

La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas

Un estudio de Derecho comparado de los
ordenamientos alemán y norteamericano



La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas

Un estudio de Derecho comparado de los
ordenamientos alemán y norteamericano

Jesús Martínez Girón
Alberto Arufe Varela



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

netbiblo
www.netbiblo.com

NÚM. 4 de la colección:

Estudios de teoría y práctica de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Director de la colección: Alberto Arufe Varela

Pares revisores de la obra:

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

LA DESREGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS

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

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

DERECHOS RESERVADOS 2010, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) – Spain

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

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISBN: 978-84-9745-522-0

Depósito Legal: C-3489-2010

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Lorena Bello

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España – Printed in Spain

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

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO.....	IX
CAPÍTULO PRIMERO	
LA SINGULARIZACIÓN DE LA PEQUEÑA EMPRESA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO. UNA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS LABORALES COMPARADOS MÁS SIGNIFICATIVOS	1
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA DESREGULACIÓN ALEMANA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS	13
CAPÍTULO TERCERO	
LA DESREGULACIÓN NORTEAMERICANA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS.....	31
APÉNDICE DOCUMENTAL	49
ÍNDICE TÓPICO	77
BIBLIOGRAFÍA CITADA	81
SITIOS DE INTERNET CITADOS	89



ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO.....	IX
--------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

LA SINGULARIZACIÓN DE LA PEQUEÑA EMPRESA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO. UNA ESTRUCTURA DE LOS ORDENAMIENTOS LABORALES COMPARADOS MÁS SIGNIFICATIVOS	1
I. LA FALTA DE SINGULARIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL, COMO PUNTO DE PARTIDA	3
II. LA SINGULARIZACIÓN CONSISTENTE EN UNA REGULACIÓN LEGAL DIFERENCIADA, CARACTERÍSTICA DE LOS ORDENAMIENTOS LABORALES ITALIANO, FRANCÉS Y PORTUGUÉS.....	5
III. PLANTEAMIENTO, CENTRADO EN LA SINGULARIZACIÓN CONSISTENTE EN LA DESREGULACIÓN	10

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DESREGULACIÓN ALEMANA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS	13
I. EL PARÁGRAFO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO	15
II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO.....	18
III. LA PROTECCIÓN MÍNIMA LEGAL FRENTE AL DESPIDO.....	21

IV. LA PROTECCIÓN MÍNIMA JURISPRUDENCIAL FRENTE AL DESPIDO	24
V. LA SENTENCIA DE LA SALA 14 DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE ESTADO FEDERADO DE DÜSSELDORF DE 3 NOVIEMBRE 2008.....	27

CAPÍTULO TERCERO

LA DESREGULACIÓN NORTEAMERICANA DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS.....	31
I. EL CONTEXTO JURÍDICO.....	33
II. LAS EXENCIONES DE PEQUEÑO NEGOCIO Y DE PEQUEÑA EMPRESA	36
III. LOS <i>LEADING CASES</i> DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LA EXENCIÓN DE PEQUEÑA EMPRESA	38
IV. LA RATIFICACIÓN CONDICIONADA DE LOS PACTOS ANTIDISCRIMINATORIOS DE LA ONU POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	41
V. EL CASO <i>GOTTLING V. P.R. INCORPORATED</i> (2002), DE LA CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE UTAH	44
APÉNDICE DOCUMENTAL	49
1. SENTENCIA DE LA SALA 14 DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE ESTADO FEDERADO DE DÜSSELDORF, DE 3 NOVIEMBRE 2008.....	49
2. CASO <i>GOTTLING V. P.R. INCORPORATED</i> , RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA DE UTAH EL 17 SEPTIEMBRE 2002	64
ÍNDICE TÓPICO	77
BIBLIOGRAFÍA CITADA	81
SITIOS DE INTERNET CITADOS	89

PRÓLOGO

Muy cerca del *finis terrae* español ha logrado consagrarse un grupo de investigación nada convencional y especialmente creativo. Quienes lo forman —Jesús Martínez Girón al frente, Alberto Arufe Varela como miembro destacado— conocen bien el Derecho español, pero se han empeñado en la noble y esforzada tarea de adentrarse también en el sistema jurídico laboral de otros países, principalmente de aquellos que por razones económicas o culturales nos suelen servir de referencia. El grupo ya es suficientemente conocido entre nosotros por su esmerada y singular producción, de la que vale la pena recordar ahora, por sus contornos más generales, el libro dedicado a los *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, editado por este mismo sello en el año 2007. Su actividad es en todo caso muy dinámica, y su ritmo de publicaciones particularmente fecundo.

He tenido la suerte de consultar, en su formato original, el estudio que los dos citados autores han dedicado a *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas*, en el que nos ofrecen el estado de la cuestión en dos de sus ordenamientos más queridos, el alemán y el de Estados Unidos. Su lectura ha sido grata y de mucho provecho. La redacción, repleta de datos y valoraciones, está dotada pese a ello de inusual frescura y de gran agilidad. El lenguaje es llano y al mismo tiempo muy poderoso, desenvuelto pero a la vez sumamente técnico y preciso. Oportunamente aderezado de expresiones castizas, e incluso de calificativos sonoros, tiene la necesaria fuerza atractiva como para lograr la concentración del lector, y suficiente enjundia como para colmar, sobradamente, sus legítimas expectativas de información. Puede que en algún momento abrume la abundancia de

ideas y la acumulación de reflexiones, o la cantidad de matices y precisiones que los autores van añadiendo a su paso, pero el recorrido resultará en todo caso ventajoso y fascinante. La densidad del material en modo alguno habrá sido obstáculo ni para el disfrute ni para el buen aprendizaje.

El método de exposición elegido por los autores sigue las pautas de trabajos precedentes y responde sin duda a una de sus opciones más firmes y practicadas. Toda la construcción parte del caso concreto, que actúa como pilar básico pero también como una especie de motor que va ensanchando progresivamente el ámbito de conocimiento, y que va permitiendo extraer reglas y pautas de validez general, para conseguir al final un semblante bastante fiel y completo de los sistemas jurídicos que son objeto de análisis. Obviamente, tal opción metodológica obliga a una buena selección del material de base (que debe ser relevante en el fondo y luminoso en la forma), y exige también una cuidadosa inserción del supuesto de hecho en el correspondiente cuerpo normativo (del que, a su vez, deben destacarse y explicarse sus líneas estructurales y sus principales mandatos). Ni una ni otra condición ha escapado sin embargo a la diligente labor de los autores, que nos han puesto sobre la mesa casos muy apropiados para los fines propuestos (con una clara explicación de las claves del problema), y que nos han ilustrado a la perfección acerca de las normas e instituciones que acotan su enjuiciamiento (con atención preferente a las aportaciones jurisprudenciales).

La investigación discurre por el cauce específico del despido, pero el tema de fondo no es otro que la debida ubicación de la pequeña empresa —la “microempresa”, como se dice en algún momento— dentro del ordenamiento laboral, a sabiendas de que sus problemas no son los mismos que los del gran empresario. Como reiteradamente se nos hace ver a lo largo de ese estudio, es algo habitual que la pequeña empresa no pueda hacer frente con soltura a las cargas que con carácter general impone la legislación laboral, ya sea por sus costes económicos (que son comparativamente más gravosos para los negocios de reducido tamaño), ya sea por su pesadez burocrática o sus dificultades de gestión (en tanto que presuponen el conocimiento de normas y requisitos legales que suelen quedar muy lejos del instrumental común del pequeño empresario, hasta el punto de que a veces tan sólo están al alcance de los especialistas). De ahí que, como bien dicen los autores, en muchos países se haya optado por liberar a ese tipo de empresas de algunas de las reglas que rigen imperativamente para el resto, aunque ello tenga la amarga contrapartida de relajar o disminuir el grado de protección del trabajador. En este terreno, la utilidad de la comparación entre diferentes sistemas jurídicos es innegable, y quizá sea mayor aún desde nuestra particular perspectiva, pues es sabido que en nuestro país se habla con mucha frecuencia de la importancia de la pequeña empresa y de la necesidad de prestarle cuidados especiales, pero más raramente se toman cartas en el asunto o se proponen con seriedad normas apropiadas para esos fines.

De cualquier manera, el estudio de estos acreditados profesores gallegos no sólo tiene interés por su dedicación a la microempresa y por situarnos de nuevo ante una de

las cuestiones más clásicas del Derecho del Trabajo. Tampoco agota su virtualidad en su sabia y concentrada exposición del régimen del despido, una institución, por cierto, que parece rodar en condiciones aceptables en los países de nuestro entorno y que, sin embargo, sigue sin encontrar su justo nivel en el nuestro, como han dejado ver las sucesivas reformas laborales. Su mayor valor reside seguramente en su capacidad para, partiendo de una realidad muy concisa y acotada, proporcionarnos elementos de juicio de alcance estructural acerca de dos de los sistemas jurídicos que inexcusablemente se han de tener a la vista para el buen conocimiento del Derecho. Del ordenamiento alemán hacen bien en mostrarnos, además, su ductilidad y capacidad de adaptación a través del uso de algunos principios y de una sensata interpretación judicial, lo cual en buena medida sirve para desmontar los tópicos de rigidez y carencia de reflejos que muchas veces se atribuye al pueblo germano. Por lo que se refiere al norteamericano, sobre el que suele pesar la tentación de adscribirlo a corrientes conservadoras, nos advierten con acierto acerca de su vanguardista contribución al reconocimiento y respeto de una serie de derechos que, siendo básicos para el trabajador (como la garantía de indemnidad o la prohibición de discriminaciones), sólo en tiempos más recientes han logrado asentarse, sin embargo, en los catálogos europeos.

No hace falta decir que con esta obra los autores van a renovar sin discusión su ya aposentado crédito entre la doctrina laboralista. Pero también han dado buena ocasión para que renovemos nuestro sincero apoyo a una labor tan valiosa para la formación de los juristas y, en general, para el progreso de los estudios jurídicos en materia laboral y social, como la que vienen desarrollando. El conocimiento del Derecho comparado, que sin razón aparente quedó aletargado tras la puesta de largo de nuestra legislación postconstitucional, es cada vez más necesario no ya para el avance de la investigación jurídica, sino, de manera más inmediata y tangible, para la buena configuración de los sistemas nacionales, que muchas veces pueden encontrar en su entorno respuestas útiles para sus problemas domésticos. La creciente interrelación entre los sistemas económicos, y la emergencia cada vez más frecuente de espacios comunes o zonas de contacto estrecho (muy evidentes ya en el contexto de la Unión Europea), incrementa a no dudarlo la importancia teórica y la virtualidad práctica de esa valiente orientación doctrinal.

Joaquín García Murcia

Madrid, septiembre de 2010



CAPÍTULO PRIMERO
LA SINGULARIZACIÓN DE
LA PEQUEÑA EMPRESA EN
MATERIA DE PROTECCIÓN DEL
TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO.
UNA ESTRUCTURA DE LOS
ORDENAMIENTOS LABORALES
COMPARADOS MÁS SIGNIFICATIVOS



I. LA FALTA DE SINGULARIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL, COMO PUNTO DE PARTIDA

1. Como es sabido, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, existe en España un régimen jurídico uniforme de protección del trabajador frente al despido por antonomasia —que es el despido individual—, cualquiera que sea el tamaño de la empresa a que pertenezca el trabajador despedido¹. Este régimen jurídico uniforme —que es, para cierto tipo de empresas, un verdadero régimen corsé— está sustancialmente contenido en los artículos 52 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, y en sus correspondientes complementos adjetivos contenidos en la Ley de Procedimiento Laboral, que hablan de que el uniforme en cuestión tienen que usarlo «el empresario» o «la empresa», sin ningún tipo de distingos en cuanto a tamaño de empresarios y de empresas (de ahí lo del «corsé»), ya se trate de la tienda de la esquina, de un bar o de una casa de huéspedes, de una cadena hotelera, de un naviero propietario de transatlánticos y petroleros, de una central nuclear, de bancos y cajas de ahorros, de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, etc. En esto, fue el propio Estatuto de los Trabajadores quien puso el punto y aparte uniformizador (o si se quiere, encorsetador), puesto que el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 —que continúa formando parte de nuestro ordenamiento laboral, aunque en calidad de zombi jurídico—, con mucho más realismo jurídico y mucho más sentido de la justicia distributiva (que implica, como se sabe, tratar desigualmente a los desiguales), afirmaba que «la indemnización por resarcimiento de perjuicios [al trabajador injustamente despedido] será fijada por el Magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la Empresa, condiciones del contrato de trabajo que se extingue, posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, *dimensión* y características de la Empresa y circunstancias personales y familiares del trabajador, especialmente las de ser titular de familia numerosa, mayor de cuarenta años o minusválido»², teniendo en cuenta que «la cantidad resultante no podrá ser inferior a dos meses de salario por año de servicio, ni exceder de cinco anualidades»³.

2. Evidentemente, el apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores —a cuyo tenor actual, «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por

¹ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 343 y ss.

² Artículo 37.4, inciso primero.

³ *Ibidem*, inciso segundo. En sentido sumamente parecido, véase artículo 81, párrafo tercero, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Noticiando lo revolucionario del cambio, véase ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas (Madrid, 1980), págs. 196 y ss.

la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal»⁴— no desmiente en absoluto la existencia del citado régimen jurídico uniforme de protección del trabajador frente al despido, aunque (con su referencia a «las empresas de menos de veinticinco trabajadores») introduzca un elemento de despiste. El trampantojo lo deshizo una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 junio 1992⁵, dictada en casación para la unificación de doctrina —que consideramos grande y clásica en su día, por su paralelismo con cierto gran caso judicial alemán⁶—, según la cual «la mentada responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial constituye propiamente (en la “ratio” de la norma) no tanto una garantía de cobro para el trabajador, pues su efectividad no se supedita a supuestos de insolvencia de la empresa, cuanto una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas»⁷. Por lo demás, en cuanto que medida de protección (recuérdese, de la pequeña empresa, no del trabajador despedido por ella), se trata de una medida de alcance bastante limitado y modesto, puesto que sólo se aplica —en el plano del despido individual— a despidos objetivos justificados (y en consecuencia, procedentes), quedando fuera de su radio de acción la figura gigante, y casi cajón de sastre, del despido (disciplinario o no) improcedente.

3. El recentísimo Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no ha cambiado ni un ápice el estado de cosas existente en nuestro país, que acabamos de contar. De un lado, porque el régimen jurídico de protección del trabajador frente al despido individual, tras él, sigue estando exactamente como estaba (esto es, aplicándose indiscriminadamente a «el empresario» y «la empresa»). De otro lado, porque el apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores deberá seguir permaneciendo indefinidamente vigente, por causa de la flagrante inconstitucionalidad de la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley en cuestión, que es una norma de imposible aplicación inmediata (y en consecuencia, carente de toda urgencia), al remitirse *ad futurum* a «los términos que se determinen reglamentariamente»⁸. No queda, por tanto, más remedio que concluir que la falta de singularización de la pequeña empresa en materia de protección del trabajador frente al despido es una estructura del ordenamiento laboral español, a la vez basilar (puesto que no se altera, a pesar de la multitud de cambios operados en la legislación laboral española, desde que se produjo el «*crack*» de 2008) —paradójicamente, la recién citada disposición transitoria tercera del Real Decreto 10/2010 pretendía incluso

⁴ Párrafo primero.

⁵ Aranzadi WESTLAW, referencia RJ 1992/4684.

⁶ Cfr. ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 55 y ss.

⁷ Cfr. Fundamento de Derecho sexto.

⁸ Apartado 4.

eliminar el trampantojo representado por el apartado 8 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, reemplazando este precepto por otro aplicable «cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa»⁹— y típicamente nuestra, esto último por tratarse de algo (como la paella, el flamenco o los toros) que sólo tenemos aquí. En efecto, en el primer mundo al que pertenecemos, lo que hay es singularización de la pequeña empresa en materia de protección del trabajador frente al despido, y con tanta claridad y tanta firmeza, que cabe hablar incluso de una verdadera estructura al respecto en los ordenamientos laborales iuscomparativamente más significativos que nos rodean¹⁰, pudiendo revestir esta otra estructura jurídica, bien la forma de regulación legal diferenciada de la protección del trabajador despedido por la pequeña empresa (como ocurre en Italia y en nuestras dos fronteras, esto es, en Francia y Portugal), bien la forma de desregulación de la protección—tema fascinante, por ser la estructura existente en dos de los dos países que ocupan el podio del poder económico en el mundo occidental—, de todo lo cual pasamos a tratar seguidamente.

II. LA SINGULARIZACIÓN CONSISTENTE EN UNA REGULACIÓN LEGAL DIFERENCIADA, CARACTERÍSTICA DE LOS ORDENAMIENTOS LABORALES ITALIANO, FRANCÉS Y PORTUGUÉS

4. En efecto, en Italia, sobre la base de la distinción entre «tutela real [*tutela reale*]» y «tutela obligacional [*tutela obbligatoria*]» frente al despido¹¹, hay que tener en cuenta: 1) que la primera implica la «readmisión [*reintegrazione*]» del trabajador con pago de los salarios de tramitación (y por tanto, la protección fuerte del trabajador despedido)¹², mientras que la segunda—supuesto que el empresario no «reasuma» al trabajador— sólo el abono de «una indemnización [*un'indennità*]» de importe comprendido entre un mínimo de 2'5 y un máximo de 6 mensualidades de la última retribución global de hecho» (y por tanto, la protección débil del

⁹ Cfr. su apartado 3, inciso primero.

¹⁰ Al respecto, desde la perspectiva del Derecho alemán, véase JUNKER, A., «Betriebsverfassung in Klein- und Mittelbetrieben – Ein europäischer Vergleich», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 3 (2002), págs. 131 y ss.

¹¹ Véase NOGLER, L., *La regulación de los despidos individuales en la época del equilibrio entre los «principios» constitucionales. Estudio a la luz del ordenamiento italiano* [traducción castellana de A. ARUFE VARELA], Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 1 y ss., con bibliografía exhaustiva.

¹² Cfr. artículo 18, párrafos primero y cuarto, de la Ley núm. 300, de 20 mayo 1970, de «normas sobre la tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo, y normas sobre colocación [*norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*]», común y oficiosamente llamada en Italia por todo el mundo «Estatuto de los Trabajadores [*Statuto dei Lavoratori*]».

trabajador despedido)¹³; 2) desde un punto de vista objetivo, que la «tutela real» se aplica al despido «nulo [nullo]» y al despido «ineficaz [inefficace]», cualquiera que sea el empresario que hubiese decretado ambos tipos de despido¹⁴; y 3) desde un punto de vista subjetivo, que la «tutela real» sólo se aplica al despido «injustificado [ingiustificato]», que es *grosso modo* el equivalente a nuestro despido improcedente por razones de fondo, pero precisamente (aquí está la estructura diferenciadora de la que carecemos en España) en las empresas de cierta dimensión laboral, que son —según el cardinal artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores de 1970, precepto regulador de la potente «tutela real»— las empresas (o centros de trabajo, individualmente considerados o no) que sobrepasen ciertos umbrales de empleo (o «límites ocupacionales [limiti occupazionali]»), descritos por el propio precepto —tomando como referencia al empresario titular de dichas empresas o centros de trabajo¹⁵—, mediante la indicación de que el mismo sólo cabe aplicarlo: a) al «empleador, empresario y no empresario, que en cualquier sede, establecimiento, filial, oficina o unidad autónoma en la cual ha tenido lugar el despido ocupa en sus dependencias más de quince trabajadores [più di quindici prestatori di lavoro]»¹⁶; b) al «empleador, empresario y no empresario, que en el ámbito del mismo ayuntamiento [nell'ambito dello stesso comune] ocupa más de quince dependientes ..., también si ninguna unidad productiva, individualmente considerada, alcanza tales límites»¹⁷; y c) «en

¹³ Cfr. artículo 8, inciso primero, de la Ley núm. 604, de 15 julio 1966, de «normas sobre los despidos individuales [norme sui licenziamenti individuali]». Según este mismo precepto, para el cálculo de la indemnización hay que tener en cuenta «el número de dependientes ocupados, las dimensiones de la empresa, la antigüedad en el servicio del trabajador, el comportamiento y las condiciones de las partes», y además, que «la medida máxima de dicha indemnización puede ser mejorada hasta 10 mensualidades para el trabajador con antigüedad superior a los diez años, y hasta las 14 mensualidades para el trabajador con antigüedad superior a los veinte años, si es dependiente de un empresario que ocupa más de quince trabajadores» (inciso segundo).

¹⁴ En cuanto al despido «nulo», porque la Ley núm. 108, de 11 mayo 1990, de «regulación de los despidos individuales [disciplina dei licenziamenti individuali]», afirma que «el despido motivado por razones discriminatorias en el sentido del artículo 4 de la Ley de 15 julio 1966, núm. 604, y del artículo 15 de la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, modificado por el artículo 13 de la Ley de 9 diciembre 1977, núm. 903, es nulo con independencia de la motivación utilizada y comporta, cualquiera que sea el número de dependientes ocupados por el empleador [quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore del lavoro], las consecuencias previstas por el artículo 18 de la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, modificado por la presente Ley» (artículo 3, inciso primero). Y en cuanto al despido «ineficaz», porque así lo confirmó la Sentencia de la Corte Constitucional núm. 398 de 1994 (localizable a través de www.gjurcost.org), en la que se declara —sobre la base de que «el despido verbal, no produciendo ningún efecto, no incide sobre la continuidad de la relación misma y, por ello, sobre el derecho del trabajador a la retribución hasta la readmisión en el servicio» [Fundamento de Derecho 6, párrafo b)]— que aunque existe «en el artículo 44 de la Constitución un principio general de favor para la pequeña empresa [piccola impresa] (tratamiento privilegiado justificado sobre todo por razones de empleo), esto no significa que para tal categoría de empresas deba ser considerada no operante la llamada tutela real frente a un despido privado de la esencial forma escrita» [Fundamento de Derecho 6, párrafo d)].

¹⁵ Téngase en cuenta que el Decreto Legislativo núm. 29, de 3 febrero 1993, afirma que «la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, se aplica a las Administraciones Públicas prescindiendo del número de trabajadores» (artículo 55, apartado 2).

¹⁶ Párrafo primero, inciso primero. El umbral en cuestión baja a «más de cinco si se tratase de empresario agrícola» (*ibidem*).

¹⁷ Párrafo primero, inciso segundo. De nuevo, también aquí el umbral se refiere «a las empresas agrícolas que en el mismo ámbito territorial ocupan más de cinco dependientes» (*ibidem*).

todo caso, al empleador, empresario y no empresario, que ocupa en sus dependencias más de sesenta trabajadores [*più da sessanta prestatori di lavoro*]]¹⁸.

5. En Francia, sobre la base de que el «despido irregular [*licenciement irregulier*]] —del todo equivalente a nuestro despido improcedente¹⁹— provoca la extinción indemnizada del contrato de trabajo —a diferencia del «despido nulo [*licenciement nul*]], o despido «nulo de pleno derecho [*nul de plein droit*]] o despido «nulo e ineficaz [*nul et de nul effet*]], como el violador de derechos o libertades fundamentales, que da lugar a la «readmisión [*réintégration*]]²⁰—, la estructura está marcada por el umbral de once trabajadores. El vigente Código francés del Trabajo de 2008 regula pormenorizadamente diversas hipótesis, aunque la más previsible es la del «despido irregular» de trabajador fijo con un contrato de trabajo clásico de duración indefinida. Centrándonos en esta hipótesis, que tiene a su vez sus propias variantes, hay que distinguir —aquí está la estructura— dos supuestos de hecho bien diferenciados. En primer lugar, el de «despido irregular» de un trabajador fijo «operado en una empresa que emplee habitualmente menos de once trabajadores [*opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés*]]²¹, en cuyo caso el trabajador irregularmente despedido tiene derecho «a una indemnización correspondiente al perjuicio sufrido [*indemnité correspondant au préjudice subi*]]²², habiendo declarado la Corte de Casación —respecto de esta indemnización legalmente indeterminada— que la misma debe compensar «el perjuicio resultante tanto de la irregularidad del despido por vicio de forma como de fondo»²³, y además, que «corresponde al juez apreciar [soberanamente] su extensión»²⁴. En segundo lugar, el supuesto del «despido irregular» de trabajador fijo al servicio de empresa que ocupe habitualmente once o más trabajadores, en cuyo caso el despedido puede llegar a acumular hasta tres indemnizaciones distintas, minuciosamente fijadas las tres por el Código del

¹⁸ *Ibidem*. Tanto en éste como en los demás casos, el cómputo de estos trabajadores no tiene lugar siempre *per capita* —lo que, en la realidad, contribuye a agrandar un poco la dimensión laboral de las empresas incluidas—, pues el propio precepto afirma que «para el cómputo del número de los trabajadores ..., se tienen en cuenta también los trabajadores empleados con contrato de formación laboral, [y] los trabajadores empleados con contrato a tiempo indeterminado parcial, por la cuota de horario efectivamente desarrollado, teniendo en cuenta, a tal efecto, que el cómputo de las unidades de trabajo se refiere al horario previsto por la negociación colectiva del sector» (párrafo segundo, inciso primero), y además, que «no se computan el cónyuge y los parientes del empresario hasta el segundo grado en línea recta y en línea colateral» (*ibidem*, inciso segundo).

¹⁹ En la doctrina, por todos, véase PÉLISSIER, J., SUPLOT, A. y JEAMMAUD, A., *Droit du Travail*, 24ª ed., Dalloz (París, 2008), pág. 533. En la jurisprudencia laboral, también por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 26 abril 2006 (núm. de recurso 04-44913; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr), considerando segundo.

²⁰ El caso judicial francés clave, sobre este tema, es una Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 28 abril 1988 (número de recurso 87-41804; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr).

²¹ Artículo L. 1235-5, párrafo primero.

²² *Ibidem*, párrafo segundo.

²³ Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 30 mayo 1990 (núm. de recurso 88-41329; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr), considerando tercero.

²⁴ Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 25 septiembre 1991 (núm. de recurso 88-41251 y 88-45660; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr), considerando tercero.

Trabajo²⁵, que son: 1) según el artículo L. 1234-9, «una indemnización de despido [*indemnité de licenciement*]]²⁶, cuyo «tope y modalidades se determinan por vía reglamentaria»²⁷, habiéndose precisado por esa vía una indemnización variable «calculada por año de servicio en la empresa»²⁸, que «no puede ser inferior a un quinto de mes de salario por año de antigüedad»²⁹; 2) según el artículo L. 1235-3 —para el caso de que «el despido de un trabajador sobrevenga por una causa que no es ni real ni seria», y supuesto que el empresario «se niega [*refuse*]] a readmitir, como será normal—, una segunda indemnizaci n³⁰, teniendo en cuenta que «esta indemnización ... no puede ser inferior a los salarios de los seis últimos meses [*ne peut  tre inférieure aux salaires des six derniers mois*]]»³¹, y además, que «se debe sin perjuicio, si es el caso, de la indemnización prevista en el artículo L. 1234-9»³², recién citado; y 3) según el artículo L. 1234-5 —para el caso ahora de que el empresario, al despedir irregularmente, también hubiese omitido el plazo de preaviso debido—, otra indemnización complementaria ulterior integrada por los «salarios y ventajas que el trabajador hubiera percibido de haber cumplido su trabajo hasta la expiración del preaviso, incluida la indemnización de permisos retribuidos»³³, pues —de acuerdo con dicho tercer precepto— «esta indemnización compensatoria del preaviso se acumula con la indemnización de despido»³⁴, del citado artículo L. 1234-9.

6. En fin, el despido injusto del trabajador se conoce legalmente en Portugal con el nombre de «despido ilícito [*despedimento ilícito*]]», categoría que comprende las nuestras de despido nulo e improcedente, resultando que la regla general sobre él, querida por el Código del Trabajo de 2009, es la de que lleve aparejada la «readmisión [*reintegra o*]] del trabajador despedido»³⁵. En efecto, según el núm. 1 del

²⁵ Las que libremente hubiesen podido convenir las partes del contrato de trabajo son rigurosamente acumulables a estas indemnizaciones legales, según acaba de confirmar una Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 28 febrero 2006 (núm. de recurso 04-48280; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr), a propósito de la ruptura de un contrato de trabajo que «contenía una cláusula, según cuyos términos, en caso de despido, cualquiera que fuese el motivo, el trabajador percibiría una indemnización igual a dieciocho meses de salario» (cfr. Considerando segundo).

²⁶ Cfr. artículo L. 1234-9, párrafo primero.

²⁷ *Ibidem*, párrafo segundo.

²⁸ Cfr. artículo R. 1234-1.

²⁹ Cfr. artículo R. 1234-2.

³⁰ Párrafo primero, inciso primero.

³¹ *Ibidem*, inciso segundo.

³² *Ibidem*, inciso tercero. Por eso mismo, la Corte de Casación viene afirmando tradicionalmente que «la readmisión de los trabajadores despedidos sin causa real y seria no es posible más que si el empresario no se niega a ello» (cfr. Sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de 4 mayo 1984 [núm. de recurso 82-40001 y 82-40002; localizable a través de www.legifrance.gouv.fr], considerando segundo).

³³ Párrafo segundo.

³⁴ Párrafo tercero.

³⁵ Al respecto, véase MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 15  ed., Almedina (Coimbra, 2010), págs. 613 y ss.

artículo 389 de dicho Código (rotulado «Efectos de la ilicitud de despido [*Efeitos da ilicitude de despedimento*])», «siendo el despido declarado ilícito, se condena al empleador» —en principio— «a indemnizar al trabajador por todos los daños causados, patrimoniales y no patrimoniales» [apartado a)], y a la «readmisión del trabajador en el mismo centro de trabajo de la empresa [*reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa*] sin perjuicio de su categoría y antigüedad» [apartado b)], aunque —siempre según el Código del Trabajo— el trabajador ilícitamente despedido puede pretender la condena del empresario a pagarle una indemnización por extinción del contrato, si es que le conviene más, que reemplace la readmisión en su puesto de trabajo legalmente prevista, como regla, frente a su «despido ilícito». Ahora bien, la regla general de la readmisión conoce —según el Código del Trabajo— dos excepciones ordinarias, que aparecen enunciadas en su artículo 392. De acuerdo con este precepto, «en el caso de microempresa o de trabajador que ocupe cargo de administración o de dirección, el empleador puede requerir del tribunal que excluya la readmisión, con fundamento en hechos y circunstancias que conviertan el regreso del trabajador en gravemente perjudicial y perturbador del funcionamiento de la empresa»³⁶. Lógicamente, de estas dos excepciones la de mayor trascendencia es la relativa a los trabajadores ilícitamente despedidos al servicio de «microempresas» —ésta es la estructura portuguesa que buscábamos—, afirmando al respecto el artículo 91 del propio Código —en el que aparecen clasificados los diversos «tipos de empresas», según el número de trabajadores que empleen, en «microempresas», «empresas pequeñas», «empresas medianas» y «empresas grandes»— que se considera «microempresa» la «que emplea menos de 10 trabajadores [*empresa menos de 10 trabalhadores*]»³⁷, teniendo en cuenta que «el número de trabajadores corresponde a la media del año civil antecedente»³⁸. Las dudas de constitucionalidad que el tenor de este precepto, en su día novedoso, suscitaba —por su eventual contradicción con el artículo 53 de la Constitución de Portugal, en el que se afirma que «se garantiza a los trabajadores la seguridad en el empleo [*segurança no emprego*], prohibiéndose los despidos sin justa causa o por motivos políticos o ideológicos»— fueron despejadas, resolviendo un recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos del primer Código del Trabajo de 2003, por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 306/2003, de 25 junio³⁹. Es una Sentencia que reconoce la trascendencia de la excepción (y en consecuencia, de la estructura), pues —con cita de estadísticas oficiales portuguesas correspondientes al año 2000— declaró que afectaba al «81'11» por ciento del total de empresas existente en Portugal y al

³⁶ Núm. 1.

