

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen VII
Año 2015



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

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen VII
Año 2015



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.

Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER 2012-38745, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal:

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

SAÚDA

A Deputación Provincial de A Coruña, institución secular creada en 1836 —que tanto me honra presidir—, ó abeiro das súas competencias recoñecidas pola Constitución española, polo Estatuto de Autonomía de Galicia e pola lexislación española e galega de réxime local, en materia de fomento dos intereses peculiares da provincia (e máis especialmente, sobre temas de educación e cultura), comprácese en publicar outra vez un novo volume do Anuario do Instituto de Investigación da Asociación Coruñesa de Dereito Comparado do Traballo e da Seguridade Social, coa esperanza de que todas as aportacións científicas contidas no mesmo, e relativas a España, Austria, Alemaña, Polonia e ós Estados Unidos, contribúan a botar luz sobre a solución dos graves problemas de emprego que padecemos actualmente en España.

Valentín González Formoso
Presidente da Deputación 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 again a new 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 relating to Spain, Austria, Germany, Poland, and the United States, make a contribution to shed light on the solution of the serious unemployment problems we are nowadays suffering in Spain.

Valentín González Formoso
President of the Provincial Council of 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

Catedrático acreditado 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.^a 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. Javier Gárate Castro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof.^a. Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

— 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.

— Internacional: *Prof. Dr. Luca Nogler*, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento.

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.- Como regla general, 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>]	13
---	----

I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

- LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAN, POLONIA [*LEGAL EDUCATION ON LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW AT THE ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY OF POZNAN, POLAND*] **Filip Balcerzak** 17
- LA INTRODUCCIÓN DE UN SALARIO MÍNIMO LEGAL INTERPROFESIONAL EN ALEMANIA [*THE INTRODUCTION OF A STATUTORY INTERPROFESSIONAL MINIMUM WAGE IN GERMANY*] **Holger Brecht-Heitzmann** 27
- LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE ERLANGEN-NÜRNBERG [*LEGAL EDUCATION ON LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW AT THE UNIVERSITY OF ERLANGEN-NÜRNBERG*] **Sonia Cloppenburg** 47
- EL DERECHO MERCANTIL COMO PREDECESOR HISTÓRICO DEL DERECHO LABORAL, Y SU RECÍPROCA INFLUENCIA [*COMMERCIAL LAW AS A HISTORIC PREDECESSOR OF LABOR LAW, AND THEIR RECIPROCAL INFLUENCE*] **José Luis García-Pita y Lastres** 61
- LA POSIBILIDAD DE EXIGIR DETERMINADAS CONDICIONES LABORALES, EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VASCA, A FIN DE GARANTIZAR EMPLEO DE CALIDAD [*THE POSSIBILITY OF REQUIRING A NUMBER OF LABOR CONDITIONS, IN THE FRAME OF BASQUE PUBLIC CONTRACTS, IN ORDER TO GUARANTEE QUALITY EMPLOYMENT*] **Eider Larrazábal Astigarraga** 121

- POBREZA A PESAR DEL TRABAJO EN AUSTRIA – MEDIDAS Y ESTRATEGIAS DEL LEGISLADOR, ASÍ COMO DE LOS/LAS INTERLOCUTORES/AS SOCIALES [*THE WORKING POOR IN AUSTRIA – MEASURES AND STRATEGIES OF THE LEGISLATOR, AS WELL AS OF THE SOCIAL PARTNERS*] **Günther Löschnigg** y **Nora Melzer-Azodanloo**..... 133
- LOS NUEVOS POBRES QUE TRABAJAN EN LOS ESTADOS UNIDOS [*THE NEW WORKING POOR IN THE UNITED STATES*] **Jesús Martínez Girón** y **Alberto Arufe Varela** 147
- O DEREITO CIVIL DE GALICIA COMO UN DOS ELEMENTOS DEFINIDORES DA SÚA PESONALIDADE. REFLEXO DA REALIDADE SOCIO-LABORAL [*THE CIVIL LAW OF GALICIA AS ONE OF THE DEIFINING ELEMENTS OF ITS PERSONALITY. A MIRROR OF THE SOCIAL AND LABOR REALITY*] **Xesús Palmou Lorenzo**..... 157

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

- V. KRÍŽAN, *Implementation and Enforcement of EU Labour Law in the Visegrad Countries*, Palacký University (Olomouc, 2014), 267 págs. **Alberto Arufe Varela** 167
- R. LÓPEZ MOSTEIRO, *La competencia territorial de los tribunales laborales*, Publicia (Berlín, 2014), 152 págs. **Jesús Martínez Girón** 169
- M^a.M. FERREIRO BROZ, *Estudio comparatista del contencioso laboral de primera instancia francés y español*, Dykinson (Madrid, 2015), 179 págs. **Iván Vizcaíno Ramos** 171

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

- *Actualidad Laboral*, núm. 1 (2014)..... 177
- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162 (2014), núm. 165 (2014) y núm. 167 (2014)..... 177

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

▪ <i>Relaciones Laborales</i> , núm. 4 (2014), núm. 6 (2014), núm. 7-8 (2014), núm. 9 (2014), núm. 10 (2014), núm. 11 (2014) y núm. 12 (2014)	179
▪ <i>Revista de Derecho de la Seguridad Social</i> , núm. 1 (2014).....	183
▪ <i>Revista de Derecho Social</i> , núm. 65 (2014), núm. 66 (2014) y núm. 68 (2014)	184
▪ <i>Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo</i> , núm. 108 (2014) y núm. 113 (2014).....	186
▪ <i>Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Economía y Sociología</i> , núm. 111 (2014)	187
▪ <i>Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Migraciones Internacionales</i> , núm. 110 (2014)	188
▪ <i>Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Seguridad Social</i> , núm. 109 (2014)	191
▪ <i>Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i> , núm. 36 (2014), núm. 37 (2014), núm. 38 (2014) y núm. 39 (2014)	192
▪ <i>Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale</i> , núm. 1 (2014)	197
▪ <i>Temas Laborales</i> , núm. 123 (2014).....	199

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 «VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS SINDICATOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”» [CHRONICLE OF THE «VIII TH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE LABOR UNIONS BEFORE THE ECONOMIC CRISIS IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»].....	205
▪ COEDICIÓN DE LIBROS [COEDITION OF BOOKS]	209

- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN [*PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION*].....211

ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Catedrático acreditado 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

Licenciado y Master Filip Balcerzak

Estudiante de Doctorado en la Universidad Adam Mickiewicz de Poznan (Polonia). Miembro del Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio de Abogados de Varsovia

Profesor Doctor Holger Brecht-Heizmann

Profesor de la Escuela Técnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

Profesora Sonia Cloppenburg

Graduada en Derecho y Ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg

Profesor Doctor José Luis García-Pita y Lastres

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Socio de DICTUM GALICIA

Profesora Eider Larrazabal Astigarraga

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del País Vasco (EHU-UPV)

Profesor Doctor Günther Löschnigg

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

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

Profesora Doctora Nora Melzer-Azodanloo

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Doctor Xesús Palmou Lorenzo

Antiguo Consejero del Gobierno de la Xunta de Galicia y antiguo Consejero del Consello de Contas de Galicia

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor de Derecho Sindical de la Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña, centro adscrito de la Universidad de A Coruña

ESTUDIOS

[*RESEARCHES*]

**LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAN,
POLONIA**

[*LEGAL EDUCATION ON LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW AT THE
ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY OF POZNAN, POLAND*]*

Filip Balcerzak

Fecha de recepción: 17 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: I. LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAN, POLONIA.- II. LOS ESTUDIOS EN LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAN, POLONIA.- 1. DERECHO.- 2. OTRAS CARRERAS EN LA FACULTAD DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN.- III. ESCUELA DE ABOGACÍA.

Contents: I. THE ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY OF POZNAN, POLAND.- II. THE STUDIES AT THE ADAM MICKIEWICZ UNIVERSITY OF POZNAN, POLAND.- 1. LAW.- 2. ANOTHER DEGREES AT THE SCHOOL OF LAW AND ADMINISTRATION.- III. SCHOOL OF LAWYERS.

Resumen: El artículo trata de la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Polonia. Se describe el tema con el ejemplo de la enseñanza en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Adam Mickiewicz de Poznan. El artículo también se refiere a los pasos que un Licenciado en Derecho debe dar para poder ejercer en Polonia como abogado.

***Abstract:** The article focuses on the legal education on Labour Law and Social Security Law in Poland. The issue is described at the example of the legal education at the Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan. The article refers also to the steps which are to be taken before a graduate in Law can practice as an attorney at law in Poland.*

Palabras clave: enseñanza del Derecho del Trabajo, enseñanza del Derecho de la Seguridad Social, Universidad Adam Mickiewicz, Poznan, Polonia, abogados, abogados asesores

Keywords: legal education on Labour Law, legal education on Social Security Law, Adam Mickiewicz University, Poznan, Poland, advocates, legal advisors, attorneys at Law

* * *

I. LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAN, POLONIA

La ciudad de Poznan se encuentra a medio camino entre Varsovia y Berlín. Es la capital de la provincia (*województwo*) de Gran Polonia (*Wielkopolska*). En esta región fue donde se crearon la nación polaca y los fundamentos del estado polaco en la Edad Media.

La Universidad Adam Mickiewicz de Poznan, Polonia (UAM) fue creada en 1919.¹ Se considera que la UAM continúa las tradiciones universitarias de la ciudad de Poznan presentes en la ciudad desde el siglo XVI, relativas a la creación de la Academia Lubrański. En el siglo XVII el Colegio de los Jesuitas obtuvo el estatus de la primera universidad de la ciudad de Poznan.

En conjunto en la UAM estudian aproximadamente 43.000 estudiantes.² La UAM tiene 15 facultades, entre ellas la Facultad de Derecho y Administración. Esta facultad, con aproximadamente 4.000 estudiantes matriculados, es una de las más grandes facultades de Derecho en Polonia.

En la Facultad de Derecho y Administración de la UAM se enseñan las siguientes carreras: Derecho, Administración, Gerencia, Estudios Económico-Legales, Derecho Europeo. Además, la UAM está involucrada en la carrera del Derecho Polaco y Alemán en la Facultad de Derecho en la Universidad Europea Viadrina (Fráncfort del Óder). Se distingue los estudios a tiempo completo (*studia dzienne*) y los estudios a tiempo parcial (*studia niestacjonarne*).³ Además se organiza un número de estudios de postgrado.

En la Facultad de Derecho y Administración de la UAM hay 19 Cátedras.⁴ Entre ellas se encuentra la Cátedra del Derecho de Trabajo y de la

¹ Se creó la UAM unos meses después del restablecimiento de estado polaco en 1918. Polonia apareció en la mapa del mundo después de 123 años de falta de independencia a consecuencia de las particiones de Polonia en el siglo XVIII.

² Según la información oficial, el día de 30 de noviembre de 2014 en la UAM estudiaban 42749 estudiantes. <http://bip.amu.edu.pl/bip/stan-zatrudnienia-i-liczba-studiujcych-w-uam/stan-zatrudnienia-i-liczba-studiujcych-w-universytecie-im2.-adama-mickiewicza-w-poznaniu> (02.06.2015).

³ Los estudiantes a jornada completa en principio no pagan por los estudios y tienen clases los días laborales. Los estudiantes a jornada parcial pagan por los estudios y en principio tienen las clases los fines de semana o por las tardes, aunque hay excepciones a este principio.

⁴ Técnicamente se distingue entre las cátedras (*katedry*) y otros tipos de unidades: «*zakłady*» y «*pracownie*». La división depende del número de profesores y/o empleados en la unidad.

Seguridad Social. En la actualidad esta cátedra se compone de cuatro profesores (prof. zw. dr hab. Zdzisław Niedbała, prof. UAM dr hab. Daniel Eryk Lach, LL.M., prof. UAM dr hab. Michał Skłópski y prof. UAM dr hab. Krzysztof Źebzak, LL.M.), tres doctores (dr hab. Anna Musiała, dr Sebastian Samol y dr Anna Szumińska) y 6 estudiantes de doctorado (mgr Karolina Baczyńska, mgr Aleksander Gadkowski, mgr Anna Kamińska (Czyżewska), mgr Dominik Matczak LL.B. LL.M, mgr Paulina Pawlak, mgr Maciej Zieliński).

II. LOS ESTUDIOS EN LA UNIVERSIDAD ADAM MICKIEWICZ DE POZNAŃ, POLONIA

1. DERECHO

La carrera de Derecho dura 5 años (10 semestres). El programa de estudios de Derecho en la UAM fue recientemente reformado.

En general las clases se dividen entre dos tipos: conferencias y seminarios. Por conferencia se entiende una clase dada por un profesor frente a un gran número de estudiantes. En principio el profesor expone y se presume que no hay lugar para la discusión o interacción entre el profesor y los estudiantes. Por seminario se entiende una clase que pueden dar incluso los estudiantes de doctorado. Los grupos son más pequeños que en el caso de una conferencia y por lo tanto hay más interacción.

En el programa actual de los estudios de Derecho en la UAM la asignatura «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» es obligatoria en el cuarto año de la carrera. Equivale a 8 créditos ECTS. De acuerdo con el programa, la enseñanza del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en los estudios a tiempo completo consiste en 60 horas lectivas en forma de conferencias y de 15 horas lectivas en forma de seminarios.⁵ Una hora lectiva equivale a 45 minutos.

Se estima que aparte de las 75 horas de enseñanza, comentadas arriba, para poder aprobar el examen de la asignatura «Derecho del Trabajo y de la

⁵ Plan studiów dla kierunku „Prawo” na Wydziale Prawa i Administracji UAM w Poznaniu dla studentów rozpoczynających naukę od roku akademickiego 2013/2014, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0011/251849/Plan-studiow-dla-I-i-II-roku-studiow-prawo-stacjonarne.pdf. (02.06.2015)

Seguridad Social» un estudiante debe dedicar aproximadamente 165 horas de su trabajo individual.⁶

En cambio en el programa de los estudios a tiempo parcial la enseñanza de la asignatura «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» consiste en 20 horas lectivas en forma de conferencia, de 20 horas lectivas en forma de seminarios y de 40 horas lectivas en «otras» formas – enseñanza a distancia con ayuda de nuevas tecnologías (e-learning).⁷

La enseñanza de la asignatura «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» incluye temas como:

- la evolución y las funciones del Derecho del Trabajo,
- las fuentes y los principios generales del Derecho del Trabajo,
- creación y extinción del contrato de trabajo,
- tiempo de trabajo y descanso,
- salario laboral,
- formas de la responsabilidad del empleado,
- formas de asociaciones de los trabajadores y de los empleadores,
- los conflictos colectivos,
- el concepto y secciones del Derecho de la Seguridad Social y el marco legal de la Seguridad Social.⁸

2. OTRAS CARRERAS EN LA FACULTAD DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

Cabe señalar que también se enseña el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las otras carreras en la Facultad de Derecho y Administración de la UAM.

⁶ Prof. UAM dr hab. Michał Skłopiński, Opis modułu kształcenia (sylabus) dla przedmiotu Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych kierunku Prawo, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0008/230885/Prawo-pracy-wyklad-i-konwersatoria-prawo,-IV-rok,-studia-stacjonarne,-semestr-zimowy-i-letni.pdf (02.06.2015)

⁷ Plan studiów dla kierunku „Prawo” na Wydziale Prawa i Administracji UAM w Poznaniu dla studentów rozpoczynających nauki od roku akademickiego 2013/2014, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0011/251849/Plan-studiow-dla-I-i-II-roku-studiow-prawo-stacjonarne.pdf (02.06.2015).

⁸ Prof. UAM dr hab. Michał Skłopiński, Opis modułu kształcenia (sylabus) dla przedmiotu Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych kierunku Prawo, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0008/230885/Prawo-pracy-wyklad-i-konwersatoria-prawo,-IV-rok,-studia-stacjonarne,-semestr-zimowy-i-letni.pdf (02.06.2015).

Por ejemplo en la carrera de Administración, estudios de 3 años del primer grado, se enseña la asignatura «Derecho del Trabajo y las relaciones laborales». Esto tiene lugar en el segundo año de la carrera. En los estudios a tiempo completo la enseñanza de la asignatura consiste en 30 horas lectivas en forma de conferencias y en 30 horas lectivas en forma de seminarios.⁹

También en la carrera de la Gerencia, estudios de 3 años del primer grado, se enseña la asignatura «Derecho del Trabajo y las relaciones laborales». Esto tiene lugar en el segundo año de la carrera. En los estudios a tiempo completo la enseñanza de la asignatura consiste en 40 horas lectivas en forma de conferencias y en 40 horas lectivas en forma de seminarios.¹⁰

En la carrera de los Estudios Económico-Legales, que actualmente se desarrollan solamente como estudios de primer grado de 3 años, se enseña la asignatura «Las Regulaciones legales de la relación laboral» en el tercer año de la carrera. La enseñanza de la asignatura consiste en 30 horas lectivas en forma de conferencias y en 15 horas lectivas en forma de seminarios.¹¹

III. ESCUELA DE ABOGACÍA

En Polonia existen dos tipos de grupos profesionales que ejercen abogacía en su amplio sentido: abogados (*adwokaci*) y abogados asesores (o asesores jurídicos [*radcowie prawni*]).

La división entre los dos grupos tiene sus orígenes en la historia. Sin embargo, el desarrollo de ambas profesiones provocó que actualmente en principio

⁹ Program studiów dla kierunku Administracja, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0007/246445/Plan-dla-I-i-II-roku-studiow-administracja-stacjonarna-I-stopnia.pdf (02.06.2015). En los estudios a tiempo parcial se regula una cantidad de horas lectivas diferente.

¹⁰ Program studiów I stopnia - ZARZĄDZANIE, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0005/246344/Plan-studiow-dla-Zarzadzania-I-stopnia-studia-stacjonarne-i-niestacjonarne.pdf (02.06.2015). En los estudios a tiempo parcial se regula una cantidad de horas lectivas diferente.

¹¹ Plan studiów na kierunku prawno-ekonomicznym - studia stacjonarne, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0004/246298/Plan-studiow-na-kierunku-prawno-ekonomicznym-studia-stacjonarne.pdf (02.06.2015). Esta carrera se desarrolla solamente como estudios a tiempo completo.

existan solamente menores diferencias en los poderes de ambos grupos.¹² A pesar de eso existen colegios de abogados y colegios de asesores, así como consejos generales de ambos grupos.

Tras haberse graduado en la carrera de Derecho, una persona tiene el título de Licenciado en Derecho. Obviamente, con este título uno puede buscar empleo relacionado con servicios jurídicos. Sin embargo, no puede colegiarse directamente como abogado o como un abogado asesor. Una vía tradicional para poder ejercer Derecho como abogado o como abogado asesor es matricularse en una de las escuelas organizadas por los colegios de abogados (los cursos llamados «*aplikacja*»).

Cada colegio de abogados y cada colegio de abogados asesores organiza la «*aplikacja*» en el ámbito territorial de su competencia. Los colegios tienen libertad significativa con referencia al programa y métodos de enseñanza en el momento de organizar las escuelas. Sin embargo, hay unos requisitos mínimos que cada colegio debe cumplir.

El Colegio Superior de Abogados (*Naczelna Rada Adwokacka*) adoptó un documento denominado «Los fundamentos del programa de las escuelas de abogacía [*Zalożenie programowe aplikacji adwokackiej*]». En este documento se expone expresamente que en cada año de la escuela de abogacía se obliga a los colegios de abogados a organizar el periodo mínimo de enseñanza de 140 horas lectivas por un año. Este documento contiene un programa marco, que regula lo mínimo que debe ser enseñado en las escuelas de abogacía. Además, los colegios

¹² Hasta los cambios recientes en la legislación solamente los abogados tenían el derecho de comparecer como defensores en los procedimientos penales. Sin embargo, a partir del 1 de julio de 2015 los abogados asesores tendrán las mismas facultades en este ámbito. Por otro lado, los abogados no pueden ser empleados como empleados en la base del contrato de trabajo. Se entiende que esto debería garantizar su independencia.

¹³ Existen otras posibilidades que pueden permitir la colegiación como un abogado o como un abogado asesor. Por ejemplo tras haber trabajado durante un periodo de 4 años (en los 6 años anteriores) una persona puede presentarse a un examen final para la colegiación. Una persona que tiene un título de Doctor en Derecho y trabajó durante un periodo de 3 años (en los 5 años anteriores) puede colegiarse sin pasar ningún examen. Véase: art. 66 de la Ley de 26 de mayo de 1982 de Abogacía (texto unificado: Boletín Oficial del Estado de 2015, posición 615, ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 615 ze zm.) y art. 25 de la Ley de 6 de julio de 1982 de Abogados Asesores (Boletín Oficial de Estado de 2015 posición 507 con cambios – “ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 507 ze zm.). Se prevén también las posibilidades alternativas para los que tiene un título de Doctor en Derecho y para abogados extranjeros.

tienen la libertad de elegir las formas de enseñanza y de modificar la cantidad de horas de materias dentro de los bloques temáticos.¹⁴

El programa de la escuela de abogacía está dividido en 3 años. En el segundo año se enseñan dos bloques: Derecho Civil¹⁵ y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El bloque del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incluye tres secciones. La primera sección incluye temas como:

- los principios generales del Derecho del Trabajo,
- comienzo del contrato de trabajo y los cambios en su ámbito personal,
- tipos de contratos de trabajo,
- contenido de los contratos de trabajo,
- los derechos y las obligaciones de las partes de la relación laboral,
- cláusula de no competencia y la responsabilidad material como cláusulas adicionales de los contratos de trabajo,
- el concepto del lugar de trabajo y de su transferencia a otro sujeto,
- las diferencias entre un contrato de trabajo y un contrato civil de prestación de servicios.¹⁶

La segunda sección del bloque del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se refiere principalmente a la extinción del contrato de trabajo y a las posibles demandas relacionadas con la extinción del contrato de trabajo. Esta sección incluye en particular cuestiones como extinción del contrato del trabajo por mutuo acuerdo de las partes, por despido del trabajador con el preaviso adecuado, despido del trabajador sin preaviso, despidos colectivos como una forma especial de la extinción del contrato de trabajo, así como la carga de la prueba en el procedimiento judicial.

La tercera sección se refiere al mobbing como un delito. La enseñanza incluye temas como las diferencias entre *mobbing* y la discriminación, el ámbito de la posible demanda así como las cuestiones de la prueba en el procedimiento judicial.

¹⁴ Załącznik do Uchwały Prezydium NRA nr 12/2014 – Założenia programowe aplikacji, p. 1.

¹⁵ En su amplio sentido, que incluye también por ejemplo derecho civil procesal.

¹⁶ Załącznik do Uchwały Prezydium NRA nr 12/2014 – Założenia programowe aplikacji.

Finalmente, la cuarta parte del bloque del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se refiere a la vía judicial para presentar las demandas relativas a la Seguridad Social. Los temas incluyen los principios generales de los procedimientos relativos a las prestaciones de la Seguridad Social y los pagos, las mociones en los asuntos relativos a la jubilación y/o a la pensión de invalidez, así como a los procedimientos de apelación en esos asuntos.¹⁷

El Colegio Nacional de Abogados Asesores (*Krajowa Izba Radców Prawnych*) adoptó el reglamento de la escuela de asesoría jurídica, que vincula a los colegios de abogados asesores en Polonia. El programa para el primer año de la escuela (*aplikacja*) incluye siete materias. Entre ellas hay Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, listados por separado.¹⁸

En la asignatura «Derecho del Trabajo» el énfasis se pone a la enseñanza de los métodos de escribir de los documentos relacionados con esta materia: de los contratos de trabajo, los documentos de extinción de los contratos de trabajo (con el preaviso y sin el preaviso), actos de las fuentes específicas del derecho de trabajo y los escritos judiciales en los procedimientos judiciales laborales.¹⁹

La materia del Derecho de la Seguridad Social está incluida por separado. De acuerdo con el programa, el énfasis debería ponerse en la enseñanza de los métodos de escribir de las mociones y de otros escritos que se presentan en los procedimientos judiciales relativos a esta materia.²⁰

Cabe señalar que una persona que quiere ser un juez o un fiscal, después de graduarse de Derecho en la Facultad de Derecho y Administración de la UAM debe seguir otros pasos distintos del de entrar en las escuelas de abogacía o de asesoría jurídica (*aplikacja*). Tales personas deben empezar la «*aplikacja*» organizada por la Escuela Nacional de la Judicatura y la Fiscalía. Los candidatos empiezan el curso general. Sobre la base de los resultados de los exámenes en el curso general, los candidatos entran las especialidades de juez o de fiscal. Los programas de ambas especialidades incluyen materias del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Załącznik do regulaminu odbywania aplikacji radcowskiej, Regulamin odbywania aplikacji radcowskiej (stan prawny na dzień 1 stycznia 2015 r.) – załącznik do uchwały Nr 91/IX/2014 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 24 września 2014 r.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

LA INTRODUCCIÓN DE UN SALARIO MÍNIMO LEGAL INTERPROFESIONAL EN ALEMANIA*

[*THE INTRODUCTION OF A STATUTORY INTERPROFESSIONAL MINIMUM
WAGE IN GERMANY*]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 28 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DESARROLLO JURÍDICO.- 1. Declaración de eficacia general al amparo del parágrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo (TVG).- 2. Establecimiento a través de los Comités del trabajo a domicilio a que se refiere el parágrafo 19 de la Ley del trabajo a domicilio (HAG).- 3. La Ley de condiciones de trabajo mínimas (MiArbG).- 4. Extensión de normas jurídicas a través de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG).- 5. Los límites salariales a que se refiere el parágrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG).- 6. Reglas legales adicionales.- III. LA LEY DE REFORZAMIENTO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA.- 1. Concepción de la Ley del salario mínimo (MiLoG).- 2. Modo de cálculo.- 3. Reglas excepcionales.- 4. Inderogabilidad.- 5. Relación con los demás límites salariales.- IV. LAS REGLAS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (ESC).- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. LEGAL DEVELOPMENT.- 1. Declaration of generally binding nature in accordance with section 5 of the Collective Agreements Act. 2. Regulation by home work committees in accordance with section 19 of the Home Work Act.- 3. Minimum Working Conditions Act.- 4. Legal norm extension by means of the Law on the posting of workers.- 5. Minimum wage level in accordance with section 3a of the Act on temporary employment businesses.- 6. Other legal regulations.- III. ACT REINFORCING COLLECTIVE BARGAINING AUTONOMY.- 1. Conception of the minimum wage Law.- 2. Mode of calculation.- 3. Exception regulations.- 4. Imperative nature.- 5. Relation to other minimum wage levels.- IV. PROVISIONS OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER.- V. CONCLUSION.

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Die Einführung eines branchenübergreifenden gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland“), de Jesús Martínez Girón.

Resumen: Desde 1 enero 2015, se aplica en Alemania un salario mínimo interprofesional de 8,50 euros por hora. El artículo describe el desarrollo jurídico, especialmente las posibilidades de declaración de eficacia general del parágrafo 5 de la Ley del convenio colectivo y la extensión de normas jurídicas por medio de la Ley de desplazamiento del trabajador. Además, explica la concepción del salario mínimo legal y cuestiones jurídicas abiertas. Finalmente, el autor establece que Alemania no cumple todavía su obligación de garantizar el derecho a una remuneración justa de conformidad con el art. 4, apartado 1, de la Carta Social Europea.

***Abstract:** Since 1 January 2015, a cross-sector minimum wage of € 8.50 gross per hour has been applicable in Germany. The article describes the legal development, especially the possibilities of a declaration of generally binding nature in section 5 of the Collective Agreements Act and a legal norm extension by means of the Law on the Posting of Workers. Furthermore, it explains the conception of the Minimum Wage Law and open legal questions. Finally, the author states that Germany still does not fulfil its obligation to guarantee the right to fair remuneration according to Art. 4 Para. 1 of the European Social Charter.*

Palabras clave: salario mínimo — declaración de eficacia general — derecho a una remuneración justa — Carta Social Europea — Alemania.

***Keywords:** minimum wage — declaration of generally binding nature — right to fair remuneration — European Social Charter — Germany.*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

El empleo con salarios bajos se ha incrementado fuertemente en Alemania desde mediados de los años 90, de manera que desde entonces Alemania ha ocupado una posición líder en comparación con Europa¹. Según un estudio, hasta 6,6 millones de trabajadores percibían en el año 2012 un salario por debajo de 8,50 euros y 1,7 millones ganaban incluso menos de 5,00 euros brutos por hora². Están afectados especialmente por esto, ante todo, los trabajadores con hijos, los trabajadores a tiempo parcial, las mujeres, personas con menos de 20 o con más de 65 años, así como trabajadores manuales y desempleados³.

Desde 1.1.2015, está vigente en Alemania por vez primera un salario mínimo legal interprofesional en cuantía de 8,50 euros. Según el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social, 3,7 millones de trabajadores se beneficiarán de la introducción del salario mínimo⁴. Hasta 2014 había sólo límites salariales vinculantes en sectores concretos. En lo que sigue, se describe en primer lugar el desarrollo jurídico. A ello se añade una descripción detallada de la nueva Ley del salario mínimo. Finalmente, debe analizarse en qué medida cumple Alemania con sus obligaciones internacionales, en especial las que derivan del artículo 4 de la Carta Social Europea.

II. DESARROLLO JURÍDICO

En primer lugar, debe exponerse qué posibilidades legales existían antes de la introducción del salario mínimo, para establecer en sectores concretos límites

¹ *Teitzer/Fritsch/Verwiebe*, WSI-Mitteilungen 2014, 257, 261; *Bosch/Weinkopf*, Zur Einführung des gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 € in Deutschland, HBS-Arbeitspapier 304, 2014, S. 11.

² *Kalina/Weinkopf*, Niedriglohnbeschäftigung 2012 und was ein gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 € verändern könnte, IAQ-Report 02/2012, p. 6. *Amlinger, Bispinck, Schulten*, Niedriglohnsektor: Jeder Dritte ohne Mindestlohn? WSI Report Nr. 12, 2014, p. 4, calcularon, frente a ello, que 5,25 millones de trabajadores ganaban menos de 8,50 € y 1,28 millones de trabajadores ganaban por debajo de 5,00 € brutos por hora. Cfr. también *Brenke*, Mindestlohn: Zahl der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer wird weit unter fünf Millionen liegen, DIW Wochenbericht Nr. 5, 2014, p. 71, por consiguientes 5,2 millones de trabajadores percibían menos de 8,50 €.

³ *Ehrentraut/Matuschke/Schmutz/Schüssler*, Fiskalische Effekte eines gesetzlichen Mindestlohns, WISO-Diskurs, 2011.

⁴ *Bundeministerium für Arbeit und Soziales*, Der Mindestlohn gilt! Stand: 1. Januar 2015, <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Meldungen/der-mindestlohn-gilt.html> (último acceso: 25.03.2015).

salariales vinculantes. La mayor parte de estas regulaciones seguirá también teniendo sentido, tras la introducción del salario mínimo de 8,50 euros.

1. Declaración de eficacia general al amparo del párrafo 5 de la Ley del Convenio Colectivo (TVG)

Según el Derecho convencional alemán, las normas jurídicas de un convenio colectivo se aplican directamente y obligatoriamente a los obligados por el convenio de ambas partes, que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo (párrafo 4, apartado 1, de la TVG). En virtud del párrafo 3, apartado 1, de la TVG, obligados por el convenio colectivo son los afiliados a las partes del convenio colectivo, así como el empresario que ha celebrado por sí mismo un convenio colectivo empresarial. Los empresarios obligados por el convenio colectivo asumen típicamente cláusulas de remisión en sus contratos de trabajo, a través de las cuales se aplica el convenio colectivo vigente en la empresa, sobre una base contractual individual, también a los no afiliados al sindicato⁵.

La declaración de eficacia general de las normas convencionales ofrece una posibilidad de ampliar el ámbito de los convenios colectivos, también a los externos. Estaba ya prevista en el párrafo 1, apartado 2, de la Ordenanza Convencional de 23 diciembre 1918⁶, y se acordaba y publicaba antes de la creación de la República Federal en el párrafo 5 de la TVG, por el Consejo Económico del Espacio Económico Unido⁷.

Según el párrafo 5, apartado 1, de la TVG⁸, el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social puede declarar la eficacia general de un convenio colectivo, de acuerdo con la Comisión convencional compuesta por tres representantes de las asociaciones centrales de empresarios y de trabajadores, a petición de las partes del convenio colectivo, si la declaración de eficacia general se presenta como necesaria para el interés público. En virtud del párrafo 5, apartado 4, de la TVG, esto tiene la consecuencia jurídica de que las normas jurídicas del convenio colectivo también comprenden en su ámbito de aplicación a los empresarios y trabajadores hasta entonces no vinculados por el convenio.

⁵ *Brecht-Heitzmann*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed., 2014, Marg. § 3, 159 ss.

⁶ *Wank*, en: *Wiedemann*, TVG, 7ª ed., 2007, Marg. § 5, 7.

⁷ Cfr. *BVerfG* 24.5.1977, 2 BvL 11/74, AP Nr. 15 en § 5 TVG; a la vez decisión fundamental sobre la admisibilidad constitucional de la declaración de eficacia general.

⁸ En la parte de la redacción vigente a 16.8.2014, véase Art. 5 núm. 1 y Art. 15 ap. 1 Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

Como regla, la declaración de eficacia general se presenta como necesaria para el interés público si el convenio colectivo ha alcanzado un significado importante para la organización de las condiciones de trabajo en su ámbito de aplicación o si la declaración de eficacia general exige asegurar la eficacia del establecimiento de normas convencionales frente a las consecuencias de una mala evolución económica. Con ello, el legislador se aparta del quorum requerido con anterioridad, en vista de la vinculación convencional descendente, según el cual los empresarios vinculados por el convenio colectivo debían emplear al menos el 50 por ciento de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo⁹.

Durante décadas, la declaración de eficacia general a que se refiere el parágrafo 5 de la TVG fue el principal instrumento sobre el salario mínimo practicado en Alemania¹⁰. Sin embargo, esto se ha desplazado claramente en los últimos años en los sectores que están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de desplazamiento del trabajador¹¹ (al respecto, abajo II.4). Así, en la fecha límite de 1.10.2014 había convenios colectivos declarados de eficacia general, al amparo del parágrafo 5 de la TVG, sólo para la manufactura eléctrica, el sector de deshollinadores, así como el sector de peluquería¹².

2. Establecimiento a través de los Comités del trabajo a domicilio a que se refiere el parágrafo 19 de la Ley del trabajo a domicilio (HAG)

Ya el 30.5.1929 ratificó Alemania el Convenio núm. 26 de la OIT, según cuyo artículo 1, apartado 1, está obligada «a introducir procedimientos ..., que permitan establecer salarios mínimos para los trabajadores en sectores determinados o partes de sectores (en especial, en el trabajo a domicilio), en los que no existan instituciones eficaces para la fijación de salarios, sea ello a través de un contrato de trabajo común o de otra vía, y en los que los salarios sean extraordinariamente bajos»¹³. Para cumplir esta obligación, prevé el parágrafo 19, apartado 1, de la HAG, en vigor desde 1951¹⁴, que el llamado Comité del trabajo a domicilio pueda establecer obligatoriamente los salarios¹⁵, de modo que estas

⁹ Sobre la fundamentación legal, véase BT-Drs. 18/1558, p. 48 s.

¹⁰ *Sittard*, RdA 2013, 301.

¹¹ *Lakies*, AiB 2012, 19, 21.

¹² *Bundeministerium für Arbeit und Soziales*, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Situación: 1. Oktober 2014, www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/arbeitsrecht-verzeichnis-allgemeinverbindlicher-tarifvertraege.pdf?__blob=publicationFile, p. 5, 10, 21 y 22 (última entrada: 18.12.2014).

¹³ Frente a ello, el Convenio núm. 131 no se firmó, de manera que sólo existe la obligación internacional de salarios mínimos sectoriales, pero no generales, cfr.. *Bieback*, RdA 2000, 207.

¹⁴ Ley de 14.3.1951, Boletín Oficial Federal I 191.

¹⁵ *Heenen*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 3ª ed. 2009, Marg. § 315, 27 ss.

condiciones contractuales mínimas adoptan la eficacia de convenios colectivos¹⁶. Este instrumento se utiliza desde hace mucho tiempo¹⁷.

3. La Ley de condiciones de trabajo mínimas (MiArbG)

La MiArbG¹⁸ entró en vigor ciertamente ya en enero de 1952, aunque nunca se establecieron condiciones de trabajo mínimas al amparo de esta Ley¹⁹. De acuerdo con una importante reforma del año 2009²⁰, podían establecerse salarios mínimos en un sector económico, en virtud del párrafo 1, apartado 2, de la MiArbG, si en el ámbito federal los empresarios del sector económico vinculados por convenios colectivos empleasen al menos el 50% de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de estos convenios colectivos. En relación con ello, se requería, según el párrafo 3, apartado 2, de la MiArbG, el acuerdo de un alto comité conjunto de carácter tripartito, así como la autorización posterior del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social²¹. La MiArbG fue derogada por la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva, con efectos de 16.8.2014²².

4. Extensión de normas jurídicas a través de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG)

La AEntG entró en vigor el 1.3.1996²³ y, según determinaba la redacción original de su párrafo 1, apartado 1, extendía las condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos de eficacia general del sector de la construcción a los empresarios extranjeros y a sus trabajadores empleados en el país²⁴. Progresivamente, sin embargo, la Ley fue perfeccionada para posibilitar el establecimiento de salarios mínimos en una serie de sectores²⁵. En correspondencia

¹⁶ La constitucionalidad fue confirmada por *BVerfG* 27.2.1973, 2 BvL 27/69, AP Nr. 7 en § 19 HAG.

¹⁷ *Waltermann*, NZA 2014, 874, 876; cfr. por ejemplo *BAG* 5.11.2002, 9 AZR 409/01, AP Nr. 2 en § 8 HAG; *BAG* 5.5.1992, 9 AZR 447/90, AP Nr. 14 en § 19 HAG; *BAG* 12.1.1966, 4 AZR 10/65, AP Nr. 2 en § 19 HAG.

¹⁸ Ley de 11.1.1952, Boletín Oficial Federal I 17.

¹⁹ *Seifert*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, Anexo 4 zen § 5: MiArbG Marg. 10.

²⁰ Cfr. *Sittard*, NZA 2009, 346 ss.; sobre la constitucionalidad de la nueva regulación, v. *Bayreuther*, NJW 2009, 2006 ss.

²¹ Detalles en *Vogelsang*, en: *Schaub*, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 15ª ed. 2013, Marg. § 162, 2 ss.

²² Art. 14 y Art. 15 ap. 1 Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

²³ Ley de 26.2.1996, Boletín Oficial Federal I 227.

²⁴ Al respecto *Deinert*, RdA 1996, 339; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505.

²⁵ *Schlachter*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed, 2015, § 1 AEntG Marg. 1.

con ello, el actual párrafo 1 de la AEntG menciona como objetivo de la Ley lograr condiciones de trabajo apropiadas, el otorgamiento de condiciones competitivas más justas y funcionales, el mantenimiento de empleo sujeto a cotización social, así como la defensa de las funciones pacificadoras y ordenadoras de la autonomía colectiva, para los trabajadores transnacionalmente desplazados y para los ordinariamente empleados en el país.

En relación con ello, son posibles formas diferenciadas de extensión de las normas jurídicas de los convenios colectivos sectoriales. En primer lugar, esto puede efectuarse a través del instrumento clásico de la declaración de eficacia general en virtud del párrafo 5 de la TVG, estando prevista esta vía desde entonces no sólo para el sector de la construcción (cfr. párrafo 3, apartado 1, y párrafo 4, apartado 1, número 1, de la AEntG). Por lo demás, la extensión del ámbito de aplicación se realiza por medio de Reglamento del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social. Para los sectores mencionados en el párrafo 3, apartado 1, de la AEntG²⁶, esto puede ocurrir a petición conjunta de las partes del convenio colectivo, en virtud del párrafo 7, apartado 1, de la AEntG, si la extensión del ámbito de aplicación se presenta como necesaria en interés público para alcanzar la finalidad de la Ley²⁷. Para los demás sectores, es posible en todo caso, desde agosto de 2014, la promulgación de un Reglamento, y en este caso con carácter complementario para concretar la finalidad de la Ley, la extensión del convenio colectivo debe ser apropiada para contrarrestar la competencia desplazada sobre los costes salariales²⁸. Finalmente, hay reglas especiales en los párrafos 10 a 13 de la AEntG para el sector del cuidado de dependientes, donde sobre la base del papel dominante de las dos grandes iglesias cristianas, los convenios colectivos no representan un instrumento de regulación convencional colectiva dominante²⁹. Aquí el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social puede hacer vinculantes, por medio de Reglamento al amparo del párrafo 11, apartado 1, de la AEntG, las condiciones de trabajo mínimas recomendadas por una comisión nombrada paritariamente, para todos los trabajadores del sector del cuidado de dependientes.

²⁶ Estos son: sector de la construcción, limpieza de edificios, prestación de servicios de mensajería, prestación de servicios de seguridad, trabajos especiales de minería en minas de carbón, prestación de servicios de lavado, reciclado, prestación de servicios de formación y formación continua a que se refiere el SGB II y SGB III, así como sacrificio e industria cárnica. Una visión general de los salarios mínimos actualmente vigentes, que alcanzan de 7,20 € a 14,20 €, la da el *WSI*, *Tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und dem AÜG*, Situación Oktober 2014, www.boeckler.de/pdf/ta_mindestloehne_aentg.pdf, (última entrada: 18.12.2014).

²⁷ Cfr. sobre ello también *Gülker*, *Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG*, 2012, p. 129 ss.

²⁸ BT-Drs. 18/1558, p. 52 con justificaciones adicionales sobre las diferencias en los trámites procedimentales y con remisión a *BVerfG* 11.7.2006, 1 BvL 4/00, AP núm. 129 en Art. 9 GG y *BVerfG* 20.3.2007, 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609.

²⁹ *Sittard*, RdA 2013, 301, 304.

5. Los límites salariales a que se refiere el parágrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG)

Una situación especial rige también en el sector del prestamismo laboral. En el parágrafo 10, apartado 4, inciso 1, de la AÜG, se prevé que a los trabajadores prestados se les aplican las mismas condiciones laborales, incluido el salario, que a los trabajadores ordinarios comparables de la empresa prestataria. No obstante, el principio de pago igual a que se refiere el parágrafo 10, apartado 4, inciso 2, de la AÜG es dispositivo, de manera que puede preverse un salario más reducido en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral³⁰. De esto puede hacerse uso para cubrir totalmente el sector del trabajo a tiempo parcial³¹.

En el transcurso de la discusión sobre el salario mínimo, se produjo en 2011 la aprobación del parágrafo 3a de la AÜG, que prevé el establecimiento vinculante de un límite salarial, por medio de Reglamento del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social, a través de propuesta conjunta de las partes con derecho a ello del convenio colectivo, que tampoco pueda suscribirse sobre una base convencional³².

6. Reglas legales adicionales

Al amparo del parágrafo 92a del Código de Comercio³³, existe una regulación especial para los representantes de empresas individuales (representantes de comercio y representantes de seguros autónomos, que dependen económicamente de una empresa o, en su caso, de aseguradores pertenecientes desde el punto de vista organizativo al mismo grupo), cuyas condiciones mínimas de trabajo podrían establecerse a través de Reglamento. Hasta el momento presente, sin embargo, no se ha hecho uso de esta posibilidad³⁴.

³⁰ Exhaustivo sobre la problemáticos de los derechos legales disponibles por convenio *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2010.

³¹ Crítico sobre esta concepción, *Waltermann*, *NZA* 2013, 1041, 1044 f.

³² *Deinert/Kittner*, *RdA* 2013, 257, 263 con justificaciones adicionales. En consecuencia, regían en 2014 los siguientes salarios mínimos: Alemania oriental 7,86 € (a partir de abril 2015: 8,20 €), Alemania Occidental 8,50 € (a partir de abril 2015: 8,80 €), cfr. *WSI*, *Tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und dem AÜG*, Situación Octubre 2014, www.boeckler.de/pdf/ta_mindestloehne_aentg.pdf. (última entrada: 18.12.2014).

³³ Introducido por la Ley Gesetz sobre modificación del Código de Comercio de 6.8.1953, *Boletín Oficial Federal I* 771.

³⁴ *Oetker*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, § 92a HGB Marg. 1.

Por lo demás, los formandos tienen derecho a una retribución adecuada, en virtud del parágrafo 17, apartado 1, inciso 1, de la BBiG³⁵. En caso de falta de vinculación convencional, dicha inadecuación se declarará si el pago queda por debajo del 20% de los correspondientes principios convencionales de pago³⁶.

También los discapacitados graves, que estén en su taller para personas discapacitadas con relación laboral, en virtud del parágrafo 136, apartado 1, inciso 2, del SGB XI³⁷, tienen derecho a una retribución adecuada. En virtud del parágrafo 138, apartado 2, del SGB XI, ésta se fija como una contribución básica en cuantía del subsidio de formación, que la Agencia Federal de Empleo presta adicionalmente a los discapacitados en el ámbito de la formación profesional, según las normas vigentes para ellos, y conjuntamente con una contribución de mejora calculada individualmente sobre la prestación³⁸.

Finalmente, los parágrafos 43 y 200 de la StVollG³⁹ regulan el cálculo del salario de los presos adultos⁴⁰. Como en el caso de las personas discapacitadas y los formandos, tampoco debe tratarse en este caso de un salario que corresponda al valor objetivo del trabajo prestado. No obstante, el Tribunal Federal Constitucional ha establecido, en caso de inaplicación de la regulación preferente del parágrafo 200 de la StVollG, que el deber de trabajar requiere de un reconocimiento apropiado, en cuanto que medio eficaz de resocialización, que conduzca objetivamente al preso al valor del trabajo ordinario para una vida futura auto-responsable y libre, en forma de provecho concreto para él⁴¹.

Además de ello, en multitud de Leyes de los Estados federados⁴², tiene lugar un control salarial indirecto por los Estados a través de las Leyes de fidelidad convencional, en las que la adjudicación de contratos públicos se liga a la

³⁵ Inicialmente § 10 ap. 1 de la Ley de formación profesional de 14.8.1969, Boletín Oficial Federal I 1112.

³⁶ *Pieper*, en: Wohlgemuth, BBiG, 2011, § 17 Marg. 14; BAG 16.7.2013, 9 AZR 784/11, NZA 2013, 1202, 1203.

³⁷ Código de Seguridad Social – Libro Noveno de 19.6.2001, Boletín Oficial Federal I 1046.

³⁸ Sobre los detalles cfr. *Pahlen*, en: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 12ª ed. 2010, § 138 Marg. 24 ss.

³⁹ En la redacción de la Quinta Ley sobre modificación de la Ley de ejecución de penas de 27.12.2000, Boletín Oficial Federal I 2043.

⁴⁰ *Krause*, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3ª ed. 2009, § 54 Marg. 30.

⁴¹ *BVerfG* 1.7.1998, 2 BvR 441/90 entre otras, NJW 1998, 3337, 3338.

⁴² V. la visión general de *WSI*, Tariftreue Regelungen in Deutschland, Situación noviembre 2013, http://www.boeckler.de/pdf/wsi_ta_tariftreue_uebersicht.pdf (última entrada: 22.12.2014).

obligación de que el contratista y sus subcontratistas paguen a sus trabajadores los salarios de convenio vigentes en el correspondiente lugar de la contrata⁴³.

Por lo demás, tiene lugar un control salarial judicial al valorar el atentado contra las buenas costumbres a que se refiere el párrafo 138 del BGB⁴⁴. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, el perjuicio inadmisiblemente requerido en dicho caso exige, como regla, quedar por debajo del salario usual en más de dos tercios del salario de convenio pagable usualmente en el sector y en la región económica correspondientes⁴⁵. Esto fundamenta la presunción rebatible de un «modo de pensar reprochable» en el cumplimiento de las circunstancias subjetivas del párrafo 138, apartado 1, del BGB. Como consecuencia, en virtud del párrafo 612, apartado 2, del BGB, se produce el incremento hasta el salario usual, y en ese caso, como regla general, hay que considerar como usual el salario de convenio⁴⁶. En este sentido, sin embargo, se trata solamente de un límite salarial relativo en comparación, en su caso, con salarios que no aseguran la subsistencia, de manera que en caso de mal funcionamiento del mercado no puede conseguirse a través de ello una protección suficiente para los empleados⁴⁷.

III. LA LEY DE REFORZAMIENTO DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

La evolución jurídica expuesta muestra que sólo en sectores concretos existían límites salariales vinculantes para los trabajadores en Alemania. Después de años de discusiones, se produjo por vez primera, como parte nuclear de la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, la introducción de un salario mínimo general.

1. Concepción de la Ley del salario mínimo (MiLoG)

El párrafo 1, apartado 1⁴⁸, crea, a partir de 1.1.2015, la base del derecho al pago de un salario, al menos en cuantía del salario mínimo. Según el

⁴³ Extensamente *Seifert*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, Anexo 2 en § 5: *Tariftreugesetze*.

⁴⁴ Código Civil de 18.8.1896, Boletín Oficial del Imperio 195, en la redacción publicada el 2.1.2002, Boletín Oficial Federal I 42.

⁴⁵ *BAG* 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

⁴⁶ Detallado *Brecht-Heitzmann*, EzA § 138 BGB 2002 núm. 5 con justificaciones adicionales.

⁴⁷ *Picker*, RdA 2014, 25, 32. Críticamente con exposición exhaustiva de la controversia en la jurisprudencia y la doctrina *Nassibi*, *Schutz vor Lohndumping in Deutschland*, 2012, p. 48 ss.

⁴⁸ Art. 1 de la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

parágrafo 1, apartado 2 de la MiLoG, éste asciende de momento a 8,50 euros por cada hora de trabajo. El salario mínimo, en virtud del parágrafo 2, apartado 1, número 2, de la MiLoG, hay que pagarlo como muy tarde el último día laboral bancario del mes siguiente a la realización de la prestación laboral. El parágrafo 3 de la MiLoG regula la inderogabilidad del salario mínimo⁴⁹.

La actualización del salario mínimo, según el parágrafo 11 de la MiLoG, se produce por medio de Reglamento del Gobierno federal, a propuesta de la Comisión del salario mínimo, previa oportunidad de expresar su posición por escrito las organizaciones relevantes de intereses, económicas y sociales. En virtud de los párrafos 4 y siguientes de la MiLoG, la Comisión del salario mínimo se compone de un presidente, seis miembros más con derecho a voto (tres a propuesta, respectivamente, de las organizaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores) y dos miembros del mundo de la economía, sin derecho de voto. El presidente lo nombra el Gobierno federal, a propuesta conjunta de las organizaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores. Si no se ponen de acuerdo para una propuesta conjunta, entonces se nombrará, según el parágrafo 6, apartado 2, de la MiLoG, respectivamente un presidente a propuesta de las asociaciones centrales de los empresarios y de los trabajadores, y el presidente se determina la primera vez por sorteo; tras la correspondiente redacción del acuerdo sobre la actualización del salario mínimo, se cambia el presidente. Según el parágrafo 9, apartado 1, de la MiLoG, el primer acuerdo sobre la cuantía del salario mínimo se produce el 30.6.2016, con efectos de 1.1.2017, y tras ello, hay que acordar cada dos años las actualizaciones posteriores. En este caso, según el parágrafo 9, apartado 2, en el marco de una valoración conjunta orientada por el desarrollo convencional, la Comisión del salario mínimo tiene que examinar qué cuantía del salario mínimo es apropiada, para contribuir a una protección mínima adecuada de los trabajadores, para posibilitar condiciones competitivas justas y funcionales, así como para no perjudicar el empleo⁵⁰.

Finalmente, el parágrafo 13 de la MiLoG remite a la aplicabilidad por analogía de la responsabilidad del contratista a que se refiere el parágrafo 14 de la AEntG⁵¹. Las reglas sobre control y realización del salario mínimo por las autoridades de los Estados federados hay que encontrarlas en la Parte 3 (párrafos

⁴⁹ Sobre los detalles, por ejemplo, las reglas especiales sobre las cuentas de jornada a que se refiere el § 2 ap. 2 MiLoG, v. *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, §§ 1, 2, 3 MiLoG.

⁵⁰ Exhaustivo sobre la Comisión del salario mínimo *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414, 417 s.

⁵¹ Extensamente *Kühn/Reich*, BB 2014, 2938; *Pacholski/Naumann*, NJW-Spezial 2014, 690.

14-21 de la MiLoG)⁵². En las disposiciones finales, se regulan cuestiones, en especial sobre el ámbito de aplicación personal, y disposiciones transitorias⁵³.

2. Modo de cálculo

La nueva MiLoG suscita una serie de cuestiones jurídicas. En especial, plantea la cuestión de cómo debe calcularse el pago correcto del salario mínimo. Es claro que depende del salario bruto⁵⁴, de manera que la parte empresarial de las cotizaciones sociales o impuestos no se tiene en cuenta en el trabajo marginal⁵⁵. También en relación con las horas de trabajo decisivas, no cabe discusión de que hay que incluir el trabajo efectivo y la puesta a disposición, pero no el período de descanso⁵⁶. El pago en forma de prestaciones en especie no está ciertamente excluido por principio, pero no se obtendrá un resultado práctico con base en los límites de inembargabilidad⁵⁷.

Surgen dificultades en los casos en que la dimensión del acuerdo salarial no se ajusta a concretas horas de trabajo. Aquí se destaca que el mes natural debe considerarse como período de cálculo decisivo⁵⁸. Por eso, el empresario tiene que asegurarse de que por cada mes natural el número de horas de trabajo prestadas se pague multiplicado por el salario mínimo de 8,50 euros.

Sin embargo, tales pagos son sólo eficaces desde el punto de vista del salario mínimo, si se realizan objetivamente e indiscutiblemente dentro del período de vencimiento⁵⁹. Por lo tanto, no cabe tomar en consideración prestaciones especiales y gratificaciones cuya prestación se realiza a reserva⁶⁰. En base a la determinación de su finalidad, tampoco se tiene en cuenta la retribución de las

⁵² De todas formas no convincente *Maschmann*, BB 35/2014, I, mantiene que al encargo a la Oficina Central de Aduanas le falta constitucionalmente la competencia del legislador federal.

⁵³ Sobre los detalles cfr. *Ulber*, ArbuR 2014, 402 ff.; además, véase abajo III. 3.

⁵⁴ *Lakies*, ArbuR 2014, 360.

⁵⁵ *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1880.

⁵⁶ *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361 s.; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933.

⁵⁷ *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1881; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 362.

⁵⁸ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 867; *Sittard*, NZA 2014, 951; otros autores *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, que quieren, por ejemplo, ajustarlo a la semana laboral en caso de salario semanal. El trimestre como magnitud de referencia pueden representarl *Spielberger/Schilling*, NZA 2014, 414, 416.

