

# ACDCT

## Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen V  
Año 2013



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

# ACDCT

---

Suscripciones

[jmg@udc.es](mailto:jmg@udc.es)  
[titof@udc.es](mailto:titof@udc.es)

---

## PRECIOS

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

Un número al año

# ACDCT

## Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen V  
Año 2013



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

## **ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO**

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

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

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

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

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

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal:

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

## **SALUDA**

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

**Diego Calvo Pouso**

Presidente de la Diputación Provincial de A Coruña

## **SALUTATION**

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

**Diego Calvo Pouso**

President of the Provincial Council of A Coruña



## **DIRECTOR**

*Prof. Dr. Jesús Martínez Girón*

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

## **SUBDIRECTOR**

*Prof. Dr. Alberto Arufe Varela*

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

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

*Prof. Dr. Germán Barreiro González*

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

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

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

*Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz*

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

*Dr. José M<sup>a</sup> Botana López*

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

*Prof. Dra. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde*

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

*Prof. Dr. Gonzalo Diéguez*

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

*Prof. Dr. Joaquín García Murcia*

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

*Prof. Dr. José Ignacio García Ninet*

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

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

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

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

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

*Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro*

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

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

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

## **EVALUADORES EXTERNOS**

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

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

## **DEFINICIÓN**

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



## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1ª.- El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.

2ª.- Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.

3º.- También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.

4ª.- Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones [jmg@udc.es](mailto:jmg@udc.es) o [titof@udc.es](mailto:titof@udc.es).

5ª.- Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.

6ª.- A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.

7ª.- Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.

8ª.- Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.

9ª.- El período hábil para la recepción de originales comprende hasta febrero del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.



## ÍNDICE DE CONTENIDOS

### [TABLE OF CONTENTS]

|   |    |
|---|----|
| ÍNDICE DE AUTORES [ <i>CONTRIBUTORS INDEX</i> ] ..... | 15 |
|---|----|

#### I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

- ¿AUSTERIDAD LABORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS? [*LABOR AUSTERITY IN THE UNITED STATES?*] **Alberto Arufe Varela**..... 19
- LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS COMO FORMA DE EVITAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA HUELGA. UNA VISIÓN COMPARADA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL E ITALIANO [*THE REPLACEMENT OF STRIKERS AS A WAY OF AVOIDING DAMAGES CAUSED BY STRIKE. A COMPARATIVE VIEW ABOUT SPANISH AND ITALIAN JURISPRUDENCE CODES*] **Jesús Bécares Guerra** ..... 29
- EL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA [*SECTION 158(a) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE. AN IN CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION*] **Manuel Cabanas Veiga** ..... 53
- CRISIS ECONÓMICA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA [*ECONOMIC CRISIS AND COLLECTIVE BARGAINING*] **Luis Gonçalves da Silva**..... 65
- LA LEY FEDERAL ALEMANA DE VACACIONES. ESTUDIO COMPARADO CON EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA [*THE GERMAN FEDERAL ACT ON HOLIDAYS. A COMPARATIVE STUDY WITH ARTICLE 38 OF THE SPANISH WORKERS' STATUTE, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION*] **Jesús Martínez Girón** ..... 79

- EL ARTÍCULO 158(b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA [SECTION 158(b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE. AN IN CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE EUROPEAN UNION LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION] **Carlos Javier Núñez Vázquez**..... 95
- LA VIDEOVIGILANCIA EN EL DERECHO AUSTRIACO DEL TRABAJO [THE VIDEO SURVEILLANCE IN THE AUSTRIAN LABOR LAW] **Sabine Ogriseg**..... 131
- CRISIS ECONÓMICA Y TIEMPO DE LA JUSTICIA: LOS RECURSOS Y EL PROCESO LABORAL [ECONOMIC CRISIS AND TIME OF JUSTICE: APPEALS AND THE LABOR PROCEEDING] **Manuel Joaquim de Oliveira Pinto Hespagnol**..... 155

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

- *Manuel Alonso Olea. La persona y la obra. Estudios y semblanzas en el décimo aniversario de su muerte*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social-Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones (Madrid, 2012), 189 págs. **Alberto Arufe Varela**..... 169
- L. NOGLER y L. CORAZZA (cuidada por), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli (Milán, 2012), 939 págs. **Alberto Arufe Varela**..... 187
- F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *Handbook of Spanish Employment Law*, Tecnos (Madrid, 2012), 244 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 189
- G. LÖSCHNIGG, *Arbeitsrecht, ÖGB* (Viena, 2011), 1030 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 193
- J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en la normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), 125 págs. **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 195
- J. GARCÍA MURCIA (Director), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2013), 692 págs. **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 199

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

- *Actualidad Laboral*, núm. 13-14 (2012) y núm. 19-20 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 205
- *Das Recht der Arbeit*, núm. 3 (2012), núm. 4 (2012) y núm. 6 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos**..... 206
- *Justicia Laboral*, núm. 51 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos**..... 207
- *Relaciones Laborales*, núm. 3 (2012), núm. 9 (2012), núm. 10 (2012), núm. 11 (2012), núm. 13-14 (2012) y núm. 15-18 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 208
- *Revista de Derecho Social*, núm. 58 (2012) y núm. 59 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 212
- *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, núms. 1-2 (2011) y núms. 3-4 (2011), **Iván Vizcaíno Ramos**..... 213
- *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 97 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 214
- *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154 (2012), núm. 155 (2012) y núm. 156 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 217
- *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, núm. 1 (2012) y núm. 2 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 219
- *Temas Laborales*, núm. 113 (2012) y núm. 117 (2012), **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 222

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

- CRÓNICA DEL «VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS

|   |     |
|---|-----|
| RECORTES LABORALES EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”» [ <i>CHRONICLE OF THE «VII<sup>TH</sup> INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “LABOR AUSTERITY IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»</i> ] | 227 |
| ▪ COEDICIÓN DE LIBROS [ <i>COEDITION OF BOOKS</i> ]   | 231 |
| ▪ PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN [ <i>PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION</i> ]  | 233 |

## ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

**Profesor Doctor Alberto Arufe Varela**

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

**Doctor Jesús Bécares Guerra**

Doctor en Derecho por la Universidad de León

**Licenciado Manuel Cabanas Veiga**

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

**Licenciado Luís Gonçalves da Silva**

Máster en Derecho. Ayudante de la Facultade de Derecho de la Universidad de Lisboa y Miembro fundador del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa

**Profesor Doctor Jesús Martínez Girón**

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

**Graduado Carlos Javier Núñez Vázquez**

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

**Licenciada Sabine Ogriseg**

Máster en Derecho. Ayudante del Instituto de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

**Excmo. Sr. Manuel Joaquim de Oliveira Pinto Hespagnol**

Presidente de la Sección Social del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal

**Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos**

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





**ESTUDIOS**

[*RESEARCHES*]



## ¿AUSTERIDAD LABORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS?

[LABOR AUSTERITY IN THE UNITED STATES?]

Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2012

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2012

**Sumario:** I. RETROSPECTIVA, A PROPÓSITO DE LA PRIMERA LEY LABORAL DEL PRESIDENTE OBAMA.- II. PERSPECTIVA, A PROPÓSITO DE LA REFORMA SANITARIA DEL PRESIDENTE OBAMA.- III. PROSPECTIVA, A PROPÓSITO DE UN EVENTUAL INCREMENTO DE LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO FEDERAL POR EL PRESIDENTE OBAMA.

*Contents: I. RETROSPECTIVE, ABOUT PRESIDENT OBAMA'S FIRST EMPLOYMENT ACT.- II. PERSPECTIVE, ABOUT PRESIDENT OBAMA'S HEALTHCARE REFORM.- III. PROSPECTIVE, ABOUT A POSSIBLE INCREASE OF THE AMOUNT OF THE FEDERAL MINIMUM WAGE BY PRESIDENT OBAMA.*

**Resumen:** Frente a la austeridad laboral dominante en Europa, los Estados Unidos han encarado las repercusiones laborales de la crisis económica de 2008 con medidas de carácter expansivo, debidas al impulso del Presidente Obama. En este trabajo, se analizan la primera Ley laboral aprobada por él y la reforma sanitaria que ha logrado sacar adelante. Se analiza igualmente la conjetura, más que meramente probable, de que el Presidente Obama acabe incrementando la cuantía del salario mínimo federal en su segundo mandato.

*Abstract: In front of labor austerity prevailing all over Europe, the United States have faced the labor impacts of the 2008 economic crisis with expansive measures, due to President Obama's initiative. In this work, the first employment statute signed by him, as well as his health care reform which he achieved to get ahead, are analyzed. This paper also deals with the conjecture, more than merely probable, that President Obama completes his second term in office increasing the amount of the federal minimum wage.*

**Palabras clave:** Austeridad laboral – Derecho comparado – Europa – Estados Unidos – Obama

**Keywords:** *Labor austerity – Comparative Law – Europe – United States of America – Obama*

\* \* \*

1. La crisis económica provocada por el «*crack*» en septiembre 2008 del Banco Lehman Brothers, que acabó llevándose por delante al Presidente francés N. SARKOZY, al Primer Ministro británico G. BROWN, al Primer Ministro italiano S. BERLUSCONI, al Primer Ministro griego G. PAPANDREU, al Primer Ministro portugués J. SOCRATES y, también, al Presidente del Gobierno español J.L. RODRÍGUEZ ZAPATERO, le ha tocado lidiarla al cuadragésimo cuarto Presidente de los Estados Unidos, que tomó posesión de su cargo el día 20 enero 2009, Barack H. OBAMA. El hecho de que este Presidente norteamericano acabe de ser reelegido para ejercer su segundo y último mandato de cuatro años (tomó posesión el domingo 20 enero 2013), es todo un síntoma de que su acción de gobierno frente a la crisis (y creo que el empleo del posesivo «su» está aquí completamente justificado, pues los Estados Unidos se gobiernan de acuerdo con un esquema político de carácter claramente presidencialista) nada tiene que ver con la que llevaron a cabo, a base de recortes y más recortes (la famosa y eufemísticamente llamada «austeridad»), los políticos europeos recién citados<sup>1</sup>. Centrándonos exclusivamente en lo laboral, analizaremos en lo que sigue la acción de gobierno del Presidente OBAMA aplicándole un análisis retrospectivo (para comprobar qué es lo primero que hizo, siempre desde el punto de vista laboral; cfr. *infra* I), un análisis de perspectiva jurídica anclado en el presente, más que en el pasado reciente, que focalizaremos en la reforma sanitaria promovida por el Presidente OBAMA y en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la misma, en el año 2012, por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos (cfr. *infra* II), y en un análisis de prospectiva jurídica —que mira, en consecuencia, al futuro—, al hilo de una más que previsible elevación de la cuantía del salario mínimo interprofesional federal norteamericano, que todavía no se ha producido (cfr. *infra* III).

## I. RETROSPECTIVA, A PROPÓSITO DE LA PRIMERA LEY LABORAL DEL PRESIDENTE OBAMA

2. Como ya se ha destacado doctrinalmente en España<sup>2</sup>, el Presidente OBAMA quiso inaugurar su entonces recién estrenado primer mandato con un acto simbólico, que fue la firma de una Ley laboral (aprobada el día 29 enero 2009, sólo nueve días después de haber jurado su cargo), cuya tramitación parlamentaria

---

<sup>1</sup> Haciendo balance de su primer mandato, precisamente desde la perspectiva jurídico laboral, véase la crónica de K.G. DAU-SCHMIDT y M. KELLEY, «Swimming in the crocurrents of history: Labor and Employment Law under the Obama Administration», *Indiana Law Journal*, núm. 87 (2012), págs. 1 y ss.

<sup>2</sup> Véase E. GARCÍA BEIRO, «La primera Ley laboral del Presidente Barack H. OBAMA. Estudio contextualizador y comparado con el Derecho español de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* de 2009, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012), págs. 83 y ss.

consumió sus últimos pasos durante la campaña que le enfrentó al candidato republicano —radicalmente contrario a la Ley en cuestión—, Sr. McCain. Siempre en España, contamos con una traducción espléndida de dicha Ley al castellano<sup>3</sup>. En ella, consta —como es lógico— la denominación larga de la Ley (literalmente, «Una Ley para enmendar el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Ley de Discriminación por Edad en el Empleo de 1967, y para modificar el funcionamiento de la Ley de los Americanos con Discapacidades de 1990 y la Ley de Rehabilitación de 1973, para clarificar que una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, que es ilícita en virtud de dichas Leyes ocurre cada vez que la retribución se paga de conformidad con la decisión u otra práctica retributiva discriminatoria, y para otros propósitos»), así como su denominación breve, afirmándose al respecto en la sección 1 de la propia Ley (cuyo rótulo es «Título breve») que «esta Ley puede ser citada como la “Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009”».

3. La Sra. Lilly LEDBETTER —que incluso llegó a participar en la campaña electoral del Presidente OBAMA, actuando como oradora en la Convención Nacional del Partido Demócrata— era una trabajadora al servicio de la empresa Goodyear Tire & Rubber Co., que había comprobado «al jubilarse (en marzo de 1998) que percibía un salario mensual de 3.727 dólares, muy inferior al de los hombres de idéntica categoría profesional que la suya», por lo que planteó reclamación ante la Comisión encargada de administrar la Ley federal norteamericana antidiscriminatoria por razón de sexo, que fue desestimada<sup>4</sup>. Agotada la vía pre-judicial, planteó demanda ante una Corte federal de Distrito, con el resultado de la estimación parcial de la misma, habiendo luego recurrido este fallo ante una Corte federal de Apelaciones, con el resultado de que se revocó el fallo de primera instancia. Pues bien, planteado por la trabajadora recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, el mismo fue resuelto por el caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, fallado el 29 mayo 2007<sup>5</sup>, en el que —con una interpretación muy estricta de la Ley, y por una mayoría muy justa de «5 a 4»— se confirmó la Sentencia recurrida, considerando prescrita la reclamación salarial antidiscriminatoria planteada por Lilly LEDBETTER, pues «aplicamos la Ley tal y como está escrita, y esto significa que cualquier práctica de empleo ilícita, incluida aquella que se refiere a la retribución, debe presentarse ... dentro del período prescrito por la Ley», esto es, «dentro de los ciento ochenta días siguientes a haber ocurrido la práctica de empleo ilícita alegada»<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, págs. 95-98.

<sup>4</sup> *Ibidem*, págs. 86-87.

<sup>5</sup> Referencia 550 U.S. 618.

<sup>6</sup> Acerca de todo ello, véase E. GARCÍA BEIRO, «La primera Ley laboral del Presidente Barack H. OBAMA. Estudio contextualizador y comparado con el Derecho español de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* de 2009, y traducción castellana», cit., págs. 87-89.

4. La revocación de la doctrina de este caso es justamente el objetivo pretendido por esta primera Ley laboral del Presidente OBAMA, en cuya exposición de motivos (incluida en la sección 2 de la misma, rotulada «Consideraciones») se afirma que «la Corte Suprema ... entorpece significativamente las protecciones legales contra la discriminación en la retribución que estableció el Congreso», e incluso, que «socava esas protecciones legales al restringir indebidamente el período de tiempo en el cual las víctimas de discriminación pueden impugnar y cobrar por decisiones u otras prácticas retributivas discriminatorias». Por eso, las secciones 3, 4 y 5 de la Ley proceden a enmendar el conjunto de Leyes federales antidiscriminatorias norteamericanas, con el resultado —a partir del «28 mayo 2007», pues se dio eficacia retroactiva a la Ley, retrotrayendo esta eficacia al día anterior en que se dictó la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ahora revocada<sup>7</sup>— de que el «*dies a quo*» del plazo de prescripción empezaría a correr «cuando una persona está afectada por la aplicación de una decisión u otra práctica retributiva discriminatoria»<sup>8</sup> (esto es, cada mes en que se hubiese aplicado una retribución mensual discriminatoria), teniendo en cuenta que dicho plazo de prescripción pasaba a ser el de «los dos años precedentes a la presentación de la imputación»<sup>9</sup>. Para un observador español, resulta rotundamente claro que esta primera Ley laboral del Presidente OBAMA no es ninguna Ley «de recortes», sino de expansión de los derechos de los trabajadores; y de una expansión con un alcance que resulta totalmente llamativo en España, puesto que los trabajadores españoles —que no hacen más que padecer recortes en sus derechos, desde el año 2010— sólo disponen del plazo de prescripción de un año para impugnar judicialmente sus retribuciones salariales discriminatorias, de conformidad con lo que a este respecto regula desde el año 1980 el Estatuto de los Trabajadores<sup>10</sup> (recuérdese, por lo demás, que esta norma recortó a sólo un año los tres años originarios del plazo de prescripción del viejo Derecho español del Trabajo).

## II. PERSPECTIVA, A PROPÓSITO DE LA REFORMA SANITARIA DEL PRESIDENTE OBAMA

5. Convencido —como lo estuvo en su día el Presidente Franklin D. ROOSEVELT, ante el «*crack*» de 1929— de que frente a las crisis económicas agudas la misión del Estado debe ser intervenir decididamente en favor de la ciudadanía más débil y más desfavorecida, el Presidente OBAMA logró sacar adelante en el Congreso norteamericano (sólo dos años después del estallido del «*crack*» de Lehman Brothers, y más exactamente, el 23 marzo 2010) una profunda

---

<sup>7</sup> Cfr. su sección 6.

<sup>8</sup> Cfr. su sección 4.

<sup>9</sup> Cfr. su sección 3.

<sup>10</sup> Cfr. su artículo 59.

reforma del régimen jurídico de la asistencia sanitaria, mediante la promulgación de la Ley de la Asistencia Accesible y Protección del Paciente (*The Patient Protection and Affordable Care Act*), popularmente conocida en los Estados Unidos con el nombre de «ObamaCare»<sup>11</sup>. Se trata de una norma gigantesca, apareciendo distribuido actualmente su contenido —en lo esencial— en dos Títulos distintos del Código de los Estados Unidos (*United States Code*)<sup>12</sup>, que son su Título 26 (regulador de los impuestos federales) y su Título 42 (regulador de la seguridad social), y confesándose expresamente en ella que su objetivo —mediante la colaboración de los sectores privado y público— era conseguir una «cobertura casi universal [*near-universal coverage*]» del seguro de asistencia sanitaria. A este efecto, los preceptos cruciales de la norma son dos. En primer lugar, el denominado «mandato individual» (recogido ahora en el citado Título 26), que obliga a la mayoría de norteamericanos a tener una cobertura «mínima esencial» de seguro sanitario, debiendo satisfacerse esta exigencia —como cláusula de cierre— concertando un seguro sanitario con una compañía privada de seguros, so pena —si no se concertase— de tener que realizar el llamado «pago de responsabilidad compartida» al Gobierno federal. En segundo lugar, la drástica extensión de la cobertura del programa «Medicaid» (tradicionalmente cofinanciado con fondos federales y de los Estados federados, y orientado tendencialmente a proteger la salud de personas de hasta 65 años con bajos o nulos ingresos), obligando ahora a los Estados federados (mediante la reforma del citado Título 42) a tener que extender la protección a todos los menores de 65 años con ingresos por debajo del «133 por ciento de la línea federal de pobreza», y teniendo en cuenta que si el plan «Medicaid» de un concreto Estado federado no cumpliera con las exigencias de la Ley, entonces el Gobierno federal podría declarar que «no se harán más pagos [en concepto de “Medicaid”] al Estado».

6. Sólo unos minutos después de que el Presidente OBAMA hubiese firmado esta Ley, el Partido Republicano comenzó la batalla judicial para enervar su eficacia, pues los Fiscales Generales o Gobernadores de veintiséis Estados (Alabama, Alaska, Arizona, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Luisiana, Maine, Michigan, Mississippi, Nebraska, Nevada, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah, Washington, Wisconsin y Wyoming), así como dos ciudadanos y la asociación llamada «National Federation of Independent Business» —en realidad, un «lobby» de pequeños empresarios, próximo al propio Partido Republicano—, presentaron una demanda sobre inconstitucionalidad de la misma ante una Corte federal de

---

<sup>11</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32 (2012), pág. 2.

<sup>12</sup> Sobre este Código, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 23 y ss.



Distrito de Florida, contra los Ministerios federales de Salud y Servicios Humanos, de Trabajo y del Tesoro, y contra sus Ministros (y por tanto, contra la Sra. Kathleen SEBELIUS, actual Ministra de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos)<sup>13</sup>. Esa inconstitucionalidad fue confirmada por dicha Corte de Distrito el día 31 enero 2011<sup>14</sup>, aunque el recurso de apelación planteado por el Gobierno federal fue parcialmente estimado por la Corte federal de Apelaciones del Undécimo Circuito sólo seis meses y medio después, el 12 agosto 2011<sup>15</sup>. Como era previsible, todas las partes implicadas —descontentas con este nuevo fallo— acabaron recurriendo ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que resolvió los recursos acumulados de todas ellas en el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, fallado el 28 junio 2012<sup>16</sup>.

7. Se trata de un caso que presenta una anomalía estructural muy grande —que contribuye a alimentar su fascinación—, al estar construido por cuatro «opiniones» distintas, de las cuales sólo la firmada por el Juez-Presidente ROBERTS representa —y sólo en parte— la «opinión de la Corte», vinculante en concepto de lo que aquí, en España, llamaríamos verdadera jurisprudencia. Se trata de una anomalía estructural explicable, por causa del hecho —del que quedan rastros en lo escrito por alguno de sus Jueces— de haber habido una primera votación en la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que por mayoría de «5 a 4» se había decidido provisionalmente tumbar la Ley y aceptar su inconstitucionalidad, aunque luego el Juez-Presidente ROBERTS cambió —en parte— el sentido de su voto (seguramente, pretendiendo no influir en el resultado de las elecciones presidenciales, que estaban ya a la vista y a las que volvía a presentarse el patrocinador de la propia Ley, esto es, el Presidente OBAMA), con el resultado de que el grueso del contenido de la misma logró, tras este cambio de opinión de última hora, superar el listón de la inconstitucionalidad. Por excepción, sólo se confirmó la naturaleza contraria a la Constitución (y más en concreto, a la llamada «Cláusula de Gastar [*Spending Clause*]»), en cuanto que fundamento de la política federal de fomento) del precepto que imponía a los Estados federados la obligación de aceptar la nueva ampliación (antónimo, por cierto, de «recorte») del antes citado «Medicaid», so pena de tener que dejar de percibir los fondos federales cofinanciadores del antiguo «Medicaid» no ampliado, puesto que la Ley —según una mayoría de Jueces de la Corte, liderada aquí por el Juez-Presidente ROBERTS— traspasaba en este concreto punto el límite infranqueable de no

---

<sup>13</sup> Acerca de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., págs. 2-3.

<sup>14</sup> Cfr. caso *Florida v. United States Department of Health and Human Services*, referencia 780 F.Supp. 2d 1256.

<sup>15</sup> Cfr. caso *Florida v. United States Department of Health and Human Services*, referencia 648 F3d 1235.

<sup>16</sup> Todavía sin referencia oficial definitiva, por causa de su fecha, su referencia provisional es 567 U.S. \_\_ (2012).

poderse «coaccionar a los Estados federados para que acepten los planes o programas fomentados»<sup>17</sup>.

### III. PROSPECTIVA, A PROPÓSITO DE UN EVENTUAL INCREMENTO DE LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO FEDERAL POR EL PRESIDENTE OBAMA

8. El salario mínimo interprofesional —al que tanta aversión parece tener hoy el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en esto en línea con el vigente ordenamiento laboral alemán— fue una de las instituciones ideadas por el ya citado Presidente Franklin D. ROOSEVELT para hacer frente al impacto devastador sobre el mundo del trabajo y del empleo, del «*crack*» bursátil de 1929<sup>18</sup>. Lo reguló, por vez primera, a instancia de dicho gran estadista, la Ley federal de Condiciones de Trabajo Justas (*Fair Labor Standards Act*) de 1938 —luego declarada constitucional por la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>19</sup>—, todavía vigente, en la que se afirmaba la necesidad de identificar «las condiciones de trabajo perjudiciales para el mantenimiento del nivel mínimo de vida necesario para la salud, la eficiencia y el bienestar general de los trabajadores»<sup>20</sup>, y luego, «corregir y, tan rápidamente como sea posible, eliminar las condiciones recién mencionadas»<sup>21</sup>. A este efecto, el precepto crucial era su sección 6 (rotulada «Salarios mínimos [*Minimum wages*]»), que fijó inicialmente dicho salario —durante el primer año de vigencia de dicho precepto— en «no menos de 25 centavos por hora [*not less than 25 cents an hour*]», con la previsión de que se incrementase progresivamente su cuantía, hasta alcanzar —tras siete años de vigencia del propio precepto— la de «no menos de 40 centavos por hora».

9. Desde este primer impulso legislativo decisivo, la cuantía (e incluso, el ámbito de cobertura) del salario mínimo federal norteamericano han sido mejoradas, aunque sin obedecer la mejora a ningún tipo de periodicidad determinada o prefijada. En efecto, la cuantía originariamente prevista la incrementó el Presidente Harry S. TRUMAN —sucesor de ROOSEVELT, tras su

---

<sup>17</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma sanitaria del Presidente Obama por la Corte Suprema de los Estados Unidos», cit., págs. 12 y ss.

<sup>18</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 6-8.

<sup>19</sup> Sobre el caso *United States v. Darby Lumber Co*, con la referencia 312 U.S. 100 (1941), véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012), págs. 32 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. su originaria sección 2(a).

<sup>21</sup> Cfr. su originaria sección 2(b).

fallecimiento en los epílogos de la Segunda Guerra Mundial—, en 1949; luego, volvió a incrementarla el Presidente Dwight D. EISENHOWER, en 1955; luego, el Presidente John F. KENNEDY, en 1961; luego, el Presidente Richard M. NIXON, en 1974, muy poco antes de su dimisión; luego, el Presidente Jimmy E. CARTER, en 1977, ya para todo tipo de trabajadores cubiertos por la Ley federal de 1938, que ROOSEVELT había promulgado; luego, por el Presidente George H.W. BUSH, en 1989; luego, por el Presidente Bill J. CLINTON, en 1996; y por último, por el Presidente George W. BUSH, en 2007, al final de su segundo mandato<sup>22</sup>. De acuerdo con esta última reforma, la originaria sección 6 de la Ley de Condiciones Justas de Trabajo de 1938 —recopilada hoy en la sección 206 del Título 29 del Código de los Estados Unidos— afirma, de un modo aparentemente cabalístico, que el salario mínimo en cuestión asciende a «\$7,25 por hora, a comenzar 24 meses después de aquel 60º día», lo que significa —sobre la base de que este «60º día» fue el 24 julio 2007— que el empresario norteamericano cubierto por la Ley debe pagar, desde el día 24 julio 2009 (en consecuencia, seis meses después de haber jurado su cargo el Presidente OBAMA), un salario mínimo interprofesional federal de 7,25 dólares por hora ordinaria de trabajo.

**10.** Como se ve, de los doce Presidentes que ha habido en los Estados Unidos, con posterioridad a Franklin D. ROOSEVELT, sólo tres de ellos han omitido retocar la cuantía del salario mínimo federal. Se trata del republicano Gerald R. FORD, lo que de algún modo resulta en él explicable, puesto que le tocó consumir la segunda mitad del segundo mandato del Presidente NIXON, tras la forzada dimisión de este último. Fue el caso, también, del igualmente republicano y ultraconservador Ronald W. REAGAN, que tuvo tiempo de sobra para operarla si hubiese querido hacerlo, pues ocupó la presidencia de los Estados Unidos entre el 20 enero 1981 y el 20 enero 1989. Y es el caso, por último, del demócrata y actual Presidente norteamericano Barack H. OBAMA. Mi conjetura es la de que durante este segundo mandato suyo, que expirará el 20 enero 2017, procederá a incrementar de nuevo la cuantía del salario mínimo. Apoyo esta conjetura mía, ante todo, en el dato de que todos los Presidentes demócratas subsiguientes a Franklin D. ROOSEVELT, asimismo demócrata, han pasado a la historia —entre otros motivos— por haber procedido a elevar dicha cuantía. Pero la apoyo, asimismo, en el dato de que si no lo hiciese, le faltaría a la Ley Lilly Ledbetter de Pago Justo de 2009, con la que quiso inaugurar su mandato, su *pendant* (sería incluso el broche de oro de cierre de una presidencia suya, que tanto se parece por motivos económico-financieros, a la que tuvo que desempeñar Franklin D. ROOSEVELT)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, cit., pág. 7, nota 25.

<sup>23</sup> Incidiendo sobre este paralelismo, véase M.H. RUBINSTEIN, «Obama's big deal; the 2009 federal stimulus; Labor and Employment Law at the crossroads», *Rutgers Law Record*, núm. 33 (2009), págs. 1 y ss.



**LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS  
COMO FORMA DE EVITAR LOS PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA  
HUELGA. UNA VISIÓN COMPARADA DEL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ESPAÑOL E ITALIANO**

*[THE REPLACEMENT OF STRIKERS AS A WAY OF AVOIDING  
DAMAGES CAUSED BY STRIKE. A COMPARATIVE VIEW ABOUT SPANISH  
AND ITALIAN JURISPRUDENCE CODES]*

**Jesús Antonio Bécares Guerra**

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2013

Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2013

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EL ESQUIROLAJE.- 3. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. *IL CRUMIRAGGIO*.

*Contents: 1. INTRODUCTION.- 2. THE REPLACEMENT OF STRIKERS IN THE SPANISH LEGAL ORDER. THE STRIKEBREAKING.- 3 THE REPLACEMENT OF STRIKERS IN THE ITALIAN LEGAL ORDER. IL CRUMIRAGGIO.*

**Resumen:** El derecho constitucional y fundamental de huelga impone al empresario la obligación inevitable de soportar los perjuicios que su ejercicio legítimo conlleva. Sin embargo, es posible que la parte patronal, en uso de otras facultades igualmente legítimas, active mecanismos destinados a reducir los efectos negativos provocados sobre su actividad productiva, sin que ello, necesariamente, suponga un atentado contra el derecho de huelga. En las páginas siguientes se estudian las posiciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales alcanzadas en el ordenamiento jurídico español e italiano sobre la figura del esquirolaje, sus posibles variantes y los criterios para su adecuada utilización por el empresario.

*Abstract: The constitutional and basic right of strike imposes to the business owner the inevitable obligation of standing prejudices that its legitimate development entails. However, it's posible that the management, using any other legitimate authority, stimulates mechanisms in order to reduce the negative effects prompted on its productive activity, and it doesn't necessarily mean to attempt against the right of strike. The following pages study legislative, jurisprudence*

*and doctrinal researches in spanish and italian law about the strikebreaking, its different kinds and the criteria for its right use by the business owner.*

**Palabras Clave:** *huelga, esquirolaje, facultades empresariales, movilidad funcional*

**Keywords:** *strike, strikebreaking, business authority, functional mobility*

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de huelga, en cuanto derecho fundamental, requiere de una protección que resulte lo más eficaz posible. En consecuencia con este objetivo primordial, no bastará con garantizar la abstención colectiva de los trabajadores, sino que será necesario proteger el ejercicio del derecho frente a cualquier injerencia encaminada a impedirlo, entre las cuales cabe destacar el uso torticero de ciertas facultades o poderes que el ordenamiento jurídico otorga al empresario.