³⁷ Núm. 1, párrafo a).

³⁸ Núm. 2. Según el núm. 3 de este mismo precepto, «en el año de inicio de la actividad, el número de trabajadores a tener en cuenta para la aplicación del régimen es el existente el día de ocurrencia del hecho».

³⁹ Localizable a través de www.dgsi.pt.

«29'24% de los trabajadores, haciendo abstracción de los trabajadores que ocupen cargos de administración o dirección»⁴⁰.

III. PLANTEAMIENTO, CENTRADO EN LA SINGULARIZACIÓN CONSISTENTE EN LA DESREGULACIÓN

7. La segunda gran especie de lo que venimos denominando singularización de la pequeña empresa en materia de protección del trabajador frente al despido, que confirma concluyentemente que dicha singularización constituye una estructura de los ordenamientos laborales más significativos en el mundo que nos rodea, es la relativa a la desregulación de la protección del trabajador despedido por las pequeñas empresas. Es la especie que nos parece más incitante, desde un punto de vista teórico, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, por su radicalidad y su naturaleza aparentemente absurda, puesto que —con parámetros españoles— se consideraría incluso terrorismo laboral propugnar que las pequeñas empresas debiesen quedar al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral, en materia de protección del trabajador frente al despido. En segundo lugar, porque se trata de una hipótesis totalmente real (y en consecuencia, no encarnada por ningún zombi o fantasma) en una parte significativa de Europa, dado que la Ley alemana de Protección contra el Despido de 1969 —que pretendemos tratar más abajo, con cuidado y con detalle— excluye de su ámbito de aplicación a las empresas de diez o menos trabajadores (cfr. *infra*, Capítulo Segundo). En tercer lugar, porque el «*crack*» de 2008 nos ha sacudido a todos como un gran terremoto empresarialmente y laboralmente devastador —y en España, hasta el punto incluso de haberse hablado de la necesidad de un rescate, por parte de nuestros socios europeos—, aunque la sacudida en Alemania, donde nadie habla de la necesidad de reformar su legislación laboral estructural (que incluye, como es obvio, la citada Ley de Protección contra el Despido), parece haber sido de tono menor, supuesto que Alemania lleva creciendo y creando empleo, desde que (con sus denominados «Paquetes de Coyuntura» I y II) reaccionó tempranamente, pero sin necesidad de reformas estructurales, frente a la crisis⁴¹.

⁴⁰ Cfr. Fundamentación Jurídica, apartado C), núm. 14, párrafos penúltimo y último. En cuanto al fondo, el argumento jurídico decisivo se refería al hecho de que el propio precepto «establece un régimen indemnizatorio diferenciado en los casos de procedencia de la oposición patronal a la readmisión», dado que «si el trabajador, en sustitución de la readmisión, optase por la vía indemnizatoria, el tribunal fijará un montante entre 15 y 45 días de retribución base y complementos, por cada año completo o fracción de antigüedad [...], no pudiendo la indemnización ser inferior a tres meses», mientras que «si la oposición a la readmisión se juzga procedente, el *quantum* indemnizatorio se calcula entre 30 y 60 días, no pudiendo ser inferior a seis meses de retribución base y complementos» (*ibidem*, párrafo séptimo).

⁴¹ Véase BRECHT-HEITZMANN, H., «Medidas jurídicas laborales y de Seguridad Social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN], *Tribuna Social*, núm. 230 (2010), págs. 13 y ss.

8. Es cierto que Alemania ha firmado, pero no ha ratificado, al igual que España, la versión revisada de la Carta Social Europea de 1996 —por cierto, ambos países parecen tener problemas, también, con la versión originaria de la Carta Social Europea de 1961, aunque a otros concretos efectos⁴²—, en cuyo artículo 24 (rotulado «Derecho a la protección en los casos de extinción del contrato de trabajo»), con el fin de «asegurar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores en los casos de extinción del contrato de trabajo», las Partes acuerdan lo siguiente: 1) reconocer «el derecho de todos los trabajadores a que no se extinga su contrato de trabajo sin razones válidas de dicha extinción conectadas con su capacidad o conducta, o basadas en las exigencias operativas de la empresa, centro de trabajo o servicio»⁴³; 2) reconocer «el derecho de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extingue sin una razón válida, a una compensación adecuada u otro remedio apropiado»⁴⁴; y 3) «asegurar que el trabajador que considere que su contrato de trabajo ha sido extinguido sin una razón válida, tendrá el derecho a apelar ante un órgano imparcial»⁴⁵. A pesar de este hecho, nadie en su sano juicio sostendría que el Derecho alemán desregulador de la protección del trabajador frente al despido no resulta compatible con dicho importantísimo precepto de la Carta Social Europea⁴⁶. Y ello, por causa del hecho de que Alemania se encuentra vinculada —al igual que cualquier otro Estado miembro— por el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (rotulado «Protección en caso de despido injustificado»)⁴⁷, respecto del que las «explicaciones» relativas al mismo indican, literalmente, que «este artículo se inspira en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada».

9. La compatibilidad del Derecho alemán relativo al despido con el Derecho de la Unión Europea es posible, sin embargo, por causa de que la desregulación alemana —que la propia doctrina alemana denomina así («*Deregulierung*»)⁴⁸— tiene el carácter de mera desregulación «*light*». Ahora bien, la prueba de esta última afirmación exige la búsqueda de un término de comparación eficaz, que permita hablar de la existencia de desregulaciones de la protección del trabajador frente al despido en las pequeñas empresas, pero de carácter «*hard*» o «*heavy*». Este término

⁴² Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 51 y ss.

⁴³ Párrafo primero, letra a.

⁴⁴ *Ibidem*, letra b.

⁴⁵ Párrafo segundo.

⁴⁶ Al respecto, véase ZACHERT, U., «Auf dem Weg zu europäischen Arbeitnehmergrundrechten?», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 12 (2000), págs. 623 y ss.

⁴⁷ A cuyo tenor «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Al respecto, véase ZACHERT, U., «Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 19 (2001), págs. 1041 y ss.; y HANAU, P., «Die Europäische Grundrechtscharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 1 (2010), págs. 1 y ss.

⁴⁸ Por todos, véase BUCHNER, H., «Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]*, núm. 10 (2002), págs. 533 y ss.

de comparación lo hemos hallado en el ordenamiento laboral de los Estados Unidos de Norteamérica, donde doctrinal y jurisprudencialmente no se habla de desregulación, pero sí de «exención [*exemption*]»⁴⁹. Como veremos (*infra*, Capítulo Tercero), se trata de un ordenamiento que pondrá los pelos de punta a muchos especialistas europeos en materia de discriminación laboral por razón de género, lo que después de todo no deja de resultar paradójico, pues los Estados Unidos son el país pionero en materia de construcción del régimen jurídico de las prácticas antidiscriminatorias en el mundo occidental, cosa que ocurrió en 1964, cuando nadie en Europa tenía la ocurrencia de hablar y de escribir nada acerca de todo esto. En cualquier caso, se trata de un ordenamiento que sigue resultando fascinante en asuntos antidiscriminatorios por razón de sexo, y que sigue yendo (como personalmente hemos podido comprobar, en nuestra Área coruñesa, en materia de Derecho deportivo del Trabajo no sexista)⁵⁰ muy por delante de nosotros, los europeos.

⁴⁹ Por todos, véase CARLSON, R., «The small firm exemption and the single employer doctrine in employment discrimination Law», *St. John's Law Review*, vol. 80 (2006), págs. 1197 y ss.

⁵⁰ Véase VIZCAÍNO RAMOS, I. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M. (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010), especialmente págs. 33 y ss., y 66 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO
LA DESREGULACIÓN ALEMANA DE LA
PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO
EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS



I. EL PARÁGRAFO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

1. Como se sabe, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho alemán de la Seguridad Social, el Derecho del Trabajo no es en Alemania ningún Derecho codificado¹, apareciendo dispersa su regulación en muy diversas normas jurídicas sustantivas, de las cuales —según la clasificación dogmática aceptada desde siempre en la propia Alemania²— unas conforman el Derecho «colectivo» del Trabajo, mientras que alrededor de las restantes —que son las más numerosas— se articula el Derecho «individual» del Trabajo³. En esta última rama, la norma jurídica sustantiva más esencial, sin duda alguna, es la «Ley de Protección contra el Despido [*Kündigungsschutzgesetz*]» de 10 agosto 1951, aunque su redacción hoy en vigor fue promulgada por Ley de 25 agosto 1969, habiendo sido últimamente modificada con fecha de 26 marzo 2008⁴. Para un laboralista no alemán, se trata de una norma que posee sin exageración un

¹ A pesar de que la elaboración de un «Código del Trabajo» estaba expresamente prevista en el Tratado de unificación de 1989 (cfr. ZACHERT, U., *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán* [Traducción castellana], Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [Madrid, 1998], pág. 31). Sobre la «codificación de los derechos de Seguridad Social en el Código de la Seguridad Social [*Sozialgesetzbuch*]», véase SCHULIN, B. y IGL, G., *Sozialrecht. Ein Studienbuch*, 6ª ed., Werner Verlag (Múnich, 1999), págs. 39 y ss.; también, WITTERSTÄTTER, K., *Soziale Sicherung. Eine Darstellung mit Schwerpunkt Grundsicherung*, 7ª ed., Luchterhand (Múnich, 2006), págs. 30 y ss.; KREIKEBOHM, R., SPELLBRINK, W. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2009), págs. 157 y ss.; y FUCHS, M. y PREIS, U., *Sozialversicherungsrecht*, 2ª ed., Dr. Otto Schmidt (Colonia, 2009), págs. 151 y ss. Acerca del último de los Libros de dicho Código hasta ahora promulgados —el Décimosegundo, sobre la «Asistencia Social»—, véase SCHELLHORN, W., *SGB XII-Sozialhilfe. Textausgabe des Sozialgesetzbuches —Zwölftes Buch— (SGB XII). Sozialhilfe mit einer systematischen Einführung*, 12ª ed., Luchterhand (Múnich, 2005), págs. 3 y ss.; y FICHTNER, O. y WENZEL, G. (Editores), *Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz*, 4ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2009), págs. 1 y ss.

² Al respecto, clásico, véase HUECK, A. y NIPPERDEY, H.C., *Grundriß des Arbeitsrechts*, Franz Vahlen GmbH (Berlín y Frankfurt a.M., 1970), págs. 14 y ss.

³ Véase DÖRNER, K., LUCZAK, S. y WILDSCHÜTZ, M., *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2004), págs. 184 y ss.; LÖWISCH, M., *Arbeitsrecht*, 8ª ed., Werner (Colonia, 2007), págs. 210 y ss.; MICHALSKI, L., *Arbeitsrecht*, 7ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2008), págs. 37 y ss.; REICHHOLD, H., *Arbeitsrecht*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 27 y ss.; ZÖLLNER, W., LORITZ, K.G. y HERGENRÖDER, C.W., *Arbeitsrecht*, 6ª ed., C.H. Beck, (Múnich, 2008), págs. 124 y ss.; PREIS, U., *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Dr. Otto Schmidt (Colonia, 2009), págs. 20 y ss.; y JUNKER, A., *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2010), págs. 49 y ss.

⁴ Su abreviatura oficial, siempre tan útil, es KSchG. Su texto al día en versión consolidada, en el portal jurídico oficial de Internet, ubicado en www.bundesrecht.juris.de. Nuestra traducción al castellano de la misma, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 168 y ss. Entre los «comentarios» de autoridad a la misma, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009), págs. 2032 y ss.; ASCHEID, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2007), págs. 207 y ss.; v. HOYNINGEN-HUENE, G. y LINCK, R., *Kündigungsschutzgesetz*, 14ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2007), págs. 53 y ss.; BACKMEISTER, T., TRITTING, W. y MAYER, U., *Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen*, 4ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2008), págs. 1 y ss.; KITTNER, M., DÄUBLER, W. y ZWANZIGER, B. (Editores), *KSchR. Kündigungsschutzrecht*, 7ª ed., Bund (Frankfurt a.M., 2008), págs. 41 y ss.; ROLFS, C., GIESEN, R., KREIKEBOHM, R. y UDSCHING, P. (Editores), *Arbeitsrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 2543 y ss.; y BECKER, F. y HILLEBRECHT, W. (Fundadores), *KR. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 9ª ed., Luchterhand (Colonia, 2009), págs. 1 y ss.

interés superlativo, pues —frente a lo que ocurre en otros ordenamientos laborales del continente europeo y, por antonomasia, en el ordenamiento laboral francés⁵— está construida sobre la idea de que lo que genéricamente llamaríamos en España despido injusto (improcedente o nulo) del trabajador (y que la Ley en cuestión llama despido «socialmente injustificado») resulta ser, siempre en Alemania, el equivalente de nuestro despido nulo (según la propia Ley, un despido «jurídicamente ineficaz»), con todas las consecuencias jurídicas propias de una declaración de nulidad radical (y señaladamente, si así se solicita en la demanda, la de la «readmisión [*Weiterbeschäftigung*]» del trabajador)⁶, afirmando al respecto su parágrafo 1, apartado 1, que «la extinción de la relación laboral de un trabajador ... es jurídicamente ineficaz [*rechtsunwirksam*], si está socialmente injustificada [*sozial ungerechtfertigt*]»⁷.

2. Se trata de una Ley muy compleja —consta formalmente de veintiséis párrafos, aunque materialmente sean veintiocho⁸, alguno de los cuales aparece dividido incluso en hasta media docena de apartados numerados exentos⁹—, resultando claro por encima de todas sus divisiones formales que pretende regular, en realidad, dos tipos distintos de despidos eventualmente calificables de «socialmente injustificados», que son los despidos individuales y los despidos colectivos. La regulación de estos últimos —la menos interesante desde la perspectiva del Derecho comparado— aparece contenida en el Capítulo Tercero de la Ley (abstractamente rotulado «Despidos con deber de anuncio [*Anzeigepflichtige Entlassungen*]»), párrafos 17 a 22, que es un conjunto de preceptos concebido con la finalidad de transponer al Derecho interno alemán —al modo como se ha hecho en nuestro Derecho interno, a través del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores— los preceptos de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos¹⁰, aunque este conjunto de preceptos —a diferencia de lo que sucede en España— sólo se aplica si la empresa alemana en cuestión tiene «más de 20» trabajadores¹¹. Los otros tres Capítulos —los realmente interesantes desde el punto de vista iuscomparatista—, que constituyen el

⁵ Véase *supra*, Capítulo Primero, núm. 5.

⁶ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), págs. 557 y ss.

⁷ Sobre el tema, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., págs. 2044-2045.

⁸ Téngase en cuenta la existencia de los párrafos 1 y 1a, y de los párrafos 25 y 25a.

⁹ Es el caso, por ejemplo, del parágrafo 15, que consta de los apartados 1, 2, 3, 3a, 4 y 5.

¹⁰ Por supuesto, no cabe confundir estos últimos con los despidos derivados de conflictos laborales (huelgas y cierres patronales), que la Ley de Protección contra el Despido excluye expresamente de su ámbito de aplicación, afirmando que «los preceptos de esta Ley no se aplican en las extinciones y despidos que sean adoptados solamente como consecuencia de las luchas económicas [*in wirtschaftlichen Kämpfen*] entre empresarios y trabajadores» (parágrafo 25, rotulado «Despido en conflictos laborales [*Kündigung in Arbeitskämpfen*]»). Sobre él, véase DÄUBLER, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, 8ª ed., Bund (Frankfurt a.M., 2010), págs. 74 y ss.

¹¹ Cfr. parágrafo 17, apartado 1, núm. 1. Acerca de la norma comunitaria en cuestión, muy útil desde la perspectiva iuscomparatista, véase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, núm. 19 (2004), págs. 2305 y ss.

grueso del contenido de la propia Ley, se refieren a los despidos individuales, ya se trate de despidos de trabajadores comunes (regulados en su Capítulo Primero, sobre «Protección general contra el despido [*Allgemeiner Kündigungsschutz*]»¹², y en su Capítulo Cuarto y último, sobre «Disposiciones finales [*Schlußbestimmungen*]»¹³), ya se trate de despidos de los trabajadores representantes unitarios del personal común empleado en la empresa (regulados en su Capítulo Segundo, sobre «Protección contra el despido en el marco de la organización de la empresa y de la representación de empleados públicos [*Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung*]»¹⁴. Estos tres Capítulos remiten implícitamente a otras muchas Leyes laborales alemanas estructurales¹⁵, entre las que se cuenta el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1896, en el que se regula el contrato de trabajo (bajo el rótulo genérico «Contrato de arrendamiento de servicios [*Dienstvertrag*]»), párrafos 611 a 630¹⁶. Según el Código Civil alemán, el despido del trabajador puede ser «ordinario [*ordentliche*]» (o con plazo de preaviso) o «extraordinario [*außerordentliche*]» (o sin plazo de preaviso) —apareciendo regulados ambos en los párrafos 622 y 624 (rotulados, respectivamente, «Plazos extintivos en las relaciones de trabajo [*Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen*]» y «Despido sin plazo por un motivo importante [*Fristlose Kündigung aus wichtigen Grund*]») —, resultando ser la regla general en Alemania, de acuerdo con esta regulación civil, que el empresario debe preavisar siempre al trabajador la extinción de su contrato de trabajo, salvo en caso de incumplimiento contractual —que aquí, en España, llamaríamos «grave»— en que hubiese incurrido el trabajador en cuestión¹⁷.

3. Resulta preciso tener en cuenta, sin embargo, que la Ley de Protección contra el Despido no cubre las empresas laboralmente calificables como pequeñas (*Kleinbetriebe*), pues desde 1 enero 2004 y tras una enmienda flexibilizadora de la Ley —paradójicamente propugnada por una Cancillería federal de izquierdas¹⁸, que elevó el umbral de aplicación de la Ley, de 6 a 11 trabajadores—, la categoría del despido «socialmente injustificado» sólo se aplica en las empresas que empleen

¹² Párrafos 1 a 14.

¹³ Párrafos 23 a 26.

¹⁴ Párrafos 15 y 16.

¹⁵ Sobre dichas normas, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Las normas estructurales complementarias de la Ley actualmente vigente en Alemania en materia de protección contra el despido», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 10 (2006), págs. 715 y ss.

¹⁶ Nuestra traducción al castellano de los mismos, en MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 107 y ss.

¹⁷ Acerca de los párrafos en cuestión, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., págs. 1636 y ss.; y PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2010), págs. 940 y ss.

¹⁸ Acerca de ulteriores proyectos actuales de reforma de esta Ley, al parecer propugnados por la «*große Koalition*» gobernante hasta hace poco tiempo en Alemania, véase KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Gesetzstexte*, 31ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2006), pág. 834. Haciendo el balance definitivo, véase KITTNER, M. y DEINERT, O., «Die arbeitsrechtliche Bilanz der Großen Koalition 2005-2009», *Recht der Arbeit [RAA]*, núm. 5 (2009), págs. 265 y ss.

once o más trabajadores. En efecto, en su fundamental parágrafo 23 (rotulado «Ámbito de aplicación [*Geltungsbereich*])» —precepto insertado en el Capítulo Cuarto y último de la propia Ley (recuérdese, sobre «Disposiciones finales») —, que es un precepto de tenor relativamente endiablado (por causa de su prurito por salvaguardar derechos adquiridos por los trabajadores hasta 31 diciembre 2003), se establece la regla crucial de que «en empresas y Administraciones en las que, como regla, estén empleados diez o menos trabajadores [*zehn oder weniger Arbeitnehmer*], incluidos los ocupados para su formación profesional, los preceptos del Capítulo Primero, con excepción de los párrafos 4 a 7 y del parágrafo 13, apartado 1, incisos 1 y 2, no rigen para los trabajadores cuya relación laboral ha comenzado con posterioridad al 31 diciembre 2003»¹⁹; y teniendo en cuenta, además, que los trabajadores en cuestión no se computan *per capita*, sino *pro rata temporis*, pues —siempre según este precepto crucial— «hay que computar los trabajadores a tiempo parcial con una jornada ordinaria semanal de trabajo de no más de 20 horas, con 0'5, y de no más de 30 horas, con 0'75»²⁰. Todas las dudas de constitucionalidad suscitadas por el tenor de este precepto, por causa de la «desregulación [*Deregulierung*])» que operaba en materia de protección del trabajador frente al despido²¹, precisamente cuando el umbral fue rebajado a cinco o menos trabajadores —ahora, paradójicamente, por una Cancillería federal de derechas gobernante en 1985²²—, fueron resueltas por el gran caso judicial alemán de que tratamos seguidamente.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PARÁGRAFO 23 DE LA LEY DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO

4. Se trata del Auto de la Sala Primera del Tribunal Federal Constitucional, de fecha 27 enero 1998²³, resolviendo el correspondiente «procedimiento de control de normas»

¹⁹ Apartado 1, inciso primero.

²⁰ *Ibidem*, inciso último. Acerca de ambos incisos del precepto, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., págs. 2206 y ss.

²¹ Sobre el tema de dicha «desregulación», por todos, véase BUCHNER, H., «Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]*, núm. 10 (2002), págs. 533 y ss.

²² Más en concreto, la rebaja en cuestión fue operada por Ley de 26 abril 1985, promulgada durante la Cancillería del Señor Helmut KOHL. Los bandazos legislativos aquí habidos son un tema recurrentemente abordado por la doctrina científica alemana. Por todos, véase GRAGERT, N., «Kündigungsschutz in Kleinbetrieben», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 18 (2000), págs. 961 y ss.; BADER, P., «Zur möglichen Flexibilisierung des Schwellenwertes im Kündigungsschutzrecht», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 5 (2003), págs. 249 y ss.; y SCHMIDT, J. y BENDER, W., «KSchG 2004: Neuer Schwellenwert und einheitliche Klagfrist», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 7 (2004), págs. 358 y ss.

²³ Referencia 1 BvL 15/87. Nuestra traducción castellana del mismo, en ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 202 y ss. Comentándolo, véase FALDER, R., «Kündigungsschutz für alle – Wunschenken oder Realität», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 23 (1998), págs. 1254 y ss.; y GRAGERT, N. y KREUTZFELDT, H., «Sturm auf die Gerichte? – Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BverfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 11 (1998), págs. 567 y ss.

(equivalente aquí de nuestra cuestión de inconstitucionalidad), planteado —aunque parezca increíble tanto retraso— más de once años antes por un Tribunal laboral de primera instancia. En efecto, el Tribunal de Trabajo de la ciudad de Reutlingen (Estado federado de Baden-Württemberg) dudó en 1986, al hilo de la resolución de un pleito sobre despido, de la constitucionalidad del citado parágrafo 23 de la Ley de Protección contra el Despido²⁴. Dado que el proceso en cuestión se había trabado por un trabajador despedido frente a cierta pequeña empresa excluida del ámbito de aplicación de la Ley, el mencionado Tribunal de Trabajo reclamó la oportuna decisión del Tribunal Federal Constitucional, razonando que el precepto en cuestión podía resultar incompatible con los artículos 3, 12, 19, 20 y 103 de la Constitución Federal, allí donde se refieren al principio de igualdad, a la libertad profesional, a la República Federal de Alemania como Estado social y, también, al derecho a la tutela judicial efectiva²⁵. En esta trascendental decisión, constan las alegaciones sobre el tema efectuadas por el Ministro federal competente en materia de Trabajo²⁶ y por dos asociaciones patronales²⁷ —los tres a favor de la constitucionalidad del precepto—, por dos asociaciones sindicales²⁸ —poniendo reparos a su constitucionalidad, aunque una de ellas menos— y, también, por el Tribunal Federal de Trabajo, respecto del que el Auto indica que «la Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo comunica, sin más, que ha considerado como conforme a la Constitución, en su praxis judicial anterior, el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido»²⁹. Y ya puede adelantarse que el fallo del Tribunal Constitucional, muy breve, confirma la constitucionalidad del precepto cuestionado (concluyéndose, literalmente en él, que «el parágrafo 23, apartado 1, inciso 2, de la Ley de Protección contra el Despido (KSchG), en la redacción de la Ley de 26 abril 1985 (Boletín Oficial Federal I, página 710), era compatible con la Constitución Federal, según lo especificado en los Motivos de la decisión»).

5. Como es lógico, el núcleo duro de la motivación de este Auto se orienta a razonar la compatibilidad del precepto legal cuestionado con los muy diversos preceptos constitucionales invocados por el Tribunal de Trabajo instante de la cuestión. A este efecto, el Tribunal Federal Constitucional agrupa en cuatro apartados sus razones relativas a los cinco preceptos constitucionales aducidos, concluyendo que la exclusión de las pequeñas empresas del ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido: 1) se encontraba «en armonía con el principio del Estado social (artículo 20,

²⁴ El Auto de planteamiento de este último Tribunal (referencia I Ca 397/86) lleva fecha de 11 diciembre 1986.

²⁵ Cfr. marginal 10.

²⁶ Cfr. marginales 13 a 16.

²⁷ Más en concreto, la Asociación Federal de Asociaciones de Empresarios Alemanas y la Unión Federal de la Industria Alemana (cfr. marginales 21 y 22).

²⁸ Más en concreto, la Federación Alemana de Sindicatos (cfr. marginales 18 y 19) y el Sindicato de Empleados Alemán (cfr. marginal 20).

²⁹ Marginal 17.

apartado 1, de la Constitución Federal)»³⁰, supuesto —en cumplimiento del «deber del Estado de preocuparse por un orden social justo»—³¹ que «le corresponde al legislador un ámbito de organización adicional»³², de modo que «sobre la cuestión de en qué medida puede ser restringido el ámbito de aplicación empresarial de la Ley de Protección contra el Despido..., nada más detallado se deduce de este principio»³³; 2) era «conforme con el principio general de igualdad (artículo 3, apartado 1, de la Constitución Federal)»³⁴, pues —sobre la base de que la expresión legal «centro de trabajo [*Betrieb*]» debía interpretarse en sentido lato, para así poder construir con realismo la distinción entre empresas grandes y pequeñas³⁵— resultaba claro que «en caso de cooperación personal estrecha, en especial la colaboración personal del empresario en la empresa, así como en caso de dotación financiera y capacidad administrativa más pequeñas del empresario, existen buenas razones para conceder al empresario manos más libres en el ejercicio de su derecho de despido, que lo que le autorizan los preceptos generales de la Ley de Protección contra el Despido»³⁶; 3) respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículos 19, apartado 4, y 103, apartado 1, de la Constitución Federal, pues «los trabajadores de empresas pequeñas... pueden solicitar ante los tribunales la protección jurídica contra la extinción de su relación laboral por el empresario»³⁷; y 4) sobre todo, resultaba «compatible con el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal»³⁸. Esta última conclusión es el verdadero eje argumental del Auto, lo que explica que los razonamientos de apoyo de la misma constituyan el grueso del contenido del mismo³⁹.

6. En lo esencial, dicha conclusión —supuesto el «interés del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo, protegido por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal»⁴⁰— la justifica el Auto, afirmando que «los trabajadores no están completamente dejados sin protección, por causa de su extracción de la protección legal contra el despido [*durch ihre Herausnahme aus dem gesetzlichen Kündigungsschutz*]»⁴¹. En efecto, «donde las disposiciones de la Ley de Protección contra el Despido no surten efecto, los trabajadores están protegidos por las cláusulas generales jurídico-civiles ante el ejercicio... del derecho de despedir del empresario»⁴², teniendo en cuenta que estas cláusulas resultaban ser «las cláusulas

³⁰ Marginal 54, inciso primero.

³¹ *Ibidem*, inciso segundo.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, inciso tercero.

³⁴ Marginal 41.

³⁵ Al respecto, véanse marginales 52 y 53.

³⁶ Cfr. marginal 49, inciso cuarto.

³⁷ Cfr. marginal 56, incisos segundo y tercero.

³⁸ Marginal 27. Sobre este precepto, véase *infra*, núm. 10.

³⁹ Más en concreto, marginales 29 a 40, sobre un total de 56.

⁴⁰ Cfr. marginal 28, inciso tercero.

⁴¹ Marginal 34, inciso segundo.

⁴² *Ibidem*, inciso tercero.

generales de los parágrafos 138 ó 242 del Código Civil»⁴³, meramente relativos a que «un negocio jurídico que infringe las buenas costumbres es ineficaz»⁴⁴, y a que «el deudor está obligado a realizar su prestación con sujeción a la buena fe y confianza, teniendo en consideración el uso común»⁴⁵. Evidentemente, se trata de una protección que el propio Auto no tiene más remedio que calificar varias veces como «protección mínima [*Mindestschutz*]»⁴⁶, aunque no podía ser de otro modo, pues «la protección proporcionada por las cláusulas generales no puede conducir a que se impongan prácticamente al pequeño empresario las medidas de infracción social fijadas en la Ley de Protección contra el Despido»⁴⁷. En qué consistiese dicha «protección mínima», lo remite el Auto al enjuiciamiento de los tribunales ordinarios (literalmente, «qué lejos alcanza esta protección en el caso concreto, tienen que decidirlo los Tribunales laborales») ⁴⁸, aun cuando avance una serie de pautas para el enjuiciamiento por ellos de los correspondientes pleitos por despido. Desde un punto de vista jurídico sustantivo, estas pautas se reconducían a la protección, de un lado, frente a «discriminaciones en el sentido del artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal»⁴⁹, lo que en la práctica acabó traduciéndose en la existencia de una protección mínima legal frente al despido, a ver seguidamente⁵⁰; y de otro lado, a la protección «ante despidos arbitrarios o basados en motivos ajenos a la realidad»⁵¹ —con inclusión en ellos del hecho de que «tampoco puede quedar sin tener en cuenta la confianza en la subsistencia de la relación laboral, servida por la colaboración durante muchos años»⁵²—, lo que en la práctica se tradujo luego en la existencia de una protección mínima jurisprudencial frente al despido, que también veremos dentro de un momento⁵³.

III. LA PROTECCIÓN MÍNIMA LEGAL FRENTE AL DESPIDO

7. Lógicamente, la protección mínima «legal» frente al despido está encarnada en normas de prohibición del despido del trabajador, cualquiera que sea el tamaño de la empresa que hubiese decretado la decisión de despedirlo. Como indica el recién

⁴³ Marginal 37, inciso quinto.

⁴⁴ Parágrafo 138, apartado 1. Al respecto, véase PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., cit., págs. 132 y ss.

⁴⁵ Parágrafo 242. Al respecto, véase PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., cit., págs. 250 y ss.

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, marginales 34 y 44.

⁴⁷ Marginal 35, inciso segundo.

⁴⁸ Marginal 34, inciso último.

⁴⁹ Marginal 36, inciso segundo.

⁵⁰ *Infra*, núms. 7, 8 y 9.

⁵¹ Marginal 36, inciso primero.

⁵² *Ibidem*, inciso último.

