indefinido es la regla general de toda relación laboral, pues se entiende celebrado para siempre y con vocación de perdurabilidad hasta que el trabajador pueda hacerse del haber provisional que reemplaza un salario, o que alguna causa lo detenga.

«Es el acuerdo entre un trabajador y un patrono mediante el cual el trabajador se compromete a ejecutar determinada actividad o trabajo subordinado, en tanto el patrono se obliga al pago de un salario específico en función o a consecuencia del servicio realizado. Es al mismo tiempo el instrumento donde se fijan por el trabajador y el patrono las condiciones para la prestación de dicho servicio, mismas que deben ajustarse a las disposiciones legales establecidas»⁹.

Según la doctrina, los presupuestos son elementos extrínsecos del contrato, por lo que deben existir antes de la celebración del contrato y se necesitan para convalidar el acto jurídico. Estos son la capacidad, la idoneidad y la legitimación¹⁰.

- La capacidad hace referencia a que el contrato solamente puede ser celebrado por persona jurídicamente capaz, entendida como la condición jurídica de las personas por virtud de la cual puede ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general.
- La idoneidad consiste en que nadie puede convenir dentro de un marco jurídico la realización de lo imposible. El objeto materia del contrato debe ser lícito.
- La legitimidad se presenta como una forma de identidad de los sujetos del contrato, con los titulares de los intereses que constituyen su objeto.

Las características de un contrato individual de trabajo son¹¹:

⁹ BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO. «Contrato Individual de Trabajo», en *Diccionario de Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa, SA. UNAM (México, 2001), p. 53.

¹⁰ BERMÚDEZ CISNEROS, MIGUEL. *Derecho del Trabajo*. Oxford. University Press (México, 2000), pp. 101-103.

¹¹ Cfr. ARCINIEGA, FEDERICO. «El Contrato de Trabajo», en *Estudios Jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*. Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos Alberto (Coordinadores). UNAM-IJ (México, 2003), p. 84; BERMÚDEZ CISNEROS, MIGUEL. *Derecho del Trabajo*. Oxford University Press (México, 2000), pp. 103-105.

- Sinalagmático: las partes que en él intervienen guardan entre sí una relación mutua de reciprocidad de derechos y obligaciones.
- Tracto sucesivo: su realización no es un solo acto, sino que, por el contrario, se realiza día a día.
- Oneroso: existe en él una finalidad de lucro pero guiada por las partes; el trabajador presta el servicio para obtener un salario; el patrón recibe el servicio y paga el salario para obtener un beneficio o ganancia.
- *Intuitu Personae*: lo debe realizar exclusivamente la persona contratada para ello.
- Contrato nominado: lleva nombre especial dado por la ley.
- Convencional: se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, que puede manifestarse expresa o tácitamente.
- Vicios de consentimiento: muy complejo resultaría traspasar la teoría de la nulidad del Derecho Privado al Derecho del Trabajo. La inexistencia o nulidad, absoluta o relativa, de su contrato privado no existe en materia laboral.

Es suficiente con que se preste el servicio, para que el vínculo jurídico nazca. La Ley Federal del Trabajo, es precisa en este sentido al establecer, en el artículo 20, que: «Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario».

«Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario».

«La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismo efectos».

La relación de trabajo una vez iniciado el servicio, se desprende del acto que le dio origen y adquiere vida independiente ... un contrato se convierte en un hecho real ... es un contrato-realidad.

La disposición contenida en el artículo 20 se complementa con el artículo 32: «El incumplimiento de las normas de trabajo por lo que respecta al trabajador sólo da lugar a su responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona». Y con el numeral 40: «Los trabajadores en ningún caso estarán obligados a prestar sus servicios por más de un año».

Los elementos esenciales de todo contrato individual de trabajo son la subordinación y la estabilidad.

La subordinación se define como la facultad de mando del patrón y la obligación de obediencia del trabajador, acotados por el trabajo contratado.

La estabilidad es la certeza que tiene el trabajador, que el patrón no disolverá unilateral y arbitrariamente el vínculo jurídico, procediendo esta disolución únicamente por las causas justificadas legalmente determinadas. En el caso de una rescisión injustificada, el trabajador será acreedor de la indemnización constitucional y legalmente establecida.

De acuerdo con los principios de estabilidad y permanencia en el empleo, la norma genérica es la de presumir la existencia de un contrato por tiempo indeterminado o indefinido y sólo como excepción existirá una relación de trabajo por obra o por tiempo determinados.

Lo anterior se regula en los artículos 35 a 39 de la Ley Federal del Trabajo.

La contratación por tiempo indeterminado o indefinido, que fue durante muchos años, la forma de contratación común, tiende a ser cada vez menos frecuente. Los centros de trabajo, tanto aquellos en los que invierten grandes capitales, incluidas las empresas trasnacionales, al igual que los pequeños negocios, procuran cada vez más no celebrar compromisos a largo plazo con los trabajadores, considerando que los costos, directos e indirectos de la mano de obra, especialmente la menos calificada, se convierten en un impedimento para su desarrollo.

El sentido de pertenencia a un centro de trabajo y la especialización solamente se pueden desarrollar bajo esta forma de contratación, pero los patrones dan prioridad a sus costos y no a su personal.

5. Sucede que cada vez con mayor frecuencia se celebran contratos individuales de trabajo, en abierta violación a lo que la Ley Federal del Trabajo establece y aun más, se celebran contratos individuales de trabajo no regulados por la Ley, que en principio, pudieran ser válidos, pero no, si los trabajadores ven mermados sus derechos laborales.

Una de estas formas de contratación es el contrato de trabajo por equipo, al que también se le denomina contrato de trabajo de grupo, tiene como principal característica que se celebra entre un patrón y un grupo o equipo de trabajadores considerando en su totalidad.

Este tipo de contrato de trabajo no debe confundirse con¹²:

a) el trabajo en común, que se caracteriza por la prestación colectiva de trabajo, que se remunera con base a esa prestación común, pero manteniendo las relaciones individuales del patrón con cada uno de los integrantes del grupo;

b) el auxiliar asociado, en que un trabajador contrata a otro para que lo ayude en el desempeño de su actividad; esta contratación se realiza de conformidad con lo pactado o a la costumbre;

c) el contrato de ejecución de obra, que se caracteriza por que la prestación del servicio no es personal y, consecuentemente, las relaciones que se crean entre los que realmente realizan el servicio y el comitente son de carácter mediato;

d) el caso del intermediario de mano de obra, cuya única actividad consiste en proporcionar a un patrón la mano de obra que éste requiere, lucrando con la diferencia entre lo que el patrón paga y lo que éste entrega a los trabajadores¹³.

Tampoco debe confundirse con una forma de organización para el trabajo que es el equipo de trabajo que se caracteriza por poseer rasgos muy definidos que lo distinguen de otros tipos de grupos. Sus integrantes son más participativos y socializan sus experiencias con los demás miembros del equipo, con lo que amplía su visión individual de la tarea o del problema. Comparten el reconocimiento de los logros de manera conjunta. Esta forma de organización para el trabajo representa beneficios para las organizaciones; para los patrones, al incrementarse la productividad y mejorarse localidad, para los grupos, al reducirse los conflictos y aumentarse el compromiso en la metas, para el trabajador, al mejorarse la autoestima y la colaboración con los directivos e incrementarse la satisfacción laboral¹⁴.

II. LEGISLACIONES HISPANOAMERICANAS SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO POR EQUIPO

¹² ALONSO GARCÍA, MANUEL. *Curso de Derecho del Trabajo*. Ediciones Ariel (Barcelona, 1973), p. 619.

¹³ Por lo general, esta actividad así descrita, está prohibida.

¹⁴ Cfr. MADRIGAL TORRES, BERTA E. y otros. *Habilidades Directivas*. Mc Graw Hill (México, 2002), pp. 94, 95. SHERMAN, ARTHUR y otros. *Administración de Recursos Humanos*. International Thomson Editores (México, 1999), pp. 66-69.

6. En España¹⁵, se regula el trabajo por equipo, en el artículo 10.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Se trata de un contrato único, concertado entre el empresario y el grupo o equipo de trabajadores, y no entre el primero y cada uno de estos. Por lo anterior, el empresario no tiene frente a cada uno en particular derechos y obligaciones, sino que se ejercen frente al grupo o equipo como tal, considerando como unidad. El jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.

Claramente se distingue el contrato de grupo o equipo del convenio colectivo. En el convenio colectivo la parte trabajadora es una representante sindical o unitaria del personal de la empresa.

También se distingue del contrato de empresa, en el que existe una relación civil entre el dueño de la obra y contratista, por un lado y por el otro, una o más relaciones laborales entre el contratista y los trabajadores.

El equipo se relaciona con el empresario a través de uno de los integrantes, elegido y reconocido por éstos. Se le denomina jefe de grupo. Una de sus responsabilidades es la del cobro y reparto del salario común. En todo caso, el responsable último del pago, así como del resto de las obligaciones, es el empresario.

El grupo asume una obligación conjunta frente al empresario, por lo que a falta de alguno de sus miembros, tendrá que sustituirlo. Si hubiera sido contratado en atención a las cualidades de sus miembros, la ausencia de alguno de ellos, se considera incumplimiento de contrato.

A diferencia del contrato de grupo, el trabajo en común no es un contrato de trabajo, con peculiaridades, sino una simple técnica de asignación de tareas a una pluralidad de trabajadores que previamente ya prestaban servicios a título individual en el centro de trabajo de que se trate.

La Ley de Propiedad Industrial dispone, en el artículo III, que los artistas que participan colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, deberán designar de entre ellos un representante para el otorgamiento de las autorizaciones sobre fijación, reproducción, comunicación y distribución de la obra artística.

¹⁵ Cfr. MARTÍN VALVERDE, ANTONIO y otros. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid, 2003), pp. 522-523; MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid, 2002), pp. 528-530.

7. En Argentina¹⁶, se regula el trabajo por equipo, en el artículo 202 de la Ley de Contrato de Trabajo, en los artículos 29, 29 bis, 30, 47, 101, 102, Ley 20.744, texto ordenado por decreto 390/1976, en la Ley 11.554 y en el Decreto 16.115/33. Se considera que se configura este contrato cuando se celebra entre un empleador y un grupo de trabajadores que actuando por intermedio de un delegado o representante se obliga a la prestación de servicios.

Se entiende por equipo un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea comience y termine a una misma hora de trabajos en que, por su naturaleza, no admiten interrupción, y también un número cualquiera de empleados u obreros cuya tarea no pueda realizarse sin la cooperación de los demás.

El empleador tiene respeto de cada uno de los integrantes del grupo, los mismos derechos y obligaciones que tendría de haberlos contratado individualmente. Los trabajadores que no formen parte del grupo y colaboren con el mismo se encontrarán a cargo del empleador y no participarán del salario común, del que cada uno de los integrantes del grupo tienen derecho a la participación pactada que le corresponda, según su contribución al resultado del trabajo.

El delegado deberá restituir, en su caso, al trabajador que deje el grupo. Éste tiene derecho a la liquidación de la participación que le corresponda del trabajo ya realizado.

Las cargas sociales se satisfacen en el 100%, tanto por parte del empleador como del trabajador.

Si el trabajo se efectúa por equipos, la duración del trabajo puede ser prolongada más allá de 8 horas por día y 48 semanas a condición de que el término medio de las horas de trabajo sobre el periodo de tres semanas a lo menos, no exceda de 8 horas por día o de 48 horas semanales.

La limitación de la jornada nocturna es de 7 horas, entendiéndose ésta si se cumple entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del siguiente, no tiene vigencia cuando se aplican los horarios rotatorios del régimen de trabajo por equipos.

¹⁶ Cfr. CAPÓN FILAS, RODOLFO. *Derecho del Trabajo*. Librería Editorial Platense (La Plata, 1998), p. 175; GALLO, GUSTAVO J. *Compendio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2001), pp. 98-99; RUBIO, VALENTÍN. «Trabajo por Equipo», en *Revista de Derecho Laboral. Jornada y Descansos. 2006-1*. Rubinzal-Culzoni Editores (Buenos Aires, 2006), pp. 181-189.

El descanso semanal de los trabajadores, que laboran bajo el régimen de trabajo por equipos se otorgará al término de cada ciclo de rotación y dentro del funcionalismo del sistema.

8. El Código del Trabajo de Ecuador¹⁷, de 1997, regula los contratos en grupo y de equipo, en los artículos 31 y 32, respectivamente.

Se regula como contrato de grupo aquel por virtud del cual un empleador da trabajo en común a un grupo de trabajadores, conservando, respecto de cada uno de ellos, sus derechos y obligaciones.

El patrón puede designar un jefe de grupo, al cual quedan subordinados los trabajadores para los efectos de la seguridad y la eficacia del trabajo, pero solamente se constituirá en representante de los mismos, si éstos manifiestan su consentimiento.

Puede fijarse una remuneración única para el grupo; en este caso, los trabajadores que lo integran tienen derecho al pago previamente acordado; a falta de convenio, se pagará según su participación en el trabajo.

Si un trabajador se separa del grupo antes de la conclusión del trabajo, tiene derecho a la parte proporcional de la remuneración que le corresponda en la obra realizada.

Se estipula que el contrato de trabajo es aquel por virtud del cual, un equipo de trabajadores, organizado jurídicamente o no, conviene con uno o más empleadores la prestación de un servicio. No se presenta distinción de derechos y obligaciones entre los componentes del equipo y el patrón no tendrá respecto de cada uno de ellos derechos y obligaciones en lo particular, sino frente al grupo.

El empleador no puede despedir a uno o más trabajadores del equipo y si tuviera que hacerlo, deberá despedir al equipo en su totalidad y deberá cubrir las indemnizaciones que correspondan.

Si un trabajador dejare de pertenecer al equipo puede ser sustituido por otro, previa aceptación del empleador.

En los casos de riesgos de trabajo, el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones aplicables.

¹⁷ www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47812/68395/s97ecu01.htm#c5 02-01-2012.

9. En Panamá, el Código de Trabajo¹⁸ contiene disposiciones relativas al trabajo por equipo, en los artículos 36 y 86.

El empleador está obligado a ocupar tantos equipos formados por diferentes trabajadores como sea necesario para realizar el trabajo en jornadas que no excedan de los límites ordinarios.

Los miembros de un grupo o equipo de trabajadores que presten servicios o ejecuten una obra para un empleador, tendrán frente a éste los derechos y deberes fijados en el Código. Si un trabajador dejase el grupo o equipo, éste deberá sustituirlo por otro, proponiendo inmediatamente al designado para la aceptación del empleador. Si no lo hiciera, podrá el empleador proponer un sustituto al representante de los trabajadores. Si el empleador colocare auxiliares o ayudantes a disposición del grupo, éstos no tendrán la calidad de miembros del mismo.

10. En Paraguay, es la Ley núm. 213, del 29 de octubre de 1993, la que establece el Código del Trabajo¹⁹, en los artículos 53, 54, 206 y 210.

Esta normatividad regula la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de equipo. Este contrato es la relación de trabajo que se establece entre el empleador y un grupo de trabajadores, quienes se obligan a ejecutar una misma obra recibiendo por su trabajo conjunto, un salario global.

Si el empleador hubiese celebrado contrato con un grupo de trabajadores para un trabajo conjunto, tendrá con respecto a cada uno de sus miembros los derechos y obligaciones que le son inherentes, pero sólo en el caso de que así se hubiese pactado.

Todas las empresas, explotaciones o establecimientos a que se refiere el Código, deberán fijar carteles en lugares visibles, que contengan indicaciones claras sobre las horas de principio y fin de la jornada de cada trabajador o equipo de trabajadores y los períodos intermedios de descanso en la jornada.

Todo trabajador que dejare al grupo antes de la terminación del trabajo contratado, tiene derecho a la parte alícuota del salario que le corresponda en el ya realizado.

¹⁸ www.colsiba.org/Codigo%20de%20trabajo%20PANAMA.pdf 28-09-2011.

¹⁹ www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/35443/64905/S93PRY01.HTM#I1t3 07-08-2011.

En el caso de un equipo o grupo, el jefe elegido o reconocido por sus integrantes, representa a los mismos, como gestor de negocios, pero necesita autorización por escrito para cobrar y repartir el salario global.

11. El Código del Trabajo de Chile²⁰ hace referencia al trabajo de equipos en los artículos 113, 114 y 154, y el Código del Trabajo de Honduras²¹ alude a la formación de equipos, en los numerales 92 y 334. Pero en estos casos se trata de una forma de organización para el trabajo y no de una forma de contratación laboral.

12. Casi como un símbolo, el primer convenio que aprobó la Organización Internacional del Trabajo en la primera sesión de la Conferencia, en Washington en 1919, fue el convenio 1, sobre las horas de trabajo (industria)²².

El Convenio 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficina)²³, aprobado en Ginebra en 1930, tiene como objetivo hacer extensivas las disposiciones relativas a las horas de trabajo establecidas en el convenio 1, a todas las personas no abarcadas por ese instrumento, con la salvedad del personal empleado en la agricultura o interior, la pesca y el comercio doméstico.

El apartado 2 del Convenio 1 establece que: cuando los trabajadores se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un periodo de tres semanas, o un periodo más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO Y LA PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA MEXICANA DE 2002

13. En México, la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió, en 1943 y en 1960, dos tesis aisladas en relación al contrato por equipo, estableciendo que:

²⁰ www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-59096_recurso_1.pdf 08-12-2011

²¹ www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/29076/64849/S59HND01.htm 20-08-2011.

²² México no ha ratificado este Convenio. Ha sido ratificado por 47 naciones, fue ratificado de manera condicional por 4, y denunciado por una.

²³ México aprobó este convenio el 12 de mayo de 1934. Ha sido ratificado por 27 naciones, ratificado de forma condicional por una, y denunciado por dos.

a) El sindicato, como entidad titular de prestaciones por derecho propio y no en beneficio de sus asociados, sólo puede accionar cuando se trata del cumplimiento de contratos por equipo, en que contrae la obligación de prestar también como entidad, determinado servicio y el derecho exclusivo de designar a voluntad, las personas físicas que han de realizarlo, y el patrono no tiene nexo contractual con quienes directamente laboran, que pueden ser cambiados ad libitum por el sindicato; pero en nuestra legislación no está reglamentado este contrato, y más bien parece que el sistema adoptado en la materia, excluye esta especie de contratación. En los contratos colectivos, el sindicato no puede estimarse como titular de los derechos particulares de sus agremiados.²⁴

b) No es el hecho de que el sindicato se avoque a la facultad de recibir de las empresas el importe del salario de sus miembros, lo que caracteriza a un contrato de equipo, sino la concordancia de labores dentro de una misma obra a realizar, contratados en conjunto; pero en todo caso, aun suponiendo la existencia de un contrato de equipo, la circunstancia de que no esté reglamentado en nuestra Ley del Trabajo sólo querría decir que para los efectos de aplicación de nuestra ley no se debe tomar en consideración la existencia de tal y debe juzgarse el caso a la luz de los preceptos que la ley laboral contiene y por tanto, estimar si la facultad que se arroga a la unión en sus contratos colectivos o simplemente de hecho, de recibir de manos de la empresa el salario de sus miembros para entregárselos la unión, es un hecho lícito a la luz de los artículos 88 y 90 de la Ley Federal del Trabajo²⁵.

14. En el año 2002, el 13 de diciembre, el Senador Carlos Rojas Gutiérrez, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, sometió a la consideración de la Cámara de Senadores, iniciativa de reformas a la Ley Federal del Trabajo, en materia de derechos de los trabajadores migrantes.

Propone, entre otros aspectos, adicionar al artículo 280 cinco párrafos.

En dos de estos párrafos establece la figura de trabajo familiar, que sería aquel que se contratara con un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco consanguíneo, civil o por afinidad, para desempeñar una actividad específica por tiempo determinado.

²⁴ Amparo directo 1207/43. Mora, Ricardo. 8 de Julio de 1943. Quinta Época. Cuarta Sala. Semanario Judicial de la Federación. LXXVII. p. 957. Tesis aislada. Número de registro: 374,895. <http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=374895&cPalPrm=CONTRATO,POR,EQUIPO,&cFrPrm=06-10-2011>.

²⁵ Amparo directo 89/60. Ernesto Tovar y congraciados. 9 de noviembre de 1960. Sexta Época. Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación. Quinta Parte, XLI. p. 22. Tesis aislada. Número. de registro: 275, 222. <http://200.38.163.161/UnaTesisInkTmp.asp?nIus=275222&cPalPrm=CONTRATO,POR,EQUIPO,&cFrPrm=06-10-2011>

Surgen también los trabajadores en cuadrilla, que son los que se contratan como grupo para la prestación de una actividad específica durante un tiempo determinado.

Los menores de edad, entre 14 y 16 años, solamente podrán ser contratados en la modalidad de trabajo en familia.

15. El contrato por equipo se celebra entre un patrón y un grupo de trabajadores, por los conocimientos y habilidades que como conjunto les caracterizan, no constituyen una persona moral. Se agrupan de hecho y el vínculo jurídico se establece en forma individual entre el patrón y cada uno de los integrantes del equipo. No está regulado en México.

En un análisis realizado en la Cámara de Diputados en México, en relación al Artículo 123 Constitucional, sus antecedentes e iniciativas, se afirma que:

«Descomponiendo en sus aspectos esenciales la noción jurídica de trabajador recogida en la ley, podemos distinguir tres elementos: a) la persona física; b) la prestación personal del servicio, y c) la subordinación.

«La exigencia de que el trabajador sea necesariamente una persona física, pretende eliminar la conclusión provocada con frecuencia en otro tiempo, de encubrir las relaciones individuales de trabajo a través de la celebración de contratos por equipo, figura que además de entorpecer la vinculación directa del patrón con los trabajadores, propiciaba su manipulación robusteciendo la intermediación en detrimento de la acción del sindicato»²⁶.

IV. CONCLUSIONES

Por lo anterior, y para proteger los derechos de los trabajadores se propone:

Que se reforme la Ley Federal del Trabajo, para incorporar el contrato por equipo.

²⁶ GAMBOA MONTEJANO, CLAUDIA Y GUTIERREZ SÁNCHEZ, MIRIAM. *Artículo 123 Constitucional. Estudio de Antecedentes, Derecho Comparado y de las Iniciativas presentadas*. Cámara de Diputados. Centro de Documentación, Información y Análisis Servicio de Investigación y Análisis. Política Interior. (México, 2008). p. 6.

Se propone que se adicione un artículo 41 bis, en los siguientes términos:

Artículo 41 bis.- El contrato por equipo es aquel que se celebra entre un patrón y un grupo o equipo de trabajadores considerado en su totalidad por los conocimientos y habilidades que como conjunto les caracterizan y que no constituyen una persona moral, que actuando por conducto de un jefe de grupo se obliga a la prestación de servicios, de conformidad con las siguientes disposiciones:

I.- El patrón tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo, los mismos derechos y obligaciones que tendría de haberlos contratado individualmente;

II.- Los trabajadores designarán un jefe de grupo, al cual quedan subordinados para los efectos de la seguridad y la eficacia del trabajo, pero solamente se constituirá en representante de los mismos, si éstos manifiestan su consentimiento;

III.- Si se fijara una remuneración única para el grupo trabajadores que lo integran, tendrán derecho al pago previamente acordado; a falta de convenio, se pagará según su participación en el trabajo;

IV.- Si faltara un integrante del equipo, se deberá sustituir, pero si la contratación se realizó en virtud de las calificaciones de todos los integrantes, la ausencia de uno de ellos se considera incumplimiento de contrato;

V.- El patrón no podrá despedir a uno o más trabajadores del equipo y si tuviera que hacerlo, podrá despedir al equipo en su totalidad y deberá cubrir las indemnizaciones que correspondan;

VI.- Los trabajadores que no formen parte del grupo y colaboren con el mismo se encontrarán a cargo del patrón y no participarán del salario común, del que cada uno de los integrantes del grupo tiene derecho a la participación pactada que le corresponda, según su contribución al resultado del trabajo;

VII.- La duración del trabajo puede ser prolongada más allá de 8 horas por día y 48 por semana, a condición de que el término medio de las horas de trabajo sobre el periodo de tres semanas, a lo menos, no exceda de 8 horas por día o de 48 horas semanales;

VIII.- Las partes deberán cubrir la totalidad de las aportaciones de seguridad social que corresponda.

V. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

ALONSO GARCÍA, MANUEL. *Curso de Derecho del Trabajo*. Ediciones Ariel (Barcelona, 1973).

BERMÚDEZ CISNEROS, MIGUEL. *Derecho del Trabajo*. Oxford. University Press (México, 2000).

CAPÓN FILAS, RODOLFO. *Derecho del Trabajo*. Librería Editorial Platense (La Plata, 1998).

CUEVA, MARIO DE LA. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa, S.A. (México, 1961).

GALLO, GUSTAVO J. *Compendio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2001).

GAMBOA MONTEJANO, CLAUDIA, Y GUTIERREZ SÁNCHEZ, MIRIAM. *Artículo 123 Constitucional. Estudio de Antecedentes, Derecho Comparado y de las Iniciativas presentadas*. Cámara de Diputados. Centro de Documentación, Información y Análisis Servicio de Investigación y Análisis. Política Interior (México, 2008).

MADRIGAL TORRES, BERTA E. y otros. *Habilidades Directivas* Mc Graw Hill (México, 2002).

MARTÍN VALVERDE, ANTONIO y otros. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid, 2003).

MONTOYA MELGAR, ALFREDO. *Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid, 2002).

SHERMAN, ARTHUR y otros. *Administración de Recursos Humanos* International Thomson Editores (México, 1999).

Hemerográficas

ARCINIEGA, FEDERICO. «El Contrato de Trabajo», en *Estudios Jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*. Kurczyn Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos Alberto (Coordinadores). UNAM-IIIJ (México, 2003).

BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO. «Contrato Individual de Trabajo», en *Diccionario de Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa, SA. UNAM (México, 2001).

RUBIO, VALENTÍN. Trabajo por Equipo, en *Revista de Derecho Laboral. Jornada y Descansos. 2006-I*. Rubinzal-Culzoni Editores (Buenos Aires, 2006).

Informáticas

Jurisprudencia y Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Amparo directo 1207/43:

<http://200.38.163.161/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=374895&cPalPrm=CONTRATO,POR,EQUIPO,&cFrPrm=>

Amparo directo 89/60:

<http://200.38.163.161/UnaTesislnkTmp.asp?nIus=275222&cPalPrm=CONTRATO,POR,EQUIPO,&cFrPrm=>

Código del Trabajo de Ecuador:

www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47812/68395/s97ecu01.htm#c5 02-01-2012

Código del Trabajo de Paraguay:

www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/35443/64905/S93PRY01.HTM#I1t3 07-08-2011.

Código del Trabajo de Chile:

www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-59096_recurso_1.pdf 08-12-2011

Código del Trabajo de Honduras:

www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/29076/64849/S59HND01.htm 20-08-2011

Código del Trabajo de Panamá

www.colsiba.org/Codigo%20de%20trabajo%20PANAMA.pdf 28-09-2011.

LA NUEVA LEGISLACIÓN PORTUGUESA REGULADORA DEL TRABAJO A DOMICILIO. ESTUDIO CONTEXTUALIZADO Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL DE LA LEY NÚM. 101/2009, Y TRADUCCIÓN AL CASTELLANO

[THE NEW PORTUGUESE LEGISLATION RULING THE HOME WORK. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT WITH THE SPANISH LAW OF THE ACT No. 101/2009, AND ITS TRANSLATION INTO CASTILIAN]

María Luz López Rodríguez

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2011

Sumario: I. APROXIMACIÓN CONTEXTUALIZADORA AL CONTENIDO DE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009.- II. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009 Y EL ARTÍCULO 13 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009 Y EL CAPÍTULO III DE LA LEY 20/2007, DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO.- IV. CONCLUSIONES.- V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA LEY NÚM. 101/2009.

Contents: I. AN APPROACH IN CONTEXT TO THE CONTENTS OF THE PORTUGUESE ACT No. 101/2009.- II. SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN THE PORTUGUESE ACT No. 101/2009 AND SECTION 13 OF THE WORKERS' STATUTE.- III. SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN THE PORTUGUESE ACT No. 101/2009 AND CHAPTER III OF THE ACT 20/2007, ON THE STATUTE OF SELF-EMPLOYMENT.- IV. CONCLUSIONES.- V. CASTILIAN TRANSLATION OF THE ACT No. 101/2009.

Resumen: Sobre la base de que la nueva legislación portuguesa sobre trabajo a domicilio queda al margen del Código portugués del Trabajo de 2009, este estudio compara dicha regulación portuguesa con las correspondientes normas del Derecho español del Trabajo.

Abstract: On the basis that the new Portuguese legislation about home work runs in the edges of the Portuguese Labor Code of 2009, this study compares such Portuguese regulation with the corresponding norms of the Spanish Labor Law.

Palabras clave: Trabajo a domicilio – Trabajo autónomo – Portugal – España – Derecho Comparado del Trabajo

Keywords: Home work – Self-employment – Porgugal – Spain – Comparative Labor Law

* * *

I. APROXIMACIÓN CONTEXTUALIZADORA AL CONTENIDO DE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009

1. Como es sabido, la República Portuguesa cuenta desde el año 2003 con un «Código del Trabajo [*Código do Trabalho*]», cuya edición actualmente vigente —que es la segunda— se remonta al pasado año 2009¹. No es ningún Código omnicompreensivo, probándolo contundentemente el dato de que exista legislación laboral portuguesa extravagante, porque vaga o existe al margen de él. Esto es precisamente lo que ocurre con la protagonista estelar de nuestro trabajo —esto es, la Ley núm. 101/2009, de 8 septiembre, que «establece el régimen jurídico del trabajo a domicilio [*estabelece o regime juridico do trabalho no domicilio*]», y que consideramos que ha valido la pena traducir íntegramente al castellano²—, la cual entró en vigor el día 8 octubre 2009³. A pesar de tratarse de una Ley extravagante respecto del Código citado, existen puentes o puntos de contacto entre el mismo y nuestra Ley. De entre estos «*meeting points*», los más aparentes son dos, contenidos ambos en el Código en cuestión. El primero se refiere al precepto codificado que lleva por rótulo genérico el de «Situaciones equiparadas [*Situações equiparadas*]», a cuyo tenor «las normas legales relativas a derechos de la personalidad, igualdad y no discriminación, y seguridad y salud en el trabajo, se aplican a situaciones en que ocurra la prestación de trabajo por una persona a otra, sin subordinación jurídica, siempre que el prestador de trabajo deba considerarse en la dependencia económica del beneficiario de la actividad»⁴; lo que explica la extravagancia respecto del propio Código de nuestra protagonista estelar, supuesto que el Código portugués del Trabajo sólo regula la prestación laboral en régimen de subordinación jurídica, sea en virtud de un contrato de trabajo común o en virtud —lo que aquí no es el caso— de un «contrato de trabajo con régimen especial [*contrato de trabalho com regime especial*]»⁵. El segundo se refiere al conjunto de preceptos contenidos en la Subsección V de la Sección IX del Capítulo I del propio Código, genéricamente rotulada «Teletrabajo [*Teletrabalho*]», donde se marcan bien las distancias existentes entre la realidad normada por nuestra Ley y la que pretende regular ese otro conjunto de preceptos codificados, supuesto que «se considera teletrabajo la prestación laboral realizada con [*com*] subordinación jurídica, habitualmente fuera de la empresa y a través del recurso a tecnologías de

¹ Sobre el tema de la codificación laboral portuguesa, la doctrina científica más cualificada es A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., Almedina (Coimbra, 2010), págs. 93 y ss.

² Véase *infra*, V.

³ En cumplimiento de lo dispuesto en su artículo 16 («Entrada en vigor»), relativo a que «la presente ley entra en vigor 30 días después de su publicación»; y todo ello, sobre la base de la publicación de la propia Ley en el *Diário da República* correspondiente al día 8 septiembre 2009.

⁴ Artículo 10.

⁵ Este es justamente el rótulo de su artículo 9. Sobre este tema, véase A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., cit., págs. 164 y ss.

información y de comunicación»⁶, lo que no es el caso del trabajo a domicilio, al realizarse el mismo precisamente «sin» subordinación jurídica; y supuesto, además, que el «teletrabajo» puede realizarse perfectamente en el domicilio del propio trabajador —eso sí, con subordinación jurídica respecto del empresario—, confirmando contudentemente el Código al prever precisamente la hipótesis de que «el teletrabajo sea realizado en el domicilio del trabajador [*o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador*]»⁷.

2. En principio, la Ley núm. 101/2009 puede considerarse una Ley «pura», en la medida en que no se remite a ningún reglamento que resulte necesario para la aplicación directa e inmediata de la misma, por parte de los dos operadores jurídicos más primordiales, que son los Jueces laborales y los Inspectores de Trabajo⁸. En nuestra opinión, su «pureza» equivale al grado de «dureza» del corindón en la escala de Mohs, sin alcanzar el *top* del diamante en esta misma escala, dado que la Ley se remite en una sola ocasión a una norma de carácter reglamentario, al disponer que «el beneficiario de la actividad, en los términos previstos en Orden del Ministro responsable en el área laboral [*nos termos previstos em portaria do ministro responsável pela área laboral*], debe comunicar los elementos a que se refiere el n.º 1 al servicio con competencia inspectora del ministerio responsable en el área laboral»⁹. A pesar del tamaño de la Ley, este grado de «pureza» ha resultado posible conseguirlo, por causa de las múltiples remisiones —normalmente, de carácter implícito— a otras muchas normas integrantes del ordenamiento laboral portugués, entre las cuales destacamos —por su carácter estructural— las dos siguientes, a saber: 1) la efectuada expresamente al citado Código portugués del Trabajo, allí donde afirma nuestra Ley que «a las infracciones administrativas derivadas de la violación de la presente ley, se aplica el régimen del proceso de las infracciones administrativas laborales [*contra-ordenações laborais*] obrante en norma específica, así como lo dispuesto en el Código del Trabajo sobre responsabilidad administrativa»¹⁰; y 2) la implícitamente efectuada a la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que «aprueba las bases generales del sistema de seguridad social [*aprova as bases gerais do sistema de segurança social*]»¹¹, al referirse a que «el trabajador a domicilio y el beneficiario de la actividad se incluyen, como beneficiario y cotizante, respectivamente, en el régimen general de seguridad social de los trabajadores por cuenta de ajena [*regime*

⁶ Artículo 165.