No obstante, la colisión directa que encuentra este derecho con otras figuras claves dentro del ordenamiento jurídico-laboral, como el poder de dirección ordinario o *ius variandi* reconocido al empresario en el art. 20 Estatuto de los Trabajadores (ET) y las facultades inherentes a su ejercicio, así como el derecho a la libertad empresarial del art. 41 Constitución Italiana (CI), ha hecho que esta figura se enfrente a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, el cual, muy probablemente, no haya llegado a su fin.

## 2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. EL ESQUIROLAJE

El esquirolaje, “expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista”<sup>1</sup>, es una medida vetada por el art. 6.5 Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (DLRT) cuando dispone que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma salvo en caso de incumplimiento de las obligaciones”. Tal prohibición ha existido desde los primeros tiempos de la libertad de huelga<sup>2</sup> y ha tenido como principal finalidad garantizar la eficacia del ejercicio del derecho, claramente menoscabada de permitir la libre contratación o reemplazo para neutralizar sus efectos<sup>3</sup>.

Sin embargo, y aun cuando el art. 6.5 DLRT establezca una evidente limitación a la facultad organizativa del titular de la unidad productiva, la doctrina,

<sup>1</sup> STCo 123/1992, de 28 de septiembre. Sobre el concepto, SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas (Madrid, 1993), pág. 30.

<sup>2</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, en AA.VV. (BAYLOS GRAU, A., Coord.): *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo (Albacete, 2005), pág. 92.

<sup>3</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (Un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Civitas (Madrid, 1994), pág. 379.

desde su implantación, ha tenido disparidad de opiniones en cuanto a su alcance. Por un lado, ciertos sectores consideraron que la garantía del derecho de huelga limitaba fuertemente los poderes de actuación empresarial, quedando en un papel meramente pasivo y no beligerante ante el desarrollo de la huelga<sup>4</sup> y susceptible de ser utilizada cuando resultara estrictamente indispensable para garantizar el derecho al trabajo de quienes optaran por no adherirse a la huelga<sup>5</sup>. Otros, por el contrario, apreciaban la necesidad de reconocer a la empresa cierta capacidad de reacción para no permanecer quieta ante una situación irregular y, con ello, adoptar cualquier diligencia dirigida a mantener un nivel de actividad lo más normal posible<sup>6</sup>, pues “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”<sup>7</sup>.

Esta discusión fue resuelta --al menos en parte-- por el Tribunal Constitucional al afirmar que la preeminencia del derecho de huelga produce “el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”. En consecuencia --y éste es el elemento relevante para el Alto Tribunal--, no podrán realizarse, por parte del empresario, actividades dirigidas a “intentar reducir o privar de efectividad el ejercicio de tal derecho fundamental”<sup>8</sup>.

Aunque una primera lectura del precepto parece ofrecer una regla imperativa y clara, sin más excepción que el incumplimiento de los servicios de

---

<sup>4</sup> ALONSO OLEA, M.: “La regulación actual del derecho de huelga”, *REDT*, núm. 7, 1981, pág. 294; MOLERO MANGLANO, C.: *Derecho sindical*, Dykinson (Madrid, 1996), pág. 699; SALA FRANCO, T.: “Problemas jurídicos del trabajador no huelguista”, *AL*, núm. 1, 1984, pág. 108.

<sup>5</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* del empresario”, *La Ley*, T. II, 1993, pág. 1025.

<sup>6</sup> ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel (Barcelona, 1987), pág. 690.

<sup>7</sup> STS 4 julio 2000 (RJ 6289). Siendo el cierre patronal el único instrumento reconocido a la empresa para frenar los perjuicios de la huelga, y tratándose de una medida mucho más gravosa que la sustitución de los huelguistas, cualquier otro arma de defensa no ilegítima puede ser empleada para atenuar los daños derivados del conflicto, GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”, *AS*, núm. 5, 1997, págs. 645 a 674.

<sup>8</sup> STCo 123/1992, de 28 de septiembre. En la doctrina, sobre la preeminencia del derecho de huelga, MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: “Posición preeminente de los derechos fundamentales. El caso del derecho de huelga (Nota a la STCo 123/1992, de 28 de septiembre)”, *TSo*, núm. 27, 1993, pág. 104; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: “Algunas reflexiones sobre el ‘esquirolaje interno’ (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 de septiembre)”, *REDT*, núm. 62, 1993, pág. 977; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquirolas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de septiembre de 1992)”, *TL*, núm. 27, 1993, pág. 121.



seguridad y mantenimiento<sup>9</sup>, en la práctica su aplicación puede plantear numerosos problemas<sup>10</sup>. De hecho, la interpretación de la norma no ha tenido una única dirección. Para cierto sector doctrinal<sup>11</sup> y algunos pronunciamientos judiciales<sup>12</sup>, atendiendo a la literalidad del precepto, el DLRT prohíbe expresa y únicamente las sustituciones externas de trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, debiendo quedar fuera del mandato aquellas realizadas con otros pertenecientes a la empresa a su inicio. Por el contrario, otra corriente considera inaceptable una visión restrictiva y apuesta por una interpretación sistemática y teleológica a fin de proteger y privilegiar el contenido esencial del derecho de huelga<sup>13</sup> ante una valoración de los intereses contrapuestos<sup>14</sup>.

Aun cuando el DLRT rechace esa utilización del esquirolaje externo, ha llegado a ser admitida tal posibilidad si el propósito buscado no es el de sustituir a los trabajadores huelguistas y menoscabar la eficacia de la huelga<sup>15</sup>. Según la Jurisprudencia constitucional, “no se llega a ese resultado tras examinar las contrataciones indicadas en sí mismas consideradas, ni tampoco su regularidad causal en un plano de legalidad, sino analizándolas desde su eventual afección al derecho de huelga, esto es, atendiendo al menoscabo que podría, en su caso y a su través, haberse causado en aquel derecho. Es palmario que la realización de los nuevos contratos de trabajo no influyó ni en la celebración de las huelgas convocadas ni en sus efectos. En primer lugar, se observa que éstas se

---

<sup>9</sup> GARCÍA NINET, J.I. y BALLESTER PASTOR, I.: “Los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa en los casos de huelga: regulación actual y proyectos de reforma (¿fallida?)”, *TSo*, núm. 31, 1993, pág. 34. Aunque podría incluirse también como excepción la ilegalidad de la huelga, pues según la Jurisprudencia en tal caso el empresario no quedará afectado por la prohibición de contratar esquiroleros externos, STS, Cont.-Adm. Civ., 23 octubre 1987 (RJ 6908).

<sup>10</sup> GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga”, cit., págs. 645 a 674.

<sup>11</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Sustitución ‘interna’ de huelguistas”, *REDT*, núm. 58, 1993, págs. 211 y ss. o ALZAGA RUIZ, I.: “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *AS*, T. II, 2002, pág. 213.

<sup>12</sup> STCT 13 diciembre 1988 (RTCT 1989/613).

<sup>13</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroleros”, cit., pág. 118 o VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*, cit., pág. 383

<sup>14</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “La sustitución interna de los huelguistas: no huelguistas y esquiroleros”, cit., pág. 124; GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA VIÑA, J.: “Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo...”, cit., págs. 645 a 674; FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi (Pamplona, 1999), págs. 265 y ss.; GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1994), pág. 96; TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, *RTSS*, núms. 341-342, 2011, pág. 202.

<sup>15</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., págs. 92 y 93. Significativa la STSJ Navarra 28 enero 1994 (AS 25).

desarrollaron con independencia de la práctica contractual llevada a término, pues la misma no impidió el mantenimiento a los llamamientos a la cesación del trabajo, y no tuvo repercusiones, ni relevancia alguna, en las negociaciones abiertas con ocasión de la medida de conflicto... Y, finalmente, en el plano que poseería mayor enjundia en el presente asunto, las contrataciones tampoco representaron una fórmula torticera empleada contra los efectos de la medida de autotutela, entorpecedora y tendente a dejarla sin efecto por medio de una técnica de sustitución externa de los trabajadores huelguistas”<sup>16</sup>.

Dejando constancia de tal salvedad, la general prohibición del esquirolaje externo no sólo alcanza a aquellos supuestos en que el empresario, dentro de su libertad de contratación, decide directa y personalmente emplear a nuevos trabajadores para sustituir a los huelguistas, sino, también, cuando acude como empresa usuaria al contrato de puesta a disposición, pues así lo prevé expresamente el art. 8.a) Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal<sup>17</sup>, lo cual pone de manifiesto la intención del legislado de limitar igualmente la contratación mercantil y, con ello, cualquier vía de escape<sup>18</sup>.

Es más, el 8.10 RD-Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica como infracción muy grave, “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento” y, para supuestos extremos, el art. 315 Código Penal (CP) castiga con penas de prisión y multa a quienes “mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga”.

---

<sup>16</sup> STCo 66/2002, de 21 de marzo.

<sup>17</sup> Pero incluso si no existiera ese precepto que impide los contratos de puesta a disposición con el fin de sustituir a trabajadores en huelga, dicho comportamiento sería ilegítimo al tratarse de una medida dirigida a romper la eficacia de la huelga, VIVERO SERRANO, J.B.: “Huelga atípica en un escenario de regulación convencional flexible del tiempo de trabajo y cesión de trabajadores a través de una ETT (Comentario a la STSJ del País Vasco 15 mayo 2007)”, *AS*, Vol. I, núm. 2, 2008, págs. 73 a 79. Sobre el asunto, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *DL*, núm. 44, 1994, pág. 37; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *AL*, T. III, 1994, pág. 540; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Las empresas de trabajo temporal*, Comares (Granada, 2001), págs. 73 y 74.

<sup>18</sup> “Situándose fuera de los poderes tradicionales de dirección, control y contratación del empresario en el marco de la relación de trabajo, para desplazarse a la esfera de la organización de la empresa y sus facultades anejas”, BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., pág. 94.

Esa excepción delimitada por la referencia a “los casos justificados por el ordenamiento”, y en sintonía con la interpretación constitucional antes señalada, a buen seguro atiende al supuesto de huelga en servicios esenciales, en cuyo caso el incumplimiento de los servicios mínimos por los trabajadores designados ampara la sustitución, ya sea interna o externa<sup>19</sup>, aun cuando esta última variante ha sido cuestionada por --a nivel teórico-- la habitual extralimitación y ampliación de funciones con el fin de generar una apariencia normal de funcionamiento y por --desde un punto de vista práctico-- la dificultad de reclutar para tan cortos períodos de tiempo a personas con la formación y cualificación exigida para el puesto a cubrir<sup>20</sup>.

Sin duda, el mayor debate viene propiciado por la admisibilidad del esquirolaje interno, toda vez que la norma sólo alude a “trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”, pudiendo entender aceptada la sustitución mediante empleados ya pertenecientes a la unidad productiva y que presten servicios en otros centros, departamentos o secciones. Ello supone reconducir el discurso hacia el poder de dirección ordinario o *ius variandi* (art. 20 ET) y hacia las facultades de movilidad funcional o geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 39, 40 y 41 ET).

Más allá del debate doctrinal<sup>21</sup>, los primeros pronunciamientos judiciales la consideraron lícita, incluso mediante operarios de distinta categoría profesional,

---

<sup>19</sup> Pues la medida pretende garantizar los servicios mínimos y no sabotear la efectividad de la huelga, dando así preeminencia a los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos de los usuarios tienen sobre el derecho de huelga, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga. (Apuntes sobre las soluciones ofrecidas por los ordenamientos británico y español)*, Universidad (León, 2006), pág. 213. En igual sentido, PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *Boletín Laboral Abdón Pedrajas*, Madrid, Octubre 2008, pág. 5 o TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas” cit., pág. 201.

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*. cit., pág. 213.

<sup>21</sup> Rechazando el esquirolaje interno, ALONSO OLEA, M.: “La regulación actual del derecho de huelga”, cit., 294; SALA FRANCO, T.: “Problemas jurídicos del trabajador no huelguista”, cit., pág. 108; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al *ius variandi* del empresario”, cit., pág. 1025. A favor de admitirlo bajo el poder de dirección empresarial y el derecho al trabajo de quienes deciden no secundar la huelga, salvo cuando su finalidad sea exclusivamente antisindical o restrictiva de la huelga, TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, cit., pág. 214; DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Sustitución ‘interna’ de huelguistas”, cit., págs. 112 y ss.; SAMPEDRO CORRAL, M.: “Las consecuencias jurídicas de la huelga sus efectos y la responsabilidad derivada del su ejercicio”, en AAVV.: *Estudios sobre la huelga*, ACARL (Madrid, ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 29-52

argumentando que, de lo contrario, “los no huelguistas quedarían privados de la posibilidad de trabajar en sus puestos de trabajo si se circunscribe la actividad a las propias de su categoría profesional”, máxime si los elegidos “aceptan de buen grado el cambio de su puesto de trabajo”<sup>22</sup>.

Por su parte, y zanjando la cuestión, el Máximo Intérprete Constitucional estimó que “no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado... El ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo ‘social’ que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 de la Constitución y, con ella, la justicia”. Concluye el pronunciamiento afirmando que la “sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”<sup>23</sup>. A *sensu contrario*, no se ejercerá de forma abusiva el poder de dirección o *ius variandi* cuando recurso no haya tenido “por finalidad desactivar la presión producida por el paro en el trabajo ni

---

1992), pág. 120; FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, cit., pág. 95.

<sup>22</sup> Y siempre que no “se vieran obligados a prestar servicios en tiempo superior a la jornada normal”, STCT de 13 de diciembre de 1988 (RTCT 1989/613).

<sup>23</sup> STCo 123/1992, de 28 de septiembre, y, en términos similares, STCo 18/2007, de 28 de junio. Precedentemente, por su claridad, STSJ Galicia 14 julio 2002 (AS 3863): “la posibilidad de sustitución establecida no puede ser entendida en términos tan omnicomprendidos que atenten al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, pues la libertad de trabajar de los que no se sumaron a la huelga así como las facultades de dirección y control del empresario para organizar y planificar el trabajo con la mano de obra a su disposición no les autoriza a excluir con ello el típico efecto limitador de la huelga en la esfera de la libertad del empresario, vaciando de contenido este derecho fundamental... Una interpretación del precepto en el sentido más favorable a la eficacia del derecho fundamental, como ordena el art. 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), obliga a entender que la prohibición de sustitución se refiere no sólo a trabajadores extraños a la empresa sino también a los que perteneciendo a su plantilla no desempeñen habitualmente las tareas propias de los huelguistas”. Por extenso, en la doctrina, GOERLICH PESET, J.M<sup>a</sup>: “Ejercicio del derecho de huelga y poder directivo empresarial”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Universidad (Murcia, 1994), págs. 157 a 174 o FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, cit., págs. 257 y ss.

proseguir con su normal actividad productiva, sino que implicó una medida objetivamente necesaria para mantener sus necesidades mínimas e imperiosas”<sup>24</sup>.

Cabe entender, por lo tanto, que estas facultades reconocidas estatutaria o convencionalmente tienen por objetivo “atender suplencias corrientes y excepcionales, pero siempre en el ámbito de la regularidad y no en supuestos conflictivos... no debiendo ser utilizados como mero instrumento para dejar sin efectos la medida de presión convocada”<sup>25</sup>. En consecuencia, cualquier utilización torticera encaminada a privar a la huelga de sus efectivos resultados (paralizar la prestación de servicios)<sup>26</sup>, tendrá la consideración de ilegal, con independencia de que afecten a personal interno o externo de la empresa<sup>27</sup>.

Ese criterio ha sido mantenido hasta la actualidad sin fisuras, tanto por el Tribunal Constitucional, como por los Tribunales ordinarios<sup>28</sup>, “recordando que no sólo es contrario a ese derecho fundamental el esquirolaje externo (contratación de trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas), sino también el interno, esto es, aquel que utiliza la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga... En consecuencia, la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo”<sup>29</sup>.

En cualquier caso, la prohibición de contratar a trabajadores para suplantar la actividad productiva desempeñada por los huelguistas podría ser plenamente útil para lograr su propósito en aquellos sistemas, hoy quizás arcaicos,

<sup>24</sup> STSJ Galicia 29 septiembre 2003 (AS 2004/817).

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*. cit., pág. 212.

<sup>26</sup> BAYLOS GRAU, A.: “Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga”, cit., pág. 97.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: “Algunas reflexiones sobre el ‘esquirolaje interno’”, cit., pág. 980.

<sup>28</sup> Por todas, y entre muchas otras, STS 8 mayo 1995 (RJ 3752) o SSTSJ Andalucía/Sevilla 16 diciembre 1992 (AS 6605) y 2 julio 1996 (AS 2607); Baleares 8 abril 1999 (AS 1525); Madrid 22 mayo 2009 (AS 1708); Cataluña 10 mayo 1999 (AS 6062) y 9 julio 2007 (AS 2673); o Navarra 31 diciembre 2003 (AS 1056).

<sup>29</sup> STCo 33/2011, de 28 de marzo, ampliamente abordada en TAPIA HERMIDA, A.: “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas”, cit., págs. 199 a 216.

en donde la organización productiva no permitía otra manera de evitar la pérdida generada por el paro. Sin embargo, la aparición de nuevas estructuras organizativas y formas de producción y, sobre todo, la incorporación de la tecnología, ha hecho que los efectos negativos pretendidos por la medida conflictiva queden atenuados mediante el empleo de nuevas fórmulas de gestión de la actividad empresarial durante el desarrollo de la huelga.

Ante esta situación, los Tribunales han elaborado una doctrina judicial que define los límites dentro de los cuales han de ser ejercitadas esas posibilidades, conforme queda expuesto en los siguientes párrafos<sup>30</sup>.

-- Subcontratación con autónomos o terceras empresas.

Aunque del tenor literal del art. 6.5 DLRT, referido expresamente a la contratación de trabajadores dependientes y por cuenta ajena, cabría concluir la potestad de acudir a contratos de arrendamiento de servicios o de ejecución de obras con otras empresas o autónomos, no parece una solución lógica por contradecir el espíritu y la finalidad de la norma<sup>31</sup>.

Para los Tribunales encuentra perfecto acomodo en el tipo del esquirolaje externo, pues “la sustitución de los trabajadores en huelga resulta indiscutible, y dicha situación no cuenta con amparo legal adecuado, porque ateniéndonos a las tareas que venían realizando los trabajadores sustituidos, es evidente que se vació el contenido del derecho de huelga”<sup>32</sup>. En este sentido, se ha de considerar que, “aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relativas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza del trabajo, lo cierto es que en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar al ingreso y a la posición del conjunto de trabajadores de la empresa, son también utilizables al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical” y, en definitiva, “no se puede vaciar el derecho fundamental de huelga mediante el

<sup>30</sup> “Prácticas frente a las cuales los Tribunales deben estar siempre alerta para evitar que por vías colaterales se llegue a resultados vulneradores del derecho de huelga”, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*, cit., pág. 208.

<sup>31</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, cit., pág. 5. En esta cuestión, la doctrina también ha estado dividida, existiendo quienes niegan la licitud de dicha medida, como SALA FRANCO, T. “El esquirolaje externo”, *AL*, núm. 1, 1984, pág. 163; y, por el contrario quienes la defienden, como MOLERO MANGLANO, C.: *Derecho sindical*, cit. 699.

<sup>32</sup> STSJ Navarra 28 abril 1995 (AS 1351), comentada en ALTÉS TÁRREGA, J. A.: “La utilización de los poderes empresariales durante la huelga. A propósito de la sentencia del TSJ de Navarra de 28 de abril de 1995”, *RL*, T. II, 1996, págs. 508 y ss.

uso de los poderes de dirección empresariales, y que si bien la huelga ha de ajustarse a las exigencias normativas que encauzan su correcto ejercicio, a la empresa le está vetado adoptar una actitud que directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo repercute”<sup>33</sup>.

Por el contrario, el hecho de que los trabajadores de una empresa contratista ejerzan su derecho de huelga, no impide que la contratante trate de sustituir los servicios ofrecidos por la contratista acudiendo a otras empresas, toda vez que “los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquellos se encuentran vinculados por el contrato de trabajo”<sup>34</sup>. Así pues, “el derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta”<sup>35</sup>.

-- Trabajos realizados por familiares o a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

Alude el presente supuesto a la nada extraña práctica de buscar el auxilio temporal de familiares o allegados, en tanto vínculo excluido por el art. 1.3.d) y e) ET. El Tribunal Supremo dictaminó que “las esporádicas actividades realizadas... no pueden ser encuadradas en el ámbito de relación laboral de clase alguna... no se puede considerar como infractor al empresario individual o colectivo que suple con su actividad, desinteresada económicamente, la labor de los huelguistas, o que apela a los servicios benévolos de sus familiares inmediatos”<sup>36</sup>. No obstante, cabe apreciar que el fallo deriva de una infracción laboral y emana de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de tal forma que si el litigio hubiera sido planteado en otros términos ante la Sala Social, muy probablemente hubiera primado una interpretación finalista para resolver en sentido favorable al derecho de huelga<sup>37</sup>.

-- Incremento de la productividad.

---

<sup>33</sup> STSJ Baleares 12 diciembre 1996 (AS 4062), analizada en SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Comentarios a la STSJ Baleares de 12 de diciembre de 1996”, AS, T. IV, 1996, págs. 2862 a 2864.

<sup>34</sup> STS 11 mayo 2001 (RJ 5205).

<sup>35</sup> STSJ País Vasco 4 julio 2000 (AS 2989).

<sup>36</sup> STS, Cont.-Adm.ivo., 18 septiembre 1997 (RJ 6387).

<sup>37</sup> Ampliamente, ARUFE VARELA, A.: “Sobre la sustitución de trabajadores huelguistas. A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 18 de septiembre de 1997”, *AFDUDC*, núm. 3, 1998, págs. 623 a 626.

Otra de las alternativas consiste en la realización de horas extras antes o durante la huelga para mitigar sus efectos, lo que ha sido considerado como un comportamiento ilegítimo porque “lo que el legislador quiere es la protección del derecho consagrado, y éste puede sentirse afectado cuando el cometido, aun realizado fuera del período señalado, repercute sobre los trabajos propios de él, con la consiguiente limitación de sus efectos ciertamente perjudiciales”<sup>38</sup>. Cuestión distinta sería si la empresa prevé, con anterioridad al conflicto, la necesidad de ampliar la contratación en la medida que, aun coincidiendo con la abstención colectiva, responda a una necesidad objetiva conocida previamente y no persiga perturbar la huelga<sup>39</sup>.

-- Desvío de clientes a otras empresas.

La Jurisprudencia no considera que trasladar las demandas de sus clientes a otras empresas pueda suponer un ataque ilegítimo al derecho de huelga, pues “ciertamente este derecho acarrea perjuicios a la empresa, pero este mal no es la finalidad y el objeto de ella”. Por su parte “los sujetos directamente concernidos por el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aquéllos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general que gozan o se sirven de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga”; lo contrario supondría “una manifiesta perversidad del derecho a tratar de perjudicar a terceros”<sup>40</sup>. Sin embargo, no tendrá la misma consideración el desvío de pedidos o de la actividad a otros centros de producción, en tanto tal práctica tiene como efecto anestesiar el daño que ha de producir la huelga<sup>41</sup>.

-- Utilización de medios técnicos.

---

<sup>38</sup> STSJ Madrid 19 noviembre 1992 (AS 5709). IGLESIAS CABERO, M.: “Efectos del ejercicio del derecho de huelga”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico de la huelga y de cierre patronal*, CGPJ (Madrid, 1993), págs. 215 y 216.

<sup>39</sup> “El dato objetivo e irrefutable de que en septiembre se produce una mayor ocupación en el hotel que exige un mayor número de empleados que atienda esta eventualidad cíclica y cierta, tiene relación o vínculo alguno con el día de huelga; necesariamente se iban a producir como se había previsto con una antelación temporal que despoja de cualquier sospecha de intencionalidad a dichas contrataciones”, STSJ Andalucía/Sevilla, Cont.-Admtivo., 29 febrero 2000 (RJCA 915).

<sup>40</sup> STS 11 mayo 2001 (RJ 5202), comentada por LAHERA FORTEZA, J.: “La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral (Comentario a la STS de 11 de mayo de 2001)”, *RL*, núm. 1, 2002, págs. 871 a 876.

<sup>41</sup> STSJ Navarra 28 abril 1995 (AS 1351).



Específicamente con ocasión de conflictos en el sector de las telecomunicaciones, el Tribunal Supremo ha entendido que los medios tecnológicos no aminoran los efectos de la huelga al no existir sustitución de los trabajadores que la secundan<sup>42</sup>. Así, “la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores amparado y reconocido por el artículo 28.2 de nuestra Constitución, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos. La Ley veta la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores externos..., pero no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”<sup>43</sup>. A mayor abundamiento, “se considera necesario subrayar que la utilización de una programación previamente grabada dentro de los horarios habituales de difusión, como medida alternativa a la programación en directo el día previsto para la huelga, de una parte, garantiza el ejercicio del contenido constitucional de este derecho, al posibilitar la reducción de la plantilla y medios técnicos disponibles, y de otra, hace efectiva la garantía del mantenimiento de los servicios públicos de radiodifusión y televisión cuya destinataria es la comunidad, haciendo efectiva la armonización entre el respeto al interés general de ésta en el mantenimiento de los servicios esenciales y el derecho fundamental de huelga”<sup>44</sup>.

### 3. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TRABAJADORES HUELGUISTAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO. *IL CRUMIRAGGIO*

El ordenamiento jurídico italiano guarda, respecto a la sustitución de los trabajadores huelguistas, notables diferencias con nuestro ordenamiento, derivadas,

---

<sup>42</sup> STS 27 septiembre 1999 (RJ 7304). MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Sustitución virtual de trabajadores en huelga”, *RL*, núm. 1, 2000, págs. 797 y ss. o MORALO GALLEGO, S.: “El ejercicio de la huelga y el impacto de las nuevas tecnologías y la descentralización productiva”, en AA.VV. (MORALO GALLEGO, S., Dir.): *Derechos Colectivos*, T. III, CGPJ (Madrid, 2003), págs. 222 y ss.

<sup>43</sup> STS 4 julio 2000 (RJ 6289), glosada en BAYLOS GRAU, A.: “Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y telecomunicación. A propósito de la huelga general de 20 de junio de 2002”, *RGDTSS* núm. 5, 2004, *Revista electrónica de Iustel*, apartados III y IV. En este mismo sentido, prácticamente reproduciendo su contenido, STSJ Extremadura 15 julio 2004 (AS 1862).

<sup>44</sup> STS, Cont.-Admtivo., 17 enero 2003 (RJ 1717). Ver comentarios a esta sentencia y anteriores en, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Derecho de huelga y libertad de empresa”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005, págs. 39 y ss. También, sobre esta cuestión, STS 15 de abril de 2005 (RJ 4513).

sobre todo, de la posición que los derechos enfrentados, huelga y libertad empresarial, ocupan en la Carta Magna.

La doctrina italiana, tanto jurídica como científica, ha desarrollado una estructura, en cierta medida distinta a la diseñada en nuestro país. Así, el *crumiraggio*<sup>45</sup> --equivalente al esquirolaje y, más ampliamente, a cualquier actividad que reduce los efectos de la huelga-- puede tener una primera división entre su versión directa, en alusión a quienes voluntariamente deciden no adherirse a la huelga y continuar con su prestación de servicios en virtud del derecho de libertad sindical negativo reconocido por el art. 39.1 CI y de las garantías de igualdad social y derecho al trabajo del art. 4 CI<sup>46</sup>, lícita a juicio de la doctrina<sup>47</sup>, y su modalidad indirecta, entendiéndose por tal la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros, dando lugar a una nueva variante que distingue entre el *crumiraggio* interno si aquellos pertenecían a la empresa en el momento de iniciarse el conflicto, o externo cuando se trate de personal ajeno contratado puntualmente.

En el ordenamiento italiano, el debate sobre la configuración jurídica de la sustitución de los trabajadores huelguistas tiene sus raíces en la naturaleza de los dos intereses contrapuestos, el derecho de huelga del art. 40 CI y la libertad de empresa e iniciativa económica del art. 41 CI, del que a su vez deriva el poder organizativo del empresario del art. 13 Estatuto de los Trabajadores Italiano (ETI)<sup>48</sup>. Sin duda, el primero de ellos condiciona la posición jurídica del titular de la unidad productiva, pero la doctrina mayoritaria no lo lleva al extremo de impedir

---

<sup>45</sup> Término que etimológicamente proviene de la tribu árabe *Khrumir*, GUIDOTTI, F.: “Crumiraggio”, *ED*, XI, 1962, págs. 436 y ss. o BRUNETTI, G.M.: “Appunti sulle nozioni giuridiche di ‘picchetaggio’, ‘crumiraggio’ e ‘boicottaggio’ con riferimento all’esercizio del diritto di sciopero”, *MGL*, 1968, págs. 10 y ss.

<sup>46</sup> Aunque algunos autores consideran que esta forma de esquirolaje directo no puede vincularse a las libertades del art. 4 CI, como BRATTOLI, B.: “La Suprema Corte e il c.d. *crumiraggio*”, *MGL*, 1986, pág. 338.

<sup>47</sup> Entre muchos otros, SCOTTO, I.: *Il diritto di sciopero*, Italemi, (Roma, 1968), pág. 150; GALANTINO, L.: *Diritto sindacale*, 5ª ed., Giappichelli (Turín, 1995), pág. 231; CAMPANELLA, B.: “Gli effetti dello sciopero”, en AA.VV. (CARINCI, F., Dir.): *Diritto del lavoro*, Utet, (Turín, 1998), pág. 582; BRATTOLI, B.: “La Suprema Corte e il c.d. *crumiraggio*”, cit., pág. 336; GHEZZI, G.: “Il dovere di pace sindacale”, *RTDPC*, 1961, pág. 493.

No obstante, algunos autores discuten su legitimidad respecto de los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales que promueven la huelga, sobre quienes pesaría una verdadera y propia obligación jurídica de participar en la huelga, MORTATI, C.: “Il lavoro della Costituzione”, *DLAV*, núm. 149, 1954, pág. 208.

<sup>48</sup> Ampliamente sobre el poder de gestión del empresario, PERULLI, A.: *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè (Milán, 1992), págs. 143 y ss.; MARAZZA, M.: *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam (Padua, 2002), págs. 179 y ss.; ALLEVA, P. G.: “L’esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo”, *RGL*, núm. 1, 1976, págs. 371 a 428.

actuaciones tendentes a reducir los efectos del conflicto colectivo<sup>49</sup>, pues una vez ejercido el derecho se alcanzaría una situación de paridad que no le impone una colaboración con los objetivos del paro huelga<sup>50</sup>; es más, no existe norma alguna que obligue a adoptar una actitud meramente pasiva<sup>51</sup>. Por otro lado, la posibilidad de ocupar los puestos de los huelguistas, en utilización del poder organizativo del empresario, es perfectamente compatible con las nuevas estructuras de producción, caracterizadas por una descentralización logística y funcional<sup>52</sup>.