⁵³ *Infra*, núms. 10, 11 y 12.

citado Auto del Tribunal Constitucional, en la cúspide de estas normas de prohibición se sitúa el artículo 3, apartado 3, de la Constitución Federal, a cuyo tenor «nadie puede ser favorecido o perjudicado por causa de su sexo, de su origen, de su raza, de su lengua, de su país natal y procedencia, de su creencia o de sus ideas políticas o religiosas»⁵⁴, teniendo en cuenta asimismo que «nadie puede ser perjudicado por causa de su discapacidad»⁵⁵. Por supuesto, casi ni haría falta mencionar que existe, por debajo de la cúspide constitucional, toda una multitud de normas proscriptoras del despido, transversalmente aplicables —como la Constitución— a todo tipo de empresas, cualquiera que sea su dimensión laboral. Ante la inutilidad pedagógica de una relación exhaustiva de tales normas⁵⁶, nos ha parecido mucho más ilustrativo efectuar una clasificación de las mismas, combinando a la vez criterios jurídicos de siempre con criterios específicamente jurídico laborales⁵⁷. Esta clasificación es la que permite distinguir normas proscriptoras del despido por razones de fondo y normas proscriptoras del despido por razones de forma, pero teniendo en cuenta que unas y otras razones (aplicables tanto en caso de despido «ordinario» como en el de despido «extraordinario»)⁵⁸ pueden aparecer contenidas tanto en normas jurídicas generales como en normas jurídicas específicamente laborales⁵⁹, cuyas muestras más significativas pasamos a presentar a continuación.

8. En cuanto a las razones de fondo, nos parece de interés jurídico laboral supremo la garantía de indemnidad contenida —con alcance general— en el parágrafo 612a del Código Civil alemán (rotulado «Prohibición de represalia [*Maßregelungsverbot*]), a cuyo tenor «el empresario no puede perjudicar al trabajador en su contrato ni de otra manera, por causa de que el trabajador ejercite sus derechos de modo admisible»⁶⁰. En este mismo tipo de normas también encaja el parágrafo 9 de la «Ley para la

⁵⁴ Inciso primero.

⁵⁵ Inciso segundo.

⁵⁶ Al respecto, véase EYLERT, M. y SÄNGER, N., «Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert – Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sonderkündigungsschutz», *Recht der Arbeit [RdA]*, núm. 1 (2010), págs. 24 y ss.; y BECKER, F. y HILLEBRECHT, W. (Fundadores), *KR. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 9ª ed., cit., págs. 899 y ss.

⁵⁷ Paradójicamente, la «Ley General de Igualdad de Trato [*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*]), o en abreviatura, AGG, de 14 agosto 2006, excluye el tema del despido, al afirmar su artículo 2, apartado 4, que «para los despidos, rigen exclusivamente las disposiciones para la protección común y especial contra el despido» (sobre esta Ley, y su traducción castellana, véase ARUFE VARELA, A., *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo [A Coruña, 2008], págs. 8 y ss.). El tema sigue coleando actualmente en la doctrina alemana. Al respecto, véase WENDELING-SCHRÖDER, U., «KSchG, BetrVG und AGG – Unvereinbare Gerechtigkeitskonzepte bei betriebsbedingten Kündigungen?», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 1 (2010), págs. 14 y ss.

⁵⁸ Cfr. *supra*, 2.

⁵⁹ Un cuadro sinóptico clarificador de estas normas, significativamente encajadas bajo el rótulo «Protección especial contra el despido [*Besonderer Kündigungsschutz*]), en JUNKER, A., *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., pág. 200.

⁶⁰ Sobre este parágrafo, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., págs. 1505 y ss.; y PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., cit., pág. 915.

Protección de la Madre Trabajadora [*Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter*]] o, en abreviatura, MuSchG, de 20 junio 2002⁶¹, según el cual «el despido de una mujer durante el embarazo, y hasta el transcurso de cuatro meses después del parto, es inadmisibles [*unzulässig*], si al empresario le fue conocido el embarazo o el parto en el momento del despido, o le fue comunicado dentro de las dos semanas siguientes a la notificación del despido»⁶². Hemos seleccionado este último párrafo convencidos de que se trata de una norma típicamente alemana, pues refleja la preocupación del Estado alemán por tener en cuenta de algún modo los intereses del empresario —incluida la hipótesis de que se trate de un empresario pequeño, aunque siempre con el *desideratum* de la exigencia de autorización administrativa para poder despedir, que emana aquí la Inspección de Trabajo de cada Estado federado⁶³—, visto que dicho párrafo 9 continúa afirmando que «la suprema autoridad del Estado federado competente en materia de prevención de riesgos laborales, o la autoridad determinada por ella, puede declarar excepcionalmente admisible el despido [*ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären*] en casos especiales, que no estén en conexión con el estado de la mujer durante el embarazo o de su situación hasta el transcurso de los cuatro meses siguientes al parto»⁶⁴.

9. En cuanto a los miramientos formales que el empresario alemán debe respetar para poder decretar eficazmente el despido, nos han parecido especialmente significativos dos de ellos, contenidos de nuevo en el Código Civil y, además, en una de las Leyes laborales más típicamente alemanas por antonomasia. En el Código Civil, se trata de su párrafo 623 (rotulado «Forma escrita de la extinción [*Schrittform der Kündigung*]»), a cuyo tenor «la terminación de la relación laboral a través de despido o por disolución del contrato necesita de forma escrita para su eficacia [*Wirksamkeit*]»⁶⁵, teniendo en cuenta que «la forma electrónica queda excluida»⁶⁶; precepto de interés extremo, por cuanto que resulta vinculante para todo tipo de empresario alemán, sea grande, mediano o pequeño⁶⁷. Por su parte, el segundo miramiento formal aparece contenido en la «Ley de Organización de la Empresa [*Betriebsverfassungsgesetz*]» o, en abreviatura BetrVG, de 15 enero 1972 —en principio, aplicable sólo a los centros de trabajo que

⁶¹ Sobre dicho párrafo, véase WILLIKONKY, B., *MuSchG. Kommentar zum Mutterschutzgesetz*, 2ª ed., Luchterhand (Neuwied, 2007), págs. 126 y ss.; BUCHNER, H. y BECKER, U., *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 324 y ss.; y RANCKE, F., *Mutterschutz / Elterngeld / Elternzeit*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2010), págs. 243 y ss.

⁶² Apartado 1, inciso primero, medioinciso primero.

⁶³ Al respecto, véase ARUFE VARELA, A., *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), págs. 27 y ss.

⁶⁴ Apartado 3.

⁶⁵ Inciso primero.

⁶⁶ Inciso segundo.

⁶⁷ Sobre él, véase MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., cit., págs. 1650 y ss.; y PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., cit., págs. 942-943.

tengan «comité de empresa [*Betriebsrat*]», y en consecuencia, sólo a aquéllos que cuenten con cinco o más trabajadores⁶⁸—, cuyo parágrafo 102 (significativamente rotulado «Cogestión en los despidos [*Mitbestimmung bei Kündigungen*]») ⁶⁹ afirma que «hay que oír al comité de empresa antes de cada despido»⁷⁰, que «el empresario tiene que comunicarle los motivos de despido»⁷¹ y que «un despido decretado sin audiencia del comité de empresa es ineficaz [*unwirksam*]»⁷².

IV. LA PROTECCIÓN MÍNIMA JURISPRUDENCIAL FRENTE AL DESPIDO

10. El guante lanzado a la jurisprudencia laboral ordinaria por el Auto crucial del Tribunal Federal Constitucional de 1998 —que se citó más arriba—, en materia de protección mínima del trabajador despedido por empresa pequeña (recuérdese, «qué lejos alcanza esta protección en el caso concreto, tienen que decidirlo los Tribunales laborales») ⁷³, fue recogido muy poco tiempo después por la Sala 2ª del Tribunal Federal alemán de Trabajo, que es la Sala de dicho altísimo Tribunal de la Federación competente en materia de despidos. Al respecto, los casos decisivos son tres Sentencias de la misma, de fechas 21 febrero 2001 ⁷⁴, 6 febrero 2003 ⁷⁵ y 28 agosto 2003 ⁷⁶. Los tres son casos que tratan exactamente el mismo asunto, consistente en la impugnación por un trabajador de pequeña empresa de su despido, aduciendo que el empresario había incurrido en despido malicioso al adoptar la «decisión de selección [*Auswahlentscheidung*]» —entre él y otro trabajador comparable de la misma pequeña empresa— que condujo a su despido. En relación con este tema, la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Federal de Trabajo es clara. Según ella, «también en una pequeña empresa, como en la empresa del demandado, en la que no resulta de aplicación la Ley de Protección contra el despido, el empresario tiene que garantizar el mínimo de respeto social [*Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme*] exigido por el artículo 12 de la Constitución Federal en caso de despido» ⁷⁷ —precepto constitucional, por cierto,

⁶⁸ De acuerdo con su parágrafo 9.

⁶⁹ Sobre él, véase DÜWELL, F.J. (Editor), *Betriebsverfassungsgesetz*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2006), págs 872 y ss.; FITTING, K. (Fundador), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, 23ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2006), págs. 1478 y ss.; y RICHARDI, R. (Editor), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, 11ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 1630 y ss.

⁷⁰ Apartado 1, inciso 1.

⁷¹ *Ibidem*, inciso 2.

⁷² *Ibidem*, inciso 3.

⁷³ Véase *supra*, núm. 6.

⁷⁴ Referencia 2 AZR 15/00. Comentándola, véase GRAGERT, N., y WIEHE, H., «Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 17 (2001), págs. 934 y ss.

⁷⁵ Referencia 2 AZR 672/01.

⁷⁶ Referencia 2 AZR 333/02.

⁷⁷ Por todas, véase Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 febrero 2001, marginal 19, inciso segundo.

que meramente afirma que «todo los alemanes tienen derecho a elegir libremente la profesión, el lugar de trabajo y lugar de formación profesional»⁷⁸—, teniendo en cuenta que «el despido que no cumpla esta exigencia viola la buena fe y confianza [*verstößt gegen Treu und Glauben*] (parágrafo 242 del Código Civil), y es por ello ineficaz [*unwirksam*]»⁷⁹.

11. Sobre la base, además, de que el guante lanzado por el Tribunal Federal Constitucional se refería igualmente a temas estrictamente procesales (y más en concreto, al tema crucial de la carga probatoria en procesos por despido) —que no cabía resolver «con carácter general»⁸⁰, según él, salvo la indicación precisa de la inaplicabilidad aquí de las reglas de la Ley de Protección contra el Despido (literalmente, «según el párrafo 1, apartado 2, inciso 4, de la Ley de Protección contra el Despido, el empresario tiene que probar los hechos que motivan el despido. Fuera de la Ley de Protección contra el Despido, no rige esta regla») ⁸¹—, la respuesta a este problema por parte del Tribunal Federal de Trabajo fue la fijación de reglas claras, que marcasen las distancias con las reglas probatorias impuestas (en beneficio de los trabajadores despedidos en empresas medianas y grandes) por la Ley de Protección contra el Despido. Para fijar estas reglas, el Tribunal Federal de Trabajo se valió —como resulta habitual en la jurisprudencia alemana— de la aportación de doctrina científica laboralista, que cita de manera detenida y precisa. En el *dictum* decisivo sobre dicho tema, se afirma todo lo siguiente: 1) «por principio, incumbe al trabajador alegar y probar [*darzulegen und zu beweisen*] que el despido es malicioso según el párrafo 242 del Código Civil»⁸², dado que «la regla del párrafo 1, apartado 2, inciso cuarto, de la Ley de Protección de contra el Despido, según la cual el empresario ha de probar los hechos que condicionan el despido, no se aplica fuera de la Ley de Protección contra el Despido»⁸³; 2) «sin embargo, la protección constitucionalmente exigida del trabajador, también en el Derecho Procesal, está garantizada por causa de que rigen los principios de carga alegatoria y de carga de la prueba [*Darlegungs- und Beweislast*] escalonada»⁸⁴, con arreglo a los cuales «el trabajador que ordinariamente no conozca las razones de selección del empresario que han conducido a su despido, en un primer escrito sólo debe exponer una circunstancia que indicie [*indiziert*] la malicia del despido según el párrafo 242 del Código Civil»⁸⁵, de manera que si

⁷⁸ Apartado 1, inciso primero. Sobre él, véase DORNBUSCH, G., FISCHERMEIER, E. y LÖWISCH, M., *Arbeitsrecht. Fachanwaltskommentar*, Luchterhand (Colonia, 2008), págs. 1385 y ss.; y SACHS, M. (Editor), *GG. Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009), págs. 513 y ss.

⁷⁹ Por todas, véase Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 febrero 2001, marginal 19, inciso tercero.

⁸⁰ Cfr. Auto citado del Tribunal Federal Constitucional de 27 enero 1998, marginal 37, inciso quinto.

⁸¹ *Ibidem*, incisos tercero y cuarto.

⁸² Por todas, véase de nuevo la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21 febrero 2001, marginal 34, inciso primero.

⁸³ *Ibidem*, inciso segundo.

⁸⁴ *Ibidem*, inciso tercero.

⁸⁵ *Ibidem*, marginal 35, inciso primero.

«es evidente que el empresario mantiene en el empleo a un trabajador comparable, notoriamente menos necesitado de protección que el actor, entonces esto aboga en favor de que el empresario ha prescindido del mínimo de respecto social exigible, y por eso, el despido es malicioso (parágrafo 242 del Código Civil)»⁸⁶; y 3) por ello, «según el parágrafo 138, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el empresario debe implicarse de manera cualificada en esta alegación, para debilitarla»⁸⁷, lo que «en este contexto, ... impone al empresario que aporte datos de sus decisiones de selección, y también sobre los motivos del asunto»⁸⁸, resultando de ello que «si no cumple con esta carga de alegación secundaria, se considera como probada la exposición concluyente de hechos del trabajador, en virtud del parágrafo 138, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil»⁸⁹; mientras que, «por el contrario, si el empleador aduce motivos empresariales, personales u otros que le han movido a despedir al trabajador a primera vista necesitado de protección social»⁹⁰, lo que resulta es entonces que «el trabajador tiene que probar los hechos de los que puede desprenderse la malicia del despido»⁹¹.

12. Tras la lectura de estas tres Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo, debemos confesar que nos quedó un cierto regusto amargo, por causa de que en ninguna de ellas llegó a estimarse la pretensión deducida por el trabajador actor, relativa a haber sido maliciosamente despedido por una pequeña empresa. En efecto, en la Sentencia de 21 febrero 2001, se falla que «con el recurso de casación del actor se anula la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Berlín de 3 septiembre 1999»⁹², por lo que «se remite el litigio al Tribunal de Trabajo de Estado federado para un nuevo juicio y decisión»⁹³; en la Sentencia de 6 febrero 2003, en cambio, lo que fallado fue que «se rechaza el recurso de casación del actor contra la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hamm de 21 agosto 2001»; y como en esta última, lo decidido en la Sentencia de 6 febrero 2003 es, también, que «se rechaza el recurso de casación del actor contra la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hesse de 4 marzo 2002». De ahí nuestro interés por tratar, con relativa profundidad, una sentencia alemana estimatoria de pretensiones de este tipo, como la reciente de un tribunal laboral de segunda instancia que examinaremos acto seguido, y que consideramos —por su perfección técnica— que ha valido la pena traducir íntegramente desde su alemán original al castellano⁹⁴.

⁸⁶ *Ibidem*, inciso tercero.

⁸⁷ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁸⁸ *Ibidem*, inciso quinto.

⁸⁹ *Ibidem*, inciso sexto.

⁹⁰ *Ibidem*, inciso séptimo.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Apartado 1 del fallo.

⁹³ Apartado 2 del fallo.

⁹⁴ Véase *infra*, Apéndice documental.

V. LA SENTENCIA DE LA SALA 14 DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE ESTADO FEDERADO DE DÜSSELDORF DE 3 NOVIEMBRE 2008

13. Como pone de relieve el hecho de que esta decisión judicial sea precisamente una Sentencia, el pleito enjuiciado por la misma accedió a la jurisdicción laboral alemana por la vía denominada «Procedimiento [a resolverse] por Sentencia [*Urteilsverfahren*]», que es un procedimiento específicamente previsto por la Ley reguladora del asunto para tramitar, entre otros varios tipos de pleitos, también «pleitos jurídico-civiles entre empresarios y trabajadores ... derivados de la relación laboral»⁹⁵. Como es usual en Alemania y en cualquier otro país de nuestro entorno, la Sentencia en cuestión aparece formalmente estructurada en dos grandes partes, relativas a «Hechos [*Tatbestand*]» y a fundamentos de Derecho o «Motivos de la decisión [*Entscheidungsgründe*]». En la parte fáctica, se describe el *iter* procesal del asunto, reconducible —en lo más esencial— a lo siguiente: 1) un trabajador planteó contra su empresa demanda por despido, alegando que este último tenía la naturaleza de despido «socialmente injustificado», en los términos previstos por la Ley alemana de Protección contra el Despido⁹⁶; 2) dicha demanda fue rechazada por un tribunal laboral de primera instancia —más en concreto, por Sentencia del Tribunal de Trabajo de Krefeld, ciudad radicada en el Estado federado de Renania del Norte-Westfalia, de fecha 3 junio 2008—, razonando que la empresa demandada no estaba comprendida, por razón del tamaño de su plantilla, en el ámbito de aplicación de la Ley de Protección contra el Despido⁹⁷; y 3) contra esta decisión, el trabajador despedido planteó apelación⁹⁸, alegando —frente a lo que había sostenido en la primera instancia— que su despido era malicioso (y se beneficiaba, en consecuencia, de la protección mínima garantizada en Alemania a los trabajadores despedidos por pequeñas empresas), correpondiéndole la decisión del asunto a la Sala 14 del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Düsseldorf —uno de los tres tribunales laborales de segunda instancia con que cuenta el citado Estado federado de Renania del Norte-Westfalia⁹⁹—, que dictó Sentencia (justamente la que da título a este epígrafe) con fecha 3 noviembre 2008¹⁰⁰.

14. En contraste con los hechos, la parte jurídica de esta decisión judicial constituye el grueso del contenido de la misma (más en concreto, sus marginales 31 a 71). Está estructurada en cuatro apartados, encabezados por letras mayúsculas (en

⁹⁵ Sobre este procedimiento laboral, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 87 y ss.

⁹⁶ Marginales 3 a 18.

⁹⁷ Marginales 19-20.

⁹⁸ Marginales 21 a 29.

⁹⁹ Sobre la organización de la jurisdicción laboral en Alemania, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 75 y ss.

¹⁰⁰ Referencia 14 Sa 1034/08.

consecuencia, «A», «B», «C» y «D»), existiendo una errata —suceso insólito en el material jurídico publicitado por la base de datos oficial, aunque de pago, *juris*— en la letra que encabeza el apartado «C»¹⁰¹, de los cuales sólo resultan doctrinalmente significativos, a nuestros concretos efectos, los apartados «A» y «B». El apartado «A», porque despeja la cuestión de que la empresa demandada no formaba parte de ningún grupo de empresas laboralmente relevante («la Sala de apelación, concordemente con la Sentencia atacada, no se basa en la existencia de un centro de trabajo conjunto [*von einem gemeinsamem Betrieb*] de la demandada con las otras dos empresas del Grupo Q., ni tampoco sólo con una de estas empresas») ¹⁰², por lo que «los requisitos para la protección contra el despido a que se refiere el Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido no existían en relación con el número de trabajadores de la demandada en el momento del despido litigado»¹⁰³, pues «la demandada no ocupaba ordinariamente por sí misma más de diez trabajadores»¹⁰⁴. Y esto despejado, porque la parte «B» procede a entrar a fondo en el tema del despido malicioso alegado, abordando dos cuestiones distintas (formalmente encabezadas, para recalcar su separación, por los ordinales romanos «I» y «II»). De estas dos cuestiones, la menos interesante iuscomparativamente hablando es la encabezada por el ordinal romano «I»¹⁰⁵, puesto que lo que aborda es el tema procesal de si cabe alegar en apelación motivos de despido no alegados por el trabajador en la primera instancia —como aquí había ocurrido—, a lo que dio respuesta afirmativa.

15. En cambio, la cuestión encabezada por el ordinal romano «II» sí constituye el verdadero meollo sustantivo del asunto. En ella —con cita única y exclusivamente de jurisprudencia constitucional y de la antes citada jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo—, se razona casi silogísticamente lo siguiente: 1) sobre la base de que existía en la pequeña empresa demandada un trabajador comparable (el «trabajador T.»), que «era evidentemente errónea, en todo caso, la decisión selectiva adoptada por la demandada, en relación con el trabajador T. que permaneció en la empresa»¹⁰⁶, pues «en el momento del despido, el actor no era sólo siete años mayor que este trabajador, sino también más digno de protección social por causa de mayores deberes alimenticios ..., [p]ero ante todo, [porque] el actor tenía una antigüedad de 31 años y medio ..., [y] había pasado prácticamente su vida laboral desde el principio con la demandada»¹⁰⁷, mientras que, «en cambio, el trabajador T. llevaba empleado precisamente un año y medio en el momento del despido»¹⁰⁸; 2) sobre esta base,

¹⁰¹ Esta última figura como «c»), en vez de como «C», lo que despista un poco, al proceder a reconstruir la estructura de la Sentencia.

¹⁰² Marginal 36.

¹⁰³ Marginal 33, inciso primero.

¹⁰⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

¹⁰⁵ Cfr. marginales 42 a 47.

¹⁰⁶ Cfr. marginal 56, inciso tercero.

¹⁰⁷ *Ibidem*, incisos noveno y décimo.

¹⁰⁸ *Ibidem*, inciso undécimo.

que «la debida toma en consideración de la confianza derivada de un empleo que dura muchos años exige que el motivo de despido del trabajador ocupado durante muchos años deba “ser obvio [einleuchten]”, también desde el punto de vista de la antigüedad»¹⁰⁹, lo que no ocurría en el caso litigado¹¹⁰; y 3) que «la demandada no ha garantizado al actor, con la extinción de la relación laboral en litigio, el mínimo de respeto social exigido por el artículo 12 de la Constitución Federal, y por ello, ha violado los principios de buena fe y confianza del parágrafo 242 del Código Civil»¹¹¹. De ahí su conclusión —irreprochable— de que «el despido es ineficaz [unwirksam]»¹¹², aunque esta ineficacia no se tradujese en ninguna condena a la readmisión (que el trabajador actor había solicitado a título de pretensión complementaria, a la que luego renunció)¹¹³, sino simplemente —de conformidad con la naturaleza puramente declarativa que tiene la acción de despido, en Alemania— en la declaración de que «la relación laboral existente entre las partes no ha terminado por el despido de 31.01.2008»¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cfr. marginal 62, inciso tercero.

¹¹⁰ En él, el empresario alegaba dos faltas de comportamiento previamente sancionadas con sanciones distintas al despido, debiendo tenerse en cuenta entonces que «con la decisión de la sanción, como regla, el empresario renuncia al mismo tiempo al derecho a despedir por los motivos por causa de los cuales se ha llevado a cabo la sanción» (marginal 59, inciso primero).

¹¹¹ Cfr. marginal 48, inciso primero.

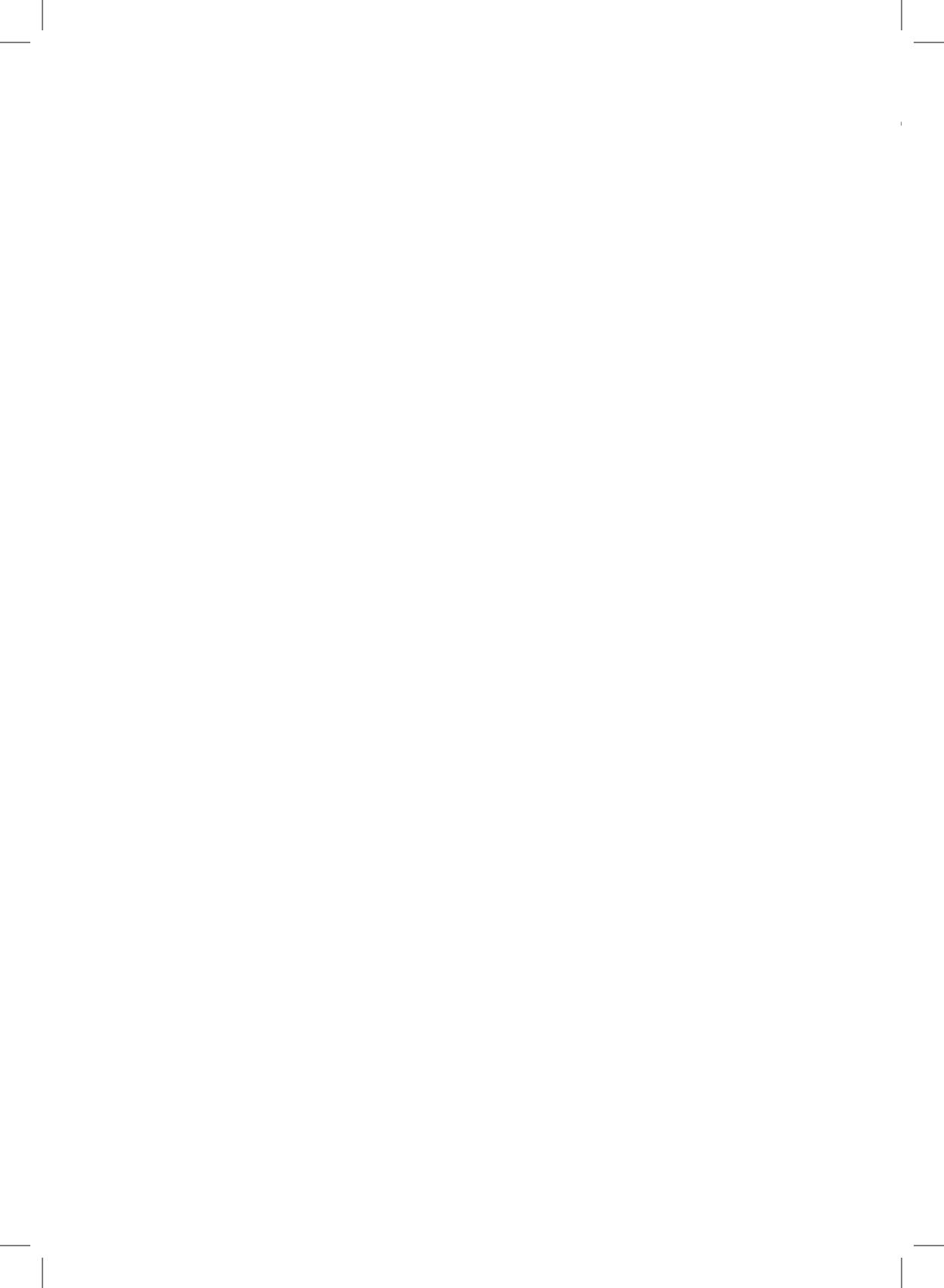
¹¹² *Ibidem*, inciso segundo.

¹¹³ En el marginal 70, se confirma «la retirada de la pretensión complementaria de readmisión planteada [des hilfsweise gestellten Weiterbeschäftigungsantrags]».

¹¹⁴ Cfr. marginal 24. Sobre la citada naturaleza de la acción de despido en Alemania, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», cit., págs. 567 y ss. Examinando en conjunto pretensiones principales y complementarias por despido, véase SCHAUB, G. (Fundador), *Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008), págs. 614 y ss.



CAPÍTULO TERCERO
LA DESREGULACIÓN
NORTEAMERICANA DE LA
PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO
EN LAS PEQUEÑAS EMPRESAS



I. EL CONTEXTO JURÍDICO

1. El Derecho individual norteamericano del Trabajo, identificado por la expresión «*Employment Law*»¹ —«*Labor Law*» designa, en cambio, el Derecho del Trabajo colectivo²—, resultaría completamente ininteligible haciendo abstracción del dato —repelente para nosotros, los europeos— de que en los Estados Unidos rige la regla general de despido libre (llamada desde siempre allí la regla de la «extinción a voluntad [*termination at will*]» o, también, de la «contratación a voluntad [*hiring at will*]» o del «empleo a voluntad [*employment at will*]»)³. Se trata de una regla más que centenaria, juridificada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Adair* (1908)⁴ y *Coppage* (1915)⁵ —ambos con voto disidente, de impresionante grandeza moral, del Juez HOLMES⁶—, y cuya vitalidad y vigencia plenas acaban de ser recientemente y contundentemente confirmadas por la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Engquist* (2008)⁷. Según este último caso —con ponencia del Juez Presidente de la Corte—, «el principio básico del empleo a voluntad es que el trabajador puede ser cesado por “una razón buena, una razón mala o sin ninguna razón [*good reason, bad reason, or no reason at all*]”», concluyéndose incluso en este mismo caso —por causa del arraigo de la regla a todo lo largo y ancho del territorio norteamericano, salvo en Montana y Puerto Rico— que «la Constitución no exige repudiar esa doctrina familiar [*the Constitution does not require repudiating that familiar doctrine*]»⁸. Ahora bien, el despido «a voluntad» es una regla, sí, familiar incluso, también —algún tratadista antiguo hablaba con orgullo, refiriéndose a ella, de «la regla americana [*the American rule*]»⁹—, pero en absoluto un dogma jurídico (tipo el Código de Hamurabi o las Tablas de Moisés) que se encuentre tallado en piedra, puesto que conoce excepciones que la hacen brillar, y

¹ Por todos véase, ROTHSTEIN, M.A., CRAVER, C.B., SCHROEDER, E.P. y SHOBEN, E.W., *Employment Law*, 4ª ed., Thomson/West (St. Paul-Minn., 2010), 1015 págs.

² Por todos, véase COX, A., BOK, D.C. y GORMAN, R.A., *Labor Law: cases and materials*, 14ª ed., Foundation Press/Thomson/West (St. Paul-Minn., 2006), 1327 págs.

³ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988), págs. 127 y ss.

⁴ *Adair v. United States*, referencia 208 US 161.

⁵ *Coppage v. Kansas*, referencia 236 US 1.

⁶ Respecto del segundo, véase ARUFE VARELA, A., «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. I (2009), págs. 13 y ss.

⁷ *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.*, a publicarse en el *Bound Volume* núm. 553 del año 2008.

⁸ Acerca de todo ello, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El caso *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.* (2008). La última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos en favor del despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010), págs. 59 y ss.

⁹ Por antonomasia, WOOD, H.C., *A treatise on the Law of master and servant*, J.D. Parsons, jr., Publisher (Albany-Nueva York, 1877), pág. 272.

a cuyo amparo se limita el libérrimo poder de despedir del empresario norteamericano. Estas excepciones, en lo más esencial, son convencionales y legales¹⁰.

2. Siempre en el plano del Derecho individual del Trabajo¹¹, las excepciones convencionales se activan cuando el empresario acuerda con el trabajador renunciar a despedirle libremente. Esta renuncia ocurre siempre que se promete emplear a una persona durante cierto tiempo —y en consecuencia, no mediante un contrato de trabajo indefinido (libremente extinguido «a voluntad»), sino mediante un contrato de trabajo de duración determinada—, pues el contrato de trabajo a término sólo puede resolverlo lícitamente el empresario norteamericano, antes del vencimiento del término acordado con el trabajador, si es que existe alguna «justa causa [*just cause*]»¹². De ahí —a diferencia de lo que sucede en Europa, donde el adjetivo calificativo peyorativo «contrato de trabajo *precario*» lo dice prácticamente todo— que en los Estados Unidos se considere que el término de empleo es una institución protectora del trabajador¹³. Y de ahí, también, que en la generalidad de Estados federados norteamericanos exista una regulación de la precariedad laboral, legal o jurisprudencial, que en Europa consideraríamos de un liberalismo monstruoso¹⁴. Esta regulación —y seguimos hablando, de momento, sólo del contexto jurídico en que operan todas las empresas yankees (pequeñas, medianas y grandes)— está usualmente basada sobre estos tres pilares: 1) el término puede convenirse oralmente o por escrito, al celebrarse el contrato o después de comenzada su ejecución¹⁵; 2) la periodicidad de pago del salario no hace prueba de que existe dicho término, pues «el hecho de que la compensación se mida a tanto por día, por mes o por año no hace necesariamente del contrato un contrato por

¹⁰ Sobre las excepciones jurisprudenciales creadas por algunas Cortes estatales, muy discutidas y nunca admitidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase BEFORT, S.F., «Labor and employment Law at the millennium: a historical review and critical assessment», *Boston College Law Review*, vol. 43 (2002), págs. 351 y ss. Por supuesto, el tema sigue estando hoy totalmente de moda en la literatura jurídica norteamericana. Al respecto, véase STRELITZ, P.J., AVILES, A.M. y WALTER, D., «Employment-at-will: has the death knell officially sounded», *International HR Journal*, núm. 17 (2008), págs. 3 y ss.; y SWIFT, K.R., «The public policy exception to employment at-will: time to retire a noble warrior», *Mercer Law Review*, núm. 61 (2010), págs. 551 y ss.