⁵⁹ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868.

⁶⁰ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Berndt*, DStR 2014, 1878, 1880; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1869.

vacaciones⁶¹. No obstante, parcialmente se defiende la opinión de que los pagos anuales a tanto alzado con un valor promedio de 1/12 por mes natural podrían ser tenidos en cuenta⁶². Sin embargo, esto conduciría a un pago aplazado, y de ahí que no fuese compatible con la finalidad del salario mínimo⁶³. Problemáticos serían también los pagos anticipados a tanto alzado⁶⁴, dado que existiría el riesgo de que los ingresos mínimos para asegurar la existencia no estuviesen disponibles en meses posteriores. En consecuencia, los pagos anuales a tanto alzado sólo deben tomarse en consideración en el mes de su pago⁶⁵.

A través del sistema de pago vinculado a la prestación, no cabe ninguna circunvalación, de manera que debe asegurarse que el salario horario mínimo se consiga realmente⁶⁶. Lo mismo se aplica al pago de comisiones, que deben abonarse irrevocablemente⁶⁷ y deben conducir simultáneamente en cada mes a un ingreso total por encima del salario mínimo⁶⁸. No se tienen en cuenta las propinas⁶⁹ o las prestaciones que fomentan la formación de capital⁷⁰.

Se rechaza por algunos autores la aplicación de la jurisprudencia sobre traslado de trabajadores⁷¹ a pluses y complementos⁷². La opinión dominante afirma sobre ello, sin embargo, que sólo es posible tomar en consideración el salario mínimo, en caso de equivalencia funcional de prestaciones y contraprestaciones⁷³. Consiguientemente, no resultan no computables los complementos ligados a la prestación normal, en especial los complementos por horas extraordinarias, pluses

⁶¹ *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2935; *Ulber*, RdA 2014, 176, 181.

⁶² *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1868.

⁶³ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Ulber*, RdA 2014, 176, 180 s. Lo deja abierto todavía *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927

⁶⁴ *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936.

⁶⁵ *Sittard*, NZA 2014, 951, 952. Para una ponderación en cuantía de 1/12 al mes y antes del mes del pago *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁶⁶ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1880; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1868.

⁶⁷ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934. *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2934.

⁶⁸ *Sittard*, NZA 2014, 951, 952.

⁶⁹ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1881; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926 f.; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁷⁰ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927; *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 361.

⁷¹ Cfr especialmente *EuGH* 7.11.2013, C-522/12 (*Isbir*), NZA 2013, 1359; *BAG* 18.4.2012, 4 AZR 139/10 y 4 AZR 168/10 (A), AP núm. 22 y 23 en § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung.

⁷² *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 868 f.; *Schweibert/Leßmann*, DB 2014, 1867, 1869.

⁷³ *Berndt*, DSStR 2014, 1878, 1880; *Brors*, NZA 2014, 938; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2935; *Sittard*, NZA 2014, 951, 952.

de penosidad, pluses de peligrosidad, pluses de trabajo nocturno, trabajo en domingos y festivos, o trabajo por turnos⁷⁴.

3. Reglas excepcionales

En la discusión sobre la introducción de un salario mínimo legal interprofesional, resultó especialmente controvertido qué constelación de casos debían ser excepcionados. Las reglas correspondientes se encuentran en los parágrafos 22 y 24 de la MiLoG. Según el parágrafo 22, apartado 1, inciso 1, de la MiLoG, el punto de partida es el de que la Ley se aplica a los trabajadores.

Como trabajadores cuentan también los formandos a que se refiere el parágrafo 26 de la BBiG, que se definen en el parágrafo 22, apartado 1, de la MiLoG (independientemente de la denominación contractual de la relación jurídica). Deben estar sujetos a una organización objetiva y a la realización de la relación contractual por tiempo determinado, para la adquisición de conocimientos prácticos y de experiencias de una actividad empresarial concreta, para la preparación de una actividad profesional, sin que en este caso se trate de formación profesional en el sentido de la BBiG o de una formación práctica comparable con ella⁷⁵. En virtud del parágrafo 22, apartado 1, inciso 2, de la MiLoG, están excluidas las prácticas obligatorias en el marco de una formación empresarial o escolar, o de una enseñanza; hasta tres meses de práctica sobre orientación para una formación profesional, o la realización de estudios; hasta tres meses de prácticas de acompañamiento de una formación profesional o universitaria, siempre que no haya existido antes⁷⁶ dicha relación de formación con el mismo formando, así como la participación en la cualificación para ascender a que se refiere el parágrafo 54a del Libro Tercero del Código de Seguridad Social (SGB III) o la preparación de la formación profesional a que se refieren los parágrafos 68 a 70 de la BBiG⁷⁷. Estas numerosas posibilidades excepcionales han provocado discusiones sobre posibilidades de circunvalación⁷⁸. Por ejemplo, en caso de prolongación de una

⁷⁴ *Brors*, NZA 2014, 938, 941; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1926; *Lakies*, *Mindestlohngesetz*, 2015, § 1 Marg. 47; *Lakies*, *ArbuR* 2014, 360, 361; *Schubert/Jerchel/Düwell*, *Das neue Mindestlohngesetz*, 2015, Marg. 140; *Ulber*, *RdA* 2014, 176, 181 s.; en relación con el trabajo nocturno *Schweibert/Leßmann*, *DB* 2014, 1867, 1869; restrictivos sobre los complementos de penosidad *Nebel/Kloster*, *BB* 2014, 2933, 2935 f.; en conjunto, entre otros autores, *Sittard*, *NZA* 2014, 951, 952; *Spielberger/Schilling*, *NZA* 2014, 414, 415.

⁷⁵ Detalladamente *Düwell*, *DB* 2014, 2047, 2048.

⁷⁶ Al respecto *Bayreuther*, *NZA* 2014, 865, 871.

⁷⁷ Exhaustivamente *Natzel*, *BB* 2014, 2490, 2491 f. La inclusión de los verdaderos formandos como dudosamente constitucional en *Picker/Sausmikat*, *NZA* 2014, 942 ss.

⁷⁸ Problemáticamente por ejemplo *Hund/Pechtold*, *AuA* 2014, 540 ss.

primera formación con plazo de tres meses, debe pagarse el salario mínimo a partir del primer día de formación (sin embargo, no antes de 1.1.2015)⁷⁹.

Por lo demás, según el párrafo 22, apartado 2, de la MiLoG, no se consideran trabajadores las personas menores de 18 años sin una formación profesional concluida. En virtud del párrafo 22, apartado 3, de la MiLoG, tampoco se aplica el salario mínimo a los ocupados para su formación profesional, así como a las actividades honoríficas. Además, el párrafo 22, apartado 4, de la MiLoG, excluye del salario mínimo a los parados de larga duración a que se refiere el párrafo 18, apartado 1, del SGB III, durante los seis primeros meses de su ocupación⁸⁰.

En relación con los menores de edad, se discute si esta excepción viola el principio de igualdad del artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal (GG)⁸¹. En todo caso, el trato desigual representa una discriminación directamente vinculada a la edad. El legislador quiso prevenir con ella que los jóvenes prescindan de la formación escolar o profesional subsiguiente, tras conseguir el grado I de secundaria, para ocupar, en lugar de las mismas, un empleo remunerado con el salario mínimo⁸². Pero esto supone, en todo caso, una medida desproporcionada y, en consecuencia, sindicalmente ilegítima, dado que también comprende a los jóvenes que realizan, junto a su formación, una actividad adicional (en su caso, precisamente para costearse su formación)⁸³.

Además de ello, se contienen excepciones provisionales en las disposiciones transitorias a que se refiere el párrafo 24 de la MiLoG. Para los convenios colectivos de partes convencionales representativas, que se aplican a

⁷⁹ *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2102.

⁸⁰ Sobre la problemática de la liberalidad a que se refiere el Art. 45 AEUV, en el caso de parados de larga duración en otros Estados miembros *Eichenhofer*, ArbuR 2014, 450 s.

⁸¹ En este sentido *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, 2014, p. 19 ss.; *Preis/Ulber*, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, HBS-Arbeitspapier 306, 2014, p. 111 ss.; lo deja abierto *Bug*, Ausnahmen von einem gesetzlichen Mindestlohn für einzelne Arbeitnehmergruppen aus verfassungsrechtlicher Sicht, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags WD 6-3000-002/14, p. 12; negativamente *Grzeszick*, ZRP 2014, 66 ss.; *Sittard*, NZA 2014, 951, 953. Sobre un límite de edad mayor: *Franzen*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15ª ed. 2015, § 22 MiLoG Marg. 5.

⁸² BT-Drs. 18/1558, S. 42 s.

⁸³ *Brors*, NZA 2014, 938, 941 s.; en la consecuencia también *Ahlburg*, AiB 10/2014, 37; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1925; *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, 2014, p. 34 s.; *Preis/Ulber*, Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, HBS-Arbeitspapier 306, 2014, p. 113; *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, 2015, Marg. 172 ss.; *Ulber*, ArbuR 2014, 402, 406; *Sittard*, NZA 2014, 951, 953.

todos los empresarios con sede en el país o en el extranjero comprendidos en su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores, en virtud de la declaración de eficacia general a que se refiere el parágrafo 5 de la TVG, o de la extensión del ámbito de aplicación a que se refiere el parágrafo 11 de la AEntG o, en su caso, el parágrafo 3a de la AÜG, se prevé hasta finales de 2016 el salario mínimo de 8,50 euros, y hasta el final de 2017 y a partir de 1.1.2017, el salario mínimo vigente⁸⁴.

Finalmente, en virtud del parágrafo 24, apartado 2, de la MiLoG, para los repartidores de periódicos rige en el año 2015 un salario mínimo de 6,38 euros brutos por hora, en el año 2016 de 7,23 euros y en el año 2017 de 8,50 euros. Están comprendidas las personas que reparten, con relación laboral, exclusivamente periódicos o revistas periódicas al consumidor final, contando en ello los repartidores de hojas de anuncios con un contenido de redacción⁸⁵.

4. Inderogabilidad

Según el parágrafo 3 de la MiLoG, son en este sentido ineficaces los acuerdos, supuesto que queden por debajo del derecho al salario mínimo, o restrinjan o excluyan su eficacia. Se excluye la caducidad, y la renuncia puede producirse sólo a través de conciliación judicial. En consecuencia, la pérdida no querida del derecho únicamente puede suceder por prescripción, en cuyo caso se aplica la regla general del plazo de prescripción de tres años⁸⁶.

Usualmente, los convenios colectivos y contratos de trabajo contienen plazos preclusivos relativamente cortos, dentro de los que deben ejercitarse sus derechos derivados de la relación laboral, dado que, en caso contrario, se extinguen⁸⁷. Dado que el salario mínimo está contenido como cantidad fija en todos los derechos salariales⁸⁸, son ineficaces las cláusulas preclusivas en relación con este derecho salarial independiente⁸⁹. Sobre la base de la prohibición de reducción del contenido del ámbito de aplicación de las condiciones negociales generales

⁸⁴ Dazu *Jöris/von Steinau-Steinrück*, BB 2014, 2101, 2102 s.

⁸⁵ *Nielebock*, ArbuR 2014, 328. Ve un arbitrario trato desigual en la diferenciación de los repartidores de sólo hojas de anuncios *Löwisch*, NZA 2014, 948 s.

⁸⁶ *Franzen*, en: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15ª ed. 2015, § 3 MiLoG Marg. 3.

⁸⁷ Sobre los detalles véase *Brecht-Heitzmann*, en: *Kempen/Zachert*, TVG, 5ª ed. 2014, § 4 Marg. 608 ss.

⁸⁸ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 870; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 296; *Sittard*, NZA 2014, 951, 952 s.; entre otros autores *Lakies*, ArbuR 2014, 360, 365; restrictivo sin embargo *Lakies*, *Mindestlohngesetz*, 2015, § 3 Marg. 16 s.

⁸⁹ *Preis/Ulber*, *Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz: Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch*, 2014; *Schubert/Jerchel/Düwell*, *Das neue Mindestlohngesetz*, 2015, Marg. 107.

ineficaces⁹⁰, en todo caso, serán ineficaces en su conjunto las cláusulas preclusivas de contratos de trabajo futuros, sin el correspondiente desglose del salario mínimo⁹¹.

5. Relación con los demás límites salariales

Al amparo del párrafo 1, apartado 3, de la MiLoG, prevalecen sobre la MiLoG las reglas de la AEntG y de la AÜG sobre extensión del ámbito de aplicación de las normas colectivas, así como sobre declaración de eficacia general a que se refiere el párrafo 5 de la TVG, supuesto que la cuantía de los salarios mínimos establecidos con base en ellas no quede por debajo de la cuantía del salario mínimo. Por consiguiente, se trata de una regulación unilateralmente obligatoria, en este sentido sólo parcialmente dispositiva para los convenios, y puede ser excluida exclusivamente a favor del trabajador al amparo del principio de trato más favorable⁹². Las regulaciones expuestas antes (con excepción de la MiArbG, derogada por la Ley de reforzamiento de la autonomía colectiva) permanecen y, en consecuencia, mantienen y posibilitan soluciones distintas específicamente sectoriales, por encima del salario mínimo general⁹³.

Se discute qué consecuencia jurídica se produce, en caso de quedar por debajo del salario mínimo a que se refiere el párrafo 1, apartado 1, de la MiLoG. Algunos autores mantienen la opinión de que, como en el caso de la ofensa a las buenas costumbres⁹⁴, a la situación del acuerdo salarial violador del salario mínimo se le aplica el salario superior, en virtud del párrafo 612 del BGB⁹⁵. Frente a ello, sin embargo, se postula que el párrafo 3, inciso 1, de la MiLoG sólo regula la ineficacia del acuerdo salarial, supuesto que quede por debajo del salario mínimo. De ahí que el trabajador pueda únicamente en estos casos exigir el salario en cuantía del salario mínimo⁹⁶.

IV. LAS REGLAS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (ESC)

⁹⁰ Al respecto *Bonin*, en: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4ª ed. 2014, § 306 BGB Marg. 14 ss.

⁹¹ *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933, 2936 s.; restrictivo *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 870; *Preis/Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz: Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch, 2014, p. 57.

⁹² *Barczak*, RdA 2014, 290, 293.

⁹³ *Barczak*, RdA 2014, 290, 293.

⁹⁴ Al respecto arriba II. 6.

⁹⁵ *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 866; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927; *Nebel/Kloster*, BB 2014, 2933.

⁹⁶ *Sittard*, NZA 2014, 951, 954.

Finalmente, se plantea la cuestión de si, con la introducción de la MiLoG, Alemania cumple sus obligaciones internacionales. En este sentido, hay que mencionar ante todo la Carta Social Europea (ESC), que fue ratificada por la República Federal de Alemania y entró en vigor el 26.2.1965⁹⁷. El artículo 4, apartado 1, de la ESC reconoce el derecho a un salario justo. Según interpretación del Comité competente para los derechos sociales (European Committee for Social Rights, ECSR), deben en todo caso existir salarios por encima del nivel de pobreza del país afectado, de manera que en este caso los ingresos netos menores que la mitad de los ingresos promedio siempre se consideran injustos y, en consecuencia, incompatibles con el artículo 4, apartado 1, de la ESC⁹⁸. En correspondencia con ello, el ECSR ha declarado repetidamente que la situación en Alemania es de no conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la ESC⁹⁹.

Según datos actuales de la contabilidad económico-nacional de la Oficina Federal de Estadísticas, para el año 2013 los salarios netos promedio y los salarios netos por trabajador ascienden a 1715 euros al mes¹⁰⁰, en caso de un valor promedio por trabajador de aproximadamente 109,4 horas de trabajo al mes¹⁰¹. Con base en ello, cabe calcular el salario neto promedio en Alemania para el año 2013, en 15,68 euros. En consecuencia, según las reglas del artículo 4, apartado 1, de la ESC, el salario horario neto en ningún caso puede quedar por debajo de la mitad de

⁹⁷ Boletín Oficial Federal 1964 II 1261 ss.; la Carta Social Europea revisada fue ciertamente firmada por Alemania el 27.6.2007, pero hasta el momento presente no ha sido ratificada, v. *Council of Europe, European Social Charter (revised)*, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=&DF=&CL=ENG> (última entrada: 23.12.2014).

⁹⁸ *Council of Europe, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, 1. September 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf (última entrada: 23.12.2014), p. 43: «To be considered fair within the meaning of Article 4 § 1, a wages [sic!] must in any event be above the poverty line in a given country i.e. 50 % of the national average wage. In addition, a wage must not fall too far short of the national average wage. The threshold adopted by the Committee is 60 %. ... A net wage which falls below the 60 % threshold is not automatically considered unfair within the meaning of the Charter. If the wage lies between 50 % and 60 %, a state is asked to demonstrate that the wage is sufficient for a decent standard of living, e.g. by providing detailed information on the cost of living. However, a net wage which is less than half the net national average wage will be deemed to be unfair and therefore the situation of the Party concerned will not be in conformity with Article 4 § 1».

⁹⁹ *European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-3 (2010, GERMANY)*, Diciembre 2010, www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/GermanyXIX3_en.pdf, S. 8 (última entrada: 23.12.2014). Sobre la aplicación del Art. 4 ESC en Portugal, España e Italia v. *Teixeira Alves*, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios, 2014.

¹⁰⁰ *Statistisches Bundesamt, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen 2013, Fachserie Serie 18, 1.4, 2014*, p. 51.

¹⁰¹ *Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014, Noviembre 2014*, p. 322: Horas de trabajo anuales de los trabajadores: 49.059.000.000; número promediado de trabajadores: 37.378.000. No se toman en consideración las ausencias al trabajo por causa de enfermedad, permisos, etc.

aquél, esto es, en cuantía de 7,84 euros. Para un trabajador empleado a tiempo completo (calculado sobre 38,5 horas a la semana, que se corresponden con 167 horas al mes), de esto se deriva un salario mensual neto que no quede por debajo de 1309,28 euros. Sin embargo, dicha cuantía neta es difícilmente manejable en la práctica empresarial. Según el método del ESCR, se parte de un trabajador sin hijos y no casado, al que corresponde un salario mensual bruto de 1929,62 euros y, en su caso, un salario horario bruto de 11,55 euros¹⁰².

Por consiguiente, cabe retener que ciertamente a través de la introducción de un salario mínimo interprofesional de 8,50 euros se adopta una mejora clara, pero la cuantía¹⁰³, al igual que antes, está claramente por debajo de las reglas que se derivan del artículo 4, apartado 1, de la ESC.

V. CONCLUSIÓN

A partir de 1.1.2015, rige en Alemania un salario mínimo legal interprofesional de 8,50 euros brutos por hora. Los párrafos 22 y 24 de la MiLoG prevén, sin embargo, una serie de excepciones, así como reglas transitorias. El salario mínimo es subsidiario de otras regulaciones sobre el salario mínimo, de manera que a través de la declaración de eficacia general a que se refiere el párrafo 5 de la TVG o de la extensión del ámbito de aplicación a que se refieren el párrafo 7, apartado 1, el párrafo 7a, apartado 1, así como el párrafo 11, apartado 1, de la AEntG, o el párrafo 3a, apartado 2, de la AÜG, también pueden aplicarse obligatoriamente salarios mínimos convencionales más altos para los no vinculados por el convenio colectivo. Además de esto, también rige el límite de la violación de las buenas costumbres, en caso de quedar por debajo de 2/3 del salario convencional usual.

El artículo 4 de la ESC obliga a Alemania a intentar conseguir que los trabajadores perciban un salario apropiado. La introducción de un salario mínimo legal interprofesional es, en relación con ello, un paso importante, con el que

¹⁰² Respecto de un trabajador nacido en 1964 y que viva en Berlín, le corresponde un conjunto de cotizaciones sociales mensuales de 394,12 € (8,2 % seguro de enfermedad = 158,23 €, 1,275 % seguro de dependencia = 24,60 €, 9,45 % seguro de pensiones = 182,35 €, 1,5 % seguro de desempleo = 28,94 €) y en caso de clasificación fiscal salarial I una carga fiscal de 226,22 € (impuestos salariales = 197,58 €, complemento de solidaridad = 10,86 €, contribución a la iglesia = 17,78 €; Zahlen nach dem Lohn- und Einkommensrechner des *Bundesministeriums der Finanzen*, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2013/>, última entrada: 5.1.2015).

¹⁰³ En caso de un trabajador a tiempo completo (167 horas al mes) con un salario horario bruto de 8,50 €, le corresponde por consiguiente un salario mensual neto de sólo 1.042,10 € o, en su caso, un salario horario neto de 6,24 €.

Alemania, en comparación europea, abandona su notoria posición en el grupo líder de empleos con salarios bajos. Pero para cumplir las reglas del artículo 4 de la ESC, de un salario mínimo apropiado de 11,55 euros, volverá a quedarse claramente por debajo en breve. Dado que la próxima recomendación de la Comisión del salario mínimo sobre un salario mínimo más alto tendrá lugar como muy pronto, con efectos de 1.1.2017, los instrumentos de la declaración de eficacia general, así como de la extensión del ámbito de aplicación de las normas colectivas, por medio de Reglamento, deberán utilizarse más intensivamente.

**LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL DERECHO DE
LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE ERLANGEN-
NÜRNBERG**

*[LEGAL EDUCATION ON LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW AT THE
UNIVERSITY OF ERLANGEN-NÜRNBERG]**

Sonia Cloppenburg

Fecha de recepción: 12 de mayo de 2015

Fecha de aceptación: 8 de junio de 2015

Sumario: I. LA UNIVERSIDAD FRIEDRICH-ALEXANDER DE ERLANGEN-NÜRNBERG.- 1. Generalidades.- 2. La Facultad de Derecho.- 3. El Instituto de Derecho económico y Derecho del Trabajo.- II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA FORMACIÓN JURÍDICA.- 1. La Ordenanza de Formación y de Exámenes para Juristas (JAPO) de 13 octubre 2003.- 2. La Ordenanza de Estudios de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg sobre la carrera de ciencia jurídica con el diploma del primer examen jurídico de 10 septiembre 2004.- 3. La Ordenanza de Exámenes de la Universidad de Erlangen-Nürnberg sobre el examen de la Universidad de 14 octubre 2004.- 4. El Plan de estudios de la especialidad en ciencia jurídica de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg sobre la carrera de ciencia jurídica.- III. EL ESTUDIO EN LA UNIVERSIDAD.- 1. Generalidades.- 2. Los ámbitos de especialización obligatorios.- 3. Las materias esenciales.- 4. Recursos para el estudio.- IV. EL PRIMER EXAMEN DE ESTADO PARA JURISTAS.- 1. Generalidades.- 2. El primer examen de Estado para juristas.- 3. El examen de la Universidad para juristas.- 4. Recursos de examen en el primer examen.- V. PERÍODO DE PRÁCTICAS DE GRADUADOS EN DERECHO.- 1. Generalidades.- 2. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social en el período de prácticas.- VI. SEGUNDO EXAMEN DE ESTADO PARA JURISTAS.- 1. Generalidades.- 2. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social en el 2º examen de Estado.- 3. Recursos del examen.- VII. CONCLUSIÓN.

Contents: I. THE FRIEDRICH-ALEXANDER UNIVERSITY AT ERLANGEN-NÜRNBERG.- 1. General.- 2. The Law School.- 3. The Institut of Economic Law and Labor Law.- II. LEGAL FOUNDATIONS OF THE LEGAL EDUCATION.- 1. The Regulation about Education and Examinations for Jurists (JAPO) of 13 October 2003.- 2. The

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

Studies Regulation of the Friedrich-Alexander University at Erlangen-Nürnberg about the Sciences of Law Degree with the Diplome of the first legal examination of 10 September 2004.- 3. The Examinations Regulation of the Erlangen-Nürnberg University about The University examination of 14 October 2004.- 4. The Studies Plan of the Specialty in Legal Science of the Friedrich-Alexander University at Erlangen-Nürnberg about the Sciences of Law Degree.- III. THE STUDY IN THE UNIVERSITY.- 1. General.- 2. The mandatory scopes of specialization.- 3. The essential courses.- 4. Study resources.- IV. THE FIRST STATE EXAMINATION FOR JURISTS.- 1. General.- 2. The first State examination for jurists.- 3. The University examination for jurists.- 4. Examination resources in the first examination.- V. THE PRACTICE PERIOD OF GRADUATE STUDENTS IN LAW.- 1. General.- 2. Labor Law and Social Security Law in the practice period.- VI. THE SECOND STATE EXAMINATION FOR JURISTS.- 1. General.- 2. Labor Law and Social Security Law in the 2° State examination.- 3. Examination resources.- VII. CONCLUSION.

Resumen: En el marco de la legislación alemana sobre enseñanza del Derecho, este estudio analiza la enseñanza del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en una típica Facultad de Derecho pública de Baviera, que es la Facultad de Derecho de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg.

***Abstract:** In the frame of the German university legislation about legal education, this study analyzes the education on Labor and Social Security Law in a tipycal public Law School of Bavaria, which is the Law School of the Friedrich Alexander University at Erlangen-Nürnberg.*

Palabras clave: Alemania – Enseñanza del Derecho – Enseñanza del Derecho del Trabajo – Enseñanza del Derecho de la Seguridad Social – Erlangen-Nürnberg

***Keywords:** Germany – Legal education – Labor Law education – Social Security Law education – Erlangen-Nürnberg*

* * *

I. LA UNIVERSIDAD FRIEDRICH-ALEXANDER DE ERLANGEN-NÜRNBERG

1. Generalidades

La Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg fue creada en enero de 1743. Oferta alrededor de 200 carreras. Las Facultades se reparten en las ciudades de Erlangen y de Nürnberg. En conjunto, estudian actualmente casi 40.000 estudiantes en la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander].

2. La Facultad de Derecho

La Facultad de Derecho se encuentra en Erlangen. En el semestre de invierno 2014/15, estudiaban aquí en conjunto casi 2.000 estudiantes. La Facultad aloja 9 Institutos con 20 Cátedras en la actualidad.

3. El Instituto de Derecho económico y Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social se enseñan en el Instituto de Derecho económico y Derecho del Trabajo. El Instituto se compone de 5 Cátedras:

1. Cátedra de Derecho Civil y Derecho del Trabajo (Prof. Dr. CASPERS)
2. Cátedra de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades y Derecho económico (Prof. Dr. SCHMOLKE)
3. Cátedra de Derecho Civil, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social (Prof. Dr. KLUMPP)
4. Cátedra de Derecho privado económico (Prof. Dr. HOFFMANN)
5. Cátedra de Derecho Fiscal (Prof. Dr. FISCHER)

En lo que sigue, se expondrá detalladamente la formación jurídica en Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA FORMACIÓN JURÍDICA

En Alemania, la formación jurídica tiene dos fases, esto es, se compone del estudio en la Universidad y de un período de prácticas jurídicas. Las reglas sobre ello se contienen, por un lado, en la Ordenanza Bávara de Formación y de Exámenes para Juristas, así como en la Ordenanza de Estudios y de Exámenes de la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander]. El Plan de estudios de la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander] contiene recomendaciones sobre estructuración de los estudios.

1. La Ordenanza de Formación y de Exámenes para Juristas (JAPO) de 13 octubre 2003

La JAPO contiene preceptos detallados sobre el primer y segundo examen jurídicos, así como sobre el período de prácticas. Regula el ámbito de los exámenes y el desarrollo de los exámenes. Además, contiene preceptos relativos a la duración y a la asignación del período de prácticas.

2. La Ordenanza de Estudios de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg sobre la carrera de ciencia jurídica con el diploma del primer examen jurídico de 10 septiembre 2004

La Ordenanza de Estudios de la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander] regula la carrera de ciencia jurídica sobre la base de la JAPO. Contiene reglas sobre los períodos regulares de estudio, sobre el contenido y la estructuración del estudio, así como sobre los cursos y certificados requeridos.

3. La Ordenanza de Exámenes de la Universidad de Erlangen-Nürnberg sobre el examen de la Universidad de 14 octubre 2004

La Ordenanza de Exámenes de la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander] sobre el examen de la Universidad para juristas contiene reglas sobre el contenido y la estructuración de las materias esenciales de estudio, así como sobre el examen de la Universidad para juristas.

4. El Plan de estudios de la especialidad en ciencia jurídica de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg sobre la carrera de ciencia jurídica

Los planes de estudios contienen recomendaciones sobre la estructuración del estudio de la ciencia jurídica.

III. EL ESTUDIO EN LA UNIVERSIDAD

1. Generalidades

En el estudio básico (del primer al cuarto semestres) hay que visitar las especialidades básicas, los cursos fundamentales y las conferencias. En él, hay que aprobar los exámenes finales y los exámenes parciales en todas las especialidades.

En el segundo ciclo adicional, deben aprobarse en el quinto y sexto semestres los exámenes para estudiantes avanzados («certificado grande»). Paralelamente a ello, comienza usualmente en el quinto semestre el estudio de las materias esenciales, que finaliza con el examen de la Universidad para juristas.

El séptimo y octavo semestres sirven —junto con el estudio de las materias esenciales—, ante todo, para la preparación del primer examen de juristas, esto es, deben practicarse los exámenes finales, ante todo, y deben repasarse y profundizarse las materias de examen relevantes.

2. Los ámbitos de especialización obligatorios

En la formación universitaria en la Universidad de Erlangen-Nürnberg, el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social cumplen sólo un papel proporcionalmente reducido. El Plan de estudios de la Universidad de Erlangen-Nürnberg¹ recomienda la visita del curso de Derecho individual del Trabajo en el quinto semestre. En este caso, el curso incluye únicamente los fundamentos del Derecho individual del Trabajo y, por consiguiente, el Derecho de la relación laboral (creación, contenido y finalización, perturbaciones de las prestaciones y responsabilidad en la relación laboral), así como las relaciones con el Derecho de los convenios colectivos.

En cambio, el Derecho de la Seguridad Social no forma parte del ámbito de especialización obligatorio.

¹ Plan de estudios del ámbito especializado en ciencia jurídica de la Universidad Friedrich-Alexander de Erlangen-Nürnberg para la carrera en ciencia jurídica, Recomendaciones para la estructuración del estudio con el comienzo de los estudios en el semestre de invierno.

3. Las materias esenciales

Frente a ello, lo contrario sucede en el marco del estudio de las materias esenciales. La Facultad de Derecho de Erlangen ofrece seis cursos esenciales. En el marco del curso esencial sobre «Ordenación de la empresa y del trabajo», se desarrollan diferentes cursos sobre conocimiento básicos del Derecho del Trabajo, y se proporcionan los primeros conocimientos sobre Derecho de la Seguridad Social².

Al llamado ámbito nuclear pertenecen:

1. Práctica sobre Derecho individual del Trabajo
2. Curso sobre Derecho colectivo del Trabajo I (Derecho de coaliciones, de convenios colectivos y de lucha laboral)
3. Práctica sobre Derecho colectivo del Trabajo II (cogestión en la sociedad y en el centro de trabajo)
4. Curso sobre Derecho de las sociedades de capital
5. Curso sobre Derecho concursal

En el llamado ámbito obligatorio-optativo, deben escogerse dos de los siguientes cursos:

1. Derecho europeo del Trabajo
2. Coloquio sobre Derecho colectivo del Trabajo
3. Proceso judicial laboral
4. Introducción al Derecho de la Seguridad Social (en especial, Libro III y Libro IV del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial])
5. Derecho de grupos de sociedades, de transformación y de absorción de sociedades
6. Coloquio sobre Derecho de sociedades
7. Derecho europeo de sociedades
8. Derecho fiscal
9. Derecho presupuestario de sociedades

4. Recursos para el estudio

² Ordenanza de exámenes de la Universidad de Erlangen-Nürnberg sobre el examen de la Universidad para juristas.

No hay ninguna indicación vinculante sobre utilización de literatura jurídica de acompañamiento del estudio. La mayoría de los docentes respectivos da a conocer en sus cursos recomendaciones sobre literatura jurídica. La literatura jurídica de acompañamiento del estudio se clasifica en manuales, apuntes, comentarios de leyes y revistas.

IV. EL PRIMER EXAMEN DE ESTADO PARA JURISTAS

1. Generalidades

En Baviera, el primer examen para juristas se compone del examen de Estado de especialidades obligatorias (primer examen de Estado para juristas) y del examen de la Universidad sobre materias esenciales (examen de la Universidad para juristas)³.

2. El primer examen de Estado para juristas

El examen de Estado se compone de una parte escrita y una parte oral, y abarca las especialidades obligatorias. En el examen escrito, hay que desarrollar en seis días el correspondiente trabajo escrito en cinco horas. En este caso, hay que elaborar tres ejercicios sobre materias esenciales del Derecho Civil, con inclusión del Derecho Procesal Civil, del Derecho Mercantil, y del Derecho de Sociedades y del Derecho del Trabajo, un ejercicio sobre materias esenciales del Derecho Penal, así como dos ejercicios sobre materias esenciales del Derecho Público.

El examen oral abarca, en todo caso, los ámbitos de examen y dura aproximadamente 35 minutos para cada examinando.

3. El examen de la Universidad para juristas

El examen de la Universidad para juristas se realiza autónomamente y bajo su propia responsabilidad por las Universidades bávaras. Concluye los estudios junto con el primer examen de Estado para juristas.

³ Ordenanza de formación y de exámenes para juristas (JAPO) de 13 octubre 2003.

En la Universidad de Erlangen-Nürnberg, se compone de un trabajo científico de acompañamiento de los estudios y de un examen oral, como prestación de cierre de los estudios en el ámbito de las materias esenciales elegidas (véase a[riba])⁴.

El trabajo científico de acompañamiento de los estudios se realizará en el marco de un seminario sobre el ámbito de las materias esenciales. En el seminario, hay que exponerlo oralmente y someterlo a discusión. El período de preparación asciende a cuatro semanas. El trabajo no puede exceder de 100.000 palabras.

4. Recursos de examen en el primer examen

En el primer examen, sólo son admisibles los recursos de ayuda fijados en el edicto de recursos de ayuda de la Oficina de exámenes jurídicos del Estado federado. Éstos son textos legislativos en Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Público.

V. PERÍODO DE PRÁCTICAS DE GRADUADOS EN DERECHO

1. Generalidades

El llamado servicio de preparación en conexión con el primer examen de Estado para juristas tiene el objetivo de hacer que los graduados en Derecho en prácticas se familiaricen con las funciones de la atención jurídica y con la Administración. En relación con ello, el graduado en prácticas será asignado al tribunal superior de Estado federado, que el Tribunal de Estado federado determina generalmente en su demarcación como puesto de trabajo de plantilla, que se asigna por él a los concretos formandos. En Baviera, el período de prácticas de los graduados en Derecho es una relación de formación jurídico-pública de carácter especial.

El servicio de preparación dura dos años y se estructura en las siguientes partes:

- Cinco meses en un tribunal civil

⁴ Ordenanza de exámenes de la Universidad de Erlangen-Nürnberg sobre el examen de la Universidad para juristas de 14 octubre 2004.

- Tres meses en un tribunal penal o en la Abogacía del Estado
- Cuatro meses en una Administración pública
- Nueve meses en un bufete de abogados
- Tres meses de prácticas obligatorias electivas

Para empezar la parte formativa, se celebra el correspondiente curso de introducción para el graduado en Derecho en prácticas. Además de ello, los graduados en Derecho en prácticas tienen que participar durante la formación en cursos sobre Derecho del Trabajo, Derecho Fiscal, Derecho Europeo y organización jurídica.

2. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social en el período de prácticas

En el período de prácticas y también en el segundo examen de Estado conectado con él, se da al Derecho del Trabajo más valor que en la Universidad, como se ve al respecto enseguida.

En cambio, el Derecho de la Seguridad Social permanece también en el período de prácticas como una especialidad optativa, y no tiene ninguna materia obligatoria en el segundo examen.

La formación en Derecho del Trabajo debe, entre otras cosas, proporcionar conocimientos avanzados en⁵:

1. El proceso a decidirse por sentencia de los tribunales de trabajo
2. Especialidades del contrato de trabajo
3. Trabajo a tiempo parcial
4. Deberes principales del empresario y del trabajador
5. Imposibilidad, demora del deudor y demora del acreedor
6. Pago continuado del salario en días festivos y en incapacidad laboral
7. Derecho a vacaciones
8. Responsabilidad
9. Prohibiciones de concurrencia
10. Traspaso de empresas
11. Finalización de la relación laboral
12. Protección frente al despido

⁵ Plan de materias de la O[ficina de] E[xámenes] J[urídicos del] E[stado federado] de Baviera, al amparo del párrafo 50 I de la JAPO, situación: julio 2014.

13. Ocupación y readmisión
14. Protección de la madre y permiso parental
15. Derecho colectivo

Además, tienen lugar durante el servicio de preparación los llamados colectivos laborales, en los que también ordinariamente se escriben ejercicios finales.

Durante la práctica electiva obligatoria, se ofrecen para su elección siete campos profesionales relacionados, entre los que se encuentra el campo profesional «Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social».

En Derecho del Trabajo, se proporcionarán conocimientos avanzados en los siguientes ámbitos⁶:

1. Derecho de organización de la empresa
2. Derecho del convenio colectivo
3. Proceso ante el tribunal de trabajo

El plan de materias en Derecho de la Seguridad Social comprende las siguientes materias de examen⁷:

1. Parte general y normas comunes, Libros I y IV del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]
2. Procedimiento administrativo de Seguridad Social, Libro X del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]
3. Promoción del empleo y aseguramiento básico, Libros II y III del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]
4. Seguro legal de enfermedad, Libro V del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]
5. Seguro legal de pensiones, Libro VI del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]

⁶ Plan de materias de la O[ficina de] E[xámenes] J[urídicos del] E[stado federado] de Baviera para el colectivo de trabajo del campo profesional Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, en virtud del párrafo 58 III, número 6, de la JAPO (Parte de Derecho del Trabajo).

⁷ Plan de materias de la O[ficina de] E[xámenes] J[urídicos del] E[stado federado] de Baviera para el colectivo de trabajo del campo profesional Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, en virtud del párrafo 58 III, número 6, de la JAPO (Parte de Derecho de la Seguridad Social).

6. Seguro legal de accidentes, Libro VII del C[ódigo de] S[eguridad] S[ocial]
7. Proceso ante el tribunal de Seguridad Social

VI. SEGUNDO EXAMEN DE ESTADO PARA JURISTAS

1. Generalidades

El servicio de preparación concluye con el segundo examen de Estado para juristas. En el segundo examen, se trata de un puro examen de Estado. En el examen escrito, hay que redactar en once días el correspondiente ejercicio por escrito en cinco horas. Hay que elaborar cinco ejercicios sobre materias esenciales del Derecho Civil, incluidos el Derecho Mercantil y el Derecho de Sociedades, Derecho del Trabajo y Derecho Procesal, dos ejercicios sobre materias esenciales del Derecho Penal y cuatro ejercicios sobre materias esenciales del Derecho Público.

El examen oral se extiende a los ámbitos de examen, así como al campo profesional elegido. Para cada participante en el examen, se prevé una duración total del examen de alrededor de 50 minutos, de los que 15 minutos corresponden al campo profesional.

2. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social en el 2º examen de Estado

Es materia de examen en el segundo examen de Estado para juristas la materia de examen del primer examen de Estado para juristas. En relación con ello, se aplican conocimientos avanzados en los respectivos ámbitos jurídicos.

En Derecho del Trabajo, ante todo, está el procedimiento ante los tribunales de trabajo en sus rasgos fundamentales. En este caso, según la JAPO, ¡uno de los cinco ejercicios sobre cuestiones fundamentales del Derecho Civil debe comprender obligatoriamente el Derecho del Trabajo!

El campo profesional elegido se preguntará en el examen oral.

En el campo profesional Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, se aplican todavía, por tanto:

- Derecho de organización de la empresa
- Derecho del convenio colectivo
- Procedimiento ante el tribunal de trabajo sin limitación a los rasgos fundamentales
- Fundamentos del Derecho de la Seguridad Social, del Derecho de promoción del empleo y del proceso ante los tribunales de Seguridad Social.

3. Recursos del examen

Junto a los textos legislativos ya admitidos en el primer examen, son también admisibles en el segundo examen comentarios de leyes determinados.

VII. CONCLUSIÓN

Los estudios jurídicos en la U[niversidad]F[riedrich-]A[lexander] proporcionan únicamente conocimientos básicos en Derecho individual del Trabajo. Estos son materia de examen en el primer examen de Estado.

Los conocimientos básicos se profundizan durante el período de prácticas, ante todo, en el curso sobre Derecho del Trabajo. Se construirán conexiones con el Derecho colectivo y el Derecho de organización de la empresa, así como se proporcionarán conocimientos básicos del proceso ante el tribunal de trabajo. En el segundo examen, el Derecho del Trabajo debe comprender obligatoriamente uno de los cinco ejercicios finales sobre Derecho Civil.

Sólo se proporcionarán conocimientos avanzados en Derecho del Trabajo en las materias esenciales.

Respecto de ello, en la U[niversidad] F[riedrich-][Alexander], es posible elegir la materia esencial «Ordenación de la empresa y del trabajo». Ésta incluye la visita a cursos especiales, la redacción de un trabajo de seminario, así como el control en el marco del examen oral de la Universidad.

En el período de prácticas, en todo caso, pueden adquirirse conocimientos avanzados en el ámbito obligatorio electivo, para el campo

profesional Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Aquí, ante todo, se incluyen también los ámbitos del Derecho colectivo del Trabajo. En el campo profesional, el graduado en prácticas participa en cursos especiales. Soporta, en relación con ello, un examen oral en el marco del segundo examen de Estado.

El Derecho de la Seguridad Social no es materia obligatoria ni del primer examen ni del segundo examen de Estado.

En el marco de la materia universitaria esencial «Organización de la empresa y del trabajo», también se prevé aquí sólo una introducción al Derecho del aseguramiento social.

En cambio, adquiere más importancia en el marco del campo profesional «Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social», que puede elegirse durante el período de prácticas jurídicas. Aquí se tomarán en consideración detalladamente los Libros del Código de Seguridad Social.

EL DERECHO MERCANTIL COMO PREDECESOR HISTÓRICO DEL DERECHO LABORAL, Y SU RECÍPROCA INFLUENCIA

[COMMERCIAL LAW AS A HISTORIC PREDECESSOR OF LABOR LAW, AND
THEIR RECIPROCAL INFLUENCE]

José Luis García-Pita y Lastres

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2015

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO CIVIL, FRENTE A DERECHO MERCANTIL Y A DERECHO LABORAL: DOS FORMAS DISTINTAS DE SER “ESPECIAL” UNA RAMA DEL DERECHO.- III. PUNTOS DE CONTACTO, INTERFERENCIAS Y TRANSVASE DE INSTITUCIONES, ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO LABORAL.- 1. Puntos de contacto e interferencias entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral.- 2. Transvase de instituciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral. 2.1.- Instituciones organizativas.- 2.2. Aspectos contractuales.- 2.3. La Seguridad Social; del Derecho del Seguro privado, al Derecho Laboral.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. CIVIL LAW, IN FRONT OF COMMERCIAL LAW AND OF LABOUR LAW: TWO DIFFERENT KINDS OF BEING A “SPECIAL” BRANCH OF THE LAW.- III. CONTACT POINTS, INTERFERENCES AND TRANSFER OF INSTITUTIONS, BETWEEN COMMERCIAL LAW AND LABOUR LAW.- 1. Contact points and interferences between Commercial Law and Labour Law.- 2. Transfer of institutions between Commercial Law and Labour Law. 2.1.- Institutions of organization.- 2.2. Contractual aspects.- 2.3. Social Security; from the Law of the private Insurance, to Labour Law.

Resumen: Derecho Mercantil y Derecho Laboral son dos ramas especiales del Derecho español, considerando la cuestión desde el punto de vista del Derecho Civil. La primera se define como el Derecho privado especial de los empresarios, en sus relaciones externas o el Derecho privado regulador de la dimensión externa de la Empresa, mientras que el segundo se define como el Derecho que regula las relaciones entre empresarios [como empleadores o patronos] y trabajadores basadas en el Contrato de Trabajo, un contrato –también– de Derecho privado, o como el Derecho regulador de la dimensión interna de la Empresa, dotado –

además- de un intenso carácter tuitivo o protector del trabajador, basado en el principio “*pro operario*”.

Sin embargo, a pesar de sus diferencias, que muchos creen profundas e irreconciliables, Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten algunos rasgos y algunos componentes: para empezar, la común referencia conceptual a la Empresa y al Empresario. En segundo lugar, la importancia fundamental del Contrato, como fuente de obligaciones recíprocas e incluso como potencial fuente del Derecho. También existen instituciones que han actuado como “especies migratorias” entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral –la Cooperativa, la Seguridad Social [nacida como una variedad social de los Seguros privados de enfermedades y accidentes laborales]...-. Tampoco cabe olvidar las numerosas y diferentes vías de participación de los trabajadores, sea en los beneficios o en la propia dirección de la Empresa, que -por el momento- solamente han podido implementarse a través de técnicas de Derecho Mercantil.

***Abstract:** Commercial law and Labour law are two special branches of the Spanish Law, considering the question from the point of view of the General Civil Law. The first one is defined as the private special Law of the businessmen, in his external relations or the private regulatory Law of the external dimension of the Enterprise, whereas the second one is defined as the Law that regulates the relations between businessmen [as employers or masters] and workers or employees, based on the Contract of Employment, a contract - also- pertaining to Private Law, or as the regulatory Law of the internal dimension of the Enterprise, endowed - besides - of an intense employee or worker-protective sense, based on the "pro operario" principle.*

Nevertheless, in spite of their differences, which many people believe deep and irreconcilable, Commercial Law and Labour Law share some features and some components: first, the common conceptual reference to the Enterprise and to the Businessman or Entrepreneur. Secondly, the fundamental importance of the Contract, as source of reciprocal obligations and also as a potential source of the Law. Also there are institutions that have acted as “migratory species” between the Commercial law and the Labour law -the Cooperative, the National Health Service [born as a social variety of the private Occupational diseases and accidents Insurances]...- And we must not forget, also, the numerous and different ways of participation of the workers, either, be in the benefits or in the own direction of the Enterprise, which -by the moment- only could have been implemented through Commercial law techniques.

Palabras clave: Derecho especial – Empresa/Empresario – Trabajador – Cooperativa – Seguridad social

Keywords: *Special Law – Enterprise/Entrepreneur – Worker – Cooperative society or company – Social security*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya unos cuantos años, en un foro jurídico dedicado al Derecho del Trabajo, hube de intervenir en calidad, no de ponente, sino de introductor o presentador de intervinientes y ponencias, y, en tales circunstancias, me pareció oportuno justificar mi participación en dicho foro, pues uno no puede dejar de preguntarse qué hace un mercantilista presentando unas Jornadas de Derecho Laboral. ¿Acaso se espera “del enemigo, el consejo”? ¿Existe algún tipo de conflicto irreductible entre mercantilistas y juslaboralistas, que erija, entre ellos, un muro infranqueable de desconfianza? Más, aún: ¿qué puede decir un mercantilista de las instituciones propias del Derecho Laboral?

En líneas generales, el Derecho Mercantil puede y debe definirse como el “Derecho [privado] de los Empresarios”⁽¹⁾ y esta afirmación tan sencilla constituye, al propio tiempo, la *Némesis* del Derecho Mercantil, pues la alusión a los “empresarios”, y la afirmación de que el Derecho Mercantil es el Derecho “de ellos” –Incluso este “ellos”, parece tomado del título de una película de terror: “ellos”; “los otros”–, parece que suscita en el inconsciente colectivo una suerte de imágenes negativas: es hablar de Derecho “de los empresarios”, y venir a la mente de los legos,

¹ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Instituciones de Derecho Mercantil”, t. I, edit. THOMSON-REUTERS/ARANZADI, S.A., 36ª ed. [9ª en Aranzadi], Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 67. BROSETA PONT, M.: “La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil”, edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1965, p. 295. OLIVENCIA RUIZ, M.: en VV.AA.: “Derecho mercantil”, coord. por G. Jiménez Sánchez, edit. ARIEL, S.A., 1 ed., Barcelona, 1990, p. 33. Asimismo, ENNECERUS, L. y NIPPERDEY, H.-C.: “Derecho civil (Parte General)”, en ENNECERUS, L., KIPP, Th. y WOLFF, M.: “Tratado de Derecho civil”, t. I, vol. 1º, “Introducción. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del derecho”, 13º rev. por H.C. Nipperdey, trad. esp. de la 39ª ed. alemana, por B. Pérez González y J. Alguer, edit. BOSH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1947, p. 2. BALLERSTEDT, K.: “Was ist Unternehmensrecht?”, en VV.AA.: “Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1977, p. 20, quien señala que “el concepto del Comerciante -“Kaufmann”- como ejerciente autónomo de una actividad constitutiva de Empresa, en cuyo nombre se llevan los negocios, tiene la fuerza sistematizadora que le corresponde en el sistema subjetivo del HGB. BAUMBACH, A., DUDEN, K. y HOPT, K.H.: “Handelsgesetzbuch”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 28ª ed. actualizada, Munich, 1989, p. 2. BROX, H.: “Handelsrecht und Wertpapierrecht”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 3ª ed., Munich, 1983, p. 1. BRÜGGEMANN, D.: en VV.AA.: “HGB. Großkommentar”, dir. por H. Staub, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed. actualizada, t. I, Berlin/N.York, 1983, p. 4. CAPELLE, K.H. y CANARIS, C.W.: “Handelsrecht”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 20ª ed., reelaborada y ampliada, Munich, 1985, p. 1. HOPT, K.J. y MÖSSLE, K.P.: “Handelsrecht”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1986, ps. 14 y s. WIEDEMANN, H.: “Handelsrecht einschließlich Bilanzrecht”, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 6ª ed., Munich, 1992, p. 1.

e incluso de muchos que no lo son, conceptos como OPA hostil, concursos de acreedores, retribuciones millonarias de los “managers” de las grandes sociedades, “stock-options”, escándalos financieros, letras protestadas, cuentas bancarias en descubierto, aseguradoras que se resisten a pagar las indemnizaciones, bancos que cobran comisiones por servicios no prestados, cajas de ahorros que practican la usura, publicidad engañosa, consumidores defraudados, e incluso trabajadores despedidos... Y es que, aunque el Derecho mercantil fija su atención central en los empresarios, ciertamente no parece que con ello les haga ningún “regalo”, sino que **reconoce su función social, junto con los riesgos que ella comporta**, y –por ese mismo motivo– los somete a una serie de **deberes profesionales**, especialmente rigurosos, que no encuentran parangón en el ámbito del régimen jurídico de los demás ciudadanos. Pues bien; en este sentido, el Derecho Mercantil debe ser mirado como un Derecho “de” los empresarios, **pero no como un Derecho “para” los empresarios; no como un agregado normativo cortado a la medida de los intereses, particulares y egoístas, de ciertos sujetos, en detrimento de otros**. El Derecho Mercantil debe ser mirado desde una perspectiva parecida a la que se ha impuesto, p.e., en el moderno Derecho Administrativo: si éste sirve para proteger los derechos e intereses del ciudadano, frente a los Poderes Públicos, controlando las prerrogativas y potestades exorbitantes de la Administración... El Derecho Mercantil debe ser considerado como un Derecho **que regula –y propicia– el correcto desarrollo de la actividad de los empresarios**, protegiendo a los **terceros** que con ellos se relacionan... Y protegiendo especialmente –redobladamente– a aquellos terceros que, cuando tratan con los empresarios, se hallan constitutivamente situados en una posición de inferioridad: los **consumidores**, los **inversores**.... Incluso los **trabajadores**.

¿Que el Derecho mercantil protege a los trabajadores? Pues, sí; cuando menos **así fue** y así podría haber seguido siendo, ya que el Derecho Mercantil constituye el antecedente histórico del Derecho del Trabajo; por lo menos, del Derecho positivo especial del Trabajo. Antes que éste existiera, ya existía –hacia varios siglos– el Derecho Mercantil, aunque las relaciones socioeconómicas hoy calificadas como laborales, que ya existían –también– por aquel entonces, no eran objeto de un agregado normativo específico; de una rama especial del Ordenamiento jurídico, destinada a proteger a los trabajadores asalariados, por cuenta ajena. Y, así, cuando esos trabajadores no tenían otra fuente de regulación que el Código Civil y una Ley de 1873, sobre trabajo de los menores... era el **Código de comercio de 22.08.1885**; nuestra Ley mercantil principal y básica, la fuente instrumental que regulaba –y además, en términos relativamente ventajosos– la situación de los **colaboradores gerenciales del Comerciante** y los **colaboradores –y no sólo gerenciales, sino incluso “manuales” o no cualificados– del Naviero**, estableciendo un sistema de despidos por causas tasadas, más riguroso –y, por tanto, más beneficioso para los trabajadores– que el previsto en el Código civil, de 1889 –el cual, por cierto, es cronológicamente *posterior* al CCo.–, respecto de los “*criados y menestrales*”.

En cambio, el **Derecho Laboral** es una “rama particular del árbol jurídico” ⁽²⁾, que se caracteriza o se identifica como “el ordenamiento jurídico de las relaciones de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena (y, en cuanto tal, retribuido)” ⁽³⁾ o como “el conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regula las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena” ⁽⁴⁾, sí que merecería ser calificado como un Derecho “de” los trabajadores; más, aún: sería, esta vez sí, **un Derecho “para” los trabajadores**; esta vez, sí **un agregado normativo cortado a la medida de los intereses de ciertos sujetos –los trabajadores–, en detrimento de otros: los empresarios que los contratan**. Es un Derecho –y permítaseme esta expresión que puede parecer malsonante pero que en modo alguno lo pretende, sino solamente aparecer como intensamente expresiva y sugestiva- “con los dados cargados” por el principio “*pro operario*”. Justo, al contrario que el Derecho Mercantil, en el que –propriadamente- las instituciones no se hallan imbuidas de –ni conformadas por- **ningún** supuesto principio “*pro mercatore*”, sino –en el mejor de los casos- “*pro utenti*” y, acaso, “*pro mercatura*”; un Derecho que tutela y defiende la actividad, objetivamente considerada... más que al sujeto que profesionalmente la desarrolla. En Derecho mercantil no rige, salvo en circunstancias singulares y concretas, ninguna regla hermenéutica del tipo “*in dubio, pro mercatore*”

El **Contrato Laboral** o “*Contrato de trabajo*”, lo es –“*laboral*” o “*de trabajo*”- precisamente porque tiene por objeto crear entre las partes contratantes una relación socioeconómica que, desde el punto de vista jurídico, reúne ciertas condiciones que la caracterizan como relación jurídico-laboral ⁽⁵⁾; a saber: se trata de una relación –por lo general- continuada de intercambio de trabajo dependiente y por cuenta ajena, por una prestación salarial ⁽⁶⁾. Y esta afirmación posee una importancia trascendental porque calificar a una relación contractual, como relación contractual “*laboral*” o “*de trabajo*”, conlleva unas consecuencias de alcance ordinamental: el sometimiento de la relación a un agregado normativo específico que es el Derecho “*laboral*” o Derecho “*del trabajo*”.

² MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, edit TECNOS [GRUPO ANAYA,S.A.], 30ª ed., Madrid, 2009, p. 32.

³ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 37.

⁴ BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción al Derecho del Trabajo. Concepto e Historia del Derecho del Trabajo. La Empresa. El Sindicato. La Administración Laboral nacional e internacional. Las Fuentes del Derecho del Trabajo. La aplicación del Derecho del Trabajo*”, edit TECNOS [GRUPO ANAYA,S.A.], 13ª ed., Madrid, 2003, p. 53.

⁵ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

⁶ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

II. DERECHO CIVIL, FRENTE A DERECHO MERCANTIL Y A DERECHO LABORAL: DOS FORMAS DISTINTAS DE SER “ESPECIAL” UNA RAMA DEL DERECHO

El Derecho del Trabajo; cuando menos, el Derecho del Contrato de Trabajo es, básicamente, Derecho privado (⁷) patrimonial, aunque especial. Es Derecho **privado**, aunque en torno a su núcleo fundamental se haya generado una vasta serie de normas e instituciones de Derecho público; constitucional, administrativo, penal y procesal; un fenómeno que –hasta cierto punto- se da, también, en el Derecho Mercantil, lo cual se explica precisamente porque el caso del **Derecho Laboral** –como en el caso del Derecho Mercantil-, al referirse su objeto a un sector especial de la realidad socioeconómica, y –por consiguiente- a un sector especial del Ordenamiento jurídico; identificado o delimitado por razón de la *materia* concreta a la que se refiere –una rama o sector *especial* del Ordenamiento-, lo convierte en objeto de una regulación transversal y multidisciplinar, que –sobre un mismo determinado sector de la actividad- hacen converger *normas* de diversos tipos, por razón de su contenido y naturaleza jurídica; normas tanto de Derecho privado como normas de Derecho público; normas que regulan relaciones Empresario/Trabajador, pero también normas que regulan las relaciones de estos sujetos con la Administración pública laboral o con la Seguridad Social [No hay más que analizar el contenido del **Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**, aprobado por **Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20.06.1994** [TRLGSS.], para apercibirse de lo intensísimamente “*administrativo*”; público, que es], y que –en determinados casos- precisan de la protección deparada por el Derecho penal, con lo que, en definitiva, ciertas conductas ilícitas, en el ámbito laboral, pueden dar lugar a cada uno de estos diversos tipos de responsabilidad: baste considerar el puro hecho de la existencia de una norma como el **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 04.08.2000, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social** [TRLISOS.], cuyos arts. 1º y 3º nos revelan que en materia laboral o social pueden concurrir una responsabilidad administrativa *laboral*, una responsabilidad *penal* laboral,... e incluso la responsabilidad administrativa *general*. Y todo esto, sin perjuicio de que –además- puede el Empresario incurrir en responsabilidad civil, a consecuencia –p.e.- de accidentes laborales sufridos por trabajadores dependientes del mismo, sobre la base de los arts. 1902, 1903 y 1904, CC., que regulan, con carácter general, la responsabilidad civil extracontractual (⁸).

⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. TECNOS, S.A., 13ª ed., Madrid, 2004, ps. 51 y ss.

⁸ SECO GARCÍA-VALDECASAS, J.: “Responsabilidad civil del empresario, derivada de accidentes laborales (I). Un accidente laboral puede generar responsabilidad civil del titular de la empresa, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil”, extraído de “*RC, ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120*”

Sin embargo; es –fundamentalmente, nuclearmente- Derecho *privado*, el Derecho del Trabajo, porque la relación socioeconómica típica, sobre la que versan sus normas –la relación laboral; las diversas relaciones laborales- surgen de los **contratos de trabajo**, que son negocios jurídicos celebrados entre particulares que ni actúan como portadores de intereses generales, sino particulares, ni se hallan dotados de potestades exorbitantes; es decir: carecen de “*imperium*” o no lo ejercen [No concurren los elementos que contemplan el art. 103, Const.Esp. o los arts. 1º, 2º y 3º Ley nº 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común, en relación –p.e.- con los arts. 1º, nº 2 y 2º, nº 1 de la Ley nº 6/1997, de 14.04.1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado]. En este sentido, un contrato de trabajo es un contrato privado, que se somete al Derecho privado... solo que se trata de un contrato normado ⁽⁹⁾, sometido a importantes limitaciones legales de la autonomía privada, porque el Derecho del Trabajo -y concretamente el Derecho del Contrato de Trabajo- es Derecho privado *especial*.

Cierto que, entre la Doctrina juslaboralista más prestigiosa, se opta por minusvalorar la caracterización del Derecho del Trabajo como Derecho “*especial*” ⁽¹⁰⁾, prefiriéndose caracterizarlo como un Derecho “*autónomo*” ⁽¹¹⁾; cierto que se sostiene que “[I]a distinción Derecho común-Derecho especial (particularmente, si se aplica a las relaciones entre Derecho civil y Derecho del Trabajo) tiene más interés histórico que valor actual” ⁽¹²⁾, pues “*aquel supra-Derecho al que la referencia era indispensable para entender cualquier fenómeno jurídico (‘Ius Civile’, frente al Derecho pretorio, o, más tarde, frente a los derechos bárbaros y al Derecho canónico) tiene poca relación con la disciplina que hoy llamamos Derecho civil*” ⁽¹³⁾. Mas, en mi opinión, este planteamiento historicista, siendo formal e incluso sustancialmente certero, puede conducir a unas consecuencias erróneas, sobre todo cuando se aduce otro argumento que me parece, ya, falaz –no falso-, a saber: que “*difícilmente puede ser el civil un Derecho común respecto de*

revista de responsabilidad civil”, p. 3 [de 13], en <http://www.anifer.es/files/0110.1300790221.GIZR7283HRMJ7911NETT3310NYBU3262.pdf>

⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

¹⁰ BORRAJO DACRUZ, E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., ps. 53 y ss., quien señala que la propia definición de Derecho del Trabajo que él propone “*es la que corresponde al Derecho del Trabajo contemporáneo o, si se quiere, al Derecho del Trabajo como Derecho ‘especial’, pero no sería válida para los datos históricos anteriores a una etapa político-social que muy bien podría fecharse, en el orden internacional, entre 1919 y 1931*”. MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45.

¹¹ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., ps. 42 y ss.

¹² MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 45.

¹³ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270.

ordenamientos (como el laboral) que han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles”.

Deseo, pues, manifiestar mi total disconformidad con este último razonamiento, que es –en sí mismo- contradictorio; es decir: que cuanto más cierto es, más debe conducir a una conclusión opuesta. Cuanto más cierto es que los “ordenamientos” –los Derechos- especiales, como el Laboral, “han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles”, más evidente se hace que el Derecho civil debe proporcionarles, de forma subsidiaria o supletoria, aquellos principios y normas generales y básicas, que son “suficientes” para satisfacer las necesidades exigidas por los sectores especiales del Ordenamiento. Además, ese razonamiento conforme al cual se afirma que “*difícilmente puede ser el civil un Derecho común respecto de ordenamientos (como el laboral) que han surgido justamente como reacción frente a la insuficiencia –cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles*”, ignora el hecho histórico de que, precisamente el Derecho Civil actual, fue el que recogió, primero, y después llevó a los códigos y leyes positivas, las construcciones dogmáticas de las instituciones básicas del Ordenamiento jurídico, en el plano patrimonial. Y es que no se puede olvidar que tanto el Trabajador como el Empresario, antes que ser “trabajador” y “empresario”, son personas, son sujetos de Derecho; son “ciudadanos”; son “cives”, sometidos al Derecho; un Derecho casi no necesitado de adjetivos... si no fuese porque junto a él aparecen un llamado Derecho “administrativo” y un denominado Derecho “penal”, que obligan a caracterizar al primero como “privado”, frente a estos otros dos, por su común aplicación a todos los “cives”; a todas las personas, incluso a las de Derecho público, cuando actúen “sine imperio”. Que esto es así, se demuestra con una simple lectura del conjunto de normas jurídicas que, en virtud del Real Decreto Legislativo nº 1/1995, de 24.03.1995, se han convertido y se han congregado y consolidado en un Texto refundido de Leyes, viene titulado –y definido- como el Texto refundido de **la Ley del Estatuto “de los Trabajadores”**; no de todos los ciudadanos o de todos los extranjeros que se vean sometidos al Ordenamiento jurídico español; no de todas las personas –físicas o jurídicas- sin distinción, no de todos los sujetos de derecho “*sic et simpliciter*”, sino **solamente “de los trabajadores”** (14). De hecho, el propio hecho de calificarse esa misma Ley como

¹⁴ Por el contrario, los preceptos que formal el Tít. Preliminar del Código civil español, que eluden cualquier referencia subjetivo personal, caracterizadora o especificadora de cualquier supuesta condición especial de los sujetos de Derecho. Así, p.e., si fijamos nuestra atención en los arts. 6º y 7º, CC., veremos que establecen que “[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. ¿Mas su ignorancia *por quién* y su cumplimiento *por quién*? También se nos dice –p.e.- que “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, y que “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la

ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120 69

“*estatuto*”, ya sugiere la idea de limitación subjetiva; de especialidad, frente a una Ley que es común ⁽¹⁵⁾.

Situación parecida la plantea la existencia, frente al Código “civil”, de un Código “*de comercio*” [Cco./1885], cuyo propio art. 1º pone de manifiesto la **especialidad** subjetiva o, mejor dicho, **subjetivo-funcional** de las relaciones socioeconómicas que regula, y de las normas jurídicas de que se sirve para regularlas: “*Son comerciantes los que, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedicaren a él habitualmente*” y también “*las compañías mercantiles e industriales...*”. Nuevamente, en claro contraste con el hecho de que el CC. venga dedicado a “*las personas*”, en general; “*pari passu*” con cualesquiera otros sujetos de derecho, el Cco./1885 se ocupa, únicamente, de los comerciantes y de los que describe como “*actos de comercio*” [art. 2º, Cco.]. De todos modos, obsérvese –como ya anticipé– esa diferencia de enfoque regulador, que se refleja en los títulos de las referidas disposiciones; mucho más **personalizado o personalista**, en el caso de la Ley laboral que –insisto– se denomina Estatuto “*de los trabajadores*” [“*Ius operariorum*”], mientras que, en el caso de la Ley mercantil, que se describe como Código “*de comercio*”, el enfoque –siendo institucionalmente subjetivo [“*Ius mercatorum*”]–, es **objetivo-funcional**, desde el punto de vista teleológico [“*Ius mercaturæ*”]; es decir: que, a través de las normas jurídico-mercantiles, el Ordenamiento jurídico español protege y tutela la actividad empresarial... más que al propio Sujeto-agente, protagonista de ella.

norma que se hubiere tratado de eludir”. Mas, en estas circunstancias, nuevamente nos vemos obligados a interrogarnos sobre: ¿de *quién* son o de *quién* proceden esos actos contrarios a las leyes imperativas o prohibitivas? ¿A *quién* se aplicarán las normas que los mismos, propios sujetos, tratan de eludir mediante actos, suyos, amparados por el texto de una norma, aplicada en fraude de ley? Y con ánimo de ser breve y conciso, cuando el art. 7º, CC. dispone que “[l]os derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, la primera interrogante o la primera cuestión que quien lee esa norma es: ¿a *quién* pertenecen esos derechos; a *quién* vienen atribuidos o reconocidos? ¿De *quién* se espera esa buena fe, en su ejercicio? Y la respuesta solamente puede ser, con carácter de regla general; de principio general, no sólo jurídico sino incluso lógico, que todas esas referencias deben ser interpretadas como a todo sujeto de Derecho que se integre en el Ordenamiento jurídico español, que es el primer concepto –con el de fuente– que aparece en el CC., ya en su mismísimo art. 1º. Y la conclusión o –mejor– la consecuencia lógica de todo ello es que el Lib. Iº, CC. venga dedicado a “*Las Personas*”, sin otra cualificación que su condición de nacionales o extranjeros, o su estado civil –solteros, casados, divorciados...–, para pasar a ocuparse, luego, de las Personas jurídicas, pero –insisto– “*pari passu*” de cualquier otro sujeto de derecho.

¹⁵ Y es que –de acuerdo con el Diccionario R.A.E.– la voz *estatuto* (Del lat. *statūtum*) posee cuatro acepciones, y en dos, si no tres, de ellas, subyace o está latente una referencia a la especialidad; al referirse dicho Estatuto a personas concretas y específicas, y no al común de los sujetos de derecho: 1. m. Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo. 3. m. Ley especial básica para el régimen autónomo de una región, dictada por el Estado de que forma parte. 4. m. *Der.* Régimen jurídico al cual están sometidas las personas o las cosas, en relación con la nacionalidad o el territorio

Por todo lo expuesto, también hay que considerar que lo que sucede es que, además de privado, el Derecho Civil posee la cualidad o la condición de ser **Derecho común** –“el” Derecho “Común”-, porque –inevitablemente; por razones de pura necesidad lógica- es el que regula el conjunto de las relaciones sociales –en este caso, “*inter privatos*”- de acuerdo con los principios y según las técnicas que inspiran el ordenamiento jurídico general ⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, si admitimos que la razón de que existan Derechos “*especiales*”, como el Laboral o Derecho “*del Trabajo*”- fue “*la insuficiencia – cuantitativa y cualitativa- de las normas civiles*”, lo que esto significa – contrariamente a lo que han manifestado algunos autores, en punto a negar al Derecho Laboral, la cualidad de Derecho “*especial*”- no es que estemos ante nuevas ramas “*generales*” [decirlo, tan sólo, ya parece una “*contradictio in terminis*”], sino que lo único que supone es que esos “*Derechos especiales*” –que ese Derecho especial, que es el Derecho del Trabajo- se caracterizan como especiales por el hecho de que “*se apartan de la regla general y son relativos a clases especiales de personas, cosas y relaciones*”, aunque –en realidad- no basta con que tales Derechos especiales se refieran sólo a determinadas clases, sino que es preciso que **aparten a esas clases de la esfera de imperio de una ley general que, en sí misma considerada, también sería valedera para ellas, sometiéndolas a una disposición especial** ⁽¹⁷⁾, y la consecuencia de esta cualidad es que quedan autolimitados y sus insuficiencias o lagunas quedan cubiertos o suplidos por el Derecho común; razón por la cual –como veremos- respecto de la legislación laboral, el Derecho Civil constituye el Derecho *común* ⁽¹⁸⁾.

¹⁶ MANGARELLI,C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación con el Derecho Civil”, en “*Revista Latinoamericana de Derecho Social*”, Núm. 7, julio-diciembre de 2008, p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>

¹⁷ ENNECERUS/NIPPERDEY.: “*Derecho civil (Parte General)*”, en ENNECERUS,L., KIPP,Th. y WOLFF.M.: “*Tratado de Derecho civil*”, octava revisión, trad. esp. de la 32ª ed. alemana, por B.Pérez González y J.Alguer, t. I, vol. 1º, 13º rev., trad. esp. de la 39º ed. alemana, edit. BOSCH, Barcelona, 1937, ps. 187 y s. Respecto del Derecho del Trabajo, vid. BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., ps. 53 y ss., quien señala que “una cosa es la regulación jurídica del trabajo, y otra cosa es que esa regulación jurídica pueda erigirse frente al ordenamiento jurídico de ‘las demás’ relaciones sociales como un Derecho especial”, y aclara que –a tal efecto- que “*el Derecho especial es al que regula un haz de hechos o de relaciones sociales de acuerdo con unos principios y según las técnicas que si bien son distintos de los que caracterizan el ordenamiento jurídico aplicable a las demás relaciones sociales, se articulan entre sí sistemáticamente y valen como el ‘Derecho común’ de la específica realidad social sometida a su regulación*”. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 55.

¹⁸ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*”, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R.GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, p. 26.

Visto lo anterior, cabe señalar que el Derecho Laboral o del Trabajo no es el único Derecho “*especial*”, si se lo compara con el Derecho Civil: también es Derecho “*especial*”, respecto del Derecho Civil –y ya se ha señalado–, el **Derecho Mercantil** –y, concretamente, son especiales el Derecho mercantil de obligaciones y contratos, y el Derecho mercantil de sociedades–, porque también el Derecho Mercantil es, básicamente, Derecho privado patrimonial, aunque especial... separado –pero no aislado– del Derecho civil. Es **privado**, porque –una vez más– los contratos mercantiles son negocios jurídicos celebrados entre particulares que ni actúan como portadores de intereses generales, sino particulares, ni se hallan dotados de potestades exorbitantes; de “*imperium*”. Y las propias **compañías** mercantiles e industriales son **personas jurídicas de Derecho privado**, que no forman parte ni de la Administración General del Estado, ni de las Administraciones Autonómicas, ni de las Corporaciones Locales; no forman parte de ellas, insisto, ni siquiera aquellas sociedades de capital cuyas acciones o participaciones sociales se encuentran “en mano pública”, incluso aunque puedan verse afectadas –parcialmente– por algunas disposiciones del Derecho administrativo. Es más; en este sentido, un contrato mercantil de constitución de una sociedad es un contrato privado, que se somete al Derecho privado, pero, cuando se trata de la constitución de sociedades de capital dotadas de personalidad jurídica, nos encontramos –nuevamente– en presencia de otro contrato normado; de otro contrato sometido a importantes limitaciones legales de la autonomía privada, porque el Derecho mercantil de sociedades es Derecho privado *especial*, inspirado por el deseo de tutelar los intereses de los terceros acreedores sociales y de los propios socios, más que –propriadamente– el de las sociedades mismas [De nuevo predomina –desde el punto de vista teleológico o finalista– la tutela de la “*mercatura*”; la protección “*des Handels*” o de la “*Handelsgewerbe*”, sobre una hipotética protección de los intereses del “*mercator*” o “*Kaufmann*”].

Configurados así el Derecho Laboral y el Derecho mercantil, sus relaciones con el Derecho civil son muy estrechas, puesto que ambos representan dos grandes, de las tres grandes ramas del común tronco que se denomina Derecho privado. Sin duda el Derecho mercantil representa una rama autónoma respecto del civil, no sólo porque integra materias que nunca podrán quedar dentro del ámbito del Derecho Civil, sino sobre todo porque el Derecho mercantil no consiste sólo en una acumulación inorgánica de preceptos aislados excepcionales, respecto de las normas comunes, ni un simple capítulo en la sistemática general del Derecho civil (¹⁹). Y si esto es así, en el caso del Derecho mercantil... con mayor razón sucede en el caso del Derecho

¹⁹ VICENTE Y GELLA, A.: “*Introducción al Derecho mercantil comparado*”, edit. LABOR, Barcelona/Bs.Aires, p. 15, quien señala que la esencia de la especialidad y autonomía del Derecho mercantil se encuentra –precisamente– en la existencia de una regulación por partida doble de instituciones comunes a ambas ramas del Derecho privado: existen sociedades “*civiles*” y “*mercantiles*”; compraventas “*civiles*” y “*mercantiles*”, préstamos, depósitos, mandatos... Se trata de instituciones que poseen una afinidad substancial incuestionable, bien que “*exigen... un desenvolvimiento institucional diferente*”.

Laboral o del Trabajo. Por este motivo, el análisis de la cuestión de las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil debe partir de la consideración del Derecho del Trabajo como un Derecho especial ⁽²⁰⁾: El Derecho del Trabajo es un Derecho nuevo o “*un Derecho de nuestro tiempo*”.

Pues bien; hay que tener en cuenta que el Derecho Común, por su propia pretensión de generalidad, establece y proporciona unas reglas que, salvo las lógicas desviaciones impuestas por la especialidad de los Derechos especiales, tienen fuerza expansiva, pues no se trata de normas “*contra tenorem rationis*” ⁽²¹⁾, sino todo lo contrario: “*secundum tenorem rationis*”. Por este motivo, si partimos de la premisa de que Derecho Laboral y Derecho Mercantil son dos Derechos especiales, por contraposición al Derecho Civil... que juega el papel de Derecho Común, es evidente como lógico corolario de lo expuesto, que –dentro de ciertos límites- ese Derecho Común –civil- proporcionaría **una base institucional compartida entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil**; una base común que, por ser común, eliminaría o reduciría –en mayor o menor medida- el riesgo de potencial conflicto entre ambos, y que permitiría conocer, exponer y regular de forma adecuada ciertas situaciones y relaciones jurídicas –digamos- fronteras entre uno y otro, si no híbridas o mixtas de ambos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que Derecho laboral y Derecho Mercantil son dos agregados normativos de claro **sentido tuitivo**: en primer término, es obvio que el Derecho Laboral protege institucionalmente al Trabajador, frente al Empresario, no solamente porque –en el contexto de la relación jurídica que los une [la relación laboral]- el Trabajador aparece siempre, constitutivamente o de forma congénita, como la parte contratante débil, sino –además- porque esta relación es, para el Trabajador, **un elemento fundamental de procura existencial**: el Trabajador –en principio- vive de su trabajo.

Bien, pero **¿a quién protege el Derecho mercantil y por qué?** La respuesta es que protege a todos aquellos a los que puede afectar [negativamente] la insolvencia –y, en general, el ejercicio de la empresa- del Empresario: sus proveedores y financiadores, los clientes –sean o no consumidores- que esperan

²⁰ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 55. MANGARELLI, C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>

²¹ En cuyo caso habría que hablar, no de Derecho especial, sino de *Derecho excepcional*, que es todo aquel que regula un hecho o unas relaciones sociales de acuerdo con unos principios o según unas técnicas que representan una desviación o una contradicción con los que inspiran el ordenamiento jurídico general común. Si las reglas del Derecho común, por su pretensión de generalidad, tienen fuerza expansiva: admiten la interpretación extensiva, incluso, la analogía, mientras que las reglas del Derecho excepcional, por ser “*contra tenorem rationis*”, están limitadas en su alcance y no deben ser desarrolladas al aplicarse [MANGARELLI, C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/7/art/art5.pdf>>].

obtener de los empresarios y comerciantes, bienes o servicios... y también, a los trabajadores del empresario. Pero, aquí, el factor de la *“inequality of bargaining power”* no juega del mismo modo que en Derecho Laboral, porque –en este caso- el problema solamente afecta a una categoría muy especial de sujetos: los **consumidores** [en el caso de los trabajadores, el problema ya no compete al Derecho Mercantil, sino –precisamente- al Derecho del Trabajo]... y a aquellos financiadores o proveedores que pueden equipararse a los consumidores: los **inversores no especializados**, los **pequeños ahorradores** [depositantes bancarios; asegurados, tomadores de seguro y –de rebote- los beneficiarios de los seguros]. En realidad, el fundamento de la protección que depara el Derecho Mercantil a quienes no son consumidores, sino otros empresarios, no se encuentra en el factor de la *“inequality of bargaining power”*, sino en dos aspectos o circunstancias –a su vez, estrechamente relacionadas- que rodean a la actividad empresarial: riesgo de la **clientela** ⁽²²⁾ y el riesgo de la **solvencia propia** ⁽²³⁾, estrechamente vinculado al anterior-, y que **afecta igualmente a**

²² Raíz del sistema de Libre competencia. Vid. FONT GALÁN, J.I.: *“La Libre Competencia en la Comunidad Europea”*, edit. PUBLICACIONES DEL REAL COLEGIO DE ESPAÑA, Bolonia, 1986, p. 26. GARCÍA CACHAFEIRO, F.: “Capítulo I. Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia”, en VV.AA.: *“Derecho de la Libre Competencia, Comunitario y Español”*, coord. Por M^a.P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez, edit. THOMSON-ARANZADI, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 38. En efecto; para muchos autores, el aspecto de la libertad de decisión y de actuación de los diversos concurrentes -empresarios y usuarios- es absolutamente esencial y constituiría el objeto principal de las disposiciones sobre proscripción de las prácticas restrictivas de la Competencia, entendiendo por esta última el *“afán o esfuerzo autónomo”* [*“selbständige Streben”*] desarrollado por los empresarios, oferentes o demandantes, recíprocamente capaces de influir en el proceso económico, en la actividad negocial por medio de la manifestación publicitaria de la superioridad para el cliente de sus condiciones económicas. Así: COMMICHAU, G. y SCHWARTZ, H.: *“Grundzüge des Kartellrechts”*, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 1. IMMENGA, U.: Comentario al Artículo 1º GWB., en IMMENGA, U., MESTMÄCKER, E.-J. y otros.: *“Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Kommentar zum Kartellgesetz”*, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1981, p. 104. BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W.: *“Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze”*, edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 15ª ed. actualizada, Munich, 1988, p. 30, quienes aluden a la actividad de empresas independientes [*“selbständiger Unternehmen”*].

²³ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J.: “Capítulo 3º, El Empresario (i). Concepto. Clases y responsabilidades”, en VV.AA.: *“Curso de Derecho Mercantil. Estudio colectivo”*, dir. por R. Uría González y A. Menéndez Menéndez, coord. por M^a.L. Aparicio, t. I, *“Empresario. Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de sociedades”*, “Primera Parte. Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial”, edit. THOMSON-CIVITAS/ARANZADI, S.A., 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 70, identificando el Riesgo de Empresa con *“el riesgo de que los costes de la actividad sean superiores a los ingresos que se obtengan de la misma”*. GUYON, Y.: *“Droit des affaires”*, t. II, *“Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire - Faillite”*, edit. ECONOMICA, París, 1987, p. 5, quien señala que por desgracia *“es muy habitual que una empresa atraviese por dificultades económicas”*. Por su parte, JOBARD, J.-P.: *“Gérer l'Entreprise en difficulté”*, en VV.AA. [F.I.E.D.A.]: *“La survie des entreprises privées en difficulté. Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du Droit des affaires”*, coedit. Por WILSON & LAFLEUR/ÉDITIONS SOREJ, Montreal, 1982, p. 7, señala que *« la Empresa en dificultades económico-financieras es una empresa que no ha sabido adaptarse a las evoluciones, cuyas estructuras financieras se hallan más o menos desequilibradas y que ha perdido, o*

sus acreedores, que pueden perder sus créditos si el Empresario no puede hacer frente a los mismos. De este modo y en este aspecto, el que el Derecho Mercantil revela su **potencial virtualidad “social”**; es decir: su potencial eficacia protectora de los trabajadores. Por consiguiente, existen algunas importantes concomitancias entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil, en la medida en que ambos son ramas *especiales* del Derecho privado patrimonial... y ambos, aunque en diversa medida y con diferentes técnicas, *coinciden en la protección del Trabajador*.

Dada la común –o, cuando menos, paralela- finalidad tuitiva del Derecho Laboral y del Derecho Mercantil, no puede sorprender que ambos se aparten del Derecho civil o común, al regular sendos haces de hechos o relaciones sociales –aquellas en que intervienen empresarios y trabajadores, o bien aquellas en que intervienen empresarios... cualesquiera que sean las cualidades subjetivas de sus contrapartes [siempre que no se trate de Administraciones públicas “*cum potestate*”]- **de acuerdo con unos principios y según las técnicas que, si bien son distintos de los que caracterizan el ordenamiento jurídico aplicable a las demás relaciones sociales, se articulan entre sí sistemáticamente, y valen como el Derecho “común”** –dicho sea ésto, en términos necesariamente relativos- **de la específica realidad social sometida a su regulación**.

El Derecho Laboral protege al Trabajador con sus técnicas propias: convirtiendo el viejo Contrato de Arrendamiento de Servicios, civil o mercantil, presidido por una amplia autonomía de la voluntad... en un Contrato de Trabajo, **normado**; un contrato cuyo régimen está **impregnado de limitaciones a la autonomía privada**, sin que tales limitaciones lo transformen en una institución de Derecho público; estableciendo un sistema previdencial de Seguridad Social, con una Jurisdicción especial –la Jurisdicción Laboral, distinta de la Civil-... Por su parte, el Derecho Mercantil protege –también- al Trabajador, pero lo hace **de forma indirecta o mediata**: a través de las normas del “*status*” del Empresario; especialmente, a través de las normas del Derecho mercantil Contable, y de las normas sobre el Concurso. Mas, como la protección que depara el Derecho Mercantil a los trabajadores es indirecta y mediata... no siempre se aprecia, y –en consecuencia- parece que no existe, o –en caso contrario- no se le reconoce ese mérito al Derecho Mercantil, sino que se atribuye a otras ramas del Ordenamiento, incluyendo el propio Derecho del Trabajo. Y esta es una razón –entre otras- por la que el Derecho Mercantil cedió históricamente en su preocupación por el Contrato de Trabajo –o se vió despojado de ella-, de modo que esta última acabaría en las manos de esa nueva rama especial del Derecho, que se denominaría –primero- “*Derecho Social*”, para terminar convertida en el Derecho Laboral o Derecho del

está a punto de perder, su independencia financiera y su autonomía de decisión»; razón por la que ha de enfrentarse a la sanción por una mala gestión.

Trabajo. Es en este sentido o para poner de manifiesto esta situación, por lo que – en su momento- señalé que el primer Derecho “*del Trabajo*”; **un primer Derecho “proto-laboral” surgió dentro de la legislación mercantil**; que antes de que tuviera lugar una proliferación de disposiciones y normas jurídico-laborales que alcanzaron una “masa crítica” suficiente para dar nacimiento a una nueva rama del Ordenamiento jurídico –denominada Derecho Social, Derecho del Trabajo o Derecho Laboral-, cuando los trabajadores no disponían de otra fuente de regulación aplicable, que las normas del Código Civil, en materia de arrendamientos de servicios, y una Ley de 1873, sobre trabajo de los menores..., era el **Código de comercio de 22.08.1885**, el que protegía a los colaboradores o auxiliares dependientes del Comerciante y a los colaboradores dependientes –terrestres o embarcados- del Naviero. Si todo hubiera seguido así, bien podría haber llegado a suceder que no naciera el Derecho del Trabajo, y que el Derecho Mercantil se hubiese transformado, de forma absoluta, en un Derecho “*de la Empresa*”, regulador tanto de su dimensión externa –las relaciones con proveedores, financiadores y clientes del empresario o comerciante-, como de su dimensión interna: relaciones del Empresario, con sus trabajadores, y que –así- el Arrendamiento de servicios se hubiera convertido en un contrato “*mercantil*”, en el sentido de reconocerse como un contrato “*de empresa*”. Pero resulta que los principios que inspiraban el Derecho Mercantil, en materia de contratación, eran principios individualistas y no principios sociales: la autonomía de la voluntad del Derecho civil, basada en la igualdad de las partes contratantes, se extendía –asimismo- al Derecho mercantil, pero –en cambio- no podía ser aplicada a las relaciones de trabajo subordinadas, en las que no aparece la referida igualdad ⁽²⁴⁾, y esta circunstancia –la percepción de este fenómeno- hizo precisa la aparición de un “*nuevo Derecho*” [con esta expresión se enfatizaría su condición de nueva rama del Ordenamiento jurídico] y de un “*Derecho nuevo*” [con esta expresión se enfatizaría la especialidad teleológica-institucional de sus normas y sus principios], que estableciera sistemas de mecanismos protectores del trabajador que limitan su autonomía negocial, teniendo en cuenta la situación de desigualdad en la que se encuentra respecto del empleador.

Es en el año **1926**, cuando cabe afirmar –sin lugar a dudas- que se consolida, verdaderamente, esta nueva rama del Derecho privado, que es el Derecho del Trabajo, cuya manifestación más evidente es la promulgación del **Código del Trabajo**, aprobado por **Real Decreto-Ley de 23.08.1926**, y –por cierto- incluso de una serie de referencias a la Empresa ⁽²⁵⁾, el Empresario, las

²⁴ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁵ Ya su art. 2º preliminar disponía que un ejemplar de dicho Código se colocaría, “*en sitio visible, en toda clase de fábricas, industrias, Empresas o trabajos a que [fuese] aplicable*”. Por su parte, el art. 141 disponía que se consideraría “patrono” al “*particular o Compañía propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se prest[as]e. Estando contratada la ejecución o explotación de la obra o industria, se considerar[ía] como patrono al contratista, subsistiendo*

distintas actividades económicas etc., que habría causado la envidia de cualquier mercantilista. En ese mismo momento, surgió el Derecho del Trabajo; se “*separó del claustro materno*”, no tanto del Código civil, cuanto del Código de comercio, superando al Derecho Mercantil en el plano de la regulación de unas relaciones típicamente de empresa, como son las relaciones de trabajo asalariado. Y lo hizo – es decir: superó al Derecho Mercantil- **porque para el Derecho Laboral es más importante -desde el punto de vista conceptual y desde el punto de vista institucional o teleológico- la figura del “Trabajador”, que la del “Empresario”** –aunque conceptualmente la importancia de ambos sea la misma, ya que difícilmente podrá haber el Primero, sin el Segundo-. Y el Derecho Laboral superó al Derecho Mercantil en la regulación de las relaciones de trabajo asalariado hasta el punto de *no precisar*, ya, del “*Empresario*”, definido en sentido estricto, pues es obvio que el *Derecho del Trabajo* ha definido al *Empresario* más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que –propiamente- como

siempre la responsabilidad subsidiaria de la obra o industria...”, lo cual era fundamental, a los efectos de la interpretación del art. 145, párr. 1º, que declaraba al “patrono” ser “responsable de los accidentes, según se defin[ían] en el artículo 140, ocurridos a sus operarios, a menos que el accidente [fuese] debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente”, y especialmente claro, amplio y moderno –respecto del Cco./1885-, en cuanto a su visión netamente empresarial, era el art. 146, Cod.Trab./1926, que establecía que “[l]as industrias o trabajos que [darian] lugar a responsabilidad del patrono ser[ia]n: 1.º Las fábricas y talleres y los establecimientos industriales. 2.º Las minas, salinas y canteras. 3.º La construcción, reparación y conservación de edificios, comprendiendo los trabajos de albañilería y todos sus anejos, carpintería, cerrajería, corte de piedra, pinturas, etc. 4.º La construcción, reparación y conservación de vías férreas, puentes, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas, vías urbanas y otros trabajos similares. 5.º Las explotaciones agrícolas forestales y pecuarias, siempre que se encuentren en cualquiera de los siguientes casos y no sean objeto de una Ley especial: a) Que empleen constantemente más de seis obreros; b) que hagan uso de máquinas agrícolas movidas por motores inanimados. En este último caso, la responsabilidad del patrono existirá respecto del personal ocupado en la dirección o al servicio de los motores o máquinas y de los obreros que fuesen víctimas del accidente ocurrido en las mismas; 6.º El acarreo y transporte de personas y mercancías por vía terrestre, marítima y de navegación interior, y, la pesca. En el transporte marítimo, se entenderán comprendidas las personas que formen la dotación en los buques. 7.º Los trabajos de limpieza de calles, pozos negros y alcantarillas. 8.º Los teatros, con respecto a su personal obrero. También tendrá derecho el personal artístico y administrativo, siempre que sus haberes no excedan de 15 pesetas diarias. En todo caso, las indemnizaciones deberán computarse teniendo en cuenta la ganancia media anual de los interesados. 9.º Los Cuerpos de bomberos. 10. Los trabajos de colocación, reparación y desmonte de conductores eléctricos y de pararrayos, y la colocación y conservación de redes telegráficas y telefónicas. 11. Todo el personal encargado de las faenas de carga y descarga. 12. Los establecimientos mercantiles, respecto de sus dependientes, mancebos y viajeros. 13. Los hospitales, manicomios, hospicios y establecimientos análogos, con respecto a su personal asalariado, por los accidentes que sufra en el desempeño de sus funciones. 14. Las oficinas o dependencias de fábricas o explotaciones industriales, comprendidas en cualquiera de los números anteriores, con respecto a los empleados que tengan un sueldo menor de 5.000 pesetas anuales, cuando éstos fuesen víctimas de un accidente ocurrido en dichas fábricas, talleres o explotaciones, como consecuencia de los trabajos que de ordinario se ejecutan en los mismos”; un precepto –pues- que suscitaría la envidia de cualquier mercantilista empeñado en elaborar un nuevo código de comercio; empeño que –por lo demás- también se estaba tratando de conseguir, en los años 1926/1927.

agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “*laboral*” del Empresario, es más amplio que el concepto “*mercantil*”, a diferencia –tal vez- de lo que habría sucedido con el Cod.Trab./1926.

Derecho Laboral y Derecho mercantil son Derechos especiales, respecto del Derecho civil, mientras que entre ellos mismos media una relación, que no puede calificarse como de general a especial; no es el uno, el Derecho Común del otro no es uno la regulación especial, que se aparta de la regulación general, representada por la otra rama. Y no puede ser así... porque el Derecho Laboral es, históricamente, una rama que **se segregó por completo del Derecho Mercantil**; entre Derecho Laboral y Derecho mercantil existe la misma relación que existe entre la rama que se cercena del tronco, y el tronco del que fue arrancada... y no la que existe entre la rama que nace del tronco y vive de él y con él –que es la que vincula al uno y al otro, con el Derecho Civil-, porque comparten los mismos vasos leñosos y la misma savia. El Derecho del Trabajo es el **Derecho “social” del trabajo**, y en cuanto Derecho *social*, es un Derecho **especial**, pues sus **principios** – que los tiene, comenzando por el Principio “*pro operario*”- son **distintos** de los que inspiran o inspiraban el ordenamiento jurídico tradicional, que son los principios individualistas y no los principios sociales ⁽²⁶⁾. En este sentido, KROTOSCHIN afirma que el Derecho del Trabajo es un Derecho especial, por lo que “*deroga el Derecho común en todo lo que sea contrario a sus principios y normas positivas* [‘*lex specialis derogat generali*’]” ⁽²⁷⁾. Las normas especiales que integran el Derecho del Trabajo, tienden a formar un todo orgánico y, por ese motivo, poseen también ellas una propia fuerza expansiva, de modo que, cuando en ellas se aprecia la existencia de una laguna, en vez de acudir a las normas y principios del ordenamiento jurídico general, tal vacío se suple invocando los principios del propio ordenamiento parcial o singular ⁽²⁸⁾. Pero **¿hasta donde llega esta autonomía? ¿Son el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil dos ramas del ordenamiento absolutamente independientes –más aún, extravagantes-, respecto del Derecho civil... e incluso respectivamente extravagantes e incompatibles, la una respecto de la otra?** ⁽²⁹⁾.

²⁶ El trabajador profesional estuvo durante siglos sometido a una regulación inspirada en los principios y desarrollada según las técnicas comunes a la regulación general de la comunidad social: en cualquier país y edad se encuentra un régimen jurídico del trabajador profesional. La especialización aparece cuando la aplicación de la norma de Derecho común, que debía garantizar la paz social en el orden laboral, dio lugar a un problema tan grave que ha pasado a la Historia como la cuestión social por antonomasia: la cuestión obrera [MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 106: El Derecho del trabajo surge a raíz de las insuficiencias Del derecho civil para contemplar la situación de los trabajadores dependientes].

²⁷ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁸ MANGARELLI,C.: “El Derecho del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 107.

²⁹ Como pretendieron el alemán GOLDSCHMIDT y el italiano VIDARI, a quienes luego seguirían -como dice LANGLE RUBIO,E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 61- una legión de jurisconsultos de ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120

Ante todo, es preciso tener bien presente que, de la condición de Derecho “*especial*” debe **distinguirse** cuidadosamente la calificación o la noción –más antiguas y de mayor enjundia- de y como Derecho “*excepcional*”; noción que toma como punto de referencia la “*ratio iuris*” de las normas. En este sentido, el Derecho Común es Derecho *normal*; Derecho *regular*; Derecho que se ajusta a la norma o a principios que son generales, regulando una materia –la que sea, especial o general- sobre la base de **principios organizativos generales** ⁽³⁰⁾, mientras que el Derecho excepcional [“*ius singulare*”] es aquél **cuyo principio organizador se considera carente de una justificación de carácter general**, existiendo o dictándose en atención a **alguna conveniencia coyuntural** ⁽³¹⁾.

¿Es el Derecho Mercantil, un Derecho “excepcional”? ¿Lo es el Derecho Laboral? En mi opinión, el primero -el Derecho Mercantil- claramente **no lo es**, porque –insisto- aunque considerada la cuestión desde la perspectiva de su origen histórico, pudiera parecer que sí, en la medida en que un supuesto paradigmático de Derecho excepcional y privilegiado, sería el que supusiera una concesión en beneficio de una determinada *persona* o *clase* ⁽³²⁾, lo cierto es que **sus normas no van “contra tenorem rationis” de las del Derecho civil, en las mismas materias**; de hecho, su apartamiento o sus especialidades –con ser importantes y numerosas- lo son más bien en un sentido cuantitativo, que cualitativo, hasta el punto de que suele hablarse de un movimiento de reforma normativa dirigido a la Unificación del Derecho patrimonial privado, civil y mercantil. Y es que no cabe olvidar que, precisamente a partir de la Codificación decimonónica; sobre todo de la más avanzada, el criterio acotador de la mercantilidad, deja de ser el de la “*clase*”, para pasar a ser **el de la actividad o la organización de la actividad**; una actividad desarrollada en forma de organización económica, que –además- el Estado Constitucional ha declarado **abierta a todos los ciudadanos** [art. 38, Const.Esp.].

Por su parte, el Derecho Laboral parece *sí* apartarse en mayor medida del Derecho Civil, precisamente porque **su cualidad “social” contradice el individualismo iuscivilista. Sin embargo**, ni siquiera esta cualidad tan esencial del

todos los países.

³⁰ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27.

³¹ DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27. Respecto del Derecho del Trabajo, BORRAJO DACRUZ,E.: “*Introducción...*”, cit., 13ª ed., p. 54, señala que “*el Derecho excepcional es el que regula un hecho o unas relaciones sociales de acuerdo con unos principios o según una técnicas que representan una ‘desviación’ o una ‘contradicción’ con los que inspiran el ordenamiento jurídico general común*”.

³² DE CASTRO y BRAVO,F.: “*Compendio...*”, reimp. de la 5ª ed. act., p. 27, quien alude –igualmente- a la concesión de un privilegio en función del lugar.

Derecho Laboral da lugar a **ninguna –supuesta- “ruptura” con el resto del Derecho privado** ⁽³³⁾; razón por la cual el Derecho del Trabajo tampoco puede pretenderse absolutamente autónomo y desvinculado de otras ramas del Ordenamiento; concretamente, del Derecho civil, aunque –en realidad- ni siquiera del Derecho mercantil, ya que el Derecho del Trabajo no puede dar solución a todas las situaciones jurídicas que se presenten en dicho ámbito, por lo que —teniendo en cuenta la unidad del orden jurídico— en caso de lagunas en las normas laborales será necesario recurrir al Derecho civil (o a otras ramas del Derecho) para colmar dichos vacíos ⁽³⁴⁾. En consecuencia de todo lo expuesto, la aludida “autonomía” no es, ni puede ser, científica, pues los conceptos básicos son compartidos, en cuanto comunes al Derecho privado. De hecho, no se podría afirmar de ninguna rama del Ordenamiento jurídico que, desde la perspectiva de su dimensión científica, pueda ser **independiente de los conceptos y la metodología generales de cualquier otra disciplina científico-jurídica**. Y concretamente esto mismo hay que predicarlo del Derecho Laboral, que incluso en el plano normativo y ordinamental ocasionalmente ha de abrirse a la aplicación de normas civiles, y –por qué no- incluso hasta mercantiles.

Ahora bien; **la aplicación de normas civiles –o mercantiles- en la disciplina laboral se realizará sólo ante un vacío en la norma laboral y siempre que el concepto civil o mercantil que se pretende aplicar no vulneren normas, conceptos o principios inderogables del Derecho del Trabajo**. Así se respetan los particularismos del Derecho laboral [o su autonomía, según la posición que se sostenga] ⁽³⁵⁾. Así las cosas; **¿cómo ordenar las relaciones de convergencia –e incluso de potencial conflicto-, no entre Derecho Común y Derecho especial... sino entre dos Derechos o agregados normativos “especiales”, cuando los elementos convergentes parecen conducir a soluciones contradictorias?**

III. PUNTOS DE CONTACTO, INTERFERENCIAS Y TRANSVASE DE INSTITUCIONES, ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO LABORAL

1. Puntos de contacto e interferencias entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral

³³ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “Derecho del Trabajo”, cit., 13ª ed., p. 55.

³⁴ DE BUEN, N.: “Derecho del trabajo”, 3ª. ed., México, 1979, t. I, n. 42, p. 110, quien señala que, “(p)or muy desarrollada que esté una disciplina especial, nunca podrá colmar la totalidad de los problemas de sus sujetos, de sus actos y de sus normas, los que necesariamente estarán subordinados en última instancia a reglas del Derecho común”. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “Derecho del Trabajo”, cit., 13ª ed., p. 55. MANGARELLI, C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 108.

³⁵ MANGARELLI, C.: “El Derecho Del Trabajo y su relación ...”, cit., p. 109.

Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten varios aspectos comunes: para empezar, una cosa que tienen en común Derecho Mercantil y Derecho Laboral es la coincidente importancia que, en uno y en otro, tienen las referencias a los conceptos de “*empresa*” y “*empresario*” [art. 1º, nº 1, TRETrab. y art. 1º, CCo./1885, aunque éste prefiere hablar de “*comerciantes*” y de “*compañías mercantiles e industriales*”]. Por otra parte, Derecho Mercantil y Derecho Laboral también comparten el **enorme peso** específico del régimen de los **contratos**: del Derecho mercantil se ha dicho, en alguna ocasión, que era una disciplina destinada a regular un conjunto de *obligaciones y contratos* especiales, distintos de los civiles; en definitiva un Derecho –especial, eso sí- de Obligaciones y contratos ⁽³⁶⁾. Mas, a fuer de sinceros, hay que reconocer si ciertos sectores del Ordenamiento positivo y de la Ciencia jurídica merecen que se les aplique el calificativo de Derechos “*de Obligaciones y Contratos*”, quizá el Derecho mercantil no sea el que más lo merece, porque existen otras ramas del Ordenamiento jurídico en las que el componente juscontractual cobra una importancia fundamental. Y, así, además del Derecho mercantil, una de esas otras ramas del Ordenamiento jurídico –seguramente- sería el **Derecho Laboral** o Derecho del Trabajo; agregado normativo, dotado de autonomía jurídico-sustantiva y procesal [existe una Jurisdicción Laboral], científica y docente, e inspirado por el Principio “*pro operario*”, que gira –precisamente- en torno a *un contrato*, ya que el núcleo de aquél se encuentra polarizado en torno al fenómeno socioeconómico y jurídico del trabajo remunerado por cuenta ajena, que se instrumenta a través de la figura del **Contrato de Trabajo** ⁽³⁷⁾.

³⁶ Especialmente evidente, en este sentido, es el criterio de BOLAFFIO, L.: “*Leyes y Usos comerciales. Actos de comercio*”, en BOLAFFIO, L., ROCCO, A. y VIVANTE, C.: “*Derecho comercial. Parte General*”, t. I, trad. por D. Viterbo de Frieder y S. Sentís Melendo, prólogo y notas de Derecho argentino por C. Viterbo, edit. EDIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA, EDITORES, Bs. Aires, 1947, ps. 1 y ss., en esp. ps. 24 y 49.

³⁷ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., ps. 57 y ss., quienes señalan que el Derecho del Trabajo siempre ha perseguido la finalidad de *proteger al trabajador* [finalidad *tuitiva*], si bien se han ido añadiendo otros objetivos, como la *finalidad compensadora*, derivada de la posición economicamente *asimétrica* que ocupan Trabajador y Empresario. Sobre la citada asimetría, vid. BORRAJO DACRÚZ, E.: “*Introducción al Derecho del Trabajo. Concepto e Historia del Derecho del Trabajo. La Empresa. El Sindicato. La Administración laboral nacional e internacional. Las Fuentes del Derecho del Trabajo. La aplicación del Derecho del Trabajo*”, edit. Tecnos, S.A., 13ª ed., Madrid, 2003, ps. 57 y 360, quien señala que –a diferencia de la Compraventa y el Arrendamiento de cosas- el que “alquila” su propio trabajo no puede separarse del objeto arrendado; él, que es el sujeto, entre como objeto en la relación arrendaticia. *No comparto el análisis jurídico... pero no puedo estar más de acuerdo con el sociológico*, que da en el riesgo de la “*alienación del trabajador, en cuenta trabajador*”. La consecuencia, en el plano de las Fuentes del Derecho es la implantación del Principio “*pro operario*”, de modo que las normas deben aplicarse –interpretarse y colmarse- a favor del trabajador. Así, las normas laborales estatales tienen el carácter de obligatorias mínimas, siendo *irrenunciables* los beneficios que concedan al Trabajador.

Desde luego, Derecho Mercantil y Derecho Laboral comparten –sobre todo y por antonomasia- un común interés por el fenómeno “*empresa*”, y –en cierto sentido- ambos, quizá de diverso modo, resultan especialmente sensibles al mundo de las **organizaciones**. Lo que sucede es que uno y el otro se han “*repartido*” o han dividido entre ambos, las materias socioeconómicas vinculadas con la Empresa, sobre las que cada uno proyecta su atención: se suele afirmar con razón –al menos, traicionablemente- que el Derecho mercantil no proyecta su interés sobre el **aspecto interno de la Empresa**, cuya regulación le corresponde al **Derecho del Trabajo**, ya que ese aspecto interno es el pertinente a las relaciones jurídico-laborales, que median entre el Empresario y sus trabajadores, y -además- que hay que tener en cuenta que la Empresa es el centro de convergencia de múltiples y muy diversos intereses, objeto -a su vez- de atención por el Derecho administrativo, el Derecho fiscal, o el Derecho penal, etc. ⁽³⁸⁾. Sin embargo; ya advertí que el interés por los conceptos de “*empresa*” y de “*empresario*”, por parte del Derecho Mercantil y del Derecho Laboral, puede ser común... pero no es simétrico, sino claramente **asimétrico**: en su interés por el *aspecto interno* de la Empresa; por la regulación de las relaciones de trabajo asalariado, el Derecho Laboral ha terminado por construirse, a sí mismo; por delimitar su ámbito de aplicación, sus principios y sus reglas, *sin precisar, ya, del Empresario*, en sentido estricto, pues -como dije anteriormente- el Derecho *del Trabajo* se fija en el Empresario más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que –propriadamente- como agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto “*laboral*” del Empresario, es más amplio que el concepto “*mercantil*”: es empresario, todo aquél que contrata a un trabajador,

³⁸ Sin duda, en su aspecto interno, y de organización del elemento personal -los empleados-; es decir: en su condición institucional, la Empresa no es objeto de la atención del Derecho mercantil, sino del Derecho laboral. BROSETA PONT,M.: “*La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*”, edit. TECNOS,S.A, Madrid, 1965, p. 177. GARRIGUES DIAZ-CANABATE,J.: “Setenta y cinco años de Derecho mercantil”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 269 y ss., “Que es y que debe ser...”, cit., ps. 67 y ss., BRÜGGEMANN,D.: en VV.AA.: “*HGB. Großkommentar*”, dir. por H.Staub, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed. actualizada, t. I, Berlín/N.York, 1983, p s. 3 y ss. CAPELLE,K.H. y CANARIS,C.W.: “*Handelsrecht*”, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 20ª ed., reelaborada y ampliada, Munich, 1985, ps. 9 y s., entre otras.

Por otra parte, BROSETA PONT,M.: “*La Empresa...*”, cit., p. 147, señala que si bien se constata la “creciente importancia que la empresa adquiere para el Derecho mercantil”, en virtud de las transformaciones económicas modernas, ello no implica que aquélla sea el concepto o la esencia del Derecho mercantil actual, como lo demuestra el hecho de que la presencia de la Empresa es constante y uniforme en diversas disciplinas jurídicas. GONDRA ROMERO,J.Mª.: “*Derecho Mercantil*”, t. I, “*Introducción*”, edit. SERVICIO CENTRAL DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE, Madrid, 1992, ps. 55 y ss., quien señala que, en los Códigos de comercio del siglo XIX, quedan fuera del derecho mercantil “una serie de sectores económico-productivos...”.

creando –así- una relación jurídico-laboral, o –quiera- todo aquel que recibe de un trabajador la prestación de trabajo, en los términos de la referida relación (³⁹).

En verdad, “*la relación jurídica más básica y esencial que [cabe] concebir entre trabajador y empresario*” es el Contrato de Trabajo (⁴⁰), como refleja el art. 2º de la Ley nº 36/2011, de 10.10.2011, de la Jurisdicción Social [L.Jur.Soc. o L.Jur.Soc./2011], cuando previene que los órganos jurisdiccionales del Orden Jurisdiccional Social “*conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo ... y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo...*”.

Tanta importancia posee la institución del “*Contrato*”, en el Derecho Mercantil y en el Derecho Laboral, que en ambos sectores se producen fenómenos de aparición de **nuevas modalidades de contratos**, tanto **mercantiles** como **laborales**. Si acaso lo que sucede es que mientras el Derecho Mercantil –o “*en*” Derecho Mercantil- aparecen **nuevos “tipos”** contractuales, diversísimos y absolutamente independientes, los unos de los otros –“*swaps*”, “*forwards*”, contratos de asistencia técnica, de “*barter*” y comercio compensatorio, fletamentos atípicos [“*por viajes consecutivos*”, “*por volumen*” o contrato de tonelaje, fletamentos por células o “*boxes*”]-, en Derecho Laboral se juega con **un único “tipo”** contractual –el Contrato de Trabajo, como modalidad particular del Contrato de Arrendamiento de Servicios-, pero con **numerosísimas variedades**, en razón de las –muy numerosas y enormemente diversas- **condiciones de prestación de los servicios, por los trabajadores**. Además, mientras que en Derecho Mercantil los nuevos “*tipos*”, diversísimos y absolutamente independientes, surgen como resultado de la **creatividad de los operadores**

³⁹ CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y otros: “*Derecho del Trabajo*”, coord. por L.M.Camps Ruiz y J.M.Ramírez Martínez, edit. TIRANT LO BLANCH, 3ª ed., Valencia, 2013, ps. 127 y s., quienes señalan que el art. 1º, nº 2, TRETrab. atribuye la condición de empresario a las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación laboral de un trabajador, llegando a la conclusión de que “*para el Derecho del Trabajo es irrelevante que el empresario laboral sea, al mismo tiempo, un empresario desde la perspectiva del Derecho mercantil*”. En el mismo sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “*Manual de Derecho del Trabajo*”, edit. TIRANT LO BLANCH, 4ª ed., “*adaptado a la Ley 1/2014, de 28 de febrero y a los Reales- Decretos-leyes 16/2013, de 20 de diciembre, 3/2014, de 28 de febrero y 8/2014, de 4 de julio. Incorpora la STC. 16 de julio de 2014 sobre la reforma laboral (Ley 3/2012)*”, Valencia, 2013, p. 229. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. TECNOS, S.A., 22ª ed., Madrid, 2013, ps. 221 y ss., donde, además, manifiestan su preferencia por el concepto “*empleador*”, en vez de el concepto “*empresario*”.