Tras la aprobación del ETI, algunas voces plantearon la posibilidad de que la sustitución de los trabajadores huelguistas pudiera ser considerada como una conducta antisindical *ex art. 28*<sup>53</sup>, en tanto podía suponer un atentado al derecho de huelga<sup>54</sup>. Sin embargo, en opinión de la mayoría de los autores y de la Jurisprudencia<sup>55</sup>, el art. 28 de la citada norma estatutaria prohíbe aquellos comportamientos destinados a impedir que un derecho garantizado constitucionalmente a los trabajadores pueda ser ejercitado en plena libertad y sin condicionantes; no prohíbe, por el contrario, que avalado por una posibilidad de *facto* y jurídica, trate de aminorar los perjuicios de la huelga<sup>56</sup>. Tampoco exige necesariamente que cualquier actuación antagonista de las partes dentro del conflicto, por el mero hecho de representar un interés contradictorio, haya de suponer una conducta antisindical y, por consiguiente, atentatoria del derecho de huelga<sup>57</sup>.

<sup>49</sup> BRATTOLI, B.: “La condotta antisindacale”, *NGL*, suplemento 1996, pág. 112 y DE FALCO, F.: “Sciopero e condotta antisindacale”, *RIDL*, 1992, pág. 350 o, del mismo autor, “Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale”, *RIDL*, núm. 1, 1992, págs. 331 y ss.

<sup>50</sup> MAGNANI, M. y TOSI, P.: *Diritto sindacale. Casi e materiali*, Monduzzi (Bologna, 1994), pág. 319 o LUNARDON, F.: “Crumiraggio esterno e condotta antisindacale”, *GI*, 1997, pág. 927. Por el contrario, otra minoría considera que la afirmación de la libertad empresarial niega directamente el derecho de huelga, MISCIONE, M.: “I divieti di contratto a termine”, en AA.VV. (MENGHINI, L., Dir.): *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa (Milán, 2002), pág. 91.

<sup>51</sup> Como afirma la Jurisprudencia, Cass. (Sentencia de la Corte Suprema de Casación) 13 marzo 1986, núm. 1701; 16 noviembre 1987, núm. 8401; o 4 julio 1984, núm. 3916.

<sup>52</sup> DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene (Nápoles, 2003), pág. 101.

<sup>53</sup> RIVA SANSEVERINO, L.: “Parere ‘pro veritate’ sull’art. 28 Statuto dei lavoratori”, *OGL*, 1970, pág. 371.

<sup>54</sup> Partidarios de esta posición, autores como, GAROFALO, M. G.: *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene (Nápoles, 1979), pág. 86.

<sup>55</sup> Corte Cost. 6 marzo 1974, núm. 54.

<sup>56</sup> PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, *RIDL*, núm. 1, 1986, pág. 474. Según estos autores, la norma no tutela al derecho de huelga contra todo tipo de reacción empresarial, VENTURA, L.: “Sciopero economico, sciopero sindacale e sciopero politico nella tutela dello Statuto dei lavoratori”, *RGL*, 1973, pág. 323. En opinión de algún autor, razones de pura necesidad, como evitar los daños ocasionados por la huelga, no pueden integrar una hipótesis de conducta antisindical, SCOGNAMIGLIO, R.: “Considerazioni sull’art. 28 dello Statuto dei lavoratori”, *RGL*, T. I, 1971, pág. 165.

<sup>57</sup> TREU, T.: “Libertà Sindacale e interesse dell'impresa”, *RGLPS*, T. I, núms. 5 y 6, 1973, pág. 481 o FLAMMIA, R.: “Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28, l. 20 maggio

No obstante, y aunque el derecho a la iniciativa económica del empresario y el de huelga tienen igual “dignidad” y “espesor” constitucional y representan una “legítima antítesis” --uno pretende la continuidad de la actividad económica y el otro tiene a impedirla --, ello no es óbice para que tal confrontación no deba desarrollarse en un espacio legalmente garantizado<sup>58</sup>, por lo cual, las partes, “teniendo en cuenta el carácter fisiológicamente conflictivo de las relaciones colectivas, deben utilizar los instrumentos y las posibilidades previstas por el ordenamiento para la ordinaria y legítima gestión de la fuerza trabajo”<sup>59</sup>.

Para algunos sectores, el núcleo en esta configuración teórica a efectos de verificar un posible comportamiento antisindical radica en individualizar aquellas actuaciones que, sin perjuicio de posibles distorsiones del derecho de huelga, no tiendan a menoscabar su libre ejercicio sino que sean promovidas hábilmente por el empresario, dentro de su libertad organizativa, para neutralizar los efectos perniciosos del conflicto<sup>60</sup>. Esa casuística labor, necesariamente, vendrá desarrollada por los Tribunales con el análisis de cada caso concreto y singular<sup>61</sup>. Por lo tanto, el poder de dirección del empresario, dentro del desarrollo del conflicto, tendrá una doble consideración jurídica, así se defina como una mera acción de gestión o, por el contrario, constituya una violación del libre ejercicio del derecho de huelga<sup>62</sup>.

Así las cosas, en líneas generales el ordenamiento italiano permite que el empresario pueda recurrir a los trabajadores que no hayan secundado la huelga para sustituir a quienes sí lo han hecho, siempre y cuando sea para evitar las

---

1970, n. 300, dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all’esercizio del diritto di sciopero”, *MGL*, 1994, pág. 452.

<sup>58</sup> En palabras de la doctrina “el interés de la empresa no alcanza el valor constitucional de absoluto”, DI MAJO, A.: “Tutela Civile e diritto di sciopero”, *RGL*, T. I, 1980, pág. 319.

<sup>59</sup> DI CARLUCCIO, C.: “La mobile frontiera tra crumiraggio interno ed esterno: breve storia di un caso limite”, *RIDL*, núm. 2, 2007, pág. 16, comentando el pronunciamiento contenido en Cass. 4 mayo 2006, núm. 10624.

<sup>60</sup> El análisis del comportamiento empresarial tendrá que basarse en elementos que objetivamente demuestren que se ha menoscabado el libre ejercicio del derecho de huelga, siendo irrelevante cualquier comportamiento subjetivo del empresario, como la intención de lesionar el derecho, Cass. 12 junio 1997, núm. 5295.

<sup>61</sup> GHERA, E.: “Legittimità dello sciopero e Statuto dei lavoratori”, *MGL*, 1974, pág. 257 y ss. o DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., págs. 103 a 105.

<sup>62</sup> Por todos, BALESTRIERI, F.: “Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale”, *ADL*, núm. 6, 1997, págs. 145 y ss.; BONARDI, O.: “La sostituzione dei lavoratori in sciopero tra violazione di norme inderogabili di legge e condotta antisindacale”, *RIDL*, II, 1993, págs. 99 y ss.; FOCARETA, F.: “Sostituzione di lavoratori in sciopero con adibizione a mansioni inferiori di lavoratori non aderenti allo sciopero”, *RIDL*, T. II, 2003, págs. 2 y ss.; DE FALCO, F.: “Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale”, cit., pág. 331.

consecuencias negativas de la huelga, en la medida en que este comportamiento entra dentro de los poderes de gestión<sup>63</sup>. Si bien es cierto que el derecho de huelga genera un legítimo daño a la producción empresarial, ello no implica necesariamente que éste no pueda, con el fin de limitar los efectos de la abstención colectiva sobre la productividad, emplear todos aquellos instrumentos que provengan de su libertad de dirección, entre los que se encuentra la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de la misma empresa que no hayan optado por el paro<sup>64</sup>.

El esquirolaje interno es permitido en la medida en que no es un instrumento destinado a provocar un daño en el ejercicio del derecho de huelga -- circunstancia que protege el ordenamiento-- sino a incidir sobre los efectos de su ejercicio<sup>65</sup>. Por lo tanto, es preciso distinguir, con el propósito de identificar las conductas antisindicales, entre los permitidos actos neutralizadores de los efectos de la huelga y los vetados actos impeditivos del derecho<sup>66</sup>. Mantenido en estos términos la figura examinada, tanto los trabajadores con la huelga, como los empresarios con el esquirolaje, obtienen igual cobertura constitucional de sus contrapuestos intereses<sup>67</sup>.

La Corte Constitucional se ha decantado por admitir plenamente el *crumiraggio* interno, ya que “no contrastan con preceptos constitucionales aquellas medidas que, sin coartar en ninguna modo la libertad de los trabajadores que hayan querido sumarse a la huelga, tiendan a contener los efectos dañosos de la huelga, especialmente cuando la huelga se produzcan en los servicios esenciales”<sup>68</sup>. En

---

<sup>63</sup> Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401; 29 noviembre 1991, núm. 12822; o 4 julio 2002, núm. 9709. Para una amplia recopilación de la Jurisprudencia en este sentido, POZZAGLIA, P.: “Diritto di sciopero e crumiraggio”, *DLAV*, T. II, núm. 6, 2006, pág. 591, nota 5; GALANTINO, L.: *Diritto sindacale*, cit., pág. 231; DEL PUNTA, R.: “Sciopero e reazioni del datore di lavoro”, *MGL, Il Sole 25 Hore*, núm. 10, 2006, págs. 731 y ss.; DELLA ROCCA, G.: “Crumiraggio e condotta antisindacale”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núms. 1 y 2, 2008, págs. 7 y ss.; SCIME, D.: “Crumiraggio indiretto/interno anche con assegnazione di mansioni inferiori di un non facile bilanciamento”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núms. 1 y 2, 2008, págs. 9 y ss.; RIGGI, P.: “A proposito della sostituzione dei lavoratori in sciopero”, *Note Informative*, núm. 26, 2003, págs. 73 y ss.

<sup>64</sup> Cass. 4 julio 2002, núm. 9709, comentada en LEOTTA, G.: “Crumiraggio e art. 2103 c.c.: l’incertezza del diritto”, *RGL*, T. II, 2003, págs. 383 y ss. y GALLO, F.M.: “L’utilizzazione del personale non scioperante: l’orientamento della Cassazione”, *LG*, 2003, págs. 138 y ss.

<sup>65</sup> PIETROPAOLI, A.: “Divieti di apposizione del termine al contratto di lavoro”, en AA.VV. (PERONE, G., Dir.): *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli (Turín, 2002), pág. 229.

<sup>66</sup> Sobre la distinción entre actos de neutralización y actos impeditivos, DE FALCO, F.: “Sciopero e condotta antisindacale”, cit., págs. 331 y ss.

<sup>67</sup> MARESCA, F.: “Sostituzione dei lavoratori scioperanti e condotta antisindacale”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núm. 7, 2010, pág. 493.

<sup>68</sup> Corte Cost. 23 julio 1980, núm. 125, declarando la constitucionalidad del art. 74 Ley 1196/1960, de 23 octubre, de ordenación del personal de las Cancillerías y Secretarías Judiciales, en *ACDCT*, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 29-52

consecuencia, el reconocimiento del derecho de huelga por la Constitución Italiana implica una obligación del empresario de abstenerse de realizar aquellas actuaciones que impidan o graven el ejercicio del derecho, pero no de aquellas que estén simplemente dirigidas a neutralizar o disminuir los efectos dañosos que la huelga acarrea a la actividad empresarial<sup>69</sup>.

Esta interpretación amplia sigue vigente en la Jurisprudencia actual<sup>70</sup>, pero igual a como ocurre en el ordenamiento jurídico español, encuentra excepciones y particularidades que, nacidas de una importante intervención de la Corte Suprema de Casación, ha ido perfilando la figura del esquirolaje indirecto interno.

-- Respecto a la sustitución de trabajadores huelguistas por otros en detrimento de su calificación profesional, la cuestión nuclear --y aún no resuelta definitivamente--, se encuentra en determinar si, en aplicación del art. 2103 Código Civil Italiano (CCI) --cuya redacción fue dada por el art. 13 de la norma estatutaria, que incorpora el *ius variandi* empresarial--, el reemplazo puede ser realizado con empleados de distinta categoría<sup>71</sup>.

La Jurisprudencia, en un criterio inicial, había considerado que sólo podría tener lugar “de manera supletoria y para la complementación y obligatoria definición del puesto principal y absorbente”, entendiéndose que “la actividad prevalente y absorbente desarrollada por el trabajador debe corresponder a aquella de la categoría a la que pertenece”, siendo “incidental y por razones de eficacia y economía laboral o, incluso, por razones de seguridad”<sup>72</sup>, quedando excluidas

---

el que se permitía, en caso de huelga, sustituir a los oficiales judiciales por otro personal interno de la oficina judicial; en el mismo sentido, Corte Cost. 3 de agosto de 1976, núm. 222.

<sup>69</sup> TARTAGLIONE, L.: “Il problema della sostituzione dei lavoratori assenti per sciopero”, *Contratti Collettivi e Tabelle*, 2009, pág. 50.

<sup>70</sup> “El empresario, con el objeto de reorganizar la actividad empresarial y la actividad laboral durante la huelga, puede temporalmente emplear al personal no adherido a la huelga en trabajos propios de los huelguistas, siendo, por el contrario, ilegítima tanto la contratación de otros trabajadores para sustituir a los huelguistas como el trato de mejor favor a los trabajadores que estén dispuestos a sustituir a aquellos huelguistas”, Cass. 29 noviembre 1991, núm. 12822. Con idéntico criterio a favor del esquirolaje interno, Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401, y 9 mayo 2006, núm. 1062.

<sup>71</sup> Ver sobre el *ius variandi* del empresario en este sentido, IANNIRUVERTO, G.: “La flessibilità nello svolgimento del rapporto di lavoro”, *MGL, Il Sole 24 Hore*, núm. 6, 2009, págs. 7 a 9, BROLLO, M.: “La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento”, en AA.VV. (SCLHESINGER, P., Dir.): *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè (Milán, 1997), págs. 273 y ss., y más recientemente, STAIANO, R.: *Dequalificazione professionale e mobbling*, Halley (Milán, 2006).

<sup>72</sup> Cass. 25 febrero 1998, núm. 2045. En esta sentido, la Sentencia Trib. de Venecia de 3 de julio de 2002 determina que “la realización de actividades inferiores a aquellas propias de la

aquellas labores que no estén “objetivamente conectadas” con la clasificación del trabajador<sup>73</sup>.

No obstante, existían aislados pronunciamientos anteriores que consideraban que, al margen de la necesidad de cualquier elemento de complementación o conexión, el desvío de trabajadores a tareas de inferior categoría podría realizarse siempre que así lo exigiesen razones de extraordinaria emergencia para la actividad empresarial<sup>74</sup>. En la doctrina, algunos autores, aunque escasos, también se postularon a favor de una libre utilización de los trabajadores no huelguistas, ya que la eficacia del art. 13 ETI quedaba circunscrita al ámbito privado de la relación laboral, de tal manera que un trabajador, en base a dicho artículo, podrá rechazar la asunción de tareas de menor calificación, pero si acepta realizarlas, ninguna consecuencia podrá derivarse sobre la legitimidad o no del esquirolaje<sup>75</sup>.

Retomando la tarea hermenéutica de la Jurisprudencia, la Corte de Casación afirmaría con posterioridad que “la disposición del art. 2103 CCI, que tiende a proteger la profesionalidad del trabajador, no impide que éste pueda ser empleado en el desarrollo de actividades inferiores cuando así suceda excepcionalmente y accesoriamente, y para específicas y objetivas exigencias de la empresa. La mencionada posibilidad entra dentro del legítimo ejercicio del poder de gestión y organización de la empresa en situaciones de emergencia y al objeto de evitar la paralización de la producción”<sup>76</sup>.

En conclusión, el ordenamiento italiano asume la legitimidad de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros, aunque sea para ocupar labores de menor cualificación, cuando sea realizada de modo legítimo, lo cual acaecerá por respetar los criterios marcados por la Jurisprudencia en la interpretación del art. 2103 CCI, es decir, labores vinculadas a la actividad prevalente y absorbente desarrollada por el trabajador, que no estén fuera de la supletoriedad de las tareas principales atribuidas y que tal necesidad tenga su origen en causas de eficiencia y economía laboral y de seguridad<sup>77</sup>. Con tal criterio, se consigue que el empresario

---

calificación del trabajador sólo podrá ser lícita en situaciones de todo excepcionales no asumibles en caso de huelga”.

<sup>73</sup> Cass. 10 junio 1993, núm. 6464.

<sup>74</sup> Cass. 8 julio 1987, núm. 5963.

<sup>75</sup> PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, cit., pág. 475.

<sup>76</sup> Cass. 4 julio 2002, núm. 9709, o 16 diciembre 2009, núm. 26368.

<sup>77</sup> Cass. 3 junio 2009, núm. 12811, comentada en TARTAGLIONE, L.: “Il problema della sostituzione dei lavoratori assenti per sciopero”, cit., pág. 53.

“Fuera de una situación de verdadera y propia emergencia para la actividad de la empresa, la sustitución de los huelguistas en contradicción con la norma legal (art. 2103 CCI) indudablemente

no cargue con las consecuencias de la huelga sobre los trabajadores que deciden no secundarla, enfrentándolos con cuantos así lo han decidido y con las organizaciones sindicales, además de impedir que los sujetos colectivos puedan llevar a cabo la actividad conflictiva de una manera más eficaz<sup>78</sup>.

-- Por extensión, la sustitución deberá efectuarse respetando, no sólo las disposiciones legales internas y supranacionales, sino, también, los acuerdos colectivos<sup>79</sup>.

-- Será necesario, a la hora de valorar su carácter antisindical, atender al momento en el cual la sustitución haya sido efectuada, así como a la programación de la actividad que la empresa tuviera prevista con anterioridad a tener conocimiento de la huelga<sup>80</sup>.

-- Igual reproche merecerá el desvío de los trabajadores de una empresa hacia otra del mismo grupo para ocupar los puestos vacantes durante el conflicto, teniendo en cuenta que la simple unión societaria no justifica tal intervención, aun cuando sólo sea para intentar reducir los efectos de la huelga<sup>81</sup>. De modo similar, el traslado de personal entre empresas principales y contratistas será considerado ilegítimo<sup>82</sup>.

-- Por el contrario, no ha merecido crítica el recurso a la realización de horas extraordinarias por los trabajadores<sup>83</sup> o, con parecida finalidad, reconocer

---

constituye una conducta antisindical”, Cass. 19 julio 2011, núm. 15782 y, en el mismo sentido, Cass. 26 septiembre 2007, núm. 20164.

<sup>78</sup> ORLANDI, G.: “Crumiraggio interno, demansionamento e condotta anti-sindacale. A proposito di una recente sentenza della Cassazione”, *Diritti & Lavoro*, núm. 1, 2009, págs. 8 y 9.

<sup>79</sup> Por ejemplo, en un supuesto en el cual estaba estipulada la facultad para realizar contrataciones a tiempo determinado con estudiantes y con trabajadores dependientes de otras empresas a tiempo indeterminado y parcial para prestaciones *part time* los sábados y domingos, ante una huelga la empresa contrató a trabajadores de otras empresas mediante contratos *weekend* a tiempo determinado y para días distintos al sábado y domingo. La Corte de Casación consideró que la actuación empresarial constituía una violación del derecho de huelga, ya que la sustitución no sólo se había efectuado en violación del art. 3.13 Decreto Legislativo 61/2000, de 25 de febrero, de trasposición de la Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en el que se obligaba a que dichos contratos fueran de tiempo indeterminado, sino, además, contraviniendo los acuerdos colectivos empresariales, Cass. 9 mayo 2006, núm. 10624, comentada por DI CARLUCCIO, C.: “La mobile frontiera tra crumiraggio interno ed esterno: breve storia di un caso limite”, cit.

<sup>80</sup> Sentencia Tribunal de Turín 1 junio 2010.

<sup>81</sup> Sentencia Tribunal de Cassino, 25 mayo 2000.

<sup>82</sup> Sentencia Tribunal de Milán, 16 febrero 2002.

<sup>83</sup> Cass. 13 marzo 1986, núm. 1701.



incentivos por objetivos, por mayor rendimiento en la jornada ordinaria o por acudir al trabajo, máxime si estaban ya reconocidos en convenio<sup>84</sup>.

-- Finalmente, resulta crucial analizar el *crumiraggio* en los servicios esenciales, terreno altamente inestable, pues la Ley 146/1990, al procedimentalizar el ejercicio del derecho huelga y limitar las facultades inherentes a la libertad de actuación de las partes en conflicto, podría resultar poco idónea para legitimarlo; y, por otro lado, una situación en la que los poderes empresariales no se encontraran de algún modo delimitados, contrariaría el equilibrio contractual buscado por la norma<sup>85</sup>.

La Jurisprudencia, habida cuenta la necesidad de acomodar la figura del esquirolaje en los servicios esenciales a la norma, vinculó su legitimidad a la propia Ley 146/1990, sustrayéndola de las reglas del art. 28 ETI. En consecuencia, afirmó que cuando las partes no alcancen un acuerdo sobre las prestaciones a cumplir dentro de los servicios esenciales, la Ley prevé, como única salida al cumplimiento de las prestaciones, el procedimiento de *precettazione* (figura asimilable a nuestro arbitraje obligatorio). Por lo tanto, cuando esta circunstancia concurra, el empresario sólo quedará habilitado para solicitar el procedimiento extraordinario, no pudiendo sustituir a los trabajadores huelguistas por otros --sobre todo externos--, salvo razones imprevisibles que así lo exijan para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>86</sup>, debiendo entender que dicha situación se produce cuando existe una verdadera y auténtica necesidad y urgencia y un peligro inminente para los mismos y siempre y cuando no sea posible o eficaz la *precettazione*<sup>87</sup>.

Aunque el anterior pronunciamiento no era exactamente claro en cuanto a su alcance, permitiendo pensar que afectaba tanto al esquirolaje interno como externo, las interpretaciones mayoritarias consideraron que la prohibición quedaba referida a la segunda modalidad, quedando la primera expedita de observar, analógicamente, las reglas aportadas por la Jurisprudencia para su correcta implementación<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Con ocasión de una huelga en el servicio de correos, Cass. 25 septiembre 2003, núm. 17995.

<sup>85</sup> Sobre estas cuestión, ampliamente, DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, cit., págs. 118 a 125.

<sup>86</sup> Cass. 22 junio 1998, núm. 6193, comentada en DE FALCO, F.: "Sciopero nei servizi essenziali e sostituzione dei lavoratori scioperanti con personale esterno", *MGL*, 1998, pág. 570.

<sup>87</sup> MISCIONE, M.: "I divieti di contratto a termine", cit., pág. 90.

<sup>88</sup> GRAMICCIA, G.: "Il fenomeno del *crumiraggio* interno sembra applicabile anche ai servizi pubblici", *GD*, núm. 30, 2002, pág. 40.

La Corte Constitucional, por su parte, había dejado fijadas las bases de este planteamiento antes de la entrada en vigor de la Ley 146/1990, considerando que “no puede negarse la legitimidad de medidas... que, sin coartar en ninguna modo la libertad de los trabajadores que hayan querido sumarse a la huelga, tiendan a contener los efectos dañosos”<sup>89</sup>. La Jurisprudencia posterior vino a corroborar esa licitud del esquirolaje interno en el ámbito de los servicios esenciales con rotundidad, al afirmar cómo “en el caso de la proclamación de una huelga por las organizaciones sindicales... no constituye comportamiento antisindical la conducta del *Ministero della Pubblica Istruzioni e del Provveditorato agli studi*, el cual, en el intento de limitar las consecuencias dañosas de la suspensión del servicio público de la enseñanza, en donde los exámenes de fin de año suponen un momento final de máxima responsabilidad, dispone la sustitución de los docentes huelguistas por otros docentes no huelguistas y con suplentes, entendiendo que tal conducta está dirigida, no a impedir el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga, sino a contener los efectos perjudiciales, en la inexistencia de una obligación de la Administración Pública de sufrir pasivamente la interrupción del propio servicio”<sup>90</sup>.

Por su parte, distinta solución encontró el *crumiraggio* externo. En los primeros momentos, la doctrina, casi unánimemente, se mostraba partidaria de su legitimidad, pues en ausencia de una específica disposición legislativa que así lo prohibiese, el empresario podía colocar a otros trabajadores en sustitución de los huelguistas<sup>91</sup>. El art. 40 CI no impone al empresario la “obligación de aliviar activamente el ejercicio de su poder para contribuir a la mejor eficacia de la huelga”, pudiendo, por ende, realizar todas aquellas actuaciones que pudieran resultar válidas para neutralizar los efectos perjudiciales de la huelga<sup>92</sup>, sin perjuicio, no obstante, de que, aún siendo una figura legalmente permitida, en la práctica resultara poco factible, dada la dificultad de encontrar, fuera de la empresa y para un periodo de tiempo escaso, personal cualificado<sup>93</sup>.

Puntualmente, algunos pocos autores, plantearon dudas sobre la licitud de estas sustituciones, argumentando que la organización del esquirolaje por parte del empresario era contraria a las normas del momento sobre la contratación (Ley 264/1949, de 29 de abril, sobre el procedimiento en materia y asistencia a los trabajadores involuntariamente desocupados) que exigía que éstas fueran realizadas

<sup>89</sup> Corte Cost. 23 julio 1980, núm. 125.

<sup>90</sup> Cass. 29 noviembre 1991, núm. 12822.

<sup>91</sup> SCOTTO, I.: *Il diritto di sciopero*, cit., pág. 150.

<sup>92</sup> ARDAU, G.: *Teoria giuridica dello sciopero*, Cedam (Padua, 1962), págs. 228 y 229.

<sup>93</sup> PERA, G.: “Il diritto di Sciopero”, cit., pág. 474 o, del mismo autor, “Sciopero (Diritto costituzionale e diritto del lavoro)”, *ED*, Vol. XXX, 1980, pág. 720.

mediante las oficinas públicas de empleo<sup>94</sup>. Sin embargo, y como también apuntaba la doctrina, esta situación jurídica no habría de suponer un problema a la hora de contratar a trabajadores para ocupar los puestos abandonados por los huelguistas, ya que la norma, *ex art.* 19, preveía la posibilidad de que, en caso de urgencia -- como era el caso-- el empresario, prescindiendo de los servicios públicos pudiera directamente proceder a la contratación<sup>95</sup>.

La Jurisprudencia, por su parte, ofrecía soluciones dispares<sup>96</sup>, pero la controversia pareció quedar zanjada con la aprobación de la Ley 196/1997, de 24 de junio, sobre normas en materia de promoción de la ocupación<sup>97</sup>, cuyo art. 1.4.b) prohíbe expresamente acudir a la contratación mediante Empresas de Trabajo Temporal para la sustitución de trabajadores que ejerzan el derecho de huelga<sup>98</sup>. No obstante, y precisamente por su limitado ámbito, no faltó quien apuntara que el legislador implícitamente reconocía la legitimación del esquirolaje externo en cualquier otro supuesto, pues si fuera una figura no admitida por el ordenamiento no hubiera sido necesaria su expresa inclusión en esta sede<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> LEVI, A.: “Il diritto di sciopero”, en AA.VV. (CALAMANDREI, P. y LEVI, A., Dirs.): *Commentario sistematico alla Costituzione*, Vol. I, Barbèra (Florenca, 1950), pág. 470.

<sup>95</sup> Sobre esta cuestión, más extensamente, GHEZZI, G.: “Il dovere di pace sindacale”, cit., nota 115.

<sup>96</sup> Manteniendo su licitud, Cass. 13 marzo 1986, núm. 1701. En la doctrina, SCOGNAMIGLIO, R.: “Relazione al Convegno di L’Aquila, 12-13 novembre 1993”, en AA.VV.: “Conflitti sindacali e diritti dei cittadini: composizione degli interessi e regole giuridiche”, *GC*, 1994, págs. 56 y ss. En alguna sentencia de los Pretores, se consideró que el recurso al esquirolaje externo no constituía una conducta antisindical cuando fuera ésta la única alternativa al cierre patronal. Por el contrario, el cierre patronal sí sería un comportamiento antisindical cuando se llegara a él evitando contratar a trabajadores externos a la empresa; al respecto, DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., pág. 127, notas 62 y 63.

Defendiendo su ilegalidad, por suponer un perjuicio, aun temporal, de la posición laboral de los huelguistas y un desequilibrio de las posiciones de las partes en el conflicto, Cass. 16 noviembre 1987, núm. 8401, y 22 junio 1998, núm. 6133.

<sup>97</sup> Sobre esta Ley, que introdujo en el ordenamiento italiano la figura del trabajo temporal y las empresas que gestionan dicha contratación, AA.VV.: (GALANTINO, L., Dir.): *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell’occupazione*, Giuffrè (Milán, 1997); PERA, G.: “Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo”, *RIDL*, núm. 1, 1998, págs. 280 y ss.; ICHINO, P.: “Il lavoro interinale e gli altri varchi nel ‘muro’ del divieto di interposizione”, *DLRI*, 1997, págs. 503 y ss.; DEL PUNTA, R.: “La fornitura di lavoro temporaneo nella l. 196/1997”, *RIDL*, T. I, 1998, págs. 205 y ss.; ZOLI, C.: “Il lavoro temporaneo: Il contratto di fornitura”, *QDLRI*, núm. 22, 1999, págs. 137 y ss.; PANARIELLO, F.: *La fornitura delle prestazioni di lavoro temporaneo*, Liguori (Nápoles, 1999).

<sup>98</sup> DE FALCO, F.: *Diritto di sciopero e interesse dell’impresa*, cit., págs. 130 a 133.

<sup>99</sup> MARESCA, A.: “Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo”, en AA.VV. (SANTORO-PASSARELLI, G., Dir.): *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli (Turín, 1997), pág. 198. Otros autores, contestando esta tesis, consideraban que se trataba de una norma particular que incorporaba una limitación a una figura bien individualizada y circunscrita, y no de una disposición de carácter general, CARINCI, M<sup>a</sup>.T.: “La fornitura di lavoro altrui”, en AA.VV. (SCHLESINGER, P., Dir.): *Commentario al Codice civile*, Giuffrè (Milán, 2000), pág. 154.

Para disipar la más mínima duda residual, el Decreto Legislativo 368/2001, de 6 de septiembre<sup>100</sup>, de trasposición de la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo determinado, estableció en su art. 3.1.a) que “la indicación de un termino en la duración de un contrato de trabajo subordinado no será admitida para la sustitución de los trabajadores que ejerzan el derecho de huelga”. En definitiva, la desaparición de estas “cláusulas predefinidas” sobre la duración de la relación laboral<sup>101</sup> evita de una vez por todas el uso de una modalidad contractual con la manifiesta intención de vulnerar el ejercicio de un derecho fundamental<sup>102</sup>.

Para concluir, en tanto una y otra norma buscan la protección de quien hace uso del derecho a la huelga, cabría pensar en extender sus vetos a otras formas mercantiles de prestación de servicios y actividades productivas<sup>103</sup>, pero el Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de diciembre, de actuación en materia de ocupación y mercado de trabajo, dictado en desarrollo de la Ley 30/2003, 14 de febrero, aclaró que tanto el contrato de suministro como el intermitente quedaban prohibidos para la sustitución de trabajadores que ejerzan el derecho de huelga [arts. 20.5.a) y 34.3.a)].