¹¹ En el plano del Derecho colectivo, los trabajadores quedan protegidos frente al despido libre, por causa del hecho de que los convenios colectivos norteamericanos imponen sistemáticamente la regla de que sólo cabe el despido de los trabajadores cubiertos por ellos, precisamente «por justa causa». Al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, cit., págs. 103 y ss. A pesar de tratarse de un tema fronterizo, excluimos de nuestro análisis —por no referirse a despidos individuales, sino a lo que en Europa denominaríamos «despido colectivo»— la Ley federal de Preaviso para el Reentrenamiento y la Adaptación del Trabajador (Worker Adjustment and Retraining Notification Act) de 1988, más conocida (por causa de su acrónimo) como Ley WARN, aplicable sólo a empresas que tengan 100 ó más trabajadores. Sobre esta última Ley, y sobre el modelo europeo que tuvo a la vista, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pág. 195.

¹² Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, cit., págs. 51 y ss.

¹³ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., pág. 163.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 164.

un día, por un mes o por un año, de manera que en todos esos casos el contrato puede ser extinguido en cualquier momento por cualquiera de las partes, salvo que se haya fijado [de otro modo] su duración»¹⁶; y 3) existe término implícito en los supuestos de tácita reconducción, pues «si una persona es empleada por tiempo cierto ... y continúa en el mismo empleo después de la expiración del término, se presume que su empleo fue renovado por otro término de idéntica extensión que el original»¹⁷.

3. Por su parte, las excepciones legales —reguladas, como su propio nombre indica, precisamente en una «Ley [*Act*]— prohíben el despido del trabajador por cierto tipo de causas. Aquí siempre fue por delante y jugando un papel estelar la legislación federal, aprobada por el Congreso a iniciativa de concretos Presidentes norteamericanos, de los que —y seguimos moviéndonos sólo en el terreno del Derecho individual del Trabajo— los más relevantes fueron Franklin D. ROOSEVELT y John F. KENNEDY. Al primero, como reacción frente al «*crack*» de 1929, se debe la promulgación de la «Ley de Condiciones de Trabajo Justas [*Fair Labor Standards Act*]» de 1938¹⁸ —que es la norma reguladora, a nivel federal, del salario mínimo interprofesional y de la jornada máxima¹⁹—, según la cual se considera ilícito «despedir o discriminar de cualquier otra manera a cualquier trabajador, por causa de que dicho trabajador ha presentado una demanda o promovido o causado que se promueva cualquier procedimiento al amparo de, o relacionado con, esta Ley, o ha testificado o está testificando en cualquiera de dichos procedimientos»²⁰. A la iniciativa del segundo se debe la promulgación —ocurrida tras su asesinato— de la «Ley de Derechos Civiles [*Civil Rights Act*]» de 1964, cuyo Título VII²¹ —aparte de proscribir, al igual que la Ley citada de 1938, el «despido represalia»²²— considera «práctica de empleo ilícita» el hecho de «despedir a una persona ... por causa de la raza, color, religión, sexo u origen nacional de tal persona»²³. Esta última Ley fue luego completada por otras varias Leyes federales proscriptoras de causas discriminatorias distintas de las cinco recién mencionadas²⁴, como la «Ley de Discriminación por Edad en el Empleo

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Actualmente recopilada en el Capítulo 8 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, secciones 201 y siguientes.

¹⁹ Respecto del primero, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 6-8.

²⁰ Cfr. sección 215(a)(3) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

²¹ Actualmente recopilado en el Subcapítulo VI del Capítulo 21 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, secciones 2000e y siguientes.

²² Cfr. sección 2000e3(a) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

²³ Cfr. sección 2000e2(a)(1) del Título 42 del Código de los Estados Unidos. Sobre el tema, con una metodología inductiva típicamente yankee, véase WEISS, J.T., «Transgender identity, textualism, and the Supreme Court: What is the “plain meaning” of “sex” in Title VII of the Civil Rights Act of 1964?», *Temple Political and Civil Rights Law Review*, núm. 18 (2009), págs. 573 y ss.

²⁴ Pedagógico, véase GOLD, M.E., *Introduction to the Law of Employment discrimination*, 2ª ed., Cornell University (New York, 2001), págs. 38 y ss.

[*Age Discrimination in Employment Act*]] de 1967²⁵, que prohíbe discriminar laboralmente a quienes hayan cumplido la edad de 40 años²⁶, o la «Ley del Americano con Discapacidades [*American with Disabilities Act*]] de 1990²⁷, que prohíbe discriminar laboralmente a los discapacitados²⁸.

II. LAS EXENCIONES DE PEQUEÑO NEGOCIO Y DE PEQUEÑA EMPRESA

4. Tratándose de legislación federal, no extraña que el ámbito de aplicación de las cuatro Leyes que acaban de citarse —al igual que el resto de la legislación laboral federal norteamericana— se ciña única y exclusivamente a las empresas actuantes en el denominado «comercio interestatal [*interstate commerce*]]», pues a las que actúan sólo en el marco del comercio «intraestatal» (texano, neoyorkino, californiano, etc.) les resultan aplicables, como es lógico, las Leyes estatales (texasanas, neoyorkinas, californianas, etc.) equivalentes de estas otras federales²⁹. Baste indicar, a modo de ejemplo, que el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, en una pedagógica secuencia: 1) prohíbe al empresario, como ya se sabe, discriminar al trabajador por causa de raza, religión, sexo, etc.; 2) considera «empresario», a su vez, toda «persona implicada en un negocio que afecte al comercio, que tenga ... trabajadores»³⁰; y 3) indica, por último, que «la palabra “comercio” significa profesión, tráfico, comercio o comunicación entre diversos Estados [federados], o entre un Estado [federado] y cualquier lugar fuera del mismo, o dentro del Distrito de Columbia, o una posesión de los Estados Unidos (distinta del Territorio Fiduciario de las Islas del Pacífico), o entre puntos del mismo Estado pero a través de un punto fuera del mismo»³¹. Ahora bien, lo verdaderamente sorprendente —para nosotros, los europeos— no es esta

²⁵ Recopilada en el Capítulo 14 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, secciones 621 y siguientes.

²⁶ Cfr. sección 623 del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Con sugerente análisis desde la óptica de los *leading cases* federales, véase HOLLIDAY, C.P., «The Age Discrimination in Employment Act of 1967: issues litigated at the Supreme Court level», *Florida Bar Journal*, núm. 84 (2010), págs. 20 y ss.

²⁷ Recopilada en el Subcapítulo I del Capítulo 126 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, secciones 12101 y siguientes.

²⁸ Cfr. sección 12112 del Título 42 del Código de los Estados Unidos. Desde una óptica que nos parece de actualidad máxima, y creemos que rigurosamente inédita en España, véase KHOURI, S., «Disability Law – Welcome to the new town square of today’s global village: website accessibility for individuals with disabilities after target and the 2008 amendments to the Americans with Disabilities Act», *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, núm. 32 (2010), págs. 331 y ss.

²⁹ Acerca de la de Utah, véase *infra*, núm. 13. Contextualizando —precisamente en un contexto anti-discriminatorio— la Ley laboral de California relativa a la violencia de género, que contiene una «exención» sorprendente —para cualquier laboralista español—, véase MATTIS, H., «California’s survivors of domestic violence employment leave act: the twenty-five employee minimum is not a good rule of thumb», *Santa Clara Law Review*, núm. 50 (2010), págs. 1319 y ss.

³⁰ Cfr. sección 2000e(b) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

³¹ Cfr. sección 2000e(g) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

forma de entender y practicar el federalismo³², sino el hecho de que dichas cuatro Leyes federales contengan «exenciones [*exemptions*]» de cumplirlas, dentro del marco genérico representado por el conjunto de miles y miles de empresas actuantes en el «comercio interestatal»³³, que son de dos categorías distintas.

5. La primera está representada por la que puede denominarse «exención» de «pequeño negocio [*small business*]». Se encuentra contenida en la más antigua de las cuatro Leyes federales que venimos considerando (esto es, la Ley de Condiciones de Trabajo Justas de 1938). Y de acuerdo con ella, quedan «exentas» de cumplir lo preceptuado en la propia Ley (recuérdese, entre otras cosas, pagar el salario mínimo interprofesional federal o cumplir la jornada máxima federal, lo que hace caer por su base su prohibición del «despido represalia») las empresas que no alcancen un determinado volumen de negocio, pues —según su complejísima sección sobre «definiciones», ordenadas por letras, desde la (a) a la (y)— «“empresa implicada en el comercio o en la producción de bienes para el comercio” significa una empresa que ... tiene trabajadores implicados en el comercio o en la producción de bienes para el comercio, o que tiene trabajadores manejando, vendiendo o trabajando de otro modo sobre bienes o materiales que hayan sido trasladados o producidos para el comercio por cualquier persona; y ... sea una empresa cuyo volumen bruto anual de ventas concluidas, o negocio realizado, no sea menor de 500.000 dólares (con exclusión de impuestos especiales que estén establecidos separadamente en el nivel del comercio al por menor) [*an enterprise whose annual gross volume of sales made or business done is not less than \$500,000 (exclusive of excise taxes at the retail level that are separately stated)*]»³⁴.

6. Por su parte, la segunda «exención» se refiere a la que cabe denominar «pequeña empresa [*small firm*]», pero desde el punto de vista estrictamente jurídico-laboral (esto es, si es que se atiende sólo al concreto número de trabajadores que emplea). A este otro parámetro se ajustan las otras tres Leyes federales antidiscriminatorias citadas. En efecto: 1) según el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, «la palabra “empresario” significa una persona implicada en una industria que afecte al comercio, que tenga quince o más trabajadores [*fifteen or more employees*] por cada

³² Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2010), págs. 65 y ss.

³³ Al respecto, véase CARLSON, R., «The small firm exemption and the single employer doctrine in employment discrimination Law», *St. John's Law Review*, vol. 80 (2006), págs. 1197 y ss. Por supuesto, no todas las Leyes laborales federales contienen dicha clase de «exenciones», aunque también se refieran a las estructuras del Derecho individual norteamericano del Trabajo. Es el caso, por ejemplo, de la «Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo [*Occupational Safety and Health Act*]» de 1970 —equivalente de nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales—, en la que se afirma que «la palabra “empresario” significa una persona implicada en un negocio que afecte al comercio, que tenga trabajadores» [cfr. sección 652(5) del Título 29 del Código de los Estados Unidos].

³⁴ Cfr. sección 203(s)(1)(A) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

día laboral en veinte o más semanas naturales del año natural actual o precedente»³⁵; 2) según la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967, «la palabra “empresario” significa una persona implicada en una industria que afecte al comercio, que tenga veinte o más trabajadores [*twenty or more employees*] por cada día laboral en veinte o más semanas naturales del año natural actual o precedente»³⁶; y 3) según la Ley del Americano con Discapacidades de 1990, «la palabra “empresario” significa una persona implicada en una industria que afecte al comercio, que tenga quince o más trabajadores [*fifteen or more employees*] por cada día laboral en veinte o más semanas naturales del año natural actual o precedente ... excepto que, durante los dos años siguientes a la fecha de efectividad de este subcapítulo, empresario significa una persona implicada en una industria que afecte al comercio, que tenga 25 ó más trabajadores por cada día laboral en 20 ó más semanas naturales del año natural actual o precedente, y todo agente de dicha persona»³⁷.

III. LOS *LEADING CASES* DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LA EXENCIÓN DE PEQUEÑA EMPRESA

7. Por supuesto, la lógica de todas estas «exenciones» es clara, dado que un empresario «exento» —bien por su pequeño volumen de negocio, bien por el reducido número de trabajadores que emplea— tiene manos libres para poder despedir sin trabas a cualquiera de sus trabajadores no-precarios (recuérdese, de acuerdo con la regla norteamericana del despido libre, por «una razón buena, una razón mala o sin ninguna razón», incluidas las discriminatorias por razón de raza, sexo, edad, discapacidad, etc.). La casuística jurisprudencial sobre el tema del empresario «exento» (que para el ciudadano norteamericano medio está idealmente representado por las «tiendas “de la esquina” [*“corner” stores*])»³⁸ es concluyente y abundantísima —de ella trataremos luego, con un plantemamiento inductivo, al hilo de cierto caso que daría pie en Europa para escribir incluso, creemos, un *thriller* de terror sobre discriminaciones sexuales³⁹—, discutiéndose frecuentemente en la misma problemas de identificación del empresario del trabajador demandante y, por tanto, de «empresario aparente»⁴⁰ (por ejemplo, si el empresario real del demandante es un grupo de empresas o sólo un empresario agrupado, con la consecuencia de que si

³⁵ Cfr. sección 2000e(b) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

³⁶ Cfr. sección 630(b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

³⁷ Cfr. sección 12111(5)(A) del Título 42 del Código de los Estados Unidos.

³⁸ Véase CARLSON, R., «The small firm exemption and the single employer doctrine in employment discrimination Law», cit., pág. 1199, poniendo de relieve (con cifras estadísticas) que ésta puede ser la razón que explica por qué en las pequeñas empresas norteamericanas se emplea un porcentaje sorprendentemente reducido de trabajadores «negros».

³⁹ Véase *infra*, núms. 13 y ss.

⁴⁰ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 33 y ss.

el empresario verdadero fuese el grupo, podría quedar alterada o la magnitud del volumen de negocio o el umbral de trabajadores empleados, cabiendo entonces que el sujeto demandado por el trabajador dejase de estar «exento») ⁴¹. Existe incluso jurisprudencia de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos acerca de estas «exenciones», habiéndonos parecido especialmente interesantes los dos casos de que tratamos seguidamente.

8. El primero es *Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells*, fallado en 22 abril 2003 ⁴², relativo al siguiente supuesto de hecho: 1) el «recurrente, Clackamas Gastroenterology Associates, P[rofessional].C[orporation]., es una clínica médica de Oregon» ⁴³; 2) «empleó a la recurrida, Deborah Anne Wells, como contable, desde 1986 hasta 1997» ⁴⁴; 3) «tras su despido, ella planteó esta acción contra la clínica, alegando discriminación sobre la base de discapacidad al amparo del Título I de la L[ey] del A[mericano] con D[iscapacidades]» ⁴⁵; 4) «el recurrente negó que estuviese cubierto por la Ley y solicitó un juicio sumario, afirmando que no tenía 15 ó más trabajadores en las 20 semanas exigidas» ⁴⁶; y 5) la Corte Suprema de los Estados Unidos centró con acribia el *thema decidendi* —resuelto contra la despedida por una Corte federal de Distrito, y a favor de ella por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito—, indicando que «la cuestión en este caso es si cuatro médicos, activamente implicados en la práctica médica como accionistas y directores [*as shareholders and directors*] de una corporación profesional, deberían ser computados como “trabajadores”» ⁴⁷. Lo fallado aquí fue, sin embargo, la imposibilidad de entrar a resolver el fondo, al constar en autos pruebas no valoradas por la Corte de segunda instancia, por lo que —según el Juez STEVENS, ponente del asunto— «revocamos el fallo de la Corte de Apelaciones y devolvemos el caso a esa Corte para ulteriores actuaciones congruentes con esta decisión» ⁴⁸. Ahora bien, lo verdaderamente importante en este caso es la comprensión, incluso simpatía, que la Corte Suprema de los Estados Unidos muestra hacia la cláusula de «exención» (aquí de «pequeña empresa») contenida en la Ley, y cuya aplicación la clínica demandada invocaba. En efecto, según el Juez

⁴¹ Al respecto, por ejemplo, caso *Chao v. Hotel Oasis, Inc.*, referencia 493 F.3d 26, fallado por la Corte de Apelaciones del primer circuito en 28 junio 2007, con abrumador repaso de jurisprudencia federal sobre el tema.

⁴² Referencia 538 US 440. Al respecto, véase NICHOLS, K.M., «Labor and Employment Law - Determining employee status for evolving business associations under the Americans with Disabilities Act - Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells, 538 U.S. 440 (2003)», *Suffolk University Law Review*, núm. 38 (2004), págs. 239 y ss.; PRETTYMAN, P.J., «How to discriminate against old lawyers: the status of partners, shareholders, and members under the Age Discrimination in Employment Act with addendum discussing Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells», *Indiana Law Review*, núm. 37 (2004), págs. 545 y ss.; y MURCH, D.W., «Civil rights - Employment practices: common Law control is the best test of “employee” within employment discrimination», *North Dakota Law Review*, núm. 80 (2004), págs. 471 y ss.

⁴³ Cfr. apartado I, párrafo primero, de la opinión de la Corte.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. introducción, inciso último, de la opinión de la Corte.

⁴⁸ Cfr. apartado III, inciso último, de la opinión de la Corte.

STEVENS —que también alude a la conveniencia de «ahorrar a las empresas muy pequeñas el gasto, potencialmente aplastante, de dominar las complejidades de las Leyes anti-discriminación [to spare very small firms from the potentially crushing expense of mastering the intricacies of the antidiscrimination laws]»⁴⁹—, «la decisión del Congreso de limitar el ámbito de aplicación de la legislación a empresas de 15 ó más trabajadores tiene su propia justificación, que debe ser respetada: señaladamente, facilitar la entrada en el mercado y preservar la posición competitiva de las empresas más pequeñas [easing entry into the market and preserving the competitive position of smaller firms]»⁵⁰.

9. El segundo caso es *Arbaugh v. Y & H Corp.*, fallado en 22 febrero 2006⁵¹. Aquí la empresa pequeña demandada era «el Moonlight Cafe, un restaurante de Nueva Orleans poseído y gestionado por Y & H»⁵², y la trabajadora demandante, la camarera Jenifer ARBAUGH, que «alegaba que Yalcin Hatipoglu, uno de los propietarios de la empresa, la había acosado sexualmente y precipitado su despido indirecto [constructive discharge]»⁵³. Visto que la empresa había alegado tardíamente —después de la intervención del jurado, cuyo veredicto otorgaba a la trabajadora demandante una indemnización de «40.000 dólares»⁵⁴— la cláusula de «exención» contenida en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles, lo discutido en este caso fue la naturaleza jurídica de la defensa del demandado, si consistente en la invocación de dicha cláusula; y más en concreto, si se trataba de una defensa relativa a una cuestión de «competencia “por razón de la materia” [“subject-matter” jurisdiction]», apreciable incluso de oficio por el Juez en cualquier momento de la tramitación de los autos⁵⁵, o por el contrario, una mera defensa de fondo (literalmente, una defensa relativa «a un ingrediente sustantivo de una demanda de condena al amparo del Título VII [a substantive ingredient of a Title VII claim for relief]»⁵⁶, sólo invocable por la empresa demandada «antes de concluirse el juicio sobre el fondo [prior to the close of trial on the merits]»⁵⁷. Pues bien, con una interpretación favorable aquí a la trabajadora sexualmente acosada, la Corte Suprema de los Estados Unidos —con ponencia de la Juez GINSBURG— concluyó que «el umbral numérico [numerical threshold] no delimita la competencia por razón de la materia de la Corte federal»⁵⁸, sino que «se

⁴⁹ Cfr. apartado II, párrafo cuarto, de la opinión de la Corte.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Referencia 546 US 500. Al respecto, véase BROWN, S.R., «Hearing Congress's jurisdictional speech: giving meaning to the “clearly-states” test in *Arbaugh v. Y & H Corp.*», *Villamette Law Review*, núm. 46 (2009), págs. 33 y ss.

⁵² Cfr. apartado II, párrafo primero, de la opinión de la Corte.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. introducción, párrafo segundo, de la opinión de la Corte.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo primero.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo último.

⁵⁸ *Ibidem*.

refiere a la justificación sustantiva de la demanda al amparo del Título VII»⁵⁹, por lo que «no podía ser defensivamente planteada con retraso en el pleito»⁶⁰. Por supuesto, para la Juez GINSBURG —al igual que para el Juez STEVENS, en el caso anteriormente citado—, la justificación de la cláusula de «exención» tampoco precisaba ser especialmente debatida o comentada. Esto explica, veremos enseguida por qué, que dedicase al tema —en su inglés original— sólo nueve palabras, que son éstas: «Para ahorrar a los negocios muy pequeños la responsabilidad derivada del Título VII [*To spare very small businesses from Title VII liability*]]»⁶¹.

IV. LA RATIFICACIÓN CONDICIONADA DE LOS PACTOS ANTIDISCRIMINATORIOS DE LA ONU POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

10. En nuestra opinión, dicha argumentación tan sorprendentemente escueta, y apodíctica incluso —para nosotros, los europeos—, se explica por todas las peculiaridades de los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto que sujeto del Derecho Internacional Público, que les inmunizan frente al dogmatismo dominante en el mundo occidental, en materia de Derecho igualitario y antidiscriminatorio. En efecto, en cuanto que sujeto del Derecho Internacional Público, los Estados Unidos de Norteamérica son un país etnocéntrico y autosuficiente, que miran al resto de «naciones» del mundo como entes no iguales a ellos. De ahí, en primer lugar, que en su Constitución de 1787 esté escrito —aunque resulte alucinante para los constitucionalistas europeos— el poder del Congreso para otorgar autorizaciones de cruzar fronteras para represaliar enemigos, sin necesidad de declarar la guerra (literalmente, «*letters of marque and reprisal*»)»⁶², que viene suscitando una relativamente abundante literatura científica constitucionalista —evidenciadora de su vitalidad—, tras los ataques terroristas del «11 de septiembre»⁶³. De ahí también, en segundo lugar, que buena parte de su legislación tenga eficacia extraterritorial, aplicándose —como ocurría con la legislación del Imperio Romano— allí donde se encuentren ciudadanos

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cfr. apartado I, párrafo primero, de la opinión de la Corte.

⁶² Cfr. artículo I, sección 8, a cuyo tenor el Congreso tiene poder, entre otras cosas, «*to declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water*» (párrafo undécimo). Negándose que los Estados federados tengan poder para emanar estas mismas «*letters*», véase el artículo I, sección 10, párrafo primero.

⁶³ Véase SIDAK, J.G., «The quasi war cases and their relevance to whether “letters of marque and reprisal” constrain presidential war powers», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 28 (2005), págs. 465 y ss.; YOUNG, W., «A check on faint-hearted Presidents: letters of marque and reprisal», *Washington and Lee Law Review*, núm. 66 (2009), págs. 895 y ss.; COOPERSTEIN, T.M., «Letters of marque and reprisal: the Constitutional Law and practice of privateering», *Journal of Maritime Law and Commerce*, núm. 40 (2009), págs. 221 y ss.; y STAUB, D.J., «Letters of marque: a short-term solution to an age old problem», *Journal of Maritime Law and Commerce*, núm. 40 (2009), págs. 261 y ss.

de los Estados Unidos, como personalmente hemos podido comprobar, al estudiar el ámbito de aplicación de las grandes Leyes federales laborales antidiscriminatorias norteamericanas⁶⁴. Y de ahí igualmente, por último, que los Estados Unidos sólo autolimiten en raras ocasiones su soberanía mediante la estipulación de instrumentos internacionales, especialmente si se trata de convenios internacionales de carácter multilateral, lo que liga de plano —como comprobaremos acto seguido— con la falta de necesidad de grandes explicaciones jurídicas, a la hora de justificar «exenciones» relativas a la aplicación de preceptos antidiscriminatorios laborales.

11. A diferencia de España y del resto de Estados miembros de la Unión Europea, los Estados Unidos de Norteamérica se caracterizan por su falta de ratificación casi sistemática de los convenios aprobados por la OIT⁶⁵. En efecto, de acuerdo con la información ofrecida por la propia OIT en su extraordinariamente útil portal jurídico de Internet, ubicado en www.ilo.org, los Estados Unidos de Norteamérica sólo han ratificado catorce del total de ciento ochenta y siete convenios aprobados por la OIT desde el año 1919, frente al «*record*» del mundo ratificador ostentado por España (hasta ciento nueve convenios ratificados, del total mencionado de ciento ochenta y siete). De estos catorce convenios (todos ratificados en el siglo pasado), la mitad de ellos se refiere al trabajo en el mar, y sólo dos tienen la naturaleza de convenios «fundamentales» —según la terminología de la propia OIT—, a saber: el Convenio núm. 105 de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso; y el Convenio núm. 182 de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil. En consecuencia, en los Estados Unidos no rige el «fundamental» Convenio núm. 111 de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación), según el cual «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto»⁶⁶, teniendo en cuenta que «a los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende ... cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»⁶⁷. Y por ello mismo, dicho Convenio ni limita los poderes

⁶⁴ Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La regulación de la “defensa de leyes extranjeras” en la legislación laboral antidiscriminatoria de los Estados Unidos», *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2007), págs. 1190 y ss.; y ARUFE VARELA, A., «La aplicación judicial de la “defensa de “leyes extranjeras” regulada en la legislación laboral antidiscriminatoria de los Estados Unidos», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2007), págs. 1075 y ss.

⁶⁵ Véase CHARNOVITZ, S., «The ILO Convention on Freedom of Association and its future in the United States», *American Journal of International Law*, núm. 102 (2008), págs. 98 y ss. Sobre la contrastante situación del tema en Alemania —miembro de la OIT desde 1951—, esencialistas y claros, véanse HANAU, P. y ADOMEIT, K., *Arbeitsrecht*, 14ª ed., Luchterhand (Neuwied, 2007), págs. 42-43; y BROX, H., RÜTHERS, B. y HENSSLER, M., *Arbeitsrecht*, 17ª ed., Kohlhammer (Stuttgart, 2007), págs. 95 y ss.

⁶⁶ Cfr. artículo 2.

⁶⁷ Cfr. artículo 1, apartado 1.a).

del legislador ni forma parte del Derecho a cuyo imperio («*rule of Law*») se someten las Cortes norteamericanas, integrado —por antonomasia— por «la Constitución, las Leyes o los Tratados de los Estados Unidos»⁶⁸.

12. Quizá estéticamente obligados por el hecho de que la Organización de Naciones Unidas tenga su sede no en Suiza, sino en el propio territorio norteamericano, los Estados Unidos de Norteamérica sí se han creído obligados, en cambio, a ratificar el material jurídico antidiscriminatorio elaborado por dicha Organización. Como se sabe, se trata de un material jurídico concentrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre 1966, que entró en vigor el 23 marzo 1976. En este Pacto, su artículo 2 afirma que «cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»⁶⁹; y su artículo 26, también, que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley»⁷⁰, teniendo en cuenta que «a este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»⁷¹. Pues bien, en el portal jurídico de Internet de la Organización de Naciones Unidas, ubicado en www.un.org, resulta posible localizar y manejar —aunque sólo en inglés— todo el conjunto de «reservas [*reservations*]», «interpretaciones [*understandings*]» y «declaraciones [*declarations*]», relativas al articulado del Pacto en cuestión, efectuadas por algunos Estados ratificadores del mismo. Y a nosotros no nos ha sorprendido en absoluto, vistas las «exenciones» de pequeño negocio y de pequeña empresa contenidas en la legislación federal laboral antidiscriminatoria norteamericana, de que antes tratamos⁷², que los Estados Unidos de Norteamérica hayan procedido a dar el «*placet*» de entrada en su ordenamiento interno a los artículos 2 y 26 del Pacto citado de 1966, con una «interpretación» del mismo que deja manos libres al legislador federal, al efecto de hacer y deshacer a su antojo en materia de discriminación de trabajadores de pequeñas empresas⁷³, a saber: «que la Constitución y las Leyes de los Estados Unidos

⁶⁸ Sección 1331 del Título 28 del Código de los Estados Unidos.

⁶⁹ Apartado 1.

⁷⁰ Inciso primero.

⁷¹ Inciso segundo.

⁷² Véase *supra*, núms. 4, 5 y 6.

⁷³ Acerca del contexto del tema, véase STONE, J.H., «The International Covenant on Civil and Political Rights and the United States reservations: the American conception of International human rights», *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, núm. 7 (2001), págs. 1 y ss.; y ASH, K., «U.S. reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: credibility maximization and global influence», *Northwestern University Journal of International Human Rights*, núm. 3 (2005), págs. 7 y ss.

garantizan a todas las personas protección igual de la Ley y prevén protección extensa contra la discriminación. Los Estados Unidos interpretan que tienen que permitirse distinciones [*distinctions*] basadas en la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social —tal y como estos términos se utilizan en el artículo 2, párrafo primero, y en el artículo 26— cuando dichas distinciones están, como mínimo, racionalmente relacionadas con un objetivo gubernamental legítimo [*a legitimate governmental objective*]]⁷⁴. Evidentemente, esta última frase es clave. Y es que, siempre en los Estados Unidos, objetivo gubernamental legítimo es la protección de los titulares de pequeños negocios y pequeñas empresas.

V. EL CASO *GOTTLING V. P.R. INCORPORATED* (2002), DE LA CORTE SUPREMA DEL ESTADO DE UTAH

13. Evidentemente, los Estados Unidos de Norteamérica no son sólo Barack H. OBAMA, Nancy P. PELOSI (Portavoz de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos), Joseph R. BIDEN, Jr. (Vicepresidente de los Estados Unidos y, en consecuencia, Presidente del Senado de los Estados Unidos) o John G. ROBERTS, Jr. (Juez Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos), sino otros trescientos diez millones de ciudadanos más, repartidos por los cincuenta Estados de la Unión, uno de los cuales —desde 1896— es Utah, donde viven dos millones y medio de ellos. Como los demás Estados federados norteamericanos, Utah tiene su Constitución, su propia legislación laboral —codificada, como el resto de su legislación y a imitación de lo que ocurre en el plano federal, en un solo Código (el «*Utah Code*»), gratuitamente accesible a través de Internet⁷⁵— y sus propias Cortes de Derecho común, encabezadas por la Corte Suprema de Utah, que tiene su sede en la ciudad de Salt Lake City —evocadora de las películas del *far-west*, pero también del olimpismo de invierno—, que es la capital del Estado⁷⁶. Forma parte de la América profunda —rodeado por los Estados de Idaho, Wyoming, Colorado, Nuevo México, Arizona y Nevada⁷⁷—, con todos sus iconos sociales (por ejemplo, los Utah Jazz pertenecen a la Conferencia Oeste de la NBA), jurídicos generales (por ejemplo, su derecho a usar y portar armas de fuego, escrito en su propia Constitución⁷⁸, en la que pensando

⁷⁴ «Interpretación» núm. (1), incisos primero y segundo.

⁷⁵ A través del sitio ubicado en <http://le.utah.gov>.

⁷⁶ La dirección en Internet del poder judicial de Utah, con rica documentación jurídica, está ubicada en www.utah.gov/government/judicial.html.

⁷⁷ Considerando, a sus efectos, «Estados principales» los de California, Illinois, Nueva York, Pennsylvania y Texas (y en consecuencia, para nosotros, la América más visible desde fuera de ella), véase STRELITZ, P.J., AVILES, A.M. y WALTER, D., «Employment-at-will: has the death knell officially sounded», cit., págs. 5 y ss.