⁷ Artículo 170, apartado 2.

⁸ Sobre ambos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 72-73 y 84-85.

⁹ Artículo 12, apartado 3.

¹⁰ Artículo 14.

¹¹ Acerca de la disgregación docente existente en Portugal, entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, que tanto nos llama la atención en España, véase B.G.L. XAVIER, *Direito do Trabalho. Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora (Lisboa, 2005), págs. 41-42.

geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem], en los términos previstos en la legislación específica»¹².

3. Analizados ya los bordes, fronteras o contornos delimitadores de la sustancia de la fruta que pretendemos analizar —y en consecuencia, su contexto—, lo procedente es ahora pasar a tratar la estructura, la forma o, si se quiere, la cáscara del fruto en cuestión, aunque muy esencialistamente o con acribia. Pues bien, desde este otro tan concreto punto de vista, es claro —y comenzamos ya a aplicar la concreta metodología que nos hemos propuesto utilizar, y que es la metodología iuscomparatista— que esta Ley portuguesa, si comparada con los frutos que produce el Parlamento español, carece de toda exposición de motivos o preámbulo explicativo del porqué de su promulgación o de la estructuración de su contenido¹³; es claro, además, que se trata de un texto normativo carente de subdivisiones «gruesas» (del tipo de los títulos, capítulos, secciones, etc.), poseyendo únicamente las que podrían denominarse subdivisiones pequeñas, atómicas o mínimas, reconducibles en Portugal —al igual que sucede en España, Francia o Italia— a los modestos «artículos [*artigos*]», de los que nuestra protagonista posee un total de dieciséis. Esto despejado, procedemos ya a sumergirnos frontalmente en la utilización del método iuscomparatista, al efecto de iluminar cuál pueda ser el contenido de esos dieciséis preceptos legales (por lo demás, un contenido bastante denso, supuesto que muchos de ellos están dotados de subdivisiones menores, generalmente marcadas con números arábigos), utilizando las siguientes tres premisas de partida, a saber: 1) la de que el término de comparación a buscar y a utilizar tiene que ser necesariamente español, por las razones que explica ARUFE VARELA¹⁴ que asumimos gustosamente —como es lógico— en su integridad; 2) sobre esta base, un término de comparación claro nos parece que tenía que ser el contenido del artículo 13 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, supuesto que se trata del único precepto español que aborda frontalmente la temática que da título al contenido de nuestra protagonista estelar (la rúbrica de dicho precepto español es «Contrato de trabajo a domicilio»); y 3) supuesto que este primer término de comparación español permitiría explicar, sólo en parte, la regulación que pretende realizar nuestra estrella portuguesa, nos ha parecido completamente imprescindible buscar un término de comparación adicional, que consideramos que puede muy bien estar representado por el Capítulo

¹² Artículo 15. Acerca de la conformación de la seguridad social portuguesa, véase I. DAS NEVES, *Lei de Bases da Segurança Social: Comentada e Anotada*, Coimbra Editora (Coimbra, 2003), págs. 11 y ss.

¹³ Al respecto, véase J. PALMOU LORENZO, «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», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. II (2010), págs. 95 y ss.

¹⁴ En su *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), pág. 21.

III, artículos 11 a 18, de la Ley española 20/2007, de 11 julio, aprobando el Estatuto del Trabajo Autónomo, dado que dicho Capítulo —que está dando tanto que hablar en España, incluso desde los puntos de vista jurídico laborales más insospechados y sorprendentes¹⁵— aborda frontalmente el asunto de los «trabajadores autónomos económicamente dependientes», que constituye uno de los soportes infraestructurales de nuestra Ley portuguesa. Con el telón de fondo de estas premisas metodológicas iuscomparatistas, nos centraremos en lo que sigue en el análisis de posibles similitudes y diferencias existentes entre los tres términos de comparación que acabamos de relatar. En congruencia con ello, pasamos a abordar, de un lado, el tema de las «similitudes y diferencias entre la Ley portuguesa núm. 101/2009 y el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores»¹⁶; y de otro lado, inmediatamente a continuación, el de las «similitudes y diferencias entre la Ley portuguesa núm. 101/2009 y el Capítulo III de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo»¹⁷.

II. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009 Y EL ARTÍCULO 13 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

4. Siguiendo a MARTÍNEZ GIRÓN, ARUFE VARELA y CARRIL VÁZQUEZ¹⁸, cabe afirmar que el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (rotulado «Contrato de trabajo a domicilio») es un precepto caracterizado por al menos las tres notas siguientes: 1) ante todo, se trata de un precepto de contenido largo y denso, probándolo el hecho de que su tenor se encuentre subdividido en cinco apartados; 2) además, se trata de un precepto sistemáticamente mal encajado en el Estatuto de los Trabajadores, puesto que aparece injertado —a trompicones— en una sección del Título I de dicha norma, rotulada «Modalidades del contrato de trabajo», resultando evidente que el Estatuto de los Trabajadores «se equivoca al considerar el trabajo “a domicilio” como una modalidad del contrato de trabajo (es sólo un tipo peculiar de trabajador, con un contrato de trabajo común), del mismo modo que carecería de todo sentido jurídico hablar de “contrato de trabajo presencial”»¹⁹; y 3) sobre todo, se trata de un precepto regulador de lo que no cabe más remedio que calificar como «rancia figura», probando contundentemente el apolillamiento del precepto estatutario en cuestión el hecho de que su largo tenor literal no haya sufrido ninguna enmienda, modificación o retoque, desde que se promulgó la primera edición del Estatuto de los Trabajadores, en 1980. La misma doctrina científica a que acabo de hacer referencia pone igualmente de relieve que

¹⁵ Desde el punto de vista deportivo, véase I. VIZCAÍNO RAMOS, «Notas acerca del impacto del Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/2007) sobre el deporte profesional autónomo», *Actualidad Laboral* (ISSN: 0213-7097), núm. 9 (2009), págs. 1031-1037.

¹⁶ Cfr. *infra*, II.

¹⁷ Cfr. *infra*, III.

¹⁸ Cfr. su *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 138 y 165-166.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 138.

esta figura rancia, «propia de trabajadores destajistas o que cobran por unidad de obra, ha sido revitalizada [en el plano del Derecho de la Unión Europea] por el denominado “Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo” de 16 julio 2002 ..., en el que se afirma, entre otras muchas cosas, que cabe perfectamente que el “teletrabajador” trabaje “en su domicilio”»²⁰. En fin, estos mismos tres autores han puesto de relieve que la jurisprudencia laboral —encarnada en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 abril 2005²¹, fallada en casación ordinaria— pone algún reparo a la equiparación lineal entre «teletrabajo» y «trabajo a domicilio», aunque desde luego se trate de un primer término de comparación bastante idóneo para adentrarse en el contenido de la Ley portuguesa núm. 101/2009, sobre la base de que esta última no regula, como antes se indicó, la situación del «teletrabajador a domicilio»²².

5. Aparte lo puramente terminológico —y a reserva de lo que luego diremos acerca de la protección de seguridad social de que goza este tipo de trabajadores²³—, la similitudes de contenido existentes entre el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores y la Ley núm. 101/2009 son muchas. Nos centraremos en sólo tres especialmente llamativas, que son las siguientes. En primer lugar, en cuanto al concepto de «trabajo a domicilio», el hecho de que tanto en el caso español como en el caso portugués no tenga que tratarse necesariamente de trabajo realizado en el domicilio de la persona que trabaja, afirmando a este respecto el precepto español que es tal la actividad laboral que «se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario»²⁴, mientras que la Ley portuguesa —en la misma línea— concibe este tipo de trabajo como el realizado «en el domicilio o en instalación del trabajador»²⁵, conteniendo reglas específicas precisamente para este segundo caso (esto es, «cuando la actividad se ejerza en instalación del trabajador [*quando a actividade seja exercida em instalação do trabalhador*]»²⁶). En segundo lugar, como venía siendo tradicional, que se trate de un tipo de trabajo realizado por destajistas o perceptores de retribuciones por unidad de obra, de lo cual hay indicios bastante explícitos en el Estatuto de los Trabajadores (por ejemplo, cuando se refiere al «salario, cualquiera que sea la forma de su fijación»²⁷, teniendo en cuenta que el posible salario a destajo «será, como mínimo igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se

²⁰ *Ibidem*. Al respecto, véase L. MELLA MÉNDEZ, «Comentario general al Acuerdo Marco sobre el teletrabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2003), págs. 21 y ss.; y L. MELLA MÉNDEZ, «Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo», *Aranzadi Social*, 1998-V, págs. 641 y ss.

²¹ *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2005/4060.

²² Véase *supra*, núm. 1.

²³ Véase *infra*, núm. 9.

²⁴ Artículo 13, apartado 1.

²⁵ Artículo 1, apartado 1, y artículo 5, apartado 2.

²⁶ Artículo 13, apartados 2 y 4.

²⁷ Artículo 13, apartado 2.

trate»²⁸; o también, al mencionar «la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes»²⁹), pero también en la Ley portuguesa (por ejemplo, allí donde afirma que «el trabajador no puede dar a la materia prima y al equipamiento suministrado por el beneficiario de la actividad uso diverso del inherente a la prestación de esa actividad»³⁰; o también, que «en la determinación de la remuneración del trabajo a domicilio, debe atenderse ... al tiempo medio de ejecución del bien o servicio y a la retribución establecida en instrumento de reglamentación colectiva de trabajo aplicable a idéntico trabajo prestado en establecimiento en cuyo proceso productivo se inserte la actividad realizada o, en su defecto, a la retribución mínima mensual garantizada»³¹; o por último, que «salvo acuerdo o uso distinto, el crédito a la remuneración se devenga con la presentación por el trabajador de los bienes o servicios debidos»³²). En tercer lugar, intentando cortar de raíz las penosísimas e insalubres condiciones en que desarrollaban tradicionalmente su trabajo los trabajadores de esta clase³³, la afirmación del precepto español relativa —eso sí, con una terminología hoy completamente pasada de moda— a que «el contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen»³⁴; referencias éstas que asimismo constan —aunque con una terminología jurídico laboral mucho más moderna— en dos preceptos de la Ley portuguesa, relativo uno de ellos a la «seguridad y salud en el trabajo»³⁵ (en el que se indica que «el trabajador a domicilio se incluye en los regímenes jurídicos relativos a la seguridad y salud en el trabajo y a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asumiendo a tal efecto el beneficiario de la actividad la posición de empresario»)³⁶, y afirmando el segundo (rotulado «Registro de trabajador a domicilio»)³⁷ que «el beneficiario de la actividad debe mantener en el establecimiento en cuyo proceso productivo se inserta la actividad realizada un registro actualizado de trabajadores a domicilio»³⁸.

6. Centrándonos en lo que consideramos más esencial, la diferencia más importante, más radical y, si se quiere, alfa existente entre el trabajador a domicilio

²⁸ *Ibidem*, apartado 3.

²⁹ *Ibidem*, apartado 4.

³⁰ Artículo 4, apartado 5.

³¹ Artículo 7, apartado 1, letra a).

³² *Ibidem*, apartado 4.

³³ Clásico sobre el tema, en España, véase L.E. DE LA VILLA GIL, *El trabajo a domicilio*, Aranzadi (Pamplona, 1966), págs. 3 y ss.

³⁴ Artículo 13, apartado 2.

³⁵ Artículo 5.

³⁶ Apartado 1.

³⁷ Artículo 12.

³⁸ Apartado 1.

español y el trabajador a domicilio portugués, tal y como obran regulados en las normas que venimos comparando, puede reconducirse a sólo una. En efecto, el trabajador a domicilio español es un verdadero trabajador asalariado o dependiente, lo que explica su vinculación jurídica al empresario mediante un verdadero contrato de trabajo (el rótulo del precepto español en cuestión, «*Contrato de trabajo a domicilio*», lo dice todo), explicando asimismo esta peculiar vinculación jurídica el hecho de que el trabajador a domicilio sea titular de verdaderos derechos subjetivos laborales de carácter colectivo, pues —siempre según este mismo precepto— «los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley [esto es, en el Título II del Estatuto de los Trabajadores, artículos 61 a 81], salvo que se trate de un grupo familiar»³⁹. En cambio, el trabajador a domicilio portugués regulado en la Ley núm. 101/2009 no es ningún trabajador subordinado, asalariado o que preste sus servicios por cuenta ajena, sino un trabajador autónomo, afirmando a este respecto la norma portuguesa —con una afirmación que nos obliga, como ya hemos anticipado, a buscar un nuevo término de comparación español, que nos permita seguir progresando en el análisis que pretendemos realizar— que «la presente ley regula la prestación de actividad, sin subordinación jurídica [*sem subordinação jurídica*], en el domicilio o en instalación del trabajador, así como lo que sucede, después de comprar la materia prima, para suministrar el producto acabado por precio cierto al vendedor de la misma, siempre que en cualquier caso el trabajador esté en la dependencia económica [*dependência económica*] del beneficiario de la actividad»⁴⁰.

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA LEY PORTUGUESA NÚM. 101/2009 Y EL CAPÍTULO III DE LA LEY 20/2007, DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

7. El Capítulo III de la Ley española 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que comprende sus artículos 11 a 18, ha supuesto una verdadera revolución en España, pues procede a regular la nueva figura —al parecer, procedente del Derecho alemán del Trabajo, donde incluso se retrotrae a los tiempos de la República de Weimar⁴¹— denominada «trabajador autónomo económicamente dependiente», precisamente bajo este rótulo genérico («Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente»), que carece de todo tipo de precedentes en nuestro Derecho positivo del Trabajo. En cambio, en esto el Derecho positivo del Trabajo portugués nos lleva una cierta ventaja, puesto que la figura del «trabajador autónomo económicamente dependiente», en cuanto

³⁹ Artículo 13, apartado 5.

⁴⁰ Artículo 1, apartado 1.

⁴¹ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Justicia Laboral*, núm. 39 (2009), págs. 95-97.

que trabajador a domicilio, no resulta ninguna novedad jurídica que haya sido creada por la Ley portuguesa núm. 101/2009⁴². En efecto, una regulación relativamente similar (y asimismo, bastante extensa) aparecía contenida en la Ley núm. 35/2004, de 29 julio, reglamentadora en su día del primer Código portugués del Trabajo de 2003, que dedicaba todo su Capítulo III, artículos 14 a 26, a la regulación del «trabajo a domicilio [*trabalho no domicílio*]», siempre sobre la base de que «el trabajador deba considerarse en la dependencia económica [*dependência económica*] del beneficiario de la actividad»⁴³; y aun retrocediendo un poco más en el tiempo —con el puente trazado por un Decreto-Ley de 1991⁴⁴—, parece que resulta obligada la cita de la vieja Ley portuguesa del Contrato de Trabajo de 1969, en la que ya se aludía con toda rotundidad —aunque al efecto de definir los contratos excluidos de su ámbito de aplicación, precisamente por no tratarse de contratos de trabajo— «a los contratos que tengan por objeto la prestación de trabajo realizado a domicilio o en establecimiento del trabajador, así como los contratos en que éste compra las materias primas y suministra por cierto precio al vendedor de ellas el producto acabado, siempre que en uno u otro caso el trabajador deba considerarse en la dependencia económica [*dependência económica*] de aquél»⁴⁵.

8. Sobre la base de que el trabajador a domicilio portugués y nuestro autónomo económicamente dependiente son verdaderos trabajadores autónomos (baste indicar, para probarlo, que las normas española y portuguesa que venimos comparando le llaman al receptor de los servicios, respectivamente, «cliente»⁴⁶ y «beneficiario de la actividad [*beneficiário da actividade*]»⁴⁷, pero en modo alguno «empleador» o «empresario»⁴⁸), otras similitudes entre ambos se refieren al carácter «híbrido» de la figura, tanto en Portugal como en España, puesto que las condiciones de trabajo de estos sujetos son relativamente parecidas a las de los que tienen un verdadero contrato de trabajo. En este sentido, por ejemplo, nuestra Ley 20/2007 afirma —en línea con lo dispuesto en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores— que «cuando en el contrato no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido»⁴⁹; afirma asimismo que estos autónomos tienen derecho a vacaciones —aunque empleando una terminología gongorina, por rebuscada—, indicando que «el trabajador autónomo económicamente dependiente

⁴² Al respecto, véase A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., cit., págs. 162 y ss.

⁴³ Artículo 14, apartado 2.

⁴⁴ Acerca de este «puente», véase B.G.L. XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo (Lisboa, 2011), pág. 317.

⁴⁵ Artículo 2.

⁴⁶ Por todos, artículo 11, apartado 1, de la Ley 20/2007.

⁴⁷ Por todos, artículo 1, apartado 1, de la Ley núm. 101/2009.

⁴⁸ Sobre la excepción representada por el artículo 5, apartado 1, de la Ley núm. 101/2009, véase *supra*, núm. 5.

⁴⁹ Artículo 12, apartado 4.

tendrá derecho a una interrupción de su actividad anual de 18 días hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional»⁵⁰; e incluso, que «el horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente»⁵¹. En esta misma línea, la Ley núm. 101/2009⁵² habla de «control» —poniendo de relieve que los trabajadores a domicilio, al igual que los verdaderos trabajadores asalariados portugueses, no son en modo alguno trabajadores «descontrolados»—, afirmando que «el beneficiario de la actividad sólo puede visitar el lugar de trabajo para el control de la actividad laboral del trabajador [*controlo da actividade laboral do trabalhador*] y del respeto de las reglas de seguridad y salud, principalmente en lo que se refiere a la utilización y funcionamiento de los equipamientos, en día normal de trabajo, entre las 9 y las 19 horas, en el espacio físico donde se ejerce la actividad y con la asistencia del trabajador o de persona por él designada, con edad igual o superior a 16 años»⁵³; habla, también, de un insólito deber de formación del autónomo a cargo de la otra parte, pues «el beneficiario de la actividad debe asegurar al trabajador a domicilio formación adecuada a su prestación [*formação adequada à sua prestação*], que no debe de ser inferior a la proporcionada a trabajador que realice idéntico trabajo en establecimiento en cuyo proceso productivo se inserte la actividad prestada por aquél»⁵⁴; y por último, habla incluso de que este peculiar autónomo tiene derecho incluso al percibo de una paga extraordinaria, esto es, «el trabajador a domicilio tiene derecho a una paga [*subsídio*] igual a la doceava parte de la suma de las remuneraciones recibidas en cada año natural, que se devenga el 31 de diciembre de cada año o en la fecha del cese del contrato, si fuese anterior»⁵⁵.

9. Ahora bien, el «híbrido» español y el «híbrido» portugués lo son cada uno a su modo, puesto que existen rasgos adicionales de acentuación de la monstruosidad de la figura —que, siempre desde un punto de vista laboral, asemeja tener dos cabezas e, incluso, cola o rabo, si comparados con los trabajadores asalariados de toda la vida— que se dan en una de las normas comparadas pero no en la otra, y viceversa. Así, prescindiendo de los aspectos meramente cuantitativos de la dependencia⁵⁶, en la Ley española 20/2007, se impone la competencia de los

⁵⁰ Artículo 14, apartado 1.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 4.

⁵² Véase A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., cit., pág. 163.

⁵³ Artículo 4, apartado 2.

⁵⁴ Artículo 6, apartado 1.

⁵⁵ Artículo 8, apartado 1.

⁵⁶ Téngase en cuenta que el artículo 11, apartado 1, de la Ley 20/2007 se refiere a que «los trabajadores autónomos económicamente dependientes ... son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas

tribunales laborales para conocer de los pleitos entre el «híbrido» y su cliente, como si se tratase de verdaderos pleitos laborales, afirmando que «los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente»⁵⁷ (e incluso, que «los órganos jurisdiccionales del orden social serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia»)⁵⁸, lo que desde luego no ocurre en Portugal, pues allí los pleitos entre el trabajador a domicilio y el beneficiario de su actividad son de competencia de la jurisdicción civil ordinaria⁵⁹. En la misma línea que apuntábamos, la Ley portuguesa núm. 101/2009 ordena la inclusión de estos trabajadores autónomos económicamente dependientes en el campo de aplicación del régimen de seguridad social portugués de trabajadores por cuenta ajena, al igual que ocurre con los trabajadores asalariados puros (literalmente, «el trabajador a domicilio y el beneficiario de la actividad se incluyen, como beneficiario y cotizante, respectivamente, en el régimen general de seguridad social de los trabajadores por cuenta de ajena, en los términos previstos en la legislación específica»)⁶⁰, mientras que el trabajador autónomo español económicamente dependiente queda cubierto, precisamente porque se trata de un verdadero trabajador autónomo, por el régimen especial de seguridad social de los trabajadores por cuenta propia⁶¹, aunque con una interesante particularidad relativa al accidente de trabajo *in itinere* (literalmente, «a los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma»)⁶².

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La Ley portuguesa núm. 101/2009, de 8 septiembre, posee un valor iuscomparatista extremo, especialmente, si se toma como punto de partida para estudiarla el ordenamiento laboral español, dado que la misma procede a

o profesionales», mientras que, por el contrario, no se establece ningún tipo de porcentaje en la norma portuguesa.

⁵⁷ Artículo 17, apartado 1.

⁵⁸ *Ibidem*, apartado 2.

⁵⁹ Sobre el contencioso laboral portugués, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., cit., págs. 84-85.

⁶⁰ Artículo 15.

⁶¹ Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 155 y ss.

⁶² Artículo 26, apartado 3, párrafo segundo, inciso primero, de la Ley 20/2007.

efectuar —en pleno siglo XXI— un verdadero «*revival*» de la figura del trabajo a domicilio (literalmente, «establece el régimen jurídico del trabajo a domicilio [*estabelece o regime juridico do trabalho no domicilio*]»), pero sin mezclarla con la realidad rigurosamente contemporánea del «teletrabajo», lo que a los españoles nos llama poderosamente la atención, puesto que el trabajo a domicilio —tal y como obra regulado en nuestro Estatuto de los Trabajadores— sólo puede ser calificado como figura jurídica «rancia».

Segunda.- Las peculiaridades más sobresalientes de la Ley portuguesa núm. 101/2009, en lo tocante a su denso contenido (disperso a lo largo de dieciséis artículos), nos han obligado a utilizar un doble término de comparación, al efecto de sacar resultados provechosos de la proyección sobre ella del método iuscomparatista, centrado en la realización de lo que podríamos denominar comparaciones jurídicas macroscópicas. El primer término de comparación ha sido el artículo 13 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, que lleva inmodificado desde la promulgación de la primera edición de dicha norma, en 1980. El segundo término de comparación ha sido el Capítulo III, artículos 11 a 18, de la Ley española 20/2007, de 11 julio, aprobando el Estatuto del Trabajo Autónomo.

Tercera.- La diferencia más importante, más radical y, si se quiere, alfa existente entre el trabajador a domicilio español y el trabajador a domicilio portugués, tal y como obran regulados en las normas comparadas, puede reconducirse a sólo una, relativa a que el trabajador a domicilio español es un verdadero trabajador asalariado o dependiente, lo que explica su vinculación jurídica al empresario mediante un verdadero contrato de trabajo (el rótulo del precepto español en cuestión, «*Contrato de trabajo a domicilio*», lo dice todo), mientras que el trabajador a domicilio portugués regulado en la Ley núm. 101/2009 no es ningún trabajador subordinado, asalariado o que preste sus servicios por cuenta ajena, sino un trabajador autónomo, afirmando a este respecto la norma portuguesa que «la presente ley regula la prestación de actividad, sin subordinación jurídica [*sem subordinação jurídica*], en el domicilio o en instalación del trabajador, así como lo que sucede, después de comprar la materia prima, para suministrar el producto acabado por precio cierto al vendedor de la misma, siempre que en cualquier caso el trabajador esté en la dependencia económica [*dependência económica*] del beneficiario de la actividad».

Cuarta.- En lo tocante a la comparación entre nuestra Ley 20/2007 y la Ley portuguesa núm. 101/2009, ha quedado claro tras la realización del trabajo que el trabajador a domicilio portugués y nuestro trabajador autónomo económicamente dependiente son verdaderos trabajadores autónomos, aunque existan importantes similitudes entre ambos, de un lado, y los verdaderos trabajadores asalariados (o jurídicamente dependientes) españoles y portugueses,

de otro lado. Al respecto, se han ofrecido diversas pruebas legales, a lo largo de la realización de este trabajo, que justifican plenamente dicha afirmación. Estas pruebas nos han permitido incluso calificar como «híbrido», tanto al trabajador a domicilio portugués como al trabajador autónomo económicamente dependiente español.

Quinta.- En cualquier caso, el «híbrido» español y el «híbrido» portugués lo son cada uno a su modo, puesto que existen rasgos adicionales de acentuación de la figura, que obran regulados en una de las normas comparadas pero no en la otra, y viceversa. Así, en la Ley española 20/2007, se impone la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos entre el «híbrido» y su cliente, como si se tratase de verdaderos pleitos laborales, lo que desde luego no ocurre en Portugal, pues allí los pleitos entre el trabajador a domicilio y el beneficiario de su actividad son de competencia de la jurisdicción civil ordinaria. Por su parte, la Ley portuguesa núm. 101/2009 ordena la inclusión de estos trabajadores autónomos económicamente dependientes en el campo de aplicación del régimen de seguridad social portugués de trabajadores por cuenta ajena, al igual que ocurre con los trabajadores asalariados puros, mientras que el trabajador autónomo español económicamente dependiente queda cubierto, precisamente porque se trata de un verdadero trabajador autónomo, por el régimen especial de seguridad social de los trabajadores por cuenta propia, aunque con una interesante particularidad.

V. TRADUCCIÓN CASTELLANA DE LA LEY NÚM. 101/2009

Ley núm. 101/2009, de 8 de septiembre. Establece el régimen jurídico del trabajo a domicilio

La Asamblea de la República decreta, en los términos del apartado c) del artículo 161 de la Constitución, lo siguiente:

Artículo 1. Ámbito

1 — La presente ley regula la prestación de actividad, sin subordinación jurídica, en el domicilio o en instalación del trabajador, así como lo que sucede, después de comprar la materia prima, para suministrar el producto acabado por precio cierto al vendedor de la misma, siempre que en cualquier caso el trabajador esté en la dependencia económica del beneficiario de la actividad.

2 — Se comprende en el número anterior la situación en que varios trabajadores sin subordinación jurídica ni dependencia económica entre sí, hasta al límite de cuatro,

ejecutan la actividad para el mismo beneficiario, en el domicilio o instalación de uno de ellos.

3 — Lo dispuesto en el núm. 1 también es aplicable:

a) A un trabajador a domicilio que sea ayudado en la prestación de actividad por miembro de su unidad familiar;

b) Cuando, por razones de seguridad o salud relativas al trabajador o a la unidad familiar, la actividad se ejecute fuera del domicilio o instalación de aquél, siempre que no lo sea en la instalación del beneficiario de la actividad.

Artículo 2. Prohibición de trabajo a domicilio

1 — El beneficiario de la actividad no puede contratar un trabajador a domicilio para la producción de bienes o servicios en la que participe el trabajador comprendido en las siguientes situaciones:

a) Reducción temporal del período normal de trabajo o suspensión del contrato de trabajo por hecho relativo al empleador, desde el inicio del respectivo procedimiento y hasta tres meses después del fin de la situación;

b) Procedimiento para despido colectivo o por extinción del puesto de trabajo y hasta tres meses después del cese de los contratos de trabajo.

2 — El beneficiario de la actividad no puede renovar la atribución de trabajo al trabajador a domicilio contratado en los 60 días anteriores al inicio de cualquiera de los procedimientos referidos en el número anterior.

3 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en este artículo.

Artículo 3. Trabajo del menor

1 — Al menor que ayude al trabajador a domicilio, en la situación a que se refiere el apartado a) del núm. 3 del artículo 1, se le aplica lo dispuesto en los números siguientes.

2 — El menor con edad inferior a 16 años puede prestar la actividad desde que haya concluido la escolaridad obligatoria y se trate de trabajos leves.

3 — Se aplican al ejercicio de la actividad las limitaciones establecidas en el régimen del contrato de trabajo celebrado con menor, principalmente en materia de protección de la salud, seguridad y desarrollo de éste, duración y organización del tiempo de trabajo.

4 — Se consideran trabajos leves, a efectos del núm. 2, los definidos como tales en el régimen del contrato de trabajo celebrado con menor.

Artículo 4. Derechos y deberes de las partes

1 — El beneficiario de la actividad debe respetar la intimidad del trabajador a domicilio y los tiempos de descanso y de reposo de la unidad familiar.

2 — El beneficiario de la actividad sólo puede visitar el lugar de trabajo para el control de la actividad laboral del trabajador y del respeto de las reglas de seguridad y salud, principalmente en lo que se refiere a la utilización y funcionamiento de los equipamientos, en día normal de trabajo, entre las 9 y las 19 horas, en el espacio físico donde se ejerce la actividad y con la asistencia del trabajador o de persona por él designada, con edad igual o superior a 16 años.

3 — A efectos del número anterior, el beneficiario de la actividad debe informar al trabajador de la visita al lugar de trabajo con una antelación mínima de veinticuatro horas.

4 — El trabajador está obligado a guardar sigilo sobre técnicas y modelos que le estén confiados, así como a observar las reglas de utilización y funcionamiento de los equipamientos.

5 — El trabajador no puede dar a la materia prima y al equipamiento suministrado por el beneficiario de la actividad uso diverso del inherente a la prestación de esa actividad.

6 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en el núm. 2 e infracción administrativa leve la violación de lo dispuesto en el núm. 3.

Artículo 5. Seguridad y salud en el trabajo

1 — El trabajador a domicilio se incluye en los regímenes jurídicos relativos a la seguridad y salud en el trabajo y a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asumiendo a tal efecto el beneficiario de la actividad la posición de empresario.

2 — En el trabajo realizado en el domicilio o instalación del trabajador se prohíbe la utilización de:

a) Sustancias nocivas o peligrosas para la salud del trabajador o de la unidad familiar;

b) Equipamientos o utensilios que no obedezcan a las normas en vigor o representen riesgo especial para el trabajador, miembros de su unidad familiar o terceros.

3 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en el núm. 2.

Artículo 6. Formación profesional

1 — El beneficiario de la actividad debe asegurar al trabajador a domicilio formación adecuada a su prestación, que no debe de ser inferior a la proporcionada a trabajador que realice idéntico trabajo en establecimiento en cuyo proceso productivo se inserte la actividad prestada por aquél.

2 — Constituye infracción administrativa grave la violación del dispuesto en el número anterior.

Artículo 7. Remuneración

1 — En la determinación de la remuneración del trabajo a domicilio, debe atenderse:

a) Al tiempo medio de ejecución del bien o servicio y a la retribución establecida en instrumento de reglamentación colectiva de trabajo aplicable a idéntico trabajo prestado en establecimiento en cuyo proceso productivo se inserte la actividad realizada o, en su defecto, a la retribución mínima mensual garantizada;

b) A los encargos del trabajador inherentes al ejercicio de la actividad, principalmente los relativos a energía, agua, comunicaciones, adquisición y mantenimiento de equipamientos.

2 — Cualquier alteración del montante de la remuneración debida a defecto en la ejecución de la actividad o a daño en la materia prima perteneciente al beneficiario de la actividad sólo puede hacerse con base en criterios previamente acordados por escrito.

3 — A efectos del núm. 1, se considera tiempo medio de ejecución el normalmente empleado en la ejecución de idéntico trabajo en establecimiento en cuyo proceso productivo se inserte la actividad ejercida.

4 — Salvo acuerdo o uso distinto, el crédito a la remuneración se devenga con la presentación por el trabajador de los bienes o servicios debidos.

5 — En el acto de pago de la remuneración, el beneficiario de la actividad debe entregar al trabajador a domicilio el documento en que conste la identificación de

aquél, el nombre completo de éste, el número de beneficiario de la seguridad social, la cantidad, la naturaleza y el período de la prestación del trabajo, los descuentos o deducciones y el montante líquido a recibir.

6 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en los núms. 1, 2 ó 4 e infracción administrativa leve la violación de lo dispuesto en el núm. 5.

Artículo 8. Paga anual

1 — El trabajador a domicilio tiene derecho a una paga igual a la doceava parte de la suma de las remuneraciones recibidas en cada año natural, que se devenga el 31 de diciembre de cada año o en la fecha del cese del contrato, si fuese anterior.

2 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en el número anterior.

Artículo 9. Compensación durante la suspensión o reducción de la actividad

1 — La suspensión o reducción de la actividad por hecho imputable al beneficiario de ésta, no recuperada en los tres meses siguientes, confiere al trabajador a domicilio el derecho a compensación pecuniaria de forma que constituya, en relación con el período en cuestión, la mitad de la remuneración que le corresponda o, no siendo posible su cálculo, la mitad de la remuneración media de los últimos 12 meses, o de los meses de ejecución de contrato de duración inferior.

2 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en el número anterior.

Artículo 10. Cese del contrato

1 — El trabajador puede denunciar el contrato mediante comunicación escrita con una antelación mínima de 7 ó 15 días, según que el contrato haya durado hasta seis meses o más de seis meses, respectivamente, salvo si tuviera encargo de trabajo en ejecución, en cuyo caso el aviso previo se refiere al término de la ejecución con el máximo de 30 días.

2 — El beneficiario de la actividad, mediante comunicación escrita con una antelación mínima de 7, 30 ó 60 días, según que el contrato haya durado hasta seis meses, hasta dos años o por período superior, respectivamente, puede denunciar el contrato para el término de ejecución del encargo de trabajo o resolver el contrato por motivo justificativo no imputable a cualquiera de las partes.

3 — Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por motivo de incumplimiento de la otra parte, mediante comunicación escrita y sin necesidad de aviso previo.

4 — Salvo acuerdo en contrario, la falta de trabajo que origine la inactividad del trabajador por plazo superior a 60 días consecutivos implica la caducidad del contrato a partir de esta fecha, siempre que el beneficiario de la actividad comunique por escrito su acaecimiento.