---

<sup>100</sup> Esta ley venía a derogar la antigua Ley 230/1962, de 18 de abril, en materia de contrato de trabajo a tiempo determinado. Sobre la misma, la doctrina se mantenía dividida, pues para unos no excluía la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores externos a la empresa [CECCHHELLA, C.: “Brevi considerazioni sulla sostituzione del personale in sciopero con crumiri interni ed esterni nel settore pubblico e in quello privato”, *GC*, T. I, 1984, págs. 2281 y ss.; MONTUSCHI, L.: “In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato”, *RTDPC*, 1962, pág. 23; MENGONI, L.: *Il lavoro a termine*, Giuffrè (Milán, 1980), pág. 367] MATTARELLA, A.: *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè (Milán, 1970), pág. 93], mientras que para otros contravenía el contenido de la citada norma [MISCIONE, M.: “Valutazione giuridica del crumiraggio nello Statuto dei lavoratori”, *Boll. Scuola Perf. Univ. Trieste*, 1972, pág. 39].

<sup>101</sup> POZZAGLIA, P.: “Diritto di sciopero e crumiraggio”, cit., pág. 598.

<sup>102</sup> Sobre esta materia, MISCIONE, M.: “I divieti di contratto a termine”, cit., págs. 87 y ss.; SPEZIALE, V.: “La nuova legge sul lavoro a termine”, *DLRI*, 2001, págs. 391 y ss.; PAPALEONI, M.: “Luci e ombre nella riforma del contratto a termine”, *RIDL*, núm. 1, 2001, págs. 384 y ss.

<sup>103</sup> LUNARDON, F.: “Crumiraggio esterno e condotta antisindacale”, cit., pág. 928.

**EL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS. ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA**

*[SECTION 158(a) OF TITLE 29 OF THE THE UNITED STATES CODE. AN IN CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE SPANISH LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION]*

**Manuel Cabanas Veiga**

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2012  
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2012

**Sumario:** I. PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- II. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- III. EL DERECHO COLECTIVO ESPAÑOL DEL TRABAJO COMPARABLE.- APÉNDICE DOCUMENTAL.

*Contents: I. INTRODUCTION TO SECTION 158(a) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- II. THE SUBSTANTIVE CONTENTS OF SECTION 158(a) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- III. THE COMPARABLE SPANISH LABOR LAW.- DOCUMENTARY APPENDIX.*

**Resumen:** La regulación de prácticas laborales ilícitas del empresario cuenta con una gran tradición en el Derecho colectivo del Trabajo norteamericano. Este trabajo analiza el concreto precepto de la llamada Ley Taft-Hartley de 1947, donde dichas prácticas aparecen reguladas. Realiza asimismo un estudio comparativo de ese precepto federal norteamericano con la regulación española, fundamentalmente contenida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985.

*Abstract: The ruling of employer unfair practices has a great tradition in American Labor Law. This paper analyzes the specific norm of the so-called Taft-Hartley Act of 1947, where such practices are ruled. It likewise makes a comparative study of such federal American norm with the Spanish legislation, and specially, with the comparable norms of the Union Freedom Organic Act of 1985.*

**Palabras clave:** Derecho comparado — Derecho colectivo del Trabajo — Estados Unidos de América — Empresario — Prácticas laborales ilícitas

*Keywords: Comparative Law — Labor Law — United States of America — Employer — Unfair labor practices.*

\* \* \*

## I. PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. El Código de los Estados Unidos de América es una macro-codificación en la que se recopila toda la legislación federal de dicho país. Se trata de un texto legal que recoge no sólo todas las Leyes de una materia jurídica en concreto (caso de los Códigos españoles), sino todas las materias sobre las que las Leyes pueden versar. Por buscar algún paralelismo, lo que en España o Francia se denomina Códigos, en los Estados Unidos se denominan Títulos, y todos esos títulos conforman el Código en cuestión. Las causas de estas diferentes formas de normar y recopilar el Derecho se deben a unos factores históricos, jurídicos, filosóficos y políticos en los que no cabe entrar, por no ser éste el objeto de nuestro trabajo. Sin embargo, sí podría apuntar, a pesar de la marcada tradición del «*Common Law*», que caracteriza tanto a los Estados Unidos, en oposición al sistema continental de la Unión Europea (salvo el Reino Unido), que parece claro que los norteamericanos no han podido evitar dejarse atraer por la particular eficacia que para la seguridad jurídica y la manejabilidad del Derecho ofrece la legislación codificada europea<sup>1</sup>. Así, mientras el jurista del «*Common Law*» debe poner muy frecuentemente sobre la mesa ingentes cantidades de precedentes judiciales para tratar un caso concreto, el jurista de tradición continental coloca sobre la mesa el relativamente pequeño libro que se conoce como Código, en el que —en principio— se recoge toda la Ley vigente (o al menos, en gran parte vigente, dependiendo de si se han creado o no normas jurídicas posteriores) y unos pocos precedentes jurídicos, esto último para conocer cómo interpretan las Leyes los tribunales. Además, para acercar al ciudadano norteamericano a la Ley, se facilita el acceso a dicho Código a través de Internet ([www.gpoaccess.gov](http://www.gpoaccess.gov)). Sin embargo, el Código electrónico solo se actualiza cada seis años desde 1994, incluyéndose anualmente apéndices en el mismo sobre nuevas leyes, de tal manera que, si el usuario desea información acerca de una Ley que ha sido modificada o derogada, debe acudir a las bases de datos en busca del precepto que se corresponda con el anterior, a través de la referencia numérica de dicha Ley, y fabricarse él mismo una recopilación propia que permita conjugar el precepto derogado o modificado total o parcialmente, o la totalidad del Código, con el precepto vigente<sup>2</sup>. Pues bien, era ésta una aclaración necesaria para poder comenzar a abordar una concreta materia tratada por el Código norteamericano en cuestión.

---

<sup>1</sup> Así pues, atraídos por esta práctica, han procedido los juristas estadounidenses a la recopilación de cantidades ingentes de textos legales, que no hacen sino recordar la magna obra justiniana. Es justo admitir que esta visión anglo-sajona de la tradición continental como algo modélico, también resulta correspondida de algún modo por la continental, pues en Europa los precedentes judiciales tienen en la práctica casi tanta fuerza como la propia Ley.

<sup>2</sup> Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*. ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 53-64

2. En el conjunto de los 51 Títulos que formalmente tiene el Código de los Estados Unidos, el Título 29 posee una dilatada extensión, pues se corresponde con la recopilación de toda la legislación laboral a nivel federal de los Estados Unidos. Su contenido deriva, en parte, de la Ley Taft-Hartley<sup>3</sup>, que reduce la posibilidad de hacer huelgas, pero regulando al tiempo la mediación y conciliación laboral, y modificando la Ley Wagner<sup>4</sup>, o Ley Nacional de Relaciones Laborales, que garantizaba los derechos sindicales, la protección del trabajador frente a la intervención del empresario en la elección de representantes sindicales y las prácticas laborales sucias. Así pues, por lo que se refiere al objeto del mismo, en este Título podemos encontrar todas las Leyes que afectan directamente a los trabajadores<sup>5</sup>. Sin embargo, en el Código de Estados Unidos, según la sección 204(a) del Título I, no constituyen Derecho positivo su Títulos 29 (tampoco el 42, que es el que trata de la Seguridad Social). Ahora bien, esto requiere de una precisión adicional de suma importancia, pues el concepto de Derecho positivo que maneja nuestra doctrina, fruto de nuestra cultura jurídica, no se corresponde con el concepto que los juristas estadounidenses utilizan al respecto<sup>6</sup>. El tema importa, porque dentro de este Título 29, en el subcapítulo II (ubicado dentro de su Capítulo 7), rotulado relaciones laborales nacionales, y que es parcial objeto de nuestro estudio, se tratan las materias referidas a la negociación colectiva, derechos sindicales, y las relaciones del empresario con el sindicato, y del sindicato con el trabajador, mediación y conciliación.

3. Dentro del Título 29 del Código de los Estados Unidos, el artículo 158(b), relativo a las prácticas laborales sucias (en el inglés original, «*unfair*») de los empresarios, y que va a ser objeto de nuestro estudio, fue introducido a través de la Ley Wagner y modificado por la Ley Taft-Hartley, pero solo en lo que se

---

*Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 12–13.

<sup>3</sup> Cfr. [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral\\_en\\_Estados\\_Unidos](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral_en_Estados_Unidos).

<sup>4</sup> Cfr. ALONSO OLEA, M., «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de estudios políticos*, núm. 71 (1953), pág. 63.

<sup>5</sup> Ahora bien, y por lo que se refiere a su ámbito de aplicación material, hay que tener en cuenta que esta legislación solo es aplicable a los trabajadores cuyas empresas actúen en el ámbito federal, esto es, en más de un Estado federado. En consecuencia, quedan excluidos de esta legislación los trabajadores cuyas empresas actúen solo en un solo Estado federado, así como los agricultores, empleados domésticos, trabajadores ferroviarios, de aerolíneas, trabajadores estatales o municipales.

<sup>6</sup> Así, entendemos por Derecho positivo todo Derecho que se encuentre plasmado en un texto escrito y que tenga sanción del Estado, mientras que para los norteamericanos el Derecho positivo es, en cambio, el Derecho que se encuentre recogido como tal en el Código, de tal manera que hasta que una Ley que regule materias que son consideradas por ellos Derecho positivo se plasme en el Código, carece de eficacia. Por tanto, el Derecho positivo constituye prueba legal, es decir, el ciudadano que lo alegue no necesita probar que existen otros preceptos especiales contrarios, mientras que el Derecho no positivo, y por lo que a nosotros interesa, el Título 29, constituye sólo prueba «*iuris tantum*» de su existencia.



refiere al apartado (b)(4) de este mismo artículo (relativo a las prácticas laborales sucias). Este artículo nos reenvía a diversos otros preceptos, como el artículo 157, que recoge los derechos sindicales del trabajador; el artículo 156, que trata de las normas legales y reglamentarias, y el artículo 159, sobre los representantes de los trabajadores y las elecciones de los mismos. Así, cuando se interpreten los diferentes párrafos de este artículo, habrá que tener en cuenta los derechos sindicales ahí establecidos y cómo debe entenderse cuál sea el verdadero sindicato representante de los trabajadores, pero también, todas las cuestiones relacionadas con sus respectivos apartados, y muy especialmente, con el apartado (b) del presente artículo. Sin necesidad de tener que apelar a ningún reenvío, cuando hagamos una interpretación sistemática del mismo (esto es, poniendo nuestro artículo en relación con el conjunto de artículos que conforman la materia de Derecho laboral federal estadounidense, teniendo en cuenta lo que queda dentro y fuera del mismo) deberemos acudir a las definiciones que la Ley muy generosamente nos proporciona<sup>7</sup>.

## II. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

4. Para una mejor comprensión de este artículo 158 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, haremos una descripción del mismo, fijándonos preliminarmente en su extensión y estructura interna. Desde este punto de vista, el artículo posee una sistemática lo suficientemente breve y ordenada como para facilitar en gran medida su comprensión, y al mismo tiempo, lo suficientemente amplia como para evitar caer en interpretaciones muy restrictivas, lo que cerraría el paso a la labor creativa de la jurisprudencia. Por lo que refiere a su extensión, resulta proporcionada en relación con la de otros artículos incluidos asimismo dentro del Título 29<sup>8</sup>. Describiendo un poco más en detalle su estructura, añadiremos que el artículo 158(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos

---

<sup>7</sup> Esta tarea se ve facilitada, un poco, al relacionar todos los artículos de este subcapítulo con el artículo 152, que contiene algunas definiciones de ciertos conceptos que usa la Ley, y que ayuda a que nuestra interpretación sea más precisa. Ahí se encuentra el concepto mismo de prácticas laborales sucias. Pero también, lo que se entiende por empresario y trabajador, sindicato o representante de los trabajadores. Por el contrario, esta tarea se ve dificultada por causa de que dicha materia no se considera de Derecho positivo, por lo que, teóricamente, tendríamos que manejar constantemente otras leyes no codificadas.

<sup>8</sup> En efecto, en dicho Título, podemos ver apartados de artículos que condensan su contenido en unas breves líneas, cuando no es una frase pelada, frente a inmensos artículos cuyo texto parece no acabar, y con unas remisiones tan enclínicas, que parecen convertirse incluso en un bucle que da vueltas sobre sí mismo. Así, sin salirnos del artículo 158, si comparamos el apartado (a), objeto de nuestro estudio, con el apartado (b) de este mismo artículo, resulta una clara diferencia de extensión, pues mientras que el párrafo que nosotros trataremos es de un tamaño medio en comparación con el resto de artículos de este Título, resulta mucho más pequeño si lo comparamos con el recién citado párrafo (b).

aparece diseñado en cinco apartados. En ellos, se establece de una forma taxativa (esto es, por medio de una lista cerrada de consideraciones o conductas) las prácticas laborales sucias que podrían tener como autor al empresario. Cuatro de estos apartados son breves y concretos, pues su extensión no supera unas escasas líneas. Sin embargo, el apartado (3) es muy extenso, dado que en él se contiene una «aclaración» o salvedad muy detallada, al efecto de posibilitar una mejor comprensión del sentido del mismo, y en la que se establece cómo debe interpretarse el apartado en cuestión; aclaración de la que carecen todos los otros apartados del propio precepto, salvo su apartado (4), aunque en este último la «aclaración» se realiza de una forma mucho más breve. En fin, en lo tocante a la traducción que hemos realizado del precepto, podemos afirmar que el resultado (en lo relativo a su extensión) no nos parece en absoluto desproporcionado, pues mientras que el texto original en inglés está formado por 427 palabras, nuestra traducción está integrada por 437 de ellas, habiendo procurado ajustarnos con fidelidad al texto original.

5. Tras examinar la extensión y estructura del artículo 158(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, vamos a abordar ahora el contenido de dicho artículo, abandonando las cuestiones formales y centrándonos en las que pueden considerarse más de fondo. Este artículo reenvía a otros artículos, pero aunque no se acuda a los mismos no se perjudica su entendimiento, pues el texto resulta por sí solo perfectamente comprensible. Más concretamente, pasaremos a analizar en qué consisten las conductas recogidas en cada uno de los cinco apartados de que consta. Así, el apartado (1) protege el «el derecho a la libertad sindical», estableciendo como práctica laboral del empresario sucia cualquier conducta que atente contra lo establecido en el artículo 157 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, prohibiéndose en consecuencia a los empresarios interferir, coaccionar o impedir la libertad en cuestión. El apartado (2) recoge, en sustancia, todo lo relativo a los que cabe denominar «sindicatos amarillos», prohibiendo al empresario contribuir, de cualquier manera, a la formación o sostenimiento del sindicato. Por su parte, el apartado (3) protege el «derecho a la libertad de afiliación», por lo que, sobre la decisión del trabajador en relación a sindicarse o no, y cuál sea el sindicato al que desea afiliarse, no cabe interferencia de ningún tipo del empresario, en el sentido de llegar a manipular de alguna manera esa decisión, salvo en caso de acuerdo del propio empresario con el sindicato para condicionar la contratación laboral a sólo los afiliados al mismo (esto es, los llamados «pactos de seguridad sindical»), eso sí, mientras cuente con el respaldo de los trabajadores de la empresa, y siempre que no se le deniegue arbitrariamente al trabajador la afiliación a dicho sindicato (con la salvedad, a su vez, de que dicho trabajador no rehúse injustificadamente el abono de las cuotas sindicales). Por lo que se refiere al apartado (4), cabe denominar la conducta en él descrita —con terminología española— como «garantía de indemnidad», pues prohíbe al empresario despedir al trabajador por denunciar las irregularidades que puede estar cometiendo el propio empresario sobre las conductas prohibidas en el precepto. Por último, el apartado (5) recoge el «deber de

negociar colectivamente de buena fe», obligando al empresario a negociar con el sindicato, siempre que éste cumpla con los requisitos exigidos para que pueda ser considerado como representante de los trabajadores en dicha empresa.

6. Tras lo dicho, procederemos ahora a realizar un juicio valorativo, eso sí, basado en nuestra particular opinión, fruto de unas ideas políticas y sociales preconcebidas y que podrían eventualmente diferir de las de nuestros potenciales lectores en función de sus peculiares ideologías, dogmas científicos o intereses que pretendan proteger, sean personales o colectivos<sup>9</sup>. Así, siempre en mi opinión, el presente artículo restringe —con una notable diferencia— la actuación de los sindicatos en comparación a lo que la Ley dispone respecto de los empresarios. Y para probarlo, baste indicar que mientras que al empresario solo se le prescriben cinco conductas como prohibidas (las cuales, además, se tipifican de una forma amplia), los sindicatos tienen proscritas proscritas en el precepto siete conductas, con sus respectivos apartados bien detallados y concretos, que posibilitan —por lo mismo— una muy escasa labor interpretativa<sup>10</sup>, al establecerse con suma precisión aquello que los sindicatos no pueden hacer<sup>11</sup>. No obstante, esta valoración debe matizarse de algún modo. Y ello, porque mientras que las conductas tipificadas como prácticas sucias del empresario vienen a proteger el contenido fundamental de la libertad sindical, las conductas consideradas como prácticas sucias de los sindicatos tienen como finalidad restringir, en realidad, el ejercicio del derecho de huelga de que son titulares los sindicatos y los trabajadores<sup>12</sup>. Para que el derecho de huelga sea reconocible como tal, creo que debería liberarse al trabajador, ante todo, de las presiones que pueda ejercer sobre él el empresario. De lo contrario, el

---

<sup>9</sup> No debemos olvidar que se trata de un país cuyo principal estandarte de expansión es su poderoso mercado, y que no dudará en protegerlo, aunque sea a costa de los derechos de los trabajadores. Y teniendo en cuenta que vivimos en un mundo globalizado, donde el mercado es mundial, y la organización internacional obrera, a diferencia de lo esperaba Heller, no ha llegado a cuajar, o al menos, no como debería.

<sup>10</sup> Esto no es un desafortunado azar en la historia sindical de los Estados Unidos, ya que se debe a las causas económicas y sociales que dieron lugar a la promulgación de la Ley Taft-Harley, responsable de la actual posición de los trabajadores estadounidenses frente a un derecho tan fundamental como es el derecho de huelga. Cabe considerar que una Ley que lleva más de 50 años en vigor, lejos de verse como un signo de estabilidad, provoca la impresión de desregulación ante las nuevas situaciones a las que se ven sometidas los trabajadores frente al empresario, al no ser el legislador, sino otro tipo de mecanismos, quienes regulan estas situaciones en cada caso concreto.

<sup>11</sup> Por otra parte, pese a no parecer digna de alabanza la situación sindical de los Estados Unidos, si realizamos una comparación con la situación española, comprendemos con rapidez que la nuestra deja mucho que desear y que deberíamos tomar en consideración algunas referencias de su sistema laboral.

<sup>12</sup> Sin embargo, no se toman en cuenta los instrumentos alternativos, cada vez más sutiles con el paso del tiempo, de los que dispone el empresario para tomar represalias contra quienes hagan huelga, lo que convierte el libre ejercicio del derecho de huelga en menos libre. No se puede olvidar la posición y facilidad del empresario para demostrar su inocencia y las dificultades del trabajador para desmontarla, a pesar de una posible inversión de la carga de la prueba.

derecho a la huelga tendría el carácter más de un derecho formal, que de un derecho con verdadero contenido de fondo.

### III. EL DERECHO COLECTIVO ESPAÑOL DEL TRABAJO COMPARABLE

7. El apartado 2 del artículo 158(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos habla, como antes se indicó, de la prohibición de los «sindicatos amarillos». Y a este respecto, debemos tener en cuenta que son tales<sup>13</sup> los creados o controlados por el empresario, respondiendo a los intereses de éste antes que a los del trabajador<sup>14</sup>. La creación de «sindicatos amarillos» está expresamente prohibida por el Convenio 98, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 2<sup>15</sup>. En el Derecho español<sup>16</sup>, se regula el tema en el artículo 13 de la Ley 11/1985, de 2

<sup>13</sup> Cfr. [http://es.wikipedia.org/wiki/Sindicato\\_amarillo](http://es.wikipedia.org/wiki/Sindicato_amarillo)

<sup>14</sup> El término procede del sindicalismo francés. Tiene su origen en noviembre de 1899, en Montceau-les-Mines (Saona y Loira), cuando un grupo de mineros constituyeron un sindicato con la idea de promover la idea de rechazo hacia las huelgas, y que fue ampliado con posterioridad para constituir la llamada «*Unión Federativa de sindicatos y grupos obreros profesionales de Francia y las colonias*», cuyo líder era Paul Lanoir. Los locales de este sindicato usaban papel transparente amarillo para cubrir sus ventanas, de ahí su nombre, a diferencia de los sindicatos socialistas, que usaban papel transparente rojo. El sindicalismo amarillo sostenía la participación de los obreros en la propiedad de los medios de producción (el «*propietarismo*»), así como la colaboración entre trabajadores y patrones con el fin de formar «la gran familia del trabajo», unida por una «inseparable comunidad de intereses», como sostuvo Paul Lanoir en el Discurso del Primer banquete de los amarillos.

<sup>15</sup> Cuyo tenor afirma lo siguiente: «1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores».

<sup>16</sup> Es jurisprudencia constitucional reiterada la de que «debemos considerar que la libertad sindical, en su dimensión plural o colectiva, también protege la autonomía sindical, esto es, que los sindicatos funcionen libremente sin injerencias o actos externos que los afecten». También se ha pronunciado al respecto la jurisprudencia laboral ordinaria, a través de una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 octubre 1993, afirmando lo siguiente: «constituyen conductas antisindicales los actos o comportamientos del empleador que supongan injerencia en la creación de sindicatos o en la actividad sindical. Así, por ejemplo, el apoyo económico a sindicatos próximos a los intereses de la empresa, conocidos en el lenguaje coloquial como “amarillos”, o la compensación económica de la empresa a los sindicatos firmantes de un convenio extraestatutario. Puesto que, en definitiva, como advierte el párrafo segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo propósito de control».

agosto, *Orgánica de Libertad Sindical*<sup>17</sup>. En la práctica, en España se producen con alguna frecuencia intentos de creación de dicho tipo de sindicatos<sup>18</sup>.

8. Como antes se dijo, los llamados «pactos de seguridad sindical»<sup>19</sup> se corresponden con el contenido sustantivo del apartado (3) del artículo 158(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Y al igual que hicimos respecto de los «sindicatos amarillos», comenzaremos definiendo el fenómeno. A este respecto, debe entenderse por «pactos de seguridad sindical» aquellas cláusulas acordadas en convenio colectivo, por virtud de las cuales se obliga al trabajador a afiliarse de hecho o de derecho al sindicato pactante, violando así su libertad de no afiliarse a ningún sindicato. El derecho de afiliación, recogido en el artículo 2 del Convenio 98, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, de la Organización Internacional del Trabajo, no viene acompañado del reconocimiento expreso del derecho correlativo de no afiliarse a ningún sindicato<sup>20</sup>. Los primeros intentos de establecer un convenio general acerca de la libertad de asociación no tuvieron éxito, a pesar de la insistencia de los delegados de ciertos Gobiernos, en el sentido que el derecho positivo de afiliación se transformase en un derecho negativo a la no afiliación. Esta cuestión se planteó frontalmente, sin embargo, en los debates sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Pero en ellos no existió consenso acerca de que los «pactos de seguridad sindical» en cuestión resultasen admisibles. De ahí que tales Convenios ni sancionasen ni condenasen dicho tipo de instrumentos, a pesar de considerar que tales medidas no debían considerarse —en principio— aceptables, especialmente si se imponían legalmente y no se adoptaban mediante el acuerdo de las partes. En el caso español<sup>21</sup>, el artículo 11 de la citada Ley Orgánica 11/1985 prohíbe semejante tipo de pactos<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> En él, se afirma lo siguiente: «Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones Públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control».

<sup>18</sup> Ejemplo de ello, muy jaleado en Internet, es el caso del Banco de Santander (cfr. <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/320/1145138409.html>) y el sindicato que este empresa buscaba, aparentemente, crear en Carrefour (cfr. <http://www.chtjgt.net/noticia/carrefour-hace-en-espana-lo-que-la-legislacion-no-le-permite-en-francia-id-4805.htm>).

<sup>19</sup> Cfr. [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_laboral](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral)

<sup>20</sup> Cfr. GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H., «Principios de la OIT sobre la negociación colectiva», localizable en <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/germigon.pdf>, pág. 44.

<sup>21</sup> Como apuntan MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 325, al respecto de este artículo, según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1995, de 29 Julio, el llamado canon de ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 53-64

9. Y ya para concluir, resulta procedente recordar que en España resultaría inadmisibles despedir a un trabajador por el mero hecho de estar afiliado a un sindicato que no fuese del agrado del empresario. Es una problemática ubicada en el núcleo mismo de la libertad sindical en su esfera individual, la cual se corresponde con los apartados (1) y (4) del artículo 158(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Pues bien, a pesar de todas las ambigüedades de los Convenios núm. 87 y núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, es claro en España que este tema se presta a pocos matices interpretativos. En efecto, lo regula expresamente el artículo 12 de la citada Ley Orgánica 11/1985, a cuyo tenor «serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales». Por lo demás, también la jurisprudencia española se pronuncia con rotundidad en este mismo sentido, concluyendo que el despido en cuestión sólo podría merecer, desde el punto de vista jurídico, la calificación de verdadero despido «nulo»<sup>23</sup>.

---

negociación colectiva, que se regula en el artículo antes mencionado, no es inconstitucional, ya que se respeta la voluntad del trabajador, sin que éste pueda ser sometido a ningún tipo de presión.

<sup>22</sup> En él, se afirma lo siguiente: «1. En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas por las que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación atiendan económicamente la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora, fijando un canon económico y regulando las modalidades de su abono. En todo caso, se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva. 2. El empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de este».

<sup>23</sup> Una sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Ourense de 26 marzo 1999 (autos núm.136/99), que nos aparece muy significativa (también, respecto de las fuentes a que remite), afirma que la conducta antisindical del empresario, que enjuiciaba, causaba perjuicios al sindicato, ya que «se trata de un núcleo poblacional pequeño, en el que tiene mayor repercusión un conflicto como el presente que lógicamente coacciona a posibles simpatizantes del sindicato a afiliarse al mismo o a presentarse a las elecciones por temor a ser represaliados y teniendo en cuenta además que pese a las sucesivas declaraciones judiciales de vulneración de derechos fundamentales, no ha cesado la conducta antisindical» (localizable en <http://www.jomra.es/documentos/libertad-sindical-jomra.pdf>). Otra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Valencia el 16 enero 2006, queasimismo nos ha parecido significativa, asume la tesis del ministerio fiscal que «solicitó la declaración de nulidad del despido», pues «la actitud de la empresa es atentatoria de los derechos fundamentales (la he manejado en [http://elpais.com/diario/2007/02/10/cvalenciana/1171138682\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2007/02/10/cvalenciana/1171138682_850215.html))». De esta manera, siguiendo el enfoque de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es «el empresario quien tiene que justificar lo razonable de su decisión de extinción de la relación laboral», necesariamente con «criterios objetivos», tras recordar que «la doctrina constitucional considera el derecho sindical (de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores) fundamental».

APÉNDICE DOCUMENTAL.- ARTÍCULO 158(a) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

**«(a) Prácticas laborales sucias del empresario**

Será práctica laboral sucia que el empresario:

(1) Interfiera, impida o coaccione a los trabajadores en el ejercicio de los derechos garantizados en el artículo 157 de este título;

(2) Domine o interfiera en la formación o administración de cualquier sindicato o contribuya financieramente o lo apoye de otro modo. Se aclara que, con sujeción a los reglamentos realizados y publicados por la Oficina en desarrollo del artículo 156 de este título, no se prohibirá al empresario que permita a los trabajadores reunirse con él durante las horas de trabajo sin pérdida de jornada o salario:

(3) Por discriminación relativa a la contratación o mantenimiento del empleo o de cualquier término o condición de empleo, fomente o disuada la afiliación a cualquier sindicato. Se aclara que nada en este subcapítulo, o en ninguna otra Ley de los Estados Unidos, impedirá al empresario realizar un acuerdo con un sindicato (no establecido, mantenido, o apoyado por ninguna acción definida en esta subsección como práctica laboral sucia) que requiera como condición de empleo la afiliación al mismo en o después del trigésimo día siguiente al comienzo de dicho empleo o a la fecha efectiva de dicho acuerdo, cualquiera que sea posterior, (i) si dicho sindicato es el representante de los trabajadores a que se refiere el artículo 159(a) de este título, en la unidad apropiada de negociación colectiva cubierta por dicho acuerdo cuando se hizo, y (ii) salvo que, habiendo tenido lugar una elección conforme a lo dispuesto en el artículo 159(e) de este Título en el plazo del año anterior a la fecha efectiva de dicho acuerdo, la Oficina haya certificado que al menos la mayoría de los trabajadores con derecho a voto en dicha elección han votado a favor de rescindir el poder de dicho sindicato para hacer dicho acuerdo. Se aclara, además, que ningún empresario podrá justificar ninguna discriminación del trabajador por no estar afiliado a un sindicato (A) si tiene motivos razonables para creer que dicha afiliación no estaba a disposición del trabajador en los mismos términos y condiciones generalmente aplicables a otros afiliados, o (B) si tiene motivos razonables para creer que la afiliación fue denegada o concluida por razones distintas de la negativa del trabajador a pagar las cuotas periódicas y los gastos de ingreso uniformemente exigidos como condición para adquirir o mantener la afiliación;

(4) Despedir o discriminar de otro modo al trabajador por haber presentado cargos o dado testimonio al amparo de este subcapítulo;

(5) Negarse a negociar colectivamente con los representantes de sus trabajadores, con sujeción a las disposiciones del artículo 159(a) de este Título».



## CRISIS ECONÓMICA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA<sup>\*1</sup>

[ECONOMIC CRISIS AND COLLECTIVE BARGAINING]

Luís Gonçalves da Silva

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2013

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 1.2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO. 2. ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS. 3. EMPRESAS EN SITUACIÓN ECONÓMICA DIFÍCIL.

*Contents: 1. INTRODUCTION. 1.1 PRELIMINARY FINDINGS. 1.2. DELIMITATION OF THE SUBJECT 2. MODIFICATION OF CIRCUMSTANCES. 3. ENTERPRISES IN DIFFICULT ECONOMIC SITUATION.*

**Resumen:** El presente texto trata, de modo sumario, de la aplicación al convenio colectivo de los regímenes de alteración de las circunstancias y de la empresas en situación económica difícil.

*Abstract: The present text deals with, in a nutshell, the application to the collective bargaining agreement of the regimes relating to change of circumstances and to enterprises in difficult situation.*

**Palabras clave:** Convenio colectivo – Alteración de las circunstancias – Empresas en situación económica difícil

---

\* Traducción al castellano, desde el portugués original («Crise económica e contratação colectiva»), de Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón.

<sup>1</sup> El presente texto corresponde, en lo esencial, a la intervención hecha en la *Conferência Internacional sobre Modificação Substancial das Condições de Trabalho em Situação de Crise Económica*, el día 7 mayo 2013, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, bajo la coordinación del Señor Profesor Doctor Pedro Romano Martinez, cuya organización estuvo a cargo del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.