⁷⁸ En la sección 6 (rotulada «Derecho de portar armas [*Right to bear arms*]») de su artículo I. En la Constitución federal, el tema aparece regulado en la Segunda Enmienda, de 1791.

en los muchos mormones habitantes de Utah, también se prohíbe expresamente la poligamia⁷⁹) y jurídicos laborales (la regla del despido libre, no escrita en las Leyes de Utah, fue admitida por la Corte Suprema del Estado, en 1960)⁸⁰. Desde 1969, cuenta con su propia Ley antidiscriminación (*Utah Antidiscrimination Act*), modelada a imagen y semejanza de la legislación federal sobre el tema, a que antes aludimos⁸¹, y promulgada —como es la regla en la legislación laboral peculiar de los Estados federados norteamericanos— para aplicarla sólo a los empresarios que desarrollan sus actividades única y exclusivamente en el vasto territorio de Utah⁸², con un tamaño aproximadamente igual al de la mitad de España. Para nosotros, esta Ley presenta el interés de haber suscitado el caso *Gottling v. P.R. Incorporated*, resuelto por la Corte Suprema de Utah el 17 septiembre 2002⁸³, que consideramos que ha valido la pena traducir íntegramente al castellano⁸⁴, pues constituye una muestra «hard» o «heavy» —por no decir brutal— de desregulación de la protección frente al despido en las pequeñas empresas⁸⁵, pero también de grandeza moral y sentido del imperio de la Ley, por parte de los cinco Jueces que lo fallaron (incluida la Juez Presidente de la Corte, que disintió del fallo).

14. Se trata de un caso en el que la Corte Suprema de Utah actuó como Corte de segunda instancia, resolviendo una «apelación interlocutoria» planteada contra una decisión de una Corte de Distrito, que en Utah es la Corte de Derecho común de primera instancia⁸⁶. Por ello, se explica que el grueso del *corpus* de este caso, genéricamente rotulado «Análisis [*Analysis*]», trate de cuestiones jurídicas, supuesto que los hechos del caso quedaron definitivamente fijados en la primera instancia. Estos hechos se deducen de las partes del caso rotuladas «Introducción [*Introduction*]» y «Trasfondo [*Background*]». En sustancia, fueron los siguientes: 1) Toby GOTTLING era una «trabajadora a voluntad [*at will employee*]»⁸⁷, esto es, sujeta a despido libre por no tener ningún contrato de trabajo con plazo; 2) había sido contratada por Kelly PETERSON, propietario de la empresa P.R. Incorporated, «que —al igual que la mayoría de empresarios de Utah— emplea menos de quince

⁷⁹ En la sección 1 (rotulada «Tolerancia religiosa – Poligamia prohibida [*Religious toleration – Polygamy forbidden*]») del artículo III.

⁸⁰ En el caso *Bullock v. Deseret Dodge Truck Center Inc.*, referencia 354 P.2d 559.

⁸¹ Véase *supra*, núm. 3.

⁸² Aparece contenida en el Capítulo 5 del Título 34A, secciones 101 a 108.

⁸³ Referencia 61 P.3d 989.

⁸⁴ Véase *infra*, Apéndice documental. Noticiando la importancia del caso, y comentándolo, véase el escrito anónimo «Developments. Recent Developments in Utah Law. Recent Case Law Developments», *Utah Law Review*, 2004, págs. 197 y ss.

⁸⁵ Por supuesto, no se trata de ningún caso excepcional, dado que tiene sus equivalentes en la jurisprudencia de otros Estados federados. Para su *pendant* en Connecticut, aunque a propósito de una «exención» que situaba el umbral de pequeña empresa en tres trabajadores, véase BROWN, V., «Revisiting the public policy exception to the employment-at-will doctrine following *Thibodeau v. Design Group One Architects: applying an ethic of care analysis*», *Connecticut Public Interest Law Journal*, núm. 3 (2004), págs. 295 y ss.

⁸⁶ Al respecto, véase marginal § 4.

⁸⁷ Cfr. marginal § 1.

personas»⁸⁸; 3) la trabajadora alegó, ante una Corte de Distrito, que «su empresario, el demandado P.R. Incorporated, la despidió porque se negó a mantener una relación sexual [*she refused to maintain a sexual relationship*] con el propietario de P.R. Incorporated, el demandado Kelly Peterson»⁸⁹; 4) la trabajadora basaba su demanda en «una causa de pedir extracontractual de Derecho común [*a common law tort cause of action*]»⁹⁰, apoyándose en la «jurisprudencia prohibiendo el despido de un trabajador a voluntad en contravención de un orden público claro y sustancial»⁹¹ —que sería, en este caso, el orden público contrario a la discriminación por razón de sexo—, pues —aunque «la Ley Antidiscriminación de Utah (UADA o la Ley) prevé un remedio administrativo para la discriminación, la represalia o el acoso por el empresario, sobre la base de sexo, raza, color, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad»⁹²— resultaba que este «remedio está limitado, sin embargo, a aquellas personas que trabajan para un empresario de quince o más trabajadores (empresarios grandes [*large employers*])»⁹³; y 5) tras audiencia de las partes en juicio sumario, «la Corte juzgadora falló en favor de Gottling en todas las cuestiones»⁹⁴, por lo que la empresa y su dueño plantearon «apelación interlocutoria» ante la Corte Suprema de Utah —que aceptó entrar a conocer del fondo del asunto—, arguyendo en lo esencial que «una acción de despido injusto en contravención de un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo no existe en Utah»⁹⁵. Pues bien, ya puede adelantarse que el fallo de la Corte Suprema (encajado bajo el rótulo «Conclusión [*Conclusion*])» estimó el recurso de los apelantes, indicando que «la Ley Antidiscriminatoria de Utah reemplaza todos los remedios de Derecho común para la discriminación en el empleo sobre la base de raza, color, sexo, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad»⁹⁶, que «por eso, Gottling no puede plantear una causa de pedir por despido injusto en contravención de un invocado orden público contrario a la discriminación por razón de sexo»⁹⁷, y que «se revoca el fallo sumario de la Corte juzgadora, y la demanda se desestima por fracaso al establecer una causa de pedir»⁹⁸.

15. Los razonamientos decisivos de la Corte Suprema aparecen contenidos en una parte del citado «Análisis» de su decisión, rotulada «Reemplazo [*Preemption*]», construida sobre las tres siguientes premisas jurídicas: 1) «el Derecho común [*common*

⁸⁸ Cfr. marginal § 2, inciso penúltimo.

⁸⁹ *Ibidem*, inciso primero.

⁹⁰ Cfr. marginal § 3, inciso primero.

⁹¹ *Ibidem*, inciso segundo.

⁹² Cfr. marginal § 2, inciso segundo.

⁹³ *Ibidem*, inciso cuarto.

⁹⁴ Cfr. marginal § 4, inciso cuarto.

⁹⁵ *Ibidem*, inciso tercero.

⁹⁶ Cfr. marginal § 24, inciso primero.

⁹⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

⁹⁸ *Ibidem*, inciso tercero.

Law] no puede ser autoridad en oposición a nuestros preceptos positivos»⁹⁹, por lo que resulta «inválido “si se introduce en un área que el [l]egislativo ha reemplazado [*has preempted*] por una legislación integral, orientada a blanquear un campo particular”¹⁰⁰; 2) «el lenguaje llano» de la UADA «revela una intención legislativa explícita de reemplazar [*to preempt*] los remedios de Derecho común en la discriminación en el empleo»¹⁰¹, al disponer que «“los procedimientos contenidos en esta sección son el remedio exclusivo, al amparo del Derecho del Estado, para la discriminación en el empleo basada en raza, color, sexo, represalia, embarazo, parto o condiciones relacionadas con el embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad”¹⁰²; y 3) por eso, «es obvio que el legislador escogió deliberadamente dejar a las personas empleadas por pequeños empresarios sin un remedio para la discriminación en el empleo»¹⁰³, dado que la UADA —con su «exención de pequeño empresario [*small employer exemption*]]¹⁰⁴— excluía de su ámbito de aplicación a quien no emplease «15 ó más trabajadores dentro del Estado por cada día laborable en 20 semanas naturales o más, en el año natural actual o precedente»¹⁰⁵. Por supuesto, resultaba brutal concluir que nada podía pretender judicialmente una trabajadora despedida por negarse a mantener una relación sexual con su empresario, lo que explica la opinión disidente —y erudita— de la Juez Presidente de la Corte, Sra. C.J. DURHAM, que contiene las dos únicas citas doctrinales del caso (una de ellas, relativa a HOLMES)¹⁰⁶. Pero la mayoría de la Corte Suprema, integrada aquí por cuatro Jueces, era plenamente consciente de lo que consideraba «Ejercicio adecuado del poder judicial [*Proper exercise of judicial power*]]», por lo que cierra su fundamentación jurídica, inmediatamente antes del fallo, con los siguientes argumentos: «esta Corte no es amiga de la discriminación en el empleo. Sin embargo, reconocemos que nuestra decisión deja hoy a muchos trabajadores de Utah imposibilitados, si surgiera la necesidad, de obtener remedio ante una discriminación en el empleo. Como resultado, algunos acusarán inequívocamente a esta Corte de abrir la puerta para que los pequeños empresarios discriminen en Utah. Aquéllos que actúen así ignoran la realidad de que es el legislador el que primariamente detenta el poder de abrir y cerrar esa puerta»¹⁰⁷.

⁹⁹ Cfr. marginal § 7, párrafo primero, inciso segundo.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafo tercero, inciso segundo. Para la contextualización del tema, en el marco de la jurisprudencia de otros varios Estados federados norteamericanos, véase GONZALEZ, J.S., «State antidiscrimination statutes and implied preemption of common Law torts: valuing the common Law», *South Carolina Law Review*, núm. 59 (2007), págs. 115 y ss.

¹⁰¹ Cfr. marginal § 9, inciso primero.

¹⁰² *Ibidem*, inciso segundo.

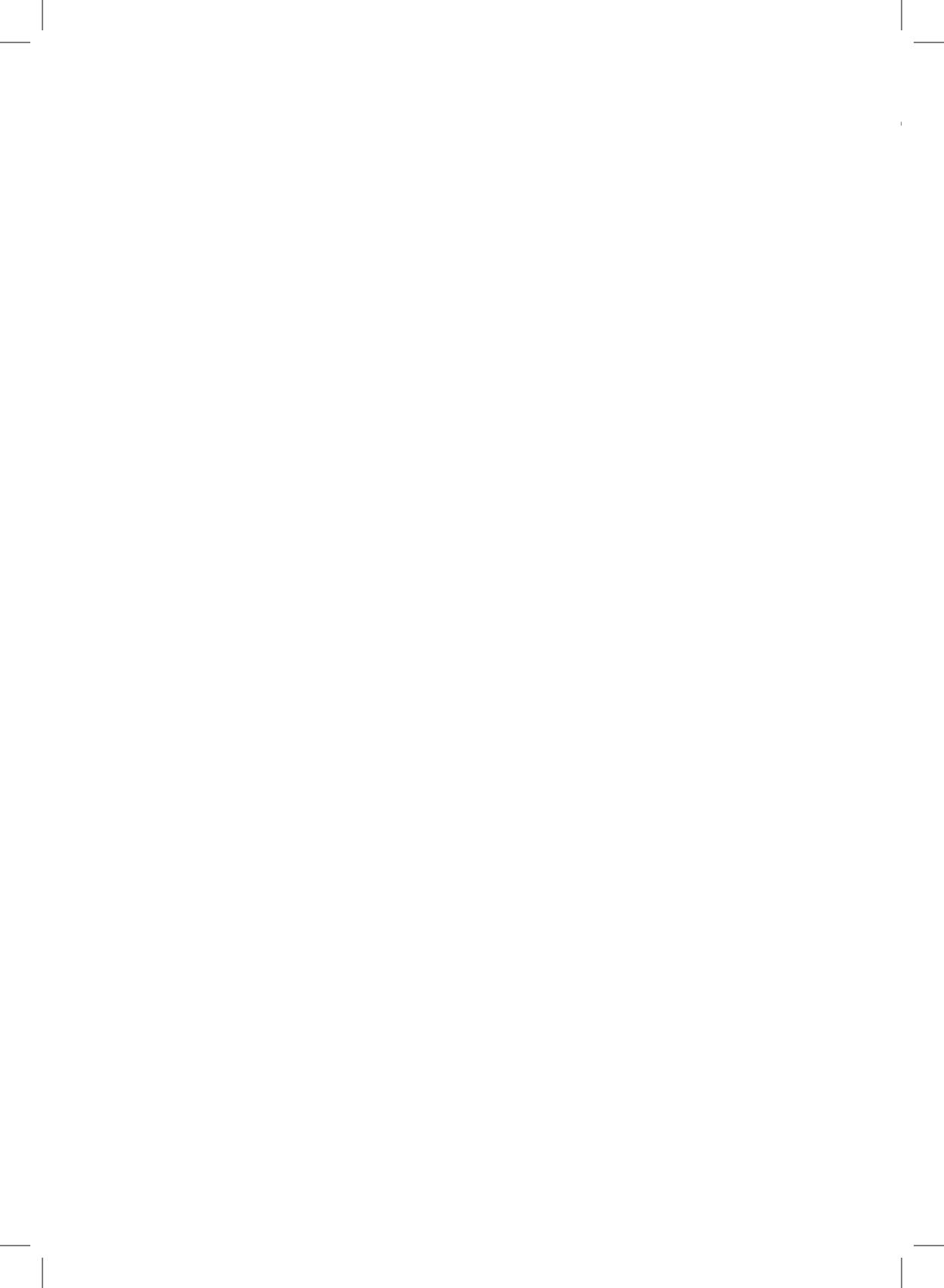
¹⁰³ Cfr. marginal § 15, inciso último.

¹⁰⁴ Para la utilización de esta expresión, por ejemplo, véanse, marginales § 17 y § 18.

¹⁰⁵ Cfr., con cita de la sección 34A-5-102(8)(a)(iv) de la UADA —definiendo empresario—, marginal § 2, inciso cuarto.

¹⁰⁶ Cfr. marginales 26 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. marginal § 23, párrafo primero.



APÉNDICE DOCUMENTAL

1. Sentencia de la Sala 14 del Tribunal de Trabajo de Estado federado de Düsseldorf, de 3 noviembre 2008

Fallo

Por la apelación se modifica la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Krefeld de 03.06.2008 —4 Ca 266/08.

Se declara que no se ha extinguido la relación laboral entre las partes por causa del despido por la demandada de 31.01.2008.

Se imponen las costas de la primera instancia —con una valoración judicial de 17.728,— euros— al actor en 5/18 y a la demandada en 13/18. La demandada carga con las costas del procedimiento de apelación. La valoración judicial de las costas de la segunda instancia se establece en 8.298,— euros.

La casación se admite para la demandada.

Hechos

1 Las partes litigan sobre la eficacia de un despido ordinario decretado por el empresario.

2 El actor, nacido el 14.05.1960, está casado. En su casa viven con derecho a alimentos tres hijos propios y dos más del primer matrimonio de su mujer. El actor entró al servicio de la demandada el 01.07.1976. La demandada lleva una empresa de vidriería con la forma jurídica de sociedad comanditaria, últimamente con ocho trabajadores y un aprendiz. De estos trabajadores, en el período hasta 31.12.2003, sólo otros tres estaban empleados junto con el actor. En lo demás, se remite a la lista de personal presentada temporáneamente por la demandada ante el Tribunal de Trabajo (autos, 20 d.A). La relación laboral del actor, ocupado como vidriero/montador, se interrumpió de 1985 a 1988, porque éste fue ocupado en otra empresa por deseo de la demandada. Las partes están de acuerdo, sin embargo, en que hay que computar el período de interrupción en la antigüedad en la demandada. El actor percibía últimamente un salario mensual de 2.766,— euros brutos.

3 La demandada es una empresa del grupo Q. La demandada, que se encontraba en dificultades económicas, se trasladó a comienzos de 2006 de su por aquel entonces local de negocios, y alquiló locales de la Empresa Glas Q. Sociedad Comanditaria, en L. fuera de W.,

para su almacén y sus máquinas. Glas Q. Sociedad Comanditaria dispone en la misma parcela de instalaciones de producción de vidrio aislante, y no trata en éstas con clientes del negocio. La demandada se surte, entre otros, de productos de Glas Q. Sociedad Comanditaria. Últimamente emplea alrededor de 50 trabajadores. Éstos han elegido un comité de empresa. En el año 2007, se contrataron trabajadores de Glas Q. Sociedad Comanditaria, por un total de 34 horas, para que ayudasen a la demandada. Existe, además, una empresa J.Q. senior Sociedad Comanditaria, cuya administración se encuentra igualmente en W., no lejos de la sede de la demandada. Esta empresa se ocupa del comercio al por mayor para el sector de la construcción en un conjunto de 26 lugares de trabajo. Ocupa alrededor de 240 trabajadores, que asimismo han elegido un comité de empresa. El gerente de la sociedad complementaria es, en las tres empresas, el señor Q.N. A través de un contrato de servicios de 01.07.2002, la demandada asumió en J.Q. senior Sociedad Comanditaria la dirección del negocio, así como las prestaciones por los salarios en conexión con la contabilidad y la hacienda, con la administración ordinaria/seguros, con la gestión de personal/plantilla, con el parque móvil y con trabajos operativos y de tratamiento electrónico de datos. Desde el 01.03.2006, trabaja como «director del negocio» en la demandada un señor T., que antes estuvo empleado en Glas Q. Sociedad Comanditaria. Sin embargo, las decisiones esenciales, por ejemplo, los despidos, las adopta de cara al exterior el gerente Q.N. Un contrato de servicios similar al de la demandada existe entre Glas Q. Sociedad Comanditaria y J.Q. senior Sociedad Comanditaria. Glas Q. Sociedad Comanditaria tampoco dispone de un departamento de personal propio.

4 La demandada comunicó al actor, al que desde 01.06.2007 le pagaba, como colaborador, un complemento funcional mensual en cuantía de 150,-- euros, por medio de escritos separados de 21.11. 2007, dos sanciones, por las que se amenazaba, en caso de nuevo incumplimiento de deberes, con otras medidas jurídico-laborales o con el despido con o sin plazo de preaviso.

5 En una de las sanciones se imputaba al actor haber dejado, el 13.11.2007, una obra en Meerbusch en un estado inadecuado; había una orden clara de acondicionar las obras para dejar en los clientes una buena impresión para eventuales encargos posteriores. Tras una aviso telefónico de un cliente enfadado, se habían debido enviar al día siguiente dos montadores a la obra, para acondicionarla. El día mencionado, el actor tenía que montar con un compañero un invernadero, con un tiempo lluvioso y tormentoso. Por ello, se aventaron virutas que se repartieron por los alrededores.

6 En la otra sanción, la demandada imputaba al actor haber mentido el 14.11.2007 al directivo T. Había respondido al superior, que hacia las 9:15 horas había preguntado por teléfono móvil por el lugar donde estaba, que se encuentra en una obra en W. Sólo tras el correspondiente reproche del señor T., el actor ha reconocido que se encuentra en el café «Backfactory». Este café está aproximadamente a 800 m. de distancia de la obra. Se había acordado con el directivo T que las pausas de café y de mediodía no debían ser llevadas a cabo en coche durante el invierno, sino que para ello podía utilizarse, por ejemplo, un café.

7 El actor, con una petición de eliminación de las sanciones de su expediente personal, ha cuestionado en el presente litigio la justificación de las medidas.

8 Por medio de escritos de 18.12.2007, la demandada comunicó al actor que le ha suprimido sin compensación, con efectos de 01.12.2007, los complementos concedidos, dado que desde hacía tiempo ya no estaba justificada su función de colaborador.

9 Finalmente, por medio de escritos de 31.01.2008, que llegaron al actor el mismo día, la demandada le despidió con preaviso para el 31.07.2008. Ésta continuó la relación laboral, entre otros, con el vidriero/montador T. Éste tiene aproximadamente 40 años, está casado, tiene dos hijos con derecho a alimentos y está empleado en la demandada desde el 01.07.2006.

10 Con la presente acción, que se planteó ante el Tribunal de Trabajo de Krefeld el 08.02.2008, el actor se ha dirigido, entre otras cosas, contra el despido. Ha reclamado que el despido es antisocial, en virtud del párrafo 1 de la Ley de Protección contra el Despido. La relación laboral está sujeta a la protección general contra el despido, dado que al menos debían ser tenidos en cuenta los trabajadores de Glas Q. Sociedad Comanditaria ocupados en las mismas instalaciones. La demandada, al menos con esta empresa, tiene un centro de trabajo conjunto. La gestión de personal se lleva unitariamente a través del gerente Q.N. Existían espacios de descanso y sociales conjuntos. La contabilidad salarial se lleva unitariamente, y ocasionalmente se contrata también personal recíprocamente. Además de esto, también se tiene en cuenta para el centro de trabajo conjunto la participación de los trabajadores de J.Q. senior Sociedad Comanditaria que se encuentran en la vecindad. Aun cuando pudiesen existir motivos empresariales urgentes en la demandada, el despido es, en todo caso, socialmente injustificado, por causa de una errónea toma en consideración del punto de vista social.

11 En una conciliación parcial de 03.06.2008, las partes han acordado, con avenencia de otros temas litigiosos, que se pagasen al actor los complementos de colaboración hasta julio de 2008 incluido, y que se eliminasen ambas sanciones —sin reconocimiento de un deber jurídico de la demandada— del expediente personal del actor.

12 Entonces, el actor ha solicitado aún,

13 1. Que se declare que la relación laboral existente entre las partes no ha finalizado por el despido de 31.01.2008;

14 2. En caso de éxito de la demanda declarativa relativa al mantenimiento de la relación laboral, que se condene a la demandada a readmitirle como vidriero, en condiciones inmodificadas, hasta la conclusión en firme del proceso por despido;

15 3. Subsidiariamente, para el caso de que no pueda accederse a la petición de continuación relativa al mantenimiento de la relación laboral, que se condene a la demandada a entregarle un certificado cualificado que se refiera al modo y duración de la actividad, y a su prestación, y a su comportamiento en la relación laboral.

16 La demandada ha solicitado,

17 Que se rechace la acción.

18 Ha afirmado que se trata de tres empresas organizadas de manera completamente diferenciada, que no colaboran ni jurídicamente ni materialmente. La transferencia de personal que ha tenido lugar por parte de Glas-Q. Sociedad Comanditaria ha tenido lugar en una situación de apuro de la demandada y ha sido reducida; tal «préstamo» sólo se lleva a cabo en caso de necesidad. A través de los contratos de servicios, no se ha construido ninguna estructura empresarial conjunta. Los medios empresariales disponibles no han sido agrupados para un objetivo unitario. Con el directivo T. existía una dirección institucionalizada propia en asuntos de personal y sociales. Dirigía la empresa sobre la base de responsabilidad propia y como un gerente. Sus decisiones sobre el mantenimiento de personal, contrataciones nuevas y despidos se aprobarían solamente por el gerente Q.N. El despido se lleva a cabo por motivos

empresariales. Sobre la base de un retraso en la ejecución de los pedidos, la empresa manufacturera que se encontraba en dificultades económicas, estaba en posición de cumplir sus obligaciones con personal reducido. De ahí que haya decidido finalizar la relación laboral del actor por razones de costes. Un motivo adicional ha sido el comportamiento mantenido por el actor en las últimas semanas y meses, en el día mencionado y cada vez más repetido, y que últimamente también ha conducido a las dos sanciones.

19 En la primera instancia, el Tribunal de Trabajo no ha advertido al actor ni por escrito ni verbalmente que los motivos adicionales de ineficacia debían alegarse hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia.

20 Por Sentencia de 03.06.2008, el Tribunal de Trabajo ha condenado a la demandada a entregar un certificado cualificado, y en el resto ha rechazado la acción. Contra la Sentencia comunicada a él el 27.06.2008, el actor ha interpuesto recurso de apelación el 17.07.2008, y ha fundamentado ésta el 27.08.2008.

21 La acción, contra la interpretación del Tribunal de Trabajo, considera que existe un centro de trabajo conjunto de las tres empresas del Grupo-Q., de manera que resulta de aplicación la Ley de Protección contra el Despido. El despido es antisocial. Le faltan motivos empresariales suficientes. No existe ninguna falta de trabajo. Se deriva ante todo de que la demandada, tras su despido, ha buscado vidrieros en varios anuncios de prensa. Por lo demás, el despido es ineficaz en virtud del parágrafo 242 del Código Civil, por causa de abuso de Derecho. La demandada no ha garantizado un respeto mínimo de las consideraciones sociales, dado que ha mantenido en el empleo al trabajador comparable T., mucho menos necesitado de protección. En este contexto, la demandada no podía apoyarse, por ello, en una violación de deberes contractuales. Supuesto que ésta se presente aquí, en realidad, de manera concreta, debe contraargumentarse que los eventuales incumplimientos de deberes en el pasado ya han sido utilizados por medio de las sanciones. En relación con ello, la demandada también se ha obligado en el ínterin a eliminar las sanciones de su expediente personal.

22 El actor solicita,

23 Que se modifique la Sentencia del Tribunal de Trabajo de Krefeld de 03.06.2008, y

24 1. Que se declare que la relación laboral existente entre las partes no ha terminado por el despido de 31.01.2008;

25 2. Complementariamente, que se condene a la demandada a reponerle en las mismas condiciones de trabajo, de nuevo como vidriero, con eficacia de 01.08.2008.

26 La demandada solicita,

27 Que se rechace el recurso de apelación.

28 Defiende la opinión jurídica del Tribunal de Trabajo de que la relación laboral no encaja en la Ley de Protección contra el Despido, por falta del número suficiente de trabajadores en el centro de trabajo. No se dan los requisitos para la aceptación de un centro de trabajo conjunto. En relación con los motivos del despido, se remite a la exposición actual. Las ofertas de empleo mencionadas en el procedimiento de apelación se efectúan porque, tras el despido del actor, había trabajadores enfermos de larga duración, o retirados. Contra el punto de vista del actor, en la extinción de su relación laboral también se ha tenido en cuenta un respeto mínimo de consideraciones sociales. Sin embargo, en el marco de una ponderación de intereses, habrían predominado las cargas empresariales, en especial en relación con la conducta

incumplidora por parte del actor el día citado. Al respecto, se remite a las consideraciones hechas en primera instancia sobre las sanciones.

29 Por causa de las singularidades adicionales del objeto material y del objeto litigioso, se remite al contenido expresado en los escritos intercambiados entre las partes en ambas instancias, así como a los documentos obrantes en autos.

Motivos de la decisión

30 La apelación del actor, frente a la que no existen reparos de admisibilidad, está fundada. La relación laboral de las partes, contra la opinión del Tribunal de Trabajo, no se extinguió por el despido ordinario de la demandada de 31.01.2008, el 31.07.2008.

31 A. La instancia previa ha decidido justamente en el resultado que el despido por la demandada de 31.01.2008 no es antisocial, en virtud del párrafo 1, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido. El actor no disfruta de ninguna protección contra el despido, en virtud del párrafo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido, al amparo del Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido.

32 I. El Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido sólo resulta de aplicación, en virtud del párrafo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido cuando en el centro de trabajo en el que el trabajador estaba ocupado, en el momento del despido, como regla, estaban ocupados más de diez trabajadores o más de cinco (antiguos) trabajadores, que ya estuviesen ocupados en el centro de trabajo el 31 diciembre 2003. No se tienen en cuenta las contrataciones de sustitución de los «antiguos trabajadores» ya retirados. Esto se desprende tanto del tenor literal del párrafo 23, apartado 1, inciso tercero, medioinciso segundo, de la Ley de Protección contra el Despido, como también de la génesis y del sentido y objetivo de la nueva regulación legal (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21.09.2006, AP Nr. 37 zu § 23 KSchG 1969).

33 II. Los requisitos para la protección contra el despido a que se refiere el Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido no existían en relación con el número de trabajadores de la demandada en el momento del despido litigado. La demandada no ocupaba ordinariamente por sí misma más de diez trabajadores. De los ocho trabajadores empleados últimamente por la demandada, estaban ocupados totalmente sólo cuatro trabajadores el 31.12.2003 en la demandada.

34 III. No puede seguirse al actor cuando defiende la idea de que el umbral del párrafo 23, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido se sobrepase para la intervención de la protección contra el despido a que se refiere el Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido, por el hecho de que la demandada dirija un centro de trabajo conjunto con las otras dos empresas del Grupo Q., o al menos con Glas Q. Sociedad Comanditaria. La primera instancia ha negado esto conforme a Derecho, con consideraciones adecuadas en lo esencial.

35 I. Un centro de trabajo es la unidad organizativa en la que el empresario solo o con sus trabajadores, con ayuda de medios técnicos e inmateriales, persigue objetivos técnico-laborales determinados con carácter duradero (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 11.02.2004, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 *Gemeinsamer Betrieb*; FITTING, *BetrVG*, 24ª ed., § 1 marg. 63, con justificaciones adicionales). El centro de trabajo también puede ser dirigido por varios empresarios como centro de trabajo conjunto. Hay que partir de la existencia de un

centro de trabajo conjunto de varios empresarios, cuando los medios empresariales materiales e inmateriales existentes en lugares de trabajo se reúnen, se ordenan y se ponen finalísticamente para un objetivo técnico-laboral unitario, y el empleo de la mano de obra humana se dirige por un aparato directivo unitario. Las empresas afectadas deben haberse vinculado jurídicamente, al menos de manera tácita, para una dirección conjunta. La dirección unitaria debe extenderse a las funciones esenciales del empresario en asuntos sociales y de personal. No basta la mera colaboración empresarial. Más bien, las funciones del empresario deben desempeñarse unitaria e institucionalmente para las empresas afectadas (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 18.10.2000, AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 22.06.2005, AP Nr. 23 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb, con justificaciones adicionales). La dominancia de una empresa por otra, vinculada a una relación de grupo, no basta para la existencia de un centro de trabajo conjunto. Esto también se aplica cuando la empresa dominante da instrucciones a la empresa dominada. Por ello, la empresa dominante no se convierte en propietaria de un centro de trabajo conjunto con la empresa dominada. El centro de trabajo conjunto se caracteriza por una aportación de medios empresariales y de trabajadores de las diferentes empresas, reunidos para un objetivo conjunto. Sobre la cuestión de si el núcleo de las funciones empresariales en asuntos sociales y de personal se ejerce por una dirección institucionalizada de las mismas, resulta decisivo ante todo si se practica la utilización de personal por todas las empresas implicadas, que es característica de la actividad normal de la empresa (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 24.01.1996, AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 22.06.2005, en el respectivo lugar indicado). La figura jurídica desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo del centro de trabajo conjunto de varios empresarios fue reconocida por la Ley para la Reforma de la Organización de la Empresa de 23.07.2001, en el parágrafo 1, apartado 1, inciso segundo, y apartado 2, de la Ley de Organización de la Empresa. El precepto no contiene ninguna disposición empresarial autónoma, sino que regula sólo requisitos bajo los cuales se presume *iuris tantum* la existencia de un centro de trabajo conjunto. En consecuencia, se basa en el concepto desarrollado por la jurisprudencia, que continúa siendo válido (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 11.02.2004, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; KIEL, *Erfurter Kommentar*, 9ª ed., § 1, § 23 KSchG marg. 5).

36 2. Por aplicación de estos principios, la Sala de apelación, concordemente con la Sentencia atacada, no se basa en la existencia de un centro de trabajo conjunto de la demandada con las otras dos empresas del Grupo Q., ni tampoco sólo con una de estas empresas.