5 — En caso de cese del contrato, si el trabajador rehusa la devolución de los instrumentos de trabajo u otros bienes pertenecientes al beneficiario de la actividad, es responsable por los daños causados, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar por la violación de las obligaciones del fiel depositario.

Artículo 11. Indemnización y compensación

1 — La inobservancia del plazo de aviso previo previsto en el artículo anterior confiere a la otra parte el derecho a la indemnización en el montante de la remuneración correspondiente al período de aviso previo en falta.

2 — La inexistencia de los motivos alegados por el beneficiario de la actividad para la resolución del contrato, en los términos de los núms. 2 ó 3 del artículo anterior, confiere al trabajador el derecho a indemnización igual a 60 ó 120 días de remuneración, según que el contrato haya durado hasta dos años o más de dos años, respectivamente.

3 — En caso de caducidad del contrato en los términos del núm. 4 del artículo anterior, el trabajador tiene derecho a compensación igual a 60 ó 120 días de remuneración, según que el contrato haya durado hasta dos años o más de dos años, respectivamente.

4 — A efectos de cálculo de indemnización o compensación, se toma en cuenta la media de las remuneraciones recibidas en los últimos 12 meses o los meses de ejecución del contrato, si fuese de duración inferior.

Artículo 12. Registro de trabajador a domicilio

1 — El beneficiario de la actividad debe mantener en el establecimiento en cuyo proceso productivo se inserta la actividad realizada un registro actualizado de trabajadores a domicilio, en el que conste:

- a) Nombre, domicilio y lugar del ejercicio de la actividad del trabajador;
- b) Número de beneficiario de la seguridad social;
- c) Número de la póliza del seguro de accidentes de trabajo;
- d) Fecha de inicio de la actividad;

- e) Actividad ejercida, los encargos de ejecución de bienes o servicios y las respectivas fechas de entrega;
- f) Remuneraciones pagadas.

2 — Constituye infracción administrativa grave la violación de lo dispuesto en el número anterior.

3 — El beneficiario de la actividad, en los términos previstos en Orden del Ministro responsable en el área laboral, debe comunicar los elementos a que se refiere el n.º 1 al servicio con competencia inspectora del ministerio responsable en el área laboral.

Artículo 13. Fiscalización del trabajo a domicilio

1 — El servicio con competencia inspectora del ministerio responsable en el área laboral sólo puede efectuar visitas a los lugares de trabajo a domicilio:

- a) En el espacio físico donde se ejerce la actividad;
- b) Entre las 9 y las 19 horas;
- c) En presencia del trabajador o de persona por él designada con edad igual o superior a 16 años.

2 — Cuando la actividad se ejerza en instalación del trabajador, no se aplica lo dispuesto en el apartado b) del número anterior.

3 — De la diligencia se levanta la respectiva acta, que debe ser firmada por el agente de fiscalización y por la persona que haya asistido al acto.

4 — Cuando la actividad se ejerza en instalación del trabajador, el servicio referido en el núm. 1 debe averiguar, en el plazo más corto posible, las condiciones en que se presta el trabajo y, si fuera el caso, determinar las medidas que se justifiquen por razones de seguridad y salud del trabajador.

Artículo 14. Régimen de las infracciones administrativas

A las infracciones administrativas derivadas de la violación de la presente ley, se aplica el régimen del proceso de las infracciones administrativas laborales obrante en norma específica, así como lo dispuesto en el Código del Trabajo sobre responsabilidad administrativa.

Artículo 15. Seguridad social

El trabajador a domicilio y el beneficiario de la actividad se incluyen, como beneficiario y cotizante, respectivamente, en el régimen general de seguridad social

de los trabajadores por cuenta de ajena, en los términos previstos en la legislación específica.

Artículo 16. Entrada en vigor

La presente ley entra en vigor 30 días después de su publicación.

Aprobada el 23 de julio de 2009.

El Presidente de la Asamblea de la República, *Jaime Gama*.

Promulgada en 27 de Agosto de 2009.

Publíquese.

El Presidente de la República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Refrendada el 27 de agosto de 2009.

El Primer Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.

AUDITORÍAS SOCIALES EN AUSTRIA*

[SOCIAL AUDITS IN AUSTRIA]

Günther Löschnigg
Nora Melzer-Azodanloo
Wolfgang Schleifer

Fecha de recepción: 22 de febrero de 2012

Fecha de aceptación: 29 de febrero de 2012

Sumario: 1. CONTENIDOS Y AFECTADOS.- 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXISTENTES Y POSIBLES EN AUSTRIA.- 2.1. Regulaciones legales.- 2.1.1. Ley de Protección de los Trabajadores/as.- 2.1.2. Ley de Trato Igual.- 2.2. Plano de la negociación colectiva.- 2.2.1. Generalidades sobre el convenio colectivo austríaco.- 2.2.2. Competencias del convenio colectivo establecidas por ley para regular la auditoría social.- 2.3. Plano empresarial.- 2.3.1. Generalidades sobre el acuerdo de empresa austríaco.- 2.3.2. Posibles competencias legales del acuerdo de empresa para regular auditorías sociales.- 3. OTROS PROBLEMAS CONCRETOS.- 4. AUDITORÍA SOCIAL EN LA PRÁCTICA.

Contents: 1. SCOPE AND PARTIES INVOLVED.- 2. EXISTING AND POSSIBLE LEGAL BASES IN AUSTRIA.- 2.1. Statutory regulations.- 2.2.1. The Employee Protection Act.- 2.1.2. The Act on Equal Treatment.- 2.2. Collective bargaining agreements.- 2.2.1. General comments on the Austrian collective bargaining agreement.- 2.2.2. Powers of the collective bargaining agreement established by law to regulate social audits.- 2.3. Company agreements.- 2.3.1. General comments on the Austrian company agreement.- 2.3.2. Possible powers of the company agreement established by law to regulate social audits.- 3. FURTHER SPECIFIC PROBLEMS.- 4. A SOCIAL AUDIT IN PRACTICE.

Resumen: Las auditorías sociales no han sido todavía explícitamente incluidas en el Derecho austríaco. Sin embargo, pueden encontrarse herramientas similares a las auditorías sociales en la legislación de protección del trabajador y de igualdad de trato. A nivel supraempresarial, los convenios colectivos, en particular en el sector servicios y en el sector social, contienen disposiciones análogas que se implementan a nivel de empresa. En la mayoría de casos, las herramientas de

* Traducción al castellano, desde el original alemán („Soziale Audits in Österreich“), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

auditoría social se diseñan para tratar cuestiones relativas a los sistemas de remuneración, al trato igual de hombres y mujeres, o a la política de empleo orientada a la familia. Por causa de la naturaleza vinculante de las disposiciones en el campo de las relaciones laborales dentro de la empresa, las auditorías sociales se diseñan a menudo como auditorías internas, las auditorías que implican a instituciones externas son raras.

Abstract: Social audits have not yet been explicitly included in the Austrian law. However, tools similar to social audits can be found in employee protection legislation and equal treatment legislation. At the supra-company level, collective bargaining agreements, in particular in the services sector and in the social sector, contain analogous provisions that are implemented at the company level. In most cases, social audit tools are designed to address issues related to remuneration systems, the equal treatment of men and women, or a family-oriented employment policy. Because of the binding nature of provisions in the field of labour relations within the company, social audits are often designed as internal audits, audits involving external institutions are rare.

Palabras clave: Auditorías sociales - Definición - Bases legales - Participación en los cambios empresariales - Problemas prácticos - Implicación de instituciones externas

Keywords: *Social audits - Definition - Legal bases - Participating in changes in the company - Practical problems - Involvement of external institutions*

* * *

1. CONTENIDOS Y AFECTADOS

Auditar significa, en primer lugar, observar, controlar y valorar. Dicha comprensión estricta de las auditorías, en conexión con las auditorías sociales, conduciría, sin embargo, a un análisis puro de la eficacia. De ahí que debiera ser útil considerar la auditoría como una función prospectiva, con el objetivo de prestar una contribución activa al proceso de modificación. Aun cuando al final la decisión no descansa en la auditoría misma, sino que quede en manos de los gestores/as de la decisión, en especial los empresarios/as, la integración es útil en el proceso de planificación, en la fijación de catálogos de objetivos y en la gestión de modificaciones. En consecuencia, las auditorías constituyen una forma de instrumentos de colaboración que, o bien hay que entender como autovinculación de los empresarios/as, o bien se prescriben normativamente por el ordenamiento jurídico.

El concepto «social» se usa (=desgasta) en parte inflacionariamente, y en parte se muestra en conexión con otros conceptos de contenido semántico totalmente diferente. Así, la gestión social puede entenderse quizá como gestión de empresas sociales (por ejemplo, en caso de cuidado de personas mayores, parados de larga duración, alcohólicos o drogodependientes), pero también como gestión social en las empresas, esto es, como gestión que toma en consideración los «intereses sociales» de los trabajadores/as. «Social» en un sentido ulterior significa, ante todo: relación de los concretos trabajadores/as con sus colegas, o en su caso, con el conjunto de la plantilla, la relación con la dirección de la empresa, la relación con las representaciones de intereses, y ante todo, la relación con el medio social extraempresarial. Los intereses familiares de los empleados están igualmente comprendidos, al igual que el comportamiento durante el tiempo libre o los problemas de *mobbing* y *bossing*.

La discusión sobre auditorías sociales es, en primer lugar, una discusión sobre el instrumento. Pero en este caso, el instrumento es un estímulo completamente esencial de la pregunta por los objetivos, contenidos y medios. Las auditorías sociales se consideran como instrumento para la gestión, el control de calidad y la fiscalidad correspondiente de los procesos de modificación empresariales, y pueden afectar al ámbito de los recursos humanos. En el caso típico, restringimos la problemática de las repercusiones «sociales», de manera que sólo se examinarán las repercusiones de una medida sobre los trabajadores/as. En consecuencia, dejaremos de lado las consecuencias sociales de la conducta empresarial en otros interesados (consumidores/as, clientes/as, vecinos/as, otros afectados, etc.) o en otros ámbitos (por ejemplo, en el medio ambiente o la política económica). El motivo central en relación con ello está en la estricta relación jurídica y personal entre empresarios/as y trabajadores/as, así como en el foco tradicional del interés sobre la protección del trabajador por el Derecho.

En otro sentido, las auditorías sociales serían instituciones que calculan y estudian las modificaciones empresariales en sus repercusiones sociales, que pueden intervenir activamente en el proceso por medio de recomendaciones, prever evaluaciones concluyentes y llevar a cabo cálculos consecuenciales orientados al futuro. El cálculo consecuencial puede afectar sólo a la empresa (trabajadores/as, consumidores/as, proveedores/as) o también sólo a los trabajadores/as, o se refiere, también, a la inclusión de las consecuencias que exceden lo empresarial. Precisamente estas últimas auditorías sociales pueden conducir a reforzar las interacciones con factores extraempresariales: pensemos sólo en la introducción de la organización flexible de la jornada o de guarderías empresariales en empresas grandes, que pueden conducir al cierre de guarderías comunales en la localidad. Los recortes en el plano comunal pueden servir, al menos parcialmente, a otras inversiones sociales (a través del sector público) en las empresas.

Pero las auditorías sociales pueden relacionarse también, exclusivamente, con la conducta económica de la empresa. El objetivo social puede alcanzarse por terceros totalmente ajenos. Así, podría existir quizá una función de la auditoría social empresarial relativa a examinar si los socios/as contractuales (por ejemplo, una caja de pensiones supraempresarial o proveedores de materia prima) establecen por sí mismos los criterios de adecuación social en su conducta empresarial.

Dichos elevados objetivos no son alcanzables a través de la simple participación de los trabajadores/as de la empresa o del comité de empresa. Sería necesaria la participación de representaciones de intereses e instituciones supraempresariales (por ejemplo, médicos de trabajo, especialistas en tecnologías de la información, psicólogos/as empresariales).

Hay que distinguir las auditorías externas integradas, por ejemplo, por expertos/as y representantes de las representaciones de intereses supraempresariales (sindicatos, asociaciones especializadas de empresarios/as, centros médicos, etc.), de las auditorías internas, que se integran (principalmente) por representantes de la dirección de la empresa y representantes de la plantilla. Las auditorías externas pueden tener significado en los procesos de modificación intraempresariales (por ejemplo, nuevas formas salariales), así como en modificaciones de carácter sectorial (por ejemplo, introducción de cajas de escaneo en todo el comercio).

En Austria, no se utiliza el concepto «auditoría laboral» («labor audit») o «auditoría de recursos humanos» (como en los USA); se habla exclusivamente de «auditoría social» (como también, por ejemplo, en Alemania o Italia). En tiempos de métodos cuantitativos en la dirección de la empresa, del control y de cálculo de índices, también encajaría el concepto de «control social». No obstante, el concepto de control social no podría imponerse, dado que tiene que ver con lo vinculante,

con lo que se exige y lo existencial de la empresa. El concepto de auditoría social suena esencialmente como no vinculante, al estar el concepto de «auditoría» genealógicamente conectado de forma estrecha con una forma de asesoramiento o de audiencia.

Sería posible una diferenciación según el tipo de empresa (empresas del sector público, empresas privadas), pero en nuestra opinión, debería presentarse una justificación objetiva especial. Puede recurrirse a auditorías sociales obligatorias o a balances sociales en empresas sociales (por ejemplo, en Italia para empresas de interés público con objetivos sociales) para el control de las exigencias públicas. En ese caso, no obstante, existe el riesgo de que las empresas sociales deban justificarse de modo especial.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXISTENTES Y POSIBLES EN AUSTRIA

El concepto «auditoría social» o medias comparables, en su caso, están en la comitiva del Libro Verde de la UE¹, que trajo a Austria la llamada *Corporate Social Responsibility* o los *Codes of Conduct* (Códigos de Conducta)². Por parte de los sindicatos se exigen con vehemencia auditorías sociales desde hace cerca de 15 años³.

La doctrina científica jurídico-laboral se ha ocupado sólo ocasionalmente de las auditorías laborales hasta el momento presente. Apenas se ha producido también su cristalización en normas jurídico-laborales hasta el momento presente. Así, el concepto «auditoría social» tampoco ha encontrado ningún reflejo expreso en el plano legal; esto afecta tanto al ámbito jurídico-público como al del Derecho del Trabajo. Aun cuando en la relativamente reciente Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz (Ley de Aseguramiento de la Calidad-Instituciones de Enseñanza Superior) de 2011 (Boletín Federal Oficial I 2011/74) se encuentra sólo una lapidaria referencia a los instrumentos «auditoría» y «re-auditoría», falta la referencia a la «auditoría social»⁴.

¹ Comisión de las Comunidades Europeas, LIBRO VERDE. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, COM(2001) 366 final.

² Raith/Ungericht/Korenjak, *Corporate Social Responsibility in Österreich. Eine Bestandsaufnahme* (2009); Köppel/Neureiter (Editores), *Corporate Social Responsibility. Leitlinien und Konzepte im Management der gesellschaftlichen Verantwortung von Unternehmen* (2004); Austrian Business Council for Sustainable Development, *Jahresbericht 1999/2000* (2002). Analizando los países de habla alemana, Trajer, *Auditierung/Zertifizierung im Personalbereich. Theoretische Erkenntnisse und empirische Befunde. Studienarbeit* (2007) 1 ss.

³ Arrowsmith/Sisson, *Working time developments and the quality of work*, EIRObserver 2/2002, i-viii (v); véase, por ejemplo, *Gewerkschaft der Privatangestellten, Soziales Audit. Zur Gestaltung betrieblicher Veränderungen* (2002).

⁴ El parágrafo 22 de esta Ley indica que la certificación de gestión de calidad de una Universidad o de una Escuela Superior debe contener, en todo caso, una auditoría del ámbito de

En el plano de la negociación colectiva, esto es, el supraempresarial, se encuentran menciones expresas ocasionales a las auditorías sociales, en especial en el tercer sector, esto es, en el ámbito social (por ejemplo, la auditoría social de la jornada en el convenio colectivo BABE; la auditoría de protección frente a la discriminación, derechos sobre el trabajo a tiempo parcial o sabáticos, y sobre la inclusión en un grupo funcional, en el convenio colectivo SOS-Aldeas Infantiles). Además, en los convenios colectivos se regulan medidas parcialmente comparables, aunque sin esta caracterización como «auditoría social». En el plano empresarial, ya se han montado auditorías sociales en algunas empresas.

2.1. Regulaciones legales

2.1.1. Ley de Protección de los Trabajadores/as

En el plano legal, cabe mencionar en especial la Ley de Protección de los Trabajadores/as⁵, que volvió a promulgarse en 1994, en el marco de la transposición de la correspondiente Directiva de la UE⁶. Un fundamento jurídico excelente para el establecimiento de auditorías sociales lo ofrecen, ante todo, las reglas sobre «evaluación del puesto de trabajo», sobre deberes generales del empresario, así como las regulaciones expresas sobre integración de los concretos trabajadores/as en la organización del puesto de trabajo, al igual que en las reestructuraciones en la empresa. En ese caso, es especialmente importante que la evaluación del puesto de trabajo afecte no sólo a los nuevos ingresos, sino que también surta efecto en caso de modificaciones empresariales. En caso de reestructuraciones de modo distinto, hay que llevarlas a cabo igualmente, y garantizando la auditoría corriente del puesto de trabajo. Las medidas están sólo parcialmente establecidas en sus fundamentos y ámbitos temáticos, lo que obliga a las partes del contrato de trabajo a una transposición precisa en algunos ámbitos.

Administración y Personal. Los materiales legales definen la auditoría del siguiente modo: Una auditoría es un procedimiento cíclico de pares, que puede referirse a la Escuela Superior como conjunto (o en su caso, a un ámbito de gestión concreto) y que valora la capacidad de dirección del sistema de gestión de calidad institucional en combinación con un peritaje aleatorio de concretos procesos clave y nucleares. La auditoría concluye con una certificación del sistema de gestión de calidad institucional.

⁵ Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz - ASchG) [Ley Federal sobre Seguridad y Protección de la Salud en el Trabajo (Ley de Protección de los Trabajadores/as — ASchG)] Boletín Federal Oficial 1994/450 en la redacción de Boletín Federal Oficial I 2011/51.

⁶ Al respecto, con carácter general, Marhold/Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*² (2012) 239 con justificaciones adicionales; Mosler, *Ausgewählte Rechtsfragen aus dem neuen ArbeitnehmerInnenschutzgesetz*, *öRdA* 1996, 361 (361 ss.). Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹¹ (2011) 887.

Según el párrafo 4, apartado 1, de la Ley de Protección de los Trabajadores/as, los empresarios/as están obligados a investigar y valorar los riesgos existentes para la seguridad y salud de los trabajadores/as. En ese caso, hay que tomar en consideración especialmente: 1. La organización y equipamiento de los lugares de trabajo, 2. la organización y aplicación de medios de trabajo, 3. el uso de materiales de trabajo, 4. la organización de los puestos de trabajo, 5. la organización de procedimientos de trabajo y métodos de trabajo, y su interacción, y 6. el estado de la formación e instrucción de los trabajadores/as.

En la investigación y evaluación de los riesgos, también hay que tomar en consideración especialmente a los trabajadores/as con riesgos o necesitados de protección, así como la aptitud de los trabajadores/as en cuanto a la constitución, fuerza corporal, edad y cualificación. Con base en la investigación y evaluación de los riesgos, hay que establecer las medidas a llevar a cabo sobre prevención de riesgos. En ese caso, también hay que adoptar precauciones sobre perturbaciones empresariales previsibles y sobre medidas de emergencia y protección. Estas medidas deben introducirse en todas las actividades y en todos los planos de la gestión. La investigación y evaluación de los riesgos hay que revisarlas en caso necesario, y adaptarlas a las circunstancias cambiantes. Las medidas establecidas hay que revisarlas en su eficacia y adaptarlas en caso necesario, debiendo aspirar en ese caso a una mejora de las condiciones de trabajo. En la investigación y evaluación de los riesgos, y en el establecimiento de las medidas, hay que consultar a especialistas en caso necesario. La investigación y evaluación de los riesgos también pueden encomendarse a personal especializado en seguridad y a médicos de trabajo (párrafo 4, apartados 2, 3, 4 y 6, de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)⁷.

Los deberes de documentación de los empresarios/as, en conexión con la protección de los trabajadores/as, también pueden representar un fundamento esencial adicional de las auditorías sociales: y es que, en virtud del párrafo 5 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as, aquéllos están obligados a conservar por escrito, en una documentación, los resultados de la investigación y evaluación de los riesgos, así como las medidas a adoptar para la prevención de los riesgos (documentos para la protección de la seguridad y la salud). En ese caso, tienen que tomar en consideración del modo que corresponda, por ejemplo, el número de empleados y los riesgos posibles⁸.

⁷ Al respecto, con carácter general, cfr. Stärker, Das Arbeitnehmerschutzrecht, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (18ª entrega, Mayo 2008) marg. 44; Heider/Poinstingl/Schramhauser, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (2006) 88 ss.; secundariamente, Fürst, Rechtliche Überlegungen zum Schutzzweck der Evaluierungsbestimmungen gemäß §§ 4, 5 ASchG, infas 2004, 86.

⁸ El incumplimiento de este deber de documentación (párrafo 5, en conexión con el párrafo 130, apartado 1, número 7, de la Ley de Protección de los Trabajadores/as) supone una infracción administrativa general, por incumplimiento de las normas de protección del trabajador por el empresario (cfr., con todo detalle, Trattner, Verantwortlichkeit im Arbeitnehmerschutz, ASok

Junto a la averiguación de las condiciones de trabajo, incluidos los orígenes de los riesgos y la documentación correspondiente, los departamentos responsables de la prevención de riesgos laborales también juegan un papel esencial en la implementación de auditorías sociales. Junto a los empresarios/as, en Austria existe este ámbito de funciones principalmente en el ámbito interno, en consecuencia, departamentos expresamente apoderados. Dichas instituciones (intraempresariales) establecidas legalmente, que asumen funciones en el ámbito de la protección técnica de los trabajadores/as, tienen el carácter de auditorías sociales, y son, ante todo, los médicos del trabajo, el personal especializado en seguridad y los comités de prevención de riesgos laborales⁹.

A los médicos de trabajo les corresponden funciones muy generales de aconsejar a los empresarios/as, a los trabajadores/as, al personal de confianza en seguridad y a los órganos del personal, en el ámbito de la protección de la salud, de la promoción de la salud relacionada con las condiciones de trabajo y de la organización laboral de los derechos personales, y de apoyar a los empresarios en el cumplimiento de sus deberes en esos ámbitos. Entre otras cosas, hay que consultarles en todas las cuestiones de mantenimiento y promoción de la seguridad en el puesto de trabajo, y para impedir enfermedades relacionadas con el trabajo, en la planificación de lugares de trabajo o en la provisión o modificación de medios de trabajo (parágrafo 81 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)¹⁰.

El personal especializado en seguridad tiene las funciones de aconsejar a los empresarios/as, a los trabajadores/as, al personal de confianza en seguridad y a los órganos del personal en el ámbito de la seguridad laboral y de la organización laboral de los derechos personales, y de apoyar a los empresarios en el cumplimiento de sus deberes en esos ámbitos (parágrafo 76 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)¹¹. Los médicos de trabajo y el personal especializado en seguridad tienen que llevar a cabo ordinariamente indagaciones en la empresa (parágrafo 77a de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)¹².

2004, 320; véase, también, Stärker, Das Arbeitnehmerschutzrecht, en Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar [18ª entrega, Septiembre 2002] marg. 1, 3, [18ª entrega, Junio 2009] marg. 88 ss.). En todo caso, el empresario tiene que elaborar la correspondiente documentación sobre riesgos reales, también si los riesgos correspondientes se prueban a los trabajadores afectados (VwGH 21.10.2005, 2004/02/0006). Con justificaciones adicionales sobre documentación de protección de la salud y seguridad, Heider/Poinstingl/Schramhauser, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (2006) 91 s.

⁹ Cfr. sobre estas instituciones empresariales internas, detalladamente, Löschnigg, Arbeitsrecht¹¹ (2011) 905 ss.

¹⁰ Las funciones de los médicos de trabajo las examina con detalle Peichl, Der Anwalt als Arbeitgeber, AnwBl 1997, 108.

¹¹ Véase, también, Heider/Poinstingl/Schramhauser, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (2006) 242 s.

¹² Al respecto, gráficamente, Stärker, Methoden der Gefahrenermittlung am Arbeitsplatz, ecoclex 1996, 690.

También, además, hay que reconocerles la inspección de todos los documentos necesarios (parágrafos 76 y 81 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as).

En empresas con una dimensión de 100 trabajadores/as, el empresario está obligado a crear un comité de prevención de riesgos laborales. Al comité pertenecen, como miembros: el empresario o la persona de confianza para él, con su representación; los apoderados responsables nombrados para el cumplimiento de las normas de protección del trabajador; el personal especializado en seguridad o, cuando hayan sido designadas varias personas especializadas en seguridad en los lugares de trabajo, su director; el médico de trabajo o, cuando hayan sido designados varios médicos de trabajo en los lugares de trabajo, su director o su representante; las personas de confianza en seguridad; y el correspondiente representante del órgano de personal competente. El comité de prevención de riesgos laborales tiene las funciones de garantizar la información recíproca, el intercambio de experiencias y la coordinación de las instituciones de prevención de riesgos laborales, y de intentar la mejora de la seguridad, de la protección de la salud y de las condiciones de trabajo (parágrafo 88 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)¹³.

Los trabajadores/as de la empresa también tienen, en el ámbito de la protección de los trabajadores/as, deberes especiales de colaboración: y es que, en virtud del parágrafo 13 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as, los empresarios/as están obligados a oír a los trabajadores/as en todas las cuestiones que afecten a la seguridad y la salud en el puesto de trabajo¹⁴. Si no existen personas de confianza en seguridad u órganos del personal, hay que oír y hacer participar a todos los trabajadores/as. Hay que oírles, por ejemplo, sobre las repercusiones de la planificación e introducción de nuevas tecnologías, a los que tengan que participar en la elección de medios de trabajo o de materias de trabajo, en la organización de las condiciones de trabajo y en la influencia del medio ambiente en el puesto de trabajo, y además, en la determinación y evaluación de los riesgos y en el establecimiento de medidas, así como en la planificación y organización de la formación (parágrafo 13, apartado 2, en conexión con el parágrafo 11, apartado 6, números 1 y 3, de la Ley de Protección de los Trabajadores/as).

Los departamentos externos a los que puede recurrirse, en el ámbito de la protección de los trabajadores/as, son los Centros de Medicina del Trabajo (parágrafo 80 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as), que también pueden ejercer como Centros de las entidades gestoras del seguro de accidentes (parágrafo 89 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as). También puede atribuirse un

¹³ Véase, con todo detalle, Lindmayr, Handbuch zum Arbeitnehmerschutz⁵ (2007) 148 ss.

¹⁴ Este derecho de audiencia no existe sólo subsidiariamente, sino con carácter general, esto es, también cuando se designan personas de confianza en seguridad, cfr. Lindmayr, Handbuch zum Arbeitnehmerschutz⁵ (2007) 26.

gran significado en este ámbito a las Inspecciones de Trabajo creadas como autoridades federales¹⁵. Estas autoridades subordinadas al Ministerio Federal de Trabajo y Seguridad Social vigilan el cumplimiento de las normas de protección de los trabajadores y asesoran a los empresarios/as y trabajadores/as en la puesta en práctica de la protección del trabajador (parágrafo 3 de la Ley de Protección de los Trabajadores/as)¹⁶. En relación con ello, está a disposición de las Inspecciones de Trabajo un amplio instrumental: se extiende desde el derecho a visitar y vigilar empresas, y a llevar a cabo allí investigaciones (parágrafos 4 y 5)¹⁷, hasta el poder de interrogar a trabajadores/as y empresarios/as, así como al examen de todos los datos correspondientes (parágrafos 7 y 8 de la Ley de la Inspección de Trabajo)¹⁸.

2.1.2. Ley de Trato Igual

Ningún organismo acompañante y asesor, no obstante ser, según la Ley de Protección de los Trabajadores/as, un instrumento para la evaluación de las condiciones de trabajo, se encuentra en conexión con el trato igual de hombres y mujeres del parágrafo 11a de la Gleichbehandlungsgesetz (GIBG – Ley de Trato Igual). Esta normativa tiene la consecuencia de que todo empresario elabore cada dos años un informe de análisis salarial. Este informe tiene que contener datos sobre

- el número de mujeres y el número de hombres en los grupos funcionales de los correspondientes convenios colectivos o —si están disponibles— de las empresas;

- el número de mujeres y el número de hombres en concretos grupos funcionales por años —si están disponibles— de los grupos funcionales a aplicar;

¹⁵ Regulada por la Bundesgesetz über die Arbeitsinspektion (Arbeitsinspektionsgesetz 1993 – ArbIG) [Ley Federal sobre la Inspección de Trabajo (Ley de la Inspección de Trabajo 1993 — ArbIG)] Boletín Federal Oficial 1993/27 en la redacción de Boletín Federal Oficial I 2011/51. Sobre la larga tradición de la Inspección de Trabajo en Austria, véase Heider, 125 Jahre staatliche Arbeitsinspektion, öRdA 2009, 555.

¹⁶ Su carácter en todo caso no exclusivo de vigilancia lo realizaron adecuadamente los interlocutores sociales en el año 2001, en el que describieron la Inspección de Trabajo como «Autoridad con funciones de vigilancia, servicio y asesoramiento» (cfr. Heider, 125 Jahre staatliche Arbeitsinspektion, öRdA 2009, 556). Expresamente sobre las funciones de la Inspección de Trabajo, VwGH 8.7.1994, 94/02/0079 VwSlg 14.096 A = ZfVB 1995/2055. En caso de incumplimiento de las normas de protección del trabajador, se reconoce a la Inspección de Trabajo la competencia, en virtud del parágrafo 9 de la Ley de la Inspección de Trabajo, para denunciar ante las autoridades administrativas competentes. Sobre este deber de denuncia, véase también Mayer, Verfassungsrechtliche Probleme der Arbeitsinspektion, ZAS 1995, 1 (2 s.).

¹⁷ También sin previo aviso (cfr. parágrafo 18, apartado 2, de la Ley de Protección de los Trabajadores/as).

¹⁸ Stärker, Das Arbeitnehmerschutzrecht, en Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (18ª entrega, Mayo 2007) marg. 104 ss.

- el promedio o salario medio de mujeres y de hombres en el año natural de los grupos funcionales del correspondiente convenio colectivo o —si está disponible— empresa, y —si están disponibles— en los grupos funcionales por años.

El informe hay que elaborarlo con un formato anónimo y no puede admitir conclusiones sobre personas concretas. La representación del personal tiene derecho a recibir el informe y a asesorar sobre él al dador del servicio. Si no se elige ningún comité de empresa, entonces cada concreto trabajador puede revisar el informe.

2.2. Plano de la negociación colectiva

2.2.1. Generalidades sobre el convenio colectivo austríaco

Los convenios colectivos en Austria son acuerdos escritos entre corporaciones de empresarios/as y trabajadores/as con capacidad convencional colectiva, que despliegan eficacia normativa, esto es, legal¹⁹. Como regla, se celebran entre las cámaras económicas y los sindicatos. Aquí cabe mencionar un par de especificidades que afectan a la esencia de los convenios colectivos austríacos: 1ª. Los convenios colectivos se celebran en el nivel supraempresarial, esto es, para todas las empresas de un sector. Sólo excepcionalmente cabe encontrar convenios colectivos en el nivel empresarial, como los denominados convenios colectivos de empresa. Esto tiene relación con la 2ª especialidad: la capacidad convencional colectiva es una capacidad jurídica especial, que no tiene cualquier persona, corporación o empresa. Por principio, la tienen sólo asociaciones socialmente fuertes o personas jurídicas de Derecho público, que pactan para sus afiliados.

La esencia del convenio colectivo austríaco está sujeta a fuertes condiciones marco legales y reglamentarias²⁰. Se necesita autorización legal, que representa al mismo tiempo el fundamento y los límites de la ordenación jurídica colectiva. Si las partes del convenio colectivo sobrepasan los límites legales, entonces la correspondiente parte del convenio colectivo es nula.

2.2.2. Competencias del convenio colectivo establecidas por ley para regular la auditoría social

¹⁹ Detalladamente sobre lo que sigue, Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹¹ (2011) 104 ss.

²⁰ Jabornegg/Resch, *Arbeitsrecht*⁴ (2011) marg. 941.

Contenidos admisibles, según el párrafo 2, apartado 2, de la *Arbeitsverfassungsgesetz* (ArbVG – Ley de Organización del Trabajo), que pueden ser de importancia en relación con las auditorías sociales, son los siguientes asuntos:

Así, el convenio colectivo puede regular todos los derechos y deberes recíprocos de los empresarios/as y trabajadores/as que se originan de la relación laboral²¹. En este marco, por ejemplo, podrían establecerse encuestas, evaluaciones y mecanismos de control necesarios para una auditoría social. Según opinión dominante, sin embargo, esta materia tan amplia hay que limitarla jurídicamente, puesto que debe tratarse de típico y esencial, o mejor dicho, ordinariamente recurrente, contenido de la relación laboral. De ahí que la implementación de auditorías sociales podría ser cuestionable en sectores conocidos, en los que eso no era usual hasta ahora. En otros sectores, en especial el denominado sector social/tercer sector, dichas normas son usuales desde hace tiempo, y la implementación de auditorías sociales en el nivel de la negociación colectiva no parece aquí problemática.

El convenio colectivo tiene además competencia para adoptar normas sobre los denominados planes sociales. Los planes sociales²² fijan medidas para impedir, eliminar o mitigar las consecuencias de las modificaciones empresariales, por ejemplo, procedimientos técnicos/empresariales de racionalización, de cierre de empresa total o parcial o de modificación. Contenidos típicos del plan social, además de indemnizaciones más elevadas, son también principalmente el establecimiento de modos de proceder socialmente pertinentes en caso de despido necesario. De aquí que el convenio colectivo podría prescribir la auditoría social para dichos procesos de modificación.