Se añadieron sólo algunas notas, con la mirada puesta en permitir un mejor encuadramiento del tema.

Todos los artículos, sin indicación de fuente, se refieren al Código del Trabajo ([www.legix.pt/Portals/3/docs/CT09-23\\_Jul\\_2012.pdf](http://www.legix.pt/Portals/3/docs/CT09-23_Jul_2012.pdf)); abreviatura CC – Código Civil.

**Keywords:** Collective bargaining agreement – Change of circumstances  
– Enterprises in difficult economic situation

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1. 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

I. Compulsando la Constitución portuguesa se constata fácilmente que el Estado no detenta el monopolio de la elaboración normativa (v.g., artículos 56, núm. 3, 227 y 241). De hecho, nuestro ordenamiento presenta una concepción pluralista de la producción jurídica, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, lo que demuestra que el Estado no posee la exclusividad de la producción normativa<sup>1</sup>. Siendo así, cabe invocar, desde luego, la autonomía normativa que confiere a determinadas entidades intermedias, señaladamente a los trabajadores y a los empleadores, «... una verdadera *potestas normandi*, o sea, un poder de creación de auténticas reglas de conducta, de atribución de derechos y deberes relacionados con su situación de asalariados (artículo 56/3)», de la Constitución<sup>2</sup>.

II. La autonomía colectiva, más exactamente el derecho de negociación colectiva<sup>3</sup>, corolario natural de la libertad sindical, encuentra, como se desprende de lo expuesto, cobijo en la Constitución Portuguesa (artículo 56, núm. 3), así como en diversos documentos internacionales<sup>4</sup>. Prescribe la Ley Fundamental, en

<sup>1</sup> JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volumen I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2004, p. 53.

<sup>2</sup> JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, cit., p. 53.

<sup>3</sup> Sobre el contenido del derecho de negociación colectiva, *vd.*, entre otros, JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 105-106; del mismo autor, «Direitos dos Trabalhadores em Geral e Direito de Contratação Colectiva em Especial», AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, organización de Jorge Miranda, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pp. 50-51; RIBEIRO LOPES, «Contratação Colectiva», AAVV, *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coordinación de António Moreira, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 49-50; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho - Introdução, Relações Colectivas de Trabalho*, Universidade Católica Editora, pp. 287 y ss; GONÇALVES DA SILVA, *Contributo para o Estudo da Portaria de Extensão*, Tesis de Máster, policopiada, Lisboa, 1999, pp. 319 y ss. Con una perspectiva comparatista, MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho Comunitario y Comparado, Europeo y Norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2.ª edición, Netbiblo, Coruña, 2010, pp. 137 y ss.

<sup>4</sup> Entre los diversos textos internacionales, destáquese, desde luego, de la Organización Internacional del Trabajo: a) Convenio núm. 87, fechado en 1948, aprobado por el Decreto-ley núm. 45/77, de 19 abril; b) Convenio núm. 98, de 1949, aprobado por el Decreto-ley núm. 45 758, de 12 junio 1964; c) Recomendación núm. 91, de 1951.

Como observa RIBEIRO LOPES, «Contratação Colectiva», cit., p. 50, existe una diferente aproximación de los instrumentos internacionales ratificados por Portugal y la que está representada por nuestra Ley Fundamental. En efecto, en cuanto a los Convenios núms. 87 —trata de la libertad sindical y la protección del derecho sindical— y 98 —incide sobre el derecho de organización y de negociación colectiva—, revelan una igualdad, en lo que respecta a su materia, de tratamiento entre

el precepto referido, que «compete a las asociaciones sindicales ejercer el derecho de negociación colectiva, el cual se garantiza en los términos de la ley». Puede, entonces, inferirse que el poder normativo de las asociaciones sindicales y de empleadores<sup>5</sup> se enraíza directamente en la Constitución, siendo asegurado por la ley. O sea: con base en el precepto constitucional, el derecho de negociación colectiva no necesita del reconocimiento posterior de ningún acto infraconstitucional, cabiendo sólo a la ley garantizarlo, de acuerdo con la prescripción constitucional.

**III.** Celebradas por asociaciones de derecho privado, que es como se consideran las asociaciones sindicales y de empleadores<sup>6</sup> <sup>7</sup>, los convenios colectivos<sup>8</sup>, después de una fase de negociación (artículos 486 y ss), y para que puedan producir los efectos legalmente previstos, han de ser depositados en los servicios del Ministerio del Trabajo (artículos 494 y 495).

No ocurriendo ninguno de los casos taxativamente previstos para rechazar el depósito, se sigue la publicación del convenio en el *Boletim do Trabalho e Emprego* (artículo 519, núms. 1 y 3); una vez publicado, el convenio entra en vigor en los mismos términos que las leyes (artículo 519, núm. 1, *in fine*)<sup>9</sup>.

---

trabajadores y empleadores, nuestra Ley Fundamental no consagró expresamente el derecho de los empleadores de asociarse a través de asociaciones para la defensa de sus derechos y, consecuentemente, el derecho de negociación colectiva, así como ninguna referencia a la participación en la elaboración de la legislación del trabajo.

Decimos que la Constitución no consagró expresamente, pues, por lo menos en lo que respecta al derecho de negociación colectiva, entendemos que el mismo forma parte del contenido de la libertad de iniciativa económica —en su vertiente de derecho de contratación—, que se considera por la doctrina como un derecho fundamental de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías (en este sentido, GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volumen I, 4.<sup>a</sup> edición, 2007, p. 789 (II); FERREIRA MENDES, en JORGE MIRANDA y RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.<sup>a</sup> edición, Coimbra Editora, 2010, p. 1184).

<sup>5</sup> Cfr. nota anterior.

<sup>6</sup> En este sentido, con relación a las asociaciones sindicales y de empleadores, por ejemplo, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 119 y ss. y 121-122, respectivamente; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5.<sup>a</sup> edición, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2010, pp. 159 y 163; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho, Introdução e Relações Colectivas de Trabalho*, cit., p. 197.

<sup>7</sup> A pesar de que cualquier modalidad de asociación sindical —i.e., sindicato, federación, unión o confederación general— posee capacidad para otorgar convenios colectivos, en la práctica sólo los sindicatos y las federaciones sindicales usan tal facultad. Para más desarrollos, *vd.* RIBEIRO LOPES, «A Contratação Colectiva», cit. pp. 51-52.

<sup>8</sup> Como se sabe, la expresión convenio colectivo abarca, ya los contratos colectivos, ya los acuerdos colectivos, ya incluso los acuerdos de empresa (artículo 2, núm. 3).

<sup>9</sup> Sobre la entrada en vigor de la ley, cfr. Ley núm. 74/98, de 11 noviembre, con diversas modificaciones.

IV. Completado el ciclo final de procedimiento del convenio —i.e., depósito, publicación y entrada en vigor—, éste produce los efectos legal y convencionalmente previstos; el hecho de ser tales efectos, como regla, generales y abstractos<sup>10</sup>, lleva a que la doctrina<sup>11</sup> considere que estemos, situación que también ya se desprendía de lo anteriormente expuesto, ante una fuente específica de Derecho del Trabajo, posición que tiene, como se desprende de los artículos 56, núm. 4, *in fine*, de la C[onstitución de la]R[epública]P[ortuguesa], y del artículo 1, acogida en el derecho positivo<sup>12</sup>.

V. La eficacia del convenio colectivo debe analizarse con base en tres elementos generales que delimitan sus efectos: por un lado, el *ámbito personal* (artículo 496 y ss); por otro, el *ámbito temporal* (artículos 499 y ss); y, además, el *área geográfica*<sup>13</sup>.

VI. Importa tener presente, como subraya MENEZES CORDEIRO, que el convenio colectivo «... tiene un papel científico-cultural de primer orden. Domina la panorámica de los instrumentos colectivos de regulación laboral, de tal modo que todos los que no se le puedan reconducir, o están funcionalmente

---

<sup>10</sup> En este sentido, BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1984, por ejemplo, pp. 125 y 129-130. No ignoramos, con todo, la posibilidad de que un convenio tenga una cláusula normativa individual y concreta, pero será una excepción y no la regla, so pena de descaracterización del interés colectivo. Sobre la cuestión, *vd.* NIKITAS ALIPRANTIS, *La Place de la Convention Collective dans la Hierarchie des Normes*, «Bibliothèque d'Ouvrages de Droit Social», Tome XXII, Libraire Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, pp. 78-79.

<sup>11</sup> En este sentido, entre otros, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 172-173, 322, que la considera una fuente mediata; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volumen I, Coimbra Editora, 2007, pp. 45 y ss; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 3.ª edición, 2012, pp. 70 y ss. y 515 y ss.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2010, por ejemplo, pp. 204 y ss.; BARROS MOURA, *A Convenção Colectiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, cit., por ejemplo, pp. 117 y 125; PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2012, en especial, pp. 51 y ss.; LOBO XAVIER, con la colaboración de FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS, GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2011, por ejemplo, p. 263.

<sup>12</sup> También la jurisprudencia viene considerando que el convenio colectivo es fuente de Derecho del Trabajo, *vd.*, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia de Oporto, de 8 octubre 1984, *Colectânea de Jurisprudência*, 1984, núm. 4, pp. 277 y ss.; Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia, de 21 octubre 1998, *Boletim do Ministério da Justiça*, núm. 480, pp. 205 y ss.

<sup>13</sup> El *área* y el *ámbito de aplicación* forman parte del contenido obligatorio del convenio (artículo 492, núm. 1, letra c)). La ausencia de estas cláusulas legitima el rechazo del depósito (artículo 494, núm. 4, letra c)), por parte de los servicios del Ministerio del Trabajo. Para un análisis de los preceptos, y con indicaciones doctrinales, GONÇALVES DA SILVA, en ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY y GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª edición, 2013, anotaciones respectivas.

orientados a servir u operan como sus sucedáneos»<sup>14</sup>. Se comprende, por eso, que, como enseña PALMA RAMALHO, estemos ante «un instrumento de la mayor valía para la disminución de la tradicional conflictividad laboral» (*plano sociológico*), contribuyendo a «desarrollar las soluciones empresariales que mejor adapten los regímenes legales a los diversos intereses en juego en la organización empresarial: los intereses de la gestión empresarial y de los titulares de las empresas y los intereses de los trabajadores» (*plano de la gestión de recursos humanos*)<sup>15</sup>.

La apertura a la autonomía colectiva se desprende del reconocimiento por el Estado «de la existencia, en la sociedad industrial dinámica, de poderes sociales diversificados, de entre los cuales se aíslan algunos para el cumplimiento de funciones particulares»<sup>16</sup>. Y estas funciones son un elemento más demostrativo de la singular importancia de esta fuente laboral. La pluri-funcionalidad del convenio<sup>17</sup> está desde hace mucho documentada y doctrinalmente identificada.

En suma, y para utilizar las palabras de MICHEL DESPAX, «la importancia de la contribución del derecho convencional en relación con el derecho de origen legal, nada tiene de espantosa: es derecho consentido y modelado por los propios interesados, a su manera; presenta, en materia jurídica, las ventajas de la ropa hecha a medida, en materia de elegancia de vestuario, en relación con la

<sup>14</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 232.

<sup>15</sup> PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, 3.ª edición, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 251-252, que se refiere además a los planos sistemático y dogmático.

<sup>16</sup> BRUNO VENEZIANI, *Stato e Autonomia Collettiva, Diritto Sindicale Italiano e Comparato*, Cacucci Edotire, Bari, 1992, p. 129.

<sup>17</sup> UMBERTO ROMAGNOLI, «Autonomia Collettiva e Legislazione», AAVV, *Le Ragioni del Diritto, Scritti in Onere di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1995, p. 1194. Algunos autores analizan la cuestión como objetivos de la negociación colectiva, por ejemplo, KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, con Paul Davies y Mark Freedland, tercera edición, Stevens & Sons, Londres, 1983, pp. 65 y ss. La identificación de las funciones y ventajas del convenio colectivo fueron especialmente debatidas en los estudios iniciales sobre la materia, lo que se comprende, pues estaba en causa su reconocimiento. Para más desarrollos, *vd.*, por ejemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, II, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 139-140; GALLART FOLCH, *Las Convenciones Colectivas de Condiciones de Trabajo*, «Crítica del Derecho», Comares, Granada, 2000, reedición de 1932, pp. 27 y ss.; GINO GIUGNI, «Direito do Trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXVIII, I de la 2.ª serie, 1986, núm. 3, pp. 305-365 (traducción de João Cortez, revisada por Mário Pinto, *Diritto del Lavoro - Voz para una Enciclopedia* -, Instituto dell'Enciclopedia Italiana, Treccani), pp. 337 y ss.; MONEREO PÉREZ, «El Tratamiento de la Relación Post-Contractual en el Marco de una Negociación Colectiva Renovada», AAVV, *La Negociación Colectiva en el Escenario del Año 2000 - XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, «coleccion informes y estudios», serie Relaciones Laborales, núm. 27, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, en especial, pp. 93 y ss.; RIVERO LAMAS, «Estructuras y Funciones de la Negociación Colectiva tras la Reforma Laboral de 1997», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89, 1998, pp. 381 y ss. y 397 y ss.

comprada hecha. El éxito de esta institución se explica, igualmente, bajo otro punto de vista: los trabajadores participando, a través de sus representantes sindicales, en la elaboración de la propia ley profesional, adquieren el sentimiento justo de asegurar su propio destino. ¿Hay mejor técnica de “promoción social”?»<sup>18</sup>.

VII. Y si la relevancia del convenio colectivo, en términos cualitativos no suscita reservas, lo mismo podrá decirse de la dimensión cuantitativa. En verdad, incluso ante números reducidos de la fuente convencional<sup>19</sup>, el instrumento colectivo regula las condiciones de trabajo de centenares de miles de trabajadores<sup>20</sup>, lo que demuestra la importancia de esta fuente.

## 1.2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

En el breve análisis que vamos a efectuar, escogemos dos regímenes particularmente relevantes frente a la presente crisis económica: alteración de las circunstancias y empresas en situación económica difícil.

Es cierto que su utilización ha sido diminuta, pero no por eso puede considerarse desposeída de particular importancia, en especial en un momento en que nuestro país está bajo ayuda financiera, o sea, está en ejecución el *Memorando de Entendimiento sobre las Condicionalidades de Política Económica* con la Unión Europea (17 mayo 2011)<sup>21</sup>, por la cual el Estado portugués quedó sujeto a diversas obligaciones, entre otras, en materia laboral<sup>22</sup>.

## 2. ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

I. Con el Código del Trabajo de 2003, la legislación laboral pasó a hacer alusión al instituto de la alteración de las circunstancias, habiendo sido mantenido,

---

<sup>18</sup> MICHEL DESPAX, *Le Droit du Travail*, «Que Sais-Je?», Presses Universitaires de France, París, 1967, p. 84.

<sup>19</sup> En 2011, se celebraron 170 convenios colectivos; en 2012, 85, cfr. [www.dgert.mtss.gov.pt](http://www.dgert.mtss.gov.pt).

<sup>20</sup> En 2011, 1.236.919 trabajadores; en 2012, 327.622, cfr. fuente referida en la nota anterior.

<sup>21</sup> *El Memorando de Entendimiento sobre las Condicionalidades de Política Económica* con la Unión Europea puede consultarse en [www.portugal.gov.pt](http://www.portugal.gov.pt), así como las modificaciones. Fue también celebrado, en la misma fecha, con el Fondo Monetario Internacional, el *Memorando de Políticas Económica y Financieras*, que puede ser consultado en la misma dirección electrónica.

<sup>22</sup> *Memorando de Entendimiento sobre las Condicionalidades de Política Económica* con la Unión Europea, cit., pp. 20 y ss.

aunque con modificaciones, en las revisiones posteriores<sup>23</sup>. Al efecto, la norma actual determina, después de prescribir la obligación de los destinatarios de los instrumentos de reglamentación colectiva de actuar de buena fe (artículo 520, núm. 1):

«En la aplicación del convenio colectivo o acuerdo de adhesión, se atiende a las circunstancias en que las partes fundamentaron la decisión de contratar» (artículo 520, núm. 2)<sup>24</sup>.

La doctrina ha interpretado el precepto en el sentido de una remisión al régimen de alteración de las circunstancias previsto en el Código Civil (artículos 437 y ss)<sup>25</sup>, del cual resulta, por tanto, la aplicación de la resolución por dicho motivo<sup>26</sup>. Y consideramos que esta posición es la más correcta, toda vez que el legislador al determinar la aplicación del instituto sin ninguna restricción, lo hace en su plenitud, admitiendo, por tanto, «una confrontación entre la estabilidad y la seguridad jurídica, por un lado, y la justicia conmutativa, por otro; en otro plano, se diría que existe una contraposición entre la autonomía de las partes y la buena fe»<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Con las modificaciones de 2009, y con relación a la obligación de actuar de buena fe, la norma pasó a abarcar expresamente todos los instrumentos de reglamentación colectiva (art. 520, núm. 1, del CT2009); no obstante, en materia de modificación de circunstancias, la redacción actual del precepto pasó a referirse a la aplicación e incluyó el acuerdo de adhesión. Para una indicación más pormenorizada de las modificaciones, GONÇALVES DA SILVA, en ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY y GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 1046 y ss.

En 2012, la norma no fue objeto de ninguna modificación.

<sup>24</sup> La alteración de las circunstancias es importante también en materia de declaración de huelga (artículo 542, núm. 2, letra a)).

<sup>25</sup> Posición ya defendida, antes de su consagración legislativa, por MENEZES CORDEIRO, en *Convenções Colectivas de Trabalho e Alterações de Circunstâncias*, Lex, Lisboa, 1995.

<sup>26</sup> MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, 2.ª edición, Almedina, Coimbra, 2004, p. 398, así como, *Direito do Trabalho*, cit., p. 514; GONÇALVES DA SILVA, en ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY y GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 1047.

En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en España, la aplicación del instituto divide a doctrina y jurisprudencia, cfr. PASTOR MARTÍNEZ, *La Vigencia del Convenio Colectivo Estatutario – Análisis Jurídico de su Dimensión Temporal*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 357 y ss.; ARUFE VARELA, *La Denuncia del Convenio Colectivo*, «Estudios de Derecho Laboral», Civitas, Madrid, 2000, pp. 55 y ss. El Tribunal Constitucional español ya admitió expressamente su relevancia, cfr. Sentencia núm. 11/1981, de 8 abril, *Jurisprudencia Constitucional*, tomo primero, *Boletín Oficial del Estado*, 1982, pp. 198-199.

<sup>27</sup> ROMANO MARTINEZ, *Da Cessaço do Contrato*, 2.ª edición, Almedina, Coimbra, 2006, p. 157.



Puede, por eso, decirse que la consagración expresa de su aplicación al convenio colectivo constituye el reconocimiento de que el instrumento convencional carece de medios jurídicos que le confieran alguna flexibilidad, no debiendo el equilibrio alcanzado quedar inmune a las vicisitudes de las circunstancias en que las partes decidieron otorgar; constituye, de este modo, un importante mecanismo para mantener el equilibrio acordado<sup>28</sup>.

**II.** Así, al consagrar la aplicación del instituto de la alteración de las circunstancias al convenio colectivo, el legislador juntó a las dos situaciones previstas para la cesación de vigencia del convenio colectivo (revocación y caducidad, artículo 502, núm. 1), la resolución con este fundamento; y, por otro lado, al no establecer un régimen específico, el legislador determinó incluso la aplicación del marco general obrante en el Código Civil (artículos 437 y ss).

Esta remisión abarca también la modificación, lo que constituye un «camino» más de adaptación de la fuente convencional en momentos, como los actuales, de abruptas e imprevisibles alteraciones económicas.

En suma, y como bien apunta MENEZES CORDEIRO, «en la falta de leyes adecuadas, [el instituto de la alteración de las circunstancias] será incluso la única fórmula capaz de conciliar la palabra dada con las nuevas condiciones económico-sociales»<sup>29</sup>.

**III.** Hay que tener presente que la remisión al régimen general de alteración de las circunstancias es susceptible de encontrarse con diversos

---

<sup>28</sup> No se puede, sin embargo, ignorar y dejar de subrayar que el instituto de la alteración de las circunstancias ha sido objeto de una aplicación restrictiva por parte de los tribunales, habiendo sido incluso rechazado, por ejemplo, en relación con los acontecimientos ocurridos durante la Revolución de 1974-75. Para un análisis jurisprudencial, MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, Separata de los Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, pp. 360 y ss., refiriéndose, por lo demás, a las grandes alteraciones de las circunstancias (o sea, «modificações estruturales que vengam a irrupir com a generalidade de las variables económico-sociales que caracterizan una sociedad» (p. 359); así como PINTO MONTEIRO y JÚLIO GOMES, «A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)», AAVV, *Juris et de Jure, Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, coordinación de Afonso Vaz y Azeredo Lopes, Universidad Católica, Porto, 1998, pp. 28 y ss.

En España, y en relación al ámbito laboral, las alteraciones legislativas han tenido relevancia para la aplicación del instituto, ARUFE VARELA, *La Denuncia del Convenio Colectivo*, cit., pp. 58-59. Véase también, BEJARANO HERNÁNDEZ, *Principio de Condición Más Beneficiosa y Reglas de Absorción y Supresión de la Misma*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 172 y ss.

<sup>29</sup> MENEZES CORDEIRO, «Introdução: Dilemas Existenciais do Direito do Trabalho», *Temas de Direito do Trabalho. Da sucessão de CCT ao Respeito pelo Direito à Reforma*, Cadernos o Direito, 2007, núm. 1, p. 12.

problemas, una vez que el marco consagrado en el Código Civil (artículos 437 y ss.) no fue pensado para atender las particularidades de la situación laboral, y más cuando está en causa una fuente específica del Derecho del Trabajo.

Comprobados los presupuestos del instituto (artículos 437 y 438 del CC), la parte lesionada puede resolver el convenio, aplicándose las reglas generales plasmadas para la figura común de la resolución del contrato (artículos 439 y 432 a 436 del CC)<sup>30</sup>.

**IV.** El régimen legal puede ser objeto de intervención de la autonomía colectiva. De hecho, no se identifican motivos impeditivos de regulación convencional en el sentido de apartar o modelar el régimen de alteración de las circunstancias, como ha sido admitido en el ámbito del Código Civil<sup>31</sup>, posición que, atendiendo a la igualdad de las partes y al principio de la autonomía colectiva, debe ser igualmente mantenida ante el precepto laboral (artículo 520, núm. 2).

**V.** Los efectos de la resolución se equiparan a los de la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico (artículos 433 y 289 del CC); por otro lado, el legislador subraya, además, la retroactividad de los efectos, salvo si se contraría la voluntad de las partes o la finalidad de la resolución (artículo 434, núm. 1 CC); a su vez, en los contratos de ejecución continuada, la resolución no abarca, como regla, las prestaciones ya efectuadas (artículo 434, núm. 2, del Código Civil), debiendo subsumirse la fuente convencional en la previsión de la norma.

No podemos, sin embargo, ignorar que, y no obstante su particular relevancia, como escribe MENEZES CORDEIRO, «la alteración de las circunstancias ... es un remedio de equidad, de concreción difícil y de salida imprevisible»<sup>32</sup>.

### 3. EMPRESAS EN SITUACIÓN ECONÓMICA DIFÍCIL

<sup>30</sup> Sobre los requisitos, ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 157 y ss.

<sup>31</sup> Así, refiriéndose al artículo 437 del CC, PINTO MONTEIRO y JÚLIO GOMES, «A “Hardship Clause” e o Problema da Alteração das Circunstâncias (Breve Apontamento)», cit., pp. 33 y 39, considerando señaladamente admisibles las cláusulas de *hardship*, que son «aquellas que establecen un *deber de renegociar* un contrato cuando ocurre una modificación sustancial de las circunstancias, modificación esa susceptible de afectar al equilibrio global del contrato» (pp. 21-22, itálica en el original); así como GALVÃO TELLES, «Contrato Duradouro com Termo Final. Denúncia», *Colectânea de Jurisprudência*, año XI, 1986, tomo III, p. 23, escribiendo: «Pero nada impide que ese régimen general [obrando en el Código Civil] sea, *en todo o en parte, substituído por un régimen particular*, acordado para cada contrato por las propias partes», itálica en el original.

<sup>32</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias*, cit., p. 332.

I. Otro régimen que puede tener relevancia en el análisis de la presente materia es la hipótesis legal de suspensión de la aplicación del convenio colectivo. Se trata del antiguo Decreto-ley núm. 353-H77, de 29 agosto, relativo al régimen de las empresas en situación económica difícil, que se inserta en la legislación laboral de emergencia o de crisis, en que las medidas surgen «... privadas de una inspiración coherente e, incluso, de condiciones operativas adecuadas; y, sobre todo, al contrario de lo que en otros ordenamientos ha ocurrido, se caracterizan por la ausencia de consenso social y político, y, consecuentemente, por una limitada efectividad»<sup>33</sup>.

Esta norma establece que puedan ser declaradas «en situación económica difícil empresas públicas o privadas cuya explotación se revele fuertemente deficitaria, previéndose que su recuperación sea problemática o demorada» (artículo 1, núm. 1, del Decreto-ley cit.)<sup>34</sup>. Y entre las empresas que pueden ser objeto de esta declaración se encuentran cualesquiera que asuman naturaleza privada, desde que exista acuerdo de la mayoría de los trabajadores, expresado a través de voto secreto (artículo 1, núm. 2, Decreto-ley cit.).

Este acuerdo, bajo la forma escrita y firmado por los intervinientes, debe especificar el régimen sucedáneo de las relaciones de trabajo y el plazo de su vigencia (artículo 3, núm. 3; véase también el artículo 6 del Decreto-ley cit.), compitiendo la respectiva declaración —tras requerimiento de la empresa dirigido al Ministro de la Tutela o al Ministro responsable del sector a que pertenezca (artículo 3, núm. 1, del Decreto-ley cit.)— a los Ministros de la Tutela, o responsable del sector, y del Trabajo, mediante resolución conjunta (artículo 4, núm. 1, *in fine*, del Decreto-ley cit.; *vd.* además, el artículo 4, núm. 2, del Decreto-ley cit.).

II. Entre los efectos de la declaración de la empresa en situación económica difícil, se encuentran:

- 1) Por un lado, la reducción de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa a los mínimos fijados en los instrumentos de reglamentación colectiva (artículo 5, núm. 1, letra a), 1ª parte, del Decreto-ley cit.);

---

<sup>33</sup> MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16.ª edición, Almedina, Coimbra, 2012, p. 43.

<sup>34</sup> Puede verse, a título de ejemplo, la Resolución del Consejo de Ministros núm. 244/80, de 3 julio, publicada en el *Diário da República*, de 12 julio 1980, I serie, núm. 159, pp. 1621-1622.

- 2) Por otro, la cesación inmediata de la aplicación de las condiciones que contraríen normas legales de carácter imperativo (artículo 5, núm. 1, letra a), 2ª parte, del Decreto-ley cit.);
- 3) Aumenta, es lo que interesa ahora subrayar, la no aplicación, total o parcial, de las cláusulas de los instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo y el establecimiento del respectivo régimen sucedáneo (artículo 5, núm. 1, letra b), del Decreto-ley cit.);
- 4) En cualquiera de los casos, existe la prohibición de afectar los beneficios sociales y las restantes garantías mínimas fijadas por ley (artículo 5, núm. 2, del Decreto-ley cit.).

**III.** Concentrando nuestro análisis sólo en los instrumentos negociales (artículo 2), importa subrayar lo siguiente:

- 1) *Cesación inmediata de la aplicación de las condiciones que contraríen normas legales de carácter imperativo* (artículo 5, núm. 1, letra a), 2ª parte, del Decreto-ley cit.), lo que presupone una declaración de ilegalidad de las cláusulas convencionales por parte de la Administración, chocando así con el marco general, resultante, desde luego, del recorte constitucional de la negociación colectiva (artículo 56, núms. 3 y 4, de la Constitución), en que esa competencia está a cargo de los tribunales y está vedada a cualesquiera otras entidades (*vd.*, por ejemplo, artículo 479 y 494, núm. 4);
- 2) *La posibilidad de inaplicación, total o parcial, de los instrumentos de reglamentación colectiva y consecuente aplicación del régimen sucedáneo*, y refiriéndonos sólo a las empresas privadas, lo que suscita profundas reservas —por no decir incluso una incompatibilidad— frente al régimen constitucional de la negociación colectiva, toda vez que tal situación se deriva de un acto administrativo que sólo precisa de la intervención de la mayoría de los trabajadores (artículo 1, núm. 2, letra d), del Decreto-ley cit.) que naturalmente no serán parte del instrumento convencional y, en muchos casos, ni siquiera destinatarios de la fuente convencional.

Y, por tanto, consideramos que:

- a) No podemos ignorar que estando en causa una restricción de un derecho fundamental (artículos 17 y 58, núms. 3 y 4, versión de la Constitución de 1976), competiría a la ley intervenir (y no al

Decreto-ley), lo que no ocurrió, generando así una inconstitucionalidad orgánica (artículos 17, 18 y 167, letra c), versión de la Constitución de 1976);

- b) Tal facultad choca con el derecho de negociación colectiva constitucionalmente consagrado, teniendo la ley mandato para garantizarlo y no para aniquilarlo, y mucho menos, a través de un acto administrativo, tarea que tendría que estar a cargo de la ley (artículo 18, núm. 2, de la Constitución); no hace falta decir, anótese, que la habilitación consta para la ley y que el acto administrativo sólo concreta lo previsto en una norma, pues el artículo 112, núm. 5, de la Constitución, impide que un acto *infra-legal*, y sin ningún parámetro, defina materialmente su contenido:
- c) Se añade que igual colisión material ocurre con textos internacionales, señaladamente los Convenios núm. 87 (artículo 3) y 98 (artículo 4) y la Recomendación núm. 91, todos de la Organización Internacional del Trabajo<sup>3536</sup>.

IV. Ante esto, nos parece manifiesto que urge repensar las opciones obrantes en la presente norma, pues las soluciones consagradas no respetan, desde luego, el marco constitucional.

Es que incluso en momentos de graves crisis económicas, la Ley Fundamental constituye una base esencial del Estado de Derecho democrático.

---

<sup>35</sup> Para un análisis de las orientaciones de esta Organización, *La libertad Sindical, Recopilación y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5.ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, §§ 880 y ss.

<sup>36</sup> Revelando dudas sobre la compatibilidad constitucional de la medida en términos materiales, NUNES DE CARVALHO, «Reflexos Laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência (Conclusão)», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXXVII (X de la 2.ª serie), 1995, núm. 4, pp. 330-331; LIBERAL FERNANDES, «O Direito do Trabalho da Crise e a Constituição: Considerações sobre o Regime Aplicável às Empresas em Situação Económica Difícil», *Estudos Em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro Faria*, Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto/Facultad de Economía de la Universidad de Oporto, Coimbra Editora, 2003, pp. 259 y ss., defendiendo, desde luego, la inconstitucionalidad orgánica de las resoluciones que suspenden los convenios colectivos (pp. 272 y ss.), así como de la propia norma (pp. 275 y ss.). Sobre el régimen legal, véase también MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 329-330; PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4.ª edición, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 588, nota 740, 603 y ss., y 720.