⁴⁰ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 459. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “*Tema 12. La Celebración del Contrato de Trabajo*”, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A y CARRIL VAZQUEZ, X.M.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. NETBIBLO, 2004, p. 151.

económicos, en un contexto de autonomía privada y libertad de contratación, por lo que hace al Derecho Laboral, esas numerosísimas nuevas “*variedades*”, en razón de las –muy numerosas y enormemente diversas- condiciones de prestación de los servicios, por los trabajadores, aparecen como resultado de la **creatividad del Poder Público**, en el marco de decisiones de política social.

Mas, ante todo, el Derecho laboral y el Derecho mercantil, en su ámbito más apegado a la materia contractual, han experimentado ambos -aunque con diversa suerte- la propensión a la **creación privada o cuasiprivada de Derecho objetivo de estructura pacticia o convencional**: el Derecho *Mercantil* con las **condiciones generales** en los contratos de adhesión que –dicho sea de paso- constituyen un ejemplo –más tarde analizaré otros ejemplos- de flujo o de transferencia o migración de instituciones, entre el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil, ya que probablemente una de sus primeras manifestaciones fueron los “*Tarifverträge*” alemanes del siglo XIX y principios del XX ⁽⁴¹⁾. Pero, a su vez, el Derecho *Laboral* ofrece su propio ejemplo de creación privada o cuasiprivada de Derecho objetivo de estructura pacticia; un ejemplo, verdaderamente excepcional, de poder normativo objetivo, reconocido a la voluntad negocial privada: los **convenios colectivos** –cuando menos, lo que se califican como “*estatutarios*”-, como fuente del Derecho.

Llama la atención que en ambos casos; respecto de ambos fenómenos, la primera reacción de la Doctrina jusmercantilista –o iuscivilista, que también se ha ocupado del fenómeno- y la de la Doctrina juslaboralista hayan sido la misma o muy parecida: el esfuerzo dogmático de formulación de teorías que describiesen y valorasen el fenómeno; teorías –asimismo- de los más diversos plumajes: teorías contractualistas, teorías objetivistas, normativistas o legalistas, e incluso algunas de carácter intermedio. Mas, con independencia de esto, lo cierto es que el **resultado** ha sido diferente, en uno y otro ámbito; de hecho, el resultado ha sido **inverso**, opuesto o contradictorio: el Derecho Mercantil *no ha logrado* que las condiciones generales se convirtieran en Derecho positivo *objetivo*, sino que –en todo caso- son materia contractual que precisa del consentimiento singular e individualizado de cada adherente ⁽⁴²⁾, mientras que en Derecho Laboral, es obvio que los convenios

⁴¹ Sobre la figura, me remito a las obras de BERG,P., PLATOW,H., SCHOOF,Chr. y UNTERHINNINGHOFEN,H.: “*Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar*”, edit. BUND-VERLAG, 3ª ed., Frankfurt am Main, 2010. KEMPEN,O.E. y ZACHERT,U.: “*Tarifvertragsgesetz*” edit. BUND-VERLAG, 4ª ed., Frankfurt am Main, 2006. NAUTZ,J.: “*Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland. Das Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949*”, Frankfurt am Main 1985 y RENNEBERG,P.: “*Handbuch Tarifpolitik und Arbeitskampf*”, edit. VSA VERLAG, Hamburgo, 2011.

⁴² La Teoría de las fuentes del Derecho no ha reconocido en ningún momento a los empresarios la posibilidad de crear Derecho *objetivo* en el ámbito mercantil, pues de lo contrario se derrumbaría la estructura del Ordenamiento jurídico

colectivos estatutarios proporcionan una regulación abstracta y general, con una vocación de abstracción y generalidad idéntica a la de las normas jurídicas... con las que han sido equiparados legalmente ⁽⁴³⁾.

2. Transvase de instituciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral

2.1. Instituciones organizativas

Con independencia de la problemática de la participación de los trabajadores, en los procesos de tomas de decisión de las empresas, vinculada con el fenómeno general de la *“Reforma de la Empresa”*, Derecho Mercantil y Derecho Laboral mantienen otro tipo de relación, frecuentemente menos percibida: me refiero a que uno y otro han estado unidos, entre otras cosas, por una suerte de *“vínculo recíproco de tráfico”*, consistente en que **ambos se proporcionaron mutuamente –y probablemente sigan haciéndolo en el futuro-, instituciones jurídicas que podríamos calificar como “especies migratorias”**; instituciones que –surgiendo en el ámbito de uno de ellos-, se trasladaban al ámbito del Otro, donde experimentaban mutaciones más o menos profundas: citaré, en primer término, el caso de lo que me atrevería a definir –acaso, con mayor fuerza evocadora, que precisión dogmática- como unas **verdaderas “sociedades de Derecho laboral”**; sociedades no mercantiles; sociedades cuyo régimen no lo proporciona el Derecho Mercantil... ni tampoco el Derecho Civil, sino el Derecho Laboral: me refiero a las llamadas –antaño- **“mútuas patronales de accidentes de trabajo”**, al tiempo que el Derecho Laboral de las Prestaciones de Previsión Social recibe el influjo indirecto de unas aseguradoras mercantiles, de estructura mutualística, las **“mutualidades de previsión social”**, que –a su vez- migraron del Derecho Laboral, al Derecho Mercantil; concretamente, al Derecho del Seguro privado, como modalidad específica especializada –exclusivamente- en la actividad aseguradora.

En efecto; cuando se promulgó el **Decreto de 09.03.1940, sobre Reglamento de la Inspección de Entidades aseguradoras de accidentes de trabajo e Instituciones de previsión**, que sometía a estas entidades a un régimen de inspección [jurídico-administrativa, propiamente], se encomendó esta función inspectora –y aquí viene lo importante- a un organismo incardinado, no en el

⁴³ MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: *“Derecho del Trabajo”*, cit., 22ª ed., ps. 359 y ss. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *“Manual...”*, cit., 4ª ed., p. 104. CAMPS RUIZ/RAMÍREZ MARTÍNEZ: *“Derecho del Trabajo”*, cit., 3ª ed., ps. 82 y ss.

Ministerio de Hacienda o en el Ministerio de Comercio, **sino ¡en el Ministerio de Trabajo!** ⁽⁴⁴⁾: se trataba de la «**Sección de Montepíos y Mutualidades**», que fue creada por Orden de 04.12.1940 cuyo art. 3º le encomendaba el **Registro de Montepíos y Mutualidades** ⁽⁴⁵⁾. Este hecho tenía una causa y conllevaba una consecuencia: la primera tenía que ver con el intento del llamado “*Nuevo Estado*” de expandir prestaciones de carácter social o asistencia, en un momento en que sus recursos eran pobres. Por eso hubo de servirse del sistema de mutualidades y montepíos. Pero -y aquí está la consecuencia- ello significaba, en la práctica, separar a los montepíos y mutualidades del ámbito del Seguro privado, para llevarlos por la senda de la Previsión Social; es decir: de la -futura- **Seguridad Social**, porque sólo así se entiende el someter estas entidades al Ministerio de **Trabajo**, y no a un Ministerio “*económico*”, como el Ministerio de Hacienda. Al año siguiente, esta tendencia se agravó con la **Ley de 06.12.1941, de Mutualidades de Previsión social**, cuyo objeto era regular ese mencionado “*Seguro social de carácter privado*”, establecía el régimen jurídico de las mutualidades de previsión, dejándolas, deliberadamente, *fuera* del ámbito del Derecho del Seguro *privado*; es decir -en definitiva- fuera, también, del ámbito del Derecho Mercantil, siguiendo la línea comenzada o, mejor, consolidada en 1940. El **Reglamento de 26.05.194**, que desarrollaría la Ley de 1941, las sometió, sí, a una serie de controles y les impuso ciertos requisitos, pero seguían viviendo al margen de la ordenación y supervisión del Seguro privado, y -por tanto- también al margen del Derecho Mercantil. Tras dos décadas de buen funcionamiento, a principios de los años 1960, las mutualidades comenzaron a experimentar dificultades económicas, comenzando a manifestarse un **cambio** de orientación: la **Ley nº 193/1963, de 28.12.1963, de Bases de la Seguridad Social**, comenzó la reforma y sistematización del Seguro social público, que conduciría al sistema actual de la S.S., un sistema en el que algunas mutualidades, debilitadas según aumentaban sus pasivos, fueron absorbidas, mientras que el resto se vió desplazado -paulatinamente- al ámbito de la actividad aseguradora privada. Este fue el sentido de la **asunción de la regulación de las mutualidades de previsión social, por parte de la** -ha tiempo derogada- **Ley Nº 33/1984, de 02.08.1984, de Ordenación y supervisión de los Seguros privados** [LOSP./1984]. Su propia E.M. lo reflejó así:

“... *En cuanto al primer punto, la Ley pretende alcanzar estos objetivos:*

a) Normalizar el mercado dando a todas las entidades aseguradoras la posibilidad de participar en el mismo régimen

⁴⁴ HERRÁIZ,C.: “Las pensiones de las mutualidades...”, cit., p. 23, en <http://www.revistaindice.com/numero9/p22.pdf>

⁴⁵ HERRÁIZ,C.: “Las pensiones de las mutualidades...”, cit., p. 23, en <http://www.revistaindice.com/numero9/p22.pdf>

de absoluta concurrencia y sin tratamientos legales discriminatorios.

En este sentido es necesario incluir en la nueva regulación a las entidades de previsión social, en su día acogidas a la Ley de 6 de diciembre de 1941, con el fin de someterlas al mismo control de solvencia que a las restantes sociedades aseguradoras, suprimiendo las distintas jurisdicciones administrativas a las que ahora están sometidas e integrándolas a estos efectos, con carácter unitario, en la específicamente dedicada al control de seguros...”

Se puede decir más alto, pero no más claro. De esta forma, el paulatino aumento de la protección social dispensada por el Estado, motivó el descenso del peso específico del **mutualismo** en el sistema de **previsión social**, al que por ende **las sucesivas Leyes de ordenación del Seguro privado** de 1984, 1995 y -ahora- 2004, **desposeyeron de dos elementos** característicos: la **obligatoriedad** y el sistema financiero de **reparto**. Por fin; desaparecido el Registro de los Montepíos y Mutualidades del Ministerio de Trabajo, las mutualidades de previsión social fueron incorporadas, plenamente, al ámbito del Derecho del Seguro privado.

Mas, paralelamente, las –hasta hace poco- denominadas “*mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*”, que hoy –promulgada la nueva **Ley nº 35/2014, de 26.12.2014, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social**- se conocen como “**Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social**”, siguieron una senda distinta: no son objeto de atención por parte del Derecho del Seguro privado, sino del Tít. Iº, TRLGSS. – “*Normas generales del sistema de la Seguridad Social*”-, **Cap. VII – “Gestión de la Seguridad Social”**-, **Secc. 4ª**: Colaboración en la gestión de la Seguridad Social, Subsecc. 2ª: Disposición general. Y eso a pesar de que son entidades de índole **asociativa/societaria**, que tienen por objeto la **cobertura de riesgos**, e incluso se les reconoce la posibilidad de dedicarse, también, a la realización de actividades de **prevención**, de **recuperación** y demás previstas en el TRLGSS. Así, el **art. 68, nº 1, TRLGSS.** establece que:

“1. Son Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas

de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley.

Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado”

Ante todo, es obvio que se trata de personas jurídicas de Derecho privado, ya que poseen una naturaleza asociativa, y toda “asociación” –ya en sentido amplio o estricto- siempre supone una unión voluntaria de personas, que se agrupan jurídicamente en virtud de un negocio de Derecho privado –Yo creo que es un *contrato*, aunque reconozco que muchos podrían negar esa condición, so pretexto de que la ausencia de ánimo lucrativo desplazaría tal negocio fuera del ámbito del Derecho patrimonial y, por tanto, fuera de la órbita del “*Contrato*”-, cuyo negocio crea entre ellas una relación de Derecho privado, lo que se refleja en el art. 69, TRLGSS., que trata de los requisitos de su constitución y funcionamiento, exigiendo –en primer lugar- que, para constituirse y desarrollar su labor de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, habrán de concurrir, como mínimo, 50 empresarios y 30.000 trabajadores, cotizando un volumen de cuotas no inferior a 20.000.000 €, mientras que su nº 3 alude a sus “*asociados*” y a sus “*adheridos*”, disponiendo –el **art. 72**- que, para formalizar la protección respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal a su servicio, los empresarios podrán optar entre hacerlo en la entidad gestora competente o **asociándose a una mutua** colaboradora con la Seguridad Social, mediante el correspondiente “*convenio de asociación*”. Por consiguiente, el TRLGSS. insiste calificarlas como “*asociaciones*” ⁽⁴⁶⁾, lo cual –una vez más-

⁴⁶ “[A]sociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas”.

vuelve a plantear el problema de la distinción –o de las analogías- entre “*sociedad*” y “*asociación*”. En mi opinión, lo que el legislador ha querido, al tildarlas de “*asociaciones*”, quizá sea enfatizar su índole **no lucrativa**, que acaso le resulte más digna de confianza que los fines lucrativos propios de las sociedades mercantiles –incluso de aquellas que parecen no tener fines semejantes-, al objeto de encargarles la gestión de un **servicio público**, como es la Seguridad Social, lo que –además- llevan a cabo disponiendo de la “*debida autorización*”.

Como tales asociaciones, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social poseen **personalidad** jurídica y **patrimonio** propio ⁽⁴⁷⁾, desarrollando típicamente una actividad que –desde un punto de vista objetivo o funcional- puede calificarse como aseguradora, hasta el punto de que se habla del “*aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a través de una mutua*” ⁽⁴⁸⁾. El aseguramiento se produce –dicen- en el momento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social ⁽⁴⁹⁾, y alcanzará a la totalidad de los trabajadores correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia ⁽⁵⁰⁾, lo que implica que una empresa, con diferentes centros de trabajo ubicados en distintas provincias, puede formalizar la cobertura con distintas mutuas ⁽⁵¹⁾, siempre que la provincia se encuentre comprendida en el ámbito territorial de la Mutua, aunque cuando se trata de empresas con distintos centros de trabajo en la misma provincia, por el principio de unidad de aseguramiento, deben formalizar la cobertura con la misma mutua. La formalización de la cobertura se realiza a través del Convenio de Asociación, donde se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes. La decisión de optar por una u otra mutua le corresponde en exclusiva al empresario, dejando poco margen de participación a los trabajadores. Sin embargo es importante destacar que cuando la empresa suscribe el convenio de asociación, debe entregar a la Mutua el informe emitido al respecto por el comité de empresa o delegado de personal, salvo que no existieran dichos órganos de representación, por no exigirlo la normativa aplicable. En ejercicio de su función **reparadora**, las mutuas proporcionan tanto **asistencia sanitaria** como **prestaciones económicas** ⁽⁵²⁾

⁴⁷ DE MIGUEL PAJUELO, F.: “Controles administrativos”, en VV.AA.: “*Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales*”, coord. por J.R. Mercader Uguina, edit. “LA LEY”, Las Rozas (Madrid), 2007, p. 135.

⁴⁸ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a las Mútuas de la Seguridad Social*”, edit. UGT. DE CASTILLA Y LEÓN/FUNDACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, impr. KACHÉ, DISEÑO GRÁFICO, 2012, p. 47

⁴⁹ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵⁰ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵¹ UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., p. 47

⁵² UGT. DE CASTILLA Y LEÓN: “*De las Mútuas patronales a ...*”, cit., ps. 51 y ss.

Mas el hecho de que estas “*mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social*” no vengán incluidas entre las entidades que pueden ejercer la actividad aseguradora privada [art. 27 de la Ley nº 20/2015, de 14.07.2015, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, se citará como LOSup.Solv.EAReas.)] responda a una razón que se adivina en la propia denominación de estas entidades que son “*colaboradoras con la Seguridad Social*”. Semejante referencia descubre –aunque tal vez con menos claridad que la vieja denominación de “*mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social*”- la profundísima **diferencia ordinamental**, más que –propiamente- objetivo/funcional, que media entre éstas entidades y todas las admitidas como formas de personificación del Empresario asegurador: mientras estas últimas entidades desarrollan la actividad empresarial de seguro privado, en nombre y por cuenta propia, las “*mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*” son entidades que se dedican a la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social. Y esta circunstancia hace que estas entidades –que el Art. 68, 1, TRLGSS. define como “*asociaciones debidamente autorizadas*”, queden –por lo que a la colaboración en la gestión de la S.S., excluidas del ámbito normativo de la ordenación del Seguro privado, cuando no directamente fuera de la explotación de esta actividad.

Y todo esto, aunque el Derecho de sociedades –mercantil-, y el Derecho Laboral podrían parecer, sin duda, dos agregados normativos que regulan fenómenos **conceptualmente opuestos**: mientras el Derecho de sociedades regula fenómenos de colaboración **igualitaria y coordinada**, el Derecho **laboral**, en cuyo núcleo se halla la relación derivada del **Contrato de Trabajo**, versa –fundamentalmente- sobre fenómenos de **colaboración subordinada**; no igualitaria, y basada en la ajenidad: no se ponen los esfuerzos “*en común*”, sino que **se trabaja “para otro”**.

El caso de las sociedades **cooperativas** sería otro supuesto de migración institucional, del Derecho del Trabajo, al Derecho Mercantil: entidades de origen obrero, pero no-sindicales sino de finalidad económica –o, mejor dicho, de finalidad económico-productiva; empresarial-, las cooperativas se han transformado en una forma de organización de las empresas mercantiles, de naturaleza –se dice- no lucrativa; de economía social. Alumbradas bajo una luz tan ideológica; tan política, o –en ocasiones- tan politizada (⁵³), de las sociedades

⁵³ ALONSO ESPINOSA, F.J. “Presentación”, en VV.AA.: “*La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*”, coord. por F.J. Alonso Espinosa, edit. COMARES, Granada, 2001, ps. XXVIII y XXIX, quien contrapone “*la carga ideológica que ha acompañado históricamente a la Cooperativa*”, frente a lo que describe como “*el pragmatismo técnico en el que normalmente se han desenvuelto las llamadas “sociedades de capital”...*”. Por su parte, señalaba VERGEZ SANCHEZ, M.: “*El Derecho de las cooperativas y su reforma*”, edit. CIVITAS, S.A., ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120

cooperativas se llegó a dudar, incluso, durante largo tiempo, que fuesen verdaderas “*sociedades*”, y no “*asociaciones*”, echando leña al fuego de la disputa doctrinal en torno a las relaciones, analogías, diferencias o posible identidad entre estas dos instituciones y haciendo de ella la piedra de toque de las construcciones doctrinales más diversas al respecto (⁵⁴).

El origen del cooperativismo como doctrina y de su aplicación a las actividades de carácter económico, podría rastrearse incluso en la más remota Antigüedad, toda vez que –en última instancia- no deja de ser sino una manifestación más del *fenómeno asociativo*; es decir de la *tendencia de los seres humanos a asociarse con otros, voluntariamente*, en orden a la consecución de *muy diversas finalidades* que son *comunes* a aquellos que se agrupan, lo que permite la identificación de una *una clase de relaciones jurídicas muy particulares*, a las que denominaremos “*asociativas*”, “*asociacionales*” o “*de cooperación*” (⁵⁵). Mas, para no

Madrid, 1973, ps. 15 y s., que “*nacido como movimiento económico y social involucrado con fuertes implicaciones de tipo político, el cooperativismo no ha sido objeto de las serenas consideraciones que su disciplina hubiera necesitado*”.

La politización de la materia cooperativa se ha manifestado, también, muy especialmente en el ámbito de las relaciones entre las cooperativas y la *Administración pública*, que es la materia que se analizará en el presente estudio [GADEA,E., BUITRÓN,P. y NAGORE,I. “*Derecho de las Cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*”, edit. UNIVERSIDAD DE DEUSTO, Bilbao, 1999, p. 311, quienes señalan que “*la relación de las cooperativas con el ámbito estatal o gubernamental no siempre ha sido fácil. En principio, el Cooperativismo ha levantado suspicacias entre los gobernantes que lo han mirado con recelo ante posibles interferencias de carácter político, como lo demuestra su evolución legislativa*”].

⁵⁴ VERGEZ SÁNCHEZ,M. : “*El Derecho de las Cooperativas y...*”, cit., p. 16, quien aludía a la “*tendencia de la doctrina mercantilista a negar a la cooperativa el carácter de sociedad mercantil*”. Ciertamente no es lo mismo negar que una cooperativa sea sociedad mercantil, que negar –directamente- que sea una “*sociedad*”, pero los criterios empleados son los mismos de modo que, prácticamente, la negación de su mercantilidad, en un primer momento y durante largo tiempo, supuso de modo casi inevitable la negación de su condición de “*sociedades*”. GERMAIN,M.: “*Les Sociétés commerciales*”, en RIPERT,G., ROBLOT,R. y GERMAIN,M.: “*Traité de Droit commercial*”, t. I, vol. 2º, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRAL DE DROIT EY JURISPRUDENCE, 18ª ed., París, 2002, p. 723, quien señala que la Ley francesa nº 1775/1947, de 10 de septiembre, relativa al Estatuto de la Cooperación, cuyo art. 1º comienza diciendo que “*las cooperativas son sociedades*”, pretendió poner fin a las discusiones anteriores, en materia de naturaleza jurídica de las cooperativas, estableciendo un criterio reiterado o confirmado por el art. 1º de la ulterior Ley francesa nº 763/1978, de 19 de julio, sobre el Estatuto de las *Sociedades Cooperativas obreras de producción*.

⁵⁵ LLUIS y NAVAS,J.: “*Derecho de Cooperativas (Estudio de la legislación, la Jurisprudencia, sus bases doctrinales, sus problemas prácticos y del Reglamento de 1971)*”, t. I, edit. LIBRARÍA BOSCH (HIJOS DE JOSÉ BOSCH,S.A.), Barcelona, 1972, ps. 7 y 186 y ss., quien establece un paralelismo entre las nociones de “*cooperar*” y de “*asociarse*”, significando aquélla la “*facultad jurídica humana de constituir cooperativas y de participar en las mismas, así como de limitar dicha participación*”; es decir: la facultad jurídica de constituir cooperativas y pertenecer a las mismas (facultades positivas) o de abstenerse de haberlo (facultad negativa), siendo así que los términos “*cooperativa*” y “*cooperar*” sustituyen a “*asociación*” o “*sociedad*” y “*asociarse*”. Por lo demás –añade el autor, con referencia a otros pensadores del fenómeno cooperativo- se trata de una tendencia connatural al Hombre, directamente ligada a su sociabilidad natural; una tendencia consistente –precisamente- en aunar

remontarnos en la Historia, buscando unos precedentes siempre discutibles, diré que fue durante el siglo XIX cuando la crisis económica sufrida en Europa, y soportada con mayor rigor por las clases más humildes, las obligó a **crear sus propios medios de instrumentación empresarial de la producción**, para -merced a la **agrupación** de personas, sobre la base de un espíritu de **solidaridad y ayuda mutua**- permitirles tener acceso directo, y a más bajo coste, a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; es decir: permitirles producir y distribuir bienes y servicios a un coste inferior al del mercado ⁽⁵⁶⁾. Así, el movimiento cooperativo se presenta como un movimiento espontáneo de carácter social; un movimiento de reacción espontánea de las capas sociales más menesterosas, frente a los abusos generados por los postulados del liberalismo económico ⁽⁵⁷⁾, orientado por la

esfuerzos para lograr un propósito económico.

Sobre las relaciones asociativas, en general, vid. GIRÓN TENA, J.: *"Apuntes de Derecho mercantil. 1º (Sociedades. Parte General)"*, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, FACULTAD DE DERECHO, Madrid, 1985/1986, p. 1. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: "Reflexiones sobre el Concepto de Sociedad y el Derecho de Sociedades", en C. D. y C., 2000, nº 33, diciembre, ps. 76 y s. BENITO ENDARA, L.: *"Manual de Derecho mercantil"*, t. III, *"Parte Especial (Obligaciones mercantiles). Contratos auxiliares. Cuasicontratos. Obligaciones legales en las situaciones anormales de la vida mercantil"*, edit. VICTORIANO SUÁREZ, 1ª ed., Madrid, 1929, p. 198. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *"Manual de Asociaciones. Doctrina, legislación, jurisprudencia, formularios"*, edit. TECNOS, S.A., 3ª ed., Madrid, 1992, p. 19. LE GALL, J.-P.: *"Droit commercial. Les groupements commerciaux. Sociétés commerciales, G.I.E. et G.E.I.E. Marchés d'instruments financiers (Bourses de valeurs)"*, edit. DALLOZ, 14ª ed., París, 1998, p. 1. CAMPOBASSO, G.-F.: *"Diritto commerciale"*, cit., t. II, *"Diritto delle Società"*, edit. UTET., 2ª ed., Turín, 1992, ps. 1 y 3, quien señala que las sociedades son *"expresión de la tendencia de los individuos a asociarse para perseguir, conjuntamente, fines que no se prestan, o no se prestan fácilmente, a ser alcanzados individualmente"*. El Autor continúa señalando que -desde la perspectiva contractual- las sociedades pueden ser encuadradas en la más amplia categoría de los "contratos asociativos" o con comunidad de fin.

⁵⁶ SCHMIDT, K.: *"Gesellschaftsrecht"*, edit. CARL HEYMANNS VERLAG, KG., 3ª ed. completamente reelaborada y ampliada, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1997, p. 1261. KLUNZINGER, E.: *"Grundzüge des Gesellschaftsrechts"*, edit. FRANZ VAHLEN, 7ª ed., Munich, 1991, p. 264. BONFANTE, G.: *"Imprese cooperative"*, en el *"Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Libro Vº. Del Lavoro. Art. 2511-2545"*, edit. ZANICHELLI EDITORE/IL FORO ITALIANO, Bolonia/Roma, 1999, p. 1. CALANTONIO, G.: "Evolución de los Principios de la Alianza Cooperativa Internacional y líneas de reforma de la legislación italiana", en *"C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa"*, 1990, nº 9, diciembre, ps. 35 y s. BORJABAD GONZALO, P.: *"Manual de Derecho Cooperativo. General y Catalán"*, edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1993, p. 19. LLOBREGAT HURTADO, Mª.L.: *"Mutualidad y empresas cooperativas"*, edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1990, p. 1. En este sentido, LLUIS y NAVAS, J.: cit., t. I, p. 187, señala cómo en el año 1842 la Asociación de Tejedores de Barcelona solicitó del Ayuntamiento ayuda para montar una fábrica con la que se esperaba luchar contra el paro.

⁵⁷ MORILLAS JARILLO, Mª.J. y FELIÚ REY, M.I.: *"Curso de Cooperativas"*, edit. TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2ª ed., Madrid, 2002, p. 27. BARBERENA BELZUNCE, I.: *"Sociedades Cooperativas, Anónimas Laborales y Agrarias de Transformación"*, edit. ARANZADI, Pamplona, 1992, p. 30. GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., p. 29. GARCÍA SANZ, D.: *"Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económico-contables y financieros"*, edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, 1ª ed., Madrid, septiembre de 2001, p. 25. MONZÓN CAMPOS, J.L.: *"Las cooperativas de trabajo asociado, en la Literatura económica y en los hechos"*,

finalidad de dar cobertura, bajo un signo **antiespeculativo y anticapitalista**, a aquellas necesidades no satisfechas adecuadamente, por el sistema (⁵⁸). En efecto: la Cooperativa nace como respuesta de las clases sociales más desfavorecidas, en el marco histórico del triunfo de un modelo económico de corte extremadamente liberal –y, además, no compensado por la influencia de doctrinas sociales que impusieran un mayor protagonismo del Estado, en la vida económica y en la conformación de la Sociedad-, para solventar, a través de una técnica asociativa (⁵⁹) desarrollada en el plano de la producción de bienes y servicios –no, por consiguiente, en el plano de la representación política o sindical-, los problemas de los consumidores o usuarios, y de los trabajadores; a saber: respecto de los primeros, abaratar el coste de adquisición de los bienes o servicios que precisaban, proporcionándoles los mismos a precios inferiores a los del mercado, y –en relación con los segundos- pagarles una remuneración más elevada, como contraprestación por su trabajo y sus servicios, al organizar una empresa que competiría en el mercado, con las gestionadas en forma capitalista (⁶⁰).

En las cooperativas –señala GÓMEZ SEGADÉ-, la gestión capitalista basada en la explotación de un capital previamente invertido y orientada a la obtención de una ganancia económica o lucro, viene sustituida por la **autogestión**

edit. CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Madrid, 1989, ps. 23 y ss.

⁵⁸ LLOBREGAT HURTADO, M^a.L.: "Mutualidad y...", cit., p. 1. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: "La Integración comercial de las sociedades cooperativas", edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Madrid, 1999, ps. 36 y s. GERMAIN, M.: "Les Sociétés...", en RIPERT/ROBLOT/GERMAIN.: "Traité...", cit., t. I, vol. 2^o, 18^a ed., p. 722.

⁵⁹ STAUDINGER, F.: "Cooperativas de Consumo", trad. Esp. Por M.Reventós, edit. LABOR, S.A., 2^a ed., Barcelona/Bs.Aires, 1930, p. 49. LLOBREGAT HURTADO, M^a.L.: "Mutualidad y...", cit., p. 13, quien señala como los Estatutos de Rochdale poseían un eviente carácter teleológico que se orientaba a mejorar las condiciones de existencia de las clases menos favorecidas. PENDÁS DÍAZ, B., GARCÍA ESCUDERO, P., ALONSO SOTO, F. y PRIETO GUTIÉRREZ, G.: "Manual de derecho cooperativo, adaptado a la Ley 3/1987 de 2 de abril, General de Cooperativas", edit. PRÁXIS, S.A., Barcelona, 1987, p. 3, quienes vinculan el "fenómeno cooperativo", con el propio "fenómeno asociativo/societario", de tal modo y manera que llegan a distinguir entre un "cooperativismo en sentido amplio", cuyos orígenes se remontarían a la Antigüedad, y un "cooperativismo en sentido estricto", de origen decimonónico.

⁶⁰ GÓMEZ SEGADÉ, J.A.: "Concepto e características", en VV.AA.: "Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia", dir. Por D.Bello Janeiro, coord. Por J.A. Gómez Segade, M.Botana Agra, A.Fernández-Albor Baltar y A.Tato Plaza, edit. ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Santiago de Compostela, 1999, ps. 21 y s. FAJARDO GARCÍA, I.G.: "O réxime económico da Sociedade", en en VV.AA.: "Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia", cit., p. 105. HAMEL, J., LAGARDE, G. Y JAUFFRET, A.: "Droit commercial", t. I, vol. 2^o, "Sociétés, groupements d'intérêt économique, entreprises publiques", edit. DALLOZ, 2^a ed., Paris, 1980, p. 647, quienes llegan a hablar de la "revolución cooperativa". RIPERT, G., ROBLOT, G., GERMAIN, M. Y VOGEL, L.: "Traité de Droit commercial", t. I, "Actes de commerce. Baux commerciaux. Propriété Industrielle. Concurrence. Sociétés commerciales", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17^aed., Paris, 1998, p. 1527.

de la empresa, por parte de los usuarios o de sus trabajadores ⁽⁶¹⁾, lo que hace de estas sociedades “*asociaciones de fuerza de trabajo, orientadas a conseguir fines económicos y morales que extravasan del ánimo de lucro, en beneficio de sus asociados*”.

Tributarias de la influencia de Robert OWEN y Charles FOURIER [que desarrollaron normas y principios cooperativos como la asociación voluntaria y democrática, la retribución del capital con un interés limitado o la promoción de la educación]⁽⁶²⁾, el origen histórico cierto de las cooperativas puede situarse en el año 1844, año en que se aprobaron los estatutos de la “*Rochdale Society of Equitable Pioneers*”; cooperativa de **consumo** doméstico que agrupaba a algunos obreros de la industria textil del condado de Lancashire, que –con objeto de promover la apertura de un almacén propio- habían ido ahorrando modestas cantidades, logrando alquilar con ellas un pequeño local en el que se vendían productos alimenticios a un precio inferior al del mercado ⁽⁶³⁾. Sin embargo, hay que señalar cómo España fue pionera en este ámbito, ya que dos años antes se había producido el intento de la “*Asociación de Tejedores de Barcelona*” [1842]. Poco tiempo después, el ejemplo de la referida cooperativa iría seguido por el de la denominada “*Wholesale Society*” [lit.: “Sociedad de Mayoristas”], que agrupaba un gran número de cooperativas de ámbito local, tanto de producción, como de consumo ⁽⁶⁴⁾.

⁶¹ GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 21.

⁶² STAUDINGER, F.: cit., 2ª ed., ps. 52 y ss. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: “*La Integración comercial...*”, cit., p. 37. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración de empresas cooperativas. Aspectos económico-contables y financieros*”, edit. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIOAL, 1ª ed., Madrid, septiembre de 2001, p. s. 26 y s.

⁶³ MERZ, S., MADONNA, R., SGUOTTI, P., BUSO, M.T., LEONI PEZZANGORA, E., LUCCHESI, M.T. y SCOCCA, V.: “*Manuale pratico delle Società cooperative commentato con riferimento al Diritto civile, fallimentare, penale e previdenziale. Cooperative edilizie, di produzione e lavoro, di consumo, agricole, sociale, femminili*”, edit. CEDAM, Padua, 1999, p. 3. SCHMIDT, K.: “*Gesellschaftsrecht*”, cit., 3ª ed., p. 1261, quien –sin embargo, y además- cita otro precedente algo más antiguo; a saber: la Asociación de Consumo del Doctor William KING, en 1828. VICENT CHULIÁ, F.: “El accidentado desarrollo de nuestra Legislación cooperativa”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, p. 1210. MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 28. GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 22. TRUJILLO DÍEZ, I.J.: “*Cooperativas de consumo y cooperativas de producción*”, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 2000, ps. 25 y s. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., ps. 27 y s. ARANZADI, D. (S.J.): “La Empresa cooperativa y sus ventajas competitivas”, en “*Boletín de Estudios Económicos*”, 1999, nº 167, vol. LIV., agosto, p. 272. BUENDÍA MARTÍNEZ, I.: “*La Integración comercial...*”, cit., p. 37. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., ps. 26 y s. MONZÓN CAMPOS, J.L.: “El C.I.R.I.E.C. España, ante la reforma de los Principios Cooperativos”, en “*C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa*”, 1990, nº 9, diciembre, p. 2.

⁶⁴ GÓMEZ SEGADE, J.A.: cit., p. 22. GARCÍA SANZ, D.: “*Concentración...*”, cit., p. 27.

Por otra parte, las Cooperativas "**de producción**" habrían tenido un origen ligeramente anterior, aunque limitado al plano doctrinal-científico: el francés Philippe BUCHEZ expuso un Proyecto sobre el Cooperativismo de producción, en el "*Journal des Sciences morales et politiques*", de 17.12.1831; Proyecto –empero- que no llegaría a buen fin ⁽⁶⁵⁾, aunque hasta 1848, en la Francia de los primeros movimientos obreros, se habían ido creando cooperativas de producción centradas en la actividad artesanal ⁽⁶⁶⁾. Mas, bien por el contrario, fueron las cooperativas de **consumo**, las que lograron una implantación más antigua, con la ya mencionada "*Rochdale Society of Equitable Pioners*", cuyos estatutos -que parecen haber sido redactados por Charles Howarth-, recogieron o formularon los "**Principios Cooperativos**" ⁽⁶⁷⁾, bien que esta formulación se hubiera realizado de forma práctica, y no técnica, debiéndose aguardar a algún tiempo después para que se produjese una "*tecnificación*" en la proclamación de dichos principios, que –de hecho- fue el resultado del análisis y sistematización del contenido de los estatutos, por parte de analistas del fenómeno cooperativo y de la Alianza Cooperativa Internacional ⁽⁶⁸⁾.

Posteriormente, la Cooperativa fue consolidándose en los textos legales de los diversos ordenamientos [P.e. en la "*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*", de 01.05.1889 ("*Genossenschaftsgesetz*" o GenG.), objeto de ulteriores reformas, cuyo § 1º, nº 1 define a la Coopetiva ("*Genossenschaft*") como "*Sociedad con un número no cerrado de miembros, en la que la obtención de los beneficios o de las economías de sus socios se promueve mediante en ejercicio de una empresa en común*" ⁽⁶⁹⁾, o la que recogen los arts. 2511 al 2545 del "*Codice civile italiano*", de 16.03.1942, completadas por diversas leyes posteriores, como la Ley italiana nº 59/1992, de 31 de enero, sobre nuevas normas en materia de sociedades cooperativas o la Ley italiana nº 142/2001, de 3 de abril, de Reforma de la legislación cooperativa, con particular referencia a la posición del Socio-trabajador.

Por lo que al **Derecho español** se refiere, las cooperativas fueron aparentemente excluidas del ámbito de lo mercantil, por el **art. 124, CCo./1885**, de conformidad con el cual:

⁶⁵ LLUIS y NAVAS,J.: cit., t. I, p. 203.

⁶⁶ MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 28.

⁶⁷ BARBERENA BELZUNCE,I.: "*Sociedades Cooperativas...*", cit., p. 29. BORJABAD GONZALO,P.: "*Manual de Derecho cooperativo...*", cit., p. 19. LLOBREGAT HURTADO,Mª.L.: "*Mutualidad y...*", cit., p. 12, aunque hace notar que los pioneros de Rochdale huyeron voluntariamente de cualquier declaración de principios de sentido técnico. SANCHÍS PALACIO,J.R.: cit., p. 15.

⁶⁸ LLOBREGAT HURTADO,Mª.L.: "*Mutualidad y...*", cit., ps. 12 y s.

⁶⁹ SCHMIDT,K.: "*Gesellschaftsrecht*", cit., 3ª ed., p. 1261. KLUNZINGER,E.. "*Grundzüge...*", cit., 7ª ed., p. 264.

“Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilio a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija”

El precepto –todavía formalmente en vigor- que, de paso, afectaba no solamente a las cooperativas, sino a otras formas asociativas o societarias de índole mutualística, partía de la base de una –supuesta- natural **“no-mercantilidad”**, aunque en aquel momento esta medida no significó proclamar –¿contrariamente?- una hipotética o eventual sumisión de las cooperativas y demás entidades de naturaleza mutualística, al Derecho Laboral... **por la sencilla razón de que, en 1885, todavía no se podía hablar de un “Derecho Laboral”, en el Ordenamiento jurídico español.** Lo que se apuntaba era –supuestamente- una **“no-mercantilidad”** por razón de la supuesta **ausencia de lucro**. Así lo revela la E.M./CCo./1885, cuando manifiesta lo siguiente:

“Establecidos estos principios generales en armonía con la Ley de 1869 y con las bases acordadas por el Gobierno para la formación del nuevo Código de Comercio, comprende el Proyecto adjunto todas las Sociedades que, bien por su naturaleza, bien por la índole de las operaciones, se consideran como mercantiles; no habiendo atribuido este carácter a las asociaciones mutuas, porque falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con la naturaleza de estas Sociedades, ni a las Cooperativas, porque obedecen, ante todo, a la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la

condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida a sus productos o de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar movimiento cooperativo, no pueden tampoco reputarse como mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.

Por eso no se ha ocupado el Proyecto del ordenamiento de estas manifestaciones de la asociación, considerando que en todo caso quedarán amparadas por la legislación general sobre Sociedades, la cual no puede ser más amplia, pues dentro de ella caben y son posibles cuantas formas exija el progreso comercial de los tiempos modernos”

Ahora bien; siempre me ha parecido que el criterio del lucro no era, realmente, el que inspiraba a los redactores del Código; más bien, a los del Proyecto de 1882, sino que esa referencia; ese término –“lucro”- no era sino la forma en que el legislador describía, de forma sintética, un fenómeno que todavía no sabía identificar con un “*nomen iuris*” más apropiado: el fenómeno “**empresa**”. En realidad; decir que se carecía de ánimo de lucro significaba decir que no se ejercían actividades en forma de empresa [Este hecho se aprecia con claridad, si se lee lo que la propia E.M./CCo./1885 dice sobre la mercantilidad/no-mercantilidad de las ventas hechas por artesanos], sino –hasta cierto punto- de un modo inorgánico o desorganizado, o que las actividades estaban destinadas al autoconsumo, y no a la extroversión de los productos o los servicios, hacia el mercado. En consecuencia, cuando “*Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilio a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, ... se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija*”; se convertirían en sociedades mercantiles, y entonces “*quedar[ían] sujetas a las disposiciones de este Código*”: lo primero –que “*se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad*”- porque, entonces, ya estaríamos ante una actividad económica en la que se produce la extroversión de los productos o los servicios, hacia el mercado; es decir: fuera de los estrechos límites del autoconsumo, consustancial a la mutualidad. Y lo segundo –que “*se convirtieren en sociedades a*

prima fija”- porque entonces podrían huir del sistema de derramas pasivas, que revela una pobre y deficiente organización y planificación, y que –por tanto- excluye que se pueda hablar de una empresa, para revelar –por el contrario- que se lleva a cabo una actividad económica, planificada en términos de costes y beneficios; de riesgos de pérdidas y posibilidad de ganancias; es decir: una actividad constitutiva de empresa.

En la actualidad y como consecuencia de la evolución económica y legislativa, cabe afirmar, sin lugar a dudas, que las cooperativas y las mutuas de seguros o las mutualidades de previsión, son **empresarios sociales** sometidos a un régimen jurídico propio, cuyo régimen –a su vez- se revela plural, aunque uniforme, como consecuencia del juego de un doble sistema de distribución de competencias: el que juega en el marco de la integración europea, que se ha reflejado en la adopción de un reglamento comunitario: el **Reglamento (CE.) nº 1435/2003, del Consejo, de 22.07.2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea [SCE.]**(⁷⁰), y el que se ha establecido en el seno de un “*Estado de las Autonomías*”; un régimen que –en principio- viene contenido en la **Ley nº 27/1999, de 16.07.1999, de Cooperativas** (⁷¹), aunque también en diversas disposiciones de **Derecho autonómico** con rango de ley, sin que –al parecer- la legislación cooperativa española haya logrado superar la pluralidad y dispersión [“*como un rompecabezas insoluble*”] que resultan de la distribución de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas (⁷²). Mas lo que aquí importa resaltar es el proceso de “*mercantilización*” de las cooperativas, que viene produciéndose paulatinamente desde que el **art. 124 del Código de comercio de 22.08.1885 [Cdc. o Cdc./1885]**(⁷³)

⁷⁰ GARCÍA SANZ,D.: “*Concentración...*”, cit., p. 38, quien presenta la elaboración de este tipo de norma como un instrumento de armonización europea de una regulación cooperativa que resulta ser muy heterogénea, de un Estado a otro.

⁷¹ Que ha venido a sustituir a la hasta ahora vigente Ley nº 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, a la que ha derogado, en virtud de la Disp.Derogatoria Primera, LCoop.

⁷² VICENT CHULIA,F.: “La legislación cooperativa autonómica: perspectiva valenciana”, en “*REVESCO. Estudios cooperativos*”, 1984, nº 52, ps. 11 y s.

⁷³.- FAJARDO GACÍA,I.G.: “El Derecho Cooperativo en España: incidencia de la Constitución de 1978”, “*C.I.R.I.E.C. España. Revista cuatrimestral del Centro de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa*”, 1991, nº 11, octubre,p. 12. Aunque las sociedades cooperativas habían sido objeto de alusión en el Decreto de 20 de septiembre de 1869 y en la Ley de 19 de octubre de 1869 –donde la opción por incluirlas entre el resto de las sociedades mercantiles, o bien dejarlas fuera del mismo, no quedaba suficientemente clara [GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., ps. 25 y ss.]-, estas entidades aparecen contempladas específicamente en el Cdc./1885 –que, sin embargo, no las reguló-, y en la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 –que incluía las *cooperativas de crédito sin ánimo de lucro o ganancia*-, a cuyas disposiciones o cuerpos legales habría que sumar la Ley de 22 de enero de 1906, de Pósitos Agrícolas, y otras, fueron objeto de la Ley de Cooperación, de 2 de enero de 1942, desarrollada por Reglamento de 11 de noviembre de 1943, que pretendieron proporcionar un régimen completo y suficiente para estas entidades [GOMEZ SEGADE,J.A.: cit., p. 24. URÍA GONZÁLEZ,R., MENÉNDEZ,A. Y VERGEZ SÁNCHEZ,M.: “Sociedades cooperativas” en VV.AA.: “*Curso de Derecho mercantil*”, t. I, “*Empresario, Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de l Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de*

se refirió a ellas, para negar o –alternativamente- someter a ciertas condiciones muy concretas, su posible adscripción al ámbito del Derecho mercantil. Con posterioridad, las cooperativas hubieron de atravesar por una larga y compleja peripecia histórica caracterizada por lo que me atrevo a describir como *una dialéctica entre los principios ideológicos del cooperativismo, a veces lastrados por una onerosa carga de politización, y la racionalidad y operatividad de unas organizaciones que constituyen una forma jurídica de empresa*; una peripecia cuyos hitos fundamentales estarían – durante largo tiempo- marcados por un sentido restrictivo y antiespeculativo, reiteradamente “*trufado*” de rasgos de politización/publicización. Ejemplos claros, además de la Ley de 09.09.1931, serían la Ley de 09.03.1938, que mantuvo la vigencia de la Ley de 1931, limitándose a modificarla y su sucesora, la Ley de 02.01.1942, y su Reglamento, de 11.11.1943, así como las sucesivas Leyes de 19.12.1974 y de 02.04.1987 (⁷⁴), hasta llegar a las disposiciones –estatales y autonómicas- actualmente vigentes. Estas nuevas disposiciones supusieron un profundo **cambio** en la regulación de las sociedades cooperativas; cambio que –si no llegó al extremo de modificar el mismísimo modelo económico, abriendo una “*tercera vía*”, como se insinuaba en la E.M. de la Ley (⁷⁵)-, sí que reconoció el indiscutible carácter **empresarial** de la Cooperativa, sugiriendo una interesante convergencia entre Sociedad y Empresa, y –aquí reside lo más importante- **juridificando y tecnicando su régimen jurídico**; es decir: haciéndolo más adecuado a las necesidades de una empresa, sobre la base de traer a la Cooperativa elementos y reglas jurídicas **tomados del régimen de la Sociedad Anónima**, todo –empero- sin perjuicio de que la Cooperativa mantuviese sus rasgos caracterizadores y su espíritu (⁷⁶), una línea de concepción y ordenación que se prolongaría en la ulterior

sociedades”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1999, p. 1279. MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., 2ª ed., p. 36. PENDÁS DÍAZ/GARCÍA ESCUDERO/ALONSO SOTO/PRIETO GUTIÉRREZ.: cit., p. 28. PÉREZ DE ARMIÑAN,G.: “*Legislación Bancaria Española*”, edit. BANCO DE ESPAÑA, 6ª ed., madrid, 1983, p. 177. MARTÍN FERNÁNDEZ,F.J.: “*Las cooperativas y su régimen tributario. Análisis de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas*”, edit. “LA LEY”, Madrid, 1994, p s. 26, 30 y s. SANCHÍS PALACIO,J.R.: “*El Crédito Cooperativo en España*”, edit. CIRIEC.-ESPAÑA, Valencia, 1997, p. 37]. Promulgada la Ley nº 2/1962, de 14 de abril, de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca, su Base Vª aludía a las “*cajas rurales*”, señalando que serían “*organizadas*” para reforzar sus fines al “*Crédito Agrícola*”, y que su inspección y control corresponderían al Ministerio de Economía, sin perjuicio de la disciplina a que estaban sometidas por el Ministerio de Trabajo. sin embargo, la legislación precedente no sería modificada -de hecho, sustituida- hasta la promulgación de la Ley General de Cooperativas, nº 52/1974, de 19 de diciembre, cuyo art. 51, nº 3 enumeraba las operaciones que estas entidades podían realizar. Dicha Ley sería desarrollada por un “*Reglamento*”, aprobado por RD. nº 2710/1978, de 16 de noviembre, el cual dedicaría a las cooperativas de crédito sus arts. 101 y 102. A este Reglamento le seguiría el RD. nº 2860/1978, de 3 de noviembre. Y, por fin, se promulgarían las leyes más recientes de 1987, 1989 y -por lo que hace a Galicia- la Ley nº 5/1998.

⁷⁴ GÓMEZ CALERO,J.: “*Sobre la “mercantilidad” de las Cooperativas*”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, 1975, nº 137, julio-septiembre, ps. 302 *passim*.

⁷⁵ GADEA/BUITRÓN/NAGORE.: cit., ps. 55 y ss.

⁷⁶ MORILLAS JARILLO/FELIÚ REY.: cit., p. 39, hablan de que la nueva Ley de 1974, a las cooperativas las “*contempla como fórmula para realizar cualquier actividad económico-social lícita, rigurosa en sus planteamientos sociales y sensible al mercado (cooperativismo-acción, frente*

Ley nº 3/1987, de 02.04.1987, General de Cooperativas, hoy derogada, y –por supuesto- en la Ley vigente, de 1999. Es más: en el **Anteproyecto de Ley del Código Mercantil**, su proyectado **art. 211-1**, previene que “1. [s]on sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten algunos de los siguientes tipos:... f) La sociedad cooperativa. g) La sociedad mutua de seguros... [y] 2. Son también sociedades mercantiles aquéllas a las que la ley atribuya carácter mercantil”.

Y si las sociedades cooperativas representan en ejemplo de Institución jurídica, emigrada del Derecho Laboral, al Derecho Mercantil, un supuesto inverso –en cierto sentido- podríamos encontrarlo en las “**sociedades laborales**”, tipo societario que tiene sus antecedentes –e incluso sus precedentes- durante los años 1960, en la política de concesión de beneficios crediticios y fiscales para la **constitución de sociedades mercantiles por trabajadores** de las empresas que explotaban tales sociedades; “*fruto de una política neoliberal de ascendente germánico en el franquismo*”⁽⁷⁷⁾. En estas sociedades, la característica definitoria fundamental reside en el hecho de que su **capital social debe pertenecer, en su mayoría, a los trabajadores de la Sociedad** y ningún socio podrá poseer más de **1/3** del capital, o –si se trata del Estado, la Comunidad autónoma o Entidad Local o sociedad participada por éstas o asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro- el porcentaje superior que fijen los estatutos sociales, que –en todo caso- no podrá, nunca, alcanzar la mitad del capital social⁽⁷⁸⁾.

Reguladas en la **Ley nº 4/1997, de 24.03.1997, de Sociedades Laborales [LSLabs.]**, se admite que puedan constituirse adoptando la forma, ora de sociedad anónima, ora bien de sociedad de responsabilidad limitada, según que su capital social esté necesariamente representado por acciones –que habrán de ser nominativas-, o bien que se capital esté dividido en participaciones sociales, aunque –tanto en uno como en otro caso- ese capital social estará compuesto de dos bloques o categorías de acciones o participaciones: el bloque o segmento general, y el bloque, segmento o sector laboral⁽⁷⁹⁾. Mas las sociedades laborales son –pese a su denominación-

al cooperativismo-reacción). Se aplican a las cooperativas principios y preceptos de otras sociedades, señaladamente de las anónimas, y aspectos del estatuto jurídico del empresario...”

⁷⁷ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción al Derecho Mercantil*”, edit. “TIRANT LO BLANCH”, 14ª ed. totalmente revisada, adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Valencia, 2001, p. 548.

⁷⁸ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

⁷⁹ La LSLabs. nº 4/1997 vino a sustituir a la anterior normativa, recogida en la Ley nº 15/1986, de 25.04.1986, de Sociedades Anónimas Laborales, que se había limitado a regular, simplemente, las especialidades de régimen sustantivo y los beneficios fiscales de las sociedades *anonimas* laborales. En cambio, la nueva LSLabs. las regula tanto en su forma anónima, como en su forma de Responsabilidad Limitada.

sociedades plenamente mercantiles –por este motivo han de inscribirse en el Registro Mercantil-, cuyo régimen se integra por la aplicación supletoria de la legislación sobre sociedades de capital, que es lo que –cabalmente- son. Así, la Disp.Final Primera, LSLabs. prevé que, en lo no previsto en dicha Ley, “*serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten*”; normas que hoy se hallan en el TRLSocs.cap. No se trata, en modo alguno, de ningunas supuestas sociedades “*de Derecho Laboral*”; el adjetivo “*laborales*” no se predica, realmente, del régimen de estas sociedades; no se predica –pese a lo que textualmente podría parecer- de la adscripción ordinamental de su régimen, sino que tiene por objeto enfatizar esa **coincidencia-convergencia de la condición de “socio”, con la cualidad de ser “trabajador” –en régimen, sí, laboral- de esa misma sociedad**. Lo único que conlleva esta laboralidad –digamos- “*impropia*”, es una cierta publicización puntual y limitada de su régimen jurídico; publicización que –además- ni siquiera afecta al núcleo sustancial de la regulación, sino a su “*periferia*”, por así decirlo, pues el otorgamiento de la escritura fundacional se lleva a cabo con previa “**calificación administrativa**” por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de las Comunidades Autónomas competentes. Además, **también** habrán de quedar inscritas en el “**Registro Administrativo de sociedades Laborales**”, regulado por el **Real Decreto nº 2114/1998, de 02.10.1998** ⁽⁸⁰⁾. Este tipo de medidas responde, no propiamente a un desplazamiento desde el Derecho Mercantil, al Derecho del Trabajo –que en modo alguno se produce-, cuanto a una política de **fomento**, que se refleja en esa calificación –y su contraria descalificación-, que llevan aparejadas, respectivamente, el otorgamiento o la pérdida de **beneficios fiscales**, aunque además –eventualmente y en virtud de previsión **estatutaria** en este sentido- la descalificación podría constituir una **causa voluntaria de disolución** [arts. 16 y 17, LSLab.] ⁽⁸¹⁾. Por consiguiente, siendo sociedades mercantiles y sociedades “*de capital*”, las SALs. y las SRLs. no son sociedades cooperativas; por lo menos, no lo son de una forma plena, porque para ser una sociedad “*cooperativa*”, no basta con el puro hecho de que la condición de socio y de trabajador coincidan en las mismas personas; no basta, siquiera, que las características del tipo incluyan el elemento de que la condición de socio –accionista o socio de responsabilidad limitada- le haya de corresponder a personas que, además, tienen la condición de trabajadores... sino que es precisa la “**mutualización**” o “**cooperativización**” del objeto y el fin social. Por consiguiente, ese no ser sociedades plenamente cooperativas, y sí sociedades de capital, aunque especiales, explica el sometimiento, no a la legislación sobre cooperativas sino a la normativa sobre sociedades anónimas o sobre sociedades de responsabilidad limitada.