Además, el convenio colectivo tiene competencia para regular facultades de colaboración de la plantilla en la ejecución de planes sociales y para llevar a cabo medidas de organización laboral de los derechos personales. Esta competencia es esencial para implementar auditorías sociales, dado que los representantes de intereses empresariales, en caso contrario, están limitados a las competencias legales del comité de empresa establecidas expresamente²³. Como se indicará más tarde, las competencias de los comités de empresa en el centro de trabajo son ciertamente muy amplias, pero vinculantes bilateralmente, esto es, inderogables (al respecto, véase también el punto 2.3.). El convenio colectivo puede ampliar estas facultades del comité de empresa, al menos en los ámbitos mencionados, como en el caso de planes sociales y en el de la organización laboral de los derechos personales. Si las auditorías sociales deben obtener un valor más

²¹ Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹¹ (2011) 123 s.

²² Fundamental, Krejci, *Der Sozialplan* (1983).

²³ Jabornegg/Resch, *Arbeitsrecht*⁴ (2011) marg. 944; Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹¹ (2011) 129 s.

grande en Austria, entonces la competencia de los interlocutores sociales para la celebración de convenios colectivos debería ser reforzada.

En otro sentido, también es relevante para las auditorías sociales la competencia del convenio colectivo, por la cual las partes del convenio colectivo, como cámaras económicas y sindicatos, podrían crear instituciones comunes²⁴. En principio, se piensa en instituciones asistenciales y de formación, pero también podrían establecerse por esta vía instituciones de solución arbitral de conflictos e instituciones de control para las auditorías sociales. De este modo, por ejemplo, sería posible el establecimiento de un departamento externo de apelación, o en su caso, de ejecución, para las auditorías sociales en empresas concretas. Como en el caso de otros procedimientos previos de arbitraje, esta instancia debería estar suficientemente determinada, y su objetividad garantizada. En el marco de dichas auditorías, sin embargo, también podrían examinarse nuevos desarrollos en el propio convenio colectivo, en relación con las repercusiones empresariales. La aplicación sería concebible en caso de nuevos regímenes salariales (criterios de escalonamiento, sistemas de aumento), pero también en caso de acuerdos sobre ofertas de formación continua o de regulación del tiempo de trabajo.

Además, el convenio colectivo puede establecer medidas de alcance sectorial en los siguientes ámbitos, que son importantes para la implementación de auditorías sociales: en caso de utilización de datos de carácter personal, regulación del tiempo de trabajo o evaluación del rendimiento (cfr. párrafos 96, 96a, en conexión con el 97, apartado 1, núm. 24, de la Ley de Organización del Trabajo)²⁵.

2.3. Plano empresarial

2.3.1. Generalidades sobre el acuerdo de empresa austríaco

La organización («constitución») del centro de trabajo individual (empresa) está regulada con detalle por la ley en el Derecho austríaco. La representación de la plantilla incumbe al comité de empresa, que hay que elegir por los trabajadores/as de la plantilla de la respectiva empresa. El comité de empresa no tiene legalmente ninguna conexión automática con el sindicato, y no cabe equiparlo con él. *De facto*, sin embargo, los comités de empresa en muchas empresas son al mismo tiempo afiliados al sindicato o sus dirigentes.

Como la estructura de la representación de la plantilla, las facultades del comité de empresa están perfectamente establecidas por ley (Parte II de la Ley de

²⁴ Löschnigg, *Arbeitsrecht*¹¹ (2011) 130.

²⁵ Con carácter general, para la regulación de contenidos que se reservan a los acuerdos de empresa, véase Holzer, *Strukturfragen des Betriebsvereinbarungsrechts*, (1982) 93 s.

Organización del Trabajo, rotulada «Organización de la empresa»). Las competencias que pueden ser reguladas por el acuerdo de empresa están reguladas legalmente. Además —y esto juega un papel importante para la implementación de auditorías sociales—, el convenio colectivo puede establecer las competencias de un acuerdo de empresa (cfr. parágrafo 29 de la Ley de Organización del Trabajo). En consecuencia, el catálogo de materias de los acuerdos de empresa establecido legalmente puede ampliarse considerablemente, pero sólo cuando los interlocutores sociales se ponen de acuerdo en el nivel supraempresarial (esto es, para un sector). En resumen, este establecimiento vinculante de las facultades en relación con la implementación de auditorías sociales significa que las competencias de los interlocutores a nivel de empresa tienen que derivar de la ley o del convenio colectivo²⁶.

En el caso de concretas auditorías sociales, como regla, se llega a la colaboración en varios ámbitos. Estos pueden ir desde deberes de información del empresario hasta la obligación de concluir un acuerdo de empresa o de la apelación ante un departamento o, en su caso, otra institución externa. Podría ocurrir, sin embargo, que concretos pasos de la auditoría no encuentren cobertura legal o convencional, esto es, que no exista la correspondiente facultad para llevarla a cabo. En consecuencia, dichas medidas serían nulas. En especial, hay que tener en cuenta que las facultades legales de colaboración son, por principio, de toda la plantilla, y la realización y el ejercicio de las mismas por trabajadores/as individuales a menudo no está previsto. Tampoco personas/departamentos diferentes de las partes de la empresa, en especial también los diferentes llamados interesados/as, están afectados en particular por el devenir de la empresa y la colaboración. Lo mismo vale para departamentos externos; estos no están comprendidos, por principio, por las normas legales de cogestión. Las auditorías sociales que deben conseguir la colaboración de personas ajenas a la empresa en el devenir de la empresa (por ejemplo, facultades de control o encuestas por departamentos externos), por consiguiente, tienen que tener su origen en la correspondiente regulación del convenio colectivo²⁷.

2.3.2. Posibles competencias legales del acuerdo de empresa para regular auditorías sociales

En lo que sigue, se remite a las competencias previstas en la ley que pueden tomarse en consideración para el establecimiento de auditorías sociales.

²⁶ Marhold/Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*² (2012) 686; Jabornegg/Resch, *Arbeitsrecht*⁴ (2011) marg. 1624 ss.

²⁷ Cfr. Jabornegg/Resch, *Arbeitsrecht*⁴ (2011) marg. 944. Véase también Rainer, *Der Handels-Kollektivvertrag 2005*, AsoK 2005, 53, que se remite explícitamente a la posibilidad de prever auditorías (sociales) de esta manera.

De ello forma parte, en especial, la introducción de normas disciplinarias empresariales, de cuestionarios personales y de medidas de control o, en su caso, de sistemas técnicos que afectan a la dignidad humana (parágrafo 96 de la Ley de Organización del Trabajo). Pero también la instalación de otros sistemas de tratamiento de datos de apoyo automático o de sistemas para la evaluación de trabajadores/as constituyen fundamentos jurídicos esenciales para la implementación de diferentes auditorías sociales. Para una regulación jurídica por medio de acuerdo de empresa, resultan disponibles en especial los pasos preparatorios relativos a los procedimientos de auditoría, como encuestas, etc.

Otras normas competenciales relativas a los acuerdos de empresa ofrecen un fundamento jurídico para los diferentes ámbitos temáticos de la auditoría social (en especial, el parágrafo 97 de la Ley de Organización del Trabajo). Como se anticipó, falta una norma legal general sobre la «auditoría social». Las partes del acuerdo de empresa sólo pueden elegir entre el catálogo legal de materias y, en relación con ello, implementar conjuntamente un procedimiento de auditoría. Posibles ámbitos temáticos, en cualquier caso, son todos los posibles ámbitos de «modificaciones empresariales» (por ejemplo, reestructuraciones, racionalización, introducción de nuevos sistemas técnicos), la prevención de accidentes de trabajo y la sobrecarga por trabajo nocturno, pero también las medidas de igualdad de trato para mujeres y mejor conciliación de familia y trabajo. También puede ser objeto de un acuerdo de empresa la instauración de un sistema empresarial de propuestas y de reclamaciones, y en consecuencia, ofrece un fundamento jurídico suficientemente amplio para las auditorías sociales empresariales.

3. OTROS PROBLEMAS CONCRETOS

Al igual que en muchos otros ámbitos del Derecho del Trabajo, el propio legislador austríaco prevé sólo reglas puntuales para el planteamiento de auditorías sociales. Así, el informe de renta a que alude el parágrafo 11a de la Ley de Trato Igual se refiere sólo al sexo, pero no a otros motivos de discriminación. Incluso en conexión con la predisposición a la discriminación por razón de sexo, se centra en exclusiva en la situación de la renta, pero no, por ejemplo, en posibles grados de fluctuación distintos, en la empresa, entre hombres y mujeres.

El instrumental jurídico-laboral para la instauración de auditorías sociales se refiere a trabajadores/as. De aquí que las correspondientes normas sólo puedan basarse en el concepto de trabajador. Las prestaciones libres de servicios, los contratos de obra, etc., rehuyen de normas vinculantes. Pero precisamente en conexión con relaciones de trabajo precarias, las auditorías sociales serían de esencial importancia.

Los sindicatos austríacos reclaman más bien auditorías individuales para condiciones de trabajo particulares (por ejemplo, para la conclusión de acuerdos de objetivos, para el desarrollo personal, para modelos de salarios variables), y no la auditoría de Corporate Social Responsibility, en el sentido de responsabilidad social completa de la empresa. En consecuencia, aumenta ciertamente la coercibilidad de la exigencia individual, pero no puede efectuarse una reflexión y evaluación completa de la empresa. Un argumento esencial para este planteamiento sindical consiste en que cabe encontrar en Derecho positivo fundamentos jurídicos para las auditorías sociales, en conexión con medidas concretas (por ejemplo, la organización laboral de los derechos personales) antes que para el balance social de ámbito empresarial.

Además, desde el punto de vista de la dogmática jurídica resulta interesante, ante todo, si y en qué modo, el convenio colectivo puede establecer condiciones adicionales (en especial, auditorías sociales), para que sea admisible el correspondiente acuerdo de empresa. Sobre la base de la extensa competencia regulatoria del convenio colectivo, más bien, se tiene que contestar afirmativamente a ello.

- Por ejemplo, las auditorías sociales se consideran como requisitos para la estructuración de los derechos de los trabajadores/as. Así, sería concebible que, en lugar de un aumento genérico por el empresario del salario de convenio por medio de convenio colectivo, se obligue sólo a aumentar la masa salarial en la empresa. Como la masa salarial se distribuye entre los trabajadores individuales, incumbe a un acuerdo de empresa, que en todo caso debe prever una auditoría social.

- También las etiquetas sociales y los sellos de calidad social, por ejemplo, en relación con el «favorecimiento de la familia» o la «promoción eficaz de las mujeres» en una empresa, etc., pueden llevarse a cabo en el nivel supraempresarial por medio del convenio colectivo. En este contexto, sin embargo, existen dificultades para los derechos de inspección que son necesarios para hacer llegar a las auditorías sociales supraempresariales las informaciones sobre la empresa necesarias para la evaluación. Ante todo, el comité de empresa choca ordinariamente con los límites de su deber de secreto, cuando debe pasar «datos sociales» a organismos extraempresariales en el marco de las auditorías sociales.

4. AUDITORÍA SOCIAL EN LA PRÁCTICA

Una muestra concreta de sello de calidad social que se concede tras una auditoría realizada por organismos externos, es la auditoría «berufundfamilie» («trabajoyfamilia»). Esta auditoría fue desarrollada al amparo del procedimiento de auditoría concebido en Alemania, por la Fundación Hertie, para mejorar la

conciliación de la familia y el trabajo, y adaptada a las circunstancias austríacas²⁸. Se dirige a promover una política de empresa orientada a la familia, a través de medidas en los ámbitos, entre otros, de organización del trabajo, tiempo de trabajo, componentes del salario, servicios a la familia, reingreso al trabajo o salud. Por el momento, se han certificado en Austria con este sello de calidad social sobre 200 empresas²⁹. Que este sello de calidad no cabe limitarlo en ningún caso al ámbito privado, lo evidencia el dato de que en Austria, por el momento, también poseen este sello de calidad 225 municipios, que son el 10% de todos los municipios austríacos. Outputs que se desprenden de este procedimiento de certificación en relación con los municipios son, por ejemplo, bolsas de cuidadores de niños, adiestradores de solicitudes para jóvenes, transporte de compras en supermercados, guarderías de verano, casas generacionales o asesoramiento jurídico gratuito para parejas. También la segunda ciudad austríaca más grande, Graz, se somete actualmente a este procedimiento de auditoría³⁰.

²⁸ Por el momento, esta auditoría ha evolucionado hacia una auditoría de ámbito europeo, señaladamente la *European work & family audit*, que garantiza en todos los miembros en que se aplica una auditoría unitaria en cuanto a su ámbito material. Esta auditoría posibilita condiciones mínimas europeas, así como un reconocimiento transfronterizo de la certificación. En Austria, por ejemplo, junto con el sello de calidad nacional «trabajoyfamilia», también se otorga a las empresas certificadas el europeo «*European work and family audit*» (www.bmwfj.gv.at/FAMILIE/VEREINBARKEITVONFAMILIEUNDBERUF/Seiten/europeanworkfamilyaudit.aspx). Sobre «*European work & family audit*», véase en especial *Beruf & Familie SRL*, Directiva sobre el cumplimiento de la «*European work & family audit*», <http://bmwa.cms.apa.at/cms/content/attachments/6/3/4/CH0554/CMS1172750176514/rl-e.pdf>.

²⁹ Las diversas empresas certificadas con esta auditoría en Austria (entre otras, Baxter, IKEA, Pfizer) abogan de modo especial por su relevancia actual (cfr. <http://www.familieundberuf.at/>). Una investigación en conexión con la posible introducción de la auditoría en Suiza, en primer lugar, mostraba que la concesión del sello de calidad era motivo no superficial para que las empresas se dejasen certificar. Exista el provecho intero empresarial, entre otros la evaluación de procesos empresariales internos por medio de especialistas externos o el aumento de la motivación de los trabajadores/as en la empresa, como prioridad (Soland et al, *Zertifizierung familienfreundlicher Unternehmen in der Schweiz. Schlussbericht der Arbeitsgemeinschaft INFRAS/ritasoland [2002]* 27 s.). El sello de calidad tenía en el año corriente el efecto de sensibilizar a la sociedad por la temática, y así, conceder más peso al prestigio de la certificación (Soland/Stern, *Wie kann in der Schweiz eine Zertifizierung für familienfreundliche Unternehmen eingeführt werden? Soziale Sicherheit CHSS 6/2002*, 370 [371 s.]). Así, se publicita en las hojas informativas del Ministerio Federal austríaco de Economía, Familia y Juventud la auditoría «trabajoyfamilia», ahora también, por ejemplo, con una ganancia de imagen de la empresa en la sociedad y con un posicionamiento como empresario atractivo (véase Downloads en <http://www.familieundberuf.at/>), y por el momento, las empresas aducen estos factores externos, junto a los internos, como motivos para la certificación (cfr. los folletos de *Familie & Beruf Management GmbH/Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend* (Hrsg), *Zertifikatsverleihung 2010, audit berufundfamilie*, <http://www.kibis.at/pdf/audit/ZertifikatsverleihgBroschuere-2010.pdf>).

³⁰ NN, *Unter der Lupe: So familienfreundlich ist Graz*, *BIG BürgerInnen-Information Graz* 1/2012, 4 s.

LA JUDICIALIZACIÓN EN 2011 DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE «CAMELO, S.A.». ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO

[THE JUDICIALIZATION IN 2011 OF THE «CAMELO, S.A.»'S REDUNDANCY ADMINISTRATIVE PROCEEDING. A COMPARATIVE STUDY IN CONTEXT]

Rafael Martínez Fernández

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2011

Sumario: I. LA MARCA CAMELO.- II. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE A CORUÑA DE 1 SEPTIEMBRE 2011, SOBRE EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE «CAMELO S.A.».- III. CONTEXTUALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE «CAMELO, S.A.», EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO Y NORTEAMERICANO.

Contents: I. THE BRAND CAMELO.- II. THE ADMINISTRATIVE COURT, NO. 1 OF A CORUÑA, DECISION OF SEPTEMBER 1ST, 2011, ABOUT THE «CAMELO, S.A.»'S REDUNDANCY ADMINISTRATIVE PROCEEDING.- III. THE «CAMELO, S.A.»'S REDUNDANCY ADMINISTRATIVE PROCEEDING, IN THE FRAME OF THE EUROPEAN AND USA LAW.

Resumen: La marca gallega «Caramelo» es un referente de la moda de calidad en España y en el mundo. El expediente de regulación de empleo a que la empresa tuvo que someterse, en 2009, presenta la singularidad de que fue administrativamente autorizado, a pesar de contar con la oposición de los representantes legales de los trabajadores. Este expediente, judicializado en 2011, evidencia que «Caramelo, S.A.» se ve obligada a competir en posición desventajosa, frente a empresas similares de Francia, Italia, Gran Bretaña o los Estados Unidos.

Abstract: The Galician brand «Caramelo» is a referent of the finest fashion in Spain and the whole world. The redundancy administrative proceeding suffered by the enterprise, in 2009, has the singularity of its administrative authorization, despite the opposition of the statutory workers' representatives. This proceeding, which was judicialized in 2011, evidences that «Caramelo, S.A.» must compete in a

disadvantageous position, in front of similar French, Italian, British, or American companies.

Palabras clave: Moda – Regulación de Empleo — Representantes legales de los trabajadores — Despido colectivo — Derecho comparado

Keywords: *Fashion — Redundancy — Collective dismissal — Statutory workers' representatives — Comparative Law*

* * *

I. LA MARCA CAMELO

1. «Caramelo» es a la vez una empresa y una marca, operante en el sector textil, fundada en la ciudad de A Coruña en 1969, con la forma jurídica de sociedad anónima (en consecuencia, «Caramelo S.A.»), habiendo sido prominentes socios fundadores de la misma los emprendedores coruñeses Don Luis Gestal y Don José Antonio Caramelo. «Caramelo» centra su actividad en el diseño, fabricación y comercialización de moda masculina («look book hombre») y moda femenina («look book mujer»), para un segmento de mercado a calificar como medio-alto. Vestir de «Caramelo» es hoy un concepto, pues se trata de una marca reconocida y admirada. En efecto, desde aquella originaria sociedad anónima, la marca —manteniendo sus esencias— ha cambiado y ha crecido, pudiendo consultarse sus *highlights* más decisivos en su propio portal de Internet¹, así como a través de diversas redes sociales (tales como Facebook² o Twitter³) y de su propio Blog⁴. «Caramelo» tiene su sede social en A Coruña, en un edificio obediente a los parámetros de la arquitectura tradicional gallega urbana de los siglos XVIII y XIX (marcados, como es sabido, por las «galerías»), ubicado en el Polígono Industrial de A Grela; y está presente en España con más de treinta tiendas propias y con franquicias repartidas en treinta y tres provincias (incluidas las gallegas), así como —en todo el territorio nacional— por medio de sus más de cuatrocientos clientes multimarca. Sobre su proyección internacional, baste indicar que se encuentra presente en más de veinte países, entre los que se cuentan Italia, Francia, Bélgica, Polonia, Alemania, Rusia, Finlandia, Estados Unidos, Méjico, Chile, Jordania o los Emiratos Árabes, principalmente a través de franquicias y clientes multimarca.

2. Lógicamente, desde la fundación de «Caramelo, S.A.» en 1969 y hasta la actualidad ha debido recorrerse un largo trayecto, con sus muchos pasos al frente, pero también con paradas para la reflexión (más que meros retrocesos). Durante este trecho de más de cuarenta años, se produjeron tres hitos de algún modo calificables como constituyentes, pues acabaron dejando su impronta y su huella en nuestra marca, de carácter indeleble, que resumimos seguidamente. En primer lugar, la liberalización del comercio mundial, que va produciéndose progresivamente a partir de 1 enero 1995⁵, la cual evidentemente animó a crecer y expandirse, pero que también acabó impactando muy negativamente en diversos subsectores del sector textil, en el que nuestra marca opera (en Europa, con claridad, en el año 2005); 2) en este último año, la adquisición por nuestra marca

¹ Ubicado en www.caramelo.com.

² Véase www.facebook.com/esenciacaramelo.

³ Véase <http://twitter.com/#!/EsenciaCaramelo>.

⁴ Ubicado en www.esenciadecaramelo.com.

⁵ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 103-104.

de la empresa «Antonio Pernas, S.A.» (con toda su red comercial y estructura organizativa), cuya identidad se mantiene actualmente en la línea de la marca llamada «Caramelo by Antonio Pernas»; y 3) sólo dos años después, en 2007, la adquisición de la marca «Caramelo» por la «Corporación Inveravante» (y en consecuencia, por el fondo de inversión del empresario coruñés Don Manuel Jove) —con proyectos (según consta en su portal web)⁶ en cuatro áreas estratégicas, además de poseer su propia división de patrimonio—, que debió encarar a partir del año 2009 la necesidad de realizar un profundo ajuste financiero, comercial y laboral en nuestra empresa, fundamentalmente afectante a la sede central de nuestra marca, radicada siempre en la ciudad de A Coruña.

3. La necesidad de una importante reestructuración de la empresa tuvo su consecuencia más notoria en la presentación en mayo de 2009 de un expediente de regulación de empleo extintivo de los contratos de trabajo de doscientos treinta y siete trabajadores, todos en la sede de la empresa. La medida tenía su fundamento en la necesidad de ajustar la estructura de personal de la compañía a la situación económica de la empresa, que venía acumulando importantes pérdidas desde el año 2007. El período de consultas iniciado con el expediente, con fecha de 8 mayo 2009, terminó sin acuerdo con los representantes de los trabajadores el 4 agosto 2011 (y asimismo, con un informe desfavorable de la Inspección de Trabajo), pero con la aceptación por parte de la mayoría de los trabajadores de la empresa, constituidos en Asamblea, posicionados a favor de la última oferta realizada por la misma (el 4 agosto 2009). Durante el tiempo que duró el período de consultas, se produjo un sonado enfrentamiento entre la mayoría de los trabajadores y el comité de empresa, compuesto en su mayoría por afiliados a un sindicato nacionalista más representativo en Galicia, que decidió finalizar el periodo de consultas sin acuerdo, aún a riesgo de que se cerrara la empresa (lo que supondría la pérdida de más de ochocientos puestos de trabajo, en lugar de los doscientos treinta y siete planteados en el expediente). La Resolución de la Consellería de Traballo de la Xunta de Galicia, favorable al expediente, reconoce expresamente el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores⁷, al quedar acreditadas «pérdidas evidentes», así como la necesidad de proceder al expediente de regulación en cuestión, con el fin de evitar el procedimiento concursal, que hubiese supuesto la pérdida total de los puestos de trabajo de la empresa.

II. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE A CORUÑA DE 1 SEPTIEMBRE 2011, SOBRE EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE «CAMELO S.A.»

⁶ Ubicado en www.inveravante.com.

⁷ Acerca de estos requisitos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, Netbiblo (A Coruña, 2011), págs. 123 y ss.

4. La Resolución de la Xunta de Galicia fue recurrida en alzada por parte del sindicato, habiéndose desestimado este recurso por la propia Xunta, con fecha de 18 noviembre 2009. Finalizada la vía administrativa, el sindicato inició la vía contenciosa, presentando una demanda en la que solicitaba la nulidad de dicha Resolución administrativa autorizante del expediente. Los demandantes consideraban que la Resolución de la Consellería de Traballo de la Xunta de Galicia era nula, por dos motivos: 1) haber vulnerado el procedimiento legal y reglamentariamente establecido, pues —en su opinión— la asamblea de trabajadores no podía sustituir la voluntad de los representantes legales de los propios trabajadores (esto es, de su comité de empresa); y 2) carecer —siempre según su opinión— de motivación suficiente. El divorcio existente entre los trabajadores y sus representantes legales, a lo largo de todo el período de consultas, volvía a perpetuarse en la vía contencioso-administrativa. Los trabajadores habían aceptado la propuesta de la empresa, pero sus representantes —aun a riesgo del cierre total de la propia empresa— mantenían su posición recalcitrante, contraria al acuerdo, y reclamaban que su legitimidad como parte en el expediente se encontraba por encima de la posibilidad de aprobar el expediente de regulación de empleo sin su acuerdo. Dicho de otro modo, el sindicato negaba —por principio— la posibilidad de una resolución favorable al expediente de regulación de empleo, si es que este último no contaba con el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

5. El fecha 1 septiembre 2011, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de los de A Coruña dictó Sentencia⁸, desestimando las pretensiones del sindicato. La Sentencia —que aún no es firme, al haber sido recurrida por la parte demandante— fundamenta su decisión en la falta de vulneración del procedimiento legal y reglamentariamente establecido, pues no se había prescindido en él de la legítima presencia de los representantes legales de los trabajadores afectados, dado que la voluntad de estos últimos se manifestó una vez agotado el período legal de consultas con los representantes, y mediante una Asamblea legalmente constituida (y presidida incluso, como manda el Estatuto de los Trabajadores, por los propios representantes). La votación favorable al acuerdo de la mayoría de la plantilla no sólo tenía soporte legal, sino que suponía un ejercicio de razón equiparable al que recoge el artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores. Como establece la Sentencia, «no existe causa de nulidad, ya que no deja de ser cierto que el acuerdo no se llevó a cabo con el comité, extremo este indubitable, y que la asamblea llevada a cabo y refrendada por la amplia mayoría de los trabajadores no vinculaba a la autoridad laboral, pero sí era signo evidente de la voluntad de los trabajadores ... de los que no cabe esperar una

⁸ La referencia de los autos es PO: 402/2009. A estos autos se acumularon los que llevan referencia 445/09.

actitud omisiva cuando se le dan a valorar extremos que les repercuten directamente a ellos y a sus familias indirectamente, y más cuando no existe prueba alguna de coacción, dolo o fraude por parte del empresario⁹. Respecto de la carencia de motivación, la Sentencia desestima igualmente el recurso contencioso-administrativo, ya que la Resolución administrativa impugnada era breve (literalmente, «se puede tachar de parquedad»), pero no existían motivos que provocasen legalmente su nulidad¹⁰.

6. En el momento en que esto escribo, dicha Sentencia se encuentra recurrida por el sindicato ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El recurso de apelación se basa nuevamente en la falta de legitimación de los trabajadores para «participar» de manera directa en el expediente de regulación de empleo de la empresa, así como en la falta de motivación de la Resolución administrativa impugnada. La estrategia mantenida por el sindicato en todo el proceso ha estado basada en el convencimiento de que un expediente de regulación de empleo no puede aprobarse sin acuerdo de los representantes legales de los trabajadores, y en que la voluntad de los trabajadores —aun contraria al comité de empresa— carece de entidad, al efecto de poder ser tenida en cuenta y valorada por la Resolución. Por supuesto, este convencimiento sindical recalcitrante carece de toda base legal, ya que el propio Estatuto de los Trabajadores admite claramente, en su artículo 51, que pueda autorizarse un expediente de regulación de empleo sin acuerdo, así como que quepa desautorizar los expedientes de regulación acordados por empresa y representantes. Por ello, el pronóstico de cuál haya de ser la resolución final de este recurso contencioso-administrativo tiene claro color favorable para la empresa y para la Xunta de Galicia, ambas demandadas y luego recurridas, dado que la legislación y todas las resoluciones hasta ahora emitidas confirman la postura antisocial del tándem sindicato-comité de empresa. Mirado el asunto con perspectiva, han quedado atrás los días de desencuentro entre la plantilla y sus representantes, los días de movilizaciones convocados por los segundos, los destrozos causados en la empresa el 11 junio 2009, el cierre patronal del día inmediatamente siguiente, así como las jornadas de huelga, que fueron la manifestación visible y la exteriorización del divorcio existente entre las personas que apoyaban la negociación y un comité de empresa gobernado por un sindicato contrario al acuerdo negociado, a pesar de conocer el riesgo evidente y cierto de cierre total y definitivo de un proyecto empresarial, gallego y con futuro. Los trabajadores de «Caramelo S.A.», en asamblea legalmente constituida, habían apostado claramente por ese futuro, y de ahí su apoyo al accionista del proyecto para que la marca «Caramelo» siguiese viva y con perspectivas muy sólidas de salir adelante, dado el compromiso con el proyecto de dicho accionista, en el sentido de que había que mantenerse y seguir creciendo.

⁹ Cfr. su Fundamento de Derecho segundo.

¹⁰ *Ibidem*.

III. CONTEXTUALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DE CAMELO, EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO Y NORTEAMERICANO

7. En un mundo globalizado —como el actual—, en el que «Caramelo, S.A.» se ve obligada a competir con otras marcas asimismo internacionales, no deja de resultar heroica la actitud del empresario que está detrás de nuestra marca, puesto que —mirado el asunto con una perspectiva comparatista— ninguna otra empresa con un perfil empresarial similar al nuestro y radicada en cualquier otro país relevante de la Unión Europea, pero distinto de España, se hubiese tenido que someter al calvario procedimental administrativo y contencioso-administrativo, que ha tenido que padecer «Caramelo». Basta mirar lo que ocurre en países tan significativos desde el punto de vista de la moda, como Francia, Italia o Gran Bretaña, en los que —como consecuencia de una transposición inteligente del Derecho de la Unión Europea— al empresario se le reconoce el derecho de actuar con «manos más libres» que en España, cuando la coyuntura económica es dura. En efecto, aunque los sindicatos españoles no lo entiendan (o lo desconozcan, incluso), aferrándose tenazmente a autorizaciones administrativas que se retrotraen a los lejanos tiempos del régimen franquista, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre «aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos», se limita a exigir el seguimiento de un procedimiento muy sencillo, supuesto que las empresas encaren situaciones críticas, resumible en sólo dos obligaciones del empresario —a cumplir antes de proceder a realizar despidos colectivos—, que son las siguientes¹¹: 1) «consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo»¹²; y 2) haya o no acuerdo y una vez transcurrido ese período de consultas, «notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente»¹³, sin necesidad —a diferencia de lo que sucede en España— de solicitar autorización para despedir por parte de la Administración pública.

8. Con la cobertura de esta normativa europea, ninguna empresa del sector textil o del comercio textil —eventual competidora de «Caramelo, S.A.»—, domiciliada en Francia, Italia o Gran Bretaña, necesitaría de ningún tipo de autorización administrativa para poder realizar, vía despidos colectivos, ajustes en sus plantillas de trabajadores. Basta compulsar, a este efecto, las correspondientes

¹¹ Sobre este tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 197 y ss.

¹² Cfr. su artículo 2, apartado 1.

¹³ Cfr. su artículo 3, apartado 1, párrafo primero.

legislaciones laborales de dichos tres países, con los que España tiene que competir, para poder comprobarlo¹⁴. Así, en Francia, dicha legislación de mínimos aparece contenida en el Capítulo III (rotulado «Despido por motivo económico [*Licenciement pour motif économique*]») del Título III del Libro II de la Parte I de su Código del Trabajo de 2008, artículos L 1233-1 a L 1233-99¹⁵. En Italia, en la Ley núm. 223, de 23 julio 1991, de «normas en materia de caja de integración, movilidad, tratamientos de desempleo, transposición de Directivas de la Comunidad Europea, preparación para el trabajo y otras disposiciones en materia de mercado de trabajo [*norme in materia de cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità Europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*]»¹⁶. Y en Gran Bretaña, en el Capítulo II (rotulado «Procedimiento para el tratamiento de despidos colectivos [*Procedure for handling of redundancies*]») de la Parte IV de la «Ley Sindical y de Relaciones Laborales (Consolidada) [*Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act*]» de 1992, secciones 188 a 198¹⁷.

9. En los Estados Unidos, donde asimismo se encuentran radicadas compañías multinacionales competidoras de «Caramelo, S.A.», estas empresas hacen frente a sus eventuales situaciones de crisis, aplicando procedimientos similares a los existentes en Francia, Italia o Gran Bretaña. Ello se debe a que la norma aplicable allí a este tipo de supuestos, que es la «Ley de Preaviso para el Reentrenamiento y la Adaptación del Trabajador [*Worker Adjustment and Retraining Notification Act*]» (en acrónimo, que es un verdadero acróstico, Ley WARN) de 1988¹⁸, se inspiró en el Derecho de la Unión Europea regulador de los despidos colectivos¹⁹. En efecto, dicha Ley WARN prevé que sus disposiciones²⁰: 1) se apliquen al «cierre de factoría [*plant closing*]» y al «despido masivo por crisis [*mass layoff*]», que afecten a determinados números o porcentajes de trabajadores,

¹⁴ 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 USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 198-199.

¹⁵ El Código en cuestión puede consultarse a través del portal oficial, de acceso gratuito, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁶ Su texto resulta gratuitamente accesible a través de www.normattiva.it.

¹⁷ A la norma en cuestión puede accederse a través de www.statutelaw.gov.uk.

¹⁸ Actualmente se encuentra recopilada en las secciones 2101 y siguientes del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

¹⁹ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA, I. VIZCAÍNO RAMOS y R.M. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «El impacto de la primera Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el Derecho norteamericano: la regulación de las crisis empresariales modificativas o extintivas del contrato de trabajo por la llamada Ley WARN», *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2011), págs. 1203 y ss.

²⁰ Acerca de lo que sigue, véase también 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 USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., pág. 206.

bien en un «período de 30 días [*30-day period*]»²¹, bien en un «período de 90 días [*90-day period*]»²²; 2) obliguen a abstenerse de cerrar o despedir «hasta el final del transcurso de un período de 60 días siguiente a que comunique preaviso escrito [*serves written notice*] el empresario» de su intención de cerrar o despedir, «a cada representante de los trabajadores afectados... o, si no existe dicho representante..., a cada trabajador afectado»²³; y 3) obliguen a efectuar esta misma comunicación, también, «al Estado [federado] o entidad designada por el Estado... y al funcionario jefe... de la unidad de Administración local en la que el cierre o despido vayan a ocurrir»²⁴.

²¹ Cfr. sección 2(a)(2) y (3).

²² Cfr. sección 3(d).

²³ Cfr. sección 3(a)(1).

²⁴ Cfr. sección 3(a)(2).

**LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL DEPORTE. UN ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO, EUROPEO Y NORTEAMERICANO, SOBRE
LOS AGENTES DEPORTIVOS**

[LABOR INTERMEDIATION IN SPORTS. A EUROPEAN AND AMERICAN
COMPARATIVE STUDY ABOUT SPORTS AGENTS]

Jesús Martínez Girón

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2011

Sumario: I. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN ESPAÑA.- II. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA.- III. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN LOS ESTADOS UNIDOS.- APÉNDICE DOCUMENTAL.