**LA LEY FEDERAL ALEMANA DE VACACIONES. ESTUDIO  
COMPARADO CON EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LOS  
TRABAJADORES ESPAÑOL, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA**

*[THE GERMAN FEDERAL ACT ON HOLIDAYS. A COMPARATIVE STUDY  
WITH ARTICLE 38 OF THE SPANISH WORKERS' STATUTE, AND ITS  
CASTILIAN TRANSLATION]*

**Jesús Martínez Girón**

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2012  
Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2012

**Sumario:** I. APROXIMACIÓN FORMAL.- II. DIFERENCIAS DE FONDO.- III. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO VIGENTE DE LA UNIÓN EUROPEA.- APÉNDICE DOCUMENTAL.

*Contents: I. A FORMAL APPROACH.- II. SOME DIFFERENCES ON  
THE MERITS.- III. COMPATIBILITY WITH THE LAW IN FORCE OF  
THE EUROPEAN UNION.- DOCUMENTARY APPENDIX.*

**Resumen:** La Ley federal alemana de vacaciones de 1963 es una norma muy contrastante con el artículo 38 del Estatuto español de los Trabajadores. Este trabajo realiza un estudio comparativo de ambas normas, desde un punto de vista formal y sustantivo. También analiza la compatibilidad de las mismas con el Derecho social de la Unión Europea, tal y como es administrado por el Tribunal de Luxemburgo.

*Abstract:* The German federal Act on holidays of 1963 is a very contrastant norm with article 38 of the Spanish Workers' Statute. This work contains a comparative study of both norms, from the substantive and formal viewpoints. It also analyzes the compatibility of those norms with the social Law of the European Union, as it is administered by the Luxembourg Court.

**Palabras clave:** Alemania – Derecho comparado – España – Unión Europea – Vacaciones

*Keywords:* Germany – Comparative Law – Spain – European Union – Holidays

\* \* \*

## I. APROXIMACIÓN FORMAL

1. Al igual que el resto de Leyes y Reglamentos de la República Federal de Alemania, el texto de la Ley federal de vacaciones de 8 enero 1963 —cuyo nombre oficial, en alemán, es «Ley de Vacaciones Mínimas para el Trabajador (Ley Federal de Vacaciones) [*Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)*]», y cuya abreviatura oficial, a efectos de facilitar su localización y su cita, es BUrlG— puede consultarse gratuitamente y en versión consolidada (por supuesto, en lengua alemana) en un sitio de Internet gestionado por el Ministerio federal alemán de Justicia, ubicado en <http://bundesrecht.juris.de><sup>1</sup>. Aunque algunos de sus diecisiete párrafos aparezcan total o parcialmente traducidos a muy diversas lenguas oficiales de la Unión Europea por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que se analizará luego —por ejemplo, su párrafo 1, su párrafo 3, y los apartados 3 y 4 de su párrafo 7—, no me consta la existencia de ninguna traducción íntegra de la misma, ni oficial ni privada, ni a la lengua castellana ni tampoco al inglés, al francés, al portugués o al italiano<sup>2</sup>. De ahí, dado el carácter estructural que posee esta Ley —en cuanto que norma vertebradora desde hace más de cincuenta años del Derecho alemán del Trabajo<sup>3</sup>—, que me haya animado a traducirla al castellano en su integridad, obrando esta traducción mía al final de este trabajo (cfr. su APÉNDICE DOCUMENTAL).

2. Si comparada con el artículo 38 del Estatuto español de los Trabajadores —que sólo consta de tres apartados, dos de ellos muy breves—, la

<sup>1</sup> Acerca del sistema alemán de difusión del Derecho a través de Internet, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 8-9.

<sup>2</sup> El recién citado sitio de Internet posee un enlace sobre «Translations», donde aparecen almacenadas traducciones al inglés de más de treinta Leyes federales (el Código Civil, el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), ninguna de ellas de carácter laboral o de seguridad social.

<sup>3</sup> Nuestra traducción de más Leyes laborales alemanas, asimismo de carácter estructural, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 103 y ss.; A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 65 y ss.; J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 59 y ss.; y A. ARUFE VARELA, «La incapacidad temporal derivada de riesgos comunes en el Derecho alemán. Un estudio comparado con el Derecho español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012), págs. 15 y ss.



Ley federal alemana de vacaciones debe calificarse de norma bastante larga<sup>4</sup>. En efecto, formalmente hablando, consta de dieciséis párrafos, aunque materialmente sean diecisiete, por causa de que su párrafo 15 aparece duplicado al habersele añadido un párrafo 15a. Además, sólo su párrafo 12 (rotulado «Vacaciones en el ámbito del trabajo a domicilio [*Urlaub im Bereich der Heimarbeit*]») cuadruplica con creces la extensión del artículo 38 de nuestro Estatuto de los Trabajadores. Siguiendo la costumbre legislativa alemana, los párrafos epilogales de la Ley —aunque formalmente resulten indistinguibles del resto de su articulado— vienen a equivaler a las disposiciones extravagantes de las Leyes españolas (esto es, adicionales, transitorias, finales y derogatoria), poseyendo esta peculiar naturaleza jurídica su párrafo 14 (rotulado «Cláusula de Berlín [*Berlin-Klausel*]»), su párrafo 15 (rotulado «Modificación y derogación de Leyes [*Änderung und Aufhebung von Gesetzen*]»), su párrafo 15a (rotulado «Disposición transitoria [*Übergangsvorschrift*]») y su párrafo 16 (rotulado «Entrada en vigor [*Inkrafttreten*]»). La norma española y la norma alemana comparten, sin embargo, un mismo común denominador, pues ambas carecen de todo tipo de desarrollo efectuado a través de normas reglamentarias (cosa, por lo demás, bastante frecuente en Alemania)<sup>5</sup>.

3. A diferencia del artículo 38 del Estatuto español de los Trabajadores —que es un precepto de tenor extraordinariamente estable, para lo que suele ser uso en las normas laborales españolas, al haber padecido desde 1980 sólo cuatro enmiendas, la última con ocasión de la promulgación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>6</sup>—, la Ley federal alemana de vacaciones viene padeciendo modificaciones y actualizaciones continuas, aunque ninguna de ellas se haya producido como consecuencia del impacto de la crisis económica en Alemania, habiendo contado yo —a través del *Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt)*<sup>7</sup>— hasta nueve de ellas. La primera se

<sup>4</sup> El comentario de autoridad de esta Ley es R. MÜLLER-GLÖGE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9ª ed., Beck (Múnich, 2009), págs. 1733 y ss.

<sup>5</sup> Sobre la excepción representada por la Ley alemana del convenio colectivo de 1949 y su Reglamento de desarrollo de 1970, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 234 y ss.

<sup>6</sup> La disposición final 1ª, apartado 4, de esta norma procedió a modificar el apartado 3 del precepto estatutario, habiéndose perpetuado luego esta enmienda con la promulgación de la Ley homónima 3/2012, de 6 julio. Las otras tres fueron operadas por el artículo 2 de la Ley 4/1983, de 29 junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días; por el artículo 4, apartado 6, de la Ley 11/1994, de 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; y por la disposición final 11ª, apartado 6, de la Ley orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>7</sup> La versión electrónica del mismo resulta gratuitamente accesible en Internet a través de su sitio oficial, ubicado en [www.bgbl.de](http://www.bgbl.de), vía «Kostenloser Bürgerzugang».

produjo en 1969 —seis años después de promulgada la Ley<sup>8</sup>— y la última ha tenido lugar en 2002<sup>9</sup>, habiendo ocurrido entre ambos extremos de dicho arco temporal una en 1974<sup>10</sup>, otra en 1993<sup>11</sup>, dos en 1994<sup>12</sup>, otra en 1996 (para añadirle, entre otras varias enmiendas, el ya citado párrafo 15a)<sup>13</sup>, otra en 1998<sup>14</sup> y otra más en 2001<sup>15</sup>. Merecen ser especialmente destacadas las dos que ha padecido el apartado 1 del párrafo 3 de la Ley —precepto verdaderamente crucial—, cuya redacción originaria afirmaba (respecto de la duración) que «las vacaciones ascienden al menos a 15 días laborables al año [*Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 15 Werktage*]»<sup>16</sup> —en cambio, en la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980, ascendían como mínimo a «veintitrés días naturales», luego elevados en 1983 a los actuales «treinta días naturales»<sup>17</sup>—, los cuales pasaron a ser al menos «18 días laborables al año» en 1974, y al menos «24 días laborables al año» veinte años después, en 1994<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> Fue operada por el artículo 3, párrafo 8, de la «Ley sobre el pago continuado del salario en caso de enfermedad y sobre modificaciones del Derecho de aseguramiento legal de la enfermedad [*Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle und über Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung*]» de 27 julio 1969 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 67 [30 julio 1969], págs. 946 y ss.).

<sup>9</sup> Fue operada por el artículo 7 de la «Ley de aclaración del Derecho de comunicación postal y de telecomunicación [*Post- und Telekommunikationsrechtliches Bereinigungsgesetz*]» de 7 mayo 2002 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 30 [10 mayo 2002], págs. 1529 y ss.).

<sup>10</sup> Fue operada por el artículo II, párrafo 2, de la «Ley de modificación del trabajo a domicilio [*Heimarbeitsänderungsgesetz*]» de 29 octubre 1974 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 119 [31 octubre 1974], págs. 2879 y ss.).

<sup>11</sup> Fue operada por el artículo 6, apartado 86, de la «Ley de nueva ordenación del ferrocarril [*Eisenbahnneuordnungsgesetz-ENeu-OG*]» de 27 diciembre 1993 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 73 [30 diciembre 1993], págs. 2378 y ss.).

<sup>12</sup> Fueron operadas por el artículo 57 de la «Ley del aseguramiento de la dependencia [*Pflege- Versicherungsgesetz-Pflege VG*]» de 26 mayo 1994 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 30 [28 junio 1994], págs. 1014 y ss.); y por el artículo 2 de la «Ley del derecho a la jornada [*Arbeitszeitrechtsgesetz-ArbZRG*]» de 6 junio 1994 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 33 [6 junio 1994], págs. 1170 y ss.).

<sup>13</sup> Fue operada por el artículo 2 de la «Ley jurídico-laboral para el fomento del crecimiento y el empleo (Ley jurídico-laboral de fomento del empleo) [*Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz)*]» de 25 septiembre 1996 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 48 [27 septiembre 1996], págs. 1476 y ss.).

<sup>14</sup> Fue operada por el artículo 8 de la «Ley sobre correcciones en el aseguramiento social y sobre aseguramiento de los derechos del trabajador [*Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*]» de 19 diciembre 1998 (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 85 [28 diciembre 1998], págs. 3843 y ss.).

<sup>15</sup> Fue operada por el artículo 34 del «Código de Seguridad Social-Libro Noveno (SGB-IX) Rehabilitación y participación de personas discapacitadas [*Sozialgesetzbuch-Neuntes Buch (SGB-IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*]» (*Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 27 [22 junio 2001], págs. 1046 y ss.).

<sup>16</sup> La versión original de la Ley fue publicada en el *Boletín Oficial Federal*, Parte I, núm. 1 (12 enero 1963), págs. 2 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. inciso segundo del apartado 1 del artículo 38.

<sup>18</sup> La modificación fue operada por la citada Ley de 6 junio 1994.

## II. DIFERENCIAS DE FONDO

4. Lógicamente, dado su mayor tamaño, la Ley federal alemana de vacaciones regula aspectos múltiples que aparecen sólo esbozados o que ni siquiera aparecen tratados en el Estatuto español de los Trabajadores. Es el caso, por ejemplo, del párrafo 11 de la Ley alemana (rotulado «Retribución de las vacaciones [*Urlaubsentgelt*]»), cuyo minucioso contenido contrasta con el mero esbozo que sobre el propio tema efectúa la norma española («... el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será ...»)<sup>19</sup>; o también, del asunto del devengo del derecho, pormenorizadamente tratado en la Ley alemana —más en concreto, en su párrafo 4 (rotulado «Período de espera [*Wartezeit*]») y en su párrafo 5 (rotulado «Vacaciones parciales [*Teilurlaub*]») —, que ni siquiera aparece esbozado en el precepto español que comentamos. Ahora bien, si se prescinde de la pormenorizada regulación que la Ley alemana realiza de las vacaciones de los trabajadores a domicilio, en el ya citado párrafo 12 —por cierto, un tema abandonado a su suerte desde hace mucho tiempo por el legislador laboral español, salvo al efecto de realizar algún ajuste en el Estatuto de los Trabajadores, a calificar como mero ajuste políticamente correcto<sup>20</sup>—, lo verdaderamente contrastante es su regulación de dos asuntos de fondo, que realiza de un modo totalmente antitético a como dichos temas resultan tratados —al amparo de la cobertura formal, tan parca, del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores— en España.

5. Así, nada hay parecido en nuestro país al contenido del párrafo 6 de la Ley alemana (rotulado «Exclusión de derechos duplicados [*Ausschluß von Doppelansprüchen*]»), a cuyo tenor «no existe el derecho a vacaciones, supuesto que al trabajador ya se le hayan concedido vacaciones por un empresario anterior para el año natural en curso»<sup>21</sup>, teniendo en cuenta que «el empresario está obligado, en caso de finalización de la relación laboral, a entregar al trabajador un certificado sobre las vacaciones concedidas o liquidadas en el año natural en curso»<sup>22</sup>. Por supuesto, es una norma que obedece a la lógica del descanso, pero también a la de resultar previsible que un trabajador alemán que pierde su empleo acabará encontrando —en el mismo año natural— otro puesto de trabajo. En España, habría que acudir a la vigente Ley General de la Seguridad Social de 1994 para encontrar una evocación lejana de dicha norma alemana, pero anclada en una lógica completamente distinta (esto es, la de que el trabajador español que pierde

<sup>19</sup> Cfr. el inciso primero del apartado 1 del artículo 38.

<sup>20</sup> Como se sabe, el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, tradicionalmente rotulado «Trabajo a domicilio», acaba de ser rebautizado como «Trabajo a distancia» por la ya citada Ley 3/2012, limitándose a reproducir la enmienda operada por el asimismo citado Real Decreto-ley 3/2012.

<sup>21</sup> Apartado 1.

<sup>22</sup> Apartado 2.

su empleo no encontrará inmediatamente otro, sino que pasará a convertirse, en vez de ello, en perceptor de prestaciones por desempleo), pues —según dicha Ley española— «en el caso de que el período que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral ..., la situación legal de desempleo y el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes a la finalización del mismo»<sup>23</sup>, teniendo en cuenta que «el citado período deberá constar en el Certificado de Empresa a estos efectos»<sup>24</sup>.

6. Lo mismo ocurre con el muy breve párrafo 8 de la Ley alemana (rotulado «Actividad laboral durante las vacaciones [*Erwerbstätigkeit während des Urlaubs*]), según el cual «durante las vacaciones, el trabajador no puede realizar ninguna actividad laboral contradictoria con la finalidad de las vacaciones». Aquí el silencio del Estatuto de los Trabajadores ha sido colmado —en términos radicalmente antitéticos a los de dicho precepto alemán— por la jurisprudencia constitucional española. La resolución decisiva es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2003, de 27 octubre<sup>25</sup> —con ponencia a cargo de la Magistrada María Emilia CASAS BAAMONDE—, en la que se otorgó amparo a un trabajador despedido por haber trabajado para otra empresa (eso sí, sin incurrir en competencia desleal) durante sus vacaciones retribuidas —con la consiguiente revocación de las dos resoluciones atacadas de nuestros tribunales laborales ordinarios, que habían confirmado la procedencia de dicho despido por «transgresión de la buena fe contractual» *ex* artículo 54, apartado 2, letra d), del Estatuto de los Trabajadores—, pues «la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente»<sup>26</sup>, dado que «una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 C[onstitución]E[spañola] (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe»<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Artículo 209, apartado 3, párrafo primero.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrafo segundo.

<sup>25</sup> *Boletín Oficial del Estado* de 26 noviembre 2003.

<sup>26</sup> Fundamento Jurídico 7, párrafo tercero.

<sup>27</sup> *Ibidem*. En esta Sentencia, también se recuerda todo lo siguiente: «Tanto la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en su art. 56 («Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríen la finalidad del permiso, perderá todo su derecho a la remuneración»), como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en su art. 35 («Si el trabajador, durante sus vacaciones retribuidas, realizara para sí o para otro, trabajos que contraríen la finalidad

### III. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO VIGENTE DE LA UNIÓN EUROPEA

7. Tanto el precepto español como la Ley alemana vienen suscitando dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, tal y como obra encarnado en la actualidad en el lacónico artículo 7 (rotulado «Vacaciones anuales») de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a cuya transposición pretenden servir ambas normas<sup>28</sup>. Respecto del artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal de Luxemburgo ha debido resolver de momento hasta tres cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales laborales españoles —todas relativas al disfrute efectivo del derecho a vacaciones por parte de trabajadores que se encontraban, durante el período habilitado por el empresario para disfrutarlas, en situación de incapacidad temporal<sup>29</sup>—, con el resultado de haberse tenido que modificar el tenor del precepto, a causa de sus insuficiencias, por el ya citado Real Decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Acerca de las planteadas por los tribunales laborales alemanes, en cambio, se han resuelto hasta el momento presente sólo dos cuestiones prejudiciales frontalmente relativas a la Ley federal de vacaciones<sup>30</sup>, ambas con el resultado —como ahora mismo se verá— de haberse

---

del permiso, deberá reintegrar la remuneración percibida correspondiente a las vacaciones»), si bien prohibían la realización de trabajos durante dicho período, se limitaban a sancionar su inobservancia con la obligación de reintegrar la remuneración percibida por vacaciones. La sanción, en estos casos, no alcanzaba al despido del trabajador, salvo que concurriese otra causa que lo justificara (como pudiera serlo la competencia desleal), lo que demuestra que tal actuar no podía ser considerado como un incumplimiento contractual del trabajador, sino una figura autónoma conectada eventualmente con la retribución vacacional. Por su parte, y en la normativa internacional, el art. 13 del Convenio de la OIT núm. 132, 1970 (revisado), sobre vacaciones pagadas, prevé que: «En cada país, la autoridad competente o el organismo apropiado podrá adoptar reglas especiales relativas a los casos en que una persona empleada ejerza durante sus vacaciones una actividad remunerada incompatible con la finalidad de dichas vacaciones» (Fundamento Jurídico 6, párrafo primero).

<sup>28</sup> Dicha norma se limita a afirmar que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales» (apartado 1), teniendo en cuenta que «el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral» (apartado 2).

<sup>29</sup> Véanse Sentencias de 10 septiembre 2009 (asunto C-277/08) y 21 junio 2012 (asunto C-78-11), y Auto de 21 febrero 2013 (asunto C-194/12).

<sup>30</sup> Acerca de cuestiones prejudiciales relativas al ejercicio del derecho a vacaciones, pero al margen de su regulación contenida en la Ley federal alemana de vacaciones (por ejemplo, a propósito de funcionarios de los *Länder* o asimilados a ellos), véanse Sentencias de 20 enero 2009 (asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06) y 3 mayo 2012 (asunto C-337/10), y Auto de 7 abril 2011 (asunto C-519/09).

confirmado por el Tribunal de Luxemburgo la plena compatibilidad de la misma con el recién citado precepto de la Directiva 2003/88.

8. La primera de dichas cuestiones prejudiciales fue resuelta por una Sentencia de 22 noviembre 2011<sup>31</sup>. El precepto frontalmente involucrado era el párrafo 13 de la Ley federal de vacaciones (rotulado «Inderogabilidad [*Unabdingbarkeit*]»), sobre posibilidad de mejora convencional colectiva para el trabajador de diversos preceptos de la propia Ley, entre los que figura el apartado 3 del párrafo 7 de la misma (rotulado «Fecha, aplazamiento y compensación económica de las vacaciones [*Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs*]»), a cuyo tenor —en parte— «las vacaciones deben reconocerse y tomarse en el año natural en curso»<sup>32</sup>, pero teniendo en cuenta que «en caso de aplazamiento, las vacaciones deben ser concedidas y tomadas en los primeros tres meses del siguiente año natural»<sup>33</sup>. Pues bien, cierto convenio colectivo había mejorado ese período legal de tres meses, mediante el establecimiento («por motivo de enfermedad») de un período total de aplazamiento de quince meses<sup>34</sup>, planteándose por un tribunal laboral alemán la cuestión de si violaría o no el Derecho comunitario considerar extinguido el derecho de un trabajador enfermo al disfrute de sus vacaciones, precisamente por el transcurso de dicho plazo convencional ampliado<sup>35</sup>. Al respecto, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que la Directiva 2003/88 «no se opone a disposiciones o prácticas nacionales, como los convenios colectivos, que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones»<sup>36</sup>. Se trata de una conclusión extraída argumentando con el tenor del Convenio núm. 132 de 1970 de la OIT, sobre el que la Sentencia recuerda que «ha sido firmado por catorce Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos la República Federal de Alemania»<sup>37</sup> —y por supuesto, también España—, e incluso, que la Directiva remite expresamente al mismo («según su sexto considerando, la Directiva 2003/88 ha tenido en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo»)<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Asunto C-214/10.

<sup>32</sup> Inciso primero.

<sup>33</sup> Inciso tercero.

<sup>34</sup> Cfr. marginal 13.

<sup>35</sup> Cfr. marginal 21.

<sup>36</sup> Cfr. Fallo.

<sup>37</sup> Cfr. marginal 4.

<sup>38</sup> Cfr. marginal 42.

9. La segunda resolución es una Sentencia de 8 noviembre 2012<sup>39</sup>. Se refiere a la cuestión prejudicial planteada por cierto tribunal laboral alemán, a propósito de una laguna existente en la Ley federal de vacaciones, pues esta última nada preveía sobre la duración de las mismas en supuestos de trabajo a tiempo parcial (y más concretamente, en los supuestos tan típicamente alemanes de desempleo parcial por causa de crisis)<sup>40</sup>, limitándose a ordenar —en el apartado 1 de su parágrafo 11, sobre retribución de las vacaciones— que «los recortes salariales que se produzcan en el período de cálculo como consecuencia de trabajo con jornada reducida [*Kurzarbeit*], pérdida de horas de trabajo o de ausencias no culpables al trabajo, no se toman en consideración para el cálculo de la retribución de las vacaciones»<sup>41</sup>. Sobre el tema, el Tribunal de Luxemburgo razonó —en la línea propugnada por el tribunal laboral alemán— que la retribución de las vacaciones era una cosa (en consecuencia, sin reducción de ningún tipo), mientras que la duración de las mismas era otra cosa completamente distinta (en consecuencia, con posibilidad de reducción de su duración, proporcional al tiempo trabajado durante el período de cálculo)<sup>42</sup>, concluyendo que las normas aplicables del Derecho comunitario «deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a disposiciones o prácticas nacionales, como un plan social negociado entre una empresa y su comité de empresa, conforme a las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador con reducción del tiempo de trabajo se calcula conforme al principio de *pro rata temporis*»<sup>43</sup>.

## APÉNDICE DOCUMENTAL

LEY DE VACACIONES MÍNIMAS PARA EL TRABAJADOR (LEY FEDERAL DE VACACIONES) [*MINDESTURLAUBSGESETZ FÜR ARBEITNEHMER (BUNDESURLAUBSGESETZ)*] DE 8 ENERO 1963

### Preámbulo

La Cámara Baja ha aprobado con el consentimiento de la Cámara Alta la siguiente Ley:

### Parágrafo 1. Derecho a vacaciones

Todo trabajador tiene derecho a vacaciones pagadas en cada año natural.

<sup>39</sup> Asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11.

<sup>40</sup> Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «El trabajo recortado en Alemania. Una institución defensiva del empleo en tiempos de crisis», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2013), págs. 372 y ss.

<sup>41</sup> Inciso tercero.

<sup>42</sup> Acerca de lo que argumentaba el tribunal laboral proponente, véanse marginales 18 y 19.

<sup>43</sup> Cfr. Fallo.

**Parágrafo 2. Ámbito de aplicación**

Trabajadores a efectos de la Ley son los trabajadores y empleados, así como los ocupados para su formación profesional. También se consideran trabajadores las personas que hay que mirar como personas asimiladas a trabajadores, por causa de su dependencia económica; en el ámbito del trabajo a domicilio se aplica el parágrafo 12.

**Parágrafo 3. Duración de las vacaciones**

(1) Las vacaciones ascienden al menos a 24 días laborables al año.

(2) Se consideran días laborables todos los días naturales que no sean domingos o festivos legales.

**Parágrafo 4. Período de espera**

El derecho completo a vacaciones se adquirirá por primera vez tras seis semanas de existencia de la relación laboral.

**Parágrafo 5. Vacaciones parciales**

(1) El trabajador tiene derecho a la doceava parte de las vacaciones anuales por cada mes completo de existencia de la relación laboral

a) por causa del no transcurso del período de espera, para períodos del año natural en los que no se adquiere en ese año natural derecho completo a vacaciones;

b) cuando causa baja en la relación laboral antes del transcurso del período de espera;

c) cuando causa baja en la relación laboral tras el transcurso del período de espera en la primera mitad del año natural.

(2) Hay que redondear como días completos de vacaciones las fracciones de los días de vacaciones que dan como resultado al menos la mitad de un día.

(3) En el caso del apartado 1, letra c, si el trabajador recibió ya las vacaciones por encima de la cuantía que le corresponde, entonces no puede devolverse la retribución de las vacaciones pagadas por ese concepto.

**Parágrafo 6. Exclusión de derechos duplicados**

(1) No existe el derecho a vacaciones, supuesto que al trabajador ya se le hayan concedido vacaciones por un empresario anterior para el año natural en curso.



(2) El empresario está obligado, en caso de finalización de la relación laboral, a entregar al trabajador un certificado sobre las vacaciones concedidas o liquidadas en el año natural en curso.

**Parágrafo 7. Fecha, aplazamiento y compensación económica de las vacaciones**

(1) En la fijación de la fecha de las vacaciones hay que tener en cuenta los deseos del trabajador sobre las vacaciones, a no ser que a su toma en consideración se opongan intereses empresariales urgentes o los deseos sobre las vacaciones de otros trabajadores que merezcan prioridad bajo puntos de vista sociales. Las vacaciones hay que concederlas cuando el trabajador las exija en conexión con una medida de rehabilitación o precaución médicas.

(2) Las vacaciones hay que concederlas ininterrumpidamente, a no ser que motivos empresariales urgentes o basados en la persona del trabajador hagan necesaria la partición de las vacaciones. Si con estos motivos las vacaciones no pueden concederse ininterrumpidamente, y el trabajador tiene derecho a vacaciones de más de doce días laborables, entonces deben corresponder a una parte de las vacaciones al menos doce días consecutivos.

(3) Las vacaciones deben reconocerse y tomarse en el año natural en curso. El aplazamiento de las vacaciones al siguiente año natural sólo se permite cuando motivos empresariales urgentes o basados en la persona del trabajador justifiquen esto. En caso de aplazamiento, las vacaciones deben ser concedidas y tomadas en los primeros tres meses del siguiente año natural. Sin embargo, a petición del trabajador, hay que aplazar al siguiente año natural la parte correspondiente de las vacaciones a que se refiere el parágrafo 5, apartado 1, letra a.

(4) Si las vacaciones ya no pueden concederse total o parcialmente por causa de la finalización de la relación laboral, entonces hay que compensarlas económicamente.

**Parágrafo 8. Actividad laboral durante las vacaciones**

Durante las vacaciones, el trabajador no puede realizar ninguna actividad laboral contradictoria con la finalidad de las vacaciones.

**Parágrafo 9. Enfermedad durante las vacaciones**

Si el trabajador enferma durante las vacaciones, entonces no se computan en las vacaciones anuales los días de incapacidad laboral probados por certificado médico.

**Parágrafo 10. Medidas de precaución o rehabilitación médicas**

Las medidas de precaución o rehabilitación médicas no deben computarse en las vacaciones, supuesto que exista el derecho al pago continuado del salario a que se refieren las normas legales sobre pago continuado del salario en caso de enfermedad.

**Parágrafo 11. Retribución de las vacaciones**

(1) La retribución de las vacaciones se calcula según el salario promediado que el trabajador ha ganado en las últimas trece semanas antes del comienzo de las vacaciones, con excepción de los salarios complementarios pagados por horas extraordinarias. En caso de incrementos salariales de naturaleza no meramente provisional que se produzcan durante el período de cálculo o de las vacaciones, hay que basarse en el salario incrementado. Los recortes salariales que se produzcan en el período de cálculo como consecuencia de trabajo con jornada reducida, pérdida de horas de trabajo o de ausencias no culpables al trabajo, no se toman en consideración para el cálculo de la retribución de las vacaciones. En relación con el salario consistente en retribuciones en especie que no continúan concediéndose durante las vacaciones, hay que pagarlo adecuadamente en efectivo durante las vacaciones.

(2) La retribución de las vacaciones hay que pagarla antes del comienzo de las vacaciones.

**Parágrafo 12. Vacaciones en el ámbito del trabajo a domicilio**

Para los empleados en el trabajo a domicilio y los equiparables a ellos, a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letras a a c, de la Ley del Trabajo a Domicilio, para los que la regulación de las vacaciones no está expresamente excluida de equiparación, rigen las disposiciones citadas anteriormente con excepción de los parágrafos 4 a 6, 7, apartados 3 y 4, y 11, con las salvedades de las siguientes disposiciones:

1. El trabajador a domicilio (parágrafo 2, apartado 1, letra a, de la Ley del Trabajo a Domicilio) y el equiparable a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letra a, de la Ley del Trabajo a Domicilio, cobran de su dador de servicios o, en caso de que sean empleados por un intermediario, de éste, en caso de derecho a 24 días laborables, una retribución de vacaciones del 9,1 por ciento del salario ganado en el período comprendido entre 1 de mayo y 30 de abril del año siguiente o hasta que finalice la relación laboral, antes del pago de impuestos y cotizaciones de seguridad social sin aumento de costes y sin los pagos a realizar por pérdida salarial de días festivos, por la pérdida de trabajo a consecuencia de enfermedad y por las vacaciones.

2. Si el titular del derecho no estuvo continuadamente empleado en el período de cálculo, entonces sin perjuicio del derecho a la retribución a que se refiere el número 1, sólo necesitan darse tantos días de vacaciones como retribuciones diarias logradas en promedio, como regla general, incluyéndose en ellos la retribución de las vacaciones a que se refiere el número 1.

3. La retribución de las vacaciones de las personas mencionadas en el número 1 debe pagarse únicamente en el último abono salarial anterior al comienzo de las vacaciones.

4. El industrial a domicilio (parágrafo 1, apartado 1, letra b, de la Ley del Trabajo a Domicilio) y el equiparable a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letras b y c, de la Ley del Trabajo a Domicilio, cobran de su dador de servicios o, en caso de que sean empleados por un intermediario, de éste, como retribución propia de vacaciones y para garantizar el derecho a vacaciones de los empleados por ellos, un importe del 9,1 por ciento del salario abonado a los mismos antes del pago de impuestos y cotizaciones de seguridad social sin aumento de costes y sin los pagos a realizar por pérdida salarial de días festivos, por la pérdida de trabajo a consecuencia de enfermedad y por las vacaciones.