Este tipo de fenómenos responde al hecho de la superación histórica de los postulados ideológicos –absolutos- del Liberalismo capitalista, de acuerdo con los

⁸⁰ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

⁸¹ VICENT CHULIÁ,F.: “*Introducción...*”, cit., 14ª ed., p. 549.

cuales, puesto que el empresario arriesgaba su fortuna, en el ejercicio de la actividad económica, debía corresponderle a él, en exclusiva, el poder soberano de decidir sobre la organización, gestión y explotación de la empresa, sobre su transformación e -incluso- sobre su extinción⁽⁸²⁾. Sin embargo, este criterio escondía una falacia: si bien es verdad que la gestión debe corresponder al riesgo, es -por el contrario- inexacto que sea el empresario el único que soporta el riesgo económico y el único que posee un interés relevante en la buena marcha de la explotación empresarial. Bien por el contrario, hay dos argumentos que ponen de relieve la falacia antes denunciada: Por una parte, **también los trabajadores son "productores"**, lo que -por tanto- los hace acreedores de la posibilidad de **participar en el proceso de toma de decisiones** atinentes a la actividad productiva⁽⁸³⁾. Y, por otra, también los trabajadores tienen un interés en el éxito de la Empresa, porque de la buena o de la mala conducción de la explotación empresarial puede depender la estabilidad de su puesto de trabajo (de aquí que se habla de un "riesgo del trabajo" como realidad paralela al "riesgo del capital")⁽⁸⁴⁾. Entre las diversas soluciones que se han propuesto -muchas de las cuales son esas instituciones migratorias, a las que se ha hecho referencia- la reconducción del problema por el cauce de la **reforma de los órganos de la Sociedad anónima**, dando entrada en los Consejos de administración a los representantes, no de los accionistas o

⁸² GARRIGUES,J.: "Setenta y cinco años de Derecho mercantil", en VV.AA.: *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo"*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, p. 271. GIRON TENA,J.: "Sobre las características generales, desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la Empresa", en VV.AA.: *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo"*, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 287 y ss. ALMANSA PASTOR,J.M.: *"La participación del trabajador en la administración de la Empresa"*, edit. TECNOS,S.A., Madrid, 1965, ps. 29 y ss. y 94 y ss. BROSETA PONT,M.: "La reforma de la Empresa en el sistema neocapitalista español", RDM., 1970, nº 116, ps. 265 y ss., entre otros. Igualmente GALGANO,F.: "Introduzione. Le teorie dell'Impresa", en VV.AA.: *"Trattato di Diritto commerciale e del Diritto pubblico dell'Economía"*, t. II, edit. CEDAM., Padua, ps. 10 y ss., quien señala que la concepción clásica de la Empresa -a la que califica de reduccionista- consideraba al Empresario como el único productor, y a sus empleados, como simples instrumentos de trabajo, en vez de verlos como "co-artífices" de la producción. RAISCH,P.: *"Unternehmensrecht"* (2), *"Aktien und Konzernrecht, Mitbestimmung und Fusionskontrolle"*, 1974, ps. 99 y ss., criticando la postura de BÖHM, que basaba su crítica a la participación en el riesgo de la propiedad aportada por el empresario.

⁸³ GALGANO,F.: op. ult. cit., p. 11, desde una perspectiva marxista y con el objetivo -declarado- de extender la democracia política al ámbito del gobierno de la Economía. ALONSO OLEA,M. y CASAS BAHAMONDE,M^a.E.: *"Derecho del Trabajo"*, edit. THOMSON/CIVITAS,S.A., 21ª ed., Madrid, 2004, p. 191.

⁸⁴ BLOCH-LAINE,F.: *"Pour une réforme de l'Entreprise"*, París, 1963, ps. 79 y ss., ISLER,P.T.: *"Mitbestimmung und Unternehmensrecht unter besonderer Berücksichtigung der niederländischen Regelungen"*, Zurich, 1980, p. 19. NELL-BREUNING,O. Von.: *"Mitbestimmung"*, 4ª ed., Frankfurt, 1969, ps. 61 y ss., STEIGER,W.Von.: "Probleme des Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer", *"Zeitschrift der bernischen Juristinnenvereins"*, 1955, p. 21. Para una exposición de los diversos argumentos esgrimidos en pro de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los sistemas de cogestión paritaria, vid. ESTEBAN VELASCO,G.: *"El poder de decisión en las sociedades anónimas"*, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1978, ps. 598 y ss.

partícipes, sino de los trabajadores ⁽⁸⁵⁾. Más precisamente, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE aluden a los siguientes sistemas: A) un régimen de comisiones especiales; b) un régimen de jurados o comités de empresa y c) un régimen de cogestión o participación en la dirección ⁽⁸⁶⁾. Pues bien, como no se ha llegado a configurar o consolidar ese "Derecho de la Empresa", permaneciendo separados el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho tributario, una de las consecuencias es que la participación obrera ha debido ser **canalizada a través del Derecho [mercantil] de sociedades**, adoptando la modalidad de una inserción de los representantes de los trabajadores en la estructura del Sujeto/Sociedad, que es el empresario titular de la organización ⁽⁸⁷⁾, como se aprecia en la normativa comunitaria sobre la Sociedad Anónima Europea, en cuyo seno se insertan, tanto una comisión negociadora, como un órgano de representación de los trabajadores, sobre cuya naturaleza nada se dice; en concreto, si constituye, o no, un órgano social.

2.2. Aspectos contractuales

La estrecha conexión; el vínculo esencial entre Derecho Laboral y Contrato de Trabajo determina que Derecho Laboral y Derecho Mercantil se enfrenten u opongan en función de la **particularidad** –o, más bien, **singularidad-causal** de las relaciones jurídico-laborales, frente a la **pluralidad**, si no universalidad, tipológica y causal de las relaciones jurídico-obligacionales mercantiles. Las relaciones laborales, propiamente dichas, solamente pueden tener un único origen causal: el **Contrato de Trabajo**.

⁸⁵ GARRIGUES, J.: "Setenta y cinco años...", cit., p. 275. "Reto sin respuesta", en *"Hacia un nuevo Derecho mercantil, Escritos, lecciones y conferencias"*, edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1971, ps. 262 y ss.

⁸⁶ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE.: cit., 21ª ed., p. 192. Las clasificaciones son múltiples: para la Doctrina alemana, hay que distinguir entre la participación, como intervención genérica de los trabajadores en la Empresa [“*Beteiligung*”], la colaboración [“*Mitwirkung*”] y la cogestión [“*Mitbestimmung*”]. En Francia, se distingue entre Cogestión y Codecisión [Vid. PÉREZ ESCOLAR, R.: “*La Sociedad Anónima Europea*”, edit. MONTECORVO, Madrid, 1972, p. 132].

⁸⁷ GARRIGUES, J.: ops. y locs. ult. citis. GOMEZ SEGADE, J.A.: "Derecho de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima (Reflexión ante la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 1 de marzo de 1979)", en VV.AA.: "*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*", edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1981, ps. 309 y ss. ALONSO OLEA, M.: "Instituciones de participación de los trabajadores en la Empresa", "*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*", t. II, edit. TECNOS, S.A., Madrid, ps. 25 y ss. en especial, p. 40.

Resulta obvio que el Contrato de Trabajo es un contrato ⁽⁸⁸⁾ [Obsérvese la referencia explícita al “*contrato*”, que se hace en el apdo. 4º, del art. 1º, TRETrab., cuando habla del “*trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero*”]; que es un contrato de **prestación de servicios por cuenta ajena y por título lucrativo**; es decir: retribuido; que se trata de un contrato **oneroso**, en el sentido del art. 1274, CC. En este sentido, si hay un contrato típico que constitutivamente suponga la prestación de servicios asalariados, ese es el *Contrato de Trabajo*, regulado en el TRETrab./1995, como se deduce de sus arts. 1, nº s 1 y 3, apdo. e), y 26 al 33, en los que se refleja que el Contrato de Trabajo tiene por objeto la prestación por cuenta ajena de “*servicios retribuidos*” y que esa retribución adopta la forma de “*salario*”.

Pero la principal característica diferenciadora del Contrato de Trabajo, respecto de otros contratos no-laborales, que pudieran presentar su misma estructura –contrato de prestación remunerada de servicios- reside en el dato de la –tradicionalmente denominada- “*dependencia*” ⁽⁸⁹⁾. En efecto: sucede que el salario es un tipo de prestación; un tipo de obligación que *surge de varios contratos diferentes*, de los pertenecientes a la categoría de los contratos *de servicios*; es decir: de aquellos contratos que tienen por objeto y causa *producir obligaciones de hacer, efectuadas en interés ajeno* ⁽⁹⁰⁾. Uno es el Contrato *civil* de Arrendamiento de Servicios, contemplado en los arts. 1542, 1544 y 1583 al 1588 del Código civil, de cuyo contrato se dice que hay que pagar al sirviente doméstico el correspondiente “*salario*”; concepto éste que –por el contrario- no aparece en el Arrendamiento de Obra, donde el Código no habla de salario, sino de “*precio*” [art. 1599, C.C.].

Por lo que hace a su carácter oneroso, el fenómeno del trabajo dependiente, que se acaba de describir en términos socio-económicos, se caracteriza por la **prestación de servicios por cuenta ajena, remunerados por medio de un “salario”**. Así, de lo dispuesto en el art. 1º, TRETrab. se deduce que el Contrato de

⁸⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 270. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 13ª ed., p. 459. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Tema 4. El ámbito del Derecho del Trabajo”, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VAZQUEZ, X.M.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. NETBIBLO, 2004, p. 47.

⁸⁹ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Tema 4. El ámbito del Derecho del Trabajo”, en MARTÍNEZ GIRÓN/ARUFE VARELA/CARRIL VAZQUEZ, cit., p. 47.

⁹⁰ LUMINOSO, A.: “Capitolo III. I Contratti per l’esecuzione di opere o di servizi”, en VV.AA.: “*Manuale di Diritto commerciale*”, dir. por V. Buonocore, edit. G. Giappichelli, Editore, 2ª ed., Turín, 1999, p. 949, quien señala que su intención es tratar de ciertos contratos que, a diferencia de los que tienen por objeto el intercambio de bienes, que producen obligaciones de dar, versan sobre obligaciones o prestaciones de *hacer*.

Trabajo es “*el que liga a una persona [trabajador] que presta sus servicios a otra [empresario], que los retribuye, organiza y dirige*”⁽⁹¹⁾. Los servicios que presta el trabajador son servicios retribuidos; remunerados con un *salario*, que constituye –a su vez- el objeto de una obligación, cuyo deudor es el Empresario. Por esta razón, el Contrato de Trabajo se caracteriza por ser bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático⁽⁹²⁾. Los créditos por salarios representan la contraprestación por los servicios que el Trabajador- presta al Empresario, con quien se encuentra vinculado por una relación jurídico-privada, denominada laboral, originada en el Contrato de Trabajo, que se caracteriza por la ajenidad, la alienidad y la subordinación.

Como objeto de la contraprestación del Empresario frente al Trabajador, el Salario constituye el objeto de una prestación de *dar*; una prestación caracterizada no tanto por elemento real sobre el que recae, cuanto por el *título jurídico* por el que se devenga, que no es otro que por el Contrato de *Trabajo*⁽⁹³⁾. Por este motivo, hay que hacer referencia a lo previsto en el **art. 26, nº 1, TRETrab.**, que lleva por título “**Del salario**”, en la versión o en la redacción dada por la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2010, 17.09.2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo:

“1. Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.”

⁹¹ ALONSO OLEA,M. y CASAS,M^a.E.: “*Derecho del Trabajo*”, edit. CIVITAS,S.A., 18^a ed., Madrid, 2000, p. 56. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA.: cit., 13^a ed., p. 459, quienes añaden que el trabajador se compromete a “*prestar sus servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica*”, que no es sino el *empleador* o *empresario*. ALBIOL,I., CAMPS,L.M., LÓPEZ GANDÍA,J. y SALA,T.: “*Compendio de Derecho del Trabajo. Fuentes y Contrato Individual*”, edit. TIRANT LO BLANCH, 2^a ed. actualizada hasta septiembre de 2000, Valencia, 2000, p. 133. VIDA SORIA,J., MONEREO,J.L. y MOLINA,C.: “*Manual de Derecho del Trabajo*”, edit. COMARES, 2^a ed., Granada, 2004, p s. 333 y ss., desde una perspectiva subjetiva-funcional, que atiende más a la “*relación*” de trabajo, que al “*contrato*” de trabajo.

⁹² ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18^a ed., ps. 57 y s.

⁹³ ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18^a ed., ps. 325 y s. ALBIOL/CAMPS/LÓPEZ GANDÍA/SALA.: “*Compendio...*”, cit., 2^a ed., p. 133, quienes señalan –aunque el término no termina de gustarme, formalmente- que el Contrato de Trabajo es un contrato *cambiario*, en el que las partes persiguen intereses contrapuestos: trabajo [el Empresario], frente a *retribución* [el Trabajador].

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.

De las palabras del precepto –que son todo lo que se quiera menos claras y aporéticas (⁹⁴)- se deducen varias notas características y esenciales del concepto de Salario; a saber:

1. En primer lugar, que el Salario constituye la prestación principal del empresario, como compensación por la prestación de servicios realizada por el trabajador (⁹⁵), de modo que la noción legal se corresponde con la noción doctrinal (⁹⁶).
2. Toda retribución recibida por el trabajador de su empresario se presume salario, salvo prueba en contrario (⁹⁷). Por consiguiente, es el Empresario el que tiene que probar que la remuneración o atribución patrimonial efectuada, a favor del trabajador, no tuvo lugar en concepto de salario (⁹⁸).
3. La naturaleza salarial o extrasalarial de una determinada percepción económica es independiente de la denominación o calificación formal que le atribuyan las partes, sea en el marco de un convenio colectivo, o bien en el correspondiente contrato laboral (⁹⁹): el único criterio relevante para la calificación de una percepción como salario, opera la denegación de semejante calificación será **“la causa, finalidad o función que persiga su**

⁹⁴ MOLERO MANGLANO,C.: *“Derecho Laboral empresarial para directivos no juristas, Facultades de empresariales y Escuelas de Negocios”*, edit, McGRAW-HILL, Madrid, 1998, p. 84.

⁹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: *“Manual de Derecho del Trabajo”*, edit. TIRÁNT LO BLANCH, 3ª ed., Valencia, 2013, p. 392: salario es la totalidad de las percepciones de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de servicios por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma remuneración, o retribuyan los períodos de descanso computables como de trabajo. MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, en VV.AA.: *“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para titulaciones no jurídicas”*, dir. por T.Velasco Portero, P.Núñez-Cortés Contreras y J.Mª.Miranda Boto, edit, TECNOS (GRUPO ANAYA,S.A.), 2ª ed., Madrid, 2011, p. 105.

⁹⁶ ALONSO OLEA/CASAS.: cit., 18ª ed., p. 326.

⁹⁷ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

⁹⁸ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

⁹⁹ MANEIRO VÁZQUEZ,Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

retribución” ⁽¹⁰⁰⁾.

Por consiguiente, parece claro que lo que caracteriza al salario es su **naturaleza** y su **fundamento causal**: el salario es toda aquella percepción económica **“por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena”**; factor que determina la salarialidad o laboralidad de la retribución, cualquiera que sea su forma: en dinero, o en especie ⁽¹⁰¹⁾... Mas, a pesar de que el precepto se extiende –extiende el concepto de “salario”- a **“la totalidad”** de las percepciones, no es posible desconocer que existen otras sumas que percibe el Trabajador; sumas que le son debidas por otros conceptos; sumas que –a veces- ni siquiera se deben al propio Trabajador, *“in persona”*. En este sentido, deben entenderse excluidas del supuesto analizado o, mejor, no pertinentes a él, los créditos indemnizatorios/resarcitorios por cesación de la relación laboral; es decir: las indemnizaciones por despido ⁽¹⁰²⁾, los créditos indemnizatorios/resarcitorios por daños sufridos por el Trabajador, en la esfera extracontractual, aunque con ocasión del desempeño de su actividad. Asimismo hay que considerar que no entran dentro del concepto de salario, los créditos que ostenta la Seguridad Social, por su acción de cobertura de las contingencias que afecten a los trabajadores. Pues bien; partiendo de esta base, no es posible no advertir que existen diversos puntos o planos, en los que se produce esa suerte de proceso de intercambio o de tráfico de instituciones entre Derecho Laboral y Derecho Mercantil, o –siquiera- Derecho privado patrimonial [no laboral], que afecta –concretamente- a la estructura de las relaciones derivadas del contrato de trabajo, que experimentan un proceso de alteración; de *“consorcialización”* –que las aleja del modelo clásico de relaciones laborales-, por un lado, y que afecta –por otra parte- a la estructura de relaciones jurídicas contractuales no laborales, aproximándolas a la órbita del Derecho –digamos- *“Social”*.

En primer lugar, podríamos hablar de la **“mercantilización”** o **“societarización”** o **“consorcialización”** del Salario, como **paradigma de la retribución laboral**, a través –con frecuencia- del expediente de **convertir a los empleados en “socios”**, aunque en el bien entendido de que esa “conversión” podría limitarse a serlo sólo en un sentido figurado, limitado o, mejor dicho, no excluyente del originario vínculo jurídico-laboral. Ahora bien; hecha esta matización, cabe señalar que, por lo mismo que se trata de **“la totalidad”** de las percepciones que tengan esa especialísima *“causa salarial”*, la conclusión lógica a la que cabe llegar es que han de considerarse comprendidas en la calificación de

¹⁰⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

¹⁰¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *“Manual ...”*, cit., 3ª ed., ps. 392 y ss. MOLERO MANGLANO, C.: *“Derecho Laboral empresarial ...”*, cit., p. 84.

¹⁰² Que tanta importancia tienen en el ámbito concursal laboral, ya que –precisamente- la Ley 11/1994, de 19.5.1994 había reformado el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores [la versión original, de 1980], con la finalidad de *incluir* en él las indemnizaciones por *despido*.

“salario” las retribuciones que adoptan la forma de **participación en beneficios**, que –en principio- pueden jugar de dos maneras: como “**complementos del salario**” y/o como **forma de salario**. En cierto sentido, ambos aspectos están relacionados y –además- lo están por un factor limitador: “*el salario en especie [nunca] podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional*”.

Por este motivo, las características de conmutatividad y estabilidad; es decir: no-aleatoriedad, del Salario convencional o tradicional, no empecen a la posibilidad de abonar **otras retribuciones adicionales**, que podríamos calificar o describir como “**consorciales**”, por cuya virtud el Trabajador que las ha de percibir se hace partícipe en los resultados de la empresa. Tal es el caso cuando se concede a los trabajadores una **participación en los resultados económicos de las sociedades**, en las que se hallan prestando sus servicios, sin dejar de ser trabajadores ni convertirse en socios. En cualquier caso, **la remuneración mediante participación en beneficios posee un “carácter salarial”**, que se halla “*implícito en el art. 26.3 [TRETrab.], que incluye entre otros complementos salariales los fijados en función de los ‘resultados de la empresa’*” ⁽¹⁰³⁾, porque –efectivamente- de acuerdo con el **art. 26, nº 3, TRETrab.**, se establece que:

“Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en

¹⁰³ MONTOYA MELGAR,A.: “*Derecho del Trabajo*”, cit., 30ª ed., p. 386. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: “*Manual ...*”, cit., 3ª ed., ps. 398 y s., en relación con las “*stock options*”, de las que dice que constituyen o que persiguen como finalidad –entre otras- un refuerzo de la motivación, recompensando al Trabajador por resultados positivos o por el aumento de valor de la empresa. Para concluir afirmando que su condición laboral es la de salario en dinero [Afirmación en apoyo de la cual cita dos STSS. de 24.10.2001]

contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa”,

lo cual significa –indiscutiblemente- que **los llamados “complementos salariales” forman parte de “la estructura del salario”,** junto con “el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra”. Y que, por consiguiente, forman parte de “la estructura del salario”, incluso aquellos complementos salariales “*fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten*”. Por consiguiente, la noción de “**complemento**” sugiere –cuando menos, en algunos casos (¹⁰⁴)- una **identidad de naturaleza** de él, con aquello otro; con aquella cosa, cualidad o circunstancia, a la que el complemento se añade... para hacerla íntegra o perfecta (¹⁰⁵). El “*complemento*” y “*lo complementado*” -en el fondo- son una misma cosa; comparten una misma naturaleza, pues, si no fuese así, el complemento no produciría, sobre la cosa, cualidad o circunstancia a la que se añade, el efecto de hacerla “*íntegra*” o “*perfecta*”. Y, ciertamente, esta afirmación resulta complemente acertada y veraz, cuando se trata del Salario laboral, pues esa tercera acepción de la voz **complemento**, ya nos dice que es una “*retribución que percibe el trabajador por circunstancias singulares de su puesto de trabajo*”. Y si retribución es “*pago de algo*”; pago “*por*” algo, y la percibe el Trabajador, en principio, cabe presumir – art. 6, TRETrab.- que la percibirá en calidad de **salario**, incluso aunque para percibirla se tenga en cuenta el factor de las circunstancias singulares de su puesto de trabajo.

Además, el propio art. 26, nº 3, refleja –con carácter un tanto excepcional, dado el contexto juslaboralista y salarial en que se enmarca dicho precepto- que existe una cierta **libertad contractual**, en este ámbito, ya que se establece que **aquellos complementos salariales “fijados en función de circunstancias relativas ... a la situación y resultados de la empresa, ... se**

¹⁰⁴ En otras ocasiones, la voz “complemento” no sugiere identidad de naturaleza, sino todo lo contrario: diversidad de ella, entre el complemento y la cosa, cualidad o circunstancia a la que se añade. En este sentido, me remito a las definiciones contenidas en el Diccionario de María MOLINER.

¹⁰⁵ De hecho, resulta especialmente significativo el hecho de que, de acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz complemento (Del lat. *complementum*) posea nada menos que ocho -8- distintas acepciones, de las cuales, dos o tres resultan especialmente pertinentes en este momento y circunstancias; a saber: 1. m. Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta. 2. m. Integridad, perfección, plenitud a que llega algo. 3. m. Retribución que percibe el trabajador por circunstancias singulares de su puesto de trabajo.

calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten". Esto, digo, resulta llamativo o significativo, en el ámbito de los contratos laborales, porque es cosa bien sabida que –en el ámbito de los contratos de trabajo- se produce una evidente reducción o limitación de la autonomía contractual privada (¹⁰⁶).

Desde luego, es obvio que la Acción de Sociedad anónima o la Participación social de Sociedad de Responsabilidad Limitada confieren al socio el **derecho al dividendo**, como derecho a participar en las ganancias sociales; en los resultados positivos de ejercicio; un derecho que es –en buena medida- **aleatorio**, ya que su naturaleza no es la de un interés fijo, sino la de una remuneración variable, que consiste en una porción de los beneficios repartibles, que no son fijos, ni están garantizados a todo evento, sino que constituyen el aspecto positivo del **riesgo de empresa**, que asume el Empresario societario. En este sentido, parece lógico que, en el seno de una sociedad anónima, una vía para proporcionar a empleados directivos y cuadros medios vinculados con la Sociedad, en virtud de una relación de trabajo, un complemento salarial, asociado a los resultados de la empresa social... sea proporcionarles una **participación en beneficios**. Bien; pero sucede que la participación en beneficios es una relación jurídica, en cierto sentido, **de causa variable**, porque el simple hecho de participar alguien en los beneficios obtenidos por otro, puede responder a títulos jurídicos muy diversos: a) En primer lugar, la relación jurídica de **sociedad** [arts. 1665, CC. y 116, Cco., entre otros muchos, incluyendo el art. 48, del Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas, de 22.12.1989]; b) en segundo lugar, la **aparcería** [art. 1579, CC.]; c) en tercero, las **Cuentas en participación** [arts. 239 al 243, Cco.]; d) en cuarto lugar, la **Anticresis** [arts. 1881 y 1885, CC.] y –por supuesto– en quinto lugar, el **Contrato de trabajo**, cuando así se pacta, conforme al art. 26, TRETrab. Una conclusión que se deduce de esto es que, aunque la participación en beneficios sea una relación jurídica de causa variable –o quizá por eso mismo-, no cabe confundir; no cabe mezclar, indiscriminadamente, los diferentes tipos de títulos jurídicos que pueden dar lugar a que un sujeto participe en los beneficios obtenidos por la actividad de otro. MONTOYA MELGAR lo advierte, así, claramente, en relación con el pacto o cláusula de participación en beneficios, como complemento salarial: *“el trabajador que participa en los beneficios no se convierte, sin más, en socio, pues ni devenga dividendos, ni participa en las pérdidas, y mantiene en todo caso su derecho al salario mínimo, como en su día especificó el art. 1.3ª de la O. De 05.02.1963”* (¹⁰⁷).

¹⁰⁶ ALONSO OLEA, M.: *“Derecho del Trabajo”*, edit, SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, 6ª ed. renovada, Madrid, 1980, ps. 28 y s.

¹⁰⁷ MONTOYA MELGAR, A.: *“Derecho del Trabajo”*, cit., 30ª ed., p. 386.

El Empresario está obligado al pago puntual del salario correspondiente al trabajador (¹⁰⁸), tanto si se trata de un salario en metálico, como si se trata de un salario en especie; es decir: aquel salario que “*consiste en una atribución patrimonial distinta al dinero, ya sea para uso o consumo directo del trabajador o de su familia, o bien para su transmisión a otros mediante un precio*” (¹⁰⁹), y cuya licitud viene reconocida por el propio art. 26, nº 1, TRETrab.

El salario en especie ha de ser convertible en dinero; debe poseer entidad económica suficiente, de manera que su recepción por el trabajador suponga un incremento patrimonial equivalente al valor del trabajo que se trata de remunerar. También es necesario que se percibe de forma individual o individualizable (¹¹⁰).

Ahora bien; el legislador laboral remite la fijación de la estructura del salario a la negociación colectiva, o bien a la autonomía privada, materializada en el contrato individual de trabajo (¹¹¹), lo que incluye, no sólo la previsión del salario-base, sino también la de eventuales complementos salariales, fijados en atención a circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, conforme a los criterios que a tal efecto se pacten, entre las partes (¹¹²). Todos estos fenómenos conectan con el **art. 129, Const.Esp.** (¹¹³). En especial, el primero y el tercero de los fenómenos descritos se han “remozado” y han alcanzado una notable actualidad, por el fenómeno de las “*stock-options*”, que constituyen “*contratos por cuya virtud una Sociedad concede a sus administradores o empleados la facultad de adquirir –a un precio más ventajoso- acciones o participaciones representativas de su capital social, o del capital de una tercera sociedad del grupo, pudiéndose ejercitar esta facultad en una fecha determinada o bien dentro de un período de tiempo dado*”. Consecuencia o efecto de estos contratos es “*un derecho que de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado, para que este en un plazo determinado pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en Bolsa, el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia del precio entre ambos momentos –el de otorgamiento y el de ejercicio-, bien las propias acciones, al precio fijado en el momento de otorgamiento del*

¹⁰⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 106.

¹⁰⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 107.

¹¹⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 107.

¹¹¹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 109.

¹¹² MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Tema 7. El Salario”, cit., p. 109.

¹¹³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las Sociedades anónimas. Exámen de la cuestión en Derecho societario”, en RDM., 1999, nº 234, octubre-diciembre, p. 1363.

derecho”, y que persiguen como finalidad –entre otras- un refuerzo de la motivación, recompensando al Trabajador por resultados positivos o por el aumento de valor de la empresa, que no deja de tener un importante apoyo constitucional, en el **art. 129, Const.Esp.** (¹¹⁴), atribuyéndoseles la condición laboral de **salario en dinero** [Vid. STSs. de 24.10.2001], ya que –ciertamente- retribuyen la prestación de servicios en régimen laboral, por sus titulares (¹¹⁵).

Y han dado lugar a corruptelas y escándalos como los de las “**tarjetas opacas**”

Asimismo, **Derecho Mercantil, Derecho Laboral y Derecho Procesal** han interactuado, tradicionalmente, en orden a la protección del Trabajador, a través de la **protección del salario y otros créditos laborales** –no salariales- **en el seno del Concurso**: no sólo a créditos que pudieran tener su origen –“*lato sensu*”- en el Contrato de Trabajo; sea en su normal desarrollo, o bien en caso de extinción del mismo [art. 84, nº 2, apdo. 5º, “*in fine*”], sino también créditos cuyo origen y naturaleza giren en torno a la existencia de la relación laboral, pero que no deriven directamente de ella, tales como –p.e.- las obligaciones [tributarias] de cotización a la Seguridad Social, se benefician de una protección especial por parte de nuestra Ley Concursal nº 22/2003 [art. 91, nºs 3 y 4], o incluso las sanciones o recargos por impago de recargos por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral [arts. 84, nº 5 y 91, nº 1]. Como se podrá apreciar, de todos ellos hay presencia, ora entre las Deudas de la Masa, ora bien entre los créditos concursales con privilegio general (¹¹⁶).

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO,L.: “Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las Sociedades anónimas. Exámen de la cuestión en Derecho societario”, en RDM., 1999, nº 234, octubre-diciembre, p. 1363. A pesar de las críticas que le merecen, tanto el sistema de “*stock options*”, como el de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, SÁNCHEZ ANDRÉS,A.: “Capítulo I Stock options, asistencia financiera y otras paradojas (el revés de la trama)”, en ALONSO GONZÁLEZ,L.M., DESDENTADO BONETE,A., LIMÓN LUQUE,M. y SÁNCHEZ ANDRÉS,A.: “*Stock-options, Tres Perspectivas: Mercantil, Laboral y Fiscal*”, edit. THOMSON-ARANZADI,S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, ps. 40 y s. reconoce que la excepción establecida a favor de las operaciones de “*auxilio a los trabajadores, para facilitarles la adquisición de acciones de la propia sociedad a la que prestan sus servicios*”, que se justifica “*por razones de política social; es decir: ara permitir al personal algún acceso a la propiedad de la empresa; por cierto, no sólo a costa del bolsillo de los socios sino con una orientación que esta vez sí resulta claramente ‘institucionalista’*”.

¹¹⁵ ALZAGA RUIZ,I.: “*Las Stock Options. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, edit. THOMSON – CIVITAS/INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, Madrid, 2003, *passim*. FERNÁNDEZ DEL POZO,L.: “Participación de los trabajadores...”, cit., ps. 1361 y s. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN,I.: “*Manual ...*”, cit., 3ª ed., ps. 398 y s.

¹¹⁶ DESDENTADO BONETE,A. y DESDENTADO DAROCA,E.: “V. Los Créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”, en VV.AA.: “*La Reforma Concursal: aspectos ACDCT, VOL. VII (2015), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 61-120*”

Por fin; ejemplo de recíproca influencia entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral es el régimen de las **indemnizaciones por despido o cese de altos directivos**, que tantos problemas han generado en el ámbito de las instituciones financieras en crisis: desde luego, si su condición es laboral, es obvio que habrá que considerar si el despido fue procedente o improcedente [o inclusive, nulo], porque sólo si es improcedente tendrían derecho a indemnización. Si, por el contrario, el despido es procedente, entonces **perderán el derecho a indemnización**. En este sentido, el **art. 55, nº 7, TRETrab.** establece que “[e]l despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

Si su condición es **mercantil**, hay que recordar que el art. 50, Cco. hace aplicación a los contratos mercantiles de las reglas generales sobre los contratos, contenidas en el Derecho común, comenzando por la exigencia de **causa lícita**, siendo así que –de conformidad con el art. 1274, CC.- en los contratos onerosos “*se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*”, y que –además- el art. 1275, CC. dice que no es lícita, la que “*se opone a las leyes o a la moral*”. Por consiguiente, una sedicente indemnización por cese, **como tal “indemnización”, debe responder a un fundamento causal lícito** que, en mi opinión, exige tres cosas:

1.- Que se indemnice un **daño derivado de la pérdida de ingresos por retribuciones** que la caja debiera al directivo.

2.- **Que, verdaderamente, la Empresa debiera retribuciones al directivo...** porque éste hubiera desarrollado debidamente “*la prestación o promesa de (un) servicio*”; de sus servicios característicos, como vocal, ya que tales servicios son la causa de la retribución que podría perder, con su cese.

3.- **Que, incluso entonces, la cuantía de la indemnización –que debe justificarse causalmente- no resultara “opuesta a las leyes [ni tampoco] a la moral”.** Frente a este último argumento, considero que no vale aducir que existe libertad de pactos... e incluso que el art. 344, Cco. excluye la rescisión por lesión, ya que una cosa es poder pactar –“*in abstracto*”- indemnizaciones millonarias o indemnizaciones modestas... y otra cosa muy distinta es que, a la hora de reclamarlas, las circunstancias hayan teñido la reclamación de inmoralidad.

laborales y de Seguridad Social”, coord. por I. García-Perrote Escartín, edit. “LEX NOVA”, Valladolid, 2004, ps. 424 y ss.

Y es que, en efecto, diversos preceptos del Código de comercio contemplan supuestos en los cuales el Comisionista –que es el modelo fundamental de colaborador que se contempla- se hace responsable de los daños diversos que cause a su comitente, de modo que –para empezar- sería difícil de justificar, cusalmente, el abono de una indemnización... a alguien que ha causado graves daños a aquel que debe indemnizarle.

Recientemente, la regulación especial de un “*Estatuto del Trabajo autónomo*” revela otro curioso fenómeno de comunicación entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral: como quiera que el Derecho Mercantil y –asimismo el Derecho Civil- no fueron capaces, según se ha expuesto, de seguir la senda que terminó por dar nacimiento al moderno Derecho Laboral, la aparición de este último abrió, de inmediato, una brecha –si no dos- que separaron –y separan- a las personas que hacían su profesión y su “*modus vivendi*” de la prestación de servicios a otros, en dos o tres grandes grupos: a) Los empresarios prestadores de servicios; b) Los trabajadores por cuenta ajena, y c) los prestadores de servicios que, no siendo trabajadores asalariados, tampoco merecían ser calificados como empresarios.

Es como si cada uno de esos grupos hubiera quedado situado a cada uno de los lados separados por esas brechas: los primeros –los empresarios prestadores de servicios- quedaban sometidos, por ser empresarios, al Derecho mercantil, ya que el Derecho mercantil es el Derecho “*de los empresarios, en el ejercicio de su actividad de empresa*”. Los segundos –los trabajadores-, al Derecho Laboral... y los terceros, que ni eran trabajadores asalariados por cuenta ajena, ni tampoco empresarios, *supuestamente* sometidos al régimen del Derecho *civil*, especialmente, en materia de contratos civiles de prestación de servicios [Arrendamientos de obras y/o servicios, Contrato de Mandato, Contrato de Depósito...]. Ahora bien; esos tres ámbitos no resultan estancos ni indiferentes, los unos respecto de los otros: para empezar, el Derecho mercantil se ocupa de los empresarios y las empresas, y estos últimos presentan un vínculo doble con las actividades de prestación de servicios; a saber:

- A. El Empresario suele organizar, entre los factores de la producción, no sólo el capital –es decir: tanto el capital real como el capital financiero; los activos reales y los activos financieros-, sino también el **capital “humano”**, formado por los servicios que le proporcionan a él, otras personas, las cuales –típicamente- suelen estar relacionadas con el empresario por un vínculo contractual laboral.

- B. El Empresario, con mucha frecuencia, pertenece al **sector terciario**; al sector de los servicios, de forma que él mismo hace su profesión y hace su giro profesional típico, de la prestación a terceros, de sus propios servicios. Si en el caso anterior, el empresario aparecía como acreedor de los servicios... aquí aparece como deudor de esos servicios: en el primero caso, los recibía, ahora los proporciona a otros, que tanto pueden ser empresarios como consumidores... e incluso entes públicos.

Pues bien; en el primer caso, el Empresario puede verse sometido – indistintamente- al Derecho mercantil, al Derecho Laboral o al Derecho civil, aunque la aplicación de este último parezca algo secundario y cuasiexcepcional, porque –típicamente- el Empresario **obtiene servicios: bien de sus trabajadores asalariados** [empleados por cuenta ajena, en régimen jurídico-laboral], **o bien de otros empresarios independientes, pertenecientes al sector-servicios** [Comisionistas, agentes, mediadores, portadores, almacenistas, entidades de crédito, entidades aseguradoras, empresas navieras y compañías aéreas, empresas de consultoría e ingeniería y un largo etcétera], e incluso de **colaboradores no laborales... que pasan a integrarse en el propio empresario, cuando éste es persona jurídica** [Socios de trabajo o industria; administradores sociales, auditores de cuentas]. De estos tres grupos, el primero queda sometido al Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, mientras que el segundo y el tercero parecen sometidos al Derecho mercantil, y –acaso- se pueden llegar a encontrar en una zona gris entre el Derecho mercantil, el Derecho laboral y el Derecho civil, y aun hay que advertir que **el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral poseen, cada uno, su propia “vis atractiva” –más intensa, quizás, por parte del Derecho del Trabajo-, de modo que, a poco que uno se descuide, la relación de prestación de servicios fácilmente escaparía del simple Derecho civil... para caer en el campo gravitatorio del Derecho Laboral, o –más raramente, pero no mucho más- en el campo gravitatorio, también con sus propias fuerzas de marea, del Derecho Mercantil.**

En este sentido, me atrevo a proponer una metáfora tomada de la Astronomía o de la Astrofísica: me refiero a los fenómenos que se producen cuando un agujero negro se forma cerca de una estrella, lo que suele suceder en sistemas estelares binarios; en sistemas donde existen, no una, sino dos o más estrellas... y una de ellas colapsa y, debido a su enorme masa, se convierte en agujero negro. Pues bien; en estos casos, es frecuente que este último se forme justo a la distancia en la que la singularidad afecta a la otra u otras estrellas próximas, comenzando a devorarlas poco a poco. En tales casos, desde la Estrella “supérstite” –me permitiré aplicar un adjetivo muy jurídico a un fenómeno astronómico- comienzan a desprenderse capas de materia

estelar, que siguiendo un curso espiral consecuencia de la propia rotación de la estrella y la del propio agujero negro, van siendo atraídas hacia este último, que engulle la materia de la estrella con la que convive en una relación “parasitaria”. Pues bien, pasemos a materializar, de una buena vez, la metáfora: imaginemos que la Estrella supérstite es aquel sujeto que presta sus servicios profesionales a un empresario... o a un consumidor. Si este prestador de servicios no posee su propia organización empresarial, es muy fácil que termine integrado con el destinatario de sus servicios en una relación de índole laboral... porque el Derecho del Trabajo, a manera de “*agujero negro*”, una vez situado próximo a esta relación, funciona como una verdadera singularidad gravitacional, con tal poder de atracción, que muy probablemente comience a atraer la relación socioeconómica de prestación de servicios fuera del ámbito general del Derecho Civil; a desprenderla de éste, como el “*agujero negro*” va absorbiendo capas de materia de la estrella vecina, arrebatándose las, hasta terminar tragándose la entera: llevándola por completo al ámbito del Derecho del Trabajo.

Por el contrario, si el prestador de servicios posee su propia organización empresarial –sus propios trabajadores, establecimiento, fondo de comercio, clientela...-, es muy fácil que termine integrado con el destinatario de sus servicios en una relación de índole mercantil... porque es, ahora, el Derecho Mercantil la rama del ordenamiento que, a manera de “*agujero negro*”, una vez situado próximo a esta relación, funciona como esa singularidad gravitacional, cuyo poder de atracción –ciertamente algo menor que el del Derecho Laboral, pero también muy intenso-, probablemente atraiga a su seno la relación socioeconómica de prestación de servicios, extrayéndola fuera del ámbito general del Derecho Civil; desprendiéndola de éste, como el “*agujero negro*” va absorbiendo capas de materia de la estrella vecina, arrebatándose las, hasta terminar tragándose la entera: llevándola por completo al ámbito del Derecho Mercantil, como Derecho “*de los empresarios, en el ejercicio de su actividad constitutiva de empresa*”.

Pero el fenómeno astronómico o astrofísico descrito puede detenerse, interrumpirse o abortarse, si se dan ciertas condiciones; a saber: que la Estrella supérstite se halle a una distancia tal del agujero negro-parásito... que las fuerzas de marea de este último, no logren arrancar materia a la primera, y que ese agujero negro no haya podido incrementar su masa, atrayendo materia de otros cuerpos celestes, quedando en una especie de estado estacionario; de latencia e inactividad momentánea. Pues bien; expuestas así las cosas, cabe preguntarse si esos dos “*agujeros negros*” denominados Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, y Derecho Mercantil, se hallarán a una distancia suficientemente reducida como para haber absorbido suficiente masa –temática e institucional- y haber engullido, con el poder de su fuerza gravitacional, toda la masa de la Estrella *de la prestación de servicios*. O si, por el contrario, la distancia entre esta última y aquéllos era tal que ninguno de ellos ha sido capaz de absorber para sí toda la materia de la relación de *prestación de*

servicios. Esta última posibilidad era infrecuente, aunque no imposible, y, en cualquier caso, podía dar lugar a que la citada relación de *prestación de servicios*, huída o arrebatada del Derecho Civil... acabase quedando en una suerte de “*horizonte de sucesos*”. Porque –y sigo con las metáforas- los “agujeros negros”, con su extrema fuerza gravitacional que es capaz de provocar una «curvatura del espacio-tiempo», también dan lugar a una singularidad envuelta por una superficie cerrada, llamada “*horizonte de sucesos*”, que separa la región del agujero negro del resto del universo y es la superficie límite del espacio a partir de la cual ninguna partícula puede salir. Y, en este sentido, pudiera suceder que –por las circunstancias socioeconómicas que la rodean, y en cuyo contexto se lleva a cabo- la relación de prestación de servicios, escapando del Derecho Civil, y aproximándose al Derecho Mercantil, no por éllo dejase de experimentar el “*tirón gravitatorio*” del Derecho Laboral. Este fenómeno es el que ha marcado la evolución del régimen jurídico de “**los autónomos**”: profesionales independientes que no son trabajadores; no son empleados por cuenta ajena, dependientes, integrados en la comunidad de trabajo que dirige el empresario, pero cuya propia organización económica es de pequeñas dimensiones y, por eso, al mismo tiempo que se veían sometidos al rigor propio del “*status*” del empresario..., veían –también- cómo se escapaba de sus manos la protección deparada a los trabajadores por el Derecho Laboral. Porque –por definición- los autónomos, a poca que fuera la organización productiva que empleasen, por reducidos que fueran sus recursos de capital y de trabajo ajeno que empleasen en su comercio, eran considerados empresarios o comerciantes, y sus contratos de prestación de servicios a tercero no se consideraban como contratos de trabajo, sino como **contratos mercantiles**.

Pues bien; la porfía histórica de los autónomos; de estos pequeños empresarios o profesionales-personas físicas, que no podían o no querían formar parte de la empresa de otro, como trabajadores asalariados, fue **obtener –al menos, en parte- un tratamiento legal más beneficioso**, merced a la aplicación a ellos de siquiera **algunas instituciones propias del mundo del Derecho del Trabajo... “y de la Seguridad Social”**, lo que han conseguido gracias a la **Ley nº 20/2007, de 11.07.2007, del Estatuto del Trabajo autónomo** [LETrab.aut.], que regula dicha actividad que se califica como de “*trabajo autónomo*”, desarrollada por personas físicas que, en régimen de independencia laboral, propiamente dicha, prestan servicios a terceros y precisan de un mayor nivel de **protección**, que - paradójicamente- les viene deparada por el **Derecho Laboral**, aunque los **sujetos afectados -rectius**, los beneficiarios- **no son trabajadores**, propiamente dichos.

2.3. La Seguridad Social; del Derecho del Seguro privado, al Derecho Laboral

Como señalé anteriormente, un ejemplo palpable y paradigmático del proceso de intercambio de instituciones, entre el Derecho Mercantil y el Derecho Laboral, lo constituye la institución de la **Seguridad Social**.

Estrecha –pero parcialmente- relacionado con el Derecho Mercantil, el “*Derecho de seguros*”- abarca todas las formas de aseguramiento y todos los niveles del fenómeno del Seguro, lo cual excede del ámbito del Seguro privado, porque existe una actividad aseguradora –dicho sea “*lato sensu*”- que no puede calificarse como privada, y no sólo no puede calificarse como privada, sino que –además- su desprivatización o “*desprivaticidad*” llegan a tal extremo que absolutamente *todos* los aspectos de su régimen, o casi, pertenecen a la órbita del Derecho *público*, faltando –incluso- la *relación contractual de aseguramiento*. Así, el Derecho de seguros se divide en **dos grandes ramas**, una de las cuales no es de interés, ahora, para nosotros: me refiero el **Derecho de los seguros sociales**, del cual se ha dicho que mantiene con el objeto de nuestro estudio relaciones de **diferenciación** y de **conexión** ⁽¹¹⁷⁾. Por consiguiente, la primera de esas dos grandes ramas es la que se correspondería –en el Ordenamiento jurídico español- **Derecho de la Seguridad Social**, que en Italia se denomina “*Previdenza Sociale*”, y en Alemania “*Sozialversicherung*”, donde predomina abrumadoramente el Derecho público. Mas, como bien señaló GARRIGUES, la separación de los llamados seguros “*sociales*” o social-laborales, respecto del Seguro privado, es un hecho innegable, que tiene como razón de ser el -radicalmente- diverso origen y el hondamente distinto fundamento de las correspondientes relaciones de cobertura, de las que **sólo la relación jurídica de Seguro privado tiene un origen o fundamento contractual** ⁽¹¹⁸⁾. Pero también desde la óptica -más amplia- del Derecho del Seguro privado, como conjunto de normas que se ocupan del *Contrato* y la *Empresa* o el empresario de seguros ⁽¹¹⁹⁾, junto con sus *auxiliares*, tiene sentido esta exclusión, porque -en definitiva- el origen contractual/privado obliga a **excluir** no sólo el análisis de unas **relaciones de “cobertura”** -por no decir: de aseguramiento- **surgidas “ex lege”, sino que** -por lo mismo- hacen **innecesario** ocuparse de las especialidades de **unos hipotéticos sujetos contratantes**, que por definición **no existen**. Consecuencia de lo expuesto es que las diversas leyes de control de la actividad aseguradora excluyen se su ámbito a la Seguridad Social: el **§ 1º, apdo. 1, VAG**. establece que el control público establecido por dicha Ley afecta a las empresas que no son gestoras de la S.S. [“*nicht Träger der Sozialversicherung*”], el **art. L-310-1, párr. 2º, Code des ass.fr.** excluye –más bien- a

¹¹⁷ TAPIA HERMIDA,A.J.: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 1ª ed., p. 16. BATALLER GRAU/LATORRE CHINER/OLAVARRÍA IGLESIA.: cit., p. 16.

¹¹⁸ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: “*Contrato de Seguro terrestre*”, cit., 2ª ed., p. 3. ALONSO OLEA,M.: “*Instituciones de Seguridad Social*”, cit., 6ª ed., p. 27, quien -luego de señalar que el Seguro Social posee los mismos rasgos económicos que el Seguro privado: *aleatoriedad o incertidumbre individual del siniestro*; formación de un *fondo mutuo común* y *tratamiento matemático-financiero*- sitúa el factor distintivo en la obligatoriedad de los seguros sociales.

¹¹⁹ TAPIA HERMIDA,A.J.: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 2ª ed., ps. 11 y s.

ciertas entidades como las “*institutions de retraite et prevoyance*” mencionadas en el art. L-732-1, del “*Code de la Sécurité sociale*” y, por fin, el **art. 4º, LOSup.Solv.EAReas.**, adoptando una perspectiva objetiva o funcional, declara que “[q]uedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de esta ley el régimen general y los regímenes especiales que integran el sistema de Seguridad Social obligatoria” ⁽¹²⁰⁾. Y, a su vez, los textos legales reguladores de la Seguridad Social hacen lo propio, pero a la inversa: declarar **excluido** de su ámbito el régimen del **Seguro privado**, aunque lo hagan de un modo un tanto elíptico, como es el caso del **art. 4º, nº 3, TRLGSS**. Y esto, a pesar de que la Seguridad Social, nacida de la evolución experimentada por el Seguro privado, cuando hubo de extenderse a la cobertura de los riesgos laborales, no puede negar sus raíces en el ámbito del Seguro privado de accidentes, vida y enfermedad, que como consecuencia de un proceso histórico de creciente y progresiva publicización, ha dado lugar a una mastodóntica institución, poliédrica, universal... con todas las características de un servicio público, aunque cuya prestación puede llevarse a cabo con la colaboración **de verdaderas sociedades “de Derecho laboral”, no mercantil**: me refiero a las llamadas “*mútuas colaboradoras*”, antaño denominadas “*mutuas patronales de accidentes de trabajo*”, al tiempo que el Derecho Laboral de las Prestaciones de Previsión Social recibe el influjo indirecto de unas aseguradoras mercantiles, de estructura mutualística, las “*mutualidades de previsión social*” .

La mutación “*genética*” que concluyó por expulsar a los “*seguros sociales*”, fuera del ámbito del Derecho Mercantil, y desplazándolos al ámbito Laboral, debe situarse en el plano del *origen de la relación jurídica*; de la respectiva fuente de la relación de seguro social y la de seguro privado: con independencia de que este último tiene su origen en la iniciativa privada, mientras que el primero se origina en una iniciativa del Estado, para proteger a las personas inmersas en el mundo del trabajo, frente a los riesgos derivados del mismo ⁽¹²¹⁾, lo decisivo es que el Seguro mercantil se constituye en torno, y por referencia, a la institución del *Contrato de Seguro*, quedando fuera aquellas relaciones de cobertura aseguratoria que tienen un origen no contractual ⁽¹²²⁾. **La relación jurídica de seguro privado nace siempre en virtud de contrato**, el cual puede ser voluntario -obra de la libre y voluntaria iniciativa de las partes-, o *forzoso*, de modo que su conclusión y celebración venga impuesta por la Ley, que -por así expresarlo- no crea la relación de seguro, sino que

¹²⁰ TAPIA HERMIDA,A.J: “*Derecho de Seguros y...*”, cit., 2ª ed., p. 12. Idem.: “*Manual de Derecho de Seguros y...*”, cit., 1ª ed., p. 30.

¹²¹ DEL CAÑO ESCUDERO,F: cit., t. I, p. 9.

¹²² DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., ps. 8 y ss. FANELLI,G: cit., en CICU/MESSINEO, t. XXXVI, vol. 1, p. 17. GOLDBERG/MÜLLER: cit., p. 62. GÄRTNER,R: “*Privatversicherungsrecht*”, 2ª ed., actualizada, Darmstadt, 1980, p. 87. HOFFMANN,E: cit., ps. 2 y s. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J: “*Contrato de seguro terrestre*”, cit., 2ª ed., p. 4 y SANCHEZ CALERO,F: “*Curso...*”, t. I, p. 17. Idem: Comentario al Artículo 1º, en SANCHEZ CALERO/TIRADO SUÁREZ: cit., t. XXIV, vol. 1º, p. 10, aunque también DEL CAÑO ESCUDERO alude a ella.

impone el deber de crearla, mediante la conclusion de un contrato. En cambio, la relación jurídica de Seguro Social -relación de *afiliación* ⁽¹²³⁾- nace **directamente "ope legis"** ⁽¹²⁴⁾ o bien **de un acto administrativo** ⁽¹²⁵⁾.

En consecuencia, la S.S. carece de ciertas notas que identifican al Seguro privado: no existe voluntariedad, libertad, ni proporcionalidad entre prima y riesgo, pues -sin origen contractual- tampoco hay bilateralidad y equivalencia de las prestaciones, ni "*exceptio inadimpleti contractus*" ⁽¹²⁶⁾. La *falta de pago de cotizaciones* por el empresario *no exonera a la entidad gestora*, e incluso si llegase a quedar exonerada, debería pagar las correspondientes prestaciones, sin perjuicio de su derecho de repetición ⁽¹²⁷⁾. Esta circunstancia posee una ulterior trascendencia práctica respecto de la propia estructura de la relación aseguradora y de la índole de las prestaciones de los asegurados: que adoptan la forma de *primas*, en el Seguro privado, y de *cotizaciones*, en la S.S: la "*cotización*" es un *tributo*; una "*obligación de contenido económico, establecida por la ley, en virtud de la cual el Estado u otro Ente público se convierte en acreedor de un sujeto pasivo, como consecuencia de la realización por éste de un acto o hecho indicativo de capacidad económica*" ⁽¹²⁸⁾, habiéndose discutido –como mucho- si dicha debía ser calificada como impuesto, tasa o contribución especial, o como una exacción parafiscal especial ⁽¹²⁹⁾. Una construcción "*privatista*" de la *cotización* resulta inadmisibles, al venir superados los regímenes centrados en el riesgo: ahora, la cobertura se extiende a hechos preexistentes y ciertos -p.e., el nacimiento de un hijo antes de constituirse la relación jurídica por cuya causa se va a recibir asistencia social ⁽¹³⁰⁾. De ahí la separación de regímenes y de adscripciones ordinamentales y administrativas ⁽¹³¹⁾.

¹²³ Regulada en los arts. 12 y 13, TRLGSS., que nos revelan la obligatoriedad de la inserción en la Seguridad Social; al tiempo que señalan que la misma se practica ora a petición, ora a instancia de parte, ora bien de oficio por la Administración de la Seguridad Social.

¹²⁴ SANTOS BRIZ,J: "*La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*", t. I, edit. MONTECORVO,S.A., 7ª ed. nuevamente revisada y actualizada, Madrid, 1993, ps. 409 y s. ALMANSA PASTOR,J.M: "*Derecho de la Seguridad Social*", 6ª ed., Madrid, 1989, p. 257.

¹²⁵ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 267, siguiendo la línea de DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., p. 9, que hablan de la necesidad de que el mandato legal se lleve a efecto, bien sea por medio de un simple hecho, o bien un acto de naturaleza no negocial. En contra, vid. ALONSO OLEA,M. y TORTUERO PLAZA,J.L: "*Instituciones de Seguridad Social*", edit, CIVITAS,S,A., 12ª ed., Madrid, 1990, ps. 136 y s., afirman que le relación que media entre el empresario y el ente asegurador, sea público (INS.) o sea una mutua patronal colaboradora, constituye un verdadero contrato de seguro, aunque documentado de forma especial.