Contents: I. SPORTS AGENTS IN SPAIN.- II. SPORTS AGENTS IN EUROPE AND IN THE EUROPEAN UNION.- III. SPORTS AGENTS IN THE UNITED STATES OF AMERICA.- DOCUMENTARY APPENDIX.

Resumen: A diferencia de lo que sucede en Portugal o en Francia, la legislación española no regula expresamente la figura del agente deportivo. El riesgo de que este último se convierta en un traficante de mano de obra, incluso en relación con menores deportistas, justifica y explica los intentos de regulación de la figura del agente deportivo por el Derecho de la Unión Europea. A estos efectos, la legislación federal norteamericana no constituye ningún modelo útil, pues su finalidad principal es preservar el amateurismo en el deporte universitario.

Abstract: In front of what happens in Portugal or France, the Spanish legislation does not expressly rule sports agents. The risk of becoming these last manpower traffickers, even regarding to underage sports people, justifies and explains the attempts of regulating sports agents by the European Union Law. To these effects, the American federal legislation does not constitute any useful model, since it is mainly aimed at preserving amateurism in collegiate sports.

Palabras clave: Intermediación laboral – Agentes deportivos – Derecho comparado del Trabajo

Keywords: Labor intermediation – Sports agents – Comparative Labor Law

* * *

I. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN ESPAÑA

1. En España, la regulación del deporte profesional —sector de actividad sobre el que se apoyan otros muchos sectores económicos pujantes y, sobre todo, inmunes a la crisis de empleo en que actualmente vivimos¹— está pidiendo a gritos una completa renovación y puesta al día, especialmente desde que la crisis en cuestión se agudizó tras el «*crack* de Lehman Brothers» el pasado 2008. En efecto, la norma laboral estructural española sobre dicho sector económico basilar sigue siendo el viejo —por no decir jurásico— Real Decreto 1006/1985, de 26 junio, regulador de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, en el que a un laboralista sólo le cabe observar lagunas y carencias injustificables². En el ámbito de los trabajos desarrollados por nuestro Instituto de Investigación, ya hemos puesto de relieve que son tales, por ejemplo, su completa falta de mención de la mujer deportista³ (a la que, quizá por ello, se le aplican normas discriminatorias de cotización a la seguridad social, precisamente cuando se trata de una deportista profesional por cuenta ajena)⁴ y del deporte profesional autónomo o por cuenta propia (remitido, en España, a un verdadero limbo jurídico regulatorio, incluso en el caso de los deportistas varones)⁵. En mi opinión, otra prueba más —e igualmente clamorosa— de su carácter inservible para encarar la problemática profesional suscitada por el deporte es la que se refiere a la regulación que implícitamente efectúa de la intermediación laboral en el deporte profesional por cuenta ajena (y consecuentemente, de la figura del agente deportivo), totalmente desconectada y alejada de la realidad del deporte profesional español del siglo XXI. Y es que, en un precepto con verdadero hedor a rancio, afirma —en sentido inequívocamente prohibitivo— que «no será de aplicación a la relación laboral especial de los deportistas profesionales lo dispuesto en el artículo

¹ Véase M. CARDENAL CARRO, «Prólogo» a I. VIZCAÍNO RAMOS y R^a.M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. iii.

² Acerca de él, críticamente hace ya unos cuantos años, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Actividades profesionales, y organizaciones deportivas y jurisdicción: puntos críticos», en E. BORRAJO DACRUZ (Director), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley (Madrid, 1999), págs. 121 y ss.

³ Al respecto, véase R^a.M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «La Ley italiana reguladora del deporte profesional. Estudio comparado con el Real Decreto 1006/1985, y traducción castellana», en I. VIZCAÍNO RAMOS y R^a.M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, cit., pág. 64.

⁴ Sobre ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Mujer y deporte profesional: supuestos significativos y puntos críticos laborales y de seguridad social», *Actualidad Laboral*, núm. 17 (2010), págs. 2018 y ss.

⁵ Al respecto, véase I. VIZCAÍNO RAMOS, «Notas acerca del impacto del estatuto del trabajo autónomo (Ley 20/2007) sobre el deporte profesional autónomo», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2009), págs. 1031 y ss.

16.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación»⁶.

2. Esta aparente prohibición suya de la figura del agente deportivo viene suscitando en estos últimos años una relativamente abundante litigiosidad, ante los tribunales civiles. Sobre el tema, resulta ilustrativa una reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 1 septiembre 2010⁷, en la que —con cita de otras muchas, y a propósito de la intermediación laboral en el fútbol profesional— se sienta doctrina acerca de las tres cuestiones nucleares siguientes. En primer lugar, descartando que el agente deportivo deba ser considerado por principio como un mero traficante de mano de obra⁸, la relativa a que la figura del agente deportivo normal no encaja en la prohibición general estatutaria —por cierto, luego desaparecida— de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro⁹, pues el agente del deportista no sólo actúa en lo tocante a «su contratación profesional» por un club, sino también en lo referido a «contratos de publicidad, gestión y promoción de marcas, imagen, etc.»¹⁰. En segundo lugar, la relativa a que el agente puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, sin que le vincule al Tribunal juzgador la afirmación del «Reglamento de Agentes de Jugadores de la Federación Española de Fútbol», en el sentido de que «sólo pueden ser agentes las personas físicas y no las jurídicas», pues «si bien la entidad actora no tiene la condición de Agente FIFA reconocido, dicha circunstancia no puede considerarse como causa que dé lugar a la nulidad del contrato por falta de objeto, además de que la única consecuencia de que intervenga un representante que no sea Agente FIFA es la imposición de una multa a las partes contratantes»¹¹, lo que lógicamente posibilita la actuación en España —desde el punto de vista jurídico-civil y mercantil— de agentes deportivos sin autorización o licencia de ningún tipo. Y en tercer lugar, la relativa a que el agente podía reclamarle su comisión retributiva al club —en vez de al concreto deportista por él representado—, si es que así se hubiese convenido en el contrato, del que se predica por dicha Sentencia «la especial naturaleza de este tipo de mediación o mandato con un contenido atípico y complejo», que «parece quedar ligado en cierta forma a la vigencia y duración del contrato laboral firmado por el Jugador [con el club]»¹².

⁶ Artículo 3, apartado 3.

⁷ *Aranzadi WESTLAW*, referencia AC 2011/99.

⁸ Así lo venía sosteniendo, con realismo, la doctrina científica laboralista más cualificada. Al respecto, véase M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad (Murcia, 1996), págs. 288 y ss.

⁹ Acerca de la ineficacia e inoperancia de los servicios públicos españoles de empleo, en cuanto que intermediadores en la contratación laboral, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, Netbiblo (A Coruña, 2011), págs. 43-44.

¹⁰ Cfr. Fundamento de Derecho primero.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. Fundamento de Derecho segundo.

3. Tratándose de trabajadores autónomos, no extraña que las inquietudes asociativas de los agentes deportivos españoles hayan debido encauzarse no por la vía de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de libertad sindical, sino por la actualmente regulada en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 marzo, del derecho de asociación. Precisamente por esta segunda vía, se constituyó en 1996 la Asociación Española de Agentes de Futbolistas (o AEAF), que afilia —según datos obrantes en su utilísimo sitio de Internet¹³— a casi doscientos «Agentes FIFA» de todas las Comunidades Autónomas españolas, incluida Galicia¹⁴, y en cuya normativa profesional de referencia —asimismo localizable en ese mismo sitio de Internet¹⁵— se incluyen diversas «circulares» de la Real Federación Española de Fútbol y de la FIFA, sobre «Inscripción y Transferencia Internacional de Futbolistas Menores», así como sobre «Protección de Menores». La evidencia de que los agentes deportivos también representan a deportistas menores de edad, no sólo en el fútbol, acentúa la parcialidad y el completo anacronismo del tenor del artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, allí donde este precepto afirma —refiriéndose única y exclusivamente a los artistas— que «la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana»¹⁶.

II. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

4. Este estado de cosas español, de falta de regulación general de la figura del agente deportivo —a pesar de la hiper-inflación de normativa administrativa, estatal y autonómica, que tenemos en materia deportiva—, contrasta con la situación existente en los dos países físicamente más próximos al nuestro dentro del área económico-cultural a la que pertenecemos. Así, en Portugal, los agentes deportivos se encuentran regulados en el Capítulo IV (rotulado «De los empresarios deportivos [*Dos empresários desportivos*]») de la Ley núm. 28/98, de 26 junio, por la que se «establece un nuevo régimen jurídico del contrato de trabajo del practicante deportivo y del contrato de formación deportiva»¹⁷, presidiendo esta regulación portuguesa la regla general de que «los empresarios deportivos que pretendan ejercer la actividad de intermediarios en la contratación de practicantes deportivos deben registrarse como tales en la federación deportiva de la respectiva

¹³ Ubicado en www.agentesdefutbolistas.com.

¹⁴ En el vínculo «AEAF», véase «Directorio de Agentes Asociados de la AEAF».

¹⁵ A través del vínculo «Normativa».

¹⁶ Apartado 4, inciso primero. El tema lo desarrolla el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

¹⁷ Sobre los contratos de trabajo con régimen especial, uno de los cuales es en Portugal el de trabajo deportivo, véase A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15ª ed., Almedina (Coimbra 2010), págs. 164 y ss.

modalidad, que, a este efecto, debe disponer de un registro organizado y actualizado»¹⁸, teniendo en cuenta que «los contratos de mandato celebrados con empresarios deportivos que no se encuentren inscritos en el registro ..., así como las cláusulas contractuales que prevean la respectiva remuneración por la prestación de esos servicios, se consideran inexistentes»¹⁹. Por su parte, en Francia, la regulación del tema —mucho más compleja y pormenorizada— se encuentra formalizada en los artículos L 222-5 a L 222-22 del Código del Deporte (*Code du Sport*)²⁰, donde se contienen previsiones relativas a la prohibición de que el menor deportista remunere o indemnice de cualquier modo a su agente²¹, a que la actividad de intermediación «no puede ser ejercida más que por una persona física detentadora de una licencia de agente deportivo [*une personne physique détentrice d'une licence d'agent sportif*]»²², a que «cada federación ... publica la lista de los agentes deportivos autorizados a ejercer en su disciplina»²³, a que «el agente deportivo puede, para el ejercicio de su profesión, constituir una sociedad o ser prepósito de una sociedad»²⁴, o a que «el contrato escrito en ejecución del cual el agente deportivo ejerce la actividad consistente en poner en relación a las partes interesadas ... determina», entre otras varias menciones, «el montante de la remuneración del agente deportivo, que no puede exceder el 10% del montante del contrato concluido por las partes que ha puesto en relación»²⁵.

5. Se trata de dos regulaciones nacionales de carácter general o intersectorial (supuesto que resultan aplicables a cualquier modalidad deportiva), pero cortadas las dos por un mismo patrón o modelo, que es el «Reglamento sobre los Agentes de Jugadores» de la FIFA (aplicable, como es lógico, solamente al fútbol), cuya primera edición de 1994 —según relata una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 26 enero 2005²⁶, precedente judicial sobre el tema de los agentes deportivos en la jurisprudencia comunitaria— tuvo que ser modificado por la propia FIFA, a instancia de la Comisión Europea, al resultar parcialmente incompatible con el Derecho comunitario²⁷. Tras desestimar un Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 febrero

¹⁸ Artículo 23, apartado 1.

¹⁹ *Ibidem*, apartado 4.

²⁰ Acerca de la peculiar codificación francesa por ramas del Derecho, materializada en más de sesenta códigos distintos, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 17 y ss.

²¹ Cfr. artículo L 222-5, párrafo segundo.

²² Artículo L 222-7, párrafo primero.

²³ *Ibidem*, párrafo tercero.

²⁴ Artículo L 222-8.

²⁵ Artículo L 222-17, párrafo segundo, número 1º.

²⁶ Asunto T 193/02.

²⁷ Cfr. los marginales 8 a 13 de dicha Sentencia.

2006²⁸ el recurso de casación interpuesto frente a dicha Sentencia (en la que rotundamente se afirmaba, para disgusto de la FIFA, que esta última era una «asociación de empresas» sometida al Derecho comunitario de la libre competencia)²⁹, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución de 29 marzo 2007³⁰, sobre el futuro del fútbol profesional en Europa, en la que —entre otras muchas cosas— se pedía «a la Comisión que apoye los esfuerzos de la UEFA para regular los agentes de jugadores, si es preciso presentando una propuesta de Directiva»³¹. Y obligada por esta petición, la Comisión Europea se auto-impuso sólo cuatro meses después —a propósito de la generalidad de agentes deportivos, y no sólo de los agentes de futbolistas— el compromiso de llevar «a cabo una evaluación de impacto para obtener una visión clara de las actividades de los agentes de jugadores en la UE, así como una evaluación destinada a determinar si es necesario actuar a nivel europeo y, al mismo tiempo, a analizar las diferentes opciones posibles»³², pues —siempre según la Comisión— existen «prácticas irregulares en las actividades de algunos agentes que se han traducido en casos de corrupción, blanqueo de dinero y explotación de jugadores menores de edad»³³.

6. Este compromiso de la Comisión se materializó, a su vez, en el encargo de un informe, que fue realizado por una empresa consultora radicada en Bruselas a lo largo del año 2009 —liderando un consorcio formado por el Centro de Derecho y Economía del Deporte (CDES) de la Universidad de Limoges, el Observatorio Europeo de Deporte y Empleo (EOSE), y además, un experto independiente—, la cual redactó en francés (aunque luego se tradujese al inglés) un largo y detallado trabajo titulado «Study on Sports Agents in the European Union», de casi trescientas páginas, accesible en el sitio de Internet de la Comisión Europea³⁴. Es un estudio de valor doctrinal muy grande, que consta de una «Introducción»³⁵ y de cuatro «Partes», relativas a «Las actividades de los agentes deportivos»³⁶, a «La regulación de las actividades de los agentes deportivos»³⁷, a si «¿Hay necesidad de un marco regulatorio europeo?»³⁸, y a «Resumen y Conclusiones»³⁹, afirmándose

²⁸ Asunto C-171/05.

²⁹ Cfr. marginales 69 a 72. Sobre el tema, véase E. SZYSZCZAC, «Competition and Sport», *European Law Review*, núm. 32-1 (2007), págs. 95 y ss.

³⁰ Referencia A6-0036/2007, localizable en el portal de Internet del Parlamento Europeo, ubicado en www.europarl.europa.eu.

³¹ Cfr. marginal 44.

³² Véase, en la base de datos Prelex de la Comisión (accesible en el sitio de Internet de esta última, ubicado en <http://ec.europa.eu>), el «Libro Blanco sobre el Deporte» [referencia COM(2007) 391 final], pág. 17.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Yendo a «Cultura, educación, juventud» (vía «Campos» de «Política y legislación»), luego a «Deporte» (sólo manejable en inglés, francés y alemán), y luego a «Sports agents» (dentro del vínculo «What we do»).

³⁵ Págs. 17-18.

³⁶ Págs. 19 y ss.

³⁷ Págs. 65 y ss.

³⁸ Págs. 133 y ss.

en estas últimas que «la Unión Europea tiene que jugar un papel clave cambiando conductas, armonizando las prácticas existentes, promoviendo las mejores de ellas, e introduciendo regulaciones, cuando lo juzgue apropiado»⁴⁰. En este estudio, se afirma que «los primeros agentes deportivos modernos aparecieron en los Estados Unidos», en el tercer cuarto del siglo XIX y en conexión con «torneos cuasi-profesionales de béisbol»⁴¹, aunque yerra al traer a colación —como argumento normativo de autoridad, a tener en cuenta para legislar en la Unión Europea— el hecho de que, en agosto de 2000, «la Ley Uniforme de Agentes Deportivos —aplicable a todos los Estados de la Unión— fue aprobada» en los Estados Unidos⁴², con el objetivo de «armonizar las regulaciones en vigor de diferentes Estados [yanquis federados], un paso —según el legislador federal— que ayudaría significativamente a limitar los abusos en este terreno»⁴³.

III. LOS AGENTES DEPORTIVOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

7. El error de esa afirmación radica en considerar que la «Ley Uniforme de Agentes Deportivos [*Uniform Athlete Agents Act*]» de 2000 es una Ley federal norteamericana. En efecto, al igual que el resto de «Leyes Uniformes» de dicho país, se trata sólo de un mero borrador privado de proyecto de Ley estatal (no federal), elaborado por la «Uniform Law Commission» y aprobado por la «National Conference of Commissioners on Uniform State Laws» (organismo privado creado en 1892), con la finalidad de ofrecer un modelo de Ley a los Estados federados, allí donde la legislación de estos últimos diverge sobre materias concretas (aquí, las relaciones entre agentes deportivos y deportistas universitarios)⁴⁴. En cualquier caso, el error cometido por los autores del estudio encargado por la Comisión Europea resulta relativamente disculpable, pues en ese mismo error caen también, en ocasiones, incluso los propios abogados norteamericanos (se supone, eso sí, que jóvenes e inexpertos). Lo prueba, por ejemplo, el caso *Payne v. Stalley*, resuelto por una Corte de Apelaciones del Estado de Florida el 29 septiembre 1995⁴⁵. En él, un abogado proveniente del Estado de Michigan había invocado en Florida cierto precepto del «Código Uniforme de Prueba [*Uniform Probate Code*]» —otra «Ley Uniforme» más—, sin tomarse la molestia de consultar cuál era el Derecho vigente en el Estado federado en que

³⁹ Págs. 166 y ss.

⁴⁰ Pág. 176.

⁴¹ Cfr. pág. 19.

⁴² Pág. 21.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Sobre dichas «Leyes Uniformes», véase A.W. VESTAL y T.E. RUTLEDGE, «Modern partnership Law comes to Kentucky: Comparing the Kentucky revised Uniform Partnership Act and the Uniform Act from which it was derived», *Kentucky Law Journal*, vol. 95 (2006-2007), págs. 715 y ss.

⁴⁵ Referencia 672 So2d 822.

actuaba, lo que provocó el irremediable fracaso de su alegato, pues —según la Corte, que demuestra tener aquí acribia, falta de crueldad y fina ironía— «no podemos re-escribir el Derecho probatorio de Florida, para acomodar a un abogado de Michigan, más familiarizado con el Código Uniforme de Prueba»⁴⁶.

8. La única Ley federal norteamericana sobre nuestro tema es «Una Ley para considerar ciertas conductas de los agentes deportivos, relativas a la firma de contratos con deportistas estudiantes, como prácticas o actos engañosos e injustos, que serán regulados por la Comisión Federal de Comercio», recopilada —como todas las Leyes federales norteamericanas— en el Código de los Estados Unidos (*United States Code*)⁴⁷, y cuya denominación abreviada es la de «Ley de Responsabilidad y Confianza del Agente Deportivo [*Sports Agent Responsibility and Trust Act*]» de 2004⁴⁸, que he traducido íntegramente al castellano desde el inglés, constando esta traducción mía más abajo⁴⁹. Sobre la base de que en los Estados Unidos el deporte universitario y el deporte profesional son realidades distintas, se trata de una Ley que pretende mantener alejados a los agentes deportivos de los deportistas universitarios, para así poder preservar el carácter *amateur* de los segundos⁵⁰. A este efecto, de un lado, obliga a los agentes deportivos que pretendan estipular un «contrato de agencia [*agency contract*]» con un estudiante universitario⁵¹ a informarle, necesariamente por escrito, acerca de

⁴⁶ Pág. 823 del repertorio recién citado.

⁴⁷ Más en concreto, en el Capítulo 104 de su Título 15, secciones 7801 a 7807. Sobre este Código, véase A. ARUFE VARELA, «Dos modelos contrastantes de codificación de la legislación de seguridad social: el continental europeo y el norteamericano», *Revista de Derecho Social*, núm. 44 (2008), págs. 121 y ss.

⁴⁸ Sobre ella, muy recientemente, véase C.J. EVANOFF, «Show me the money: How the ABA model rules of professional conduct can deter NCAA rules violations involving sports agents & college athletes», *DePaul Journal of Sports Law & Contemporary Problems*, núm. 8 (2011), págs. 63 y ss.; y M.A. CORGAN «Permitting student-athletes to accept endorsement deals: A solution to the financial corruption of college athletics created by unethical sports agents and the NCAA's revenue-generating scheme», *Villanova Sports and Entertainment Law Journal*, núm. 19 (2012), págs. 371 y ss.

⁴⁹ Véase APÉNDICE DOCUMENTAL.

⁵⁰ Con una visión radiográfica del deporte universitario norteamericano, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El caso *Biediger et al. v. Quinnipiac University* (2009), sobre paralización judicial de la supresión de un equipo femenino universitario semiprofesional de voleibol. Estudio contextualizador y comparado con el Derecho español, y traducción castellana», en I. VIZCAÍNO RAMOS y R^a.M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, cit., págs. 79 y ss.

⁵¹ Según la sección 2(1) de la Ley, «la expresión “contrato de agencia” significa un acuerdo verbal o escrito en el que el deportista estudiante autoriza a una persona a negociar o solicitar en nombre del deportista estudiante un contrato deportivo profesional [*a professional sports contract*] o un contrato de promoción [*an endorsement contract*]». A su vez, «la expresión “contrato deportivo profesional” significa un acuerdo al amparo del cual una persona es empleada, o acuerda prestar servicios, como jugador en un equipo deportivo profesional, con una organización deportiva profesional, o como deportista profesional» [sección 2(7)], mientras que «la expresión “contrato de promoción” significa un acuerdo al amparo del cual el deportista estudiante es empleado o recibe una

que «si acuerdas verbalmente o por escrito ser representado ahora o en el futuro por un agente, puedes perder tu derecho a competir como deportista estudiante en tu deporte [*you may lose your eligibility to compete as a student athlete in your sport*]»⁵². Y prevé asimismo, de otro lado, que la Comisión Federal de Comercio⁵³, los Fiscales Generales de los Estados federados⁵⁴ y las Universidades⁵⁵ puedan demandar a los agentes deportivos, antes las Cortes de Derecho común, exigiéndoles daños y perjuicios por haber incurrido en «conducta prohibida [*conduct prohibited*]» (por ejemplo, el hecho de que el agente «reclute o solicite» un deportista estudiante dándole «cualquier información falsa o engañosa», o sin informarle de las consecuencias que puede acarrearle la estipulación del contrato de agencia, o supuesto que pueda tratarse de estudiantes endeudados para costearse sus estudios universitarios, eventualmente carísimos, «entregando cualquier cosa de valor a un deportista estudiante ... antes de que el deportista estudiante estipule un contrato de agencia, con inclusión de cualquier cantidad en forma de préstamo, o actuando en la posición de avalista o co-avalista de cualquier deuda»)⁵⁶.

9. Como se ve, se trata de una Ley de alcance muy limitado, aunque esto resulte explicable por causa de que la regulación del deporte no es competencia del legislador federal, sino de los legisladores de los Estados federados⁵⁷. Por eso, consciente de sus limitaciones, el último precepto de la misma afirma que «es opinión del Congreso que los Estados deberían promulgar la Ley Uniforme de Agentes Deportivos de 2000, elaborada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, para proteger a los deportistas estudiantes y la integridad del deporte amateur de agentes deportivos sin escrúpulos»⁵⁸; y además, que «en particular, es opinión del Congreso que los Estados deberían promulgar disposiciones relativas al registro de agentes deportivos, a la forma exigida al contrato, al derecho del deportista estudiante de cancelar un contrato de agencia, a las exigencias de información relativas al mantenimiento, notificación, renovación, aviso, advertencia y seguridad de los registros, y disposiciones sobre reciprocidad entre los Estados»⁵⁹. Por supuesto, sobre todo en el ámbito del deporte profesional, la jurisprudencia norteamericana continúa registrando con naturalidad el hecho de que los agentes deportivos se

cantidad por el uso, por la otra parte, de la persona, nombre, imagen o parecido de esa persona, en la promoción de cualquier producto, servicio o evento» [sección 2(5)].

⁵² Cfr. sección 3(b)(3).

⁵³ Cfr. sección 4.

⁵⁴ Cfr. sección 5.

⁵⁵ Cfr. sección 6.

⁵⁶ Acerca de todo esto, véase sección 3(a).

⁵⁷ Véase recientemente, al hilo de la regulación federal de las apuestas deportivas, A.G. GALASSO, Jr., «Betting against the House (and Senate): The case for legal, state-sponsored sports wagering in a post-PASPA world», *Kentucky Law Journal*, vol. 99 (2010-2011), págs. 163 y ss.

⁵⁸ Sección 8 (rotulada «Opinión del Congreso [*Sense of Congress*]»), inciso primero.

⁵⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

comporten, en ocasiones, como auténticos traficantes de mano de obra⁶⁰, cabiendo la cita a este respecto, por ejemplo, del caso *United States v. Dominguez* (resuelto por la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito federal, que cubre el Estado de Florida, el pasado 31 octubre 2011)⁶¹, en el que —tras indicarse que «Gustavo Dominguez es natural de Cuba y ciudadano naturalizado de los Estados Unidos», que «trabaja como agente deportivo, y a través de su empresa ... ha representado a cerca de 100 jugadores de béisbol, muchos de los cuales jugaban para equipos de la Liga Principal [*Major League*] de béisbol», y que «algunos de estos jugadores de béisbol son cubanos que vinieron a los Estados Unidos sin documentos oficiales autorizando su presencia en los Estados Unidos»⁶²— afirma que «este caso criminal se refiere al papel de Dominguez al ayudar a cinco cubanos a venir a los Estados Unidos para proseguir sus carreras profesionales de béisbol»⁶³.

APÉNDICE DOCUMENTAL

«UNA LEY

Para considerar ciertas conductas de los agentes deportivos, relativas a la firma de contratos con deportistas estudiantes, como prácticas o actos engañosos e injustos, que serán regulados por la Comisión Federal de Comercio.

Sea promulgada por el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en el Congreso [en la ciudad de Washington, el martes vigésimo primer día de enero, de dos mil cuatro].

SECCIÓN 1. DENOMINACIÓN ABREVIADA

Esta Ley puede citarse como la “Ley de Responsabilidad y Confianza del Agente Deportivo”.

SECCIÓN 2. DEFINICIONES

En la medida en que se usen en esta Ley, se aplican las siguientes definiciones:

(1) CONTRATO DE AGENCIA.- La expresión “contrato de agencia” significa un acuerdo verbal o escrito en el que el deportista estudiante autoriza a una persona a negociar o solicitar en nombre del deportista estudiante un contrato deportivo profesional o un contrato de promoción.

(2) AGENTE DEPORTIVO.- La expresión “agente deportivo” significa una persona que estipula un contrato de agencia con un deportista estudiante, o recluta o solicita directa o indirectamente un deportista estudiante para estipular un

⁶⁰ Teorizando sobre este último tema, véase S.B. EVANS, «Sports agents: Ethical representatives or overly aggressive adversaries?», *Villanova Sports and Entertainment Law Journal*, núm. 17 (2010), págs. 91 y ss.

⁶¹ Referencia 661 F3d 1051.

⁶² Acerca de todo esto, véase pág. 1056 del repertorio recién citado.

⁶³ *Ibidem*.

contrato de agencia, y no incluye el cónyuge, padre, hermano, abuelo o tutor de dicho deportista estudiante, ningún asesor jurídico a efectos distintos de los del mandato representativo, o tampoco una persona que únicamente actúe en nombre de un equipo deportivo profesional o de una organización deportiva profesional.

(3) DIRECTOR DEPORTIVO.- La expresión “director deportivo” significa una persona responsable de la administración del programa deportivo de una institución educativa o, en caso de que dicho programa se administre separadamente, el programa deportivo de estudiantes varones o el programa deportivo de estudiantes mujeres, según corresponda.

(4) COMISIÓN.- La palabra “Comisión” significa la Comisión Federal de Comercio.

(5) CONTRATO DE PROMOCIÓN.- La expresión “contrato de promoción” significa un acuerdo al amparo del cual el deportista estudiante es empleado o recibe una cantidad por el uso, por la otra parte, de la persona, nombre, imagen o parecido de esa persona, en la promoción de cualquier producto, servicio o evento.

(6) DEPORTE INTERUNIVERSITARIO.- La expresión “deporte interuniversitario” significa un deporte jugado a nivel universitario, en el que los requisitos de admisión para participar como deportista estudiante se establecen por una asociación nacional para la promoción o regulación del deporte universitario.

(7) CONTRATO DEPORTIVO PROFESIONAL.- La expresión “contrato deportivo profesional” significa un acuerdo al amparo del cual una persona es empleada, o acuerda prestar servicios, como jugador en un equipo deportivo profesional, con una organización deportiva profesional, o como deportista profesional.

(8) ESTADO.- La palabra “Estado” incluye un Estado de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Puerto Rico, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, o cualquier territorio o posesión insular sujetos a la jurisdicción de los Estados Unidos.

(9) DEPORTISTA ESTUDIANTE.- La expresión “deportista estudiante” significa una persona que se vincula, tiene derecho a vincularse, o puede tener derecho en el futuro a vincularse, a cualquier deporte interuniversitario. Una persona que no tiene derecho con carácter permanente a participar en un concreto deporte interuniversitario no es un deportista estudiante a los efectos de ese deporte.

SECCIÓN 3. REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS O ACTOS INJUSTOS Y ENGAÑOSOS EN CONEXIÓN CON EL CONTACTO ENTRE UN AGENTE DEPORTIVO Y UN DEPORTISTA ESTUDIANTE

(a) CONDUCTA PROHIBIDA.- Es ilícito que un agente deportivo

(1) reclute o solicite directa o indirectamente un deportista estudiante para estipular un contrato de agencia,

(A) dándole cualquier información falsa o engañosa, o haciéndole una promesa o representación falsas; o

(B) entregando cualquier cosa de valor a un deportista estudiante o a cualquiera asociado con el deportista estudiante, antes de que el deportista estudiante estipule

un contrato de agencia, con inclusión de cualquier cantidad en forma de préstamo, o actuando en la posición de avalista o co-avalista de cualquier deuda;

(2) estipule un contrato de agencia con un deportista estudiante sin dar al deportista estudiante el documento informativo descrito en la subsección (b); o

(3) antedate o postdate un contrato de agencia.

(b) INFORMACIÓN EXIGIDA DE LOS AGENTES DEPORTIVOS PARA LOS DEPORTISTAS ESTUDIANTES.-

(1) **DE CARÁCTER GENERAL.-** En conjunción con la estipulación de un contrato de agencia, un agente deportivo debe dar al deportista estudiante, o, si el deportista estudiante es menor de 18 años, al padre o tutor legal de dicho deportista estudiante, un documento informativo que cumpla los requisitos de esta subsección. Dicho documento informativo es autónomo y se suma a cualquier información que pueda exigirse al amparo del Derecho de un Estado.

(2) **FIRMA DEL DEPORTISTA ESTUDIANTE.-** El documento informativo debe ser firmado por el deportista estudiante, o, si el deportista estudiante es menor de 18 años, por el padre o tutor legal de dicho deportista estudiante, antes de estipular un contrato de agencia.

(3) **TÉRMINOS EXIGIDOS.-** El documento informativo debe contener, en proximidad clara a la firma del deportista estudiante, o, si el deportista estudiante es menor de 18 años, a la firma del padre o tutor legal de dicho deportista estudiante, un aviso manifiesto en negrita, afirmando: “Advertencia al deportista estudiante: Si acuerdas verbalmente o por escrito ser representado ahora o en el futuro por un agente, puedes perder tu derecho a competir como deportista estudiante en tu deporte. En las 72 horas siguientes a la estipulación de este contrato o antes de la próxima competición deportiva en que tengas derecho a participar, cualquiera que ocurra primero, tanto tú como el agente con quien estás acordando que te represente debéis notificar al director deportivo de la institución educativa en la que estás matriculado, o a cualquier otra persona responsable de los programas deportivos de dicha institución educativa, que has estipulado un contrato de agencia”.

SECCIÓN 4. EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO

(a) **PRÁCTICA O ACTO ENGAÑOSO O INJUSTO.-** El incumplimiento de esta Ley será tratado como incumplimiento de la norma que define una práctica o acto injusto o engañoso, al amparo de la sección 18(a)(1)(B) de la Ley de la Comisión Federal de Comercio [Título 15, sección 57a(a)(1)(B), del Código de los Estados Unidos].

(b) **ACCIONES DE LA COMISIÓN.-** La Comisión exigirá el cumplimiento de esta Ley del mismo modo, con los mismos medios, y con la misma competencia, poderes y deberes, que si todas las disposiciones y términos aplicables de la Ley de la Comisión Federal de Comercio (Título 15, secciones 41 y ss., del Código de los Estados Unidos) se hubiesen incorporado y formado parte de esta Ley.

SECCIÓN 5. ACCIONES DE LOS ESTADOS

(a) **CON CARÁCTER GENERAL.-**

(1) ACCIONES CIVILES.- En cualquier caso en el que el Fiscal General de un Estado tenga razones para creer que el interés de los residentes de ese Estado ha sido afectado negativamente, o está amenazado, por la participación de cualquier agente deportivo en una práctica que incumpla la sección 3 de esta Ley, el Estado puede plantear una acción civil en nombre de los residentes del Estado ante una Corte de Distrito de los Estados Unidos, con la correspondiente competencia para

- (A) prohibir esa práctica;
- (B) exigir el cumplimiento de esta Ley; o
- (C) reclamar daños y perjuicios, la restitución u otra compensación en nombre de los residentes del Estado.

(2) AVISO.-

(A) CON CARÁCTER GENERAL.- Antes de ejercitar la acción a que se refiere el apartado (1), el Fiscal General del Estado implicado dará a la Comisión

- (i) aviso por escrito de esa acción; y
- (ii) una copia de la demanda relativa a esa acción.

(B) EXENCIÓN.- El subapartado (A) no se aplica en relación con el ejercicio de una acción por el Fiscal General del Estado al amparo de esta subsección, si el Fiscal General determina que no es posible dar el aviso descrito en ese subapartado antes de ejercitar la acción. En dicho caso, el Fiscal General del Estado dará aviso y una copia de la demanda a la Comisión en el mismo momento en que el Fiscal General ejercite la acción.