37 a) Para la aceptación de un centro de trabajo conjunto, falta de entrada una aportación conjunta de medios empresariales y de trabajadores de las diferentes empresas. La empresa de la demandada, característicamente manufacturera, que en todo caso para la consecución de los objetivos empresariales emplea los medios empresariales necesarios primarios, no tiene ningún punto de conexión con el comercio al por mayor de productos de la construcción de J.Q. senior Sociedad Comanditaria, que se desarrolla en W., en un conjunto de 26 lugares de trabajo. Tampoco tiene lugar ninguna utilización de personal por todas las empresas implicadas. Supuesto que se realicen, por medio del contrato de servicios de 01.07.2002, prestaciones de servicios determinadas por J.Q. senior Sociedad Comanditaria frente a la demandada, se trata solamente de una cooperación empresarial parcialmente laboral, como la que frecuentemente

se encuentra en el marco de un grupo de empresas o en el ámbito de un grupo de sociedades. Nada distinto rige, en principio, para la relación de la demandada con Glas Q. Sociedad Comanditaria. Ciertamente, tras su traslado en el año 2006, la demandada ha alquilado instalaciones de estas empresas. Pero, de acuerdo con la exposición incontrovertida de la parte, no puede aceptarse que las dos empresas utilicen conjuntamente medios empresariales de modo jurídicamente relevante. El lugar de producción de Glas Q. Sociedad Comanditaria vinculado al comercio al por mayor está totalmente separado del ámbito laboral de la demandada. La utilización de lugares de descanso de Glas Q. Sociedad Comanditaria por los trabajadores de la demandada se produce, en todo caso, con un alcance restringido. En relación con ello, la demanda ha puesto de relieve que dos de sus colaboradores disponen allí de una taquilla para la ropa de moto que traen. De la exposición del actor cabe deducir una utilización amplia. Evidentemente, la demanda no necesita lugares especiales de descanso o sociales, dado que sus trabajadores son contratados principalmente para montajes o reparaciones en las instalaciones de los clientes. Además, en relación con Glas Q. Sociedad Comanditaria, tampoco tiene lugar ningún intercambio de personal de las empresas implicadas. No existe ni una planificación conjunta de las vacaciones ni de los servicios proyectados, ni tiene lugar una sustitución de las empresas implicadas durante los períodos de vacaciones y de enfermedad. Supuesto que los trabajadores de Glas Q. Sociedad Comanditaria han ayudado en el año 2007 por un total de 34 horas en la demandada, por causa de estrecheces de personal, esto es con una dimensión temporal que carece de importancia. Dicho empleo de mano de obra de la empresa vecina no es, en ningún caso, caracterizante de la actividad empresarial normal de la demandada. Asimismo, por lo demás, se trata sólo de una cooperación empresarial entre empleadores, en la que la participación de un empleador se reduce a la puesta a disposición de sus trabajadores para otro empleador (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 13.08.2008 – 7 ABR 21/07 - juris).

38 b) La instancia previa, además, ha aceptado correctamente que las funciones del empresario en asuntos de personal y sociales no se desempeñan aquí institucionalmente y unitariamente para un centro de trabajo conjunto. A la circunstancia, sobre la base de los contratos de servicio concluidos entre la demandada, así como Glas Q. Sociedad Comanditaria, con Joh.Q. senior Sociedad Comanditaria, de que exista en las últimas mencionadas una administración de personal de todas las empresas del Grupo Q., no puede atribuirse ningún significado decisivo. Ciertamente, la existencia de un departamento de personal conjunto puede representar un indicio esencial de un aparato de prestación conjunto, cuando las personas ocupadas en ello están autorizadas para el desempeño de funciones empresariales relativas al personal, o está dirigido por una persona que adopta las decisiones en asuntos esenciales de personal y sociales para las empresas afectadas (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 11.02.2004, en el respectivo lugar indicado; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 13.08.2008, en el respectivo lugar indicado). Pero dicha eficacia indiciaria no existe cuando, en relación con el departamento de personal (conjunto), como en el caso litigado, se trata de una unidad técnico-administrativa, que —como muestran los documentos presentados en el litigio— no adopta decisiones en asuntos relevantes sobre cogestión en relación con la demandada, sino que se limita en lo esencial a prestaciones de apoyo y asesoramiento. La contabilidad y la gestión de la documentación del personal por J.Q. senior Sociedad Comanditaria hay que considerarlas como meras prestaciones de servicios, que no abogan por sí mismas por la

existencia de una estructura directiva unitaria (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 13.08.2008, en el respectivo lugar indicado). El Tribunal de Trabajo, conforme a Derecho, tampoco ha extraído de la identidad del gerente de la sociedad complementaria de la empresa del Grupo Q. la conclusión de que exista un aparato directivo institucional y unitario de las empresas afectadas para la gestión de un centro de trabajo conjunto. Ciertamente, hay que concederle al actor que la identidad de personas en la dirección empresarial puede ser un indicio de la existencia de un aparato directivo unitario, también en el plano empresarial. Pero sólo de ello no puede deducirse obligatoriamente que haya una dirección conjunta en asuntos decisivos de personal y sociales. La circunstancia de que el señor Q.N. sea gerente de las tres sociedades complementarias, no significa todavía que desempeñe esta función para todas las empresas, también unitariamente. El mismo gerente puede dirigir las empresas por separado unas de otras, también en lo organizativo (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 11.02.2004, en el respectivo lugar indicado; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 25.05.2005, EzA Nr. 3 zu § 1 BetrVG 2001). Contra una dirección institucional unitaria, a los efectos de un centro de trabajo conjunto, aboga el que los objetivos técnico-laborales de las tres empresas sean completamente distintos, y no pueda establecerse ninguna conexión organizativa en relación con el empleo de los trabajadores asignados a ellas. Las empresas del Grupo Q. trabajan cada una con su propia plantilla, y delimitada en el plano organizativo-laboral de las otras. La coordinación en base a una dirección unitaria tampoco es constatable a partir de la exposición del actor.

39 c) Aun cuando se partiese, contra la interpretación previa, de la existencia de un aparato directivo unitario, esto carecería de significado en el caso presente, dado que falta en todo caso la cooperación necesaria de los trabajadores en el centro de trabajo conjunto, así como los medios empresariales materiales e inmateriales para un objetivo conjunto (cfr. Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 22.06.2005, en el respectivo lugar indicado; Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 13.08.2008, en el respectivo lugar indicado).

40 B. Sin embargo, el actor alega conforme a Derecho, en la segunda instancia, que

41 El despido por la demandada es ineficaz, en virtud del parágrafo 242 del Código Civil, por causa de la infracción de los principios de buena fe y confianza.

42 I. En el procedimiento de apelación, el actor se apoya, en primer lugar, en la malicia del despido, en virtud del parágrafo 242 del Código Civil. En ese caso, en conexión con la inadecuación social reprochada en primera instancia en virtud del parágrafo 1, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido, se trata de otro motivo de ineficacia, en el sentido del parágrafo 13, apartado 3, de la Ley de Protección contra el Despido (cfr. al respecto, KIEL, *Erfurter Kommentar*, en el respectivo lugar indicado, § 13 KSchG Rn. 19, con justificaciones adicionales), sobre cuya existencia tiene que pronunciarse la Sala que decide.

43 1. Según el parágrafo 6, apartado 1, de la Ley de Protección contra el Despido, en la nueva redacción dada el 01.01.2004 por el artículo 1, núm. 4, de la Ley sobre Reformas del Mercado de Trabajo de 24.12.2003, el trabajador que dentro del plazo del parágrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido ha reclamado la ineficacia jurídica de un despido en vía judicial, también puede invocar motivos no alegados todavía dentro del plazo para accionar en este procedimiento, hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia, para la fundamentación de la ineficacia. El parágrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido es una consecuencia de la ampliación del plazo de tres semanas del parágrafo 4, inciso primero,

de la Ley de Protección contra el Despido en todos los motivos de ineficacia de un despido por escrito (Actas de la Cámara Baja, 15/1204; STAHLHACKE/PREIS/VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 9ª ed., marg. 1816 a; FRIEDRICH, *KR*, 8ª ed., § 6 KSchG marg. 7). El párrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido posibilita al trabajador ampliar la acción en el curso del procedimiento, también para la declaración de la inadecuación social del despido, de acuerdo con el tenor literal, así como el sentido y finalidad del precepto, supuesto que se presentase la acción ejercitada dentro del plazo de tres semanas del párrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido, por causa de la ineficacia del despido por otros motivos. Aparte esto, la nueva regulación comprende —por causa de la ampliación del plazo del párrafo 4 de la Ley de Protección contra el Despido a motivos de ineficacia reales— también el caso contrario, en el que el trabajador ha ejercitado acción temporánea y formalmente contra el despido considerado por él como socialmente inadecuado, y que tras el transcurso del plazo quiere añadir más motivos de ineficacia, como, por ejemplo, la audiencia del comité de empresa no realizada o llevada a cabo con defectos, o la exclusión convencional o contractual del despido ordinario. Estos motivos de ineficacia también pueden ser todavía añadidos hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 08.11.2007, AP Nr. 63 zu § 4 KSchG 1969; concordemente, KIEL, *Erfurter Kommentar*, en el respectivo lugar indicado, § 6 KSchG marg. 5; FRIEDRICH, *KR*, en el respectivo lugar indicado; ASCHEID/HESSE, *APS*, 3ª ed., § 6 KSchG marg. 5; rechazando la eficacia preclusiva del § 6 de la Ley de Protección contra el Despido, QUECKE, *RdA* 2004, pág. 102; BAYREUTHER, *ZfA* 2005, pág. 398; ZIEMANN, *jurisPR-ArbR* 30/2008).

44 2. Aquí el actor no ha alegado los otros motivos de ineficacia hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia. Sin embargo, sobrepasar este límite temporal es inocuo, dado que el Tribunal de Trabajo ha incumplido su deber de instrucción derivado del párrafo 6, inciso segundo, de la Ley de Protección contra el Despido.

45 a) Según el párrafo 6, inciso segundo, de la Ley de Protección contra el Despido, el Tribunal de Trabajo debe instruir al trabajador sobre sus derechos, al amparo del párrafo 6, inciso primero, de la Ley de Protección contra el Despido. El precepto imperativo implica el correspondiente deber del Tribunal. No se deja a su voluntad hacer uso de ello. No obstante, el deber de instruir sobre la posibilidad del párrafo 6, inciso primero, de la Ley de Protección contra el Despido sólo existe supuesto que las alegaciones de las partes den ocasión a aquella instrucción. De manera evidente, otros motivos de ineficacia deben tomarse en consideración (ASCHEID/HESSE, *APS*, en el respectivo lugar indicado, § 6 KSchG, marg. 22, con justificaciones adicionales). La instrucción a que se refiere el párrafo 6, inciso segundo, de la Ley de Protección contra el Despido no la ha llevado a cabo la primera instancia en el litigio, aunque la concreta situación procesal lo ponía fácil. Al Tribunal de Trabajo le fueron comunicados por escrito los datos sociales del actor con sus detalles. Además, por la lista de personal enviada a los autos dentro de plazo, había que deducir que la demandada en el momento del despido ocupaba todavía más vidrieros/montadores, entre los cuales también el compañero T., que disponían de una antigüedad de solamente dos años. En vista de una mucho mayor antigüedad del actor, de su edad y de los múltiples deberes de alimentos que gravitaban sobre él, debía imponerse la cuestión de si la demandada, con su decisión de elegir al actor, cuando no existía ninguna protección general contra el despido en virtud de la Ley de Protección

contra el Despido, había violado en todo caso los principios de buena fe y confianza, en virtud del párrafo 242 del Código Civil. El Tribunal de Trabajo habría debido de instruir al actor obligatoriamente, en esa situación objetiva, sobre la necesaria alegación judicial del motivo de ineficacia hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia. Y ello más aún, cuando el actor ya ha reprochado, en el marco de su alegación sobre el párrafo 1 de la Ley de Protección contra el Despido, que el despido decretado por motivos empresariales según los datos de la demandada, es injustificado por causa de falta de toma en consideración de los puntos de vista sociales.

46 b) La violación del deber de instrucción por la primera instancia conduce a que el actor pueda invocar todavía en el procedimiento de apelación la ineficacia del despido, en virtud del párrafo 242 del Código Civil. En este contexto, sólo resulta controvertido si el defecto procedimental conduce a la remisión del litigio a la primera instancia con anulación de la Sentencia del Tribunal de Trabajo, o a tener que decidir el Tribunal de Apelación por sí mismo la cuestión (cfr. KIEL, *Erfurter Kommentar*, en el respectivo lugar indicado, § 6 KSchG marg. 7; sobre el párrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido, en su antigua redacción, Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 16.04.2003, AP Nr. 2 zu § 17 TzBfG).

47 3. Según la nueva redacción del párrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido, con eficacia desde 01.01.2004, los mejores motivos abogan en favor de la competencia del tribunal de apelación para decidir sobre el asunto. Pues a pesar del rótulo equívoco («Plazo de invocación prorrogado»), derivado de la antigua redacción —a diferencia de antes—, según su tenor literal, el precepto no comprende ningún cambio de la pretensión hasta la conclusión del juicio oral de la primera instancia, sino la introducción de más motivos de ineficacia, en el proceso, que por lo demás sigue siendo el mismo (correctamente, BAYREUTHER, en el respectivo lugar indicado, 402). Partiendo de ello, la instancia de apelación, como en otros casos comparables, puede remediar sin más el error procesal del Tribunal de Trabajo, decidiendo sobre el motivo de ineficacia adicional alegado, y efectuar al respecto la necesaria declaración sobre el asunto como segunda instancia de los hechos (párrafos 520, apartado 3, inciso segundo, núm. 4, y 531, apartado 2, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conexión con el párrafo 64, apartado 6, de la Ley del Tribunal de Trabajo). Los argumentos expresados en contra no convencen. El párrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido no da ninguna regla de cómo hay que proceder tras la infracción del deber de instrucción por el Tribunal de Trabajo. En cambio, el párrafo 68 de la Ley del Tribunal de Trabajo regula inequívocamente que, por causa de un error procesal del Tribunal de Trabajo, no es admisible la remisión del litigio a la primera instancia. Según opinión completamente unánime, de ello sólo cabe hacer una excepción, conforme al sentido y a la finalidad de la norma, cuando existe un error procesal que ya no puede ser corregido en la segunda instancia (cfr., al respecto, GMP/GERMELMANN, *ArbGG*, 6ª ed., § 68, marg. 4, con justificaciones adicionales). Respecto a la opinión aquí defendida, tampoco se discute luego el principio de celeridad procesal general, que rige de manera especial en el proceso por despido (cfr. párrafos 61a y 64, apartado 8, de la Ley del Tribunal de Trabajo). La instrucción sobre la pérdida de una instancia fáctica, en cambio, no contiene ningún argumento sólido. En virtud del artículo 19, apartado 4, de la Constitución Federal no es obligatorio que en el proceso judicial se examine un motivo por dos instancias fácticas (en el resultado, como aquí, FRIEDRICH, *KR*, en el respectivo lugar indicado, § 6 KSchG marg. 38; cfr. HOYNINGEN-HUENE/LINCK,

KSchG, 14ª ed., § 6 marg. 15; HAKO-GALLNER, 3ª ed., § 6 *KSchG* marg. 26; DREHER/SCHMITZ-SCHOLEMANN, *AnwK-ArbR*, § 6 *KSchG*, marg. 18; BADER, *NZA* 2004, 65, 68; BAYREUTHER, en el respectivo lugar indicado, 402; rechazándolo, ASCHEID/HESSE, *APS*, en el respectivo lugar indicado, § 6 *KSchG* marg. 27 y ss.; KIEL, *Erfurter Kommentar*, en el respectivo lugar indicado, marg. 7; dejándolo abierto, Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 12.05.2005, AP Nr. 53 zu § 4 *KSchG* 1969).

48 II. La demandada no ha garantizado al actor, con la extinción de la relación laboral en litigio, el mínimo de respeto social exigido por el artículo 12 de la Constitución Federal, y por ello, ha violado los principios de buena fe y confianza del parágrafo 242 del Código Civil. Por eso, el despido es ineficaz.

49 I. Fuera del ámbito de protección de la Ley de Protección contra el Despido, un trabajador está protegido frente a los despidos maliciosos, en virtud del parágrafo 242 del Código Civil. Esto también se aplica en los despidos en los que hay que realizar una selección entre varios trabajadores.

50 a) También en los despidos que se decretan fuera del ámbito de la Ley de Protección contra el Despido, se aplican los principios de buena fe y confianza (parágrafo 242 del Código Civil). Para determinar el contenido y los límites de esta protección contra el despido al margen de la Ley de Protección contra el Despido, hay que tener en cuenta el significado de los deberes constitucionales de protección. Como ha expresado en relación con ello el Tribunal Federal Constitucional (Auto de 27.01.1998 - 1 BvL 15/897 - AP Nr. 17 zu § 23 *KSchG* 1969), en las pequeñas empresas cabe exigir a los trabajadores el más grande riesgo jurídico de la pérdida del puesto de trabajo, en vista de los intereses predominantes y constitucionalmente protegidos del empresario. Pero no se quedan completamente sin protección. Donde las disposiciones de la Ley de Protección contra el Despido no se interponen, los trabajadores están protegidos por las cláusulas generales jurídico-civiles ante el ejercicio malicioso o inmoral del derecho a despedir del empresario (parágrafos 242 y 138 del Código Civil). En el marco de estas cláusulas generales, también hay que observar el contenido objetivo de los derechos constitucionales, y aquí ante todo el derivado del artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal.

51 b) En conexión con la decisión del Tribunal Federal Constitucional, la Sala Segunda del Tribunal Federal de Trabajo competente en asuntos de despido ha concretado luego los requisitos materiales de la protección contra el despido al margen de la Ley de Protección contra el Despido, y las exigencias de la alegación procesal (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 21.02.2001, AP Nr. 12 zu § 242 *BGB Kündigung*; Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 06.02.2003, AP Nr. 30 zu § 23 *KSchG* 1969; Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 28.08.2003, AP Nr. 17 zu § 242 *BGB Kündigung*).

52 aa) El Tribunal Federal de Trabajo ha explicado entonces, cuando hay que adoptar una selección entre varios trabajadores en caso de despido, también por el empresario de pequeña empresa, en la que la Ley de Protección de contra el Despido no resulta de aplicación, que debe garantizarse el mínimo de respeto social exigido por el artículo 12 de la Constitución Federal, y no debe dejar de tomarse en consideración la confianza en la subsistencia de la relación laboral adquirida por la colaboración de muchos años. No obstante, esto no significa que con ello en la pequeña empresa resulten análogamente aplicables los principios del parágrafo 1 de la Ley de Protección de contra el Despido, sobre la selección social. La exclusión de la pequeña empresa del ámbito de aplicación de la Ley de Protección de contra el Despido

supone, por su lado, tener en cuenta los importantes intereses del pequeño empresario protegidos por el artículo 12, apartado 1, de la Constitución Federal, cuyo derecho a despedir es digno de protección en gran medida. Como ha expresado el Tribunal Federal Constitucional en su Auto de 27.01.1998 (en el respectivo lugar indicado), en una empresa con menos mano de obra el éxito del negocio depende más que en las grandes empresas de cada concreto trabajador. Tanto como su capacidad de prestación, pesan los rasgos de su personalidad, que son importantes para la cooperación, la eficacia externa y el clima laboral. Junto a otras circunstancias, también tiene peso la dotación financiera ordinariamente reducida. Finalmente, también cuenta el gasto de administración que implica un proceso de protección contra el despido, más fuerte para la pequeña empresa que para una empresa más grande (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 06.02.2003, en el respectivo lugar indicado).

53 bb) La decisión de selección del empresario sólo puede examinarse en la pequeña empresa, tomando en consideración el interés del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo (cfr., al respecto, Tribunal Federal Constitucional, en el respectivo lugar indicado) y los intereses dignos de protección del pequeño empresario, si viola la buena fe y confianza. Dicha violación de la buena fe, en caso de despido de un trabajador que merece protección social, hay que suponerla con más intensidad, cuanto menor ha sido el papel jugado por los intereses propios del empresario en la decisión de selección. Si el empresario no tiene intereses propios específicos en despedir a un trabajador determinado, o en no despedir a otro trabajador comparable, y no obstante, despide al trabajador con una mayor antigüedad, al de más edad y al que tiene mayores deberes de alimentos, entonces todo aboga en favor de que el empresario ha prescindido en su decisión del mínimo de respeto social exigido constitucionalmente. Por otra parte, si existen parecidos intereses empresariales, personales u otros del empleador, entonces la protección constitucional del trabajador proporcionada por el parágrafo 242 del Código Civil, es tanto más débil cuanto con más intensidad estén afectadas las posiciones constitucionales del empresario protegidas con la cláusula de pequeña empresa en el caso concreto. Desde un punto de vista objetivo, se trata, ante todo, de proteger al trabajador ante despidos afectados por motivos arbitrarios o inadecuados (cfr. Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo de 21.02.2001 y 06.02.2003, en los respectivos lugares indicados).

54 cc) Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo, en el proceso por despido rige la siguiente distribución de la carga alegatoria y de prueba: en primer lugar, por principio, incumbe al trabajador alegar y probar que el despido es malicioso según el parágrafo 242 del Código Civil. La regla del parágrafo 1, apartado 2, inciso cuarto, de la Ley de Protección contra el Despido, según la cual el empresario ha de probar los hechos que condicionan el despido, no se aplica fuera de la Ley de Protección de contra el Despido. Sin embargo, la protección constitucionalmente exigida del trabajador, también en el Derecho Procesal, está garantizada por causa de que rigen los principios de carga alegatoria y de carga de la prueba escalonada. El trabajador que ordinariamente no conozca las razones de selección del empresario que han conducido a su despido, en un primer escrito sólo debe exponer una circunstancia que indicie la malicia del despido según el parágrafo 242 del Código Civil. Si según ello es reconocible a primera vista que el empresario ha mantenido en el empleo a un trabajador comparable, notoriamente menos necesitado de protección que el actor, entonces esto aboga en favor de que el empresario ha prescindido del mínimo de respeto social exigible, y por eso, el despido es malicioso (parágrafo 242 del Código Civil). Según el parágrafo 138, apartado 2, de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, el empresario debe implicarse de manera cualificada en esta alegación, para debilitarla. En este contexto, ello impone al empresario que aporte datos de sus decisiones de selección, y también sobre los motivos del asunto. Si no cumple con esta carga de alegación secundaria, se considera como probada la exposición concluyente de hechos del trabajador, en virtud del párrafo 138, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, si el empleador aduce motivos empresariales, personales u otros que le han movido a despedir al trabajador a primera vista necesitado de protección social, entonces el trabajador tiene que probar los hechos de los que puede desprenderse la malicia del despido (cfr. Sentencias del Tribunal Federal de Trabajo de 21.02.2001 y 06.02.2003, en el respectivo lugar indicado).

55 2. Por aplicación de los principios jurídicos mencionados, la Sala de apelación llega a la conclusión, tras valoración de los intereses de ambas partes, de que la demandada no garantiza al actor el mínimo de respeto social exigido constitucionalmente, y con la decisión del despido litigado ha actuado maliciosamente.

56 a) Según la opinión de la Sala de apelación, el actor ha aducido una circunstancia que indicia la malicia del despido, de conformidad con el párrafo 242 del Código Civil. Puede suponerse a favor de la demandada que en el momento del despido, a pesar de los anuncios de prensa posteriores en los que se buscaba vidrieros, existían los motivos empresariales alegados. Aun cuando se parta de ello, era evidentemente errónea, en todo caso, la decisión selectiva adoptada por la demandada, en relación con el trabajador T. que permaneció en la empresa. Este trabajador y el actor eran comparables el uno con el otro. Según la exposición de las partes, se les encomendaban las mismas funciones laborales como vidrieros/montadores. La función de capataz se la había retirado la demandada al actor ya antes de la decisión del despido. La eficacia de esta medida ya no estaba últimamente en litigio. Según los datos sociales del Trabajador T, no cabe entender desde un punto de vista objetivo, por qué la demandada ha recurrido al actor en su decisión selectiva. En el momento del despido, el actor no era sólo siete años mayor que este trabajador, sino también más digno de protección social por causa de mayores deberes alimenticios. Pero ante todo, el actor tenía una antigüedad de 31 años y medio; en consecuencia, había pasado prácticamente su vida laboral desde el principio con la demandada. En cambio, el trabajador T. llevaba empleado precisamente un año y medio en el momento del despido. En especial, por causa de la extrema separación de los períodos de antigüedad, como conclusión, no puede haber ninguna duda razonable de que la demandada, como no tenía otros motivos empresariales para la selección adoptada, no ha garantizado en el despido del actor el mínimo de respeto social.

57 b) Los intereses empresariales alegados por la demandada no son adecuados para justificar su decisión selectiva que grava al actor. La demandada invoca, sin éxito, que debía tomarse en consideración el comportamiento del actor mantenido repetidamente en las últimas semanas y meses de la relación laboral, y que al final también condujo a las dos sanciones.

58 aa) Supuesto que la demandada ha alegado en la primera instancia que existe, en consecuencia, un motivo adicional en el comportamiento del actor, no puede tomársele ya como punto de partida. De todas formas, la lógica alegación de hechos de la demandada, en relación sólo con los sucesos sancionados, tampoco podría justificar la extinción ordinaria de la relación laboral decretada por ella, considerando la falta de protección contra el despido del Capítulo Primero de la Ley de Protección contra el Despido.

59 Con la decisión de la sanción, como regla, el empresario renuncia al mismo tiempo al derecho a despedir por los motivos por causa de los cuales se ha llevado a cabo la sanción. Esto no se aplica únicamente cuando, en virtud de los parágrafos 133 y 157 del Código Civil, haya que deducir de la sanción en sí misma o de las circunstancias, que el empresario no considera arreglado el asunto con la sanción. En caso contrario, el derecho a despedir desaparece con la renuncia. Si el empresario ha renunciado al derecho a despedir por motivos disciplinarios, no puede apoyar el despido posterior sólo en motivos disciplinarios, sino recurrir sólo a ellos como apoyo, cuando ocurran temporáneamente otras circunstancias importantes que justifiquen el despido, o sólo las conozca con posterioridad (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 06.03.2003, AP Nr. 30 zu § 611 BGB Abmahnung; Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 02.02.2006, AP Nr. 52 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbediente Kündigung). Estos principios también se aplican al margen de la Ley de Protección contra el Despido, pues no afectan a valoraciones jurídicas específicas del despido, sino a principios jurídico-civiles generales. Aun cuando la Ley de Protección contra el Despido no resulta de aplicación, el empresario puede renunciar al despido por un motivo determinado, con la consecuencia de que desaparece entonces el derecho a despedir (Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 13.12.2007, AP Nr. 83 zu § 1 KSchG 1969).

60 De los dos escritos de la demandada de 21.11.2007, hay que deducir sin ninguna duda que la demandada consideró los sucesos sancionados frente al actor como arreglados con las sanciones, que también podrían haber sido el punto final de un desarrollo previo. La demandada anunciaba el despido con o sin derecho de preaviso expresamente (sólo) en el caso en que el actor incumpliese de nuevo sus deberes contractuales en el modo y manera sancionados por ella. Una posterior falta del actor en el período subsiguiente a la decisión de sancionar, tampoco ha podido invocarla la demandada en la réplica expresa de la Sala de apelación en el último juicio oral.

61 bb) La demandada no puede ser atendida acerca de haber podido tener en consideración la falta antes sancionada por ella, en el despido por motivos empresariales que impuso al actor.

62 La Sala de apelación no quiere concluir, por principio, que el empresario también puede remitirse conforme a Derecho, en la decisión de selección en una pequeña empresa, a las sanciones impuestas al trabajador notoriamente necesitado de protección. Ante todo, esto debería tenerse en consideración cuando la confianza en la credibilidad del trabajador se quebranta por una conducta incumplidora, y la relación laboral se contamina especialmente por ello. Sin embargo, la debida toma en consideración de la confianza derivada de un empleo que dura muchos años exige que el motivo de despido del trabajador ocupado durante muchos años deba «ser obvio», también desde el punto de vista de la antigüedad. Por eso, puede ser valorado como malicioso, cuando el empresario, también en la pequeña empresa, no quiere claramente apoyar el despido en el peso de un error grave cometido por el trabajador intachable empleado desde décadas (cfr. Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 28.08.2003, en el respectivo lugar indicado).

63 Pero, según opinión de la Sala de apelación en la valoración actual de los intereses de ambas partes, los dos sucesos sancionados no son en ningún caso apropiados para justificar la decisión de selección de la demandada. La falta que reprocha al actor no parece tan importante, frente a la actividad evidentemente irreprochable de los muchos años anteriores, y ya no puede poder considerarse decisiva. Según los hechos incontrovertidos del caso, la razón para los

dos reproches de la demandada no fue claramente grave. Si esto fuera distinto, a pesar de la incertidumbre del desenlace del proceso de despido por vía distinta de una conciliación parcial, la demandada no se hubiera obligado a eliminar del expediente personal las dos sanciones cuya justificación el actor había negado. Por ello, la demandada reconoce que ya ha retirado la función de capataz al actor con el escrito de 18.12.2007, en conexión con las sanciones. También por causa de esta sanción complementaria no es evidente qué motivos importantes pudieran sostener la decisión de selección frente al actor ocupado ya solamente como vidriero.

64 C. Supuesto que el Tribunal de Trabajo ha estimado la petición subsidiaria del actor sobre otorgamiento de un certificado final cualificado, esta condena de la demandada queda sin eficacia con la decisión de la Sala de apelación. El actor ha planteado la petición del certificado como verdadera petición eventual, sólo para el caso de que su petición declarativa dirigida contra el despido no tenga éxito. Esta condición no se ha cumplido, sobre la base de la presente decisión.

65 D. Decisiones complementarias:

66 I. La decisión sobre costas

67 Hay que adoptarla, tras tener en cuenta los párrafos 91, apartado 1, y 92, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

68 1. Para el reparto de las costas de la primera instancia, hay que partir de un valor total de 17.728,-- euros, según la nueva fijación del valor de las costas judiciales, en virtud del párrafo 63, apartado 3, de la Ley de Costas Judiciales. Hay que valorar la pretensión de protección contra el despido en 8.298,-- euros, en virtud del párrafo 42, apartado 4, inciso primero, de la Ley de Costas Judiciales. La pretensión declarativa común adicional ejercitada no surte efectos para incrementar la valoración. Se agregan las pretensiones de eliminación de las dos sanciones (3.688,-- euros), de otorgamiento del certificado provisional (922,-- euros) y eliminación de los datos del actor de la página de Internet (500,-- euros). Frente a la valoración del Tribunal de Trabajo, hay que tomar en consideración la pretensión del actor relativa al complemento de capataz, con la declaración de un deber de pago mensual, en virtud del párrafo 42, apartado 3, de la Ley de Costas Judiciales, con un importe anual triplicado, en relación con lo cual parece apropiado un descuento en cuantía del 20 por ciento por la ejecutoriedad fallida. Lo importes ya vencidos al ejercitarse la acción, que el actor había reclamado, no se computarán (párrafo 42, apartado 5, inciso primero, de la Ley de Costas Judiciales). Finalmente, quedan sin tomarse en consideración las pretensiones subsidiarias del actor, dado que no se ha decidido sobre ellas.

69 2. Si se parte de los valores individuales mencionados, se deriva para la primera instancia un reparto de las costas de 5/18 (actor) y de 13/18 (demandada). En primer lugar, hay que tomar en consideración que el actor ha vencido en el proceso por despido. En vista de los objetos de la conciliación parcial de 03.06.2008, hay que basarse en un reparto de las costas, en virtud del párrafo 98 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

70 3. Supuesto que en la segunda instancia todavía hubo que decidir el objeto principal, la demandada tiene que cargar con las costas, como parte vencida, en virtud del párrafo 91, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La retirada de la pretensión complementaria de readmisión planteada carece de relevancia, dado que no ha provocado ningún coste adicional.