5. Los intermediarios que sean equiparables a los trabajadores a domicilio a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, letra d, de la Ley del Trabajo a Domicilio tienen derecho, frente al dador de sus servicios, a los importes probados a pagar por ellos, a que se refieren los números 1 y 4.

6. Los importes a que se refieren los números 1, 4 y 5 hay que identificarlos separadamente en la nómina.

7. Por convenio colectivo puede disponerse que los trabajadores a domicilio (parágrafo 1, apartado 1, letra a, de la Ley del Trabajo a Domicilio), que sólo trabajen para un dador de servicios y que con carácter general sean convencionalmente tratados como trabajadores del centro de trabajo, cobren las vacaciones de acuerdo con las disposiciones generales sobre vacaciones.

8. A los importes previstos en los números 1, 4 y 5 se les aplican por analogía los parágrafos 23 a 25, 27 y 28 de la Ley del Trabajo a Domicilio, y a los importes previstos en los números 1 y 4 con exclusión del parágrafo 21, apartado 2.

### **Parágrafo 13. Inderogabilidad**

(1) Cabe separarse de los preceptos anteriores, con excepción de los parágrafos 1, 2 y 3, apartado 1. Las disposiciones contrarias rigen entre empresarios y trabajadores no vinculados por el convenio colectivo cuando entre ellos se ha acordado la aplicación de la correspondiente regulación convencional sobre vacaciones. En el

resto, a excepción del párrafo 7, apartado 2, inciso 2, no cabe separarse de las disposiciones de esta Ley en perjuicio del trabajador.

(2) En el sector de la construcción o en los demás sectores económicos en los que como, consecuencia de cambios frecuentes del lugar del trabajo a prestar por las empresas, sean habituales con un volumen notable las relaciones laborales de duración inferior a un año, cabe separarse por convenio colectivo de los preceptos anteriores por encima de los límites previstos en el apartado 1, inciso primero, supuesto que esto sea necesario para garantizar las vacaciones anuales conectadas de todos los trabajadores. El apartado 1, inciso 2, se aplica por analogía.

(3) En el ámbito de la Sociedad de Ferrocarriles Alemanes, así como en el de una sociedad excluida en virtud del párrafo 2, apartado 1, y del párrafo 3, apartado 3, de la Ley de Creación de los Ferrocarriles Alemanes de 27 diciembre 1993 (B[oletín] F[ederal] O[ficial] I p. 2378, 2386), y en el ámbito de las empresas accesorias del Correo Federal Alemán, cabe separarse en convenios colectivos de la disposición sobre el año natural como año de las vacaciones (párrafo 1).

#### **Parágrafo 14. Cláusula de Berlín**

Esta Ley se aplica también en el Estado de Berlín, con la salvedad a que se refiere el párrafo 13, apartado 1, de la Tercera Ley de Transición de 4 enero 1952 (Boletín Federal Oficial I p. 1).

#### **Parágrafo 15. Modificación y derogación de Leyes**

(1) Permanecen inmodificadas las disposiciones jurídicas sobre vacaciones de la Ley de Protección del Lugar de Trabajo de 30 marzo 1957 (Boletín Federal Oficial I p. 293), modificada por Ley de 22 marzo 1962 (Boletín Federal Oficial I p. 169), del Libro Noveno del Código de Seguridad Social, de la Ley de Protección del Trabajo de los Jóvenes de 9 agosto 1960 (Boletín Federal Oficial I p. 665), modificada por Ley de 20 julio 1962 (Boletín Federal Oficial I p. 449), y de la Ley del Marinero de 26 julio 1957 (Boletín Federal Oficial II p. 713), modificada por Ley de 25 agosto 1961 (Boletín Federal Oficial II p. 1391).

(2) Con la entrada en vigor de esta Ley quedan sin vigor las normas de los Estados federados sobre vacaciones. Sin embargo, permanecen en vigor las disposiciones de los Estados federados sobre vacaciones para las víctimas del nacional-socialismo y para aquellos trabajadores que estén disminuidos física o mentalmente en su capacidad laboral.

#### **Parágrafo 15a. Disposición transitoria**

Si el trabajador se encuentra en un día posterior al 9 diciembre 1998 y hasta el 1 enero 1999 o, aparte ello, sujeto a una medida de precaución o rehabilitación

médicas, son determinantes para estos períodos los preceptos vigentes desde 1 enero 1999, a no ser que estos sean menos favorables para el trabajador.

**Parágrafo 16. Entrada en vigor**

Esta Ley entra en vigor con efectos de 1 enero 1963.



**EL ARTÍCULO 158(b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS. UN ESTUDIO CONTEXTUALIZADOR Y COMPARADO CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y TRADUCCIÓN CASTELLANA**

*[SECTION 158(b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE. AN IN CONTEXT AND COMPARATIVE STUDY WITH THE EUROPEAN UNION LAW, AND ITS CASTILIAN TRANSLATION]*

**Carlos Javier Núñez Vázquez**

Fecha de recepción: 24 de enero de 2013  
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2013

**Sumario:** I. APROXIMACIÓN FORMAL AL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- II. LA VERSIÓN OFICIOSA CASTELLANA DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- III. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- IV. LOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y PROCESALES DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA COMPARABLE CON EL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS.- A) La regulación de los derechos colectivos de los trabajadores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.- B) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derechos colectivos de los trabajadores.- C) Estudio comparado del Derecho «*ad intra*» de la Unión Europea sobre derechos colectivos de los trabajadores con la regulación del tema en el Derecho federal de los Estados Unidos.- APÉNDICE DOCUMENTAL.

*Contents: I. A FORMAL APPROACH TO SECTION 158 (b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- II. THE UNOFFICIAL CASTILIAN VERSION OF SECTION 158 (b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- III. THE SUBSTANTIVE CONTENTS OF SECTION 158 (b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- IV. THE PROCEDURE AND JUDICIAL ASPECTS OF SECTION 158 (b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- V. THE EUROPEAN UNION LAW COMPARABLE WITH SECTION 158 (b) OF TITLE 29 OF THE UNITED STATES CODE.- A) The ruling of employees' collective rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.- B) The case Law of the Court of Justice of the European Union about the employees' collective rights.- C) A*

*comparative study of the «ad intra» European Union Law about the employees' collective rights with the ruling of the subject in the Federal Law of the United States.- DOCUMENTARY APPENDIX.*

**Resumen:** El artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos regula las prácticas laborales ilícitas de los sindicatos. Es un precepto que se remonta a la promulgación de la Ley Taft-Hartley de 1947. Este trabajo realiza un estudio comparado del contenido de dicho precepto, tomando como punto de referencia el Derecho normativo y judicial de la Unión Europea sobre derechos colectivos de los trabajadores.

***Abstract:** Section 158 (b) of Title 29 of the United States Code rules the unfair labor practices of the unions. It is a norm going back to the enactment of the Taft-Hartley Act of 1947. This paper makes a comparative study of the contents of such norm, taking as a reference point the normative Law and the case Law of the European Union about the employees' collective rights.*

**Palabras clave:** Código de los Estados Unidos – Derecho comparado del Trabajo – Derecho de la Unión Europea – Prácticas laborales ilícitas – Sindicatos

***Keywords:** United States Code – Comparative Labor Law – European Union Law – Unfair labor practices – Unions*

\* \* \*



## I. APROXIMACIÓN FORMAL AL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. El Código de los Estados Unidos (*United States Code*) es una compilación y codificación de las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos, es decir, de toda la legislación federal norteamericana, cuyo origen se remonta a una Ley promulgada por el Congreso en 1926. La edición impresa del Código se publica cada seis años por la Oficina del Asesor de Revisión Legislativa de la Cámara de Representantes, y los suplementos acumulativos se publican anualmente. La versión impresa se prepara y se imprime secuencialmente Título por Título. La impresión de una nueva edición principal no puede iniciarse hasta después de la sesión final del Congreso correspondiente, porque las leyes promulgadas en el final de la sesión pueden afectar a Títulos del Código. Las versiones electrónicas *on-line* se publican anualmente y se producen a partir de la misma base de datos utilizada para preparar las versiones impresas. El Código no incluye las regulaciones emitidas por agencias de poder ejecutivo, las decisiones de los tribunales federales, tratados o leyes promulgadas por los gobiernos estatales o locales. No se pueden hacer cambios en los textos si no es en virtud de una enmienda, con lo que los errores ortográficos, gramaticales y de puntuación del acto originario no se corrigen en la redacción, sino que se les añade una nota para indicar el probable error.

2. El Código de los Estados Unidos se encuentra organizado en Títulos por materias, que se subdividen, a su vez, en subtítulos, capítulos, subcapítulos y artículos (llamados secciones y representados por un §). Los artículos se subdividen a menudo en combinaciones de unidades menores, como los incisos, párrafos, capítulos y apartados. Además de los artículos, el Código incluye las disposiciones legales establecidas en las notas legales<sup>1</sup>, la Constitución, varios conjuntos de reglas de las Cortes federales, y ciertos documentos presidenciales, tales como las órdenes ejecutivas, las determinaciones, avisos y proclamas, que implementen o se relacionan con disposiciones legales contenidas en el propio Código. Este último contiene formalmente cincuenta y un Títulos enormes, los seis primeros Títulos están dedicados a disposiciones generales (esto es, al Congreso, al Presidente, a la Bandera, Escudo y Sede del Gobierno, a los Organismos del Gobierno y sus empleados, y a la Seguridad Nacional). A partir del séptimo Título que corresponde a «Agricultura» se encuentran ordenados alfabéticamente. Podemos destacar el octavo dedicado a extranjería y nacionalidad, el décimo a las

---

<sup>1</sup> Las notas proporcionan información acerca del origen de la sección, la derivación, la historia, referencias, traducciones, la eficacia y la aplicabilidad, la codificación, los términos definidos, las enmiendas posibles, y cuestiones conexas. Las notas legales más comunes son el cambio de nombre, fecha de vigencia, el título corto, Reglamento y diversas notas como conclusiones del Congreso, requisitos de estudio y elaboración de informes.

fuerzas armadas, el décimoquinto a comercio e industria, el decimoctavo a delitos y procedimiento penal, el vigésimo a educación, el vigésimo octavo al poder judicial y procedimiento, el vigésimo noveno a trabajo, el trigésimo primero a dinero y finanzas, el trigésimo segundo a la guardia nacional, el trigésimo noveno al servicio postal, el cuadragésimo segundo a asistencia pública, el cuadragésimo quinto a ferrocarriles y, por último, el Título quincuagésimo primero dedicado a los programas espaciales.

3. El Código de los Estados Unidos está disponible en el portal jurídico público del Gobierno, con acceso gratuito en Internet a través del enlace [www.gpoaccess.gov](http://www.gpoaccess.gov), gestionado por la Oficina de Imprenta del Gobierno (*Government Printing Office*). También es accesible gratuitamente a través del Instituto Jurídico de la Universidad Cornell de Nueva York, de carácter privado aunque plenamente fiable, cuyo enlace es [www.law.cornell.edu/uscode](http://www.law.cornell.edu/uscode)<sup>2</sup>. Proliferan los sitios de pago que actualizan día a día la legislación de que se compone y que son muy utilizados por los juristas norteamericanos; en nuestro caso, tenemos portales de acceso universitario con identificador que tienen convenios con las universidades, como es el caso de V-Lex Global (por ejemplo, acceso con identificador de la UNED), que es un portal jurídico sobre Derecho con contenidos de más de 100 países, disponibles en 13 idiomas, y que incluye jurisprudencia y legislación a texto completo, revistas, etc., con acceso al Derecho español, de la Unión Europea y Derecho internacional, en el que asimismo podemos encontrar el Código de los Estados Unidos. También tenemos acceso al Código a través de la página Web de la Biblioteca de la Universidad de A Coruña, dentro de su biblioteca digital, en la sección bases de datos, a través del portal Westlaw Internacional, al que podemos acceder los miembros de la Universidad de A Coruña sin necesidad de identificador.

4. El artículo 158 se encuentra en el Título 29 dedicado a Trabajo (*Labor*), que cuenta con 31 capítulos, y más en concreto, dentro del capítulo séptimo que regula las relaciones entre el sindicato y la empresa (*Labor Management Relations*). Este capítulo séptimo, a su vez, está dividido en cinco sub-capítulos. El artículo 158 pertenece al subcapítulo II, denominado relaciones nacionales de trabajo (*National Labor Relations*).

5. La Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act*) o Ley Wagner, propuesta por el Senador Robert F. Wagner, fue aprobada en

---

<sup>2</sup> Acerca de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 12–13.

1935. El legislador se dio cuenta de la desigualdad de posición que existía entre los trabajadores por cuenta ajena, que no gozaban de plenas posibilidades de asociarse sindicalmente ni de libertad real de contratación, mientras que los empresarios se encontraban organizados en asociaciones empresariales (fundamentalmente, a sus peculiares efectos mercantiles y de negocios), aparte el hecho de que no existía estabilidad en los salarios y tampoco en las condiciones de trabajo. La Ley se basaba en la prohibición a los empresarios de determinadas prácticas laborales, en el reconocimiento de que el representante elegido por la mayoría de los trabajadores es el único capacitado para contratar en nombre y representación de todos los trabajadores de la empresa, y también, en la creación de un organismo encargado de hacer cumplir las disposiciones de la Ley<sup>3</sup>, denominado Junta Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*). Se limitaban las reacciones de los empresarios contra los trabajadores para crear sindicatos, para declarar y unirse a huelgas, o para realizar actos de defensa de sus derechos en forma concertada.

6. La Ley Wagner fue enmendada posteriormente por la Ley Taft-Hartley, al efecto de disminuir la posibilidad de iniciar huelgas en la industria y en el comercio, si es que afectasen a la Seguridad Nacional, en cuyo caso podían ser limitadas o prohibidas por el Gobierno. La Ley Taft-Hartley, patrocinada por el Senador Robert Taft y por el Congresista Fred A. Hartley, fue aprobada en 1947 por el Congreso de los Estados Unidos. Esta Ley rige las relaciones entre empresarios y trabajadores, define las prácticas sucias de los sindicatos (luego justificaremos el empleo del adjetivo calificativo «sucias»), limita el derecho a la huelga en casos de amplio impacto sobre la economía del país, amplía las opciones de los empresarios para tratar con los sindicatos, y define los derechos de los trabajadores. La Ley Taft-Hartley consta de una breve declaración política, en la que «reconocen bajo la ley que ninguna de las partes tiene derecho en sus relaciones con cualquier otra a realizar actos o prácticas que pongan en peligro la salud, seguridad o intereses públicos», y de cinco Títulos. El primer Título regula las modificaciones o enmiendas de la Ley Nacional de Relaciones de Trabajo. El segundo Título regula los procedimientos de conciliación en los conflictos laborales y la prevención de las huelgas que amenazan la Seguridad Nacional. El tercer Título regula las restricciones de pagos a sindicatos por parte de sus afiliados, las restricciones sobre contribuciones políticas y los boicots. El cuarto Título regula la creación de un comité del Congreso para estudiar o informar sobre los problemas que afecten a las relaciones de trabajo amistosas y a la productividad. Y el quinto Título regula definiciones de determinadas expresiones,

---

<sup>3</sup> Véase, M. ALONSO OLEA, «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de estudios políticos*, núm. 71 (1953), pág. 63.

conteniendo asimismo una disposición de salvedad, relativa a que no se considera huelga el abandono del puesto de trabajo en condiciones anormalmente peligrosas<sup>4</sup>.

7. Para comprender mejor este concreto precepto legal norteamericano que vamos a analizar, resulta preciso tener en cuenta que, la codificación del Derecho positivo es el proceso de elaboración y promulgación, de un Título a la vez, en revisión y actualización de las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos. Este proceso tiene el propósito de eliminar las ambigüedades, contradicciones y otras imperfecciones de la Ley<sup>5</sup>. Si un Título en particular del Código de los Estados Unidos promulgado por el Congreso se convierte en Ley positiva, la promulgación deroga todas las regulaciones anteriores sobre el tema, lo que hace que el Título del Código de los Estados Unidos sea «prueba legal» de la Ley en vigor, ante los Tribunales federales y estatales. Con el proceso de codificación de Derecho positivo se obtiene una serie de beneficios, como la evidencia jurídica (los Títulos de Derecho no positivos del Código de los Estados Unidos son solo indicios aunque muy razonables, de la ley vigente), la mejora de la organización (en los Títulos de Derecho no positivo existen disposiciones que están estrechamente relacionadas por temas y pueden estar dispersas en diferentes lugares del Código, teniendo en cuenta que estas disposiciones pueden haber sido promulgadas hace muchos años y además, que pueden haberse incorporado al Código en diferentes momentos), una mejora de su forma y redacción para lograr un estilo más consistente y fácil de leer, haciendo más preciso el texto legal y obteniendo una simplificación de las citas. El hecho de que el Título 29 no sea Derecho positivo —en el concreto sentido jurídico norteamericano, a que acabamos de hacer referencia— tiene como consecuencia que no se pueda beneficiar de las mejoras obtenidas en este proceso, a que también acabamos de aludir.

8. El subcapítulo II del capítulo 7 del Título 29 del Código, consta de una veintena de artículos. El primero trata de los objetivos, centrándose en la posible negación por parte de los empresarios del derecho de los trabajadores a organizarse, así como a aceptar el procedimiento de la negociación colectiva, lo que podría conducir a las huelgas y a otras formas de conflicto. El artículo 152 define los términos y expresiones del subcapítulo II, que aclaran su significado. Los siguientes artículos tratan de la Junta Nacional de Relaciones Laborales (que es la responsable de la investigación y de la tramitación de los casos sobre prácticas laborales sucias, y de la supervisión general de las oficinas de la Junta, en la

---

<sup>4</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «La configuración de los sindicatos norteamericanos», cit., pág. 79.

<sup>5</sup> Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., pág. 24.

tramitación de los casos), y describen su creación, composición, funcionamiento, los nombramientos tanto de su presidente como de sus miembros, el Consejo General (para prevenir y remediar los actos ilegales denominados prácticas laborales sucias por parte de los empresarios o sindicatos), su forma de renovación y los informes anuales que emiten al Presidente y al Congreso. El artículo 157 trata de los derechos de los trabajadores a auto-organizarse para crear sindicatos, a negociar colectivamente a través de sus representantes y a participar en otras actividades. El artículo 158 describe las prácticas laborales sucias tanto del empresario como de los sindicatos. Los siguientes artículos tratan de los representantes en la negociación colectiva y sus elecciones, de la prevención de las prácticas laborales sucias, entre las que destacamos las competencias de la Junta en cuanto a quejas, notificaciones, testimonios, iniciación de actuaciones judiciales, competencia de los Tribunales y las audiencias sobre huelgas y boicots. Los artículos 161 y 162 tratan de los poderes de la Junta para investigar, de las infracciones y sanciones a cualquier persona que interfiera en el ejercicio de las funciones de la Junta. El artículo 163, en cuanto al derecho a la huelga, dice que «nada en este subcapítulo, salvo lo dispuesto expresamente, se interpretará como una restricción, ya sea para interferir, impedir o disminuir en modo alguno el derecho a la huelga». Los siguientes artículos versan sobre conflictos de leyes, cláusulas de salvedad, certificados de la Junta y trabajadores con convicciones religiosas. Terminamos con el artículo 167, que afirma que este subcapítulo podrá ser citado como la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act*).

9. El artículo 158 describe las prácticas laborales sucias. La expresión legal norteamericana, en lengua inglesa, es «*unfair labor practices*». Es cierto que cabía traducir «*unfair*» como «injusto» o «ilegal». Pero he optado por utilizar el adjetivo calificativo «sucias», no solo porque el inglés norteamericano es mucho más coloquial que el inglés del Reino Unido, sino también por un sentido pragmático, que lleva a traducir comúnmente la expresión «*fair play*» como «juego limpio»<sup>6</sup>. Esto aclarado, el apartado (a) del precepto trata de las prácticas laborales sucias del empresario, prohibiendo todo acto o conducta del empresario que pueda constituir una interferencia, una restricción o una intimidación de sus trabajadores, y que de alguna forma impida el derecho de éstos a sindicarse, a elegir representantes y a contratar a través de los mismos, o a actuar en la negociación colectiva. El apartado (b) trata de las prácticas laborales sucias de los sindicatos, que posteriormente veremos. El apartado (c) recalca que la expresión de opiniones, argumentos o puntos de vista, o su difusión de cualquier manera, no constituirá ni será evidencia de una práctica laboral sucia en el caso que la expresión o difusión no contengan ninguna amenaza de represalia, de fuerza o de promesa de beneficio. El apartado (d) trata del deber de negociación colectiva, tanto del empresario como de los sindicatos. Y los siguientes apartados tratan, en fin, de la obligatoriedad de

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, págs. 135-136.

contratos o acuerdos para boicotear al empresario, y sobre acuerdos colectivos de trabajadores en el sector de la construcción.

10. El artículo 158 (b) está íntimamente relacionado con los términos y expresiones que se definen en el artículo 152, entre los que podemos destacar los términos «persona»<sup>7</sup>, «empresario»<sup>8</sup>, «trabajador»<sup>9</sup>, «representantes»<sup>10</sup>, «sindicato»<sup>11</sup>, y «comercio»<sup>12</sup>, así como otras expresiones cruciales —no solo porque afectan a la competencia del Congreso para promulgar este tipo de preceptos, en detrimento de las competencias legislativas que tienen todos y cada uno de los cincuenta Estados federados norteamericanos, sino también por que impactan frontalmente en el concreto tema que nos hemos propuesto estudiar—, resultando ser cruciales las relativas a «que afecten al comercio»<sup>13</sup> y a «práctica laboral sucia»<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup> Según su apartado (1), «el término “persona” comprende uno o más individuos, sindicatos, sociedades, asociaciones, corporaciones, representantes jurídicos, administradores, administradores en los casos previstos en el título 11, o receptores».

<sup>8</sup> Según su apartado (2), «el término “empresario” comprende a cualquier persona que actúe como agente de un empresario, directa o indirectamente, pero no incluirá a los Estados Unidos o cualquier corporación de completa titularidad del Gobierno, o cualquier banco de la Reserva Federal, o cualquier Estado o subdivisión política del mismo, o cualquier persona sujeta a la Ley de Trabajo Ferroviario (45 USC 151 y ss.), tal y como ha sido modificado periódicamente, o cualquier sindicato (excepto cuando actúa como empresario), o cualquiera que actúe en calidad de funcionario o agente de dicho sindicato».

<sup>9</sup> Según su apartado (3), «el término “trabajador” comprende a cualquier trabajador, y no estará limitado a los trabajadores de un empresario en particular, a menos que este subcapítulo establezca explícitamente lo contrario, y comprenderá a cualquier individuo cuyo trabajo ha cesado como consecuencia de, o en conexión con, cualquier conflicto laboral actual o por causa de cualquier práctica laboral sucia, y quien no ha obtenido ningún otro trabajo regular y sustancialmente equivalente, pero no incluirá cualquier individuo empleado como trabajador agrícola, o en el servicio doméstico de cualquier familia o persona en su hogar, o cualquier individuo empleado por sus padres o cónyuge, o cualquier individuo que tenga la condición de trabajador autónomo, o cualquier individuo empleado como supervisor, o cualquier individuo empleado por un empresario sujeto la Ley de Trabajo Ferroviario (45 USC 151 y ss.), tal y como ha sido modificado periódicamente, o por cualquier otra persona que no sea un empresario tal y como se define aquí».

<sup>10</sup> Según su apartado (4), «el término “representantes” comprende a cualquier individuo o sindicato».

<sup>11</sup> Según su apartado (5), «el término “sindicato” significa toda organización de cualquier tipo, o cualquier agencia, o comité o plan de representación de los trabajadores, en el cual participan los trabajadores, y que existe con el propósito, en todo o en parte, de tratar con los empresarios sobre reclamaciones, conflictos laborales, salarios, tarifas de pago, la jornada de trabajo o condiciones de trabajo».

<sup>12</sup> Según su apartado (6), «el término “comercio” significa profesión, tráfico, comercio, transporte, o comunicación entre los diferentes Estados, o entre el Distrito de Columbia o cualquier territorio de los Estados Unidos, y cualquier Estado u otro territorio, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado, Territorio, o el Distrito de Columbia, o en el Distrito de Columbia o cualquier Territorio, o entre puntos del mismo Estado pero a través de cualquier otro Estado o de cualquier Territorio o el Distrito de Columbia o cualquier país extranjero».

<sup>13</sup> Según su apartado (7), «la expresión “que afecten el comercio” significa en el comercio, o sobrecargar u obstaculizar el comercio o el libre flujo de comercio, o haber conducido o tender a

## II. LA VERSIÓN OFICIOSA CASTELLANA DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

11. Como es lógico, el texto oficial del Código de los Estados Unidos se encuentra en su idioma originario, en inglés; por ello, hay que proceder a efectuar una traducción lo más ajustada posible del mismo, y que tenga, además, pleno significado jurídico. Al respecto, hay que tener en cuenta que «los términos jurídicos deben traducirse de un lenguaje jurídico a otro lenguaje jurídico»<sup>15</sup>. Una traducción literal no suele conllevar todos los significados o matices que el vocablo originario tiene en su ámbito legal, por lo que hay que proceder a utilizar el equivalente apropiado que más se le parezca, y que dé sentido a la frase en cuestión<sup>16</sup>. Se necesita conocer los términos jurídicos en el ámbito del Derecho del Trabajo, para analizar el significado de los conceptos a traducir dentro del sistema jurídico originario, y luego, buscar un concepto equivalente en español que dé sentido a la traducción de las frases propuestas. Bien es cierto que en las páginas oficiales del Gobierno norteamericano (<http://www.nlr.gov/español>) es posible encontrar una traducción en castellano del precepto que nos interesa, pero nos encontramos con el problema de que este tipo de traducciones está condicionado por el aumento de la población hispana en los Estados Unidos, de 15,2 millones entre 2000 y 2010, sobre un total de 50,5 millones de habitantes de origen hispano o latino, que son inmigrantes, y que tienen en general grandes dificultades para conocer bien el inglés, como idioma de uso cotidiano o corriente. A este respecto, una encuesta de la Oficina federal del Censo sobre población hispana en 2010 dice lo siguiente: «de acuerdo con el Censo del 2010, 308,7 millones de personas residen en los Estados Unidos en 01 de abril de 2010, de los cuales 50,5 millones (el 16%) eran de origen hispano o de origen latino»<sup>17</sup>. El texto ofrecido por la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo de los Estados Unidos es el «Texto de la Ley de Relaciones Obrero-Patronales, de 1947, según fue enmendada por las Leyes Públicas 86-257, 1959, y 93- 360, 1974», en versión PDF, donde se ofrece,

---

conducir a un conflicto laboral que sobrecargue u obstaculice el comercio o el libre flujo del comercio».

<sup>14</sup> Según su apartado (8), «la expresión "práctica laboral sucia" significa cualquier práctica laboral sucia listada en el artículo 158 de este título».

<sup>15</sup> Véase, AA.VV., *Diccionario bilingüe de términos legales Inglés/Español – Español/Inglés*, 5ª ed., Comares (Granada, 2008), pág. XIX.

<sup>16</sup> Véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 23 y ss.

<sup>17</sup> Oficina del Censo de los Estados Unidos, «The Hispanic Population: 2010», donde se afirma que «According to the 2010 Census, 308.7 million people resided in the United States on April 1, 2010, of which 50.5 million (or 16 percent) were of Hispanic or Latino origin». Este documento puede localizarse en <http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-04.pdf> (disponible en Internet el 3 de Mayo de 2012).

además, una guía de la Ley y de sus procedimientos administrativos básicos, asimismo en castellano.

12. Esta traducción oficiosa de nuestro precepto es una traducción plagada de «americanismos», esto es, de palabras de uso corriente en Hispanoamérica pero que en España no se usan; por tanto, vocablos, giros gramaticales o rasgos semánticos que nuestro ordenamiento jurídico no utiliza. Esas diferencias, en parte, se deben a la lejanía respecto del otro lado del Atlántico, y a la proveniencia de los destinatarios de dicha traducción, ya que la gran mayoría de los inmigrantes hispanos en Estados Unidos son mejicanos, cubanos y centroamericanos. El ejemplo más significativo de este uso diferente del lenguaje jurídico-laboral, lo singulariza bastante bien el término «patrón» o «patrono», que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida en el sentido utilizado en la traducción, dado que en España se utiliza el término «empresario». Así, según el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores de 1995, empresarios son todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes, que reciben la prestación de servicios de los trabajadores, que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, que es precisamente el «empresario». Para nosotros, la traducción resultará mucho más fácil de comprender, si los términos y expresiones son traducidos y adaptados al lenguaje jurídico utilizado por nuestro ordenamiento jurídico-laboral, pues así los relacionaremos con más facilidad y podremos entender mejor el sentido de las frases implicadas, sin que nada en las mismas pueda resultar sorprendente o extraño. En esta línea, cabe resaltar igualmente que en la traducción oficiosa de la Junta Nacional de Relaciones Laborales de Estados Unidos, en vez del término «sindicato», se utiliza la expresión «organización obrera»; y en vez de expresiones como «hacer piquetes» o «participar en una huelga», se habla de «piquetear» o «levantarse en huelga», expresiones estas últimas que resultarían sorprendentes y chocantes para un lector acostumbrado a manejar las fuentes jurídico-laborales españolas.

13. Una vez depurada de «americanismos» jurídico-laborales, la traducción oficiosa a que acabamos de hacer referencia necesitaba ser completamente rehecha, de acuerdo con unas pautas metodológicas muy precisas, que tomo como modelo, al efecto de proceder a traducir textos jurídicos-laborales alemanes al castellano<sup>18</sup>. La primera de estas pautas metodológicas se refería a la necesidad de respetar estrictamente la versión literal vernácula del artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, con la finalidad de evitar hacer bueno en nuestro trabajo de traducción el muy conocido aforismo italiano, relativo

---

<sup>18</sup> Al respecto, véase U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., págs. 23 y ss.



a que todo traductor es un traidor («*traduttore traditore*»). La segunda precisión metodológica se refería —sobre la base de respeto estricto a la literalidad del texto traducido— a la necesidad de evitar que nuestra traducción de dicha norma resultase «metálica», esto es, que resultase materialmente ininteligible, aun siendo formalmente correcta. La tercera precisión metodológica se refiere a la necesidad de echar mano —siempre como excepción— de la traducción «artística», alejándonos un poco de la traducción literal, cuando no queda más remedio que evitar o sortear la que acabamos de denominar traducción «metálica». Pues bien, el resultado de aplicar estas pautas metodológicas consta en el anexo de este trabajo donde hemos incluido nuestra traducción del artículo 158 (b) del título 29 del Código de los Estados Unidos, que es el precepto sobre el que pretendemos trabajar a continuación, desvelando cuáles son los aspectos sustantivos y procedimentales más relevantes del mismo, desde un punto de vista comparativo europeo y español.