(b) INTERVENCIÓN.-

(1) CON CARÁCTER GENERAL.- Al recibir el aviso a que se refiere la subsección (a)(2), la Comisión tendrá derecho a intervenir en la acción que sea objeto del aviso.

(2) EFECTO DE LA INTERVENCIÓN.- Si la Comisión interviene en la acción a que se refiere la subsección (a), tendrá derecho

- (A) a ser oída en relación con cualquier materia que suscite esa acción; y
- (B) a ejercitar una petición de recurso.

(c) INTERPRETACIÓN.- A efectos del planteamiento de cualquier acción civil a que se refiere la subsección (a), nada en este Título se interpretará para impedir al Fiscal General del Estado ejercitar los poderes conferidos al Fiscal General por las Leyes de ese Estado, para

- (1) dirigir investigaciones;
- (2) administrar juramentos o promesas; o
- (3) obligar a comparecer a testigos o crear prueba documental, u otra distinta.

(d) ACCIONES DE LA COMISIÓN.- En todo caso en que la acción se plantee por o en nombre de la Comisión por incumplimiento de la sección 3, el Estado no puede, durante la tramitación de esa acción, plantear una acción al amparo de la subsección (a), frente a ningún demandado mencionado en la demanda de esa acción.

(e) COMPETENCIA TERRITORIAL.- Cualquier acción ejercitada al amparo de la subsección (a) puede plantearse ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos que cumpla los requisitos aplicables, relativos a la competencia territorial a que se refiere la sección 1391 del Título 28 del Código de los Estados Unidos.

(f) **TRAMITACIÓN DEL PROCESO.**- En la acción planteada al amparo de la subsección (a), el proceso puede tramitarse en cualquier Distrito en el que el demandado

- (1) esté domiciliado; o
- (2) pueda ser encontrado.

SECCIÓN 6. PROTECCIÓN DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA

(a) **AVISO EXIGIDO.**- En las 72 horas siguientes a la estipulación de un contrato de agencia o antes de la próxima competición deportiva en la que el deportista estudiante pueda participar, cualquiera que ocurra primero, el agente deportivo y el deportista estudiante informarán cada uno al director deportivo de la institución educativa en la que el deportista estudiante esté matriculado, o a cualquier otra persona responsable de los programas deportivos en dicha institución educativa, de que el deportista estudiante ha estipulado un contrato de agencia, y el agente deportivo dará al director deportivo comunicación escrita de dicho contrato.

(b) **REMEDIO CIVIL.**-

(1) **CON CARÁCTER GENERAL.**- La institución educativa tiene derecho de acción contra el agente deportivo por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de esta Ley.

(2) **DAÑOS Y PERJUICIOS.**- Los daños y perjuicios a la institución educativa pueden incluir y limitarse a las pérdidas actuales y gastos ocasionados por causa de que, como resultado de la conducta del agente deportivo, la institución educativa fue dañada por el incumplimiento de esta Ley, o fue sancionada, descalificada o suspendida de participar en las competiciones de una asociación nacional para la promoción y la regulación del deporte, de una conferencia deportiva, o por la acción disciplinaria razonablemente auto-impuesta para mitigar las acciones probables que se adoptarían por dicha asociación o conferencia.

(3) **COSTAS Y GASTOS DE ABOGADOS.**- En una acción llevada a cabo al amparo de esta sección, la Corte puede otorgar a la parte vencedora las costas y los gastos razonables de abogados.

(4) **EFFECTO SOBRE OTROS DERECHOS, REMEDIOS Y DEFENSAS.**- Esta sección no restringe los derechos, remedios o defensas de nadie, de Derecho o de equidad.

SECCIÓN 7. LIMITACIÓN

Nada en esta Ley se interpretará para prohibir a una persona que busque cualesquiera remedios existentes disponibles de Derecho o de equidad, federales o estatales.

SECCIÓN 8. OPINIÓN DEL CONGRESO

Es opinión del Congreso que los Estados deberían promulgar la Ley Uniforme de Agentes Deportivos de 2000, elaborada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, para proteger a los deportistas estudiantes y la integridad del deporte amateur de agentes deportivos sin escrúpulos. En particular, es opinión del Congreso que los Estados deberían

promulgar disposiciones relativas al registro de agentes deportivos, a la forma exigida al contrato, al derecho del deportista estudiante de cancelar un contrato de agencia, a las exigencias de información relativas al mantenimiento, notificación, renovación, aviso, advertencia y seguridad de los registros, y disposiciones sobre reciprocidad entre los Estados».

LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PORTUGUÉS DEL TRABAJO*

[THE SIZE OF AN ENTERPRISE IN THE PORTUGUESE LABOR LAW]

Catarina de Oliveira Carvalho

Fecha de recepción: 24 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012

Resumen: Este artículo analiza sumariamente la relevancia del elemento «dimensión empresarial» en el Derecho del Trabajo portugués. Se concluye que el principal objetivo legislativo se traduce en la flexibilización del régimen laboral a través de la adopción de normas que favorecen las micro y pequeñas empresas, disminuyendo la protección legal de los respectivos trabajadores. Adicionalmente, se analizan de forma crítica los criterios de evaluación de la dimensión empresarial, el perímetro y el momento del cómputo del número de trabajadores y el tipo de prestadores de trabajo que deben ser incluidos en función de las respectivas modalidades contractuales.

Abstract: This article analyses sparsely the relevance of the size of an enterprise in the Portuguese Labour Law. The conclusion is that the main legislative scope is to make the labour regime more flexible through the adoption of rules which beneficiate micro and small-sized enterprises, reducing the legal protection of their employees. In addition, the analysis falls upon the criteria adopted for the determination of the size of the enterprise, the perimeter and the moment relevant for the staff headcount, as well as the definition of the categories of employees that must be taken into account.

Palabras clave: dimensión - empresa - microempresa – PYMES - número de trabajadores

Keywords: size - enterprise - micro enterprise - SMEs, number of employees

* * *

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

1. La relevancia del factor de la dimensión en el Derecho portugués del Trabajo se ha acentuado significativamente a partir de la reforma que dio origen al primer Código del Trabajo (CT2003)¹, proceso que continuó con la reforma de la norma operada en 2009 (CT)².

La dimensión de la empresa ha acabado convirtiéndose en un factor de importancia creciente en la diversificación de las instituciones laborales y opera fundamentalmente en el sentido de dotar a las micro y pequeñas empresas de mayor maleabilidad. El mayor número de especificidades del régimen laboral portugués surge a propósito de las microempresas, prosiguiendo un objetivo de favorecimiento de las mismas y traduciendo, en general, una disminución del nivel de protección jurídica de los respectivos trabajadores.

La importancia de la dimensión de la empresa atraviesa todo el régimen laboral portugués, desde el terreno de las situaciones individuales de trabajo hasta el ámbito de las relaciones colectivas, aunque con grado e intensidad diversos.

En todo caso, consideramos que el ordenamiento jurídico nacional no continúa encontrándose intensamente *dimensionado*, por causa de que las particularidades de régimen apuntan, en la mayoría de los casos, a las microempresas, con las importantes excepciones derivadas de los regímenes que transponen normas comunitarias y que, por tanto, imponen una dimensión similar a los diversos países de la UE.

A pesar de esto, se admite que algunas de las diversificaciones de la dimensión pueden asumir una acentuada importancia, por causa de que el sistema productivo portugués está compuesto mayoritariamente por microempresas, razón por la cual éste se convierte en el régimen regla y no en el régimen especial. Por otro lado, la relevancia de la dimensión vino a afectar a instituciones de elevado valor simbólico como sucedió con el derecho a la readmisión, subsiguiente a la declaración de ilicitud del despido³, no obstante la reducida aplicabilidad práctica de esta figura.

Resulta necesario enfatizar que la discusión sobre el dimensionamiento del Derecho del Trabajo no debe separarse del debate sobre la flexibilidad, por el

¹ Código del Trabajo, aprobado por la Ley n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

² Código del Trabajo, aprobado por la Ley n.º 7/2009, de 12 de Febrero.

³ En el Derecho portugués, el trabajador ilícitamente despedido puede optar por la readmisión en el mismo centro de trabajo de la empresa o, como alternativa, por una indemnización (art. 389 del CT). Además, en una microempresa, el empleador goza de un derecho de oposición a la readmisión del trabajador ilícitamente despedido si justifica que su regreso es «gravemente perjudicial y perturbador del funcionamiento de la empresa» (art. 392 del CT). En palabras de LEAL AMADO («Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», en *Temas laborais I*, Coimbra Editora [Coimbra, 2005], pp. 133-138), se trata de una resolución, a iniciativa del empleador, de ejercicio judicial.

amplio margen de convergencia que ambos temas presentan, hecho particularmente visible en la evolución de las leyes laborales portuguesas. En efecto, el elemento de la dimensión no fue, como regla, utilizado por el legislador con la finalidad de ajustar el régimen jurídico a las idiosincrasias de las empresas, evaluadas según la respectiva dimensión. Por el contrario, el factor dimensión de nuestro Derecho laboral sirvió, sobre todo, como pretexto legislativo para una mayor flexibilización del Derecho del Trabajo, en general disimulada bajo la apariencia de adaptación a la diversidad empresarial, y por tanto menos contestada. Resultado que se encuentra facilitado en su aplicación práctica por la circunstancia referida de caracterizarse la realidad empresarial portuguesa por un elevadísimo número de microempresas.

De hecho, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, el legislador nacional no atendió a la dimensión empresarial para favorecer el desarrollo y la aplicación adaptada a las PYMES de ciertas instituciones laborales concebidas según el paradigma de la gran empresa. Esta actuación es particularmente visible en el terreno de las relaciones colectivas, donde existe una diminuta implementación sindical y asociativa empresarial, con consecuencias visibles, señaladamente, a nivel de la negociación colectiva, de la «democracia empresarial» o de las condiciones de trabajo. Pero no deja de ser notoria igualmente en el contexto de las relaciones individuales de trabajo. Recordemos que el CT2003 vino a regular expresamente una modalidad contractual susceptible de presentar ventajas significativas para las PYMES —el contrato de trabajo celebrado con una pluralidad de empleadores⁴—, mecanismo que podría probar el eslogan de la *flexiguridad*: más flexibilidad para los empleadores y más seguridad para los trabajadores, si no fuese por el desafortunado régimen legal que reduce su utilización práctica por parte de las PYMES.

2. En el Derecho del Trabajo, la preferencia por criterios de naturaleza cuantitativa —sobre todo el número de trabajadores— es notoria y se corresponde, en gran medida, con la visión «clásica» que el ordenamiento jurídico tiene todavía de la empresa, siguiendo el modelo *fordista* que identifica la empresa de gran dimensión con aquella que tiene muchos trabajadores, aunque esta opción también se asiente en razones de eficacia y aplicabilidad práctica.

Con la excepción de la materia de las infracciones administrativas laborales, el legislador laboral portugués adopta el criterio ocupacional en términos casi exclusivos (completado, puntualmente, por el número de trabajadores afectados por la medida en cuestión), siendo el volumen de empleo computado casi siempre en el perímetro de la empresa. Aunque, en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, la evaluación de la dimensión de la empresa sufra algunas variantes en lo que respecta a la representación sindical, al atender al número de

⁴ Figura prevista en el actual art. 101 del CT.

trabajadores sindicalizados, y al acoger, por otro lado, junto al perímetro de la empresa, la dimensión del centro de trabajo.

Al contrario de la mayoría de los países europeos, el ordenamiento jurídico nacional contiene un precepto clasificatorio propio (art. 100 del CT) a efectos específicamente laborales⁵, lo que permite operacionalizar el aspecto de la dimensión de la empresa, logrando alguna uniformidad de tratamiento, aunque se revele igualmente fuente de desventajas.

3. En el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, el marco legislativo relativo a la dimensión de la empresa consustancia la idea de que el aumento de la flexibilidad laboral atribuida al empleador debe ser inversamente proporcional a la dimensión de la empresa, circunstancia que puede comprobarse en materia de contratación y condiciones de trabajo, de vicisitudes contractuales y, particularmente, a propósito de la extinción del contrato. Esto significa que el volumen de empleo va a ser tenido en consideración para condicionar los poderes del empleador, a medida que aumenta la dimensión de la empresa, a través de un mayor número de exigencias sustantivas, procedimentales y de control. La función inherente al factor de la dimensión laboral de la empresa que aquí más se destaca tiene, por tanto, cariz económico-financiero articulado con la agilización de la vertiente de la gestión, sin perjuicio de la confluencia de otras finalidades en algunas instituciones específicas (v.g., cuotas de empleo reservado).

A este efecto de la flexibilización de las relaciones individuales de trabajo contribuyen también factores no expresamente dimensionales, pero que carecen de atención especial, pues varían considerablemente según la dimensión de la empresa: la libertad empresarial aumenta en las empresas de micro y pequeña dimensión no sólo por causa del menor intervencionismo del legislador, sino también por el hecho de que no existan estructuras de representación colectiva de los trabajadores, cuya información y consulta sería necesaria en variadas hipótesis de modificación o extinción de las relaciones laborales, a lo que contribuye el acentuado recurso, por parte de las PYMES, al llamado trabajo «atípico».

4. Con todo, es en el ámbito del Derecho colectivo del Trabajo en el que la dimensión de la empresa o del centro de trabajo asume mayor relevancia jurídica expresa, en particular en lo que se refiere al régimen aplicable a las estructuras de representación colectiva de los trabajadores, siendo cierto que las finalidades legislativas subyacentes también varían.

⁵ De acuerdo con el art. 100 del CT, se considera microempresa la que emplea menos de 10 trabajadores, mientras que la pequeña empresa ocupa entre 10 y 49 trabajadores (inclusive). Luego la mediana empresa emplea de 49 hasta el máximo de 249 trabajadores, y la gran empresa ocupa 250 o más prestadores de trabajo.

Al revés de lo que sucede en el contexto de las relaciones individuales de trabajo, se trata aquí, en primer lugar, de adecuar los mecanismos de representación colectiva al número de trabajadores representados, con base en una función jurídica de adaptación representativa.

El problema «clásico» en esta materia, común a los diversos países europeos, se reconduce a la estructural subrepresentación colectiva de los trabajadores en las PYMES —circunstancia que no se debe, en Portugal, a la imposición de límites ocupacionales mínimos, sino a otros factores previos de carácter sobre todo sociológico⁶—, realidad susceptible de corroer la eficacia del Derecho laboral. Especialmente, si asociamos este hecho al papel desempeñado por los órganos representativos en el control y en el cumplimiento de la legislación laboral en el seno de las empresas y a la estrecha ligazón existente entre ellos y la intervención de la Autoridad para las Condiciones de Trabajo⁷, poco actuante en las empresas menores. La dimensión empresarial surge, entonces, como criterio decisivo en la aplicación eficaz del Derecho del Trabajo.

Al mismo tiempo, son las empresas de menor dimensión las que más necesitan adaptar los regímenes legales o convencionales (sectoriales) a su realidad específica, circunstancia que exige el desarrollo de procesos negociales colectivos que son obstaculizados por la ausencia de interlocutores a dicho efecto. Este efecto se revela particularmente perjudicial, en la medida en que muchos de los asuntos determinantes para las PYMES (v.g., modulación del tiempo de trabajo, pago de trabajo extraordinario) son susceptibles de variación, en cualquier sentido, a través de los convenios colectivos de trabajo o porque la ley se refiere a ello expresamente, o en virtud del art. 3 del CT⁸.

Sin embargo la negociación individual podría llevar a una imposición abusiva de condiciones de trabajo por parte del empleador, cuya proximidad a los prestadores de trabajo aumenta, como regla, con la reducción de la dimensión de la empresa, motivo por el cual no es un medio idóneo para la adaptación del régimen laboral a la realidad específica de las PYMES, aunque sea el mecanismo que el legislador portugués va a seguir en la anunciada reforma de la leyes laborales a realizarse en 2012.

⁶ V.g., bajas tasas de sindicalización, estructura de la mano de obra característica de las PYMES, «ideología familiar» del empleador, el debilitamiento de la propia percepción de los intereses comunes y de las relaciones de solidaridad, la elevada tasa de *turnover* del personal, la actitud tradicional de las organizaciones sindicales europeas orientadas a las medias/grandes empresas, la existencia de mecanismos de extensión de la negociación colectiva.

⁷ Se corresponde con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁸ La norma vertida en el actual art. 3 del CT operó una transformación de las fuentes del Derecho del Trabajo, al atribuir a los preceptos legales, como regla, una naturaleza supletoria respecto a los convenios colectivos de trabajo, que pueden así apartar la ley en sentido menos favorable a los trabajadores, salvo cuando de la ley resulte lo contrario.

5. Del análisis de las diversas instituciones laborales en que la dimensión asume un papel directo, se comprueba que la intervención legislativa laboral asienta un estereotipo de PYME, visión que se encuentra, muchas veces, alejada de la realidad, por causa de la significativa heterogeneidad de estas organizaciones, agravada por el sector de actividad a que pertenecen y por su respectiva localización territorial.

El perfil homogéneo que el legislador atribuye a las PYMES se encuentra, desde luego, expreso en los respectivos criterios clasificatorios que no reflejan su heterogeneidad, ignorando su capacidad económica o incluso su surgimiento a partir de fenómenos de descentralización productiva.

La opción por el recurso exclusivo al criterio del número de trabajadores se configura como de bondad discutible, por no permitir una adecuación cabal de los regímenes jurídicos a las diversas finalidades legislativas que subyacen en la diversificación de la dimensión, señaladamente los objetivos de carácter económico. En efecto, un solo criterio no es suficiente para explicar y fundamentar todas las finalidades atribuidas a las normas laborales que atienden a la dimensión de la empresa, razón por la cual la aproximación legislativa debería ser *multicriterio y multifuncional*⁹.

Por otro lado, si es cierto que esta preferencia legislativa puede estar justificada por las inequívocas ventajas de certeza y seguridad jurídica, este objetivo tampoco se alcanzó de forma plena. Las ventajas derivadas de la previsión legal de una definición cuantitativa se ponen en causa por la imperfecta labor legislativa que permitió no sólo el mantenimiento de clasificaciones diferentes en legislación laboral suelta, sino también en el propio seno del CT y de la respectiva legislación complementaria.

6. El marco de referencia para el cálculo del número de trabajadores es, como regla, la empresa. En principio, la opción por el perímetro más amplio de la empresa, en detrimento del centro de trabajo, parece que hay que aplaudirla por no estimular el recurso amplio a mecanismos de descentralización geográfica.

A pesar de esto, el elemento de referencia del cómputo del número de trabajadores debe también adecuarse a la finalidad de la institución que realiza la diversificación de la dimensión, lo que no siempre sucede cuando se atiende al ámbito de la empresa (v.g., oposición a la readmisión a consecuencia de un despido ilícito), pudiendo justificar una interpretación teleológica o correctiva.

7. La clasificación de la tipología empresarial, de acuerdo con el número de trabajadores, está falta de ser completada con criterios sobre la correspondiente

⁹ La expresión es de SALVADOR DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), p. 20.

determinación, una vez que de estos depende el efecto jurídico resultante de la fijación de tales límites ocupacionales.

A pesar de esto, el legislador nacional abdicó de responder a algunas de las cuestiones fundamentales en este terreno, por lo que compete al intérprete la clarificación de algunos elementos indisociables del criterio ocupacional, a comenzar por la determinación del colectivo de trabajadores abarcado por el cómputo.

La circunstancia de que el legislador nacional no haya procedido a ninguna adjetivación del término «trabajadores» obliga, como regla, a defender, *de iure condito*, la inclusión en el respectivo cómputo de todos los titulares de contrato de trabajo subordinado, unitariamente considerados, independientemente de la naturaleza del vínculo contractual que los liga al empleador, salvo disposición legal con contenido diverso. Así, el cómputo del volumen de empleo debe abarcar trabajadores subordinados con una relación de trabajo común o especial, de cualquier modalidad, a tiempo completo o parcial, e independientemente de su duración, por tiempo determinado o a término, incluyendo asimismo los trabajadores en período de prueba, empleados directivos, aquellos cuyo contrato se encuentra suspenso, los que fueron despedidos ilícitamente y que impugnaron dicho despido, y los teletrabajadores.

Si es cierto que al no distinguir categorías de trabajadores, el legislador evita la complicación del cálculo de los efectivos, dicha simplificación puede hacerse a costa de soluciones más justas y equilibradas, como el cómputo de los trabajadores a tiempo parcial *pro rata temporis*, cuando la finalidad normativa asume un cariz económico y no jurídico, toda vez que su cómputo unitario puede perjudicar a las empresas que recurren con mayor frecuencia a esta modalidad de contratación por motivos relacionados con su respectiva actividad.

En los casos en que un trabajador es contratado, temporalmente, para sustituir a otro que se encuentra ausente o cuyo contrato se encuentra suspenso, es posible, por vía interpretativa, excluir el trabajador sustituto del cómputo, pues de otra forma se sobredimensiona la pequeña empresa por motivos a los que el empleador permanece ajeno y que pueden prolongarse durante dilatados períodos de tiempo. Además de que la irracionalidad de la solución podría incluso poner en causa el principio, constitucionalmente tutelado, de la igualdad. Con todo, sería deseable una respuesta legislativa expresa que obviase las dudas que dividen a la doctrina nacional.

La inclusión de los trabajadores temporales en el cálculo del volumen de empleo del usuario, a efectos de aplicación de las normas laborales que se refieren

a la dimensión ocupacional, se encuentra ya expresamente prevista en el art. 189 del CT¹⁰.

8. Por lo que respecta al momento relevante para la determinación del volumen de empleo, el legislador portugués ha adoptado un criterio dinámico de evaluación de la dimensión empresarial en función del número de trabajadores, visto que en el cálculo se atiende a la media del año civil antecedente.

Esta solución aparenta sensatez, pues sólo la consideración del volumen de empleo durante un período relativamente amplio de tiempo puede traducir la verdadera dimensión de la empresa en términos ocupacionales, atendiendo a las fluctuaciones coyunturales del volumen de contratación. Se evita, también, que el empleador pueda escoger hábilmente el mejor momento para aprovecharse de un determinado régimen, atenuándose el «perfil discriminatorio connatural al criterio numérico-ocupacional»¹¹, aunque la formulación legal no esclarezca todas las dudas.

Más cuestionable es la bondad de la solución legislativa perfilada en cuanto al momento del cálculo en el año de inicio de la actividad. En esta hipótesis, el número de trabajadores relevante será estimado atendiendo «al día de ocurrencia del hecho que determina el régimen respectivo», formulación que suscita innumerables dudas, además de resultar sensible a manipulaciones por parte del empleador. Sería por tanto deseable la alteración de esta regla, en el sentido de adoptar un régimen que tuviese en cuenta la media del volumen de empleo del año ya transcurrido.

¹⁰ De hecho, no se vislumbran motivos que impidan un doble cómputo de estos trabajadores en la empresa de trabajo temporal y en el usuario, vista la concreta configuración de los negocios jurídicos implicados, aunque pueda cuestionarse ahora la ausencia de previsión legal similar para las hipótesis de cesión ocasional de trabajadores.

¹¹ En estos términos, MICHEL DESPAX, «L'application de la législation du travail en fonction des effectifs», en *Mélanges offerts à Paul Couzinet* (Toulouse, 1974), p. 232; MARCO BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Franco Angeli (Milán, 1978), p. 143; FITA ORTEGA, *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), p. 95.

LA AUDITORÍA LABORAL EN EL DERECHO ITALIANO*

[*THE SOCIAL AUDIT IN ITALIAN LAW*]

Orsola Razzolini

Fecha de recepción: 22 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 29 de febrero de 2012

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «*AUDIT SOCIAL*».- II. LA RELEVANCIA DE LA *AUDIT SOCIAL* EN EL EMPLEO PÚBLICO.- III. LA RESPONSABILIDAD «ADMINISTRATIVA» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ALGUNOS PROBLEMAS.- IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA TUTELA DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y BALANCE SOCIAL.- V. PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y DE LOS ENTES LOCALES.

Contents: I. INTRODUCTION. THE MEANING OF «SOCIAL AUDIT».- II. THE ROLE PLAYED BY SOCIAL AUDIT IN THE PUBLIC SERVICE SECTOR.- III. «ADMINISTRATIVE» LIABILITY OF LEGAL PERSONS. SOME PROBLEMS.- IV. SOCIAL LIABILITY AND GOOD PRACTICES IN THE HEALTH AND SAFETY'S PROTECTION AND SOCIAL BALANCE.- V. THE ROLE OF TRADE UNIONS AND LOCAL ADMINISTRATION.

Resumen: Este artículo examina el significado de la *auditoría laboral* en el Derecho italiano. El término no existe en Italia, mientras que existe, aunque raramente, la expresión *audit social*. Después de reconstruir el significado de *audit social* e identificar algunas razones que permiten defenderla en Italia, se analizan críticamente los instrumentos de *audit social* actualmente existentes: el comité único de garantía, los controles internos y la responsabilidad de los dirigentes en el empleo público; la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la incidencia de los códigos disciplinarios y de comportamiento en las obligaciones y los deberes de los dependientes y de los administradores; la responsabilidad social y las buenas prácticas en la tutela de la salud y de la seguridad en los lugares de trabajo; el balance social; el papel desarrollado por las organizaciones sindicales y por los entes locales, con referencia particular al nuevo instrumento de colaboración inter-empresarial: el contrato de red.

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

Abstract: *The paper examines the meaning of auditoría laboral in Italian Law. This expression does not exist in Italy, whilst it is possible to find the term social audit. First, the paper analyzes the meaning of social audit and the reasons and rationales behind its recent introduction in Italian Law. Second, several examples of social audit are taken into account and critically examined: the new guarantee committee, the internal audit and the manager's liability in the public service sector; the administrative liability of legal persons and the impact of codes of conduct on the employees' and managers' duties; the corporate social responsibility and the best practices in the health and safety's protection; the social balance; the role played by Trade Unions and Local Administration with particular regard to the new B2B collaboration's tool: the network contract.*

Palabras Clave: Auditoría de recursos humanos – *Audit social* – Responsabilidad social corporativa – Comité único de garantía – Responsabilidad del dirigente – Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas – Buenas prácticas – Balance social – Contrato de red

Keywords: *Human Resources Audit – Social Audit – Corporate Social Responsibility – Guarantee Committee – Manager's liability – Administrative liability of legal persons – Best practices – Social Balance – Network Contract*

* * *

I. INTRODUCCIÓN. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «AUDIT SOCIAL»

A diferencia de España, en Italia no existe ni la expresión «*auditoria laboral*», ni equivalentes perfectos de la misma. Por el contrario, se encuentran siempre más a menudo las locuciones «responsabilidad social», «balance social», «bienestar social», «*audit ambiental*» y, aunque más raramente, «*audit social*» o «control social»,

Según un reciente estudio realizado por dos investigadores de la Universidad de A Coruña¹, el significado de auditoría laboral en España se aproxima al de *Human resources audit* en los Estados Unidos de América. Ejemplos de *human resources audit* se identifican, por vía interpretativa, en dos decisiones, el *Burlington Industries Case* (1998)² y el *City of Boca Raton Case* (1998)³, en los que el empresario vino a ser considerado responsable del acoso sexual sufrido por la dependiente por parte de sus superiores jerárquicos, sobre la base de la violación del *negligence standard* en la gestión y supervisión de los recursos humanos⁴.

En los Estados Unidos, la expresión *social audit* está por tanto estrechamente conectada a la de *Corporate Social Responsibility* (CSR) o responsabilidad social de la empresa⁵. En un reciente *paper* escrito por tres investigadores de Cambridge⁶, la *Social Audit* es el instrumento destinado a hacer efectiva la responsabilidad social de la empresa y a «aplicar los *standard* éticos de empresa en la práctica empresarial responsable». Los mecanismos identificados a

¹ Me refiero a la ponencia presentado por R.Mª. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO e I. VIZCAÍNO RAMOS, en el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, celebrado el 26-27 enero 2012, en la Universidad de A Coruña.

² *Kimberly B. Ellerth v. Burlington Industries*, núm. 96-1361, United States Court of Appeal for the Seventh Circuit, 12 agosto 1997. En el caso en cuestión, una dependiente de Burlington Industries había sido acosada por su propio superior jerárquico.

³ *Beth Ann Faragher v. City of Boca Raton*, núm. 97-282, Supreme Court of United States, 26 junio 1998. En el caso en cuestión, una socorrista había sufrido acoso sexual y *propuestas* por parte de dos superiores.

⁴ La responsabilidad del empresario no es, por tanto, una *strict liability* (responsabilidad objetiva), sino que es la consecuencia de una violación del *negligence standard* en el ejercicio del control, de la supervisión y de la prevención de los riesgos en el ambiente de trabajo, entre los cuales están los riesgos de acoso y *propuestas* de carácter sexual. En particular, a fin de establecer el *negligence standard*, en el caso *Burlington Industries* se subraya la importancia del *Human Resources Department*, que tiene la competencia de prevenir e intervenir a tiempo de resolver las problemáticas y los conflictos que se verifican en los lugares de trabajo.

⁵ Sobre el tema, véase el reciente E. ELHAUGE, *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, en *New York University Law Review*, 2005, vol. 80, p. 733 ss.

⁶ Véase R. MORIMOTO, J. ASH, C. HOPE, *Corporate Social Responsibility Audit: from Theory to Practice*, <http://www.ssrn.com>, 2004.

tal fin están dispersos: un *management stakeholder oriented*, un consejo de administración que dé importancia prioritaria a los objetivos de la CSR, la integración de la CSR en la política social, la exigencia de una regulación a nivel nacional e internacional con todas las contradicciones que se siguen de ello⁷.

La expresión *audit social* tiene múltiples raíces en el Derecho de la Unión Europea. Se habla de *audit social* en el Libro Verde de 2001 sobre la responsabilidad social de la empresa, mientras que, con referencia particular a la gestión de los recursos humanos, hay que recordar la Decisión del Consejo de 6 octubre 2006. En el Capítulo 1.3.4, relativo a la administración inteligente (*smart administration*), se indica entre los objetivos el de la mejora de la productividad y cualidad del trabajo en el sector público. A tal fin, se subraya la necesidad de «definir políticas y programas válidos» y, en ese contexto, «adoptar procedimientos de *audit social* dirigidos a mejorar la capacidad de ejecución de las políticas y de los programas».

De *Audit Social*, en el significado particular de *Audit* medioambiental, se habla después en el Reglamento (CE) núm. 761 de 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre adhesión voluntaria de las organizaciones a un sistema comunitario de Ecogestión y *Audit* (EMAS). El objetivo de EMAS es mejorar las prestaciones medioambientales de las organizaciones, incentivándolas a someterse voluntariamente a un sistema de verificación y de control, cuya superación permite obtener el logo europeo EMAS, según la técnica de la «marca social» o del *social label*. La marca social, como resulta evidente, es un posible instrumento de ejecución de la CSR, que opera a través de un sistema de certificación social de base voluntaria, que trata de garantizar el éxito de los productos que han obtenido un certificado de *calidad social*⁸.

El artículo 2, letra k, del Reglamento define la *audit social* medioambiental como una parte del sistema completo de gestión ambiental, que comprende «una valoración sistemática, documentada, periódica y objetiva de las prestaciones de las organizaciones, del sistema de gestión y de los procesos destinados a proteger el medioambiente a fin de facilitar el control sobre los comportamientos y evaluar la conformidad de la política medioambiental, comprendidos los objetivos y los *tarjet* ambientales de las organizaciones». El artículo 1, apartado 2, letra d, prevé a tal fin, entre otros instrumentos, la participación activa de los dependientes a través de la puesta a disposición de cursos de formación permanente y del «libro de sugerencias».

⁷ Subraya la exigencia de una intervención legislativa, L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005. Críticamente sobre el tema, R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, en *Lavoro e diritto*, 2006, p. 41 ss.

⁸ Véase A. PERULLI, *Brevi note sulla certificazione di conformità sociale dei prodotti*, en *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, p. 27 ss.

Experimentos similares, en el ámbito del Derecho del Trabajo, han sido conducidos por el CEPAA, que es un derivado del CEP (*Council for Economic Priorities*). Me refiero, en particular, al instrumento de certificación social SA (*Social Accountability*) 8000. Se trata de una certificación ética conferida a las empresas que: a) respetan los derechos humanos; b) respetan los derechos de los trabajadores; c) no explotan el trabajo de menores; d) respetan la tutela en materia de salud y seguridad en el trabajo; e) no despliegan políticas de discriminación; f) respetan la libertad sindical y la negociación colectiva; g) aplican retribuciones dignas.

Para cada una de estas voces son nucleares algunos criterios mínimos y algunos convenios internacionales⁹, al respeto de los cuales se condiciona la certificación social y ética. Además, se prevé que tales empresas deban adoptar un particular modelo de gestión organizativa, enunciado por el artículo 9, que asegure la documentación constante, verificación, control y transparencia de la conformidad y ejecución de todos los objetivos sociales arriba indicados, con designación de un representante de la empresa destinado al desarrollo exclusivo de tales actividades. En fin, se prevé que el control social deba ser operado también en relación con los proveedores de la propia empresa, a fin de elevar los *standards* éticos sociales en las denominadas cadenas de contrata y subcontrata¹⁰.

En octubre de 2003, las empresas certificadas SA 8000 resultaban ser 310, procedentes de 38 países, de las cuales 65 italianas. A día de hoy, el número ha subido a 2.785.