¹²⁶ DONATI/VOLPE PUTZOLU: cit., p. 9.

¹²⁷ ALONSO OLEA,M: cit., p. 150.

¹²⁸ MARTÍN QUERALT,J., LOZANO SERRANO,C. y POVEDA BLANCO,F: "*Derecho tributario*", edit. ARANZADI,S.A., 5ª ed., revisada, ampliada y puesta al día, Elcano (Navarra), 2000, p. 27.

¹²⁹ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 286. MARTÍN MATEO,R: "*Derecho Público de la Economía*", cit., p. 248.

¹³⁰ ALMANSA PASTOR,J.M: cit., p. 221.

¹³¹ TAPIA HERMIDA,A.J: "*Derecho de Seguros y...*", cit., p. 16.

**LA POSIBILIDAD DE EXIGIR DETERMINADAS CONDICIONES
LABORALES, EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
VASCA, A FIN DE GARANTIZAR EMPLEO DE CALIDAD***

*[THE POSSIBILITY OF REQUIRING A NUMBER OF LABOR CONDITIONS, IN
THE FRAME OF BASQUE PUBLIC CONTRACTS, IN ORDER TO GUARANTEE
QUALITY EMPLOYMENT]*

Eider Larrazabal Astigarraga

Fecha de recepción: 29 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DEL EMPLEO DE CALIDAD.- III. LA APLICACIÓN —COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN— DE UN CONVENIO COLECTIVO TERRITORIAL DETERMINADO PARA GARANTIZAR CIERTAS CONDICIONES LABORALES.- IV. LA SENTENCIA DEL TSJPV, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, QUE AVALA QUE GIPUZKOA IMPONGA CLAUSULAS SOCIALES EN CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS.- V. CONCLUSIONES.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. THE SETTING OF SOCIAL CLAUSES IN PUBLIC CONTRACTS SEARCHING FOR QUALITY EMPLOYMENT.- III. THE APPLICATION —AS AN IMPLEMENTATION CONDITION— OF A SPECIFIC TERRITORIAL COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT TO GUARANTEE A NUMBER OF LABOR CONDITIONS.- IV. THE DECISION OF THE SJCB, OF 30 DECEMBER 2014, CONFIRMING THAT GIPUZKOA IMPOSES SOCIAL CLAUSES IN PUBLIC WORKS CONTRACTS.- V. CONCLUSIONS.

Resumen: Este trabajo analiza una Sentencia del País Vasco, relativa a la imposición a los contratistas públicos del convenio colectivo del lugar de ejecución de la obra o el servicio correspondientes. No es todavía una Sentencia firme. Pero su doctrina es importante, a efectos de eliminar la situación de *dumping* laboral que existe en el marco de la contratación pública.

Abstract: This work analyzes a judicial Decision of the Basque Country, relating to the imposition to public contractors of the collective bargaining agreement applicable in the place of performance of the corresponding service of work. It is not yet a final

Decision. But its doctrine is important, in order to eliminate the situation of labor dumping existing in the frame of public contracts.

Palabras clave: País Vasco – Contratación pública – Imposición del convenio colectivo – *Dumping* social – Empleo de calidad

Keywords: *Basque Country – Public contracts – Imposition of collective bargaining agreements – Labor dumping – Quality employment*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

La expresión “trabajador pobre”, que proviene de la inglesa “working poor”, hace referencia a personas que ocupan un empleo de baja calidad. Empleos insuficientemente remunerados, con condiciones laborales, en general, deplorables y con poca o ninguna protección social. Este tipo de empleos impide llevar una calidad de vida digna e integrarse adecuadamente en la sociedad¹.

Una forma de impedir empleos de tales características, por lo menos en el ámbito de la contratación pública, puede llevarse a cabo exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones laborales a la hora de adjudicar los contratos públicos. Se trataría de introducir cláusulas de obligado cumplimiento en los pliegos de contratación que exijan, por ejemplo, el respeto de las condiciones del convenio del sector de ámbito más inferior así como la subrogación de los trabajadores de la empresa saliente.

En el marco de la contratación pública vasca –que es en la que se centrará la autora por cercanía e importancia del contenido- se han llevado a cabo diferentes acciones encaminadas a tal fin. Entre las más importantes, están la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) presentada por el sindicato vasco ELA y la Norma Foral 4/2013, sobre incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral de Gipuzkoa. La ILP de ELA vio suspendida durante un tiempo su trámite parlamentario ya que el Consejo de Gobierno Vasco se mostró desfavorable a tomar en consideración esta propuesta argumentando que la Norma Foral 4/2013 –de similar contenido- se encontraba recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), basándose, entre otros motivos, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TSJUE) -caso Ruffert- que establece que este tipo de cláusulas vulneran la libre prestación de servicios. Sin embargo, una decisión de la Comisión Arbitral, de 15 de diciembre de 2014, dio luz verde a seguir adelante con el trámite parlamentario de la ILP, por lo que está por ver qué sucede finalmente. Además, en dicho proceso tendrá que tenerse muy en cuenta una reciente sentencia del TSJPV, de 30 de

* Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación DER2013-43423-R titulado "Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte" dirigido por la Prof. Fotinopoulou.

¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 17 (2009), pág. 1. Como bien indica el “Informe 2014. Pobreza y trabajadores pobres en España”, de la Fundación 1 de Mayo, de octubre de 2014, el empobrecimiento de la población está estrechamente ligado a las medidas adoptadas en el marco de las políticas de austeridad, que han traído una fuerte destrucción del empleo, caída de los salarios, la precarización de las condiciones de trabajo y una mayor desprotección de los derechos laborales.□

diciembre de 2014, que dicta que las cláusulas recogidas en la norma foral gipuzkoana son compatibles con el derecho de la Unión Europea y con el ordenamiento jurídico laboral español.

II. EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BUSCA DEL EMPLEO DE CALIDAD

En la segunda resolución del Pleno monográfico del Parlamento Vasco sobre la estrategia integral a desarrollar por el Gobierno para hacer frente al paro y a la pobreza, celebrado el 7 de noviembre de 2014, se dice lo siguiente: “El Parlamento Vasco considera urgente favorecer la creación de empleo de calidad que permita a los ciudadanos atender con suficiencia todas sus necesidades. En este sentido, insta al Gobierno de España a derogar la reforma laboral que no sólo facilita los despidos, sino que deja a miles de trabajadores a expensas de la voluntad de su empleador, favorece la contratación inestable, permite el recorte discrecional de los salarios y está empobreciendo a miles de trabajadores que necesitan acudir a las ayudas públicas para completar sus escasos ingresos. En tanto el Ejecutivo central no corrija esa legislación que deja en la indefensión a miles de trabajadores de Euskadi, el Parlamento vasco insta al Gobierno vasco a que, en el uso de competencias, favorezca las condiciones laborales y salariales dignas, mediante su inclusión en las cláusulas de contratación pública con empresas privadas y otras posibles medidas (...)”.

Esta resolución se hace eco de la urgente necesidad de garantizar empleo de calidad en la sociedad vasca, favoreciendo unas condiciones laborales y salariales dignas. A pesar de tratarse de una resolución adoptada a finales del 2014, el uso de estas cláusulas goza ya de una previa trayectoria. Dejando a un lado la ILP de ELA y la Norma Foral 4/2013, que serán objeto de estudio en el siguiente apartado, son varias las normas que regulan su introducción en la contratación del sector público. Eso sí, estas últimas únicamente hacen alusión a cláusulas de un contenido que no está directamente ligado con las condiciones laborales y salariales de las personas ya empleadas (por ejemplo, la obligación de contratar a un determinado porcentaje de personas desempleadas para la ejecución del contrato) o recogen estipulaciones de carácter más simbólico y moderado (como, por ejemplo, exigir de forma general el cumplimiento de la normativa laboral a la hora de ejecutar el contrato). Lo novedoso, por tanto, de la ILP y de la Norma Foral objeto de estudio es que éstas van más allá, ya que a través de las cláusulas que propugnan se pretende obligar a las empresas contratistas a asumir las condiciones laborales de un determinado convenio colectivo, que puede resultar ser diferente al que les viene siendo aplicable.

Entre las normas que regulan la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública, destacamos a continuación las más importantes, tanto a nivel de la UE como estatal.

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, deroga la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ésta, también recogía la posibilidad de introducir cláusulas sociales en las diferentes fases del procedimiento de contratación. No obstante, la Directiva 2014/24/UE va más allá en esta materia, e incluye alguna que otra novedad. Sin entrar a profundizar en ellas, cabe mencionar algunas: se amplía la figura de los contratos reservados a las Empresas de Inserción -sin límite de cuantía ni de procedimiento²; se posiciona sobre la discutida interpretación de la vinculación al objeto del contrato que deben tener las cláusulas sociales, estableciendo que son válidas siempre que se refieran a la obra, servicio o suministro³; se recoge la reserva de contratos de servicios sociales a entidades sin ánimo de lucro y entidades de economía social y solidaria⁴; se establece la posibilidad de exigir el cumplimiento, entre otros, del Derecho de la UE, del Derecho estatal y de convenios colectivos⁵ y también se alude a la posibilidad de exigir etiquetas sociales como sistema de solvencia técnica como criterio de adjudicación y como condiciones de ejecución⁶.

A nivel estatal, y en tanto en cuanto no se realice la transposición de la Directiva 2014/24/UE, a más tardar el 18 de abril de 2016⁷, se encuentra en vigor el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP 2011). Esta norma recoge principalmente lo establecido en la Directiva 2004/18/CE, aunque, como aspecto positivo, puede decirse que fue algo más lejos e introdujo alguna novedad con respecto a la posibilidad de exigir ciertos aspectos sociales como criterios de adjudicación. Así, establece que para la valoración de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados con el objeto del contrato, tales como, entre otros, las características “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en la especificaciones del contrato, propias de las categorías de población

² Art. 20 de la Directiva 2014/24/UE.

³ Art. 67 y Considerandos 45, 93 y 99 de la Directiva 2014/24/UE.

⁴ Art. 77 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵ Art. 18 y Considerandos 37, 39 y 105 de la Directiva 2014/24/UE.

⁶ Art. 43 de la Directiva 2014/24/UE.

⁷ Art. 90 de la Directiva 2014/24/UE.

especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”⁸.

Por supuesto, existen, tanto en otros países como en algunas comunidades autónomas, normas de similar contenido, pero que, por extensión, no van a ser objeto de análisis en este trabajo.

III. LA APLICACIÓN –COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN- DE UN CONVENIO COLECTIVO TERRITORIAL DETERMINADO PARA GARANTIZAR CIERTAS CONDICIONES LABORALES

En el País Vasco, como en muchos otros lugares, abundan los casos que reflejan que cada vez son más los trabajadores pobres. Especialmente preocupante es la precariedad laboral que se da en las contrataciones y subcontratas, tanto en las que se realizan entre empresas privadas como entre éstas y el sector público. En el ámbito de la contratación pública, sobre todo en las obras públicas, se han conocido casos de trabajadores que cobran igual –o poco más- que el SMI, salarios que están muy lejos de los establecidos mediante los convenios colectivos del sector⁹.

⁸ Art. 150.1 del TRLCSP 2011. En cambio, la Directiva 2004/18/CE no hacía alusiones de este tipo en su art. 53, dedicado a los criterios de adjudicación de contratos.

⁹ Uno de los casos más llamativos fue el que se vivió en la construcción del campo de fútbol San Mames barria (donde juega el Athletic Club de Bilbao). Un trabajador de una de las subcontratas denunció públicamente las denigrantes condiciones laborales a las que se veían sometidos. A raíz de la información facilitada por el trabajador, el sindicato CCOO denunció ante la Inspección de Trabajo aquella situación, y ésta le ha dado la razón, en parte (ya que, como critican el propio trabajador y el sindicato, no se ha investigado todo lo que se tenía que investigar). Así, la Inspección de Trabajo constató que las empresas investigadas habían pagado por debajo de lo estipulado en el convenio de la construcción de Bizkaia y que no coincidía lo declarado por las empresas por IRPF y cotizaciones a la Seguridad Social con los salarios cobrados por los trabajadores; pero no abordó la denuncia de CCOO sobre las “jornadas de puro esclavismo laboral” con más de 12, 13 y más horas seguidas. El trabajador denunciante cobraba 1000 euros de sueldo (en caso de meter horas extra, éstas se cobraban a seis-siete euros), muy por debajo de lo que un oficial de primera debería ganar según el convenio vizcaíno, 1760 euros. No obstante, otros trabajadores llegaban a cobrar entre 600 a 900 euros por jornadas de 12 horas. Respecto a los trabajadores de otras nacionalidades, subraya que hubo trabajadores portugueses que manejaron las máquinas sin carné de conducir y que de los portugueses, rumanos e indios que había, el 90% no sabía hablar el idioma.

http://www.eldiario.es/norte/euskadi/San_Mames-campo-Athletic-Inspeccion_de_Trabajo-CC_OO_0_191431474.html

El sindicato ELA también denunció la situación de los trabajadores en estas obras alegando que: más de 100 trabajadores estaban siendo explotados con jornadas abusivas de 10, 12 y 13 horas diarias, además de trabajar en sábados; que cobraban muy por debajo de lo legalmente establecido en el Convenio de Construcción de Bizkaia, cobrando entre 6 y 7,50 euros la hora (pagas extras y vacaciones incluidas), lo que significa cobrar prácticamente el 50 % del salario del convenio.

<http://gara.naiz.eus/paperezkoa/20120915/362186/es/ELA-denuncia-explotacion-laboral-obras-San-Mames-Barria>

De cara a impedir situaciones de este tipo, el sindicato ELA presentó la ILP y la Diputación Foral de Gipuzkoa aprobó la Norma Foral 4/2013, previamente mencionadas.

Aunque ambas se llevaron a cabo en el segundo semestre del 2013, la Norma Foral fue aprobada antes de que se presentara la ILP. La Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector Público Foral, establece condiciones de ejecución que imponen a las empresas contratistas obligaciones en materia de orden social relativas a relaciones y condiciones laborales, seguridad social, seguridad y salud laboral, subcontratación, conciliación de la vida laboral y familiar e igualdad entre mujeres y hombres. También recoge criterios de carácter social a valorar en el proceso de adjudicación de los contratos¹⁰. Lo más relevante de esta norma es que establece la incorporación, en todas las contrataciones de obras públicas, de una cláusula que obliga a las empresas a cumplir, además de las normas vigentes, “las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que los revisen”¹¹. Asimismo, también extiende la obligación a las empresas subcontratadas, en la medida que especifica que la empresa contratista deberá justificar que las empresas subcontratadas también aplican en la ejecución del contrato las disposiciones legales vigentes y, concretamente, las condiciones de trabajo del citado Convenio Colectivo. No cabe duda de que el objetivo de éstas cláusulas es garantizar una igualdad en las condiciones laborales en todas las obras adjudicadas por la Diputación Foral, evitando así casos en los que por realizar el mismo trabajo, por ejemplo, se cobre la mitad de lo que se cobraría aplicando el convenio colectivo del lugar de ejecución.

Poco después de que se aprobara la Norma Foral 4/2013, el sindicato ELA presentó a la mesa del parlamento vasco una “Iniciativa Legislativa Popular para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública”¹². Desde el punto de vista de los promotores de esta ILP la subcontratación genera problemas de inestabilidad en la medida en que no existe un umbral mínimo de condiciones laborales y el empleo que se crea es inestable. Así, existe motivo suficiente para impulsar una ley que garantice ciertas condiciones laborales en el desarrollo de los contratos públicos adjudicados por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Los que promueven la ILP son conscientes de que el Parlamento vasco carece de competencias en materia de legislación laboral, pero argumentan que, en la medida en que un gran número de trabajadores

¹⁰ Art. 1.2 de la Norma Foral 4/2013.

¹¹ Art. 5.1. de la Norma Foral 4/2013.

¹² Con fecha de entrada de 23 de octubre de 2013.

dependen, directa o indirectamente, de las administraciones públicas, éstos pueden incidir, a través de la contratación pública, imponiendo unas condiciones mínimas de contratación. A su parecer, las reformas realizadas en el régimen legal de los convenios colectivos, concretamente, la limitación temporal a un año del régimen de ultractividad, ha generado una gran incertidumbre sobre las condiciones laborales que estaban reguladas en los convenios que han perdido vigencia. Además, las condiciones establecidas en los convenios sectoriales provinciales, tras las reformas, ya no son condiciones mínimas del sector. Ambos motivos justifican una iniciativa que imponga la aplicación de las condiciones recogidas en el convenio sectorial de ámbito más inferior aplicable al sector en el que se desarrolle el contrato con el fin de evitar que cada empresa se presente con condiciones distintas y se facilite así el dumping laboral. En este sentido, la ILP propone principalmente dos medidas. Por un lado, de cara a solucionar la incertidumbre sobre las condiciones laborales aplicables, establece la incorporación de una cláusula en todos los contratos públicos que obliga a aplicar las condiciones del último convenio sectorial del ámbito más inferior existente en el sector en el que se desarrolla la actividad de la empresa contratista¹³. Por otro lado, para solventar la inestabilidad laboral en la que se encuentran los trabajadores, teniendo en cuenta que la duración de sus contratos depende de la duración del contrato público, se recoge una cláusula que exige la subrogación de los trabajadores con una antigüedad mínima de tres meses que, a pesar de pertenecer a otra contrata, vengán realizando la actividad objeto del contrato, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos laborales y de Seguridad Social del anterior¹⁴. También se extiende dicha obligación para los casos en los que la empresa adjudicataria contrate con terceros la realización parcial del contrato¹⁵. Finalmente, se establece que, en caso de incumplir tales condiciones especiales de ejecución, se estará ante una infracción muy grave que podrá dar lugar a la resolución del contrato.

La ILP inició sus trámites parlamentarios en el parlamento vasco, pero la Diputación Foral de Bizkaia planteó una Cuestión de Competencia ante la Comisión Arbitral que hizo que el trámite parlamentario tuviera que ser suspendido. La Diputación Foral de Bizkaia, liderada por el PNV, argumentaba una invasión de sus competencias. No obstante, para los partidos de la oposición, el planteamiento de esta Cuestión no era más que un intento de paralizar una medida que deja en evidencia su política de contratación y su falta de voluntad por cambiarla. La Comisión Arbitral, tres meses después de que se le planteara la cuestión, con fecha de 15 de diciembre de 2014, estimó que la ILP se adecúa a la distribución de competencias prevista por la legislación, por lo que la iniciativa seguirá adelante con su trámite parlamentario.

¹³ Art. 4 de la ILP.

¹⁴ Art. 5.1. de la ILP.

¹⁵ Art. 5.2 de la ILP.

IV. LA SENTENCIA DEL TSJPV, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, QUE AVALA QUE GIPUZKOA IMPONGA CLAUSULAS SOCIALES EN CONTRATOS DE OBRAS PUBLICAS

La Norma Foral 4/2013 fue recurrida por la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) ante la jurisdicción contencioso-administrativa del TSJPV¹⁶. La AVC entiende, por un lado, que la aplicación –como condición de ejecución de un contrato público- de un convenio colectivo territorial determinado podría ir en contra de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa¹⁷. Por otro lado, a su parecer, la aplicación obligatoria de un concreto convenio colectivo a empresas licitadoras a las que en principio no les es de aplicación, ya sea por hallarse fuera de su ámbito geográfico, funcional o subjetivo, “puede producir el efecto de eliminar o desincentivar a un licitador”. A juicio de la AVC, el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa incluye cuestiones (restricciones a la posibilidad de concertar contratos por tiempo cierto, las retribuciones con las tablas salariales, la jornada laboral, las vacaciones, etc.) que afectan directamente al coste social de las empresas. Por lo que, en su opinión, igualar todas esas condiciones, mediante la imposición de un determinado convenio colectivo, “puede implicar una carga injustificada y producir el efecto de disuadir a ciertas empresas de concurrir a la licitación”. La AVC recuerda que las barreras legales de este tipo deben reunir los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, ya que en caso contrario se obstaculizaría la libre prestación de servicios y, en consecuencia, la competencia efectiva en el mercado afectado. Pues bien, a su juicio imponer la aplicación de las condiciones laborales del citado Convenio –o de los sucesivos que lo revisen- puede resultar discriminatorio porque constituye una obligación extraordinaria para aquellas empresas que no estén sometidas en origen a ese concreto Convenio. En cuanto a la necesidad de la medida, de cara a valorar si ésta está justificada por una razón imperiosa de interés general, opina que los trabajadores desplazados desde otros territorios a Gipuzkoa estarían ya protegidos por las condiciones de su propio convenio, por lo que no se produciría una falta de protección de condiciones laborales. Es más, subraya que la exigencia de aplicar dicho convenio no asegura la mayor protección a los trabajadores de la empresa adjudicataria, ya que en algunos puntos puede ser más o menos favorable. En lo relativo a la proporcionalidad, entendida en el sentido de que no exista otro instrumento más adecuado para

¹⁶ Recurso con fecha de entrada de 18-10-2013. Sobre los motivos, véase el “Informe del Consejo Vasco de la Competencia (CVC) con relación a la conveniencia de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la «Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral»”, con fecha de 17-09-2013.

¹⁷ En base a lo establecido en el art. 84.2 del ET, que da prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en determinadas materias, entre ellas: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, el abono o la compensación de las horas extraordinarias, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, etc.

garantizar el objetivo perseguido, concluye que la exigencia de aplicar el convenio en cuestión no resulta proporcional ya que el convenio contiene cuestiones que no pueden ser consideradas como disposiciones imperativas de protección mínima. Por todo ello, la AVC considera que la medida constituye una barrera de entrada no justificada al mercado de contratación pública.

También el delegado del Gobierno español en la CAV recurrió la norma ante el mismo ente a través de la Abogacía del Estado, apoyándose en similares motivos¹⁸.

En respuesta al recurso interpuesto por la AVC, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV dictó un Auto, el 3 de febrero de 2014¹⁹, que, sin meterse en el fondo del asunto, acordó denegar la medida cautelar instada por la AVC, es decir, la suspensión de la vigencia de la Norma Foral recurrida. El Auto adelantaba que, “sin prejuzgar en modo alguno el fondo del asunto”, las disposiciones de la Norma Foral “aparecen adornadas de un cierto favor de legitimidad a efectos de su vigencia y aplicabilidad inmediata, (...)”.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 2014, el TSJPV dictó dos sentencias dando respuesta a ambos recursos²⁰. Nos centramos a continuación en los aspectos más relevantes y que aquí interesan. En primer lugar, el TSJPV, en respuesta a si la Norma Foral vulnera la legislación laboral vigente, y en concreto si contradice tanto la posibilidad de descuelgue del convenio colectivo como la prioridad aplicativa del convenio de empresa²¹, entiende que la Norma Foral no establece normas ni desarrolla el ET²², limitándose a ejercitar una habilitación que se reconoce y comprende exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo de la contratación del sector público. Así, a su parecer, las cláusulas en cuestión sólo resultarán obligatorias para la empresa que finalmente resulte adjudicataria,

¹⁸ Recurso con fecha de entrada de 11-10-2013. El recurso entendía que la Norma Foral constituye una disposición de carácter general que vulnera normativa básica del Estado, en relación a las siguientes disposiciones legales: el artículo 118 TRLCSP, al imponer cláusulas concretas a los órganos de contratación; D.A.2º y D.F. 2º sobre falta de competencia de las Juntas Generales para dictar normas en materia de contratación; desviación de poder; vulneración del artículo 86.3 ET; vulneración del artículo 49 del T.U.E; vulneración del artículo 37 CE; también del artículo 152 TRLCSP y 85 RCAP; de la ley 32/2006, de 16 de octubre, sobre subcontratación en el sector de la construcción; incompetencia de la Juntas Generales para dictar la regulación del Capítulo III de la Norma Foral (en materia de Inspección de Trabajo).

¹⁹ ATSPJV 3/2014.

²⁰ STSPJV 603/2014, que resuelve el recurso presentado por la Administración General de la CAPV y promovido por la AVC y STSPJV 617/2014, que resuelve el recurso presentado por la Administración General del Estado.

²¹ Arts. 84.1 y 2 del ET.

²² Es decir, no se trata de disposiciones normativas en materia jurídico-laboral que incidan de manera directa e imperativa sobre la esfera jurídica de los particulares y empresas.

por lo que no se llega a obligar a las empresas en el conjunto de toda su actividad ya sea dentro o fuera del Territorio Histórico. En segundo lugar, resolviendo la cuestión de si el Convenio Colectivo que se impone en la Norma Foral puede ampliar las materias que se consideran disposiciones imperativas de protección mínima, en el marco de lo que establece la Directiva 96/71/CE²³, el TSJPV, después de cuestionar la doctrina del TJUE, especialmente lo recogido en la sentencia denominada *Riffert*, opina que la Norma Foral se acomoda a lo establecido en dichas disposiciones normativas²⁴ ya que “mal podría cualquier cláusula social a incorporar a los contratos del sector público acoger una estructura distinta que la que se deriva del propio lugar institucional que el Convenio Colectivo ocupa en la determinación de las condiciones de trabajo en el derecho nacional (...)”. Por último, en cuanto a la afectación a la libre competencia, es decir, si la aplicación obligatoria de la totalidad de un convenio genera un sobrecoste en las empresas que quieren licitar y no están sometidas con carácter general a dicho Convenio, el Tribunal subraya que tal exigencia encuentra amparo legal en el Convenio nº 94 de la OIT, sobre cláusulas de trabajo en los contratos de las Administraciones Públicas²⁵, y que con esa medida se restablecen las condiciones de la igualdad entre los licitadores concurrentes, de forma que “solo cabría hablar en ese marco comparativo, por el contrario, de la patente desventaja competitiva de quien cumple las condiciones laborales más onerosas que la legalidad impone frente a quien no las cumple”.

A pesar del fallo favorable del TSJPV el debate sigue abierto, ya que la AVC ha anunciado que lo recurrirá ante el Tribunal Supremo apoyándose en el voto particular de uno de los magistrados del TSJPV así como en una sentencia que anula una Instrucción de la Diputación Foral de Bizkaia de similar contenido²⁶.

V. CONCLUSIONES

La posibilidad de que los entes del sector público puedan exigir, a través de los pliegos de contratación, a las empresas adjudicatarias la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución de la obra o el servicio está en pleno debate. El hito más relevante lo ha marcado la Sentencia del TSJPV, de 30 de diciembre de 2014, fallando a favor de tal exigencia. Como se ha visto, esta

²³ “Sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios” y su trasposición al ordenamiento jurídico español por Ley 45/1999, de 29 de Noviembre.

²⁴ Concretamente al art. 3 de la Directiva 96/71/CE y de la Ley 45/1999.

²⁵ Su art. 2 señala que los contratos deben contener cláusulas que garanticen a los trabajadores afectados salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo “no menos favorables” que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la industria interesada de la misma región bien sea por convenio colectivo, laudo arbitral o por la legislación nacional.

²⁶ STSJPV 344/2014, de 11-12-2014.

sentencia afirma la acomodación legal de la Norma Foral 4 /2013 y marca un importante precedente de cara a la aprobación de la ILP presentada por el sindicato ELA, ya que ésta sigue adelante con sus trámites parlamentarios y está a la espera de ser discutida. No obstante, en la medida en que la AVC ha anunciado ya que recurrirá ante el Tribunal Supremo la sentencia aludida, está por ver como acaba la disputa. Mientras tanto, de lo que no cabe duda es que se necesitan medidas como las recogidas en la Norma Foral 4/2013 y la ILP de ELA si se quiere eliminar la situación de dumping laboral que se da en el marco de la contratación pública. Sin medidas como éstas, la desigualdad en materia salarial o de condiciones de trabajo, lejos de ir en contra de los principios más básicos del Derecho de Trabajo, se convierte en una práctica empresarial impune y que da lugar a obtener ventajas competitivas- reduciendo costes sociales- de cara a ser adjudicataria de contratos públicos.

**POBREZA A PESAR DEL TRABAJO EN AUSTRIA – MEDIDAS Y
ESTRATEGIAS DEL LEGISLADOR, ASÍ COMO DE LOS/LAS
INTERLOCUTORES/AS SOCIALES***

[*THE WORKING POOR IN AUSTRIA — MEASURES AND STRATEGIES OF
THE LEGISLATOR, AS WELL AS OF THE SOCIAL PARTNERS*]

Günther Löschnigg/Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 20 de enero de 2015

Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.- 1.1. ¿Qué es pobreza y quién está en riesgo de pobreza?.- 1.2. «*Working poor*» - Pobre a pesar del trabajo.- 1.2.1. En especial: El *working poor* en la juventud .-1.2.2. El *working poor* en los/as migrantes.- 2. MEDIDAS DEL LEGISLADOR EN EL ÁMBITO DEL «SALARIO MÍNIMO».- 3. MEDIDAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL ÁMBITO DEL «SALARIO MÍNIMO».- 3.1. Acuerdo de principios de 2007 y salario mínimo.- 4. DETERMINACIÓN DEL SALARIO POR LA ADMINISTRACIÓN.- CONCLUSIÓN INTERMEDIA.- 5. PROBLEMA: EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS GRUPOS DE LAS MEDIDAS LEGALES Y DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.- 6. SOBRE LAS MEDIDAS LEGALES PARA LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL.- 7. SOBRE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO.- 8. MEDIDAS EN CASO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.- 9. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL.- Empleo marginal.- Inclusión y aseguramiento de todos los activos.- Complementos de ingresos salariales y prestaciones de seguridad social.- 10. PRESTACIONES FAMILIARES – AUXILIO FAMILIAR.

Contents: 1. INTRODUCTION.- 1.1. *What is poverty and who is at risk of poverty?*.- 1.2. «*Working poor*».- 1.2.1. *In special: The working poor in youth.*- 1.2.2. *The working poor in the migrants.*- 2. *MEASURES OF THE LEGISLATOR IN THE AREA OF «MINIMUM WAGE».*- 3. *MEASURES OF THE SOCIAL PARTNERS IN THE AREA OF «MINIMUM WAGE».*- 3.1. *Basic Agreement of 2007 and minimum wage.*- 4. *DETERMINATION OF THE SALARY BY THE ADMINISTRATION.- INTERMEDIATE CONCLUSION.*- 5. *PROBLEM: THE EXCLUSION OF SPECIFIC GROUPS FROM LEGAL AND SOCIAL PARTNERSHIP MEASURES.*- 6. *ABOUT THE*

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

LEGAL MEASURES FOR PART-TIME EMPLOYEES.- 7. ABOUT THE MEASURES RELATING TO THE FIXED-TERM CONTRACT OF EMPLOYMENT.- 8. MEASURES IN THE EVENT OF TERMINATION OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT.- 9. SOCIAL SECURITY MEASURES.- Marginal employment.- Inclusion and insurance of all active persons.- Bonuses of salary earnings and social security benefits.- 10. FAMILY BENEFITS – FAMILY ASSISTANCE.

Resumen: Este artículo pone de relieve que en Austria no existe ningún salario mínimo establecido legalmente. Sin embargo, a través de tarifas en los convenios colectivos, se han establecido salarios mínimos profesionales para aproximadamente el 95% de los trabajadores, que, con base en su fuerza vinculante unilateral, no pueden ser burlados por medio de un acuerdo individual. El problema es que estas medidas de protección sólo afectan de hecho a trabajadores, quedando fuera de ellas los prestadores libres de servicios, los contratistas de obras, así como los «falsos autónomos».

***Abstract:** This work highlights that in Austria does not exist any national minimum wage legally enforced. However, through standards in the collective bargaining agreements, professional minimum wages are in force for ca. 95 per cent of the workers, which, on the basis of their unilateral binding force, can not be avoided by means of an individual agreement. A problem rises because these protecting measures only cover in fact the workers, staying outside them the free professionals, the contractors, as well as the «false self-employed».*

Palabras clave: Trabajadores pobres – Austria – Medidas legales – Medidas de los interlocutores sociales – Medidas de seguridad social

***Keywords:** Working poor – Austria – Statutory measures – Social partnership measures – Social security measures*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

1.1. ¿Qué es pobreza y quién está en riesgo de pobreza?

Según el **Informe de Pobreza** (estadísticas de Austria, UE-SILC 2013) hay en Austria cerca de 1,2 millones de personas (14 por ciento de la población en el año 2013, año de referencia de ingresos 2012) en riesgo de pobreza, esto es, de encontrarse en pobreza de ingresos. Como umbral del **riesgo de pobreza** se considera en ese caso el 60 por ciento de los ingresos medios ponderados como promedio (ingresos medios) de la sociedad.

Las personas en riesgo de pobreza deben percibir en Austria ingresos totales mensuales de menos de 1.104 euros 12 veces al año (o aproximadamente 946 euros, en caso de 14 pagas, y un valor anual de 13.244 euros), en caso de hogares unipersonales. Los grupos afectados principalmente son: mujeres, parados, personas con un grado de formación bajo, extranjeros/as, así como enfermos.

1.2. «*Working poor*» - Pobre a pesar del trabajo

Pero la pobreza no afecta solamente a los grupos arriba mencionados, sino que también se multiplica en personas que están integradas en el mercado de trabajo. En relación con los afectados, existen diversos estudios y resultados: así, por un lado, han aumentado las mujeres y jóvenes afectados, pero de acuerdo con los estudios tampoco los hombres con jornada a tiempo completo se libran de la pobreza.

En Austria (según UE SILC 2012), hay 299.000 personas ocupadas (al menos 6 meses a tiempo completo o a tiempo parcial) en edad de trabajar (18-64 años), en riesgo de pobreza. Esto es, un 8 por ciento de la población activa.

En lo que sigue, la expresión «*working poor*» significa que se recibe no sólo un salario bajo (como es el caso en Alemania, desde hace algún tiempo), sino que indica más generalmente la conexión entre actividad laboral y pobreza. El salario bajo no debe significar simultáneamente pobreza. El concepto «*working poor*» puede referirse a una persona concreta o a un hogar.

Las causas de la pobreza a pesar de la actividad laboral son, por un lado, una renta reducida, el llamado «salario de pobreza». Están afectados por él, ante todo, los ocupados a tiempo parcial y solteros o, en su caso, aquéllos que se encuentran todavía en formación. Pero la pobreza a pesar de la actividad laboral también puede derivarse del contexto familiar, esto es, cuando varias personas viven en un hogar con un único ingreso.

Según algunos estudios, la mayoría de pobres que trabajan se compone de hombres y ocupados en las llamadas relaciones laborales normales, por consiguiente, con una actividad laboral a tiempo completo, independiente y sin plazo de duración. Esto es, las personas con una relación laboral normal representan el grupo más grande dentro del «*working poor*».

Por consiguiente, las causas de la pobreza a pesar del trabajo pueden ser: jornada semanal reducida, actividad retribuida no de un año completo o reducida, así como también la situación familiar, esto es, por ejemplo, que deban arreglarse varias personas con un único ingreso. Hay que clasificar como «*working poor*» la mayor parte de grados de formación más bajos y los estratos formativos inferiores. También muchos/as migrantes son «pobres a pesar del trabajo».

1.2.1. En especial: El *working poor* en la juventud

El salario es fuertemente dependiente del nivel de formación y del nivel de formación profesional. En los niveles más bajos, se encuentran los jóvenes que terminan o, en su caso, han terminado un aprendizaje. Con la conclusión exitosa de la relación de aprendizaje, esto es, con la conclusión del examen final del aprendizaje, los convenios colectivos prevén, por ejemplo, salarios más altos. Pero en muchas empresas el aprendizaje de los formandos es malo o los formandos no asimilan la materia del examen por motivos intelectuales, temporales, físicos o psíquicos. La consecuencia es que los formandos o no se presentan al examen o no superan el examen con éxito. Mientras fluyen sumas enormes de clases particulares de apoyo para los escolares en los centros de enseñanza secundaria, los formandos acuden o al apoyo institucional (cursos de refuerzo, ayudas de formación en otras empresas, como las empresas de formación) o a ayudas informales («clases particulares» pagadas por los padres).

A ello se agrega que una parte de los jóvenes interrumpe o rechaza la formación por motivos ideológicos. Pero como objetores de una sociedad competitiva y de consumo, también ponen en riesgo su existencia económica. ¡Una conclusión tardía siempre llega tarde en el actual sistema de formación y

económico! Los parados jóvenes caminan directamente a ser parados mayores. Pero el rechazo ideológico del empleo clásico también conduce a que estos grupos de jóvenes no se inscriban en los servicios de colocación (en Austria, el «servicio del mercado de trabajo») y, en consecuencia, se refugien en un Nirvana estadístico.

En el verano del año pasado, se discutió en Austria una «obligación de formación profesional»: Tras la obligación escolar, debía establecerse un deber legal a

- la asistencia ulterior a la escuela,
- un aprendizaje, o
- una cualificación extraescolar.

El incumplimiento de este deber de formación profesional debe sancionarse con penas administrativas. Para el deber de formación profesional, está previsto su comienzo en el año académico 2016/2017. Este entramado de penas en el sistema formativo no es, por lo demás, nuevo en Austria. En la actualidad, los padres de niños que hacen novillos tienen que pagar sanciones de hasta 440 euros.

1.2.2. El *working poor* en los/as migrantes

Una causa adicional del «*working poor*» —que no ha cambiado desde los tiempos de la Monarquía austriaca— es la combinación de personas con un trasfondo migratorio y malos conocimientos lingüísticos, y dadores de servicios con ingresos débiles (como los hogares privados). El resultado casi obvio e inexorable es el «trabajo negro». Finalmente, cuando la renta ya no resulta de salarios, sino de prestaciones de transferencia estatales y prestaciones legales de seguridad social, se alcanza el nivel de pobreza. En relación con ello, el trabajo negro conduce a la pobreza, porque no se han pagado las correspondientes cotizaciones de seguridad social.

Parcialmente, en ese caso, concurren aquí señales y reacciones falsas en el Derecho del Trabajo. Una constelación típica se encuentra desde hace años en el cuidado de personas en domicilios privados. Una Ley específica, la «Ley de atención domiciliaria», regula las condiciones marco para el cuidado de personas durante 24 horas en el propio hogar. Pero con los principios horarios usuales en Austria, no resultaría asequible dicha atención. El resultado es el empleo de mujeres checas, eslovacas y húngaras: el dumping salarial par excellence, con repercusiones no insignificantes en Austria sobre el nivel salarial y el mercado de trabajo.

II. MEDIDAS DEL LEGISLADOR EN EL ÁMBITO DEL «SALARIO MÍNIMO»

En Austria —a diferencia de los principales Estados de la UE, así como de los USA—, no existe un salario mínimo legal. Esto es, la cuantía del salario a pagar mensualmente no está fijada legalmente. En realidad, en el plano legal, sólo existen unos pocos preceptos que establecen el **derecho** a una forma salarial determinada o a un complemento. Igualmente, existen pocas reglas legales sobre el método de cálculo de formas de salarios determinadas, como, por ejemplo, destajos, comisiones, primas.

Solamente para algunos ámbitos —por ejemplo, el de los empleados públicos— existen salarios mínimos establecidos (que son, por lo demás, simultáneamente salarios máximos). Para otros grupos, como, por ejemplo, los de ayuda domiciliaria o cuidado domiciliario, es cierto que no existe ninguna cuantía salarial mínima legalmente establecida, pero la Ley establece el derecho a un salario complementario: El trabajador tiene que percibir el llamado «décimo tercer salario mensual». Por otra parte, para todos los trabajadores existe la fijación legal de la compensación por prestación de trabajo adicional: Si un trabajador sobrepasa el nivel de jornada legalmente previsto o acordado, entonces la Ley prevé, con sujeción a determinados requisitos, una compensación incrementada de estas llamadas **horas extraordinarias**.

III. MEDIDAS DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN EL ÁMBITO DEL «SALARIO MÍNIMO»

Los actores centrales en materia salarial son los interlocutores sociales, esto es, las asociaciones supra-empresariales de la parte empresarial y de la parte trabajadora, que poseen capacidad convencional colectiva. En Austria, los representantes más importantes de los interlocutores sociales son la Cámara Económica de Austria y la ÖGB. Pero también fuera de los ámbitos —conjuntos— de la profesión, el comercio y la industria existen asociaciones de la parte empresarial con capacidad convencional colectiva, así, por ejemplo, las Cámaras de profesiones libres (por ejemplo, cámaras de médicos, cámaras de abogados), pero también hay que mencionar aquí coaliciones, como la asociación bancaria, la asociación austriaca de periódicos o la SWÖ (anteriormente, BAGS).

El instrumento central de estos interlocutores sociales es el convenio colectivo, que se estipula ordinariamente como convenio colectivo de sector, esto es, comprende todo un ámbito económico y con eficacia en toda Austria (>convenio colectivo, eficacia normativa, eficacia sobre terceros, la Cámara Económica de Austria > como Ley). Dado que el convenio colectivo tiene en Austria efectos especiales y lo celebra del lado de los empresarios la Cámara Económica de Austria, que con base en la afiliación obligatoria del empresario en los ámbitos del comercio, la profesión, la industria, etc., comprende ámbitos amplios de la vida económica, cerca de 750 convenios colectivos co-determinan las condiciones de trabajo, y especialmente aquí, las correspondientes condiciones salariales.

3.1. Acuerdo de principios de 2007 y salario mínimo

Con base en un «Acuerdo de principios» entre la Cámara Económica de Austria y la ÖGB, que se celebró en 2007, el salario mínimo acordado en virtud del convenio colectivo debe ascender por término medio al menos a 1.000 euros. Dado que en virtud de una disposición legal expresa también las tarifas salariales mínimas, administrativamente establecidas, tienen que orientar las cuantías salariales en sectores afines, este acuerdo de principios repercute directamente también en el ámbito regulado a través de tarifas salariales mínimas.

En este acuerdo de principios —que no es, sin embargo, ningún convenio colectivo—, declaran los interlocutores sociales el objetivo de una lucha reforzada contra la pobreza, tal como está establecida en el programa del Gobierno, así como en el sin par sistema austriaco de salario mínimo, que se basa en la fijación del salario por medio de convenios colectivos de sector y tarifas salariales mínimas, comprende la mayor parte de los trabajadores/as y tiene en cuenta las necesidades sectoriales específicas de ambas partes. Los interlocutores sociales indican en relación con ello que un salario mínimo legal no es ninguna alternativa a la práctica llevada a cabo hasta ahora, y que, según su opinión, hay que negociar en adelante salarios mínimos entre los interlocutores sociales.

Las organizaciones de empresarios/as y de trabajadores/as se obligan en el acuerdo de principios, dentro de su ámbito de eficacia, a poner con seguridad todos los medios a su alcance sobre el mandato de que en los respectivos convenios colectivos sectoriales se prevea un salario mínimo de 1.000 euros para la jornada normal de trabajo, legal y convencional. En ese caso, hay que basarse en un salario bruto mensual ordinario sin inclusión de pagos especiales, pagos en especie o complementos salariales no regulares. Según ello, los grupos salariales por debajo de 1.000 euros sólo deben existir para formandos y aprendices/as.

Además, para comprender este «acuerdo de principios», hay que deducir objetivos importantes de los interlocutores sociales: Así, en una serie de ámbitos sin convenio colectivo, también deben tener lugar conversaciones reforzadas sobre la celebración de convenios colectivos. Estos grupos de empresarios y de trabajadores deben tener la oportunidad, dentro de plazos previstos, de transposición autónoma. En caso de que el salario mínimo no se transponga en 2009, a pesar de todas las medidas, las representaciones de intereses firmantes se obligaban a celebrar sobre ello un **convenio colectivo general**, que transponga sectorialmente en su ámbito de eficacia el salario mínimo.

El acuerdo de principios de 2007 se ha transpuesto entre tanto; e incluso, en el ámbito de los empleados, el salario mínimo asciende ya parcialmente a 1.300 euros.

IV. DETERMINACIÓN DEL SALARIO POR LA ADMINISTRACIÓN

En beneficio de los trabajadores que no están ya comprendidos en un convenio colectivo, pueden ampliarse «administrativamente» para ellos convenios colectivos «afines», siempre y cuando este convenio colectivo resulte aplicable con base en una declaración por norma de la semejanza del convenio colectivo. En ámbitos en los que en realidad no existan asociaciones de empresarios, la autoridad administrativa puede promulgar un reglamento propio sobre salario mínimo, llamado tarifas salariales mínimas.

En los convenios colectivos, se establecerán conjuntamente tanto las cuantías salariales del llamado salario por unidad de tiempo, así como el derecho y método de cálculo de otras clases de salarios y complementos salariales, al igual que la remuneración (pagas décimo tercera y décimo cuarta, primas, comisiones, etc.).

CONCLUSIÓN INTERMEDIA:

De ahí, como resultado, que Austria no tenga ciertamente ningún salario mínimo establecido legalmente, pero a través de tarifas en los convenios colectivos, así como de normas y tarifas salariales mínimas, se han establecido salarios mínimos para aproximadamente el 95% de los trabajadores, que, con base

en su fuerza vinculante unilateral, no pueden ser burlados por medio de un acuerdo individual.

V. PROBLEMA: EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS GRUPOS DE LAS MEDIDAS LEGALES Y DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

Las medidas de protección mencionadas sólo afectan de hecho a trabajadores. Están **exceptuados**, en especial, los **prestadores libres de servicios** y los/las **contratistas de obras**. Tampoco existe ninguna protección salarial convencional, ante todo, en el ámbito de los «**falsos autónomos**», esto es, empleados que son tratados por su empresario como «prestadores libres de servicios o contratistas de obras», aunque son propiamente trabajadores. Todos estos grupos no están sujetos a las «normas del Derecho colectivo del Trabajo», y en especial, no se les aplican los convenios colectivos, de manera que su salario debe ser acordado en su contrato individual, y obviamente pueden ser habituales en el sector o, en su caso, a nivel de convenio colectivo. Igualmente, tampoco existe para ellos el derecho a pagas complementarias, como las llamadas pagas mensuales décimo tercera y décimo cuarta. Para estos grupos de empleados, entra en consideración la aplicación analógica de las disposiciones sobre salario apropiado o sobre «usura salarial». Supuestos de tales «falsos autónomos» se encuentran en la práctica, por ejemplo, en el sector de la construcción o el de cuidado de dependientes, cuando los trabajadores poseen una parte mínima en una sociedad personal sin tener, como consecuencia de ello, influencia en la sociedad.

VI. SOBRE LAS MEDIDAS LEGALES PARA LOS EMPLEADOS A TIEMPO PARCIAL

Por último, en la transposición de normas europeas el legislador austriaco no ha adoptado medidas reforzadas para proteger a los trabajadores a tiempo parcial frente a su trato desigual respecto de los trabajadores a tiempo completo. Si los empleados a tiempo parcial sobrepasan su jornada acordada, entonces hay que realizarles un pago correspondiente por trabajo adicional del 25% sobre el salario normal. Además, se derogaron las excepciones sobre empleados a tiempo parcial derivadas de concretas disposiciones especiales. Por ejemplo, hasta 2010, los empleados a tiempo parcial que trabajaban menos de 12 horas, estaban excluidos de la Ley de contratos de servicios de la Federación, por lo que estaba vinculado a estos trabajadores un déficit masivo de protección. Para ellos, se producía como consecuencia la aplicación del Código Civil general, que regula muchas menos disposiciones sobre trabajo mínimo que las Leyes especiales mencionadas.

En relación a todos los empleados a tiempo parcial, existen al igual que antes, sin embargo, los siguientes déficits propios: Por un lado, hay que mencionar aquí el pago arriba citado de la prestación de trabajo adicional, que asciende en caso de empleados a tiempo completo a un complemento del 50%. Por otro lado, existen los correspondientes déficits financieros para empleados a tiempo parcial, también por causa de que los **complementos** no se pagan proporcionalmente. Así, por ejemplo, a los ayudantes a media jornada de la Universidad, al igual que antes, les corresponde un complemento de investigación en cuantía de 25 euros, mientras que los ayudantes a tiempo completo reciben 180 euros.

VII. SOBRE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO

No existen prohibiciones legales expresas previendo que se celebren varios contratos de trabajo sucesivos con un trabajador. Sin embargo, para impedir que los contratos de trabajo a plazo siempre sigan sólo a una buena situación de pedidos, pero sin que exista relación laboral en los intervalos, la jurisprudencia austriaca —mucho antes de que esto se previese por el Derecho de la Unión Europea— ha desarrollado el siguiente principio: el encadenamiento de varias relaciones contractuales laborales —también con interrupciones de hasta 3 meses— se considerará como una relación laboral establecida sin plazo. No existe la finalización «automática» por causa del transcurso del plazo, y la relación laboral se somete a las condiciones legales de extinción. Esto es, hay que cumplir los plazos de denuncia, pero también la protección general del despido, aplicándose la intervención del comité de empresa.

VIII. MEDIDAS EN CASO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Un importante amortiguador financiero, así como una restricción indirecta de las posibilidades extintivas del contrato de trabajo por el lado empresarial, la representa la llamada **indemnización compensatoria**, que se aplica a los trabajadores cuyo contrato de trabajo ha comenzado antes de 1 enero 2003. En caso de extinción por denuncia del empresario o por despido injustificado, corresponde al trabajador, que estuvo empleado ininterrumpidamente al menos 3 años con el empresario, un «salario extraordinario» en cuantía de dos veces el salario mensual. Esto se eleva a tres veces tras cinco años, y tras 10 años a cuatro veces. La antigüedad de la indemnización le corresponde, por principio, independientemente respecto del subsidio de desempleo.

A través de la **nueva estructuración** del sistema de indemnización compensatoria para las relaciones laborales a partir de 1 enero 2003, se ha producido una nivelación clara: El empresario tiene que ingresar una cotización mensual del 1,53% del salario en la caja empresarial de previsión de los trabajadores. A partir de un período de 3 años, el trabajador puede hacerse pagar las cotizaciones fijadas, en caso de extinción. El derecho a la llamada nueva indemnización compensatoria ya no va a perderse, especialmente en caso de denuncia por el prestador del servicio, y también los prestadores libres de servicios tienen derecho, pero con una cuantía de la indemnización compensatoria claramente más baja.

IX. MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL

9.1. Empleo marginal

Los trabajadores en Austria están sujetos sólo al aseguramiento completo, esto es, al seguro de enfermedad, al de accidente y al de pensiones, así como al seguro de desempleo, cuando no tienen meramente un «empleo marginal». Para estar asegurado en todos estos ramos —con independencia de la concreta jornada de trabajo□, deben ganar más de 405 € brutos al mes. Si ganan menos de esta cantidad, entonces pueden asegurarse por su cuenta en el ámbito de la enfermedad o de las pensiones, lo que naturalmente significa que tienen que ingresar por su cuenta las cotizaciones sociales correspondientes. En consecuencia, también resulta especialmente problemático que los hijos menores de edad de tales personas ocupadas «no aseguradas» carecen en su caso de la correspondiente protección de seguridad social.

El legislador ha establecido en los últimos años medidas de refuerzo, para restringir el empleo marginal:

Si para un empresario trabajan **varios empleados marginales**, entonces hay que calcular la suma de las bases de cotización totales mensuales de estos empleados en el mes natural. Si la suma en cuestión sobrepasa **una vez y media el límite de marginalidad mensual (2015: 608,97 euros)**, entonces el empresario tiene que abonar una contribución empresarial global, en cuantía del 16,40% (seguro de enfermedad, 3,85%, y seguro de pensiones, 12,55%), además de una cotización complementaria por el seguro de accidente, en cuantía del 1,30%. La base de cotización para el empresario es la suma de todos los salarios sujetos a cotización (base de cotización total y pagos especiales) de las personas empleadas

marginalmente. Esta contribución empresarial (junto con la cotización al seguro de accidente) hay que abonarla por cada año natural vencido.

Para los trabajadores (libres [de aseguramiento]) que desempeñan varios empleos marginales se aplica lo siguiente: si la suma de los ingresos sobrepasa el límite de marginalidad mensual de 405 euros para el año 2015, el trabajador (libre [de aseguramiento]) está obligado a asegurarse en el **seguro de enfermedad** y en el **seguro de pensiones**, y tiene que abonar por su cuenta cotizaciones por los ingresos totales **vencidos**. Los ingresos marginales también están sujetos a cotización en el **seguro de enfermedad** y en el **seguro de pensiones**, cuando existe al mismo tiempo una relación laboral asegurada a tiempo completo. Naturalmente, el abono de estas cotizaciones representa con frecuencia para el trabajador una carga pesada.

9.2. Inclusión y aseguramiento de todos los activos

En todo caso, en el plano del Derecho de la seguridad social, se ha puesto en práctica sucesivamente desde 1996 la inclusión de todos los ingresos profesionales en el aseguramiento social, de manera que también los trabajadores libres y los denominados nuevos autónomos están sujetos al aseguramiento social en su integridad. Naturalmente, también se aplican a los trabajadores libres en el Derecho de la seguridad social los límites antes mencionados, de manera que en caso de ingresos de menos de 405 € sólo están asegurados frente al accidente.

9.3. Complementos de ingresos salariales y prestaciones de seguridad social

En todo caso, en Austria también es admisible, con limitaciones, la percepción simultánea de ingresos salariales complementarios de la percepción de una prestación de seguridad social, así como de ingresos salariales: los desempleados que perciben la prestación de desempleo conforme a la Ley del Seguro de Desempleo, al mismo tiempo, pueden obtener ingresos de hasta 405 €. Lo mismo se aplica para los/as perceptores/as del subsidio de carencia o del subsidio de cuidado de hijos, los cuales incluso pueden acordar con su antiguo empresario un nuevo contrato de trabajo, y ganar con él hasta el límite de marginalidad de 405 €. Los/as pensionistas que perciben una pensión de jubilación, pueden ganar con ello de manera ilimitada, y los/as pensionistas que perciben determinados tipos de «pensiones anticipadas» están limitados con ello a una ganancia de 400 €.

X. PRESTACIONES FAMILIARES – AUXILIO FAMILIAR

El auxilio familiar es una prestación transferida a los Estados federados, financiada con impuestos. Se reconoce mensualmente —con independencia de la renta profesional, del pago de cotización a la seguridad social, etc., así como de la cuantía de un ingreso ocasional— por cada hijo. La cuantía es escalonada y asciende a 109,70 euros por hijo, a partir del nacimiento, hasta 158,90 euros por hijo a partir desde los 19 años.

La cuantía total mensual del auxilio familiar se incrementa por medio de un escalonamiento de hermanos por cada hijo, cuando:

- se concede para dos hijos, en 6,70 euros por cada hijo, y cuando
- se concede para tres hijos, en 16,60 euros por cada hijo, etc.

Cada mes de septiembre, además, se paga una prima de matrícula escolar de 100 euros por cada hijo entre 6 y 15 años. La transferencia de la prima de matrícula escolar se efectúa conjuntamente con el pago del auxilio familiar de septiembre. Por ello, no resulta necesaria ninguna solicitud.