71 II. Hay que admitir la casación ante el Tribunal Federal de Trabajo, en virtud del párrafo 72, apartado 2, núm. 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo. No existe todavía ninguna declaración de la cuestión litigiosa por el Alto Tribunal, de cómo hay que proceder tras la

nueva redacción del parágrafo 6 de la Ley de Protección contra el Despido, cuando el motivo de ineficacia del despido se alega por vez primera en el proceso de apelación, en caso de violación del deber de instrucción por el Tribunal de Trabajo.

72 Sauerland Briefs Bickhove-Swidorski

2. Caso *Gottling v. P.R. Incorporated*, resuelto por la Corte Suprema de Utah el 17 septiembre 2002

Corte Suprema de Utah

Toby GOTTLING, demandante y apelada,

v.

P.R. INCORPORATED, d/b/a Carbmaster y Kelly Peterson, demandados y apelantes

Núm. 20010324

17 septiembre 2002

Nueva audiencia denegada, 13 diciembre 2002

Robert H. Wilde, Russell A. Denton, Midvale, por la demandante. Steven R. McMurray, Bradley L. Tilt, Salt Lake City, por los demandados.

HOWE, Juez.

INTRODUCCIÓN

§ 1 Concedemos esta apelación interlocutoria para decidir si la Corte juzgadora decidió correctamente que una trabajadora a voluntad, que reclama haber sido discriminada por su empresario y que es incapaz de buscar remedio al amparo de la Ley Antidiscriminación de Utah, puede proseguir una acción civil por despido injusto en contravención de un orden público invocado contra la discriminación por razón de sexo.

TRASFONDO

§ 2 La demandante Toby Gottling alega que su empresario, el demandado P.R. Incorporated, la despidió porque se negó a mantener una relación sexual con el propietario de P.R. Incorporated, el demandado Kelly Peterson. La Ley Antidiscriminación de Utah (UADA o la Ley) prevé un remedio administrativo para la discriminación, la represalia o el acoso por el empresario, sobre la base de sexo, raza, color, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad. *Utah Code Ann.* secciones 34A-5-101 a 108 (1999). El remedio está limitado, sin embargo, a aquellas personas que trabajan para un empresario de quince o más trabajadores (empresarios grandes). Véase *Utah Code Ann.* secciones 34A-5-102(8)(a)(iv) (definiendo «empresario» a efectos de la Ley, como una «persona que emplee 15 ó más trabajadores dentro del Estado por cada día laborable en 20 semanas naturales o más, en el año natural actual o precedente»). Dado que P.R. Incorporated —al igual que la mayoría de empresarios de Utah— emplea menos de quince personas, Gottling no puede pretender el remedio de la UADA por la alegada discriminación de P.R. Incorporated. Véase *Burton v. Exam Ctr. Indus. & Gen. Med.*, 2000 UT 18, § 25, 994 P.2d 1261 (Durham, Juez, disintiendo) (afirmando que tan recientemente como 1999, el 69,7% de los empresarios de Utah eran pequeños empresarios).

§ 3 Buscando un remedio alternativo, Gottling planteó esta acción invocando una causa de pedir extracontractual de Derecho común, previamente no reconocida por esta Corte. Basándose en nuestra jurisprudencia prohibiendo el despido de un trabajador a voluntad en contravención de un orden público claro y sustancial, Gottling alegó que P.R. Incorporated la había despedido injustamente en contravención del orden público contrario a la discriminación por razón de sexo. Véase *Burton*, 2000 UT 18 en § 17, 994 P.2d 1261 (afirmando que, aunque Utah no tenía un orden público contrario a la discriminación por razón de edad, la discriminación por causa de «sexo ... puede presentar consideraciones diferentes»); *Fox v. MCI Communications Corp.*, 931 P.2d 857, 860 (Utah 1997) (afirmando que «un orden público cuya contravención se alcanza en la extinción de un contrato de trabajo, debe ser “claro y sustancial” para ser accionable»); *Berube v. Fashion Ctr., Ltd.*, 771 P.2d 1033, 1043 (Utah 1989) (reconociendo la existencia de una acción por despido injusto de un trabajador a voluntad en violación de un orden público sustancial e importante).

§ 4 P.R. Incorporated contestó la demanda de Gottling negando sus alegaciones e invocando las defensas positivas de que (1) la causa de pedir de Gottling fue reemplazada por la UADA; (2) Gottling había renunciado a agotar sus remedios administrativos al amparo de la UADA; y (3) Kelly Peterson no podía ser considerado personalmente responsable por la conducta de P.R. Incorporated. Gottling solicitó entonces un juicio sumario parcial y para combatir las defensas positivas de P.R. Incorporated. Como respuesta, P.R. Incorporated contrasolicitó un juicio sumario, arguyendo que una acción de despido injusto en contravención de un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo no existe en Utah, y que Kelly Peterson no podía ser considerado personalmente responsable. Tras la audiencia, la Corte juzgadora falló en favor de Gottling en todas las cuestiones. Posteriormente, accedimos a la petición de P.R. Incorporated de una apelación interlocutoria.

CANON DE REVISIÓN

§ 5 «Revisamos el fallo sumario de una Corte juzgadora, decidiendo sobre su corrección y sin estar vinculados por sus conclusiones jurídicas». *Utah Coal & Lumber v. Outdoor Endeavors Unlimited*, 2001 UT 100, § 9, 40 P.3d 581.

ANÁLISIS

§ 6 P.R. Incorporated sostiene que Gottling no puede proseguir una acción de despido injusto basada en la contravención de un orden público invocado, contrario a la discriminación por razón de sexo, porque (1) la UADA reemplaza todos los remedios de discriminación en el empleo de Derecho común, y (2) Utah no tiene un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo. P.R. Incorporated también afirma que Kelly Peterson no puede ser personalmente responsable por la alegada discriminación de la empresa. Nos dirigimos a cada argumento secuencialmente.

I. REEMPLAZO

A.

§ 7 Desde hace tiempo hemos sostenido que «cuando surge un conflicto entre el Derecho común y una Ley o el Derecho constitucional, el Derecho común debe ceder». *Hansen v. Utah State Ret. Bd.*, 652 P.2d 1332, 1337 (Utah 1982), porque «el Derecho común no puede ser

autoridad en oposición a nuestros preceptos positivos». *In re Garr's Estate*, 31 Utah 57, 68, 86 P. 757, 761 (1906). De hecho,

[I]a regla de Derecho común de que las Leyes en derogación de aquél tienen que ser interpretadas en sentido estricto no tiene aplicación a las Leyes de este Estado. Las Leyes establecen el Derecho de este Estado, respecto a los temas a los cuales se refieren, y sus disposiciones y todos los procedimientos a su amparo tienen que ser liberalmente interpretados, con vistas a dar eficacia a los objetos de las Leyes y a promover la justicia.

Utah Code Ann. sección 68-3-2 (1999); véase *Retherford v. AT & T Communications*, 844 P.2d 949, 962 (Utah 1992); *Garr's Estate*, 86 P. en 761. Consecuentemente, como una ordenanza, el Derecho común es inválido «si se introduce en un área que el [I]legislativo ha reemplazado por una legislación integral, orientada a blanquear un campo particular». *State v. Hutchinson*, 624 P.2d 1116, 1121 (Utah 1980) (analizando el efecto de reemplazo de una Ley sobre la Ordenanza de un Condado).

§ 8 Si la legislación se orienta a blanquear un campo particular —y por ello reemplaza el Derecho común existente o en desarrollo—, es obviamente una cuestión de intención del legislador. *Richardson v. Matador Steak House, Inc.*, 948 P.2d 347, 350 (Utah 1997). En pocas palabras, debemos decidir si el legislador, con su amplio poder de legislar, pretendió ejercitar ese poder y ocupar el campo, de tal modo que se excluya la contemporánea aplicación y el desarrollo del Derecho común. Véase *Gilger v. Hernandez*, 2000 UT 23, § 11, 997 P.2d 305. Generalmente, cuando respondemos a esta cuestión aplicamos el análisis de dos niveles para determinar la intención de reemplazar, establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹. *Idem*; *Price Dev. Co. v. Orem City*, 2000 UT 26, § 12, 995 P.2d 1237. Recientemente resumimos este marco analítico como sigue:

[i] Las Cortes a veces, cuando encaran la cuestión del reemplazo, encuentran palabras en la ... Ley que revela una intención [legislativa] explícita de reemplazar el Derecho [común].
 [ii] Más a menudo, el lenguaje reemplazante no aparece, o no responde directamente a la cuestión. En este caso, las Cortes deben considerar si la ... «estructura y propósito» de la Ley, o el lenguaje legal no específico, a pesar de ello revelan una intención de reemplazar clara, pero implícita. [a] Una ... Ley, por ejemplo, puede crear un plan de regulación [legal] «tan dominante como para hacer razonable la inferencia de que [el legislativo] no dejó espacio al [Derecho común] para complementarla». [b] Alternativamente, el Derecho [escrito en la Ley] puede estar en «conflicto irreconciliable» con el Derecho [común]. Cumplir ambos ..., por ejemplo, puede ser una «imposibilidad física», o, [c] el Derecho [común] puede «erigirse como un obstáculo para el cumplimiento y ejecución de todo el propósito y los objetivos de [el legislador]».

¹ Tanto *Gottling* como *P.R. Incorporated* centran sus argumentos sobre reemplazo en el marco analítico que establecimos en *Retherford v. AT & T Communications*, 844 P.2d 949, 964-66 (Utah 1992). *Retherford*, sin embargo, previó una prueba muy especializada para determinar el efecto de reemplazo, «cuando la Ley en cuestión ofrece un remedio para un tipo específico de lesión causada por un acto del demandado, y cuando las razones de pedir de Derecho común invocadas, aunque basadas en los mismos hechos, ofrecen un remedio para una lesión potencialmente diferente basada en esos mismos hechos». *Gilger*, 2000 UT 23 en § 10, 997 P.2d 305. Aquí, no nos encontramos ante un conflicto entre un remedio legal específico y un remedio de Derecho común para una lesión potencialmente diferente basada en los mismos hechos, porque la UADA no ofrece un remedio a las personas discriminadas por los pequeños empresarios. En consecuencia, la aplicación del marco de *Retherford* es inapropiada en esta situación.

Gilger, 2000 UT 23 en § 11, 997 P.2d 305 (citando *Barnett Bank of Marion County v. Nelson*, 517 U.S. 25, 31, 116 S.Ct. 1103, 134 L.Ed.2d 237 (1996)); véase también, *Burbank v. Lockheed Air Terminal, Inc.*, 411 U.S. 624, 93 S.Ct. 1854, 36 L.Ed.2d 547 (1973); 2B Norman J. Singer, *Sutherland Stat. Constr.* § 50:05, en 156 (6ª ed. 2001) («Cuando los principios de Derecho común, asociados con el tema de una Ley, no son expresamente afirmados o negados, el alcance con el que el Derecho común se altera o se cambia, se deja a la interpretación»). Así, cuando el lenguaje llano de la Ley o su estructura y propósito demuestran una intención legislativa de reemplazar un área del Derecho, la Ley se convierte en la única fuente del Derecho en esa área, y el desarrollo y la aplicación de los principios del Derecho común necesariamente cesan.

B.

§ 9 Volviendo a la UADA, consideramos que el lenguaje llano de la sección 34A-5-107(15) revela una intención legislativa explícita de reemplazar los remedios de Derecho común en la discriminación en el empleo². Esta sección dispone: «Los procedimientos contenidos en esta sección son el remedio exclusivo, al amparo del Derecho del Estado, para la discriminación en el empleo basada en raza, color, sexo, represalia, embarazo, parto o condiciones relacionadas con el embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad». Sección 34A-5-107(15). El lenguaje de esta «disposición de exclusividad» indica inequívocamente que la UADA reemplaza «las causas de pedir de Derecho común» en la discriminación en el empleo basada en los «motivos específicos» que ella lista. *Retherford*, 844 P.2d at 961 (sosteniendo que la UADA reemplaza las causas de pedir por represalia).

§ 10 Al declarar que la UADA es el «remedio exclusivo, al amparo del Derecho del Estado, para la discriminación en el empleo», la sección 34A-5-107(15) no hace distinción entre acciones contra empresarios grandes y pequeños. Puede argüirse que, tal como se usa en esta sección, la frase «discriminación en el empleo» se refiere únicamente a la discriminación por empresarios grandes, porque sólo los empresarios grandes están sujetos a las disposiciones sobre remedios de la UADA. Este argumento fracasa, sin embargo, porque la UADA no define la frase «discriminación en el empleo», y por eso, debemos leer la frase literalmente, de acuerdo con su significado aceptado y ordinario. *Versluis v. Guar. Nat'l Cos.*, 842 P.2d 865, 867 (Utah 1992) (afirmando que debemos «dar efecto a cada término de acuerdo con su significado aceptado y ordinario»); *Savage Indus. v. State Tax Comm'n*, 811 P.2d 664, 670 (Utah 1991) (afirmando que «las palabras de la Ley se leen literalmente»); véase también *Hanchett v. Burbidge*, 59 Utah 127, 135, 202 P. 377, 380 (1921) (afirmando que cuando «el lenguaje es claro e inequívoco debe sostenerse que significa lo que expresa»). Ordinariamente, la frase «discriminación en el empleo» designa la discriminación por el empresario, con independencia del tamaño del empresario. Véase, por ejemplo, *Burton*, 2000 UT 18 en § 21, 994 P.2d 1261 (Durham, Juez, disintiendo) (afirmando que la decisión «se aplicará a toda clase de discriminación en el empleo», refiriéndose al «objetivo amplio de eliminar la discriminación en el empleo» del legislador, y reconociendo un «deseo proclamado públicamente de eliminar la discriminación en el empleo»). Es en este sentido general que la frase se usa en la sección 34A-5-105(7)(a)(i), en donde el Consejo Consultivo sobre Antidiscriminación y Trabajo se orienta

² Anotamos que se nos pidió decidir si la UADA reemplaza los remedios de Derecho común en la discriminación en el empleo, en *Burton*. Dado que decidimos ese caso en base a otro motivo, no nos ocupamos de la cuestión. *Burton*, 2000 UT 18, 994 P.2d 1261.

a «hacer recomendaciones» a la Comisión de Trabajo y a la División de Antidiscriminación y Trabajo, «en relación con materias» que incluyen la «discriminación en el empleo».

§ 11 Asumimos que el legislador usó la frase «discriminación en el empleo» conscientemente. Véase *Versluis*, 842 P.2d at 867 (afirmando que al leer una Ley, presumimos que «el legislador usó cada frase conscientemente»). Por todas partes, la UADA se refiere a «prácticas de empleo discriminatorias o prohibidas», que son estrictamente definidas como aquellas actividades especificadas como discriminatorias en la sección 34A-5-106(1)(a) a (f), cada una de las cuales exige un «empresario» comprendido en el significado de la sección 34A-5-102(8)(a)(iv). Véase sección 34A-5-106(1). El legislador podía haber usado la frase «prácticas de empleo discriminatorias o prohibidas» en la sección 34A-5-107(15) y, por ello, haber limitado el efecto de reemplazo de la UADA sobre las acciones de Derecho común por discriminación frente a los grandes empresarios. Sin embargo, escogió usar el término no definido y más expansivo. Esa opción, combinada con el uso de la palabra «exclusivo» y la falta de cualquier otro lenguaje cualificador, revela explícitamente la intención del legislador de reemplazar todas las otras causas de pedir del Derecho del Estado por discriminación en el empleo.

C.

§ 12 Incluso si en la UADA faltaba una afirmación explícita de la intención de reemplazar, nuestra consideración de que reemplaza los remedios de Derecho común para la discriminación en el empleo no cambiaría, porque una clara intención de reemplazar puede deducirse implícitamente de la estructura y propósito de la Ley. La UADA fue concebida «para prohibir la discriminación en el empleo» y utiliza una variedad de herramientas para cumplir ese objetivo. *Univ. of Utah v. Indus. Comm'n*, 736 P.2d 630, 636 (Utah 1987). No sólo crea un remedio administrativo para aquellos que alegan haber sido discriminados por los grandes empresarios, la UADA también prevé un remedio para aquéllos discriminados por agencias de empleo, sindicatos, y personas que ayudan, incitan, obligan, o fuerzan a cometer «prácticas de empleo discriminatorias o prohibidas». Sección 34A-5-106(1)(b) a (e). Además, la UADA «crea un sistema burocrático sustancial para llevar a efecto su objetivo». *Burton*, 2000 UT 18 en § 24, 994 P.2d 1261 (Durham Juez, disintiendo). Establece tanto la División Antidiscriminación y Trabajo como el Consejo Antidiscriminación y Consultivo de Utah. Secciones 34A-5-104 to -105. Delega el poder para recibir, investigar y tramitar quejas. Sección 34-5-104(2)(b). Ordena que la «existencia, carácter, causas y extensión de» la discriminación en el empleo sean investigados y estudiados. Sección 34-5-104(2)(c). Prevé la formulación de planes para la eliminación de la discriminación, la emanación de publicaciones orientadas a promover la buena voluntad y a eliminar la discriminación, y la propuesta de legislación orientada a eliminar la discriminación. «Claramente, el legislador creía que los objetivos de la Ley era tener amplias e importantes implicaciones para el bienestar de los trabajadores de Utah». *Burton*, 2000 UT 18 en § 24, 994 P.2d 1261 (Durham, Juez, disintiendo); véase también *Salt Lake City Corp. v. Confer.*, 674 P.2d 632, 633-34 (Utah 1983). Dicha aproximación detallada y de amplio alcance al problema de la discriminación, que comprende una amplia variedad de métodos, claramente manifiesta la intención del legislador de blanquear completamente el campo del Derecho del Empleo en Utah.

§ 13 Adicionalmente, para evidenciar la intención de reemplazar el campo del Derecho de la discriminación en el empleo en general, la estructura de la Ley también muestra que el

legislador pretendió su reemplazo de las acciones de discriminación en el empleo de Derecho común, aplicables a trabajadores de pequeños empresarios. A pesar de establecer un completo plan legislativo, que incluye la norma de que cinco representantes del público en general se sienten en el Comité Consultivo Antidiscriminación, véase sección 34A-5-105(1)(a)(v), la UADA exime específicamente a los pequeños empresarios de su remedio administrativo. Véase sección 34A-5-102(8)(a)(iv). La naturaleza obvia de esta categoría de empresarios —que comprende la mayoría de empresarios de Utah— deja poca duda de que su exclusión fue intencionada. Véase *Gilger*, 2000 UT 23 en § 12, 997 P.2d 305 (considerando que la Ley de Bares reemplazaba el remedio de Derecho común sobre bares frente a anfitriones sociales que servían a sus invitados solamente cerveza, por causa de que la Ley «específicamente excluye [esta categoría] de sus disposiciones sobre responsabilidad civil», y que «[d]ada la obviedad de esta categoría de suministradores de cerveza», era «obvio» que dicha exclusión era intencionada. Véase 2B Singer, *Sutherland Stat. Constr.* § 50:05, en 158 (6ª ed. 2000) («la legislación [g]eneral y completa en la que el desarrollo de la conducta, las partes, las cosas afectadas, los plazos, y las excepciones se describen precisamente, indica la intención legislativa de que la Ley debiera derogar totalmente y reemplazar el Derecho común que trata del tema») (citando *Hammond v. Wall*, 51 Utah 464, 171 P. 148 (1917)). Más aún, la UADA crea un elaborado proceso de remedios exigiendo que

[a] el trabajador cubierto que alega discriminación debe plantear su demanda en los 180 días siguientes a la discriminación alegada ... La denuncia se registra en la UADA y es tramitada administrativamente. En el proceso administrativo se puso el énfasis en la conciliación y la resolución voluntaria. La UADA impone que la agencia administrativa «intente un arreglo entre las partes, por medio de conferencia, conciliación o persuasión». Si el denunciante tiene éxito, el remedio previsto incluye la readmisión, salarios de tramitación y prestaciones, y los gastos de abogado, pero los daños y perjuicios compensatorios y de castigo no pueden otorgarse. Todo esto se hace sin gastos por la agencia administrativa.

Burton, 2000 UT 18 en § 17, 994 P.2d 1261 (citas internas omitidas). Sería ilógico suponer que el legislativo pretendió prever el beneficio de este procedimiento rápido y barato para empresarios grandes, mientras que, al mismo tiempo, pretendiese sujetar a los pequeños empresarios a la acción de responsabilidad civil extracontractual, en la que resultarían vulnerables a plazos para accionar más largos, a daños y perjuicios, a gastos de abogados y, posiblemente, a juicio por jurado. En efecto, «parece ... que la política reflejada en la cuidadosa determinación legislativa de quiénes son responsables y quiénes no responsables, al amparo de la Ley, no puede coexistir con la imposición por las Cortes de cánones diferentes de ... exposición a daños y perjuicios para algunos de aquellos respecto de los que el legislador decidió que no deberían ser responsables, al amparo de la Ley». *Gilger*, 2000 UT 23 en § 13, 997 P.2d 305. En consecuencia, concluimos que la estructura y objetivo de la UADA exhibe claramente una intención implícita de reemplazar las causas de pedir de Derecho común para la discriminación en el empleo, a la vez para los empresarios grandes y pequeños.

§ 14 El disidente sugiere que se presume que los legisladores conocen el Derecho común en vigor en el momento de la promulgación de una Ley, y que, a falta de una señal de intención legislativa, el Derecho común no debería ser reemplazado. Desde ese principio, el disidente razona que la UADA pretendió «reforzar el Derecho antidiscriminación; en ningún lado sugiere

una intención de debilitarlo o socavarlo». Véase *infra* § 29. Sin embargo, ningún remedio de Derecho común para la discriminación en el empleo existía en Utah antes de la promulgación de la UADA en 1969. No había ningún Derecho común que «reforzar» o «debilitar» por el legislador, al promulgar la UADA.

D.

§ 15 Nuestras conclusiones relativas al lenguaje llano y a la estructura y al propósito de la UADA se refuerzan por su historia legislativa. El proyecto originario de la UADA definía al empresario como «toda otra persona que emplee uno o más trabajadores en el Estado». Utah State House of Rep., 36th Leg., Reading of House Bill 62, February 22, 1965, Record 1 Side 2. Tras la segunda lectura formal del proyecto, la mayoría de la Cámara estaba insatisfecha con el proyecto, y lo devolvió al Comité. El proyecto sustitutivo —y definitivamente adoptado— definía a los empresarios como personas «que empleen veinticinco o más trabajadores». Utah Code Ann. § 34-17-2(5) (1953). Esto, a pesar del testimonio de uno de los redactores del proyecto original de que la nueva definición de empresario «crearía una tierra de nadie entre el Derecho Federal [Ley de Derechos Civiles de 1964] y el Derecho del Estado». Véase House of Representatives, Floor Debate on House Bill 62, March 6, 1965, 57th Day, Record 1 Side 2 en 2-4. Ningún otro remedio de Derecho común para la discriminación en el empleo resultaba disponible en aquel momento en Utah, y por eso, es obvio que el legislador escogió deliberadamente dejar a las personas empleadas por pequeños empresarios sin un remedio para la discriminación en el empleo.

§ 16 La historia legislativa disponible no refleja precisamente por qué el legislador escogió definitivamente eliminar la responsabilidad de los pequeños empresarios. Sin embargo, revela que la UADA fue modelada según el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, que contiene una exención similar para los pequeños empresarios. Véase Utah State House of Rep., 46th Leg., Reading of House Bill 62, March 8, 1965, Record 1 Side 1 (afirmando uno de los redactores del proyecto que la UADA «hace juego con» el Título VII); *Idem.* en Side 2 (afirmando el promotor del proyecto que la Ley «dará efecto a la legislación federal [Título VII]» en el contexto del Estado; véase también Utah State Senate, Floor Debate on Senate Bill 216, February 22, 1985, Record 1 Side 2 (afirmando que las enmiendas de 1985 a la Ley, reduciendo el número de personas que una persona debe emplear para ser considerada empresario a quince, fue para «colocar al Estado en línea con el Derecho federal»). El Congreso incluyó la excepción de pequeño negocio en el Título VII para proteger las relaciones de intimidad asociadas a los pequeños empresarios, y para protegerlos de los fuertes costes de defenderse contra demandas por discriminación. Véase 110 Cong. Rec. S. 13092 (1964) (observaciones de Sen. Cotton); 110 Cong. Rec. 13085-88 (June 9, 1964); 110 Cong. Rec. S. 13088 (1964) (observaciones de Sen. Humphrey); 110 Cong. Rec. S. 13092-93 (1964) (observaciones de Sen. Morse); 110 Cong. R. 6566 (1964); 110 Cong. R. 7212 (observaciones de Sen. Clark); véase también *Tomka v. Seiler Corp.*, 66 F.3d 1295, 1314 (2° Cir.1995) (citando *Miller v. Maxwell's Int'l Inc.*, 991 F.2d 583, 587 (9° Cir.1993) (afirmando que los pequeños empresarios están exentos de los litigios federales sobre discriminación en el empleo, porque «el Congreso no quería cargar a las entidades pequeñas con los costes asociados con litigar demandas por discriminación»)); *Birkbeck v. Marvel Lighting Corp.*, 30 F.3d 507, 510 (4° Cir.1994) (afirmando que el propósito de eximir a los pequeños empresarios es para reducir las cargas de los pequeños negocios);

Evan S. Tilton, Note, *Stumbling at the Finish Line: Employment Discrimination and the Utah Supreme Court in Burton v. Exam Center Industrial*, 2000 B.Y.U. L.Rev. 801, 815 (comparando la UADA y el Título VII). Por eso, hemos asumido que la excepción de pequeño negocio de la UADA fue modelada según su contraparte federal, y surgió de preocupaciones similares sobre el efecto de la UADA en los pequeños negocios. Véase *Burton*, 2000 UT 18 en § 17, 994 P.2d 1261 (reconociendo que las razones para la exención de pequeño negocio en los litigios federales son aplicables a la UADA).

E.

§ 17 Al afirmar que no había «autoridad decisiva» sobre la cuestión del reemplazo, la Corte juzgadora malinterpretó el lenguaje llano y la estructura y propósito de la UADA. En vez de ello, apoyándose en un caso único de la Corte de Apelaciones de Maryland, *Molesworth v. Brandon*, 341 Md. 621, 672 A.2d 608 (1996), sugirió erróneamente que la intención legislativa tras la exención de pequeño empresario de la UADA no era reemplazar el Derecho común, sino «evitar sobrecargar la agencia administrativa responsable de exigir el cumplimiento de la Ley». La confianza de la Corte juzgadora en *Molesworth* está desenfocada. *Molesworth* no es un caso de reemplazo. Menciona el reemplazo solamente para discutir si un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo existía en Maryland. Si el orden público existe es una cuestión totalmente diferente de la de si una Ley reemplaza una causa de pedir. En su discusión del orden público, *Molesworth* cita un caso anterior de reemplazo, *National Asphalt Pavement Ass'n v. Prince George's County*, 292 Md. 75, 437 A.2d 651 (1981), en el que la Corte de Apelaciones de Maryland sostuvo que el equivalente en Maryland de la UADA no reemplazaba el Derecho de discriminación en el empleo preexistente en el Condado. Sin embargo, *National Asphalt* puede distinguirse de nuestra afirmación de hoy, porque la Ley de Maryland en cuestión no contenía una indicación explícita de la intención de reemplazar del legislador, y ese caso no trata de una nueva causa de pedir de Derecho común, sino de una Ordenanza local que era anterior a la Ley de Maryland. *Nat'l Asphalt*, 437 A.2d en 651.

§ 18 Junto al hecho de que *Molesworth* no trata directamente el reemplazo, la confianza de la Corte juzgadora en ese caso para sugerir que la exención de pequeño empresario de la UADA tenía el propósito de evitar el bloqueo administrativo es problemática, porque en nuestra opinión *Molesworth* es de autoridad cuestionable en este punto. Los pronunciamientos de la Corte en *Molesworth* relativos a la intención del legislador de Maryland son relevantes, si en algo, solamente en cuanto a la determinación del efecto de reemplazo de la UADA, en la medida en que muestran la intención del Congreso existente tras el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, que hemos reconocido como modelo de la UADA. Al determinar que el propósito de la exención de pequeño empresario en el equivalente de Maryland a la UADA fue evitar una pesada carga administrativa, *Molesworth* mira un único informe minoritario del Comité de la Cámara de los Representantes de los Estados Unidos, preparado en conjunción con las enmiendas de 1972 a la Ley de Derechos Civiles de 1964, y concluye que «la intención de al menos algunos de los legisladores [implicados en las enmiendas de 1972] fue eximir a los pequeños empresarios del procedimiento administrativo de la Ley, para evitar sobrecargar la EEOC». *Molesworth*, 672 A.2d at 614. Al concluir así, ignoraba otra historia de las enmiendas de 1972, que «identific[a] la preocupación de muchos senadores de que ampliar el ámbito de aplicación del Derecho federal sujetaría a los pequeños negocios a

demandas judiciales caras». *Idem* en 633 (énfasis añadido). Más importante, ignora la amplia historia en el Congreso y muchos casos, citados arriba, que detallan la intención del Congreso al incluir la exención de pequeño negocio en la Ley federal originaria aprobada en 1964. Estas fuentes demuestran convincentemente que el propósito primario de la excepción de pequeño negocio fue evitar sobrecargar a los pequeños empresarios. Véase *infra*, § 16.

§ 19 *Molesworth* se apoyaba en *Collins v. Rizkana*, 73 Ohio St.3d 65, 652 N.E.2d 653 (1995), un caso citado por Gottling, en donde a pesar de una Ley similar a la UADA, la Corte Suprema de Ohio reconoció una causa de pedir de Derecho común por discriminación por razón de sexo. Como en *Molesworth*, sin embargo, *Collins* es fundamentalmente un caso de política, no un caso de reemplazo. Se orienta al tema del reemplazo solamente en su discusión de si Ohio disfrutaba de un orden público contra la discriminación por razón de sexo. Al establecer que el equivalente en Ohio a la UADA no reemplazaba los remedios de Derecho común, la Corte Suprema de Ohio expresamente se apoyó en su decisión anterior de *Helmick v. Cincinnati Word Processing, Inc.*, 45 Ohio St.3d 131, 543 N.E.2d 1212 (1989). *Helmick* puede ser diferenciado, porque allí la Corte Suprema de Ohio consideró que no había nada en el «lenguaje o historia legislativa de [la Ley Antidiscriminación de Ohio] prohibiendo la prosecución de remedios de Derecho común por lesiones derivadas de mala conducta sexual». *Idem*, en 1215. Además, las acciones discutidas en ese caso no eran acciones por discriminación en el empleo, sino otras por causación intencional y negligente de angustia emocional, asalto y agresión, invasión de intimidad, difamación e interferencia dañosa en los contratos de trabajo e incumplimiento de sus contratos de trabajo. *Idem*, en 1212. Más aún, aunque *Collins* no se orientaba a la cuestión, su afirmación de que la Ley de Ohio no reemplazaba las acciones de discriminación en el empleo de Derecho común, parece directamente en desacuerdo con una afirmación de *Helmick*, de que la Ley de Ohio «prevé el remedio exclusivo para las demandas puras de discriminación en el empleo». *Idem*, en 1216. Por todas estas razones, la Corte juzgadora erró, al confiar en *Molesworth* para apoyar su determinación de que la UADA no reemplazaba las causas de pedir de Derecho común por discriminación en el empleo.