El *iter* de la certificación ética consta de tres fases: a) comunicación a por lo menos tres organismos acreditados que desarrollan las funciones de certificadores. Los sujetos certificadores son diversos: ABS Quality Evaluations (Houston, Texas); ALGI (New York); CISE (Centro per l'Innovazione e lo Sviluppo Economico). b) si están de acuerdo, los tres certificadores otorgan el SAAS (Social Accountability Accreditation Service). A tal fin, la empresa debe

⁹ Convenios OIT 29 y 105 (trabajo forzoso); Convenio OIT 87 (libertad de asociación); Convenio OIT 98 (Derecho de negociación colectiva); Convenio OIT 100 e 111 (Igualdad de retribución, por trabajo igual, entre mano de obra masculina y femenina; discriminación); Convenio OIT 135 (Convenio de los representantes de los trabajadores); Convenio OIT 138 y Recomendación 146 (Edad mínima); Convenio OIT 155 y Recomendación 164 (Seguridad y salud en el trabajo); Convenio OIT 159 (Rehabilitación profesional y empleo de las personas discapacitadas); Convenio OIT 177 (Trabajo a domicilio); Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

¹⁰ Con referencia a las cadenas de contratas, la doctrina es vastísima. Véase, entre todos, A. SOBCZAK, *Are Codes of Conduct in Global Supply Chains Really Voluntary? From Soft Law Regulation of Labour Relations to Consumer Law*, en *Business Ethics Quarterly*, 2006, vol. 16, p. 167; así como el Informe redactado para la Comisión Europea por la CREM y SOMO, con el título *Responsible Supply Chain Management*, 2011, espec. p. 78 ss., donde se analizan los instrumentos de *audit* social en las cadenas de contratas y subcontratas.

demostrar haber implementado un sistema de gestión social conforme a lo establecido en el artículo 9; c) visita inspectora conducida por un *team de audit*.

Yendo al ordenamiento italiano, el principal instrumento de *audit social*, por medio del cual el Estado controla el cumplimiento exacto y la observancia exacta de la normativa laboral, es ciertamente el constituido por la inspección de trabajo y por los correspondientes procedimientos sancionatorios como, entre los más recientes, la suspensión de la actividad de la empresa en los casos en los que el personal inspector se encuentra con empleo irregular de personal¹¹ o desconfía de su cumplimiento¹².

En los últimos años, frente a los mecanismos de *audit social* o «laboral» de tipo *hard*, asumen sin embargo un papel preeminente los de tipo *soft*. Esto parece depender de dos fenómenos verdaderamente antitéticos entre ellos. De un lado, el fracaso del Estado y de su aparato burocrático-administrativo en garantizar la observancia de la ley; de otro lado, la intensificación de los controles determina una reacción *defensiva* por parte de las empresas, que se concreta, por ejemplo, en la introducción en el interior de las propias organizaciones de sistemas de prevención certificados, códigos de conducta, códigos disciplinarios y buenas prácticas. Esto, con el fin de tutela *por el* Estado y por sus controles, demostrando el propio exacto cumplimiento.

Aunque el discurso se sale de esta intervención, se explica así el creciente recurso por parte de las empresas al instrumento de la certificación voluntaria, destinado a desarrollar nuevas y más complejas funciones. En particular, la certificación podría en el futuro ser utilizada por los empresarios, a fin de garantizar el empresario (a salvo el mecanismo judicial, siempre admisible) no sólo la validez de cada contrato (por ejemplo, la contrata), reglamentos (por ejemplo, el reglamento interno de las cooperativas) o cláusulas generales¹³, sino además la idoneidad y eficacia prevencionista de los modelos de organización y gestión de los recursos humanos adoptados internamente por las organizaciones.

II. LA RELEVANCIA DE LA AUDIT SOCIAL EN EL EMPLEO PÚBLICO

En Italia, un punto de observación privilegiado de los instrumentos de *audit social* es ciertamente el constituido por la Administración Pública. Esto depende al menos de tres factores. Ante todo, la Administración Pública es un

¹¹ Véase artículo 14 del decreto legislativo de 9 abril 2008, núm. 81.

¹² Artículo 33 de la Ley de 4 noviembre 2010, núm. 183.

¹³ Sobre el tema, véase últimamente L. NOGLER, *Procedure di certificazione*, en M. PEDRAZZOLI (Coordinador), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, p. 869 ss.; así como las intervenciones publicadas en *Opinioni sul collegato lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, p. 123 ss.

lugar tradicional de mala gestión de recursos humanos, como demuestra el elevado número de episodios de *mobbing*, discriminación, abuso de las formas de trabajo precario y así sucesivamente. Secundariamente, la Administración Pública está vinculada al fin, constitucionalmente relevante, del buen funcionamiento y de la imparcialidad (artículo 97 de la Constitución), con la consecuencia de que en el empleo público es posible imponer por vía legislativa la observancia de determinados *standards* éticos y sociales.

Esto no puede suceder en el sector privado. Como es evidente, en efecto, en los años cincuenta se consuma en Italia el alejamiento definitivo de la concepción institucionalista y comunitaria de empresa, de matriz alemana, y el acogimiento a la idea anglosajona según la cual la empresa pertenece única y exclusivamente al empresario, y persigue el fin, constitucionalmente relevante, de la producción de bienes y servicios en el mercado¹⁴. En una prospectiva de comparación, podríamos preguntarnos si la diversa concepción de empresa acogida en Alemania y en Italia no tiene una incidencia en la puesta en marcha de los instrumentos de *audit* social de tipo *soft*, en todo caso inútiles en Alemania y, por el contrario, esenciales en Italia¹⁵.

La creciente relevancia del principio constitucional del buen funcionamiento de la organización pública es testimoniada por las numerosas intervenciones legislativas, que se suceden a partir de los años noventa hasta hoy, dirigidas a llevar tanto la acción (artículo 1 de la Ley núm. 241 de 1990) como la organización pública (artículo 1 del decreto legislativo núm. 29 de 1993, ahora decreto legislativo núm. 165 de 2001) hacia los cánones de eficiencia, eficacia y economía. Con particular referencia a la organización y a la gestión de las relaciones de trabajo en las dependencias de las Administraciones Públicas, el buen funcionamiento se entiende como eficiencia de los servicios y mejor utilización de los recursos humanos (artículo 1 del decreto legislativo núm. 165 de 2001): principios que sostienen la completa idea de fondo de que para aumentar la eficiencia de los servicios públicos es necesario, en primer lugar, un correcto y racional empleo de los recursos humanos a disposición de los mismos¹⁶.

¹⁴ Véase el ensayo de G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, en *Rivista di diritto civile*, 1958, I, p. 618 ss.; desde una perspectiva histórica, véase P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 185 ss.

¹⁵ Al respecto, véase la ponencia de M. FUCHS, presentada en el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, celebrado el 26-27 enero 2012, en la Universidad de A Coruña. El autor sostiene la irrelevancia de la *audit* social en Alemania, por causa del perfecto funcionamiento de los mecanismos de inspección del trabajo. Más allá de un objetivo de mejora del funcionamiento de los instrumentos de inspección en Alemania respecto de Italia, cabe preguntarse si la falta de necesidad de instrumentos de *audit* social no depende también de la diferente y más amplia concepción de empresa, de cuño institucional, vigente en Alemania, que posibilita al legislador imponer el respeto también de *standards* ético-sociales.

¹⁶ Para un amplio análisis, véase E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002.

La cuestión es qué efectos produce el principio del buen funcionamiento de la organización pública, así entendido, sobre los poderes (empresariales) enteramente sujetos al régimen privado. En otras palabras, nos preguntamos si, a continuación de la contractualización de las relaciones de empleo público, aún queda espacio para concebir en términos funcionales los poderes privados del empresario público.

En una interesante decisión, el Tribunal de Forlì observa que el precepto constitucional del buen funcionamiento, a través del *medium* de la cláusula general a que se refiere el artículo 2087 del Código Civil —que obliga al empresario (público y privado) a proteger la integridad física y moral del dependiente— surge como límite directo del poder (empresarial) privado de organización, peculiar y ulterior respecto al del empresario privado y, al mismo tiempo, constituye un derecho del dependiente público, cuya lesión es fuente de responsabilidad contractual frente al empresario público (artículo 2087 del Código Civil)¹⁷.

La Sentencia del Tribunal de Forlì se presta a la fuerte objeción relativa a que los poderes del empresario público no pueden considerarse funcionales en el fin, dado que la regulación del empleo bajo la dependencia de las Administraciones Públicas ya ha sido reconducida al ámbito de la autonomía negocial¹⁸. Sin embargo, se puede observar que la relevancia y la incidencia del principio del buen funcionamiento, si no emerge jurídicamente en los concretos momentos de ejercicio del poder empresarial de organización, pueden no obstante ser tomadas en el momento de la valoración e imputación al dirigente del resultado organizativo que ha dado lugar al ejercicio de este poder, en su integridad.

Se pone aquí de relieve el mecanismo de imputación de la responsabilidad al dirigente por la consecución de un resultado de gestión y organización completamente negativo, regulado por el artículo 21 del decreto legislativo núm. 165/2001. Una función análoga es desarrollada también por el mecanismo de los controles internos (artículo 5, apartado tercero, del decreto legislativo núm. 165 de 2001; decreto legislativo núm. 286 de 1999) y, más en particular, por el control de valoración, estrechamente conectado al subsiguiente juicio de responsabilidad del dirigente. En particular, se atribuye al órgano superior el poder de verificar y valorar el resultado final obtenido por el dirigente con referencia a «los comportamientos relativos al desarrollo de los recursos profesionales, humanos y organizativos asignados a ellos» (artículo 5, apartado tercero, del decreto legislativo núm. 165 de 2001; y artículo 5 del decreto legislativo núm. 286 de 1999).

¹⁷ Tribunal de Forlì, 6 febrero 2003.

¹⁸ Véase M. D'ANTONA, *Autonoma negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle Pubbliche Amministrazioni*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, p. 48 ss.

Por lo tanto, el principio del buen funcionamiento sigue constituyendo, al mismo tiempo, el ámbito y el límite al que queda vinculado el poder (empresarial) privado de organización, considerado sin embargo no en relación con los concretos momentos de su ejercicio, sino en relación con la suma completa de todos estos momentos. El carácter funcional del poder no desaparece; sólo emerge jurídicamente en un momento distinto.

La argumentación descrita sale reforzada en el reciente trabajo vinculado (ley núm. 183 de 2010), que en el artículo 21 introduce la garantía en el empleo público de la igualdad de oportunidades, del bienestar en el trabajo y la ausencia de discriminaciones. En particular, se dice que en la gestión de los recursos humanos, las Administraciones Públicas (vistas como empleadores «ejemplares») deben garantizar: paridad e igualdad de oportunidades; la ausencia de cualquier forma de discriminación; un ambiente de trabajo orientado al bienestar organizativo con la intención de detectar, contrastar y eliminar cualquier forma de violencia moral o psíquica en su interior.

A tal fin, se instituye un comité único de garantía para la igualdad de oportunidades, la evaluación del bienestar de quien trabaja y contra las discriminaciones. El comité se compone de un componente designado por cada una de las organizaciones sindicales y por un número igual de representantes de las Administraciones Públicas, y opera en coordinación con el Consejero regional o provincial para la igualdad de oportunidades. Por lo tanto, ello puede considerarse un instrumento de *audit* social, orientado al control interno sobre el respeto de la garantía del *bienestar organizativo* en el empleo público.

Podemos preguntarnos dentro de qué límites el empresario público puede ocuparse de la esfera privada y psicológica de los propios dependientes, a fin de garantizar el bienestar organizativo. Al respecto, resulta interesante la experiencia japonesa allí donde la Corte Suprema admite la responsabilidad del empresario por el suicidio cometido por el dependiente como consecuencia de una depresión reconducible causalmente al lugar de trabajo. Pero ¿hasta qué punto, se pregunta la doctrina japonesa, se le puede consentir al empresario que indague en la esfera interna y privada del trabajador a fin de evitar que éste se suicide?

Como se ha dicho, la introducción por vía legislativa del instrumento descrito resulta posible en el empleo público, y no en el privado, porque sólo en el primer caso, y no en el segundo, el bienestar organizativo constituye un bien de directa relevancia colectiva, en cuanto dirigido al correcto, racional y eficiente uso de los recursos humanos y del gasto público.

III. LA RESPONSABILIDAD «ADMINISTRATIVA» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ALGUNOS PROBLEMAS

En el sector privado, un instrumento innovador de *audit social* se encuentra en el decreto legislativo de 8 junio 2001, núm. 231, en materia de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. El decreto legislativo da particular impulso a la previsión de una serie de reglas de comportamiento en el interior de las organizaciones, dirigidas a prevenir la comisión de ilícitos por parte de las empresas.

El artículo 6 prevé la obligación de adoptar modelos de *organización y gestión idóneos para prevenir la comisión de ilícitos*, a través de la elaboración de códigos de conducta o códigos de comportamiento capaces de responder a las siguientes exigencias: «a) identificar las actividades en cuyo ámbito pueden cometerse ilícitos; b) prever protocolos específicos dirigidos a programar la formación y la ejecución de las decisiones del ente en relación con los ilícitos a prevenir; c) identificar modalidades de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los ilícitos; d) prever obligaciones de información frente al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario idóneo para sancionar la falta de respeto a las medidas indicadas en el modelo».

Las líneas guía predisuestas por Confindustria para la construcción de los modelos de organización, gestión y control (*ex* decreto legislativo núm. 231/2001) prevén la redacción, por parte de los dirigentes empresariales, de un código ético que, en términos generales, debe contener «el conjunto de los derechos, de los deberes y de las responsabilidades del ente frente a los portadores de intereses (dependientes, proveedores, clientes, administración pública, accionistas, mercado financiero, etc.) sobre cuya base construir un modelo de organización interna a fin de prevenir los ilícitos a que se refiere el citado decreto».

Tales normas confirman ante todo la exigencia de identificar el núcleo de la responsabilidad social de la empresa frente a los *stakeholders* (por ejemplo: respeto a la integridad física y cultural de la persona, corrección, igualdad, transparencia, colaboración y lealtad en la relación con los *stakeholders*, respeto del medioambiente y así sucesivamente)¹⁹. El código ético y el código de comportamiento son los principales instrumentos de efectividad y garantía del respeto de los *standards* ético-sociales por parte de las empresas. Del mismo modo, el dependiente y el administrador se convierten en los principales instrumentos de ejecución de los objetivos de la responsabilidad social de la empresa.

¹⁹ Al respecto, véase el análisis de S. LUCHENA, *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia?*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 245 ss.

La normativa así sintéticamente recordada plantea, sin embargo, diversas cuestiones.

En primer lugar, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad en el momento en que demuestre haber adoptado los modelos organizativos y de gestión idóneos para prevenir la comisión de ilícitos. Sin embargo, tales modelos, como se ha visto, se basan también y especialmente en la previsión de códigos éticos y de comportamiento decididos unilateralmente por el empresario. ¿Esto no se traduce en un alargamiento y agravación de los deberes de los dependientes y administradores, no menos que en una descarga de las responsabilidades de la empresa sobre ellos?²⁰ Por otra parte, se puede dudar fuertemente del carácter vinculante en relación con los dependientes que disienten de los códigos de comportamiento y de las sucesivas modificaciones decididas unilateralmente por la empresa y especialistas, sin la consulta de los representantes sindicales en la empresa o unitarios.

En segunda lugar, imponer a los administradores, por vía disciplinaria, la persecución no sólo de los intereses de los accionistas, sino también de los intereses de otros *stakeholders* crea una cierta confusión. Ante todo, resulta excesivamente ampliada la discrecionalidad de los administradores a que se remite la individualización del punto de conciliación entre los intereses de los accionistas y los intereses de otros *stakeholders*, como los trabajadores, tradicionalmente en conflicto²¹. La consecuencia ulterior es la mutación gradual de la noción de interés social, que ya no coincide con el interés de los accionistas a la maximización del valor de las acciones a corto plazo, sino, según los desarrollos hipotéticos más virtuosos, con el interés de los accionistas *actuales* y *futuros* a la estable, creíble (bajo el perfil relativo a la reputación) y duradera presencia en el mercado²².

Sin embargo, hasta que tal proceso no se haya completado, la discrecionalidad de los administradores para privilegiar los intereses de los *stakeholders* (por ejemplo, evitando un despido colectivo que quizá podría realzar el valor de las acciones), es admisible, y le deja exento de responsabilidad contractual, sólo cuando esto sea simultáneo a la satisfacción de los intereses de los *shareholders*²³. Por ejemplo, esto se verifica cuando la decisión asumida en beneficio de los *stakeholders* consiga un aumento de la reputación de la empresa en el mercado y un consiguiente incremento de la producción o de las ventas y, por lo tanto, del beneficio.

²⁰ Véase, sobre el tema, A. TURSI, *La responsabilità sociale delle imprese tra etica, economia e diritto*, en L. MONTUSCHI, P. TULLINI (Editores), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, Bologna, 2006, p. 98 ss.

²¹ Véase el análisis de S. LUCHENA, *op cit.*

²² En este sentido, M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, en *Rivista delle Società*, 2009, p. 1 ss.

²³ *Ibidem.*

En fin, el tema de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y del consiguiente alargamiento de las obligaciones de dependientes y de administradores hace emerger algunas contradicciones de fondo. Así, por ejemplo, la tendencia de las sociedades modernas de riesgo a adoptar formas de responsabilidad objetiva para hacer frente a riesgos cada vez más complejos y elusivos²⁴, pero que se concilia mal con la opción hacia formas de responsabilización social de personas jurídicas que avalan concepciones antropomórficas abandonadas hace tiempo²⁵. Una segunda contradicción emerge entre la imposición a dependientes y administradores de deberes ético-sociales y la frecuente previsión de «cláusulas de rendimiento mínimo»²⁶.

IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA TUTELA DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y BALANCE SOCIAL

Una función particular de *audit* social, bajo el perfil del control de la observancia de las normas en materia de tutela de la salud y de la seguridad de los trabajadores, viene desarrollado por el representante de seguridad, instituido por el decreto legislativo núm. 81 de 2008.

En el nuevo T[exto]Ú[nico] sobre la salud y seguridad en los lugares de trabajo, se introduce tanto la noción de responsabilidad social, definida por el artículo 2, letra ff, como «integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ecológicas de las empresas y organizaciones en sus actividades comerciales y en las relaciones con las partes interesadas»; como la noción de «buenas prácticas», definida por el artículo 2, letra v, como «soluciones organizativas y procedimentales coherentes con la normativa vigente (...) adoptadas voluntariamente y orientadas a promover la salud y la seguridad en los lugares de trabajo a través de la reducción de los riesgos y la mejora de las condiciones de trabajo». La responsabilidad social y las buenas prácticas consisten ambas en comportamientos asumidos voluntariamente, que se añaden y se suman a los impuestos por vía legislativa.

Como se anticipó, el nuevo texto único sobre la salud y sobre la seguridad del trabajo instituye también el representante de seguridad, elegido o designado por los trabajadores para vigilar la observancia de las normas sobre la salud y sobre la seguridad en el trabajo. El representante de seguridad, junto con el

²⁴ Con referencia al decreto legislativo núm. 81 de 2008, véase L. MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, en L. MONTUSCHI (Director), *La nuova sicurezza sul lavoro*, vol. I, Bologna, 2011, p. 1 ss.

²⁵ Para esta crítica, véase R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, traducción italiana a cargo de Fazi Editore, 2007, p. 254 ss.

²⁶ Para esta observación, véase S. LUCHENA, *op. cit.*

inspector de trabajo, constituye un importante instrumento de *audit social*. En el sentido del artículo 50 del decreto legislativo núm. 81/2008, el representante de seguridad de los trabajadores goza de las siguientes prerrogativas: a) acceso a los lugares de trabajo; b) derecho de consulta en el procedimiento de evaluación de los riesgos; c) derecho a la información; d) derecho a recibir una información adecuada; e) puede recurrir a las autoridades competentes cuando considere que las medidas de prevención o protección adoptadas o los medios empleados para llevarlas a cabo no sean idóneas para garantizar la tutela de la salud y de la seguridad.

Casi inexistente en Italia, a diferencia de Francia, es el instrumento del balance social. El balance o informe social ha sido pensado para describir el impacto social de la empresa haciendo referencia a una serie de indicadores. En el proyecto CSR-SC presentado en Venecia el 14 noviembre 2003, el informe social se pensó como un instrumento voluntario que debería servir para identificar los objetivos de CSR perseguidos por la empresa; vigilar los esfuerzos y las acciones puestas en marcha para alcanzar tales objetivos; consentir la evaluación de los resultados obtenidos y compararlos en el tiempo²⁷.

La única experiencia de balance social «obligatorio» en Italia la constituye la denominada *impresa sociale*, instituida con el decreto legislativo núm. 155 de 24 marzo 2006. Las empresas sociales son las «organizaciones privadas sin ánimo de lucro que ejercen de modo principal o estable una actividad económica de producción o de intercambio de bienes y servicios de utilidad social dirigida a realizar finalidades de interés general» (artículo 1). El artículo 2 del decreto prevé después que se consideran bienes o servicios de utilidad social los intercambiados en los sectores de la asistencia social, de la asistencia sanitaria, de la instrucción, educación y formación, turismo social, tutela del medioambiente y del ecosistema, investigación universitaria y así sucesivamente.

Con este decreto legislativo, el ánimo social viene expresamente institucionalizado junto con el ánimo de lucro como finalidad que puede ser perseguida por cualquier forma societaria, puesto que el decreto reafirma el principio de la neutralidad de las formas organizativas del sujeto empresarial respecto del fin perseguido²⁸. La empresa social se caracteriza por dos requisitos: a) desarrollo de actividades *socialmente útiles*; b) destina de la producción y del intercambio a finalidades de interés general.

El artículo 10 introduce la obligación del «balance social», que debe orientarse a la representación y a la observancia de las finalidades sociales según

²⁷ Sobre el tema, véase L. NOGLER, *Gli strumenti di «commercializzazione» del diritto del lavoro: bilancio sociale, certificazione etica e marchio di qualità sociale*, en L. MONTUSCHI, P. TULLINI (Editores), *Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa*, cit.

²⁸ Véase V. CALANDRA BONAURA, *Impresa sociale e responsabilità limitata*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2006, p. 849 ss.

las líneas guía adoptadas por el Ministerio de Trabajo. En particular, sobre la base de sucesivos decretos ministeriales, el balance —que cada vez más desarrolla el papel de instrumento de información del mercado— debe indicar, entre otros, la estructura de *governance*, el mapa de los intereses implicados, la compensación de los administradores, el número de mujeres presentes, el número y el nombre de los beneficiarios de las actividades implicadas, las redes de colaboración también con entes públicos, los objetivos del ente, las acciones puestas en marcha para ser realizadas, el impacto sobre el tejido social de la actividad desarrollada²⁹.

Sin embargo, el balance social resulta obligatorio e imponible sólo en el sector del *no-profit*. En los otros sectores, el fin de la empresa es sólo el de la producción en el mercado y del beneficio del o de los propietarios de la misma.

En fin, instrumentos de *audit* social se han ido desarrollando también en el sistema bancario y crediticio. Recientes proyectos sugieren pasar de un sistema de vigilancia exclusivamente *microprudencial* —esto es, orientado a dictar reglas técnicas y a promover la solvencia sólo de la banca—, a un sistema de vigilancia *macroprudencial*, que conlleva la evaluación del control del peligro de crisis del sistema bancario en su integridad, con la implicación de autoridades independientes y de las autoridades de gobierno³⁰.

V. PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y DE LOS ENTES LOCALES

En verdad, volviendo a recorrer la evolución de la legislación laboral, un papel significativo de *audit* social ha sido siempre desarrollado por las organizaciones sindicales. Al respecto, resulta suficiente recordar la regulación en materia de despido colectivo (Ley núm. 223 de 23 julio 1991) y de traspaso de empresa (Ley núm. 428 de 29 diciembre 1990), ambas con matriz comunitaria. El elemento innovador contenido en tales normativas consiste en la transición del poder de control *ex post* atribuido al juez sobre las razones del despido colectivo o del traspaso de empresa o de parte de la empresa, hacia un poder procedimentalizado de control *ex ante* ejercitado por las organizaciones sindicales por el trámite de los derechos de información y de examen conjunto³¹.

²⁹ Véase M. MACERONI, *L'iscrizione dell'impresa sociale nell'apposita sezione del registro delle imprese*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2010, p. 282 ss.

³⁰ Véase R. COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, en *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, p. 165 ss.

³¹ Véase, recientemente, Sentencia de la Corte de Casación de 6 octubre 2006, núm. 21541, según la cual «la L. n. 223 de 1991, al prever en los arts. 4 y 5 la puntual, completa y cadenciada procedimentalización del mecanismo empresarial de movilidad, ha introducido un significativo elemento innovador, consistente en el paso del control jurisdiccional, ejercido “ex post” en la precedente organización, a un control de la iniciativa empresarial, concierne al

La experiencia americana cuenta con múltiples ejemplos de *audit social* ejercitada por las organizaciones sindicales. Es emblemático el sector del trabajo por medio de agencia, donde las *Unions* americanas preparan los *Employer codes of conduct*, así como una detallada lista de *Model Employers* (los empresarios modelo) hacia los que dirigen la mano de obra más cualificada. Igualmente, las *Unions* desarrollaban una función de vigilancia sobre la empresa, denunciando los episodios de violaciones graves de los tutelados, que daban lugar a procesos de sanción social y en cuanto a la reputación que podían culminar en el definitivo alejamiento de la empresa del mercado³². Por usar un lenguaje actual, las organizaciones sindicales operaban como Agencias de *rating* de los empresarios.

Ciertamente, la experiencia americana no puede ser «transplantada» al ordenamiento italiano que, a diferencia de los Estados Unidos y del Reino Unido, nunca ha conocido el fenómeno del *Occupational Unionism* y donde, por la ausencia de *closed shop* y *union shop agreements*, el sindicato nunca ha ejercido el control del acceso de los trabajadores al mercado de trabajo³³.

En fin, debe mencionarse el papel de *Social Auditors* que pueden desarrollar los entes locales, y en particular, las Regiones y las Provincias, a través de un conjunto de políticas que premien e incentiven a las empresas que adoptan prácticas de CSR.

Al respecto, se recuerda la reciente institución legislativa del contrato de red (artículo 3, apartado 4-ter, de la ley de 9 abril 2009, núm. 33, y sucesivas modificaciones). El contrato de red es un nuevo instrumento contractual típico de colaboración entre empresas mediante el cual «más empresarios persiguen el objetivo de acrecer, individual y colectivamente, su propia capacidad innovadora y su propia competitividad en el mercado y a tal fin se obligan, sobre la base de un programa común de red, a colaborar en formas y ámbitos predeterminados atinentes al ejercicio de las propias empresas o a intercambiarse informaciones o prestaciones de naturaleza industrial, comercial, técnica o tecnológica o incluso a ejercer en común una o más actividades correspondientes el objeto de la propia empresa».

redimensionamiento de la empresa, llevado a cabo “ex ante” por las organizaciones sindicales, destinatarias de incisivos poderes de información y consulta, según un método ya testado en materia de traspaso de empresa. Los espacios residuales de control otorgados al juez en sede contenciosa ya no se refieren, sin embargo, a los específicos motivos de la reducción del personal (a diferencia de lo que sucede en relación con el despido por motivo objetivo justificado), sino a la corrección del procedimiento de la operación».

³² F. CARRÉ, P. JOSHI, *Looking for Leverage in a Fluid World: Innovative Responses to Temporary and Contracted Work*, en A.A.V.V., *Nonstandard Work. The Nature and Challenges of Changing Employment Arrangements*, Champaign, 2000, pp. 332-333.

³³ Por todos, O. KAHN-FREUND, *Trade Unions, the Law and Society*, en *The Modern Law Review*, 1970, vol. 33, p. 241 ss.

El objetivo del contrato de red es acrecer la innovación y la competitividad de la pequeña-mediana empresa italiana, superando los límites conectados a las dimensiones reducidas. A esto se añade el objetivo de aumentar la credibilidad y la financiabilidad de la empresa en el mercado, favoreciendo el acceso al crédito, de un lado; reducir y favorecer la gestión colectiva del riesgo de la crisis económica y financiera, del otro lado³⁴.

La constitución de contratos de red está hoy particularmente incentivada por los entes locales. No sólo por las ventajas que presentan desde el punto de vista de la competitividad en una escala global, sino también por las innovaciones y desarrollos que pueden determinar en el plano tanto de la negociación colectiva (favoreciendo el crecimiento de la negociación colectiva territorial), como de la realización de prácticas de CSR. Desde este último punto de vista, las redes de empresa extienden las perspectivas y garantías de ocupación y ocupabilidad de los trabajadores que operan dentro de la red; facilita el respeto de las normas en materia de salud y seguridad en el trabajo, a menudo mucho más onerosas y difícilmente respetables en la pequeña empresa *uti singula*; favorece la tutela del medioambiente y así sucesivamente.

En esta óptica, las Regiones y las Provincias pueden condicionar la concesión de financiación ingente y beneficios fiscales, destinados a las neo-constituidas redes de empresas, a la demostración del respeto por la normativa laboral vigente y a la adopción voluntaria de prácticas de responsabilidad social en el sentido antes mencionado.

³⁴ Sobre el tema, por todos, véase especialmente los volúmenes de P. IAMICELI (Editor), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Giappichelli, Torino, 2009; F. CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, 2004; F. CAFAGGI, *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

E. McDONAGH y L. PAPPANO, *Playing with the boys. Why separate is not equal in sports*, Oxford University Press (New York, 2008), 349 pgs.

Este libro, precioso y premonitorio, con el sorprendente título *Jugar con los chicos. Por qué separados no es iguales en el deporte*, es un libro que no podría escribirse en España, por diversas razones. En primer lugar, porque no hay en nuestro país hombres interesados en que cambie el estado de cosas que tenemos actualmente en materia deportiva, caracterizado por el hecho de que hombres y mujeres deportistas compiten cada uno por su lado (eventualmente incluso, para ganarse la vida); y más, teniendo en cuenta que los adquirentes-tipo en España de un libro sobre deportes suelen ser, al igual que ocurre con la prensa deportiva, precisamente los hombres. En segundo lugar, porque el movimiento feminista — único que podría estar *a priori* interesado en cambiar dicho estado de cosas— no es en España ni radical ni transversal, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, en donde el feminismo logró acabar con la proscripción del deporte femenino en las Universidades, impulsando allí una importante reforma legislativa en 1972, que ha posibilitado que en el deporte universitario norteamericano, en lo tocante a deportes «de contacto», haya igualdad numérica entre equipos masculinos y equipos femeninos («separados pero iguales»). En tercer lugar, porque en España casi nadie conocería el significado jurídico tan profundo (y tan odioso) que tiene la frase «*separate but equal*» (esto es, «separados pero iguales»), a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, en donde hasta a los niños pequeños en las escuelas (especialmente, si son blancos) se les enseña que separados no es iguales (lo pone de relieve incluso el subtítulo de este libro, que acabo de calificar hace sólo un momento de precioso y premonitorio). Por eso, creo que esto último — pensando en un/a hipotético/a lector/a español/a, especialmente si considera que también cabe la existencia de un feminismo que no tenga por qué ser necesariamente de «peplum» o cartón-piedra— hay que explicarlo aquí, entre nosotros, con algún cuidado.

«Separados pero iguales» es una vieja doctrina judicial norteamericana de 1896, perpetuante de la segregación de blancos y de negros, que fue segada de raíz y fumigada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education*, fallado en 1954, donde los nueve Jueces de la Corte sostuvieron unánimemente que separar a blancos y a negros (en el caso enjuiciado, en las escuelas), por definición, era hacerlos desiguales. Pues bien, sobre esta sólida base anti-segregacionista, lo que proponen las dos autoras del libro (una, profesora de ciencia política y gran conocedora de la jurisprudencia constitucional, y la otra, periodista de éxito; y además, feministas sin «peplum» ambas) es dar el mismo paso que se dio en 1954 respecto de blancos y negros, transponiendo la doctrina de que separar es segregar y, por tanto, desigualar, pero ahora respecto del

deporte y del género, y por tanto, a hombres y mujeres. Se trata de una propuesta anclada en sólidas bases extrajurídicas (realmente, obligan a reflexionar sus muy detallados argumentos orientados a destruir los tópicos, a propósito siempre del deporte, de «la inferioridad femenina comparada con los varones», de «la necesidad de proteger a las hembras [*females*] frente a las lesiones en la competición con los varones», y «la inmoralidad de competir directamente las hembras con los varones»), pero que también se apoya —esto es lo verdaderamente importante— en una sólida y pétrea base jurídica antidiscriminatoria, representada en lo esencial por la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (fechada en 1868) y en toda la jurisprudencia sobre el tema de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que comienza a transponer al sexo la doctrina relativa a la discriminación racial, según apuntan las autoras, a partir del caso *Reed v. Reed*, fallado en 1971. La cita de este caso por las dos autoras es una cita interesada, pero igualmente interesante, puesto que apuntala su tesis de que si una mujer deportista deja de esperar y se atreve a pleitear —en el título del libro resuena el eco del gran libro de Martin L. KING, titulado *Why we can't wait*—, reclamando su derecho a no ser discriminada por razón de sexo en el deporte profesional (incluso si se trata de un deporte «de contacto»), su pretensión acabaría siendo irremediablemente estimada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Esa cita y este pronóstico se apoyan en una anécdota, que procedo a resumir en los siguientes términos: 1) la Sra. Ruth B. GINSBURG era una brillantísima estudiante de Derecho de la Universidad de Harvard, que fue recomendada por el Decano de la Facultad, en 1960, al Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Sr. Felix FRANKFURTER, para que la contratara por un año como ayudante suya; 2) este Juez, que formaba parte de la Corte Suprema cuando se decidió por unanimidad el citado caso *Brown v. Board of Education* (el que segó lo de «separados pero iguales», recuérdese), tuvo que manifestar públicamente —según relatan las dos autoras del libro— que «no estaba preparado para contratar a una mujer»; 3) tras concluir sus estudios universitarios, la Sra. GINSBURG se dedicó a la práctica de la abogacía, especializándose en la llevanza de casos de discriminación por razón de sexo; 4) la propia Sra. GINSBURG ganó el citado caso *Reed v. Reed*, que incluso llegó a defender oralmente ante la Corte Suprema, cuando el Juez FRANKFURTER había ya muerto; y 5) en fin, en 1993 la Sra. GINSBURG fue nombrada Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos por el Presidente CLINTON, continuando todavía en servicio activo en ella.