Junto con el auxilio familiar, se abona la **desgravación por hijo**. No debe solicitarse por separado. La desgravación por hijo no es auxilio familiar, sino una desgravación, que se abona en forma de impuesto negativo. Asciende a 58,40 euros por hijo y mes.

Los padres con tres o más hijos pueden percibir el denominado **complemento por hijos múltiples**. El complemento por hijos múltiples asciende a 20 euros mensuales por el tercero y por cada hijo ulterior. Debe reclamarse por separado en cada año natural, y se paga con ocasión de la **liquidación del trabajador**, o se toma en consideración en la **declaración de la renta**.

LOS NUEVOS POBRES QUE TRABAJAN EN LOS ESTADOS UNIDOS

[*THE NEW WORKING POOR IN THE UNITED STATES*]

Jesús Martínez Girón
Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 16 de enero de 2015
Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2015

Sumario: I. EL POBRE QUE TRABAJA, UN CLÁSICO DE LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES NORTEAMERICANAS.- II. EL POBRE QUE TRABAJA NORTEAMERICANO (ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA GRAN RECESIÓN).- III. EL IMPACTO DEL SALARIO MÍNIMO FEDERAL SOBRE LOS POBRES QUE TRABAJAN.

Contents: I. THE WORKING POOR, A CLASSIC TOPIC IN OFFICIAL AMERICAN STATISTICS.- II. THE AMERICAN WORKING POOR (BEFORE, DURING, AND AFTER THE GREAT RECESSION).- III. THE IMPACT OF FEDERAL MINIMUM WAGE ON WORKING POOR.

Resumen: Sobre la base de que el pobre que trabaja es un clásico de las estadísticas en los Estados Unidos, este trabajo analiza la lucha del Gobierno norteamericano contra las crecientes cifras de la figura (como consecuencia de la gran recesión), mediante la propuesta de la elevación del salario mínimo federal (en relación con los contratistas públicos como primer paso).

Abstract: On the basis that the working poor is a classic statistic topic in the United States, this paper analyzes the fight of American Government against the increasing ratings of the figure (as a consequence of the great recession) by the proposal of raising the federal minimum wage (to the federal public contractors as a first step).

Palabras clave: Pobre que trabaja – Estados Unidos – Gran recesión – Salario mínimo federal – Contratistas públicos federales

Keywords: *Working poor – The United States – Great recession – Federal minimum wage – Federal public contractors*

* * *

I. EL POBRE QUE TRABAJA, UN CLÁSICO DE LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES NORTEAMERICANAS

1. En los Estados Unidos, existe una agencia federal encargada de gestionar todo tipo de estadísticas laborales relevantes, que es la Oficina de Estadísticas Laborales (*Bureau of Labor Statistics*), creada en 1884, adscrita al Ministerio federal de Trabajo desde la creación de este último en 1913, y que posee —desde 1995— su propio portal en Internet, ubicado en www.bls.gov. En él, aparece almacenada toda una multitud de estudios laborales, elaborados sobre la base de estadísticas oficiales, y de acceso y manejo gratuitos (también los recogidos en su *Monthly Labor Review*, que viene publicándose desde 1915)¹. De entre ellos, prestaremos atención especial a los informes sobre el «pobre que trabaja [*working poor*]», a calificar —sobre todo si se compara este asunto con los estudios estadísticos oficiales que tenemos en España— como un verdadero clásico de las estadísticas oficiales norteamericanas. En efecto, cabe consultar telemáticamente este concretísimo tipo de informe, elaborado con carácter anual, ininterrumpidamente desde el año 1996, habiendo sido el último publicado —en el momento en que redactamos este escrito— el titulado «A profile of the Working Poor, 2012», que es el informe núm. 1047 de dicha Oficina estadística, fechado en marzo de 2014. Su contenido aparece enmarcado entre unos «Destacados [*Highlights*]»², con los que se abre, y unas «Notas Técnicas [*Technical Notes*]», con las que se cierra³ y donde aparecen incluidos unos clarificadores «Conceptos y Definiciones», que incluyen también la definición de «pobre que trabaja», respecto del que se afirma que «son personas que están al menos 27 semanas en la población activa (esto es, trabajando o buscando trabajo) pero cuyos ingresos aún caen por debajo del nivel oficial de pobreza [*are persons who spent at least 27 weeks in the labor force (that is, working or looking for work) but whose incomes still fell below the official poverty level*]»⁴.

2. Desde un punto de vista normativo, la recién citada referencia al «nivel oficial de pobreza» remite a la sección 9902 (rotulada «Definiciones [*Definitions*]») del Título 42 (que trata de la seguridad social, bajo el rótulo «La salud y el bienestar públicos [*The public health and welfare*]») del Código de los Estados Unidos (*United States Code*)⁵. Es el segundo precepto del Capítulo 106 de

¹ Véase el enlace «Reports and Bulletins».

² Págs. 1-2.

³ Págs. 17-18.

⁴ Pág. 18.

⁵ Sobre este Código, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 23 y ss.

dicho Título (cuyo rótulo es «Programa de subvención genérica a los servicios comunitarios [*Community services block grant program*])», destinado a regular las subvenciones federales otorgadas a las Administraciones locales para luchar contra la pobreza⁶. En este precepto, que consta de cinco subapartados o subsecciones, sólo nos interesa considerar su subsección (2), relativa a que «la expresión “línea de pobreza” significa la línea oficial de pobreza definida por la Oficina de Gestión y Presupuesto, sobre la base de los datos más recientes disponibles a través de la Oficina del Censo [*the term “poverty line” means the official poverty line defined by the Office of Management and Budget based on the most recent data available from the Bureau of the Census*])⁷; a que «el Ministro [federal de Salud y Servicios Humanos] revisará anualmente (o en cualquier otro intervalo más breve, que el Ministro determine que es factible y deseable) la línea de pobreza, que se usará como criterio para tener derecho al programa de subvención genérica a los servicios comunitarios establecido al amparo de este Capítulo [*the Secretary shall revise annually (or at any shorter interval the Secretary determines to be feasible and desirable) the poverty line, which shall be used as a criterion of eligibility in the community services block grant program established under this chapter*])⁸; a que «la revisión requerida se llevará a cabo multiplicando la línea oficial de pobreza por el porcentaje de cambio en el Índice de Precios al Consumo para Todos los Consumidores Urbanos durante el intervalo anual u otro, inmediatamente precedente al momento en que se haga la revisión [*the required revision shall be accomplished by multiplying the official poverty line by the percentage change in the Consumer Price Index for All Urban Consumers during the annual or other interval immediately preceding the time at which the revision is made*])⁹; y por último, a que «si un Estado [federado] decide servir los objetivos del programa de subvención genérica establecido al amparo de este Capítulo, el Estado puede revisar la línea de pobreza, sin exceder el 125 por ciento de la línea oficial de pobreza, aplicable en otro caso al amparo de este apartado [*whenever a State determines that it serves the objectives of the block grant program established under this chapter, the State may revise the poverty line to not to exceed 125 percent of the official poverty line otherwise applicable under this paragraph*])¹⁰.

3. En realidad, con este amparo normativo, lo que se hace en los Estados Unidos es fijar los llamados «umbrales de pobreza [*poverty thresholds*])», elaborados anualmente por la citada Oficina del Censo, que tienen un valor

⁶ Sobre él, véase L.A. HOWELLS, «Looking for the butterfly effect: An analysis of urban economic development under the community development block grant program», *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 16 (1997), págs. 383 y ss.

⁷ Inciso primero.

⁸ Inciso segundo.

⁹ Inciso tercero.

¹⁰ Inciso cuarto.

puramente estadístico¹¹. Y luego, tomando como punto de partida estos «umbrales», la Secretaría de Planificación y Evaluación, Adjunta al Ministerio federal de Salud y Servicios Humanos, confecciona asimismo anualmente las llamadas «directrices de pobreza [*poverty guidelines*]», que son una versión simplificada de los «umbrales» (sólo toman en consideración la renta ingresada y el tamaño de la unidad familiar), pero que poseen incuestionable valor jurídico¹², pues se toman como base no sólo para marcar la línea de acceso a las más diversas prestaciones públicas de asistencia social o de seguridad social no contributiva (incluido el programa «Medicaid», que cubre «todas las personas de menos de 65 años con ingresos por debajo del 133 por ciento de la línea federal de pobreza [*under age of 65 with incomes below 133 percent of the federal poverty line*]») ¹³, sino también a otros muchos derechos que nada tienen que ver con las prestaciones de seguridad social, como es el caso del derecho de acceso al beneficio de justicia gratuita (*assigned counsel for indigent*)¹⁴. Hay que tener en cuenta que los informes sobre el pobre que trabaja elaborados por la Oficina de Estadísticas Laborales, que pasamos a considerar inmediatamente, se elaboran no sobre la base de las «directrices de pobreza», sino la de los «umbrales de pobreza» de la Oficina del Censo, por lo que sólo poseen —al igual que estos últimos— un valor puramente estadístico.

II. EL POBRE QUE TRABAJA NORTEAMERICANO (ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DE LA GRAN RECESIÓN)

4. Lo que en España denominamos popularmente el «*crack*» de Lehman Brothers, generador de una crisis que todavía no parece tener fin en buena parte de Europa, se conoce doctrinalmente en los Estados Unidos con el nombre de la «gran recesión [*great recession*]»¹⁵. Según estadísticas oficiales norteamericanas, esta última duró «un total de dieciocho meses (comprendidos entre diciembre de 2007 y junio de 2009), sobre la base de haber confirmado a este respecto la Oficina de Análisis Económico del Ministerio de Comercio de los Estados Unidos que “durante el período de contracción entre el cuarto trimestre de 2007 y el segundo trimestre de 2009, el PIB real se redujo a una tasa promedio anual del 2,9 por

¹¹ Pueden consultarse en el sitio en Internet de dicha Oficina, ubicado en www.census.gov.

¹² Pueden consultarse en el sitio en Internet de dicha Secretaría, ubicado en <http://aspe.hhs.gov>.

¹³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012), págs. 15 y ss.

¹⁴ Al respecto, críticamente, véase J.P. GROSS, «Too poor to hire a lawyer but not indigent: How States use the federal poverty guidelines to deprive defendants of their Sixth Amendment right to counsel», *Washington and Lee Law Review*, núm. 70 (2013), págs. 1193 y ss.

¹⁵ Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los sindicatos ante la crisis económica en los Estados Unidos», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014), pág. 89.

ciento”¹⁶, debiendo tenerse en cuenta —pero ahora desde un punto de vista estrictamente laboral— que «su impacto sobre el empleo fue devastador en los Estados Unidos, afirmando la Oficina de Estadísticas Laborales del Ministerio federal de Trabajo que “en diciembre de 2007, la tasa nacional de desempleo era del 5,0 por ciento”, y que “al final de la recesión, en junio de 2009, era el 9,5 por ciento”¹⁷. En consecuencia, con estos referentes cronológicos, parece claro que el informe sobre el pobre que trabaja del 2007 debe considerarse anterior a la gran recesión, que los relativos a los años 2008 y 2009 resultan coetáneos a la misma, y que el informe de 2012 (último disponible, recuérdese) es, en cambio, muy posterior a la superación en los Estados Unidos del cataclismo en cuestión, cabiendo focalizar nuestro análisis sólo sobre este último, puesto que contiene no sólo un cuadro comparativo que cubre el período comprendido entre 2007 y 2012¹⁸, sino también un gráfico comprensivo de un período de tiempo todavía mucho más amplio (1986-2012)¹⁹

5. Según este informe, cabe hablar de la existencia en los Estados Unidos de «nuevos» pobres que trabajan, pues el número de estos últimos creció de forma significativa con ocasión de la gran recesión. En efecto, en 2007 había un total estimado de 7,521 millones de pobres que trabajan, los cuales pasaron a ser 8,883 millones, en 2008; 10,391 millones, en 2009; 10,512 millones, en 2010; 10,382 millones, en 2012; y 10,612 millones, en 2012²⁰. Si se comparan estas cifras con el total estimado de población activa existente en los Estados Unidos, es claro igualmente que el porcentaje de pobres que trabajan creció abruptamente con ocasión de la gran recesión, habiéndose mantenido prácticamente constante este porcentaje desde que la misma concluyó (más en concreto, un 5,1 por ciento, en 2007; un 6 por ciento, en 2008; un 7 por ciento, en 2009; un 7,2 por ciento, en 2010; otra vez un 7 por ciento, en 2011; y por último, un 7,1 por ciento, en 2012)²¹. Por supuesto, todas estas cifras y porcentajes tienen en cuenta los «umbrales de pobreza» anualmente elaborados por la Oficina federal del Censo. Al respecto, a propósito del año principalmente considerado por este informe, se indica que «en 2012, el umbral de pobreza medio ponderado para una familia de cuatro fue 23.492 dólares [anuales]; para una familia de nueve o más personas, el umbral fue 47.297 dólares; y para una persona (individuo sin familiares), fue 11.720 dólares [*in 2012, the weighted average poverty threshold for a family of four was \$23,492; for a family of nine or more people, the threshold was \$47,297; and for one person (unrelated individual), it was \$11,720*]²².

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. pág. 2.

¹⁹ Cfr. pág. 3.

²⁰ Cfr. pág. 2.

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. pág. 17.

6. Desde un punto de vista cualitativo, este informe de 2012 contiene una riquísima información desagregada, relativa al impacto de muy diversos factores sobre la condición del pobre que trabaja. De entre toda esta multiplicidad de factores (raza, sexo, educación, etc.), hay tres que merecen ser especialmente considerados, al tener que ver frontalmente, bien con el exceso de gastos, bien con el defecto de ingresos, bien con una eventual combinación de ambos. En primer lugar, la existencia de cargas familiares, pues «entre las familias con al menos un miembro en la población activa durante 27 semanas o más, las familias con hijos menores de 18 años tenían una probabilidad 4 veces mayor que las sin hijos, de vivir en la pobreza [*among families with at least one member in the labor force for 27 weeks or more, those families with children under 18 years old were about 4 times more likely than those without children to live in poverty*]»²³. En segundo lugar, el trabajo (especialmente, el involuntario) a tiempo parcial, pues «los trabajadores a tiempo completo tenían una probabilidad considerablemente menor de estar entre los pobres que trabajan, que los que eran trabajadores a tiempo parcial [*full-time workers were considerably less likely to be among the working poor than were part-time workers*]»²⁴, afirmándose —respecto del conjunto de la población activa— que «el 4,2 por ciento de los usualmente empleados a tiempo completo estaban clasificados como pobres que trabajan, comparados con el 15,5 por ciento de los trabajadores a tiempo parcial [*4.2 percent of those usually employed full time were classified as working poor, compared with 15.5 percent of part-time workers*]»²⁵. En tercer lugar, la percepción de salarios bajos, teniendo en cuenta que el informe considera crítico «el promedio del valor real del salario mínimo entre 1967 y 1987 para un trabajo semanal de 40 horas ... ajustado cada año desde entonces de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor [urbanos] [*the average of the real value of the minimum wage between 1967 and 1987 for a 40-hour workweek ... adjusted each year since then in accordance with the CPI-U*]»²⁶, lo que provocaba que «en 2012, el umbral de salarios bajos fuese de 337,92 dólares a la semana [*in 2012, the low-earnings threshold was €337.92 per week*]»²⁷, esto es, 1.351,68 dólares mensuales.

III. EL IMPACTO DEL SALARIO MÍNIMO FEDERAL SOBRE LOS POBRES QUE TRABAJAN

7. En ese mismo año 2012, el salario mínimo federal norteamericano — que permanece inmodificado desde que ordenó incrementar su cuantía el Presidente George W. BUSH— caía de lleno en la categoría de salario bajo. En

²³ Pág. 2.

²⁴ Pág. 1.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Págs. 17-18.

²⁷ Pág. 18.

efecto, la sección 206(a)(1)(C) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, que es el precepto regulador de la cuantía del salario mínimo interprofesional federal, afirma que dicho salario asciende —desde el 24 julio 2009— a «€7,25 dólares por hora»²⁸, lo que equivale a 316,8 dólares semanales y a 1.267,2 dólares mensuales. De ahí el empeño del actual Presidente de los Estados Unidos, Barack H. OBAMA, en línea con todos los que le han precedido en la más alta magistratura política de la nación americana desde 1938 («salvo los republicanos Gerald R. FORD y Ronald W. REAGAN»)²⁹, por impulsar una nueva subida de la cuantía de dicho salario, apareciendo diseñada a este efecto su estrategia en el Discurso sobre el Estado de la Nación (*State of the Union Address*) de 28 enero 2014³⁰, realmente grato de leer por su completa falta de acartonamiento formal, donde no sólo cuantifica coloquialmente la subida que pretende («a diez pavos la hora [*to ten bucks an hour*]), sino que incluso afirma que el primer paso que a dar será el de imponer esa cuantía a los contratistas de la Administración federal (literalmente, «En las próximas semanas, promulgaré una Orden Ejecutiva exigiendo a los contratistas federales que paguen a sus trabajadores con fondos federales un salario justo de al menos 10,10 dólares por hora —porque si cocinas las comidas de nuestras tropas o lavas sus platos, no deberías tener que vivir en la pobreza [*In the coming weeks, I will issue an Executive Order requiring federal contractors to pay their federally-funded employees a fair wage of at least \$10.10 an hour – because if you cook our troops’ meals or wash their dishes, you shouldn’t have to live in poverty*]).»).

8. El Presidente OBAMA cumplió su promesa el 12 febrero 2014, mediante la promulgación de la Orden Ejecutiva núm. 13658, sobre «salario mínimo para contratistas [*minimum wage for contractors*])»³¹. En ella, se afirma que «subir la retribución de los trabajadores con salario bajo incrementa su moral y la productividad y calidad de su trabajo, disminuye la rotación de trabajadores y sus costes acompañantes, y reduce los costes de vigilancia [*raising the pay of low-wage workers increases their morale and the productivity and quality of their work, lowers turnover and its accompanying costs, and reduces supervisory costs*])»³², de manera que «estos ahorros y mejoras de la calidad conducirán a una economía y eficiencia mejoradas en la contratación del Gobierno [*these savings and quality improvements will lead to improved economy and efficiency in*».

²⁸ 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), pág. 7.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Puede consultarse en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov, vía «Briefing Room» (y luego, «Speeches & Remarks»).

³¹ Puede consultarse en el sitio en Internet del Ministerio federal de Trabajo, ubicado en www.dol.gov, utilizando el enlace «Wage and Hour Division».

³² Sección 1, inciso segundo.

Government procurement]]³³. Su precepto clave ordena que «el salario mínimo a pagarse a los trabajadores ..., en la ejecución de una contrata o de cualquier subcontrata relativa a la misma, será al menos ... 10,10 dólares por hora, comenzando el 1 enero 2015 [*the minimum wage to be paid to workers ..., in the performance of the contract or any subcontract thereunder, shall be at least ... \$10.10 per hour beginning January 1, 2015*]]³⁴, y «comenzando el 1 enero 2016, y anualmente con posterioridad, la cuantía determinada por el Ministro de Trabajo [*beginning January 1, 2016, and annually thereafter, an amount determined by the Secretary of Labor*]]³⁵.

9. En la misma fecha de promulgación de esta Orden Ejecutiva, el Consejo de Asesores económicos del Presidente OBAMA hizo público un informe titulado «The Economic Case for Raising the Minimum Wage»³⁶, orientado a convencer a la opinión pública y, también y sobre todo, al Congreso de los Estados Unidos, acerca de la conveniencia de incrementar con carácter general el salario mínimo federal a los citados 10,10 dólares por hora. En él —sobre la base de tratarse de un tema intensamente polémico³⁷—, se barajan muy diversos argumentos en favor de la subida, incluso de Derecho comparado interno («en enero de 2014, 21 Estados [federados] + el D[istrito de]C[olumbia] tienen salarios mínimos más altos que el federal»)³⁸ y de Derecho comparado externo («los E[stados].U[nidos]. permanecen ligeramente por debajo de otros países avanzados, incluso con un salario mínimo de 10,10 dólares», aduciendo al respecto una lista de veintiséis países encabezada por Australia y cerrada por México, y en la que los Estados Unidos ocuparían el puesto número doce, tras el incremento en cuestión)³⁹, sosteniendo que la subida pretendida no afectaría negativamente a la creación de puestos de trabajo («con base en 64 estudios sobre incrementos del salario mínimo, los investigadores no encuentran “ningún efecto discernible sobre el empleo”»)⁴⁰. Específicamente en relación con la pobreza, lo que se sostiene en este informe es que «incrementar el salario mínimo a 10,10 dólares incrementaría los ingresos de aproximadamente 12 millones de personas ahora en la pobreza, sacando a 2 millones de ellas de la pobreza [*raising the minimum wage to €10.10 would raise incomes for an estimated 12 million people now in poverty, lifting 2 million of them out of poverty*]]⁴¹.

³³ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁴ Sección 2(i).

³⁵ Sección 2(ii).

³⁶ Puede localizarse en el sitio citado de Internet de la Casa Blanca, vía «The Administration» (y dentro de ella, «Council of Economic Advisers»).

³⁷ Véase B. ROGERS, «Justice at work: Minimum wage laws and social equality», *Texas Law Review*, vol. 92 (2014), págs. 1543 y ss.

³⁸ Cfr. pág. 8.

³⁹ Cfr. pág. 9.

⁴⁰ Cfr. pág. 11.

⁴¹ Cfr. pág. 6.

**O DEREITO CIVIL DE GALICIA COMO UN DOS ELEMENTOS
DEFINIDORES DA SÚA PERSONALIDADE. REFLEXO DA REALIDADE
SOCIO-LABORAL**

[*THE CIVIL LAW OF GALICIA AS ONE OF THE DEFINING ELEMENTS OF
ITS PERSONALITY. A MIRROR OF THE SOCIAL AND LABOR REALITY*]

Xesús Palmou Lorenzo

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2015

Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2015

Sumario: I. A SÚA XÉNESE.- II. A REGULACIÓN ACTUAL.- III. PERSPECTIVAS DE FUTURO DO DEREITO CIVIL DE GALICIA.- BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. ITS ORIGIN.- II. THE PRESENT REGULATION.- III. FUTURE PERSPECTIVES OF THE CIVIL LAW OF GALICIA.- BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Este trabajo analiza instituciones clave del Derecho Civil de Galicia en el contexto del siglo XXI, marcado por la influencia de Derecho de la Unión Europea en todos los planos, lo que obliga a propugnar cambios para hacer efectivo el principio de igualdad de hombres y mujeres, también en lo tocante al ejercicio de actividades autónomas.

Abstract: This paper analyzes a number of key institutions of the Civil Law of Galicia in the context of the XXIth century, which is marked by the influence of the Law of the European Union at all levels, what compels to encourage changes to make effective the principle of equality between men and women, likewise in what relates to the performance of self-employed activities.

Palabras clave: Dereito Civil de Galicia — Dereito da Unión Europea — Traballo autónomo

Keywords: Civil Law of Galicia — European Union Law — Self-employment

* * *

I. A SÚA XÉNESE

Téndose cumpridos os 50 anos da Compilación do Dereito Civil de Galicia, no vinte aniversario da promulgación da Lei 4/1995 do noso Parlamento sobre a mesma materia, paréceme o momento oportuno para recordar a súa xénese e honrar os que a fixeron posible, analizando a súa transcendencia e proxección no ordenamento xurídico de Galicia tras a promulgación da vixente Constitución.

É preciso recordar, en primeiro lugar, que o proceso codificador que se puxo en marcha a finais do século XIX non recollía inicialmente Galicia como territorio de dereito foral, como facía con Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra e Biscaia. Foi o Real Decreto do 2 de febreiro de 1880, promulgado polo entón Ministro de Gracia y Justicia, o galego Saturnino Álvarez Bugallal, o que, ao modificar a Comisión Xeral de Codificación, inclúe nesta un representante de Galicia, outorgándolle así a condición de territorio con dereito civil propio, equiparando usos e costumes que se desenvolven en Galicia á marxe da lexislación castelá, ao dereito de orixe foral doutros territorios, tal como se recolle no seu preámbulo, ao referirse a elas como “institucións antigas, xa xerais, xa locais, que non son outra cousa senón costumes e tradicións convertidas en leis e sobre as que non se pode pasar caprichosa e arbitrariamente a niveladora duna igualdade quimérica”.

Foi, pois, a vontade do ministro Álvarez Bugallal a que propiciou este cambio. Pero na súa conformación, xunto coa súa condición de galego, estivo presente, sen dúbida, o consello de seu amigo Manuel Murguía. Así se deduce da cariñosa e agradecida dedicatoria que este último lle fai ao ministro na súa obra *“El Foro. Sus orígenes, su historia, sus condiciones”*. No seu prefacio, referíndose sempre a Álvarez Bugallal, afirma: *“Tal foi precisamente o que quixo o ilustre home público chamado, tanto pola sorte como pola propia iniciativa, a unificar e á vez enriquecer o Código Civil español, dando entrada nel aos elementos provinciais, ata hoxe desdeñados, recollendo como en fonte limpa todos os claros arrosos da lexislación patria. Galicia, que tivo un pasado case autonómico, non podía ser esquecida: tiña e ten un dereito propio que é preciso conservar, porque responde á súa historia e á vida especial desta descoñecida comarca”*. É axeitado poñer de manifesto como dous homes, Álvarez Bugallal e Murguía, con dispar militancia e sensibilidade ideolóxica, non dubidaron en remar na mesma dirección a prol do recoñecemento da singularidade do noso dereito civil.

Coa promulgación da Lei de Bases do Código Civil, do 11 de maio de 1888, que respecta a existencia e integridade dun dereito civil propio de Galicia, o

lexislador estatal asume a tarefa de compilar as institucións de dereito civil foral ou especial alí onde existan, e convertelas en Lei estatal, con vixencia limitada ás correspondentes provincias e territorios, reforzando así a singularidade xurídica destas, aínda cando esta circunstancia puidera supoñer un freo para a súa integración, modificación, desenvolvemento e modernización.

Tras o proxecto de memoria e apéndice do Código Civil de Pérez Porto en 1915, que non adquiriu rango legal, será en 1963 cando a Lei 147/1963 do 2 de decembro, aproba a Compilación do Dereito Civil especial de Galicia. Unha compilación certamente incompleta, que nada regula en materia de familia e en materia de sucesións, salvo o dereito de “labrar e posuír”. Un contido claramente condicionado pola aplicación uniformadora, durante máis de sesenta anos, dun Código Civil que veda o costume contra lei, formas testamentarias e normas de dereito de familia e sucesións observadas en Galicia profusamente antes da súa publicación. En consecuencia, pódese afirmar que o contido da compilación dista moito da súa transcendencia histórica na conformación do dereito civil postconstitucional da nosa comunidade.

II. A REGULACIÓN ACTUAL

O artigo 149.1.8 da Carta Magna, que atribúe ao Estado a competencia sobre a *“Lexislación civil, sen prexuízo, da conservación, modificación e desenvolvemento polas Comunidades Autónomas dos dereitos civís, forais ou especiais, alí onde existan”*, fai incontrovertible a lexitimidade de Galicia para legislar en materia de dereito civil propio. Así, recóllese como competencia exclusiva de Galicia no artigo 27.4 do Estatuto de Autonomía a *“conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego”*.

Tras a aprobación da Lei 7/1987, do 10 de decembro, de integración da Compilación de 1963 no ordenamento xurídico autonómico como base do noso futuro dereito civil, o Parlamento galego en 1993 designa unha comisión conxunta integrada por un representante de cada grupo parlamentario, da que tiven a honra de formar parte, que elabora o texto da Lei 4/1995. A comisión nos seus traballos tivo á vista dous textos elaborados por cada súa comisión extraparlamentarias, que claramente diferían en canto ao alcance do noso dereito civil e o seu sistema de fontes. O Parlamento adopta unha posición ecléptica entre o dereito consuetudinario que parcialmente recollía a compilación do 63, e outras institucións que, non aparecendo na Compilación, tiveran presenza social á marxe do Código.

No proceso de elaboración do dereito civil nos distintos territorios e tamén en Galicia, pónense de manifesto dúas tendencias contrapostas extremas. Unha conservadora, que limita o dereito civil propio dos distintos territorios ao integrado polas institucións vixentes no momento da entrada en vigor da Constitución, sen posibilidade de ampliación, dando ás palabras conservar, modificar e desenvolver, un sentido limitativo; e outra tendencia expansiva, que entende que a expresión “desenvolver” lles permite ás comunidades autónomas legislar sobre institucións non presentes con anterioridade na súa lexislación civil propia.

Fronte a estas dúas posicións extremas, o Tribunal Constitucional nas súas sentenzas 182/1992 e 88/1993 ven poñer as cousas no seu sitio, sentando doutrina no sentido de que as comunidades autónomas con dereito civil propio ao abeiro do artigo 149.18, pola vía do desenvolvemento establecido neste, poden legislar non só sobre institucións presentes nas compilacións anteriores á Constitución, senón tamén sobre institucións conexas con estas, dándolle así ao termo “desenvolvemento” un sentido distinto e máis amplo que a simple modificación, que tamén recolle o mencionado artigo.

En total consonancia con esta doutrina, a comisión conxunta do Parlamento, tendo á vista un texto da Comisión Superior do Dereito Civil de Galicia, elaborou a vixente Lei 2/2006, do 14 de xuño, modificada parcialmente pola Lei 10/2007, do 28 de xuño, que reforma a súa Disposición Adicional terceira. Á luz da experiencia, tras dez anos de vixencia da anterior, a lei actual rompe co sistema de fontes adoptado por aquela, de tal maneira que a lei galega ocupa o primeiro lugar na prelación, desprazando o costume. Ademais, amplía considerablemente o seu contido, sendo especialmente destacable a incorporación dunha lexislación de novo cuño en materia de protección de menores, adopción, autotutela, e modificacións substanciais en materia sucesoria, especialmente no que se refire a lexítima. En cuestión de lexítimas, afástase da regulación do dereito común e redúcese a de descendentes de dous terzos a un cuarto e desaparece a de ascendentes, co que se reforza a autonomía da vontade individual en clara consonancia coa actual realidade social. Por outra banda, na súa Disposición Adicional segunda, esta lei contiña a súa regulación máis polémica, é dicir, a equiparación ao matrimonio das relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, acreditadas pola convivencia durante un ano, sen ningunha limitación nin esixencia de idade, capacidade nin inscrición rexistral. Os problemas orixinados na súa aplicación, propiciaron que fose modificada pola xa mencionada Lei 10/2007 que corrixe as deficiencias observadas.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO DO DEREITO CIVIL DE GALICIA

Non hai dúbida de que a interpretación xurisprudencial do Tribunal Constitucional propicia que as sucesivas actualizacións quinquenais da vixente lei, previstas na súa Disposición Adicional primeira, poidan incidir non só na súa actualización ou modificación senón tamén na súa ampliación, podendo incorporar así institucións conexas coas presentes.

En consecuencia, a permanente modernización e aproximación do noso dereito civil propio á realidade social é competencia e responsabilidade da comunidade autónoma, incidindo non só nas institucións directamente recollidas na súa lexislación, senón tamén naquelas outras conexas que, dunha ou outra maneira, contribúan á articulación dun sistema xurídico civil integrado e homoxéneo, máis alá dunha suma de institucións fragmentaria e incompleta. Nesta liña, corresponde á comunidade autónoma de Galicia a iniciativa para levar a cabo esta permanente posta ao día do seu dereito civil, garantindo o seu futuro e o seu permanente servizo á sociedade, en harmoniosa convivencia co dereito civil común, actuando sobre todas as cuestións en que se aprecien condicións de especificidade e conexión co dereito propio, xa lexislado ou consuetudinario.

Transcorridos xa máis de cinco anos desde a última reforma, parece necesario continuar co labor de análise e posible actualización dalgunha das institucións. Neste sentido, e sen prexuízo doutros aspectos, parece chegado o momento de acometer unha reforma da regulación do réxime económico do matrimonio, pois, aínda cando o matrimonio é, ante todo, xerador de relacións persoais e afectivas, a comunidade de vida esixe un soporte económico que determina a necesidade dun réxime xurídico que o regule, sendo esta materia hoxe de indiscutible competencia da nosa comunidade autónoma.

A actual regulación, que establece como réxime económico legal e supletorio de primeiro grao o de gananciais, responde claramente a unha realidade social propia de finais do século XIX, na que o réxime de gananciais, nun matrimonio indisoluble, supoñía unha garantía para a muller casada, sometida a potestade marital e entregada a procreación e coidado dos fillos e do fogar; mentres o esposo tiña atribuída en exclusiva a administración do patrimonio, incluídos os bens parafernais ou propios da muller, e o sustento da familia.

Os cambios operados ao longo do século XX, alumearon unha realidade social completamente distinta a de 1889, que o actual ordenamento xurídico non pode descoñecer. Nunha situación de absoluta igualdade legal entre homes e mulleres, na que o matrimonio xa non é sempre entre persoas de distinto sexo e, practicamente, un de cada dous acaba en divorcio, propiciando que convivan

frecuentemente fillos procedentes de distintas unións; o ben xurídico que se pretende contemplar e protexer, á hora de legislar sobre réxime económico do matrimonio, é moi distinto o de fai máis de cen anos. É, cando menos, dubidoso que o réxime económico imposto, a falta de capitulacións matrimoniais, é dicir, a falta de vontade expresada polos contraentes, deba ser o de gananciais. Mentres o réxime de gananciais pon o acento no principio de comunidade económica e compensación o cónxuxe desfavorecido na desigualdade imperante no século XIX, o de separación de bens pon o acento nos principios de liberdade, igualdade e independencia laboral e económica dos cónxuxes que deben decidir libremente, o contraer matrimonio, se desexan que o cambio de estado civil entrañe tamén un cambio no seu estatus económico patrimonial anterior. De non constar tal decisión expresa, o réxime supletorio de primeiro grao debería ser o de separación de bens, reforzando así a autonomía da vontade fronte a unha previsión legislativa caduca e propia doutros tempos.

É certo que actual igualdade legal entre homes e mulleres non se corresponde exactamente coa realidade cotiá, convivindo con situacións de desigualdade e discriminación da muller en ámbitos tan relevantes como o acceso ao mercado laboral, retribución salarial a igualdade de traballo e desequilibrio no reparto de tarefas no ámbito doméstico.

Son aínda moitas as mulleres que, por imperativos que nada teñen que ver coa súa vontade, seguen centrando a súa actividade no coidado dos fillos e nas tarefas domésticas sen remuneración algunha. Seguen existindo, no ámbito rural galego, infinidade de membros da parella que realizan a súa actividade na explotación familiar, titularidade do cónxuxe, sen a correspondente retribución. Pero estas situacións non xustifican o mantemento dunha regulación anacrónica no ámbito económico matrimonial. Pola contra, xustifican e requiren, a adopción de medidas legais e de todo tipo que, removendo os elementos de discriminación dean axeitada resposta ás situacións de desigualdade que aínda se dan na sociedade actual.

Nesta liña, atópase claramente a Lei 31/2011 de 4 de outubro, sobre titularidade compartida de explotacións agrarias, que pretende o recoñecemento do traballo da muller no ámbito agrario e a súa protección por parte da Seguridade Social, ando así cumprimento efectivo ao principio de igualdade e non discriminación proclamado na Constitución española, e que, a nivel europeo, recolle a directiva 2014/41 UE do Parlamento Europeo e do Consejo, de 7 de xullo de 2010 sobre a aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres que exercen unha actividade autónoma.

A praxe, a realidade, acredita canto queda dito. A comunidade de Valencia no ano 2008 substitúe o réxime de gananciais polo de separación na súa prelación a falta de capitulacións, atendendo a unha demanda social, que os datos posteriores fan incuestionable. No ano 2007, 7.084 parellas valencianas subscribiron pactos de separación de bens evitando a ganancialidade legal. No ano 2013, xa réxime supletorio de separación, só 58 parellas optaron por un réxime de gananciais.

Estas reflexións abundan na necesidade de abordar unha posta ó día da lexislación nesta materia, facendo posible incluso que sexan os propios contraentes, no momento de outorgar o seu consentimento matrimonial, os que decidan o réxime económico legal polo que libremente optan, xogando a supletoriedade só para o caso de non exercer opción algunha.

BIBLIOGRAFÍA

—BELLO JANEIRO, D. (1996). *Instituciones de la Ley 4/1995 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia*. Consejo General del Poder Judicial- Xunta de Galicia. Madrid.

—IGLESIAS FERREIRÓS, A. (1990). *El Código Civil y el Derecho gallego. Derecho privado y revolución burguesa*. Marcial Pons. Madrid.

—MURGUÍA, M. (1882). *El Foro. Sus orígenes, su historia, sus condiciones*. Librería de Baylliere. Madrid.

—PALMOU LORENZO, X. (2007). *Las aparcerías agrarias. La aparcería en el derecho propio de Galicia*. Editorial Reus.

—RODRÍGUEZ ENNES, I. (1999). *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*. Escola Galega de Administración Pública. Santiago de Compostela.

RECENSIONES DE LIBROS

[*BOOK REVIEW*]

Conocí al Profesor Dr. Viktor Križan, colega checo de la Universidad Palacký, con ocasión de la celebración de una de las ediciones bienales del congreso internacional de Derecho comparado del Trabajo, celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Graz. En la siguiente edición del propio congreso, celebrada en la ciudad suiza de St. Gallen en octubre del pasado año 2014, tuvo la amabilidad de regalarme este libro coordinado por él, que trata frontalmente muy diversos asuntos de Derecho comparado del Trabajo en los países centroeuropeos que integran —como indica el propio título de la obra— el llamado grupo «Visegrad». Como pone de relieve la obra, este grupo se creó en una cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de Checoslovaquia (por aquel entonces, todavía existente), Hungría y Polonia, celebrada «en el castillo húngaro de la ciudad de Visegrád el 15 febrero 1991», habiéndose convertido la República Checa y Eslovaquia en miembros del propio grupo, tras la disolución de Checoslovaquia en 1993. En la actualidad, siempre según indica la parte protocolar de este interesantísimo libro, «el Grupo Visegrad, también llamado los Cuatro de Visegrad o V4, es una alianza de cuatro Estados centroeuropeos —la República Checa, Hungría, Polonia y Eslovaquia— con el propósito de cooperar e impulsar su integración europea», teniendo en cuenta que «los cuatro miembros del Grupo Visegrad se convirtieron en parte de la Unión Europea en 1 mayo 2004». No extraña, por tanto, que este libro aparezca concebido desde la perspectiva articuladora del Derecho de la Unión Europea, aunque centrado en los aspectos laborales de este último (recuérdese, como reza su título, *Transposición y cumplimiento del Derecho del Trabajo de la UE en los países Visegrad*). Con este núcleo articulador, el libro aparece subdividido en dos partes bien diferenciadas, que procedo a presentar —con sumo gusto— acto seguido, tras poner de relieve el supremo interés comparatista del libro en cuestión, pues —según palabras del propio colectivo de autores, coordinado por el Profesor Dr. Viktor Križan— se trata de un «proyecto inter-universitario», que pretende «facilitar la integración de otros países en la UE, en particular lo que toca a los Estados balcánicos, o a países implicados en el llamado Partenariado del Este».

La primera parte de la obra es muy breve, pues sólo comprende treinta páginas del libro, pero es al mismo tiempo de un interés comparatista extraordinario. Se destina a presentar los sistemas vigentes en los cuatro países citados del Grupo Visegrad, tratando cada uno de ellos con arreglo a un formato jurídico uniforme, articulado alrededor de tres piezas. En la primera de ellas, se procede a una breve presentación de cada país —que creo sinceramente que un lector, como el español, siempre agradece—, afirmándose al respecto, por ceñirme al concreto caso de mi colega Viktor Križan, que «la República Checa es un país encerrado entre tierras de la región de Europa central» cuyos diez millones y medio de habitantes están agrupados «en 14 regiones autónomas», o que «el sistema

jurídico checo pertenece a la rama germánica de la cultura jurídica continental». En la segunda, se describen las fuentes jurídicas del concreto país de que se trate, afirmándose —en el caso checo— que esas fuentes están ordenadas jerárquicamente, desde «la Constitución (Ústava) y los actos constitucionales (ústavní zákony)», pasando por los «tratados internacionales ratificados por el Parlamento (mezinárodní smlouvy ratifikované parlamentem)», las «leyes adoptadas por el Parlamento (zákony přijaté parlamentem) y las decisiones publicadas del Tribunal Constitucional», la «legislación derivada [incluyéndose aquí las órdenes gubernamentales (nařízení vlády) y notificaciones de los ministerios (vyhlášky ministerstev)]» y llegando, por último, a los «actos legislativos de los entes de autogobierno territoriales», entre los que se mencionan «las ordenanzas regionales (krajské vyhlášky) y las ordenanzas municipales (obecní vyhlášky)». Y en la tercera, se da cumplida información del concreto sistema de fuentes jurídico-laborales de cada país, informándose en ella, respecto del concreto caso checo, que allí está vigente un Código del Trabajo (*Labour Code*), que versión vigente fue promulgada por una Ley de 2006.

La segunda parte de la obra es la más extensa, pues abarca más de dos centenares de páginas. Aquí la estructura es igualmente simétrica, pues ella se describen —respecto siempre de cada de los cuatro países implicados— las concretas normas nacionales de transposición de hasta cinco grupos de Directivas (laborales) de la Unión Europea, así como algunos problemas esenciales suscitados en ellos por dicha labor transpositora. Esta temática se aborda en cinco subcapítulos, respectivamente relativos al «Derecho antidiscriminatorio (igualdad de trato), «a las relaciones laborales atípicas» (centrando esa atipicidad en el trabajo a tiempo parcial, en el trabajo de duración indeterminada, en las empresas de trabajo temporal y en el desplazamiento transnacional de trabajadores, en lo esencial), a la «reestructuración de empresas», a la «jornada de trabajo» y al «diálogo social». Esta parte se cierra con una interesantísima «conclusión general». En ella, se afirma que «con base en nuestras consideraciones, puede establecerse que el Derecho relativo a las leyes laborales se adecúa [en los cuatro Estados implicados] a los estándares europeos», aunque algunos de estos cuatro Estados miembros han encontrado «dificultades de interpretación y de elección de opciones procedimentales». Resultan extraordinariamente interesantes, asimismo, las afirmaciones críticas sobre el propio Derecho laboral europeo, que se contienen en la parte final de la obra, habiendo sido suscritas por el colectivo de autores de la misma. En ellas, por ejemplo, se afirma que muchos problemas padecidos a la hora de transponer y cumplir el Derecho laboral de la Unión Europea obedecen a menudo a la deficiente calidad de las Directivas comunitarias obligadas a transponer (literalmente, por resumirlo todo con sólo unas pocas palabras «often the quality of several Directives generated many problems»).

Alberto Arufe Varela

R. LÓPEZ MOSTEIRO, *La competencia territorial de los tribunales laborales*, Publicia (Berlín, 2014), 152 págs.

El Profesor Ricardo López Mosteiro, autor de esta espléndida monografía, es el laboralista más linajudo de la Universidad de A Coruña, a la que ambos pertenecemos. Se incorporó a ella como Profesor Titular de Escuela Universitaria mucho antes de la creación de la propia Universidad, por segregación de la Universidad madre de Santiago de Compostela, ocurrida en 1990. Siempre profesó en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en la antigua Escuela Universitaria de Comercio, pasando por sus manos generaciones y generaciones de profesionales espléndidos, que siempre poseyeron (si se acepta la terminología tecnocrática tan antipática, hoy al uso) un índice de «empleabilidad» altísimo, y que siempre guardaron un recuerdo espléndido de él, como su profesor «laboralista». Nuestro autor viene compaginando desde hace muchos años el ejercicio de la profesión de abogado, siempre con éxito, con su dedicación a las tareas docentes, actualmente en la Facultad coruñesa de Economía y Empresa. No le hacía falta en absoluto doctorarse, pero —según nos contaba— era una ilusión suya, que quería hacer realidad para dedicársela, además, a su muy querido padre. El hecho de que el Profesor Alberto Arufe Varela, actualmente Catedrático acreditado, comenzase sus tareas docentes precisamente en el mismo centro en que tradicionalmente venía profesando nuestro autor (desde mucho antes de mi incorporación a la Universidad de A Coruña, como ya dije), fue la ocasión feliz para que dicha ilusión acabase haciéndose realidad, con la asunción por el Profesor Arufe Varela de las tareas de dirección de su tesis. El resultado de dicha conjunción feliz es este libro espléndido, que tanto me complace reseñar.

El tema que le propuso Alberto Arufe como trabajo de tesis, ahora formalizado en este libro editado por Publicia, es un tema de Derecho español puro y duro, ajustado como un guante a la realidad del foro español que tan bien conoce el autor del mismo. Se trata, sin embargo, de un libro que posee un interés comparatista muy alto, desde la óptica de los laboristas. En efecto, el laboralista estándar —aquí y en todas partes— suele ser un jurista única y exclusivamente dedicado al Derecho positivo sustantivo, lo que explica que una monografía seria de Derecho laboral procesal brille siempre con luz propia, aun refiriéndose sólo a un concreto Derecho positivo nacional, dada la escasez de bibliografía específica sobre Derecho procesal del Trabajo, en España y, también, fuera de España. Siempre me pareció que era la mejor forma de reivindicar la autonomía científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que no forma parte del Derecho Civil (aunque nuestros colegas alemanes sostengan, equivocadamente, lo contrario) ni tampoco del Derecho Administrativo (aunque nuestros colegas alemanes dedicados al Derecho de la Seguridad Social sostengan de nuevo, equivocadamente, que este último no es más un Derecho Administrativo

«especial», al modo del Derecho Administrativo sobre aguas, minas o montes), por la sencilla razón de que los pleitos sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no son juzgados ni por tribunales civiles ni por tribunales administrativos, ni en España ni tampoco en Alemania. Existe, además, otra razón ulterior que hace brillar esta monografía del Profesor López Mosteiro, con luz propia, en el panorama de la literatura jurídica continental europea sobre Derecho procesal del Trabajo.

Esta otra razón se refiere a la médula misma de lo tratado por nuestro autor en su libro, cuyo título (esto es, *La competencia territorial de los tribunales laborales*) sólo sugiere en parte la médula en cuestión. Si se acepta —como debe aceptarse— que el Derecho Procesal es un producto del genio jurídico del pueblo alemán en el siglo XIX, debe aceptarse igualmente que las categorías clave en relación con la competencia de los órganos jurisdiccionales, en Alemania y en todos los demás países del continente europeo influidos por el Derecho alemán y su Ordenanza Procesal Civil de 1877, son tres, a saber: competencia material, competencia territorial y competencia funcional. Ahora bien, nuestro autor — felizmente orientado por su director— supo dar en este libro un paso al frente de gigante, injertando entre la competencia material y la competencia territorial un nuevo tipo de competencia, sin el cual resultaría ininteligible la actuación de nuestros tribunales laborales, que en este punto son verdaderamente únicos frente a lo que resulta moneda corriente en toda la Europa continental, donde también existen (por ejemplo, en Alemania) tribunales laborales y tribunales de seguridad social. Se trata de la que nuestro autor llama competencia «objetiva» de los tribunales laborales españoles, de imposible preterición por causa de que cierto tipo de asuntos laborales (en principio, desvaídos dentro del conjunto de asuntos atribuidos a nuestros tribunales laborales, en concepto de competencia material) se atribuyen a muy diversos tipos de órganos jurisdiccionales laborales (Juzgados de lo Social, Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y Sala de lo Social de la Audiencia Nacional) por razones de carácter geográfico, pero que exorbitan al mismo tiempo las estructuras sobre las que está montado el concepto de competencia territorial. Sólo por este hallazgo vale la pena detenerse en la lectura de este libro, en el que la pieza de caza mayor, cazada por nuestro autor, aparece felizmente contextualizada en una muy depurada y rigurosa exposición histórica, que permite comprender incluso por qué razón el libro alemán titulado *El Derecho Civil y los pobres* sigue siendo todavía, para nosotros los laboristas, uno de nuestros clásicos.

Jesús Martínez Girón

M^a.M. FERREIRO BROZ, *Estudio comparatista del contencioso laboral de primera instancia francés y español*, Dykinson (Madrid, 2015), 179 págs.

La publicación de una monografía sobre Derecho procesal comparado del Trabajo es un hecho que no puede pasar inadvertido y que, incluso, debe ser jaleado por los interesados en la realización de estudios jurídicos comparatistas. Como suele pasar con el Derecho comparado en general, lo más frecuente es que los juristas comparatistas centren su atención en aspectos jurídicos sustantivos, dejando de lado los aspectos procesales (significativamente apodados, en ocasiones, para poner de relieve su interés supuestamente más secundario, como aspectos «adjetivos»). Esta preterición es, sin embargo, injusta. Basta aducir para probarlo la definición más proactiva de Derecho Procesal, según la cual este último es el Derecho en pie de guerra, lo que indudablemente también puede predicarse sin mayor problema del Derecho Procesal comparado. Pero hay que ser muy animoso para afrontar este otro tipo de estudios comparatistas, no extrañando en modo alguno que ese ánimo tan singular pueda tenerlo quien afronta la tarea de tener que concluir su trabajo de tesis doctoral, como era el caso de la autora de este libro sobre Derecho Procesal comparado a dos bandas, titulado *Estudio comparatista del contencioso laboral de primera instancia francés y español*. El hecho de que se trate de una tesis doctoral (dirigida, además, por dos notorios estudiosos del Derecho comparado en España) explica que el riesgo de posible descontextualización de lo tratado, que siempre acecha al iuscomparatista, haya sido prevenido eficazmente por la autora del trabajo, tras las muchas y muchas horas de estudio que debió dedicar a la realización del mismo. En lo esencial, esa descontextualización se ha obviado, de un lado, con un increíble estudio de jurisprudencia francesa contextualizadora de los preceptos legales y reglamentarios reguladores de los órganos judiciales laborales franceses de primera instancia, previa traducción de los mismos por la autora (que no queda más remedio que concluir que debió llevarle la inversión de meses y meses de paciente trabajo y estudio); y de otro lado, mediante un acopio extraordinario de doctrina científica, respecto del que los directores del trabajo y prologuistas del libro afirman que «toda la doctrina científica francesa significativa sobre el tema, generalista y monográfica, ha sido manejada y citada por nuestra autora, incluido el clásico libro de Pélissier, Lyon-Caen, Jeammaud y Döckes sobre *Les grands arrêts du droit du travail*».

Tratándose de un estudio sobre Derecho Procesal en sentido amplio, no extraña en absoluto que la comparación realizada por la autora (bilateral, repetimos, centrada en los *Conseils de Prud'hommes*, en cuanto que órganos jurisdiccionales laborales franceses de primera instancia, y los juzgados de lo social

españoles, alrededor de los cuales también gira la primera instancia de la jurisdicción laboral española) se haya extendido al tratamiento de aspectos orgánicos y de aspectos procesales, los cuales conforman las dos partes nucleares en que se estructura este libro. Desde un punto de vista orgánico, lo más sobresaliente es el estudio que la autora realiza sobre el precepto del Código francés del Trabajo de 2008, relativo a que «*le Conseil de Prud'homme est une jurisdiction électorale et paritaire*», dado el contraste existente con la organización de nuestros juzgados de lo social (que son, como se sabe, órganos jurisdiccionales rigurosamente unipersonales y profesionales). La autora ha buscado y encontrado opiniones doctrinales (elogiosas, en la doctrina científica francesa) sobre el funcionamiento de esta tan peculiar forma de organizar los órganos jurisdiccionales laborales franceses de primera instancia, cuya historia traza con detalle y amenidad en la primera parte del libro (especialmente, en un subapartado titulado «La evolución histórica de los Consejos de Hombres Prudentes», remontándola incluso a antes de la promulgación del primer Código francés del Trabajo de 1910-1927). Es un hecho igualmente destacado por los dos prologuista del libro. A este efecto, remiten a las páginas del mismo en las que se afirma que «a pesar de las críticas proyectadas sobre las jurisdicciones laborales paritarias, sobre todo en aquellos países —como el nuestro— donde actualmente dicha clase de jurisdicciones no existe (así, por ejemplo, “se denuncia ... la `fragilidad cultural de las sentencias dadas por los jueces legos`, la `presión que sobre ellos es ejercida simultáneamente por los grupos profesionales y económicos de que son representantes y por el Gobierno` y la `investidura transitoria del juez clasista`, llegándose a afirmar que la justicia lega o paritaria no es más que un `artificio astuto para evitar la hostilidad de los empleadores y de los propios trabajadores ante la justicia de trabajo`”), lo cierto es que la justicia lega francesa (cuyas virtudes pondera la doctrina científica del propio país) remonta su existencia a antes incluso de la Revolución, habiéndose mantenido —aunque con lógicas variaciones y *revivals*, que detallaremos— hasta el momento presente».

Lógicamente, los aspectos puramente orgánicos de la comparación se completan con los propiamente procesales (o si se quiere, procesales desde un punto de vista estricto). Respecto de ellos nuestra autora analiza las peculiaridades de la competencia material de los Consejos de Hombres Prudentes, destacando que son órganos jurisdiccionales sólo competentes para resolver litigios relativos al contrato de trabajo, pero no —a diferencia de lo que sucede con los juzgados de lo social españoles— para resolver conflictos colectivos o asuntos de seguridad social. Esto despejado, la autora también aborda los trámites preprocesales ante los Consejos de Hombres Prudentes, haciendo hincapié en la jurisprudencia más significativa de la Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa sobre la regulación de dichos trámites contenida no sólo en la Parte Legislativa, sino también en la Parte Reglamentaria, del Código del Trabajo. Muy contrastante asimismo con la realidad procesal laboral española es el hecho de que en Francia sólo exista, en realidad, un único proceso laboral a tramitarse ante los Consejos de

Hombres Prudentes, destacando este hecho nuestra autora en un subcapítulo de la parte comparatista de su libro, titulado «La pluralidad de procesos laborales españoles frente a la unicidad del proceso laboral francés de instancia». El contraste comparatista se extrema allí donde la autora trata de la recurribilidad de las decisiones de los Consejos de Hombres Prudentes, abordando toda esta problemática en un nuevo subcapítulo que permite dotar a su libro de una perspectiva verdaderamente tridimensional, y no meramente plana, de la realidad por ella estudiada. Esta misma perspectiva tridimensional se acentúa en el último subcapítulo de la obra, titulado «La ejecución de las decisiones de los Consejos de Hombres Prudentes», donde la autora trata los contrastes existentes sobre la regulación del tema —cuyo estudio implica bucear, sin exageración, en profundidades abisales— en España y en Francia, así como el procedimiento común de ejecución de las decisiones de los Consejos de Hombres Prudentes, que ha sufrido una muy reciente y drástica modificación legislativa en Francia, y por último, la jurisprudencia civil sobre ejecución de las decisiones de los Consejos de Hombres Prudentes.