§ 20 En su decisión, la Corte juzgadora también sugería que el legislador no podía tener la intención de reemplazar las acciones de Derecho común frente a pequeños empresarios, porque «carecería de equidad» considerar que «a los pequeños empresarios se les concede una licencia para discriminar, y sus trabajadores no tienen recurso disponible». Sin embargo, el «‘legislador no necesita ‘matar todos los males al mismo tiempo’. *Semler v. Dental Examiners*, 294 U.S. 608, 610, [55 S.Ct. 570, 571, 79 L.Ed. 1086], y ... ‘reformular implica ir paso a paso, dirigiéndose a la fase del problema que parece más aguda en la mente del legislador’. *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483, 489 [75 S.Ct. 461, 465, 99 L.Ed. 563]’». *Greenwood v. City of North Salt Lake*, 817 P.2d 816, 821 (Utah 1991) (citando *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641, 657, 86 S.Ct. 1717, 1727, 16 L.Ed.2d 828 (1966)). Más aún, nuevos planes legales, en circunstancias determinadas, pueden excluir causas de pedir de Derecho común anteriormente disponibles, a pesar de dejar a algunas personas sin un remedio. Véase, por ejemplo, *Gilger*, 2000 UT 23 en § 13, 997 P.2d 305 (considerando que la Ley de Bares reemplazaba un remedio relativo a los bares de Derecho común, frente a anfitriones sociales que servían a sus invitados solamente cerveza, aun cuando la Ley no preveía un remedio alternativo); véase también *Masich v. United States Smelting, Ref. & Mining Co.*, 113 Utah 101, 126, 191 P.2d 612, 624-25 (1948) (validando legislación que derogaba un

derecho subjetivo de Derecho común a reclamar por lesiones relativas al trabajo). En este caso, el legislador no ha abolido un derecho existente, sino que simplemente ha indicado su intención de reemplazar la creación de uno nuevo.

F.

§ 21 Consideramos, por eso, dado que la UADA reemplaza todas las causas de pedir de Derecho común por discriminación, represalia o acoso del empresario, sobre la base de sexo, raza, color, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad, que el Tribunal juzgador erró al reconocer una causa de pedir de Derecho común contra un pequeño empresario por despido injusto en contravención de un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo.

II. ORDEN PÚBLICO

§ 22 P.R. Incorporated también argumenta que Gottling no pide proseguir una demanda de despido injusto basada en la contravención de un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo, porque Utah no tiene un orden público contrario a la discriminación por razón de género. En *Burton*, reconocimos que un «orden público contrario a la discriminación por motivos [de sexo] puede concebiblemente estar fundado en [las] Leyes de este Estado». *Burton*, 2000 UT 18 at § 17, 994 P.2d 1261. Sin embargo, nuestra decisión de que la UADA reemplaza todos los remedios de Derecho común por discriminación en el empleo, hace innecesaria la discusión y determinación de esa cuestión³. Incluso si existiese un orden público contrario a la discriminación por razón de sexo, no se permitiría a Gottling plantear una acción extracontractual de Derecho común contra P.R. Incorporated. Por eso, no expresamos ninguna opinión sobre la materia.

III. EJERCICIO ADECUADO DEL PODER JUDICIAL

§ 23 Esta Corte no es amiga de la discriminación en el empleo. Sin embargo, reconocemos que nuestra decisión deja hoy a muchos trabajadores de Utah imposibilitados, si surgiera la necesidad, de obtener remedio ante una discriminación en el empleo. Como resultado, algunos acusarán inequívocamente a esta Corte de abrir la puerta para que los pequeños empresarios discriminen en Utah. Aquéllos que actúen así ignoran la realidad de que es el legislador el que primariamente detenta el poder de abrir y cerrar esa puerta. En efecto, «[e]sta Corte no puede ignorar o echar abajo una Ley porque sea sabia o ignorante. La sabiduría o la falta de sabiduría tiene que determinarla el legislador». *Masich*, 113 Utah en 126, 191 P.2d 625. No necesitamos «estar de acuerdo con [el legislador] como materia de orden público ... Lo que el legislador “debería” hacer no es la cuestión. En vez de ello, es lo que el legislador ha hecho». *Gilger*, 2000 UT 23 en § 13 & n. 5, 997 P.2d 305. Habiendo determinado lo que el legislador ha hecho,

respetamos la prerrogativa del legislador al legislar, que exige que los jueces no interfieran en los pronunciamientos del legislador en los que el desacuerdo esté basado solamente en consideraciones políticas, y el plan legislativo emplea medios razonables para llevar a cabo un objetivo legítimo. En materias que no afectan a derechos fundamentales, la prerrogativa del poder legislativo es amplia y debe ser así por necesidad, si el gobierno tiene que ser por el pueblo a través de sus representantes elegidos, y no por los jueces.

³ Nuestra decisión también hace innecesaria la discusión de la responsabilidad personal de Kelly Peterson.

Baker v. Matheson, 607 P.2d 233, 237 (Utah 1979). Dicho con sencillez, no debemos construir un remedio allí donde el legislador entiende que el remedio no existe. Hacer lo contrario invade el dominio del legislador y amenaza el frágil equilibrio del poder sobre el que se apoya nuestro sistema de gobierno. Como en otras cosas, si la UADA «es injusta, las enmiendas para corregir las iniquidades deberían hacerse por el legislador y no por la interpretación judicial». *Masich*, 113 Utah en 101, 191 P.2d 625. Aquéllos que deseen efectuar un cambio en el Derecho del Empleo de Utah deberían centrar sus esfuerzos en el poder legislativo, cuyo propósito y deber es representar la voz del pueblo al determinar el Derecho de este Estado. Hasta que el Derecho se cambie, esta Corte debe exigir su cumplimiento tal y como está ahora escrito, tanto si estamos de acuerdo como si no.

CONCLUSIÓN

§ 24 La Ley Antidiscriminatoria de Utah reemplaza todos los remedios de Derecho común para la discriminación en el empleo sobre la base de raza, color, sexo, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad. Por eso, Gottling no puede plantear una causa de pedir por despido injusto en contravención de un invocado orden público contrario a la discriminación por razón de sexo. Se revoca el fallo sumario de la Corte juzgadora, y la demanda se desestima por fracaso al establecer una causa de pedir.

§ 25 Juez Presidente Asociado DURRANT, Juez RUSSON y Juez WILKINS concurren en la opinión del Juez HOWE.

DURHAM, Juez Presidente, disintiendo.

§ 26 Respetuosamente disiento.

§ 27 Oliver Wendell Holmes anotó que el Derecho es un «espejo mágico», que refleja «no solamente nuestras propias vidas, sino las vidas de todos los hombres que han sido». Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Speeches of Oliver Wendell Holmes*, 17 (1891). De este modo, el Derecho refleja la miríada de cambios que ocurren en la sociedad, y se esfuerza, aunque imperfectamente, por hacer el mundo más justo. El legislador de Utah reconoció cambios profundos en la sociedad cuando aprobó la Ley Antidiscriminación de Utah. Respondiendo a la repulsa profunda sentida por la mayoría de nuestros ciudadanos en relación con la discriminación injusta en el empleo, la Ley convirtió en accionables tales prácticas, de un modo rápido, relativamente barato y eficiente. La opinión de la mayoría traza la conclusión ilógica de que, al prever remedios legales para los trabajadores de empresarios grandes (empresarios de quince o más trabajadores), el legislador eliminó, reemplazándolos, todos los remedios sobre discriminación en el empleo de Derecho común, para todos los demás trabajadores. No estoy de acuerdo.

§ 28 La Ley Antidiscriminación prevé procedimientos administrativos para todas las demandas sobre discriminación en el empleo, que surjan en empresarios grandes. Este plan legal es *mudo* en relación con todos los demás trabajadores que constituyen la mayoría de trabajadores de Utah. La mayoría de esta Corte infiere de este silencio la conclusión de que el legislador legitimizó la discriminación en el empleo contra todos los trabajadores de negocios pequeños, incluida la Sra. Gottling, que fue supuestamente despedida por su empresario por rechazar sus demandas sexuales.

§ 29 Tradicionalmente, el legislador sólo puede cambiar el Derecho común explícitamente. *Fed. Sav. & Loan Ins. Corp. v. Quinlan*, 678 F.Supp. 174, 176 (E.D.Mich.1988). «Se presume que el legislador conoce el Derecho común que existía antes de la promulgación de una Ley, y

“en ausencia de una indicación de que el legislador pretende que una Ley suplante al Derecho común, las Cortes no deberían darle ese efecto”» (citando a Norman J. Singer, *Sutherland Stat. Constr.* § 50.01, at 422 (4ª ed., 1984)); véase también *Tucson Gas & Elec. Co. v. Schantz*, 5 Ariz.App. 511, 428 P.2d 686, 690 (Ariz.1967); *Hechter v. N.Y. Life Ins. Co.*, 46 N.Y.2d 34, 412 N.Y.S.2d 812, 385 N.E.2d 551, 554 (1978)⁴. Este principio de interpretación es particularmente importante aquí, donde las principales políticas públicas, tales como la antidiscriminatoria, están implicadas. Si el legislador desea hacer lícito el acoso sexual por los empresarios, sabe cómo hacerlo. Aparentemente, esta Ley se proponía *reforzar* el Derecho antidiscriminatorio; en ningún lugar sugiere la intención de debilitarlo o socavarlo. La asunción de la mayoría a ese efecto es aflictiva en sus implicaciones.

§ 30 En mi opinión, el legislador pretendía con la Ley establecer procedimientos simplificados y remedios más ciertos para la discriminación ilícita en los negocios más grandes. Ese objetivo es contradictorio con la conclusión de que *sub silencio* derogó y eliminó remedios existentes de Derecho común para los trabajadores a los que se les ocurre trabajar para empresarios más pequeños. La posición de la mayoría concluye implícitamente que el legislador pretendió de hecho que la Ley debilitase el Derecho antidiscriminatorio en el empleo, en vez de reforzarlo. No estoy preparada para aceptar esa conclusión.

§ 31 El legislador creó un «paquete de medidas» que afecta a los trabajadores de las empresas más grandes. Las compensaciones incluidas en el paquete, al igual que las contenidas en el plan sobre accidentes de trabajo, son claras: a cambio de perder el acceso el acceso a los remedios de Derecho común (algunos de los cuales estaban desorganizados, subdesarrollados o inciertos durante este período), los trabajadores podían usar un procedimiento legal sencillo y relativamente cierto para reparar prácticas discriminatorias. Presumiblemente, el legislador no extendió la Ley a los empresarios más pequeños, sin preocuparse de que pudieran ser financieramente incapaces de reunir los costes para crear los tipos de políticas de contratación y promoción, que son el camino más efectivo para evitar demandas judiciales antidiscriminatorias. Más aún, es razonable hacerlo más fácil que demandar y cobrar de una entidad que tiene recursos monetarios más grandes, especialmente porque las corporaciones visibles y grandes probablemente están más para servir como ejemplo, que las empresas pequeñas. Pero no hay razón para inferir del hecho de que el legislador *reforzó* los remedios antidiscriminatorios contra empresarios grandes, que simultáneamente intentó destruir o reemplazar remedios existentes y futuros contra los empresarios pequeños.

§ 32 La opinión mayoritaria establece que la frase «discriminación en el empleo» no está definida en la Ley, y por eso, debe incluir la discriminación por empresas pequeñas. Véase *Utah Code Ann.* § 34A-5-107(15) (2001). Esto es incorrecto. La Ley establece explícitamente que se aplica sólo a los empresarios con quince o más trabajadores. Esta es una definición limitadora de la discriminación en el empleo. La Ley sencillamente no habla de discriminación por empresarios pequeños.

⁴ En una decisión reciente, establecimos que las Cortes pueden mirar la «estructura y propósito» de la Ley, para conseguir «la intención implícita de reemplazar» el Derecho común, cuando la regulación legal es «tan dominante», está en «conflicto irreconciliable» con el Derecho común, o cuando el Derecho común «permanec[e] como un obstáculo para el cumplimiento ... de los propósitos y objetivos plenos del [legislador]». *Bishop v. GenTec Inc.*, 2002 UT 36, § 9, 48 P.3d 218 (citas omitidas y remisiones internas omitidas). La Ley Antidiscriminación de Utah no es «tan dominante» como para garantizar dicha discusión, dado que se aplica *solamente* a trabajadores de negocios con quince o más trabajadores, y tampoco está el Derecho común en «conflicto irreconciliable», o como un «obstáculo» para el plan legal.

§ 33 En *Burton*, esta Corte decidió la cuestión de Derecho común de si la discriminación por edad podía ser la base para una demanda por extinción injusta extracontractual para los trabajadores de pequeños empresarios, por motivos distintos de la alegada exclusividad de la UADA. *Burton v. Exam Ctr. Indus. & Gen. Med. Clinic, Inc.*, 2000 UT 18, § 10-12, 994 P.2d 1261. Si se hubiera aplicado la UADA, no habría habido razón para hacer un análisis de orden público. El «amplio objetivo de eliminar la discriminación en el empleo» del legislador apoya el remedio de Derecho común que la actora busca aquí. *Burton* en § 25 (Durham, Juez, disintiendo). Son las «políticas públicas importantes y sustanciales» implicadas para erradicar el azote de la discriminación en el empleo de nuestra sociedad, lo que apunta a que el legislador no tenga la intención de debilitar los verdaderos derechos de los trabajadores de Utah, que ha buscado proteger. Véase *Berube v. Fashion Ctr., Ltd.*, 771 P.2d 1033, 1042 (Utah 1989). La decisión de hoy anuncia el principio de que la mayoría de los trabajadores de Utah no tiene *ningún remedio* cualquiera que sea, legal o de Derecho común, contra sus empresarios por discriminación sobre la base de raza, color, sexo, embarazo, edad, religión, origen nacional o discapacidad. No puedo estar de acuerdo con que el legislador o pretendió este resultado o lo llevó a cabo con la Ley Antidiscriminación de Utah. Dicho resultado viola nociones básicas de justicia y dignidad humana. Más aún, como anoté en mi disidencia de *Burton*:

[E]l camino por el cual un Estado regula las relaciones entre trabajadores y empresarios tiene un impacto significativo en la calidad de vida de muchos de sus ciudadanos, y en definitiva para la sociedad en su conjunto. El «clima de los lugares de trabajo» de un Estado es una parte importante de sus oportunidades para el crecimiento económico y el desarrollo a largo plazo. Es un terreno enteramente apropiado para llevar a cabo elecciones políticas orientadas a beneficiar el interés público, como verdaderamente se ha manifestado por la elección del legislador de corporeizar los principios antidiscriminatorios en [la] Ley. Utah no debería ser un lugar en donde los trabajadores pueden ser despedidos, peor pagados, o tratados de otro modo menos favorable por cerca del 70 por ciento de todos los empresarios, sobre la base de su raza, sexo, religión, discapacidad o edad.

Burton, 994 P.2d 1261, 2000 UT 18 en § 25 (Durham, Juez, disintiendo).

ÍNDICE TÓPICO*

- 11 de septiembre: 3-10.
- Apelación interlocutoria: 3-14.
- Arizona: 3-13.
- Buena fe y confianza: 2-10.
 - En la duración de la relación laboral: 2-6; 2-15.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 1-8.
- Carta Social Europea: 1-8.
- Cláusulas generales jurídico-civiles: 2-11.
- Código de Hamurabi: 3-1.
- Cogestión: 2-9.
- Colorado: 3-13.
- Comercio interestatal: 3-4.
- Corte
 - De Apelaciones del Noveno Circuito: 3-8.
 - De Casación francesa: 1-5.
 - De Distrito de Utah: 3-14.
 - Suprema de los Estados Unidos: 3-1; 3-8; 3-9.
 - Suprema de Utah: 3-13; 3-14; 3-15.
- Decisión de selección: 2-10.
- Despido
 - Acción: 2-15.
 - Extraordinario: 2-3.
 - Forma escrita: 2-9.
 - Indirecto: 3-9.
 - Libre: 3-1; 3-13.
 - Excepciones convencionales: 3-2.
 - Excepciones legales: 3-3.

* El primer número remite al Capítulo y el segundo número al apartado en numeración arábica dentro del propio Capítulo, de manera que 3-3 significa Capítulo Tercero, núm. 3.

- Malicioso: 2-10; 2-13.
- Ordinario: 2-3.
- Protección del trabajador
 - Alemania: 1-7.
 - España: 1-1.
 - Estados Unidos: 1-9.
 - Francia: 1-5.
 - Italia: 1-4.
 - Portugal: 1-6.
- Protección mínima del trabajador: 2-6.
 - Carga de la prueba: 2-11.
 - Jurisprudencial en Alemania: 2-10.
 - Legal en Alemania: 2-7.
- Socialmente injustificado: 2-1.
- Discriminación: 2-6; 2-8; 3-12.
 - Derechos civiles: 3-3.
 - Discapacidad: 3-3.
 - Edad: 3-3; 3-8.
 - Extraterritorialidad: 3-10.
 - Ley Antidiscriminación de Utah: 3-13.
 - Sexual: 3-7; 3-9.
- Distrito de Columbia: 3-4.
- Empresarios grandes: 3-14.
- Exenciones: 3-4; 3-10.
 - De pequeña empresa: 3-6; 3-8; 3-9.
 - De pequeño empresario: 3-15.
 - De pequeño negocio: 3-5.
 - Justificación: 3-12.
- Fondo español de Garantía Salarial: 1-2.
- Idaho: 3-13.
- Inspección alemana de Trabajo: 2-8.
- «*Letters of marque and reprisal*»: 3-10.
- Ley alemana de Protección contra el Despido: 2-1; 2-2; 2-3.
 - Constitucionalidad: 2-4.
 - Estructura: 2-2.
- Mínimo de respeto social: 2-10; 2-15.
- Montana: 3-1.
- Nevada: 3-13.
- Nueva Orleans: 3-9.
- Nuevo Méjico: 3-13.
- OIT: 3-11.

- Oregon: 3-8.
- Organización de Naciones Unidas: 3-12.
- Pequeña empresa
 - Alemania: 1-7; 2-3.
 - España: 1-1; 1-2; 1-3.
 - Estados Unidos: 1-9.
 - Francia: 1-5.
 - Italia: 1-4.
 - Portugal: 1-6.
- Procedimiento a resolverse por Sentencia: 2-13.
- Procedimiento de control de normas: 2-4.
- Prohibición de represalia: 2-8; 3-3; 3-14; 3-15.
- Protección de la madre trabajadora: 2-8.
- Puerto Rico: 3-1.
- Real Decreto-Ley 10/2010
 - Inconstitucionalidad parcial: 1-3.
- Reemplazo: 3-15.
- Renania del Norte-Westfalia: 2-13; 2-14; 2-15.
- «*Rule of Law*»: 3-11; 3-15.
- Suiza: 3-12.
- Tienda de la esquina: 3-7.
- Tribunal
 - Constitucional portugués: 1-6.
 - De Trabajo de Estado federado de Düsseldorf: 2-13; 2-14; 2-15.
 - De Trabajo de Krefeld: 2-13.
 - Federal Constitucional alemán: 2-4; 2-5; 2-6.
 - Federal de Trabajo alemán: 2-10; 2-11; 2-12.
 - Supremo español: 1-2.
- Utah: 3-13.
- Wyoming: 3-13.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas (Madrid, 1980).
- ARUFE VARELA, A., «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. I (2009).
- ARUFE VARELA, A., *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).
- ARUFE VARELA, A., *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007).
- ARUFE VARELA, A., «La aplicación judicial de la “defensa de ‘leyes extranjeras” regulada en la legislación laboral antidiscriminatoria de los Estados Unidos», *Actualidad Laboral*, núm. 9 (2007).
- ASCHEID, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I., *Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2007).
- ASH, K., «U.S. reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: credibility maximization and global influence», *Northwestern University Journal of International Human Rights*, núm. 3 (2005).
- BACKMEISTER, T., TRITTIN, W. y MAYER, U., *Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen*, 4ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2008).
- BADER, P., «Zur möglichen Flexibilisierung des Schwellenwertes im Kündigungsschutzrecht», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 5 (2003).
- BECKER, F. y HILLEBRECHT, W. (Fundadores), *KR. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 9ª ed., Luchterhand (Colonia, 2009).

- BEFORT, S.F., «Labor and employment Law at the millennium: a historical review and critical assessment», *Boston College Law Review*, vol. 43 (2002).
- BRECHT-HEITZMANN, H., «Medidas jurídicas laborales y de Seguridad Social para la lucha contra la crisis económica en Alemania» [traducción castellana de J. MARTÍNEZ GIRÓN], *Tribuna Social*, núm. 230 (2010).
- BROX, H., RÜTHERS, B. y HENSSLER, M., *Arbeitsrecht*, 17ª ed., Kohlhammer (Stuttgart, 2007).
- BROWN, S.R., «Hearing Congress's jurisdictional speech: giving meaning to the "clearly-states" test in *Arbaugh v. Y & H Corp.*», *Villamette Law Review*, núm. 46 (2009).
- BROWN, V., «Revisiting the public policy exception to the employment-at-will doctrine following *Thibodeau v. Design Group One Architects*: applying an ethic of care analysis», *Connecticut Public Interest Law Journal*, núm. 3 (2004).
- BUCHNER, H., «Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]*, núm. 10 (2002).
- BUCHNER, H. y BECKER, U., *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008).
- CARLSON, R., «The small firm exemption and the single employer doctrine in employment discrimination Law», *St. John's Law Review*, vol. 80 (2006).
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, núm. 19 (2004).
- CHARNOVITZ, S., «The ILO Convention on Freedom of Association and its future in the United States», *American Journal of International Law*, núm. 102 (2008).
- COOPERSTEIN, T.M., «Letters of marque and reprisal: the Constitutional Law and practice of privateering», *Journal of Maritime Law and Commerce*, núm. 40 (2009).
- COX, A., BOK, D.C. y GORMAN, R.A., *Labor Law: cases and materials*, 14ª ed., Foundation Press/Thomson/West (St. Paul-Minn, 2006).
- DÄUBLER, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, 8ª ed., Bund (Frankfurt a.M., 2010).
- DORNBUSCH, G., FISCHERMEIER, E. y LÖWISCH, M., *Arbeitsrecht. Fachanwaltskommentar*, Luchterhand (Colonia, 2008).
- DÖRNER, K., LUCZAK, S. Y WILDSCHÜTZ, M., *Handbuch Arbeitsrecht*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2004).
- DÜWELL, F.J. (Editor), *Betriebsverfassungsgesetz*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2006).
- Escrito anónimo «Developments. Recent Developments in Utah Law. Recent Case Law Developments», *Utah Law Review* (2004).

- EYLERT, M. y SÄNGER, N., «Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert – Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sonderkündigungsschutz», *Recht der Arbeit [RdA]*, núm. 1 (2010).
- FALDER, R., «Kündigungsschutz für alle – Wunschdenken oder Realität», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 23 (1998).
- FICHTNER, O. y WENZEL, G. (Editores), *Kommentar zum SGB XII – Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz*, 4ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2009).
- FITTING, K. (Fundador), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, 23ª ed., Franz Vahlen (Múnich, 2006).
- FUCHS, M. y PREIS, U., *Sozialversicherungsrecht*, 2ª ed., Dr. Otto Schmidt (Colonia, 2009).
- GOLD, M.E., *Introduction to the Law of Employment discrimination*, 2ª ed., Cornell University (New York, 2001).
- GONZALEZ, J.S., «State antidiscrimination statutes and implied preemption of common Law torts: valuing the common Law», *South Carolina Law Review*, núm. 59 (2007).
- GRAGERT, N., «Kündigungsschutz in Kleinbetrieben», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 18 (2000).
- GRAGERT, N. y KREUTZFELDT, H., «Sturm auf die Gerichte? – Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BverfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 11 (1998).
- GRAGERT, N., y WIEHE, H., «Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 17 (2001).
- HANAU, P., «Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 1 (2010).
- HANAU, P. y ADOMEIT, K., *Arbeitsrecht*, 14ª ed., Luchterhand (Neuwied, 2007).
- HOLLIDAY, C.P., «The Age Discrimination in Employment Act of 1967: issues litigated at the Supreme Court level», *Florida Bar Journal*, núm. 84 (2010).
- v. HOYNINGEN-HUENE, G. y LINCK, R., *Kündigungsschutzgesetz*, 14ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2007).
- HUECK, A. y NIPPERDEY, H.C., *Grundriß des Arbeitsrechts*, Franz Vahlen GmbH (Berlín y Frankfurt a.M., 1970).
- JUNKER, A., *Grundkurs Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2010).
- JUNKER, A., «Betriebsverfassung in Klein- und Mittelbetrieben – Ein europäischer Vergleich», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 3 (2002).
- KHOURI, S., «Disability Law – Welcome to the new town square of today's global village: website accessibility for individuals with disabilities after target and the 2008 amendments to the Americans with Disabilities Act», *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, núm. 32 (2010).

- KITTNER, M., *Arbeits- und Sozialordnung. Ausgewählte und eingeleitete Gesetzstexte*, 31ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt a.M., 2006).
- KITTNER, M. y DEINERT, O., «Die arbeitsrechtliche Bilanz der Großen Koalition 2005-2009», *Recht der Arbeit [RdA]*, núm. 5 (2009).
- KITTNER, M., DÄUBLER, W. y ZWANZIGER, B. (Editores), *KSchR. Kündigungsschutzrecht*, 7ª ed., Bund (Frankfurt a.M., 2008).
- KREIKEBOHM, R., SPELLBRINK, W. y WALTERMANN, R. (Editores), *Kommentar zum Sozialrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2009).
- LÖWISCH, M., *Arbeitsrecht*, 8ª ed., Werner (Colonia, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El caso *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.* (2008). La última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos en favor del despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La regulación de la “defensa de leyes extranjeras” en la legislación laboral antidiscriminatoria de los Estados Unidos», *Actualidad Laboral*, núm. 10 (2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Las normas estructurales complementarias de la Ley actualmente vigente en Alemania en materia de protección contra el despido», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 10 (2006).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social*, núm. 21 (2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *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).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006).
- MATTIS, H., «California's survivors of domestic violence employment leave act: the twenty-five employee minimum is not a good rule of thumb», *Santa Clara Law Review*, núm. 50 (2010).
- MICHALSKI, L., *Arbeitsrecht*, 7ª ed., C.F. Müller (Heidelberg, 2008).
- MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 15ª ed., Almedina (Coimbra, 2010).
- MÜLLER-GLÖGE, R., PREIS, U. y SCHMIDT, I. (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009).
- MURCH, D.W., «Civil rights – Employment practices: common Law control is the best test of “employee” within employment discrimination», *North Dakota Law Review*, núm. 80 (2004).
- NICHOLS, K.M., «Labor and Employment Law - Determining employee status for evolving business associations under the Americans with Disabilities Act - Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells, 538 U.S. 440 (2003)», *Suffolk University Law Review*, núm. 38 (2004).
- NOGLER, L., *La regulación de los despidos individuales en la época del equilibrio entre los «principios» constitucionales. Estudio a la luz del ordenamiento italiano* [traducción castellana de A. ARUFE VARELA], Netbiblo (A Coruña, 2010).
- PALANDT, O. (Fundador), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2010).
- PÉLISSIER, J., SUPIOT, A. y JEAMMAUD, A., *Droit du Travail*, 24ª ed., Dalloz (París, 2008).
- PREIS, U., *Arbeitsrecht*, 3ª ed., Dr. Otto Schmidt (Colonia, 2009).
- PRETTYMAN, P.J., «How to discriminate against old lawyers: the status of partners, shareholders, and members under the Age Discrimination in Employment Act with addendum discussing Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells», *Indiana Law Review*, núm. 37 (2004).
- RANCKE, F., *Mutterschutz / Elterngeld / Elternzeit*, 2ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2010).
- REICHOLD, H., *Arbeitsrecht*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008).
- RICHARDI, R. (Editor), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, 11ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008).
- ROLFS, C., GIESEN, R., KREIKEBOHM, R. y UDSCHING, P. (Editores), *Arbeitsrecht*, C.H. Beck (Múnich, 2008).

- ROTHSTEIN, M.A., CRAVER, C.B., SCHROEDER, E.P. y SHOBEN, E.W., *Employment Law*, 4ª ed., Thomson/West (St. Paul-Minn., 2010).
- SACHS, M. (Editor), *GG. Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2009).
- SCHAUB, G. (Fundador), *Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch*, 9ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2008).
- SHELLHORN, W., *SGB XII-Sozialhilfe. Textausgabe des Sozialgesetzbuches —Zwölftes Buch— (SGB XII). Sozialhilfe mit einer systematischen Einführung*, 12ª ed., Luchterhand (Múnich, 2005).
- SCHMIDT, J. y BENDER, W., «KSchG 2004: Neuer Schwellenwert und einheitliche Klagefrist», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 7 (2004).
- SCHULIN, B. y IGL, G., *Sozialrecht. Ein Studienbuch*, 6ª ed., Werner Verlag (Múnich, 1999).
- SIDAK, J.G., «The quasi war cases and their relevance to whether “letters of marque and reprisal” constrain presidential war powers», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 28 (2005).
- STAUB, D.J., «Letters of marque: a short-term solution to an age old problem», *Journal of Maritime Law and Commerce*, núm. 40 (2009).
- STONE, J.H., «The International Covenant on Civil and Political Rights and the United States reservations: the American conception of International human rights», *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, núm. 7 (2001).
- STRELITZ, P.J., AVILES, A.M. y WALTER, D., «Employment-at-will: has the death knell officially sounded», *International HR Journal*, núm. 17 (2008).
- SWIFT, K.R., «The public policy exception to employment at-will: time to retire a noble warrior», *Mercer Law Review*, núm. 61 (2010).
- VIZCAÍNO RAMOS, I. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M. (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010).
- WEISS, J.T., «Transgender identity, textualism, and the Supreme Court: What is the “plain meaning” of “sex” in Title VII of the Civil Rights Act of 1964?», *Temple Political and Civil Rights Law Review*, núm. 18 (2009).
- WENDELING-SCHRÖDER, U., «KSchG, BetrVG und AGG – Unvereinbare Gerechtigkeitskonzepte bei betriebsbedingten Kündigungen?», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 1 (2010).
- WILLIKONKY, B., *MuSchG. Kommentar zum Mutterschutzgesetz*, 2ª ed., Luchterhand (Neuwied, 2007).

- WITTERSTÄTTER, K., *Soziale Sicherung. Eine Darstellung mit Schwerpunkt Grundsicherung*, 7ª ed., Luchterhand (Múnich, 2006).
- WOOD, H.C., *A treatise on the Law of master and servant*, J.D. Parsons, jr., Publisher (Albany-Nueva York, 1877).
- YOUNG, W., «A check on faint-hearted Presidents: letters of marque and reprisal», *Washington and Lee Law Review*, núm. 66 (2009).
- ZACHERT, U., «Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 19 (2001).
- ZACHERT, U., «Auf dem Weg zu europäischen Arbeitnehmergrundrechten?», *Neue Zeitschrift für Arbeit [NZA]*, núm. 12 (2000).
- ZACHERT, U., *Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán* (Traducción castellana), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 1998).
- ZACHERT, U., MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).
- ZÖLLNER, W., LORITZ, K.G. y HERGENRÖDER, C.W., *Arbeitsrecht*, 6ª ed., C.H. Beck, (Múnich, 2008).



SITIOS DE INTERNET CITADOS *

Alemania

www.bundesrecht.juris.de: 2-1.

Estados Unidos

<http://le.utah.gov>: 3-13.

www.utah.gov/government/judicial.html: 3-13.

Francia

www.legifrance.gouv.fr: 1-5.

Internacional

www.ilo.org: 3-11.

www.un.org: 3-12.

Italia

www.giurcost.org: 1-4.

Portugal

www.dgsi.pt: 1-6.

* El primer número remite al Capítulo y el segundo número al apartado en numeración arábica dentro del propio Capítulo, de manera que 1-5 significa Capítulo Primero, núm. 5.