Además de la imponente masa de jurisprudencia federal y estatal norteamericana que las autoras recopilan —toda relativa a discriminación de niñas y jóvenes en la práctica de las más diversas modalidades deportivas, aunque se trate de casos con el inconveniente, todo hay que decirlo, de que ninguno de ellos se refiere a la práctica profesional del deporte (cfr. Apéndice A del libro, pgs. 261 a 274)—, y aparte el incentivo representado por la presencia de la Juez GINSBURG —que ya tiene sus setenta y nueve años de edad, en la fecha en que esto escribo— en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en mi opinión, el indicio más fiable y

más potente de que las autoras aciertan al defender la provocativa —para muchos, pero no para mí— tesis que sostienen, siempre en mi opinión, repito, radica en un caso que las autoras de esta importante monografía han elegido no tratar. Es el caso *Martin v. PGA Tour Inc.*, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos —en la que, por cierto, formó parte de la mayoría decisoria la citada Juez GINSBURG— en 2001, que se negó a perpetuar en la práctica del golf profesional, a propósito de un golfista discapacitado (en consecuencia, varón y, además, de raza blanca), la regla odiosa en los Estados Unidos de «separados pero iguales». Acerca de la trascendencia de este último caso yanqui —de cuya doctrina podrían aprovecharse perfectamente las deportistas profesionales obligadas, hasta el momento presente, a practicar sus respectivos deportes segregadas de los varones—, sólo me limitaré a indicar que el Convenio de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidades y su Protocolo facultativo, que entró en vigor el día 8 mayo 2008, afirma rotundamente —haciendo también suyo el carácter odioso de la doctrina «separados pero iguales», y todo ello, por impacto directo del recién citado caso *Martin*— que las Altas Partes Contratantes se obligan a «alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad *en las actividades deportivas generales a todos los niveles*», manteniendo como subsidiaria la regla tradicional segregacionista de «asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar y desarrollar *actividades deportivas y recreativas específicas* para dichas personas y de participar en dichas actividades».

Alberto Arufe Varela

E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Tecnos (Madrid, 2011), 428 pgs.

La *Introducción al Derecho del Trabajo* del Profesor Don Efrén BORRAJO DACRUZ, decano de los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo y director y *factotum* de la revista *Actualidad Laboral*, es un clásico de nuestra manualística y de nuestra literatura jurídico-laboral, dando al adjetivo «clásico» el sentido más noble que esta palabra, asociada a un libro, pueda llegar a merecer (esto es, modelo digno de ser leído y releído, y aprovechado siempre, sobre el que el tiempo no pasa). Su patente éxito editorial —certificado por el hecho de haber alcanzado este año 2011 su vigésima edición (para mí, un logro rigurosamente envidiable)— se explica desde luego por ajustarse a los cánones de la mejor manualística universitaria de toda la vida (concisión expositiva, lenguaje claro, dosificación de lo erudito, miramientos pedagógicos formales), pero también por poseer una personalidad y un perfil muy acusados, determinantes de que cubra su propio espacio —que sin este manual quedaría sin cubrir— dentro de todo lo mucho y lo bueno que publica la doctrina científica laboralista en España. Esta singularidad suya —presente a todo lo largo y ancho de la obra, y que la convierte en un verdadero escrito «de autor»— está construida sobre tres ideas-fuerza (a caracterizar, también, como verdaderas convicciones personales del Profesor BORRAJO sobre lo que sea el Derecho español del Trabajo), las cuales cristalizan y brillan en el «Prólogo» que viene precediendo a cada una de las sucesivas ediciones de la obra (y que, como verdadera *cour d'honneur* de la misma, siempre me ha parecido una obertura de lectura obligada).

La primera de esas ideas-fuerza se refiere a que el presente jurídico está condicionado siempre por el pasado, pues —según ha escrito Don Efrén— «el Derecho Social del Trabajo no nació ayer; ni, menos, tuvo un nacimiento y un desarrollo espontáneos: tiene Historia», resultando preciso insistir sobre ella, «máxime en unos ambientes universitarios en los que hay, en cierto modo, una creciente falta de percepción del pasado». La segunda, relativa a que el Derecho objetivo lo crean siempre hombres concretos, lo que también le lleva a afirmar que el Derecho del Trabajo tiene «autores individuales y colectivos, personalidades con nombres y apellidos», por lo que «recordar esos nombres es rendir homenaje, no sólo a políticos, sino a jueces y magistrados de riguroso pero creativo hacer técnico» [en este sentido, recordando a los estudiantes cuáles son nuestras humanidades, afirma Don Efrén en esta *Introducción* suya, por ejemplo, que la fundamental Ley de accidentes de trabajo de 1900 es «la Ley DATO»; y también, que «el pensamiento y la acción sociales tienen una deuda histórica con Galicia: germinan en la obra escrita, de gran calado reformista, de CONCEPCIÓN ARENAL (nacida en El Ferrol); fructifican en JOSÉ CANALEJAS (nacido en El Ferrol) y en EDUARDO DATO (nacido en La Coruña); y se integran en los

programas del Partido Socialista Obrero de España (PSOE) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), fundados, uno y otro, por PABLO IGLESIAS (nacido en El Ferrol)»]. Y luego y por supuesto, como tercera idea-fuerza, su espíritu crítico (sazonado siempre con fina ironía), que proyecta especialmente sobre las fuentes normativas del Derecho del Trabajo [así, según afirma, «parece que una disposición legal (desde la Ley formal a la adjetiva Circular), si no aparece repetida en el *BOE* con una (mejor dos) fe de erratas, no gana carta de naturaleza»; o en la línea crítica francesa del *bavardage* jurídico, equipara muchas de nuestras Leyes actuales a «simples cuadros de objetivos, de marcado carácter programático»; o denuncia el hecho, tan frecuente hoy en día, de que haya «un período de tiempo cubierto por el RD-Ley; y otro, el de la Ley formal que le suceda; con un intervalo de semanas entre uno y otra», con la consecuencia perversa para la creación de puestos de trabajo de que «cualquier empleador que actúe conforme a los principios de racionalidad y economía, pospondrá la dación de empleo hasta que haya una norma legal cierta y fiable, con garantías de continuidad para el futuro»].

A pesar de su título modesto y de su tamaño contenido, de poco más de cuatrocientas páginas, la *Introducción* de Don Efrén es grande (como también lo es la «pequeña» *Introducción al Derecho* de Don Álvaro d'ORS, su maestro, un libro asimismo de extraordinario y explicable éxito editorial, en España y fuera de ella). Lo prueba su delicada y eficaz atención al Derecho comparado del Trabajo, respecto de la que otra vez se hace bueno en nuestro autor el dicho de que «de raza le viene» (aquí la «raza» representada, en mi opinión, por el libro *Sindicalismo obrero en Francia*, otra obra científicamente grande de Don Efrén, publicada doce años antes que la primera edición, de 1968, de esta *Introducción* suya). Por poner sólo un par de ejemplos, respecto de cuestiones que aquí nos tocan en el alma, indicaré que la *Introducción* del Profesor BORRAJO está a la última en lo que se refiere al seguimiento y utilización de la mejor y más reciente doctrina científica italiana, sobre el contrato de trabajo y el despido (como en el caso del libro importante del Profesor NOGLER, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, recientemente traducido por Alberto ARUFE VARELA al castellano), que repetidamente cita; o en el otro extremo del arco cubierto por nuestra disciplina, a propósito ahora del Derecho colectivo del Trabajo, recuerda —lo que a su vez, a mí, me hace recordar muchas cosas— que la eficacia normativa «general» es lo que caracteriza los convenios colectivos norteamericanos, y canadienses, de empresa (todo ello, al hilo del tratamiento que realiza sobre «el sindicato elegido como representante exclusivo», en cuanto que contrapunto de la institución europea, mucho más conocida entre nosotros, del sindicato «más representativo»). Siempre en relación con el Derecho comparado, las humanidades de nuestra disciplina afloran una y otra vez en esta *Introducción al Derecho del Trabajo*, incluso desde el punto de vista diacrónico o histórico (una de las tres ideas-fuerza, recuérdese, trazadoras de su perfil singular). Lo prueba contundentemente, apoyándose de nuevo en esas humanidades nuestras —que tanto le gusta traer a colación a Don Efrén—, el hecho de que en la obra haya

quedado anotado que CANALEJAS fue grande en su época por muchas y muy diversas razones; y entre ellas, la de que «demostró un conocimiento enciclopédico en materia de legislación social comparada».

Jesús Martínez Girón

J. CABEZA PEREIRO y M^a.A. BALLESTER PASTOR, *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2010), 201 pgs.

Como es lógico, la crisis de empleo en que actualmente vivimos inmersos —que se hizo evidente sobre todo en el otoño del pasado 2008, tras la quiebra del banco norteamericano de inversión Lehman Brothers— ha obligado a la Unión Europea a tener que reescribir sus planteamientos de política de empleo, anteriores a la crisis. A este efecto, cerrando una etapa que cubre toda una década (y que es la que puede denominarse etapa de la Estrategia de Lisboa 2000-2010), el día 3 marzo 2010 se formuló por la Comisión Europea la Estrategia Europea 2020, en un documento llamado «Europa 2020. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador». Pues bien, de este importante documento, orientado al desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación, en la promoción de una economía que haga un uso eficaz (y más «verde») de los recursos, y en el fomento de una economía con alto nivel de empleo (y cohesionado, además, social y territorialmente), dan cumplida y brillantísima cuenta el Catedrático Jaime CABEZA PEREIRO, de la Universidad de Vigo, y la Catedrática María Amparo BALLESTER PASTOR, de la Universidad de Valencia, haciendo fácil su lectura y proyectando su contenido sobre el ordenamiento jurídico español. En consecuencia, no se trata sólo de un estudio puramente teórico. En vez de ello, se trata de un trabajo con importantes implicaciones prácticas y jurídico-positivas, puesto que lo que pretende es —en última instancia— detectar disfunciones en nuestra legislación laboral y de seguridad social vigente, corrigiéndolas en la línea apuntada por la Estrategia 2020, a que acabo de aludir hace un momento.

A este efecto, los dos autores han dividido su trabajo, que publica la serie Informes y Estudios, de la Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, del entonces Ministerio español de Trabajo e Inmigración, en cinco porciones perfectamente diferenciadas. La primera lleva el rótulo genérico «Preámbulo», y la firman conjuntamente los dos Catedráticos autores del trabajo, para poner de relieve en ella cuáles son los presupuestos generales sobre los que se asienta el citado documento «Europa 2020». Las otras cuatro porciones se corresponden con los cuatro Capítulos en que aparece dividido el grueso del contenido del libro, correspondiendo la autoría de dos de ellos al Profesor CABEZA PEREIRO, y la de los dos Capítulos restantes, a la Profesora BALLESTER PASTOR. Esta última firma el Capítulo 1, relativo a la «Formación global efectiva (formación en ciclo vital): instrumentos jurídico-laborales», en el que se realizan unas muy interesantes propuestas para la regeneración formativa de las políticas activas de empleo españolas; y también, el Capítulo 2, sobre «Mantenimiento y regeneración del empleo mediante instrumentos clásicos

(defectos de la flexibilidad tradicional)», básicamente centrado en una crítica del régimen de suspensión del contrato de trabajo, del de movilidad geográfica y sobre la falta de contención de la contratación temporal. Por su parte, el Profesor CABEZA PEREIRO firma el Capítulo 3 de la obra, sobre «La protección por desempleo en el ámbito de las crisis económicas», en el que dedica unas muy interesantes páginas a la problemática, entre otras varias, de la renta activa de inserción, y sobre la prestación de cese de actividad de los trabajadores autónomos; y también, el Capítulo 4, sobre «Intermediación y otros actores de las políticas de empleo», relativo a la problemática del prestamismo laboral, de la cesión de trabajadores y empresas auxiliares, así como del papel que juegan o podrían jugar a estos efectos las Administraciones públicas y las partes sociales.

En mi opinión, aparte su posibilismo crítico, esta monografía resulta muy valiosa y de lectura totalmente aconsejable, sobre todo por causa de que constituye —aunque no haya sido propósito explícito de sus autores— un comentario espléndido y sistemático a las muy diversas medidas de política de empleo contenidas en la Ley 35/2010, de 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Evidentemente, desde la promulgación de esta Ley, han ocurrido muchas cosas en Europa y en España. Sin ir más lejos, por ejemplo, pienso en los «rescates» de Grecia, Irlanda y Portugal, que de seguro han tocado y hecho incluso que se tambalee la citada Estrategia de Empleo 2020. Por eso mismo, siempre me pareció un poco etéreo el contenido del Real Decreto 1542/2011, de 31 octubre, aprobando la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, precisamente por aparecer su contenido totalmente pegado a la citada Estrategia Europea 2020. Por eso, no puede extrañar que el contenido de este último Real Decreto haya tenido, a su vez, que ser recientemente modificado, habiéndose operado esta última modificación por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que ha convertido en una norma casi jurásica la recién citada Ley 35/2010.

Rosa María Rodríguez Martín-Retortillo

C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Editora), *Migrants and Social Security. The (EC) Regulations 883/2004&987/2009*, Ed. Laborum (Murcia, 2010), 201 pgs.

La Profesora Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Catedrática acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, es una publicista infatigable, una gran organizadora y gestora de eventos científicos colectivos de mucho renombre y éxito, y sobre todo, una gran editora de obras científicas colectivas, una de cuyas últimas muestras es precisamente ésta, que procedo brevemente a presentar. Se trata de una obra colectiva, en la que han colaborado hasta once autores distintos, profesores universitarios y especialistas prácticos, que muestran su saber hacer teórico y práctico sobre una de las parcelas más complejas del Derecho de la Seguridad Social, que es justamente la del Derecho Internacional de la Seguridad Social, en su vertiente comunitaria europea. La ocasión para que se aunase la contribución de todos esos autores, entre los que también aparece incluida la propia Profesora SÁNCHEZ-RODAS, ha sido la entrada en vigor del Reglamento (CE) 883/2004, coetánea a la entrada en vigor de su reglamento de aplicación complementaria [que es el reglamento (CE) 987/2009], lo que supuso la derogación de los tradicionales reglamentos europeos sobre la materia de los migrantes comunitarios, que se remontan a los años 1971-1972. Aparte el interés teórico-práctico de cuanto en ella aparece tratado, el impacto de esta monografía queda asegurado y multiplicado por el hecho de que todas las contribuciones científicas que la integran aparecen redactadas en inglés. Aunque animo al potencial lector de esta monografía a que repase todas y cada una de tales aportaciones, a mí me han parecido especialmente entrañables las que podría denominar contribuciones académicas, más una de un práctico, pues todas ellas han sido escritas por personas a las que por unas u otras razones conozco, y a las que admiro y aprecio.

En cuanto a la Profesora SÁNCHEZ-RODAS, firma la «Introducción» y cuatro capítulos más del libro (de un total de catorce capítulos de que se compone), relativos a los aspectos estructurales de los dos reglamentos comunitarios que constituyen el eje vertebrador del propio libro (más en concreto, el Capítulo I, titulado «Una visión general de las reformas en los ámbitos personal y material de los Reglamentos comunitarios sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social»; y el Capítulo III sobre «Los Reglamentos comunitarios y los Convenios internacionales de Seguridad Social») y a dos concretos tipos de prestaciones de Seguridad Social reguladas por los citados Reglamentos comunitarios (ubicados en el Capítulo XI, sobre «El Reglamento 883/2004 y la coordinación de prestaciones familiares»; y en el Capítulo XII, sobre «Libre circulación de ciudadanos y prestaciones en metálico no contributivas»). Las otras contribuciones académicas son cuatro, y corren a cargo de otros tantos queridos y admirados colegas españoles de nuestra disciplina. Se trata de los siguientes: el Profesor Jordi GARCÍA VIÑA,

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, que firma en el Capítulo IX una contribución sobre «La coordinación de la prestación por desempleo según el Reglamento 883/2004»; el Profesor Iván A. RODRÍGUEZ CARDÓ, autor de una contribución sobre «Derecho aplicable en el Reglamento 883/2004», en el Capítulo II, que acredita toda la categoría y el saber hacer en Derecho Comunitario que tienen los profesores, como él, de la Universidad de Oviedo; el Profesor José María MIRANDA BOTO, asimismo gran conocedor del Derecho Social de la Unión Europea (no en vano procede de la Universidad de Oviedo, aunque actualmente profesa en la Universidad de Santiago de Compostela), autor del Capítulo XIII, relativo a «Trabajadores transfronterizos en el Reglamento 883/2004»; y por último, la querida colega cordobesa, Profesora Teresa VELASCO PORTERO, gran especialista en asuntos de género, a quien debemos una contribución en esta obra, sobre «La coordinación de prestaciones de maternidad y de paternidad equivalente en el Reglamento 883/2004», que aparece recogida en el Capítulo V.

El práctico muy querido, a que me refería hace sólo un momento, es Don Jesús MARRUECOS HUETE, Jefe de la Unidad Recaudatoria 33/05 de la Tesorería General de la Seguridad Social, radicada en el Principado de Asturias. Además de gran práctico, es también un gran teórico; y lo sé de primera mano, puesto que el Profesor Alberto ARUFE VARELA, mi maestro, es también maestro suyo, al haberle dirigido aquí, en nuestra Universidad de A Coruña, su tesis doctoral (en codirección con otro Catedrático coruñés, pero de Economía Aplicada, dada la interdisciplinariedad del asunto que trataba), sobre «Un análisis de la cooperación institucional internacional en materia de recaudación ejecutiva social en el actual contexto de globalización: examen mediante opciones de asistencia mutua», a la que se asignó la máxima calificación académica el pasado año 2011. Su contribución, que constituye el XIV y último Capítulo del libro, redactada en inglés como todas las demás contribuciones que conforman el mismo, trata de «La acción administrativa para la recaudación de cotizaciones o prestaciones indebidas por el sistema de Seguridad Social en Europa: la asistencia ejecutiva en relación con el Reglamento 987/2009».

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 2 (2011)

A. ARUFE VARELA y J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La gestión de la huelga de controladores aéreos norteamericanos, de 3 de agosto de 1981, por la Administración Reagan. Un estudio de la casuística-tipo penal, civil, mercantil y laboral a que dio lugar», págs. 140-154.

Resumen: «La gestión de una huelga de controladores aéreos es un tema de máxima actualidad en España. Este trabajo analiza la casuística judicial interdisciplinar a que dio lugar la huelga de controladores aéreos norteamericanos de 1981, cuya gestión se basó en dos pilares: no se declaró la “ley marcial” y todos los controladores huelguistas, más de once mil, resultaron despedidos».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 10 (2011)

A. ARUFE VARELA, J. MARTÍNEZ GIRÓN, R. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO e I. VIZCAÍNO RAMOS, «El impacto de la primera Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el derecho norteamericano: la regulación de las crisis empresariales modificativas o extintivas del contrato de trabajo por la llamada Ley WARN», págs. 1203-1210.

Resumen: «Este trabajo analiza el impacto de la primera Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, de 1975, en el Derecho Norteamericano relativo a las crisis empresariales. Se trata de un impacto profundo. Y ello, porque condicionó no sólo el contenido del Derecho federal (formalizado en la Ley WARN de 1988), sin también el de las Leyes de casi dos decenas de Estados federados».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 11 (2011)

E. LÓPEZ y L.E. NORES, «La configuración de las causas “reorganizativas” en el derecho comparado: los casos alemán, francés e italiano», págs. 1290-1309.

Resumen: «La configuración legal de las causas reorganizativas de la Empresa en Alemania, Francia e Italia, ofrece un ilustrativo modelo para la valoración del régimen jurídico español en dicha materia. Así fue expuesto y defendido por la profesora López Terrada en la XXX Jornada de Derecho Vivo del Trabajo (Actualidad Laboral-La Ley, el 25 de marzo de 2011)».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 13 (2011)

M. FRÖHLICH y T. VELASCO PORTERO, «El régimen jurídico de la contratación temporal en Alemania: más es menos», págs. 1534-1549.

Resumen: «Alemania, en 2001, optó por aumentar las modalidades de contratación temporal. El resultado son dos grandes tipos de contratos temporales: por razones objetivas (con una gran variedad de ellas, sin parangón en Derecho español), y a plazo cierto sin existencia de razón objetiva. De entre éstos, el más llamativo es el contrato hasta dos años, con el único requisito de que el trabajador no haya estado vinculado anteriormente con la empresa».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 17 (2011)

M. FRÖHLICH y T. VELASCO PORTERO, «La compatibilidad entre las medidas de fomento del empleo y la protección del trabajador en el Derecho laboral alemán», págs. 1993-2005.

Resumen: «Cuando las tasas de desempleo se disparan en un país, el legislador busca un medidas que faciliten la contratación de trabajadores, pero al concretarlas los empresarios piden más flexibilidad y menos costes laborales, y los sindicatos se resisten a que esas demandas conduzcan a una disminución de los derechos laborales. Este debate se produjo en Alemania hace unos años con medidas flexibilizadoras de la contratación que, ahora, se analizan».

- *ACTUALIDAD LABORAL*, NÚM. 19 (2011)

M. FRÖHLICH y T. VELASCO PORTERO, «Glosa judicial. Contratos temporales sin causa y relación laboral anterior. Comentario a la Sentencia del Bundesarbeitsgericht del 6 de abril de 2011 – 7 AZR 716/09», págs. 2238-2241.

Resumen: «La legislación alemana sobre contratos temporales de trabajo es muy flexible; y esa condición se refleja en la regulación de la sucesión de tales relaciones laborales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo ha introducido un nuevo criterio que posibilita una reelaboración a fondo de tal régimen legal».

- *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO*, NÚM. 150 (2011)

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de derecho comparado», págs. 333-348.

Resumen: «En el ordenamiento español no existe prohibición de cita de autores por parte de la jurisprudencia, a pesar de lo cual —en lo laboral— sólo las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se atreven, en

ocasiones, a mencionar nominalmente dichas fuentes de autoridad en la fundamentación jurídica de sus fallos. Este estudio encaja esta situación española en el marco conformado por el tratamiento de la cita nominal de autores en la jurisprudencia laboral de las Cortes y Tribunales Supremos de los países iuscomparativamente más significativos. Y concluye con el tratamiento dado al propio tema en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, al hilo del polémico caso Laval».

**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 «V CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO
COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS TRABAJADORES
AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES, EN EUROPA Y
EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA”»**

*[CHRONICLE OF THE «VTH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE
LABOR LAW, ABOUT “ECONOMICALLY DEPENDENT SELF-EMPLOYED, IN
EUROPE AND IN THE UNITED STATES OF AMERICA”»]*

Un año más se celebró en la Universidad de A Coruña la quinta edición del Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, que tuvo lugar los días 28 y 29 de abril de 2011 bajo el título «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes, en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica». Por primera vez, el desarrollo del Congreso se dividió en dos sedes, una por sesión. La primera jornada transcurrió en la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, cuyo Decano, el Prof. Jesús Vázquez Forno, impartió la conferencia inaugural, en la que destacó, en una maravillosa exposición, la realización de eventos académicos de tanta calidad y animó al público (integrado en su mayoría por estudiantes) a aprovechar los conocimientos de los grandes Maestros que iban a intervenir a lo largo de esos dos días. En cuanto a la segunda sesión, se celebró, como viene siendo tradición, en nuestra Facultad de Derecho. Por su parte, la organización del Congreso fue posible gracias al esfuerzo y esmero de la Universidad de A Coruña y del Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que facilitaron la conformación de este foro jurídico de debate dedicado a los popularmente denominados «TRADEs» o trabajadores autónomos económicamente dependientes, colectivo que representa un porcentaje muy importante entre nuestros trabajadores y cuyo régimen jurídico precisa de un profundo análisis —introspectivo y también comparado, como es objeto de este Congreso— que permita clarificar hasta dónde llega nuestro ordenamiento jurídico en la regulación y protección de esta figura que está en la frontera entre el trabajador autónomo y el dependiente.

Como antes apuntamos, el Congreso se desarrolló las tardes del 28 y 29 de abril, en las que contamos con cinco ponencias plenarias más las comunicaciones académicas y las comunicaciones de los estudiantes. En lo que respecta a la primera de las sesiones —celebrada en la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, recuérdese—, tras la conferencia inaugural anteriormente aludida, disfrutamos de tres intervenciones magistrales. En primer lugar, la del Prof. Dr. António Monteiro Fernandes (Catedrático de Derecho del

Trabajo del ISCTE de Lisboa), sobre «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho portugués del Trabajo». La segunda ponencia plenaria correspondió al Prof. Dr. Luca Nogler (Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento), relativa a «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho italiano del Trabajo». La tercera y última ponencia plenaria de ese día fue impartida por los Profs. Drs. Teresa Velasco Portero (Profesora de la Facultad de Ciencias Empresariales, centro adscrito, Universidad de Córdoba), y Martin Fröhlich (Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich), que hablaron sobre «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho alemán del Trabajo».

La segunda sesión —con sede en la Facultad de Derecho— comenzó con la cuarta ponencia plenaria, a cargo de la Profa. Dra. Consuelo Ferreiro Regueiro (Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela), sobre «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho francés del Trabajo», tras cuya intervención, la investigadora compostelana Alicia Villalba Sánchez presentó su comunicación, titulada «Estatuto de autoempleado y su compatibilidad con el trabajo asalariado en derecho francés». La quinta y última ponencia plenaria del Congreso correspondió a la Profa. Dra. Nora Melzer (Investigadora ayudante de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz), que habló sobre «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho austríaco del Trabajo». Concluidas las intervenciones magistrales de tan brillantes ponentes, tomó el relevo el apartado relativo a las comunicaciones académicas, este año en manos del Prof. Dr. Iván Vizcaíno Ramos y la que suscribe esta Crónica, que conjuntamente expusimos el tema de «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho norteamericano del Trabajo».

El broche de oro del Congreso fue protagonizado por dos grupos de siete alumnos de Derecho Sindical de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, así como por diez grupos de siete alumnos de Derecho del Trabajo de la Licenciatura en Derecho, quines de forma amena y a la vez exhaustiva, analizaron el tema de «Los trabajadores autónomos económicamente dependientes y el Derecho español del Trabajo», acompañando sus comunicaciones con una presentación power point. Pues bien, los dos grupos de alumnos de Relaciones Laborales y Recursos Humanos trataron, respectivamente, sobre «¿Cuáles son las diferencias entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los trabajadores por cuenta ajena?» y «Las fundamentales diferencias relativas al Derecho colectivo del Trabajo entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los trabajadores asalariados». Por su parte, la intervención de los setenta alumnos de la Facultad de Derecho, distribuidos en diez grupos, se refirió a las siguientes cuestiones: «¿Dónde están regulados, en España, los trabajadores autónomos económicamente dependientes?»; «¿Qué son los trabajadores

autónomos económicamente dependientes?»; «¿En qué se diferencian los trabajadores autónomos económicamente dependientes de los trabajadores autónomos puros?»; «¿Qué diferencias formales hay entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los trabajadores asalariados?»; «¿Cuáles son las diferencias de fondo entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los trabajadores asalariados?»; «¿Cuáles son las diferencias de fondo, relativas al Derecho colectivo del Trabajo, entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los trabajadores asalariados?»; «¿Qué pasa con la jurisprudencia anterior a la Ley 20/2007?»; «¿Qué pasa con la jurisprudencia posterior a la Ley 20/2007?»; «¿Algún acuerdo de interés profesional de ámbito empresarial?»; «¿Algún acuerdo de interés profesional de ámbito supraempresarial?».

Finalmente, la Vicedecana de la Facultad, la Profa. Dra. Luz M^a Puente Aba, clausuró el Congreso poniendo de relieve el importante papel que juega la Universidad a la hora de potenciar actividades como la que allí había tenido lugar, de tanta calidad tanto por sus ponentes como por la actualidad del tema elegido, y que contó con una gran acogida, dada la importante afluencia de público que acudió al mismo. También destacó los beneficios de utilizar un método dinámico en la realización de jornadas como ésta, donde el alumno no es un mero sujeto pasivo receptor de información, sino que interviene activamente en su desarrollo, aportando su grano de arena y su perspectiva en lo relativo a cuestiones que afectan al día a día de la realidad social y jurídica que nos rodea, muchas de ellas necesitadas de una mayor concreción y claridad. Concluida su intervención, y tras unas breves palabras de los Directores del Congreso, los Profs. Drs. Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, se dio por concluido el acto, quedando todos los asistentes emplazados para el siguiente encuentro el próximo año 2012, en el que ya será nuestro VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo.

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

CRÓNICA DEL «VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA AUDITORÍA LABORAL EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”»

[CHRONICLE OF THE «VITH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “LABOR AUDIT IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»]

Con un cierto adelanto respecto de sus fechas más habituales, pero con cumplimiento estricto de su periodicidad anual, se celebró el 26 y 27 de enero de este corriente año 2012 el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, organizado por el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, esta vez con la ayuda total, eficaz y desinteresada del Decanato de la Facultad coruñesa de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. El tema a tratar fue «La auditoría laboral en Europa y en los Estados Unidos», un tema sorprendente, pero de mucho interés para los profesionales españoles de las relaciones laborales, y especialmente, para la Asociación Española de Auditores Socio-Laborales, muy vinculada al Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España. Como es tradicional en el Congreso, sus sesiones tuvieron lugar en dos jornadas vespertinas, la primera de las cuales se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, mientras que la segunda tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad coruñesa de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, patrocinadora eficaz del evento.

El Congreso fue inaugurado el día 26 de enero por el Profesor Doctor Don Jesús Vázquez Forno, Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. El acto inaugural contó con la presencia, entre otras varias autoridades, de Don Germán Prieto-Puga Somoza, Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense. Las ponencias académicas que se defendieron en esta primera sesión vespertina del evento fueron tres: la del Profesor Maximilian FUCHS, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica de Eichstätt-Ingolstadt, titulada «La auditoría laboral en el Derecho alemán»; la de la Profesora Orsola RAZZOLINI, docente de la Universidad de Verona, sobre el tema de «La auditoría laboral en el Derecho italiano»; y la del Profesor António MONTEIRO FERNANDES, Catedrático de Derecho del Trabajo del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, relativa a «La auditoría laboral en el Derecho portugués». La sesión culminó con la defensa de la primera parte de la ponencia española sobre el tema del Congreso, a cargo de los estudiantes de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical de las Facultades de

Derecho y de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. De esta intervención suya, a calificar de rigurosamente sorprendente, trataré dentro de un momento con un poco más de detalle.

La jornada vespertina del día 27 contó con otras tres ponencias académicas. Estuvieron a cargo de la Profesora Isabelle DAUGAREILH, Directora del Instituto de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Montesquieu-Burdeos IV, sobre el tema «La auditoría laboral en el Derecho francés»; de los Profesores Günther LÖSCHNIGG y Nora MELZER, Catedrático y Adjunta de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz, relativa a «La auditoría laboral en el Derecho austríaco»; y de los Profesores coruñeses Iván VIZCAÍNO RAMOS y quien suscribe estas líneas, sobre «La auditoría laboral en el Derecho de los Estados Unidos». Hubo asimismo tres comunicaciones académicas, a cargo del Profesor y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Doctor Don Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO; de la Profesora Doctora Doña Lara MUNÍN SÁNCHEZ, y de dos representantes de la antes citada Asociación Española de Auditores Socio-Laborales, quienes disertaron sobre la conveniencia del establecimiento de estudios de posgrado en las Universidades españolas, que condujesen a la obtención de una formación especializada en materia de auditoría socio-laboral.

Al igual que la primera sesión del Congreso, esta segunda sesión del día 27 culminó con la defensa de la segunda parte de la ponencia española, también a cargo de los estudiantes. En ambas jornadas, intervino un total de noventa y ocho estudiantes, agrupados en catorce equipos de siete estudiantes cada uno. Desarrollaron catorce ejes temáticos, que constituían —según ellos— los puntos críticos y nucleares a abordar en el tratamiento del tema de «La auditoría laboral en el Derecho español». Al efecto, cada uno de los catorce grupos desarrolló su exposición con el apoyo de un powerpoint, redactado íntegramente en inglés. La exposición oral complementaria de este recurso docente fue realizada en castellano y en inglés. Como es lógico, el público que llenaba los espacios universitarios que acogían la celebración del Congreso, acogió con sorpresa la eficaz, y muy pedagógica, intervención de los estudiantes. No puede extrañar que el grueso de los aplausos que jalonaron la celebración de las dos jornadas se lo llevase precisamente ese casi centenar de muy jóvenes ponentes.

Constaba en el programa del Congreso que la clausura del mismo debería correr a cargo del Alcalde de la ciudad de A Coruña, Sr. Don Carlos NEGREIRA. Pero el día en que estaba prevista su intervención ocurrió una fatalidad en la playa de Riazor-Orzán, a resultas de la cual fallecieron ahogados el estudiante Erasmus de nacionalidad eslovaca Thomas VELICKY, y los policías nacionales Don Javier LÓPEZ, Don Rodrigo MASEDA y Don José Antonio VILLAMOR, que

sacrificaron heroicamente sus vidas en el intento infructuoso de salvarle. Lógicamente, el Sr. Alcalde excusó su asistencia al acto, al haber tenido que asumir la dirección y coordinación del operativo montado por el Ayuntamiento para encontrarlos. Por eso, la clausura la asumieron los co-directores del Congreso, los Profesores coruñeses Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, quienes agradecieron especialmente a los noventa y ocho ponentes-estudiantes españoles el esfuerzo que habían realizado, con sacrificio de muchas horas de su tiempo libre, para culminar con tanta brillantez el encargo que les había sido confiado; y también, del ya citado Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, que fue quien pronunció las palabras rituales de clausura.

Rosa María Rodríguez Martín-Retortillo

COEDICIÓN DE LIBROS

[*COEDITION OF BOOKS*]

— R.M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, *El accidente de trabajo in itinere en el Derecho francés. Un estudio contrastante con el Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2011). ISBN: 978-84-9745-897-9.

— I. VIZCAÍNO RAMOS, *Aspectos jurídicos preventivistas, laborales y de seguridad social del tiempo libre. Un estudio comparado de ordenamientos autonómicos*, Netbiblo (A Coruña, 2011). ISBN: 978-84-9745-932-7.

**PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE
MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN**

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

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, sobre «La comisión Europea como empleador: ¿Un modelo laboral exportable?», en el Congreso Internacional de Direito do Trabalho sobre O Direito do Trabalho na máquina do tempo; Universidad Católica de Oporto (Portugal), 26-28 mayo 2011.