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- **ACTUALIDAD LABORAL, NÚM. 1 (2014)**

M. CASTRO CONTE y P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, «La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del RD 1592/2012, de 8 de noviembre», pág. 1.

Resumen: « El sistema de formación dual alemán no es una medida “exportable” a España en un 100% dada las diferentes características de cada país, pero con el RD 1529/2012 se empieza a regular legalmente determinados aspectos de dicha formación dual por lo que este trabajo analizará dichos aspectos en el contrato de formación y aprendizaje y en los proyectos desarrollados en el sistema educativo».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 162 (2014)**

T. USHAKOVA, «El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea», págs. 177-208.

Resumen: «El propósito de este estudio consiste en analizar la normativa de la Unión Europea (UE) referente a los despidos colectivos en el contexto socio-económico actual, teniendo en cuenta el impacto en la legislación y la práctica de los Estados miembros, en particular de España. Debe advertirse que se trata de una aproximación al problema, ante todo, desde la perspectiva del Derecho de la UE.

Como es obvio, el punto central del presente análisis va a recaer en la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Es un acto cuyo momento de adopción queda bastante alejado del presente, y que, además, sucede a la Directiva 75/129/CEE en la misma materia. Tan sustanciales han sido los cambios en el panorama europeo que no es posible, hoy en día, referirse al Derecho comunitario, como lo hacen las disposiciones preliminares de la Directiva 98/59/CE, a no ser en un plano histórico y retrospectivo.

A su vez, la situación económica adversa que ha vivido Europa en los últimos años ha introducido sus correctivos en el marco normativo nacional. El problema de los despidos colectivos se ha situado en el ojo del huracán de las reformas laborales iniciadas por muchos Estados europeos para salir de la crisis. En el caso de España, esta dinámica de modificación de la legislación en la materia ha alcanzado tal envergadura en términos cualitativos y

cuantitativos, que ha vuelto a merecer el calificativo ya clásico: “reforma de la reforma”»).

• **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 165 (2014)**

L. PACHECO ZERGA, «Disponibilidad de derechos en la conciliación o transacción: el caso peruano», págs. 267-285.

Resumen: «La nueva ley procesal peruana (N°29497) establece como requisito de eficacia de los acuerdos conciliatorios o transaccionales, que su contenido supere el “test de disponibilidad de derechos”. El presente artículo analiza cómo hacer compatible el carácter irrenunciable de ciertos derechos laborales con la conveniencia de impulsar las transacciones y las conciliaciones como medidas alternativas de solución de los conflictos. Con este fin se distingue entre ese principio y el de indisponibilidad de los derechos, propio del ordenamiento español, para concluir con una interpretación unitaria y teleológica de la Constitución, las leyes sustantivas laborales y las procesales, que permiten una aplicación de la nueva ley coherente con su finalidad».

• **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 167 (2014)**

E. MARTÍN PUEBLA, «La participación de los representantes de los trabajadores en la empresa y a reforma del despido colectivo en Francia», págs. 105-121.

Resumen: «El Acuerdo Nacional Interprofesional de 11 de enero de 2013 prefigura una importante reforma de la normativa laboral francesa que se hizo realidad de junio de dicho año con la aprobación de la Ley relativa a la sécurisation de l’emploi. Se trata de una reforma amplia que afecta a importantes sectores del ordenamiento laboral, cuyo objetivo fundamental consiste en aportar mayores dosis de seguridad jurídica en determinadas institucionales y facilitar la continuidad de la trayectoria laboral de los trabajadores. Inscrita en una perspectiva de flexiseguridad, la reforma introduce instrumentos de flexibilidad interna negociada en las empresas (acuerdos de movilidad interna y de mantenimiento del empleo), al mismo tiempo que refuerza y completa los derechos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores en la empresa. Un importante capítulo de la misma es la reconfiguración del procedimiento de despido colectivo por causa económica, en el que se introduce de forma novedosa la posibilidad de

negociar un acuerdo con los sindicatos representativos en la empresa para regular las modalidades de información y consulta y el contenido del plan de salvaguarda del empleo».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 4 (2014)**

M. ELÓSEGUI ITXASO, «El caso EWEIDA: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», págs. 105-124.

Resumen: «En este artículo se examina la novedad de la introducción de la noción de acomodamiento razonable en la Sentencia TEDH sobre la azafata Eweida para otorgar protección a su derecho a manifestar la fe religiosa usando una cruz sobre su uniforme de trabajo. Se expone el origen jurisprudencial de este concepto en la jurisprudencia canadiense. Se estudia el uso del test de proporcionalidad en dicha sentencia por parte del TEDH, comparándolo con la doctrina canadiense y el uso que del mismo hace la doctrina alemana, para concluir que el TEDH por primera vez hace una aplicación detallada de este test, amparando el derecho de la demandante».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 4 (2014)**

P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, «Los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza», págs. 125-151.

Resumen: «La Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en asistencia sanitaria transfronteriza, fruto de un largo camino jurisprudencial, debía ser traspuesta al ordenamiento jurídico interno, antes del 25 de octubre de 2013. La efectiva trasposición se ha realizado con el RD 81/2014 de 7 de febrero, por el que se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

La Directiva otorga seguridad jurídica a los derechos de los pacientes en esta materia, pero deja muchos frentes abiertos sin resolver, debiendo el derecho interno ajustar esta trasposición, si no quiere exponerse a un problema todavía mayor de turismo sanitario. España no factura adecuadamente la asistencia sanitaria recibida en nuestro país por ciudadanos europeos, según se ha puesto de manifiesto desde diversas instancias desde hace más de cinco años. Es necesario corregir de inmediato estos problemas tanto por el importante déficit presupuestario sanitario creado en las Comunidades Autónomas como para lograr una aplicación efectiva y sin desigualdades de la asistencia sanitaria transfronteriza. ¿Será capaz el país de hacerlo con las

normas establecidas en el RD 81/2014 o estamos ante un mecanismo insuficiente?

El presente texto trata de evidenciar qué es lo que realmente reconoce la directiva y su trasposición, e incluso sus propios errores, exclusivamente en cuanto a derechos de los pacientes y hacia dónde debería tender una perfecta trasposición de la misma para dar cumplimiento a los importantes derechos de los que se reconocen en el texto europeo, sin limitar la libertad de elección y movilidad de los pacientes garantizando una asistencia médica sometida a las mismas reglas de libertad que el resto del mercado único europeo».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 6 (2014)**

Y. RODRÍGUEZ FERRER, «La contratación laboral en el sector no estatal en Cuba. Actualidad y perspectivas», págs. 105-117.

Resumen: «Cuba se encuentra implementando un nuevo modelo de gestión económica lo cual ha generado la aparición de nuevos sujetos en la actualidad laboral lo que obliga al Estado a atemperar la legislación existente con el objetivo de que la relación entre el titular de la licencia para ejercer el trabajo por cuenta propia y el trabajador contratado por este se establezca en el mismo grado y sentido que la existente entre las administraciones de las entidades estatales y sus trabajadores, lo que asegura a los trabajadores contratados por los titulares, el disfrute efectivo de los derechos emanados de la legislación laboral».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 7-8 (2014)**

C. DI CARLUCCIO, «Protección del trabajo femenino en el derecho laboral italiano: el papel del legislador y de la jurisprudencia constitucional», págs. 101-127.

Resumen: «El artículo estudia la problemática inherente a la protección de la paternidad en la legislación laboral italiana, a partir del cambio profundo que ha sufrido la normativa vigente, sobre todo, con la contribución de la jurisprudencia constitucional, que ha llevado una relectura progresiva de los institutos relacionados con la protección de la maternidad, desplazando la referencia de tutela desde la exclusiva salvaguardia de la salud de la mujer hasta la concurrente –y, a veces, preeminente- protección del interés del menor, con una ampliación de la protección más allá de la figura de la madre biológica trabajadora por cuenta ajena. Abundando en lo anterior, el trabajo analiza las

debilidades de las medidas legislativas, en ocasiones incapaces de garantizar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres así como la protección completa de la unión entre padres e hijos. Modificaciones normativas promovidas a veces desde las instituciones comunitarias».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 9 (2014)**

D. CASALE, «Campos electromagnéticos y enfermedades profesionales: la Corte di Cassazione italiana supera el derecho europeo, reconociendo un nexo de causalidad entre radiaciones de los teléfonos móviles y tumores», págs. 123-137.

Resumen: «La Directiva 2013/35/UE sobre la tutela de los trabajadores respecto la exposición a campos electromagnéticos excluye de forma expresa del propio campo de aplicación la prevención de los posibles efectos cancerígenos, puesto que no existe en la actualidad ninguna prueba científica que demuestre de forma concluyente un nexo de causalidad. Parece prevalecer, de esta forma, una interpretación reduccionista del principio de precaución establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. Mientras tanto, la Sección Laboral (Sala de lo Social) de la Suprema Corte di Cassazione italiana ha superado dicha disciplina europea, reconociendo (con fines de previsión) un nexo de causalidad entre un tumor en la cabeza y una prolongada exposición a las ondas electromagnéticas emitidas por los teléfonos móviles. Dicha innovación jurisprudencial plantea interrogantes sobre la fiabilidad, en cuanto al principio de precaución, del enfoque adoptado a este respecto por la Directiva europea mencionada. Se trata asimismo de un precedente jurisprudencial significativo, no solo por las posibles implicaciones prácticas, sino también respecto a los criterios con los que el saber científico asume relevancia en las salas judiciales».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 10 (2014)**

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «El cuestionado efecto directo en los litigios laborales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», págs. 1-13.

Resumen: «El valor jurídico reconocido por el Tratado de Lisboa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha planteado cuál es la eficacia jurídica de los derechos y principios fundamentales reconocidos en la Carta y de los que el Tribunal de justicia garantiza en último lugar el respeto. La eficacia vertical frente al Estado de los derechos reconocidos en la Carta, ha

suscitado dudas y numerosas sentencias del Tribunal de Justicia que han aplicado preceptos de la Carta como instrumento interpretativo, criterio de validez o base de una pretensión frente a las instituciones de la Unión o frente a los Estados que aplican el Derecho de la Unión. Mayores problemas ha planteado el posible efecto horizontal de la Carta, si es aplicable en las relaciones entre particulares, impidiendo la aplicación de normas internas contrarias a los tratados. Sin embargo, el principio de primacía no se ha aplicado en relación con las directivas sociales, el Tribunal de Justicia considera que no crea derechos y obligaciones para los particulares y no permite al juez inaplicar una norma interna contraria a la directiva. La existencia de la Carta y su posible efecto vinculante puede llevar a revisar esta postura, como se observa sobre todo en materia de no discriminación por motivos de edad, en la Sentencia Küçükdeveci, que ha hecho referencia expresa al art. 21.1 de la Carta. El tema se ha planteado más directamente en la reciente Sentencia, de 15 de enero de 2014 (AMS) que se examina con algún detalle, tanto las interesantes conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN, como de la propia Sentencia, que aunque ha decepcionado, no carece de aspectos positivos y deja abierto el posible efecto horizontal directo en el contrato de trabajo de los derechos reconocidos en la Carta».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 11 (2014)**

A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, «¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval», págs. 105-131.

Resumen: «Con el caso Laval de 2007 el TJUE estableció los principios fundamentales de articulación entre el desarrollo de las libertades de circulación económicas que fundamentan la estructura de la Unión Europea y el derecho a la negociación colectiva, evidenciando que la constitución económica comunitaria puede imponer requisitos de obligado cumplimiento para los Estados miembros respecto de los sistemas nacionales de negociación colectiva y el ámbito del derecho de huelga. La amplia crítica que suscitó el asunto no consiguió una rectificación ni tuvo impulso suficiente para permitir la adopción de una norma de derecho comunitario que evitase mayores repercusiones para los sistemas de negociación colectiva o el ejercicio de estos derechos. En defensa de los mismos y utilizando las vías que brinda su reconocimiento internacional, presente tanto en el ámbito OIT como en la Carta Social Europea, los sindicatos suecos acudieron a los órganos de control de estos textos internacionales (la CEACR y el CEDS) a efectos de denunciar la quiebra existente entre la jurisprudencia del TJUE y las obligaciones que para los Estados miembros se derivan de la suscripción de los Tratados que protegen los derechos de negociación y acción colectiva. Tras la resolución de

estos órganos, favorable a los sindicatos, la controversia está servida de nuevo».

- **RELACIONES LABORALES, NÚM. 12 (2014)**

E. LALAGUNA HOLZWARH, «La jurisprudencia comunitaria y la consideración como tiempo de trabajo de los períodos de atención continuada y localización en la normativa europea», págs. 169-188.

Resumen: «El presente artículo intenta aportar luz sobre cómo las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han podido influir en el proceso legislativo de la Unión Europea, al analizar el proceso legislativo, en torno al cual, se desarrolló la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo. Para ello se analiza como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó la Directiva sobre tiempo de trabajo a raíz del asunto SIMAP, señalando que el tiempo dedicado a las guardias, por parte de los médicos, constituía tiempo de trabajo en sentido estricto. Esta Sentencia parece haber sido recibida con cierta sorpresa por parte de los representantes de los Estados miembros y por la Comisión, disponiéndose entonces a estudiar la posible influencia de dichos pronunciamientos en la futura legislación. Desde entonces el Tribunal de Justicia de la Unión, ha confirmado esa misma línea jurisprudencial en distintas ocasiones. El impacto de dicha jurisprudencia en la transposición de la Directiva por parte de los Estados miembros y las repercusiones de dicho impacto en la ordenación del tiempo de trabajo de los médicos residentes en formación, son cuestiones que hacen merecer el estudio de la evolución de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 1 (2014)**

M. GARMENDIA ARIGÓN y A. RODRÍGUEZ AZCÚE, «Panorama sinóptico de la Seguridad Social en Uruguay», págs. 245-264.

Resumen: «El artículo presenta en forma condensada las principales características del sistema uruguayo de Seguridad Social, repasando sus orígenes, la evolución histórica y la situación actual. El panorama incluye la exposición de la organización institucional del sistema y las prestaciones que son servidas, haciendo hincapié en las características generales del régimen previsional mixto, introducido a mediados de la década de los noventa, el que recientemente ha sufrido modificaciones como resultado del “diálogo social sobre el sistema de seguridad social”, entre las que se destaca la posibilidad de

desafiliación y otras opciones similares, así como la incorporación de alternativas que permiten compatibilizar el retiro con la actividad. Por último, se esbozan las tendencias y perspectivas del sistema».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 65 (2014)**

L. JIMENA QUESADA, «La protección internacional de los derechos sociales y laborales», págs. 13-28.

Sumario: 1. Cuestiones introductorias. 2. Jurisprudencia reciente del CEDS en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas. 2.1. La jurisprudencia sobre medidas anticrisis de austeridad. 2.2. La jurisprudencia sobre aspectos cubiertos asimismo por el Derecho de la UE. 3. Jurisprudencia reciente del CEDS en el marco del sistema de informes: referencia particular a España. 3.1. Las conclusiones formales de no conformidad. 3.2. La conclusión sustancial de no conformidad referente a la asistencia sanitaria de personas extranjeras. 4. Reflexiones finales: referencia al alcance de la CSE y al impacto de la jurisprudencia del CEDS en España.

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 65 (2014)**

I. CAMÓS VICTORIA, «El contexto europeo y los ejes principales de las reformas en el mercado de trabajo en los EEMM de la UE desde el inicio de la crisis a la actualidad con una especial referencia al caso de Italia y Portugal», págs. 223-252.

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto Europeo. 2.1. A favor de promover la recuperación económica junto al saneamiento fiscal: estudio anual sobre el crecimiento 2011 e Informe conjunto sobre el empleo 2011. 2.2. A favor de combatir el desempleo y las consecuencias sociales de la crisis con una especial atención a los jóvenes: el estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012 y la Comunicación “Hacia una recuperación generadora de empleo” y el denominado paquete de empleo. 2.3. La situación de la política de empleo y de los mercados de trabajo en el año 2013. 3. Principales ámbitos del mercado de trabajo en los que se han acometido reformas en los países de la UE. 3.1. Reducción de la presión fiscal sobre el trabajo y reforma de los sistemas de fijación de salarios para vincularlo a la productividad. 3.2. La lucha contra la economía sumergida. 3.3. Reformas en el ámbito de las políticas activas con especial atención a los jóvenes y parados de larga duración. 3.4. Reformas en el ámbito de la educación y de la formación. 4. Especial

referencia a las reformas laborales aprobadas en junio de 2012 en Italia y Portugal.

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 66 (2014)**

M^a.C. SALCEDO BELTRÁN, «Incumplimientos de la Carta Social Europea por España», págs. 217-243.

Sumario: 1. Introducción. 2. La ampliación de la Carta Social Europea en España y su mecanismo de control. 2.1. La Carta Social Europea de 1961 y el protocolo adicional de 5 de mayo de 1988. 2.2. El procedimiento de informes. 3. Conclusiones XX-2 (2013) del comité europeo de derechos sociales. 3.1. Observaciones interpretativas generales. 3.2. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular. El RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. 3.3. Conclusiones de no conformidad a la carta social europea y al protocolo adicional de 5 de mayo de 1988. 4. Vinculación a la normativa y jurisprudencia internacional.

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 68 (2014)**

A. LOFFREDO, «La identificación entre contrato y trabajo en los orígenes y en la actualidad del derecho italiano», págs. 39-52.

Sumario: 1. La crisis de identidad del derecho laboral y de algunos de sus intérpretes. 2. La “modernidad” del derecho laboral en sus orígenes. 3. Algunas consecuencias de identificar trabajo con contrato individual. 4. El derecho sindical como único elemento característico del derecho laboral.

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 68 (2014)**

S. SCIARRA, «Association de médiation sociale. El controvertido papel de los principios fundamentales de la UE y el punto de vista de la legislación laboral», págs. 127-142.

Sumario: 1. Introducción: información y consulta como derechos procesales. 2. Los hechos en AMS. ¿Es este un caso de igualdad de trato entre los trabajadores? 3. Pedro Cruz Villalón: un defensor de la aplicabilidad de los

principios. 4. La sentencia en AMS. 5. Conclusiones: el mismo tratamiento para los derechos y los principios.

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 108 (2014)**

R. CRISTÓBAL RONCERO, «El derecho a la igualdad: especial referencia a la Ley alemana de Igualdad», págs. 109-131.

Resumen: « El presente estudio parte del análisis de la cláusula general de igualdad que regulan tanto el art.3 de la Constitución alemana como el art. 14 de la CE, y de su proyección como garantía general de un trato igual y no discriminatorio de las personas por parte de los poderes públicos (principio de igualdad) y como derecho particular de cada individuo que debe ser protegido (el derecho fundamental a la igualdad). Después, se centra en la investigación del régimen jurídico de la protección y tutela de la igualdad y no discriminación en el empleo en ambos Ordenamientos jurídicos. Se examina el significado del principio de igualdad laboral entre hombres y mujeres (discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual, acciones positivas), los derechos frente a la vulneración del citado principio (con especial referencia, al derecho de queja y al derecho de negación a la realización de la prestación) y se concluye con el análisis de las acciones legales frente a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 113 (2014)**

A. I. PÉREZ CAMPOS, «Política comunitaria europea de empleo juvenil», págs. 13-38.

Resumen: «Los jóvenes europeos se han visto especialmente afectados por la recesión en términos de sus perspectivas de empleo. Los Estados miembros de la UE han participado activamente en el diseño e implementación de las medidas de política encaminadas a mejorar la empleabilidad y la participación en el empleo de este colectivo. Una educación y formación de alta calidad, la buena integración en el mercado laboral y una mayor movilidad de los jóvenes son elementos clave para impulsar el potencial de todos los jóvenes y alcanzar los objetivos de Europa 2020».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 113 (2014)**

M^a. T. VELASCO PORTERO, M. FRÖHLICH y H-W. FRÖHLICH
«El fomento del empleo juvenil en Alemania», págs. 285-38.

Resumen: «A pesar de los buenos datos que ofrece en general el mercado de trabajo alemán, el fomento del empleo juvenil también es una prioridad para el Gobierno de este país. Ello se debe en parte al cumplimiento de los compromisos asumidos por la Unión Europea (en concreto de la Garantía Juvenil) y en parte a la constatación de que los jóvenes tienen una tasa de paro mayor que la media. El Plan Nacional de Implementación de la Garantía Juvenil en Alemania analiza las características del empleo juvenil en el país, y establece una serie de medidas para conseguir el objetivo de que todos los jóvenes reciban una oferta concreta y de calidad de empleo o formación profesional continua. Para ello, refuerza las medidas que ya existían en este sentido, completándolas. En este artículo se exponen las medidas de fomento de empleo joven que Alemania viene realizando hasta ahora y que tan buen resultado han dado, y las orientaciones del Plan».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 113 (2014)**

I. ALZAGA RUIZ «El trabajo de los jóvenes en el Derecho inglés», págs. 307-323.

Resumen: «El presente estudio versa sobre el empleo de los jóvenes en el Reino Unido. Ahonda en la situación socio-laboral de los trabajadores británicos más jóvenes y, en especial de entre 16 y 24. Se detiene en temas tales como la educación, el desempleo o el acceso al mercado de trabajo. Profundiza en la normativa británica sobre contratos para el aprendizaje. En fin, analiza las modificaciones legislativas introducidas por el gobierno británico en las materias descritas. El estudio se basa en el último informe realizado por la OCDE, bajo el título “*Jobs for youth. United Kingdom*”».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-ECONOMÍA Y SOCIOLOGÍA, NÚM. 111 (2014)**

B. MARTÍN CASTRO, «Ayer y Hoy de los Nuevos Yacimientos de Empleo: aproximación desde la UE al caso español», págs. 103-122.

Resumen: «Los nuevos yacimientos de empleo (NYE) responden a dos retos de las sociedades europeas: crecimiento de empleo y cobertura de nuevas necesidades surgidas al compás de diversos cambios socio-económicos y nuevas sensibilidades ambientales y culturales. El carácter estratégico de los mismos ya fue subrayado en el ámbito comunitario por el *Informe Delors* (1993), así como por el posterior *Tratado de Luxemburgo* en el marco de la *estrategia Comunitaria de Empleo*, pasando por la *Cumbre de Lisboa* en el año 2000, y manteniéndose su vigencia en la actualidad con la denominada *Iniciativa Europa 2020: Agenda de nuevas cualificaciones y nuevos empleos*.

Se comenzarán viendo las raíces y antecedentes de aquellos, desde las Iniciativas Sociales de Empleo de los 80's junto a las cooperativas y las empresas de inserción social en el marco de la Economía Social hasta llegar a los NYE de los 90's hoy aún candentes. Se pretende así, a partir del encuadre de normativo y discursivo, analizar aquí la naturaleza, la evolución y contexto, el interés y la utilidad de estos NYE, señalando sus posibles limitaciones –ya sean trabas burocráticas o de índole económica o incluso cultural-, pero también sus amplias potencialidades que permitan abrir nuevas vías generadoras de un pilar clave de una economía de carácter solidario, con una necesaria imbricación entre voluntariado, el sector público y privado. En definitiva, un claro reflejo del denominado “pluralismo de bienestar” dentro de la continua y vigente reestructuración del Estado Social».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

P. MINDERHOUD, «Directive 2004/38 and the Free Movement of Workers: Transposition and Developments in the EU Member States», págs. 13-35.

Resumen: « El artículo analiza la adaptación de la Directiva 2004/38 en los 28 Estados miembros de la Unión Europea y destaca los problemas de implementación detectados en algunos Estados miembros. Además, el artículo se centra en las condiciones de entrada, residencia y expulsión y los obstáculos encontrados en los Estados miembros relacionado con los demandantes de empleos nacionales en la UE».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

S. MANTU, «Retention of EU worker status: transposition and implementation at the national level», págs. 37-59.

Resumen: «El artículo analiza el marco legal aplicable al mantenimiento de la condición de trabajador de la UE, la jurisprudencia del TJUE sobre esta noción y cómo los Estados miembros han transpuesto e implementado esta variante de la libre circulación y residencia de nacionales de la UE».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

H. WRAY and A. HUNTER, «Implementation of Directive 2004/38 in the United Kingdom», págs. 63-93.

Resumen: «Este artículo analiza la adaptación de la Directiva 2204/38 en el sistema legal británico. Aborda en una primera parte una síntesis del contexto histórico, político y legal para pasar a explicar cómo se ha implementado la Directiva, la práctica administrativa en su aplicación y la respuesta de los tribunales británicos».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

H. OOSTEROM-STAPLES, «All EU-Citizens are Equal but Some Enjoy More Rights than Others; Exploring Rights of Dutch Nationals under European Immigration Rules», págs. 95-128.

Resumen: «La contribución se centra en ofrecer una visión de la implementación de la Directiva 2004/38 en el Derecho holandés y analizar los casos dictados por los tribunales holandeses atendiendo a la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación y aplicación de la Directiva».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

L. JAKULEVICIENE, «Realising free movement of EU nationals and their family members in Lithuania», págs. 129-167.

Resumen: «El artículo revisa el estado de la libre circulación de ciudadanos de la UE y sus familias en Lituania, así como las principales cuestiones suscitadas por la aplicación de la libertad y en especial la implementación de la Directiva 2004/38. La legislación y prácticas de las autoridades lituanas son analizadas en relación con el respeto de los derechos de entrada, residencia y expulsión; la posición de los trabajadores UE y de sus familias también son objeto de análisis, haciendo especial mención de las normas de acceso a los empleos públicos y privados y los obstáculos detectados. Se cierra el artículo con la contribución de la jurisprudencia del TJUE y su cumplimiento por las autoridades lituanas».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

A. LANG, «The implementation of the Directive 2004/38/CE in Italy (2010-2013) », págs. 169-195.

Resumen: «En este artículo se analiza la transposición de la Directiva 2004/38 en el Derecho italiano y su aplicación administrativa. Se hace una mención especial a los motivos de expulsión y a la interpretación que adoptan al respecto los tribunales italianos. Se examina asimismo la definición y extensión del concepto de familiares de ciudadanos de la UE».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

N. PIÇARRA and F. PEREIRA COUTINHO, «Free Movements of European Union Citizens in Portugal», págs. 197-219.

Resumen: «El artículo analiza la implementación en el Derecho portugués de la Directiva 2004/38 y su evolución- Se centra especialmente en la adaptación de los derechos de entrada, residencia y expulsión y los problemas detectados en el acceso a los empleos en el sector público y privado, los beneficios sociales, la situación de los trabajadores fronterizos, deportistas, sector marítimo y acceso a becas. Sin olvidar, las cuestiones suscitadas por la reagrupación familiar en Portugal».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-MIGRACIONES INTERNACIONALES, NÚM. 110 (2014)**

E. CALVO CÁDIZ, «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión: diez años después de la Directiva 2004/38 y siete después del Real Decreto 240/2007», págs. 223-255.

Resumen: «A los diez años de la aprobación de la Directiva 2004/38/CE sobre libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, la jurisprudencia del TJUE ha precisado el alcance de varios aspectos e estos derechos como el derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, el derecho de residencia de larga duración o qué se entiende por representar una carga para la asistencia social del Estado de acogida. Frente a las reticencias de algunos Estados miembros, la Comisión Europea defiende, sin ambages, la libre circulación como parte fundamental del proyecto de construcción europeo».

• **REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL-SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 109 (2014)**

M. DE LA CORTE RODRÍGUEZ, «La protección del embarazo y de la maternidad en el Derecho de la Unión Europea», págs. 33-59.

Resumen: «En este artículo se lleva a cabo un estudio de las distintas Directivas que regulan la protección del embarazo y la maternidad de las trabajadoras y de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha venido surgiendo en torno a las mismas, para poner en evidencia, no sólo el grado de armonización alcanzado, sino también los posibles vicios del actual sistema de protección.

La Directiva 76/207/CEE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo, proscribire la discriminación por razón de sexo en los ámbitos del acceso al empleo, las condiciones de trabajo y las condiciones de despido. Esta Directiva deja claro que las medidas relativas a la protección del embarazo y la maternidad, cuyo caso paradigmático es el permiso de maternidad, no conculcan el principio de igualdad de trato. Sentado esto, la Directiva ha sido fundamental, pues en base a la misma el TJUE ha venido sancionando todas aquellas conductas discriminatorias que se basen en el embarazo y en el permiso de maternidad, considerándolas como discriminatorias directas por razón de sexo, pues sólo pueden afectar a las mujeres.

La Directiva 92/85/CEE, sobre seguridad y salud de la trabajadora embarazada, es en sí misma una excepción permitida al principio de igualdad de trato. Esta Directiva instituye un permiso de maternidad de 14 semanas para

las trabajadoras por cuenta ajena, dotado de las siguientes garantías: el mantenimiento de ingresos y del resto de derechos inherentes al contrato de trabajo y a la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. Por su parte, la nueva Directiva sobre igualdad de trato en el trabajo autónomo, Directiva 2010/41/CE, crea una prestación de maternidad de 14 semanas para las trabajadoras autónomas y las cónyuges y parejas de hecho colaboradoras.

Por último, el artículo hace un análisis crítico del permiso de maternidad en la Unión Europea, tanto en relación con las bases jurídicas utilizadas y los objetivos del permiso de maternidad, como en lo que respecta a la perpetuación del rol de la mujer en la atención de los hijos recién nacidos».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 36 (2014)**

G. NALIS, «Perfiles de dependencia económica en el derecho laboral italiano», págs. 551-570.

Resumen: « La reforma Fornero de 2012 y sus medidas correctivas de 2013, han modificado el caso concreto del trabajo por proyecto (“lavoro a progetto” - art. 61 ss. D. lgs. 276/2003), en una óptica antifraudulenta y de refuerzo de la tutelas existentes, con el riesgo, no obstante, de una excesiva rigidez de la disciplina».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 36 (2014)**

V. CORDERO GORDILLO, «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Italia», págs. 571-599.

Resumen: «Durante las últimas décadas la política de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ha pasado a ocupar una posición muy relevante en el marco de las políticas comunitarias y, por ende, en los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, el presente trabajo analiza las medidas orientadas a promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, existentes en el ordenamiento jurídico italiano, así como los mecanismos de protección que contempla la normativa para los trabajadores que ejercitan derechos de conciliación».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 36 (2014)**

L. MENDOZA LEGOAS, «Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos», págs. 600-625.

Resumen: «El Decreto Supremo n° 014-2011-TR “revivió” en el derecho peruano a la figura del arbitraje potestativo -regulada desde inicios de la década de 1990 en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo- y ha generado una de las más intensas polémicas dentro de un país cuyo crecimiento macroeconómico no ha tenido como consecuencia la esperada reducción de las diferencias en la distribución de la riqueza. Siendo un tipo de arbitraje inédito en muchos países de Iberoamérica, este estudio presta atención a la construcción que en torno a esta figura han hecho tribunales y la propia administración del trabajo para entenderlo como un instrumento particularmente adecuado para la solución de conflictos surgidos en un contexto en donde las relaciones colectivas laborales acusan todavía graves asimetrías».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 37 (2014)**

J. M. GÓMEZ RODRÍGUEZ, «Hacia una dimensión laboral en la globalización, retos y perspectivas», págs. 415-429.

Resumen: « Es una tesis común que al hablar de la globalización, el consenso académico refiera no un significado unívoco sino una pluralidad de significados en función de los sectores en los que influye en mayor o menor medida. Sin embargo, ha sido predominante su tratamiento desde la perspectiva de sus implicaciones económicas y financieras. Se asume en términos generales, que la globalización es un fenómeno que incide, gracias a las tecnologías de la información y la comunicación, en el incremento de la eficiencia y la productividad y de esta forma, contribuye al crecimiento económico. No obstante, esta comunicación explora sus impactos desde una perspectiva distinta, casi ausente del tratamiento académico: su dimensión laboral. Sostenemos como premisa que hay un desacoplamiento entre el análisis de la globalización desde la perspectiva de su influencia en la búsqueda de eficiencia y crecimiento económico, mediante la apertura económica y la liberalización de los mercados, y la necesidad de que la globalización también sea analizada desde su dimensión laboral, en aras de

complementar una visión integral que contribuya a recuperar el equilibrio y la justicia social».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 37 (2014)**

O. M. BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA Y A. C. MARINI GARCÍA, «Reflexiones sobre el movimiento cooperativo: tendencias y posibilidades para una emancipación social. El caso brasileño», págs. 439-471.

Resumen: «El presente trabajo de investigación tiene por objetivo el análisis del fenómeno social del cooperativismo moderno, identificando a través de breves aspectos históricos el surgimiento de este movimiento de asociación por parte de los trabajadores a partir de la Revolución Industrial. Busca identificar la influencia de las teorías de los fundadores del socialismo utópico en la organización del cooperativismo. Además se procura demostrar el papel, los objetivos y la estructura organizacional de la Alianza Cooperativa Internacional (AIC), en la divulgación y defensa de los principios cooperativos, así como su importancia y participación en el desarrollo de las relaciones económicas y en el fomento del proceso económico y social de los individuos. Se identifica la influencia del cooperativismo moderno de modelo europeo en Brasil, presentando algunas informaciones históricas sobre las primeras experiencias traídas para las tierras del Nuevo Mundo – América, a través de la fundación de las Misiones Jesuíticas (Reducciones), como parte del trabajo de evangelización sobre los pueblos indígenas, siguiendo con un relato sobre la creación de las primeras cooperativas en el siglo XIX en Brasil, con base en los principios cooperativos de los Pioneros de Rochdale y la evolución del sistema cooperativo en las diversas ramas de actividades, presentando los aspectos legales, los datos estadísticos sobre su actuación y finalmente su papel en la búsqueda de soluciones para reducir las desigualdades sociales impuestas por el sistema capitalista, como formar alternativa de emancipación social».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 38 (2014)**

J. J. ABRANTES, «La crisis, la reforma laboral y la jurisprudencia constitucional en Portugal», págs. 386-401.

Resumen: «Este artículo trata de las tendencias recientes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués sobre las medidas

legislativas laborales y sociales, relativas a la actual crisis financiera, económica y social».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 38 (2014)**

R. MÉNDEZ REÁTEGUI, «Examinando la Implementación del Seguro de Desempleo en el Perú. Un análisis a través de las perspectivas de la Nueva Economía Institucional y el Austrian Law & Economics», págs. 402-444.

Resumen: «El objetivo de este documento es examinar la potencial implementación de un sistema de seguro de desempleo en el Perú y sus implicancias a partir de la coordinación institucional como modelo teórico. Este estudio es implementado a través de un enfoque adscrito a la Nueva Economía Institucional y al Austrian Law and Economics. Por lo tanto, se asume una interacción permanente entre las “perspectivas” jurídica y económica correlacionadas con la necesidad de fortalecer el marco institucional. Asimismo, en el documento también se discute de modo subsidiario si apelar al establecimiento de un conjunto de reglas o instituciones complejas es realmente consistente con la búsqueda de una tutela efectiva del interés de los trabajadores. Al ser una exploración preliminar, y debido a las limitaciones en la cantidad y calidad de estudios económicos, estadísticos y actuariales que versen sobre la materia específica, en este documento se opta por hacer uso de las metodologías forense y apriorística-deductiva y no se introduce un análisis empírico».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 38 (2014)**

A. M.^a BUITRAGO ESCOBAR, «Análisis comparativo sobre la protección por maternidad en los sistemas de seguridad social de Colombia y España», págs. 445-480.

Resumen: «En este trabajo se analiza la contingencia por maternidad en las normativas de seguridad social colombiana y española, en concreto se estudia el alcance de la protección a la maternidad que otorgan los sistemas legislativos a la mujer trabajadora, con la finalidad de evitar que se les discrimine laboralmente por razón de la maternidad. Especialmente, se abordan las diferencias y similitudes entre ambos sistemas de seguridad social (de Colombia y de España), y se sugieren algunas adiciones y modificaciones que

incrementen el ámbito de protección de esta contingencia y se resalta la importancia de esta prestación respecto de la estabilidad laboral reforzada, que garantiza a la madre trabajadora la permanencia en el empleo, y la posibilidad de combinar satisfactoriamente la vida laboral con la vida familiar, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. De este modo, ambas legislaciones analizadas, y miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dan cumplimiento a los Convenios sobre Protección por maternidad en el trabajo».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 38 (2014)**

M. A. DE LA CONCEPCIÓN LACAVEX BERUMEN, «Los trabajadores académicos de las instituciones de educación superior autónomas por Ley en México», págs. 481-510.

Resumen: «La educación superior, que se empieza a desarrollar en el mundo occidental desde la época medieval en la Universidad de Bolonia, ha sido detonador del desarrollo económico y social de los pueblos. Se trata de comunidades de estudiantes y profesores que de manera conjunta trabajan sobre los diversos saberes de la humanidad. En fechas recientes los profesores ya no participan en las actividades académicas universitarias únicamente por interés en el conocimiento o por el prestigio social, sino como una forma de actividad laboral, para obtener los ingresos necesarios y hacer frente a sus obligaciones económicas, personales y familiares. En México, el Derecho del Trabajo, surge constitucionalmente con el Art. 123 Constitucional en 1917. Reglamentaria de esta norma constitucional es la Ley Federal del Trabajo, en la que, desde 1980 se incorporó un capítulo relativo a los trabajadores de las instituciones de educación superior, autónomas por ley. Adicionalmente a las obligaciones derivadas de esta normatividad, los profesores de estas instituciones están sujetos a diversos programas emanados de las autoridades educativas federales, que para las instituciones significan alcanzar ciertos indicadores, que suelen asociarse a presupuesto extraordinario y para los profesores, significan ingresos, prestaciones y apoyos adicionales».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 39 (2014)**

R. GOLDSCHMIDT Y C. LUIZ STRAPAZZON, « La hermenéutica responsable y su papel en la protección y promoción del derecho fundamental al trabajo digno: el caso de la nueva redacción del inciso iii de la súpula 244 del TST», págs. 395-417.

Resumen: «La concurrencia empresarial en el mundo globalizado viene determinando una relativización del carácter proteccionista de las normas del trabajo, perjudicando la condición social del trabajador. Sin embargo, es posible resistir a esa tendencia poniendo en práctica lo que se denomina en el presente estudio “hermenéutica responsable”, o sea, una línea interpretativa que, basada en directrices constitucionales, busca proteger, e incluso ampliar, los derechos fundamentales del trabajador. Para ilustrar esa posibilidad, se estudia la evolución interpretativa, inaugurada por el Tribunal Supremo Federal (STF), lo cual determinó la alteración de la redacción del inciso III de la súpula 244 del Tribunal Superior del Trabajo (TST), que pasó a reconocer la garantía del empleo a la empleada gestante durante el contrato por plazo determinado, afirmando que la garantía de empleo pretende proteger el feto, consagrando el carácter fundamental de los derechos a la vida y al trabajo digno».

• **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 39 (2014)**

Y. LAFITA COBAS, «Algunos apuntes en torno al trabajo por cuenta propia y su regulación en el Código de Trabajo de Cuba», págs. 418-435.

Resumen: «El trabajo por cuenta propia Cuba siempre ha existido pero solo a partir de la flexibilización del modelo económico cubano ha venido a ocupar un papel preponderante dentro del desarrollo de la economía, de ahí la importancia de estudiar las diversas aristas en las que se desarrollan las relaciones en ellas presentes, especialmente en el ámbito del Derecho Laboral si tenemos en cuenta que en todas las actividades autorizadas se puede contratar fuerza de trabajo, analizando las regulaciones relacionadas con esta temática, fundamentalmente el Código de Trabajo vigente».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

J. M. SERVAIS, «Droit international du travail et règlement des conflits transnationaux du travail», pág. 6.

Resumen: «A number of labour disputes include a European or more generally an international dimension to which positive law gives no satisfactory answer. International, especially European, provisions deal with transnational conflicts of rights. Their solutions however keep controversial.

Furthermore no solutions exist for the conflicts of interest while national laws contain significant differences for their settlement. Hence the need to investigate new ways within the international labour law».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

S. ROUTH, «Réseaux de solidarité et syndicalisme: une ressource pour les travailleurs informels en Inde ?», pág. 16.

Resumen: «With the help of a case study of a trade union initiative of informal workers in Kolkata, India, I argue that if informal workers in developing countries have to ameliorate their working conditions and living standards, they cannot adhere to the traditional organizing principles of a trade union. They need to form a larger aggregation of workers integrating many other institutions in order to enhance their bargaining power».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

M. MINÉ, «Interventions d'instances non juridictionnelles internationales: Brefs propos concernant la situation de la République Hellénique», pág. 28.

Resumen: «Decisions of the European Committee of Social Rights (Council of Europe) and Conclusions of the Committee on Freedom of Association (ILO) finding the violation by the Greek government of its international commitments on Human Rights in its new législation, imposed by decisions of the European Union, can be mobilized in the domestic and European courts to oppose it».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

L. GAMARRA VÍLCHEZ, «Le droit du travail et la sécurité sociale au Pérou: Évolutions et défis de ces vingt dernières années», pág. 40.

Resumen: « Over the last two decades in Latin America and in Peru the political, social context; but especially the economic, influenced the behavior

of Labor Law and Social Security. Globalization and neoliberalism worldwide, hyperinflation, dictatorships and social violence in Latin America, particularly in Peru, substantially marked the labor reforms of the 90's. The later years were more favorable in political and economic matters; but in Peru we did not take advantage of this trend. We have started a new decade with an economic slowdown in Latin America compared to previous years and with a strange feeling in Peru that the past decade was a lost opportunity. Therefore, this is a crucial historical moment in which it is necessary to make additional efforts to improve and solve the problem of employment and social security».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

M. NYENTI, «Accès à la justice dans la sécurité sociale sud-africaine: vers un système efficient et efficace», pág. 50.

Resumen: «South Africa is in the process of developing an overarching policy framework for efficient and effective resolution of social security disputes within the framework of reforms towards the establishment of a comprehensive social security system. This is due to the need for a social security dispute resolution system that ensures access to justice for claimants. Such a system is mandated by the deficiencies in the current social security adjudication system; and the constitutional entrenchment of the rights of access to justice and to social security. This calls for the introduction of special and earmarked adjudication institutions and procedures in order to deal effectively with social security disputes. A reformed system which adopts an integrated approach to realisation of rights is proposed. This should include properly-functioning internal review or revision frameworks within the various social security administrative institutions and an external appeal institution to hear appeals».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

S. LAULOM, «La réception par la Cour de cassation française des décisions des instances non juridictionnelles des organisations internationales», pág. 58.

Resumen: «The example of the French Cour de cassation highlights the existence of an influence, which is never explicit, of the ECSR's decisions or the Committee of Experts of the ILO. In a European context, characterized by a

significant deregulation of some national labour laws, the question arises of the role that these bodies can play».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

T. BAZZANI, «La protection contre le chômage en temps de crise au Danemark, en Italie et en Espagne», pág. 68.

Resumen: «This article aims to analyse the evolution of Danish, Spanish and Italian legislation in the field of social protection in case of unemployment, in the light of European guidelines. In each of the mentioned Member States, we will focus on two fundamental aspects: the level of social protection in case of unemployment and the phenomenon of “contractualization” of social rights».

• **REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NÚM. 1 (2014)**

E. URBANI, D. ROUX Y M.^a J. LEGAULT, «Les effets de l’institutionnalisation d’une culture de règlement à l’amiable des conflits de travail au Québec sur l’accès à la justice et l’effectivité du droit du travail», pág. 80.

Resumen: «The effervescence of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms is based on their capacity to resolve conflicts in a relatively more simple, rapid and cost effective manner than administrative and judicial courts. The data published by various government bodies overseeing the application of rules of public order in the field of work in Quebec demonstrates that ADR mechanisms allow for the private settlement of a significant number of conflicts and that they are rooted in practice. However, the lack of empirical studies does not allow to determine whether the employees and employers perceive ADR mechanisms as favouring their access to justice and, also, whether these mechanisms strengthen the effectiveness of labour law».

• **TEMAS LABORALES, NÚM. 123 (2014)**

O. FOTINOPOULOU BASURKO, «El caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado», págs. 79-108.

Resumen: «Las relaciones laborales plurilocalizadas, esto es, conectadas con más de un ordenamiento jurídico, originan desde el punto de vista jurídico un buen número de problemas, de entre los que destaca el de la concreción o determinación de la ley aplicable a un contrato de trabajo de estas características. En este contexto, durante los años 2011 (casos Koelzsch y Voogsgeerd) y recientemente en el año 2013 (Schlecker), el TJ ha interpretado el bloque normativo conflictual comunitario, tanto por lo que se refiere al criterio de *lex loci laboris*, *lex loci celebrationis* y más recientemente el de los vínculos más estrechos respectivamente. Como quiera que la interpretación realizada por el Tribunal de Luxemburgo origina alguna que otra duda con respecto a cómo distinguir la interpretación realizada en relación con los vínculos más estrechos y los requisitos sustanciales para concretar el lugar de prestación habitual de servicios, el presente trabajo tiene por objeto desentrañar esta dificultad con el fin de clarificar la aplicabilidad de uno o de otro criterio a estos supuestos».

- **TEMAS LABORALES, NÚM. 123 (2014)**

J. BASEIRIA MARTÍ, «La legislación antidiscriminatoria por razón de edad avanzada en Estados Unidos», págs. 109-138.

Resumen: «El presente artículo analiza el alcance de la legislación antidiscriminatoria por razón de edad de los Estados Unidos partiendo de la base que es éste el país pionero en aprobar una norma específica en contra de la discriminación motivada por la edad avanzada en el trabajo. En efecto, los Estados Unidos, por su historia y tradición liberal que impregna las relaciones laborales es un país líder en el desarrollo de iniciativas legislativas para proteger a los trabajadores frente a la desigualdad injustificada en el ámbito laboral. La ley contra la discriminación por razón de edad en el trabajo que existe en el ordenamiento jurídico estadounidense denominada *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* de 1967 es el principal instrumento de que disponen los trabajadores de edad de este país para hacer frente a los obstáculos con los que colisionan a la hora de acceder y mantenerse en el mercado de trabajo. La discriminación por razón de edad es un tema candente en una sociedad cada vez más envejecida como la nuestra en donde la presencia creciente de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo ha hecho aflorar en el ámbito de la Unión Europea la adopción de instrumentos jurídicos relativos a la prohibición de discriminación por razón de edad en el trabajo y el empleo».

- **TEMAS LABORALES, NÚM. 123 (2014)**

J-M. SERVAIS, «El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis», págs. 13-46.

Resumen: « En este ensayo se analiza la efectividad del derecho del empleo como instrumento en la lucha contra el paro. A tales efectos se repasan los principales estándares mínimos establecidos por los Convenios y Resoluciones de la OIT a lo largo de su historia en la práctica totalidad de las materias relativas al mercado de trabajo, incentivos, formación, contratación y hasta normas de protección social, pues sin obviar la necesidad de una adecuada política económica se resaltarán la interconexión de todas las acciones posibles. La principal conclusión a extraer será que una política y un derecho eficaces del empleo no se conciben sin una administración del trabajo moderna, abierta a colaboraciones con instituciones privadas, y organizada de una manera eficiente que evite las competencias acumulativas».

**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 «IX CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS NUEVOS
TRABAJADORES POBRES EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS
UNIDOS”»**

[*CHRONICLE OF THE «IXTH INTERNATIONAL CONGRESS ON
COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE NEW WORKING POOR IN
EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»*]

A diferencia de lo que sucedió con motivo del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, coorganizado como es habitual por la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social y la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, bajo la dirección de los Profesores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, en lugar de celebrarse en el Auditorio de la Fundación ABANCA en los Cantones de la ciudad, se desarrolló en el impresionante Paraninfo de nuestra Universidade da Coruña, en A Maestranza. Se pretendía, con este nuevo emplazamiento, ampliar la capacidad de auditorio para dar cabida a congresistas, alumnos y familias de los mismos, evitando que las limitaciones de espacio físico pudiesen dejar fuera a cualquier persona interesada en participar. Como se esperaba, la asistencia fue multitudinaria y la práctica totalidad de las butacas fueron ocupadas a lo largo de las sesiones. Y no nos resulta extraño, dado que el tema monográficamente abordado en este Congreso Internacional era el de «Los nuevos trabajadores pobres en Europa y en los Estados Unidos». La estructura del evento se mantuvo fiel al formato tradicional, celebrándose en dos jornadas vespertinas de cinco horas cada una, coincidiendo con los días 29 y 30 de enero de este 2015. Hubo inauguración solemne, con discurso a cargo de la edil del Excelentísimo Ayuntamiento de A Coruña, Dña. María Begoña FREIRE VÁZQUEZ, quien estuvo acompañada por el Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, Prof. Dr. Jesús VÁZQUEZ FORNO, y los codirectores del Congreso. Asimismo, contamos con las dos tradicionales partes temáticas (una académica, a cargo de profesores, y otra estudiantil, a cargo de los estudiantes de las dos Facultades implicadas, desarrolladas tanto en la primera como en la segunda jornada del evento, de acuerdo con el programa oficial.

La parte académica del Congreso corrió a cargo del Prof. Dr. h.c. Antonio MONTEIRO FERNANDES, del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, quien desarrolló en un castellano perfecto su tema sobre «Los nuevos trabajadores

pobres en Portugal»; del Prof. Dr. Luca NOGLER, de la Universidad de Trento, quien habló en lengua italiana acerca de «Los nuevos trabajadores pobres en Italia»; del Prof. Günther LÖSCHNIGG y de la Dra. Nora MELZER-AZONDANLOO, ambos de la Universidad de Graz, y cuya disertación, en un magnífico castellano, versó sobre «Los nuevos trabajadores pobres en Austria»; del Prof. Dr. Thomas GEISER, de la Universidad de Saint Gallen, exponiendo en inglés su ponencia sobre «Los nuevos trabajadores pobres en Suiza»; del Prof. Dr. Holger BRECHT-HEITZMANN y de la Prof^{ta}. Nursel Karakis, de la Universidad Técnica de Schwerin, defendiendo en inglés su ponencia sobre «Los nuevos trabajadores pobres en Alemania»; y por último, de los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, que completaron las ponencias de los colegas extranjeros, tratando de manera bilingüe (inglés y castellano) el tema «Los nuevos trabajadores pobres en Estados Unidos». El desarrollo de las ponencias presentadas se realizó *hora cum tempore*, ofreciendo a los asistentes la posibilidad de formular preguntas a los ponentes, quienes departieron gustosamente con los interesados. La parte académica se completó con la presentación de dos comunicaciones, a cargo del doctorando portugués Mario SILVEIRO DE BARROS (relativa a los litigantes «pobres» en pleitos de seguridad social en los Estados Unidos) y del Prof. Manuel LAGO PEÑAS (titulada «Una aproximación cuantitativa a la pobreza laboral en España»).

Siguiendo la tradición coruñesa en este Congreso, la parte estudiantil del programa corrió a cargo de nuestros alumnos de Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Grado de Derecho y de Doble Grado Derecho-Administración de Empresas. Para exponer sus trabajos, emplearon dos intensas horas al final de cada una de las jornadas, en lo que cabe denominar ponencia española (y, por tanto, «Los nuevos trabajadores pobres en España (I) y (II)»). Actuaron divididos en 9 equipos de 8 estudiantes cada uno de ellos (intervino, como se aprecia, un número total de 72 estudiantes). Realizaron sus exposiciones de manera bilingüe, inglés y castellano, ayudándose de una presentación en formato *power point* libremente ideada por cada uno de los equipos. El resultado final es una suerte de puzzle compuesto por 9 piezas sucesivas que encajan como un guante para alcanzar el objetivo científico de esta ponencia: ofrecer información crítica y veraz acerca de la situación de todos aquellos trabajadores españoles que, pese a serlo, siguen siendo pobres.

La clausura de este IX Congreso Internacional de Derecho Comparado contó, como viene siendo habitual, con dos partes claramente diferenciadas. La primera, con protagonismo para los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA. Ambos mostraron su agradecimiento sincero a la Fundación Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña, representada en la mesa por su Decano, el Prof. Dr. Jesús VÁZQUEZ FORNO, por su apoyo económico, que permitió sacar

adelante con brillantez y sobriedad un evento de esta magnitud. Los Profesores justificaron la necesidad de hacer un ejercicio de transparencia a través del balance económico, ante la Fundación mencionada, por ser quien sufraga el coste del evento. Apelando, pues, a la necesidad social de actuar con total transparencia, detallaron todas las cuentas del Congreso, con su debe y su haber. Según justificaron, todo pudo hacerse con un presupuesto de gastos en torno a los 5500 euros. Destacaron asimismo el apoyo recibido por parte de la sociedad coruñesa, haciendo hincapié en el dato de que la Universidad, mediante la organización de Congresos en la propia ciudad, también generaba riqueza en ella.

La segunda parte, de tono más oficial, contó con la intervención del Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, quien hizo uso de la palabra para clausurar el Congreso a través de un discurso cercano y sentido. En sus palabras hubo saludos para los ponentes extranjeros presentes en el acto y para los familiares de los estudiantes también presentes. Se puso de manifiesto la altura científica del evento, destacando lo insólito de ver a casi ocho decenas de estudiantes exponiendo en inglés y castellano, con soltura e ingenio, la ponencia que les había sido asignada por la organización del Congreso. Se puso de relieve, también, la esperanza de que en 2015 las condiciones salariales de estos «nuevos trabajadores pobres» evolucionen a mejor y nos permitan salir de esta larga y dura crisis económica sin seguir castigando a los más débiles (especialmente al colectivo de trabajadores jóvenes, como nuestros egresados universitarios). Y, sobre todo, invitó a los asistentes a la celebración, en 2016, de un nuevo evento, destacándose el compromiso de patrocinio por parte del Decano VÁZQUEZ FORNO, para celebrar como merece la X edición de este ya tradicional Congreso Internacional coruñés de Derecho comparado del Trabajo, que traerá a nuestros oídos, con el mismo formato fresco y dinámico, un tema de rabiosa actualidad (vistos los numerosos cambios a que se viene enfrentando nuestro modelo universitario): «La enseñanza universitaria del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Europa y en los Estados Unidos».

Iván Vizcaino Ramos

COEDICIÓN DE LIBROS

[COEDITION OF BOOKS]

— A. ARUFE VARELA, *El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), 172 págs. ISBN: 978-84-15690-65-8.

— J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El profesionalismo deportivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), 196 págs. ISBN: 978-84-15690-64-1.

**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 «Arbeitszeit in Spanien», en el **Congreso «VII. Internationaler Arbeitsrechtlicher Dialog (IAD) zum Thema “Arbeitszeiten“»**; St. Gallen (Suiza), 30 y 31 octubre 2014; Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht, Universität St. Gallen (Suiza).