### III. EL CONTENIDO SUSTANTIVO DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

14. El artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos está dividido en siete apartados correlativos, ordenados por números arábigos entre paréntesis, que van del (1) al (7). El apartado (1) constituye algo así como la infraestructura de la libertad sindical en el Derecho federal norteamericano, en cuanto que contemplada desde la perspectiva de los concretos trabajadores (que tienen su libertad negativa de afiliación sindical, esto es, el derecho de no afiliarse a ningún sindicato) y, también, desde la perspectiva del empresario (que tiene derecho a nombrar con toda libertad sus propios representantes, a los efectos de negociar y administrar convenios colectivos con el sindicato representante de sus trabajadores, teniendo en cuenta que la administración del convenio colectivo se realiza usualmente, en los Estados Unidos, por medio de la solución de las reclamaciones de los trabajadores suscitadas por la interpretación y aplicación de un convenio colectivo). Sobre esta base, el apartado en cuestión afirma literalmente lo siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes:

(1) Impedir o coaccionar

(A) A los trabajadores en el ejercicio de los derechos garantizados en el artículo 157 de este título. Se aclara que este párrafo no perjudicará el derecho del sindicato a dictar sus propias reglas en relación con la adquisición o mantenimiento de la afiliación al mismo; o

(B) Al empresario en la selección de sus representantes a los efectos de la negociación colectiva o de la solución de reclamaciones».

15. Una vez manejada la base de datos *Westlaw Internacional*, a la que está suscrita la Universidad de A Coruña, hemos podido comprobar que se trata de un precepto muy citado por la jurisprudencia federal norteamericana, especialmente a nivel de Cortes de Circuito, que son los Tribunales federales de apelación (y en consecuencia, de segunda instancia)<sup>19</sup>. Entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aparentemente un caso muy relevante sobre la letra (A) de este apartado del precepto es *Motor Coach Employees v. Lockridge* (1971)<sup>20</sup>, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos no actuó unánimemente, pues formuló un voto particular uno de los nueve jueces que la integran. Este caso viene a ser un esclarecimiento de la letra de dicho apartado, a la luz de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho Sindical, especialmente, sobre el caso *Garmon*. Sobre la letra (B) del propio apartado del precepto, el caso aparentemente más relevante es *NLRB v. Electrical Workers* (1987)<sup>21</sup>.

16. En mi opinión, este concreto apartado (1) del artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos hay que ponerlo en relación con dos concretos preceptos de nuestra Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical. De un lado, la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de la misma, a cuyo tenor «la libertad sindical comprende», entre otras cosas, «el derecho del trabajador a afiliarse al sindicato de su elección con la sola condición de observar los estatutos el mismo o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato»<sup>22</sup>. De otro lado, su disposición derogatoria única, según la cual «quedan derogados la Ley 19/1977, de 1 de abril, y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, en todo cuanto se oponga a la presente Ley, permaneciendo vigente la regulación que contienen dichas normas referidas a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el artículo 28.1º, de la Constitución española y de los convenios internacionales suscritos por España»<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 86 y ss.

<sup>20</sup> Su referencia oficial es 403 US 274.

<sup>21</sup> Su referencia oficial es 441 US 573.

<sup>22</sup> Sobre este precepto, véase F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *La Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley (Madrid, 2010), págs. 73 y ss.

<sup>23</sup> Véase F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *La Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 971 y ss.

17. Prosiguiendo con el tenor literal del artículo 158 (b) del título 29 del Código de los Estados Unidos, el apartado inmediatamente subsiguiente al que acabamos de tratar es el (2), que se refiere a la prohibición de discriminación empresarial del trabajador individual por motivos sindicales. Este en concreto apartado afirma literalmente lo siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(2) Provocar o intentar provocar que el empresario discrimine al trabajador con incumplimiento del sub-apartado (a)(3) de este artículo, o discrimine al trabajador respecto al cual su afiliación a dicho sindicato fue denegada o concluida por algún motivo distinto de su negativa a pagar las cuotas periódicas y los gastos de ingreso uniformemente exigidos como condición para adquirir o mantener la afiliación».

18. De acuerdo con la citada base de datos *Westlaw Internacional*, no parece haber un caso especialmente relevante de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en relación con este concreto apartado (2) del precepto. En lo tocante al Derecho español, pensamos que resulta equivalente del mismo, de un lado, el artículo 12 de la citada Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985, a cuyo tenor «serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales»<sup>24</sup>; y de otro lado, el artículo 15 de la propia Ley Orgánica, según el cual «si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará el cese inmediato del comportamiento antisindical, así como la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas»<sup>25</sup>.

19. Prosiguiendo con el tenor del precepto norteamericano, el apartado (3) del mismo se refiere al deber crucial de negociar colectivamente de buena fe el sindicato, en cuanto que representante de los trabajadores, con el empresario que da empleo a los mismos. Se trata de un deber estructural, sin cuya existencia se derrumbaría todo el Derecho norteamericano de la negociación colectiva. De acuerdo con la traducción que hemos efectuado, este concreto apartado afirma lo siguiente:

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, págs. 667 y ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 857 y ss.

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(3) Negarse a negociar colectivamente con el empresario, siempre y cuando sea el representante de sus trabajadores sujeto a lo dispuesto en el artículo 159(a) de este título».

20. Sin ningún género de dudas al respecto, el caso más importante de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre este concreto apartado del precepto es *Vaca v. Sipes* (1967)<sup>26</sup>, que se refiere no solo a una teorización muy interesante sobre el deber de negociar colectivamente, en sentido amplio, sino también sobre el deber de administrar el convenio colectivo de que se trate —en cuanto que subespecie del deber de negociar de buena fe—, que tiene el sindicato en relación con los trabajadores a quienes representa, frente al empresario. En mi opinión, el equivalente español de este concreto precepto norteamericano, aparece contenido en la letra d) del apartado 2 del artículo 2 de la citada Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985, allí donde afirma que «las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a», entre otras cosas, «el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes»<sup>27</sup>.

21. El apartado (4) del artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos es una norma de una muy considerable extensión. Se trata de lo que en España denominaríamos acciones colectivas laborales de carácter secundario, en sentido amplio, incluyendo no solo el boicot. De acuerdo con la traducción castellana que hemos efectuado del mismo, su tenor literal es el siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(4) (i) Comprometer, o inducir o estimular a que cualquier persona empleada por una persona que participe en el comercio o en una industria que afecte al comercio, participe en una huelga o negativa en el curso de su empleo a usar, manufacturar, procesar, transportar, o manejar o trabajar de cualquier otro modo sobre cualesquiera bienes, artículos, materiales, o materias primas, o a llevar a cabo cualesquiera servicios; o

---

<sup>26</sup> Su referencia oficial es 386 US 171.

<sup>27</sup> Véase F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *La Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 74 y ss.

(ii) Amenazar, coaccionar o restringir a cualquier persona que participe en el comercio o en una industria que afecte al comercio, cuando en ambos casos el objeto de aquello es:

A) Forzar o exigir al empresario o al trabajador autónomo que se una a un sindicato o asociación empresarial o que celebre un acuerdo que esté prohibido por el sub-apartado (e) de este artículo;

(B) Forzar o exigir a una persona a que cese de usar, vender, manejar, transportar o tratar de otro modo con los productos de cualquier otro productor, procesador o manufacturador, o que cese de hacer negocios con cualquier otra persona, o forzar o exigir a cualquier otro empresario que reconozca o negocie con un sindicato en cuanto que representante de sus trabajadores, salvo que dicho sindicato haya sido certificado como representante de dichos trabajadores al amparo de las disposiciones del artículo 159 de este Título. Se aclara, que nada contenido en esta cláusula (B) se interpretará para hacer ilícita, si no es ilícita de otro modo, una huelga primaria o un piquete primario;

(C) Forzar o exigir al empresario que reconozca o negocie con un sindicato concreto como representante de sus trabajadores si otro sindicato ha sido certificado como representante de dichos trabajadores al amparo de las disposiciones del artículo 159 de este Título;

(D) Forzar o exigir al empresario que asigne un trabajo concreto a los trabajadores de un sindicato concreto o de una profesión, oficio o clase concretos en vez de a los trabajadores de otro sindicato o de profesión, oficio o clase, salvo que dicho empresario se niegue a cumplir una orden o certificación de la Oficina determinando el representante negociador de los trabajadores para realizar dicho trabajo. Se aclara, que nada de lo contenido en este sub-apartado se interpretará para hacer ilícita la negativa de una persona a entrar en las instalaciones de un empresario (distinto de su propio empresario), si los trabajadores de dicho empresario participan en una huelga ratificada o aprobada por el representante de dichos trabajadores a quien dicho empresario se le obliga a reconocer al amparo de este sub-apartado. Se aclara, además, que a los efectos de este apartado (4) sólo, nada de lo contenido en dicho apartado se interpretará para prohibir la publicidad, distinta de los piquetes, a los efectos de advertir verazmente al público, incluidos los consumidores y afiliados a un sindicato, de que el producto o productos son producidos por un empresario con el que el sindicato tiene un conflicto primario y son distribuidos por otro empresario, siempre y cuando dicha publicidad no tenga el efecto de inducir a ningún trabajador individual de una persona distinta del empresario primario, en el curso de su empleo, a negarse a recoger, entregar o transportar cualquier tipo de bienes, o no llevar a cabo cualquier tipo de servicios, en el centro de trabajo del empresario participante en dicha distribución».

22. De acuerdo con la base de datos *Westlaw Internacional*, es un precepto que viene provocando una extraordinaria litigiosidad, desde que se promulgó en el año 1947. En efecto, se cuentan por centenares las decisiones de las Cortes federales de Distrito y de las Cortes federales de Circuito relativas a la interpretación y aplicación del tenor del mismo. Lógicamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación sobre esta norma es siempre menos abundante. Sobre esta última, el caso aparentemente más citado es *National Woodwork Manufacturers Association v. NLRB* (1967)<sup>28</sup>. En él, se consideró que constituía práctica laboral sucia del sindicato recurrente obligar a un empresario a dejar de utilizar los productos fabricados por otro empresario distinto, en relación con un proyecto de construcción de viviendas que tenía que realizarse en la ciudad norteamericana de Filadelfia. En nuestra opinión, el precepto español equivalente de esta concreta norma norteamericana es la letra b del artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, allí donde afirma que «la huelga es ilegal», entre otros supuestos, «cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte directamente al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan», pero teniendo en cuenta que el adverbio «directamente» fue declarado contrario al apartado 2 del artículo 28 de nuestra Constitución por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 abril<sup>29</sup>.

23. Por su parte, el apartado (5) del artículo 158(b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos trata de los llamados «pactos de seguridad sindical», que pueden ser lícitos en los Estados Unidos, aunque con sujeción a ciertos límites, que son precisamente los límites que trata este concreto apartado, en el cual se afirma lo siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(5) Exigir a los trabajadores cubiertos por un acuerdo autorizado al amparo del sub-apartado (a)(3) de este artículo el pago, como condición precedente para convertirse en afiliado de dicho sindicato, de una cantidad en cuantía que la Junta considere excesiva o discriminatoria teniendo en cuenta todas las circunstancias. Al realizar dicha constatación, la Junta deberá considerar, entre otros factores relevantes, las prácticas y costumbres de los sindicatos en el sector concreto, y los salarios actualmente pagados a los trabajadores afectados».

24. Acerca de este concreto precepto, no nos cabe ninguna duda de que el caso más importante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados

<sup>28</sup> Su referencia oficial es 386 US 612.

<sup>29</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 461 y ss.

Unidos es *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.* (1949)<sup>30</sup>, pues así aparece reseñado como tal en una importante monografía sobre los casos más decisivos de dicha Corte<sup>31</sup>. Lógicamente, en España no puede existir nada similar —lo mismo ocurre en el resto de Europa—, pues los «pactos de seguridad sindical» se consideran un atentado a la vertiente negativa de la libertad sindical, esto es, un atentado al derecho de no afiliarse a ningún sindicato. El único posible paralelo que hemos encontrado en el ordenamiento laboral español está constituido por el artículo 11 de la citada Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985<sup>32</sup>, allí donde afirma que «en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas por las que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación atiendan económicamente la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora, fijando un canon económico y regulando las modalidades de su abono. En todo caso, se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva»<sup>33</sup>, teniendo en cuenta que «el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste»<sup>34</sup>.

**25.** En cuanto al apartado (6) del artículo 158(b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos, se trata de un precepto —como veremos— asimismo carente de todo tipo de paralelismo en el Derecho español, pues se refiere a una conducta ilícita en los Estados Unidos, pero que en España se considera de una legalidad irreprochable. El apartado en cuestión afirma lo siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(6) Causar o intentar causar que un empresario pague o entregue o acuerde pagar o entregar dinero o cualquier otra cosa de valor, con la naturaleza de una exacción, por servicios que no se han realizado o que tienen que realizarse».

**26.** Aparentemente, el precedente judicial decisivo sobre la norma, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es el viejo y clásico caso *NLRB v. Gamble Enterprises* (1953)<sup>35</sup>. Como anticipábamos, este tipo de conducta se encuentra plenamente legalizada en España, dado que el artículo 68 del

<sup>30</sup> Su referencia oficial es 335 US 525.

<sup>31</sup> Al respecto, véase G. HARTMAN, R.M. MERSKY y C.L. TATE, *Landmark Supreme Court Cases. The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Cherkmark Books (New York, 2007), págs. 267 y ss.

<sup>32</sup> Sobre él, véase F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Director), *La Ley Orgánica de Libertad Sindical. Comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 601 y ss.

<sup>33</sup> Apartado 1.

<sup>34</sup> Apartado 2.

<sup>35</sup> Su referencia oficial es 345 US 117.

Estatuto de los Trabajadores admite la existencia de los llamados «liberados sindicales» al afirmar que «podrá pactarse en el convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y , en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración»<sup>36</sup>.

27. En fin, el apartado (7) y último del artículo 158 (b) del Título 29 del Código de los Estados Unidos trata del asunto de los «piquetes», que se considera allí un tema íntimamente vinculado al ejercicio lícito del derecho de huelga. El tenor del precepto, bastante largo, afirma todo lo siguiente:

«158 (b) Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes: ...

(7) Hacer piquetes o causar que se hagan piquetes, o amenazar con hacer piquetes o que se hagan piquetes, a un empresario cuando el objeto de ello es forzar o exigir que el empresario reconozca o negocie con un sindicato como representante de sus trabajadores, o forzar o exigir a los trabajadores de un empresario a aceptar o elegir al sindicato como su representante en la negociación colectiva, a menos que dicho sindicato esté actualmente certificado como representante de dichos trabajadores:

(A) Cuando el empresario ha reconocido lícitamente, de conformidad con este subcapítulo, a cualquier otro sindicato y una cuestión relativa a la representación no puede ser adecuadamente planteada al amparo del artículo 159 (c) de este Título,

(B) Cuando en los doce meses precedentes se ha llevado a cabo una elección válida al amparo del artículo 159 (c) de este Título, o

(C) Cuando dichos piquetes se han llevado a cabo sin una petición al amparo del artículo 159 (c) de este Título, que haya sido registrada en un período razonable de tiempo que no exceda de treinta días desde el inicio de dichos piquetes. Se aclara, que cuando dicha clase petición haya sido registrada, la oficina inmediatamente, sin tener las disposiciones del artículo 159 (c)(1) de este Título o la ausencia de prueba de un interés sustancial por parte del sindicato, llevará a cabo la elección en dicha unidad que la Oficina considere que es apropiada, y certificará los resultados de la misma. Se aclara, además, que nada en este subapartado (C) se interpretará para prohibir los piquetes o cualquier otra publicidad con el propósito de advertir verazmente al público (incluidos los consumidores) que el empresario no emplea afiliados de un sindicato, o ha contratado con él, a menos que el efecto

---

<sup>36</sup> Letra e), párrafo último. Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., cit., págs. 375-376.



de dichos piquetes sea inducir a cualquier persona empleada por otra persona en el curso de su empleo, que no recoja, entregue o transporte cualesquiera bienes o no lleve a cabo cualesquiera servicios.

Nada en este apartado (7) se interpretará para permitir un acto que de otro modo sería práctica laboral sucia al amparo de este sub-apartado».

28. En relación con el tema, el caso más decisivo y más citado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es *NLRB v. Fruit and Vegetable Packers and Warehousemen, Local 760, [Tree Fruits]* (1964)<sup>37</sup>. En España, acerca del mismo asunto se habla de «nuestra simplificada y anticuada legislación vigente en materia de piquetes— que autoriza escuetamente los informativos (“los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma”) y criminaliza, en el otro extremo, los coactivos—, permitiendo de hecho la realidad tan frecuente e intermedia de los que cabe denominar piquetes “convencitivos”, cuya actuación (orientada incluso a movilizar a comerciantes y otros empresarios, para que cierren sus negocios y empresas en solidaridad con la huelga) no puede jurídicamente imputarse a los sindicatos convocantes de la misma, dada la regla general de que “el sindicato no responderá por pactos individuales de sus afiliados”»<sup>38</sup>.

#### IV. LOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y PROCESALES DEL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

29. Desde un punto de vista procedimental, el organismo clave —a nuestros concretos efectos— es la Junta Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board* o, en acrónimo, NLRB), que fue creada por la Ley Wagner de 1935 para prevenir y remediar las prácticas laborales sucias, y que obtiene su autoridad del Congreso mediante la propia Ley Wagner, para regir las relaciones entre trabajadores y empresarios sobre todo en el sector privado. Con la ley Wagner, la Junta tenía tres miembros y con la Ley Taft-Hartley de 1947 pasó a tener cinco miembros, nombrados por el Presidente de los Estados Unidos con el consejo y consentimiento del Senado<sup>39</sup>. Tiene la capacidad de crear delegaciones regionales o locales. La oficina principal de la Junta se encuentra en el Distrito de Columbia, y sus miembros pueden reunirse y ejercer sus poderes en cualquier otro lugar de los Estados Unidos<sup>40</sup>. Sus funciones principales son evitar, prevenir y

<sup>37</sup> Referencia 377 US 58.

<sup>38</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2012), pág. 198.

<sup>39</sup> Véase artículo 153(a) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>40</sup> Véase artículo 155 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

reprimir las prácticas laborales sucias tanto de los empresarios como de los sindicatos, y determinar quiénes son los representantes de los trabajadores en caso de conflicto. Para el caso de designación de representantes para la negociación colectiva, la Junta celebra una votación secreta de los trabajadores para determinar cuál es el sindicato más representativo, y aceptar al sindicato mayoritario<sup>41</sup>.

**30.** Actualmente, el mandato de los miembros de la Junta es de cinco años, que pueden ser renovables, y los miembros no pueden dedicarse a otros negocios o empleos. Uno de los miembros es designado como presidente de la Junta, y cualquiera de ellos puede ser sustituido por negligencia en el cumplimiento de su deber o mala conducta en el desempeño de su cargo, pero no por ninguna otra causa. Para el ejercicio de sus funciones y ejercer todos los poderes de la Junta, se necesitan tres miembros para poder tener quórum.

**31.** La Junta tiene un Asesor Jurídico General, que también es nombrado por el Presidente, y la duración de su cargo es de cuatro años<sup>42</sup>. El Asesor tiene a su cargo la supervisión general de todos los abogados empleados por la Junta (excepto los oficiales examinadores y los auxiliares judiciales de los miembros de la Junta) y de los funcionarios y empleados de las oficinas regionales. El Asesor tiene autoridad suprema respecto a la investigación de cargos y exposición de demandas en la prevención de prácticas laborales sucias. La Junta puede nombrar al secretario ejecutivo, los abogados, los oficiales examinadores, los directores regionales y demás empleados necesarios para el desempeño de sus funciones.

**32.** En el texto de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, se establece el procedimiento para que los afectados por las prácticas laborales sucias puedan presentar denuncias o quejas<sup>43</sup>. Las conductas ilegales, así como las prácticas laborales sucias no están permitidas por la Junta Nacional de Relaciones Laborales. La institución no actúa por iniciativa propia en ningún caso, sino que se limita a tramitar las acusaciones de prácticas laborales sucias y las peticiones de elecciones presentadas por los empleados a la Junta. Los trabajadores afectados pueden y deben solicitar asistencia en la oficina regional de la Junta más cercana. Cuando un trabajador cree que sus derechos o los derechos de otros trabajadores han sido violados, debe ponerse en contacto con la Junta (ante cualquiera de sus 51 oficinas regionales, subregionales o locales) lo antes posible para proteger sus derechos, en un plazo no superior a los seis meses después de haber tenido lugar la acción o conducta ilegal o sucia no permitida, y poner una denuncia. Cualquier persona

---

<sup>41</sup> Véase M. ALONSO OLEA, «La configuración de los sindicatos norteamericanos», cit., págs. 72-74.

<sup>42</sup> Véase artículo 153 (d) del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>43</sup> Véase artículo 160 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

puede presentar la denuncia, no teniendo por qué ser precisamente el trabajador afectado. Se puede solicitar información sobre posibles infracciones sin que se dé cuenta al empresario o a cualquier otra persona al respecto. La Junta solicita al denunciado que conteste a la denuncia, citándole para una comparecencia, en la que aportará documentación y testigos. En esa comparecencia, se presentarán las pruebas tanto por el denunciado como por el denunciante. En vista de las actuaciones e investigaciones, la Junta puede declarar infundada la denuncia o, por el contrario, dictar una orden exigiendo al denunciado que desista de las prácticas laborales sucias e, incluso, puede determinar que el trabajador despedido sea readmitido, y que se le paguen los salarios no percibidos. Si la orden no se obedece, la Junta acudirá a las Cortes federales de Derecho común para pedir su ejecución. Estas Cortes reexaminarán el caso para determinar si procede o no la ejecución, teniendo en cuenta que ante las Cortes no se pueden utilizar argumentos nuevos, y que los hechos declarados y probados por la Junta no pueden ser pasados por alto si están apoyados en pruebas aportadas razonables<sup>44</sup>.

33. El procedimiento para casos de seguridad nacional también está regulado por Ley Nacional de Relaciones Laborales, y busca la solución de conflictos de manera pacífica. Cuando el Presidente de los Estados Unidos considere que una huelga o cierre patronal amenace a toda una industria, o a una parte sustancial de la misma, si dedicada al tráfico, comercio, transportes o comunicaciones entre diversos Estados o con países extranjeros, afectando o poniendo en peligro la «salud o seguridad nacional», nombrará una Junta de investigación<sup>45</sup>. La Junta analizará y evaluará los conflictos y las disputas producidas. Además, emitirá un informe, con una exposición de hechos y una declaración de las partes implicadas, pero sin emitir ninguna recomendación. El Presidente hará público el informe, y puede ordenar al Procurador General solicitar en cualquier Corte de Distrito de los Estados Unidos que tenga jurisdicción sobre las partes, que prohíba dicha huelga o cierre, o su continuación. Si la Corte encuentra probados los motivos de seguridad nacional, puede prohibir la huelga o cierre, y emitir otras órdenes apropiadas. Esta orden admite apelación ante la Corte federal de Circuito competente, y luego, en su caso, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la utilización del recurso de *cerciorati* (de algún modo equivalente a la casación europea)<sup>46</sup>. Las partes en disputa tienen el deber de hacer todos los esfuerzos posibles para arreglar y terminar con sus diferencias, con la

---

<sup>44</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 86 y ss.

<sup>45</sup> Véase Título II de la Ley Taft-Hartley de 1947.

<sup>46</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., pág. 88.

ayuda del Servicio de Mediación y Conciliación<sup>47</sup>. En el plazo de sesenta días (si la disputa no se ha arreglado), la Junta de investigación informará al Presidente sobre la posición de las partes y los esfuerzos para llegar a un acuerdo. Entonces, la Junta Nacional de Relaciones Laborales en los quince días siguientes celebrará una votación secreta entre trabajadores y empresarios implicados en el conflicto, acerca de si aceptan la última oferta del empresario. La Junta certificará los resultados de la votación, y si se llega a un acuerdo, el Procurador General solicitará a la Corte que archive el procedimiento<sup>48</sup>. En fin, el Presidente presentará al Congreso un informe completo sobre el procedimiento, que incluirá las conclusiones de la Junta de investigación y la votación celebrada, junto con las recomendaciones para hacer un estudio y tomar las acciones que se consideren pertinentes.

## V. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA COMPARABLE CON EL ARTÍCULO 158 (b) DEL TÍTULO 29 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS

A) La regulación de los derechos colectivos de los trabajadores en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

34. Como es sabido, en el Consejo Europeo de Colonia de 1999<sup>49</sup>, se dictaminó todo lo siguiente: «el Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado y configurado, con su jurisprudencia, la obligación de la Unión de velar por los derechos fundamentales. La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Lógicamente, con esta base jurídica tan rotunda se dio el primer paso para la redacción y elaboración de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ese mismo Consejo, se añadió igualmente que la Carta debía de incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Pues bien, el 7 diciembre 2000 el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo proclamaron solemnemente el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales, aunque carente entonces de efectos vinculantes. Posteriormente, en el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, la Carta de los Derechos Fundamentales aparecía recogida como parte

<sup>47</sup> Véase subcapítulo III, artículos 171-183, del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>48</sup> Véase artículo 176 del Título 29 del Código de los Estados Unidos.

<sup>49</sup> Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999. ANEXO IV – Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la UE, conclusiones a la presidencia.

integrante del Tratado, en su parte II, pero este Tratado no llegó a ser ratificado<sup>50</sup>. En el año 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales fue recogida en el Tratado de Lisboa como anexo, afirmando el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta [...] la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», y añadiéndose que las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. En cuanto al Protocolo núm. 30 del Tratado de Lisboa sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, en su artículo 1.2 se afirma que «nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». Y la declaración de la República Checa, en el apartado 53, dentro de las declaraciones anejas al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, afirma que «la República Checa subraya que las disposiciones de la Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión y no cuando adopten y apliquen el Derecho nacional independientemente del Derecho de la Unión». El contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consta de un Preámbulo y de 54 artículos, que quedan desglosados en siete capítulos que se estructuran con las rubricas de Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia, junto con un capítulo dedicado a las disposiciones generales. Los derechos sociales están recogidos en el capítulo cuarto dedicado a la Solidaridad, que corresponde a los artículos 27 al 38, teniendo en cuenta que de entre estos derechos sociales fundamentales, los que más nos interesan —a efectos de proseguir realizando nuestro estudio comparatista— son los contemplados en los artículos 27 y 28 de la propia Carta.

35. El derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, recogido en el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, figuraba ya en la Carta Social Europea revisada de 1996<sup>51</sup>, concretamente en el artículo 21, según el cual había que adoptar o promover medidas que permitan que los trabajadores o sus representantes sean informados regularmente o en el momento oportuno, de la situación económica y financiera de la empresa que les emplea, debiendo ser consultados sobre las decisiones que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa. Los derechos a la información y consulta también figuraban en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, en los puntos 17 y 18, según los cuales esos derechos debían desarrollarse de

---

<sup>50</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El contenido social del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2004), págs. 533 y ss.

<sup>51</sup> Explicaciones del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (2007/C 303/02).

acuerdo con mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados, y además, que estos derechos deben ejercitarse en el momento oportuno, especialmente cuando las empresas introduzcan cambios tecnológicos, reestructuraciones o fusiones que afecten a las condiciones y organización del trabajo, también por procedimientos de despido colectivo o cuando haya trabajadores afectados por políticas de empleo, en particular trabajadores transfronterizos.

36. Dentro del acervo de la Unión en relación a los derechos de información y consulta, hay que destacar la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, la Directiva 2001/23/CE sobre traspasos de empresas y la Directiva 94/45/CE sobre comités de empresa europeos<sup>52</sup>. La Directiva 2002/14/CE tiene por objeto fijar unos requisitos mínimos para el ejercicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas o centros de trabajo situados en la Unión. La información se facilitará de modo que permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta. Para que se garantice su eficacia, las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro. El empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores. A elección de los Estados miembros, la Directiva será de aplicación a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores, o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores. Al incumplimiento de la Directiva se le aplicarán procedimientos administrativos o judiciales, así como sanciones efectivas disuasorias y proporcionales a la gravedad de las infracciones en caso de que se incumplan las obligaciones en cuestión. Se considera una infracción grave, la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio público de ésta, y la retención de información importante o la expedición de información inexacta que tengan como resultado imposibilitar el ejercicio del derecho a la información y la consulta.

37. En casi todos los Estados miembros la transposición de la Directiva 2002/14/CE se realizó con la consulta previa de los interlocutores sociales,

---

<sup>52</sup> Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 127 y ss.

mediante procedimientos que reflejaban la tradición particular de cada país. La Directiva no fue transpuesta por la mayoría de los Estados miembros cumpliendo el plazo preceptivo para hacerlo, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó sentencias condenando por ello a Italia, Bélgica, Luxemburgo, España y Grecia, a raíz de los procedimientos de infracción de los Tratados incoados por la Comisión<sup>53</sup>. En España, la transposición se realizó con la Ley 38/2007, de 16 noviembre, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Pro esta norma, se modificaron los «artículos 4.1.g), 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores para introducir los aspectos establecidos en la indicada Directiva que no están contemplados en nuestra regulación legal, como es el caso de la inclusión expresa del derecho de información y consulta de los trabajadores»<sup>54</sup>.

**38.** El derecho de negociación colectiva está recogido en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, figurando ya en el artículo 6 de la Carta Social Europea revisada de 1996, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14)<sup>55</sup>. El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión europea, contribuye a la elaboración de la política social europea<sup>56</sup>. Las organizaciones de interlocutores sociales participan en debates, consultas, negociaciones y acciones comunes a escala europea, como complemento de sus acciones de ámbito nacional. Ese diálogo social europeo puede ser tripartito y bipartito, teniendo en cuenta que si es tripartito, se realiza entre las instituciones europeas y los interlocutores sociales, y que si es bipartito, se realiza entre las organizaciones patronales y las sindicales entre ellas. Además, puede ser interprofesional, si los interlocutores abordan problemáticas relativas a la economía en su conjunto, o sectorial, si los interlocutores sociales se agrupan por sectores de actividad en los comités del diálogo sectorial.

**39.** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva «para la defensa de sus intereses», como uno de los elementos del derecho de sindicación que se establece en el artículo 11 del Convenio Europeo de

---

<sup>53</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE, COM (2008) 146 final, Bruselas, 17 de Marzo de 2008.

<sup>54</sup> Véase Ley 38/2007, de 16 noviembre.

<sup>55</sup> Explicaciones del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (2007/C 303/02).

<sup>56</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs.137 y ss.

los Derechos Humanos. También reconoció que la celebración de convenios colectivos podía constituir un medio para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato<sup>57</sup>. Los límites y modalidades en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las prácticas y legislaciones nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros. Recordemos que los Estados miembros están obligados por las disposiciones de la Carta, incluido el derecho de huelga, en los casos en que apliquen el Derecho de la Unión Europea.

40. En el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2011, se afirma que los convenios colectivos transnacionales resultan de negociaciones colectivas de empresas que cubren situaciones de diferentes países en los que operan empresas multinacionales europeas. La Comisión «ha registrado unos 200 convenios colectivos y textos conjuntos transnacionales en 100 empresas que emplean en total a 9,8 millones de personas. Estos acuerdos tratan en general de medidas de reestructuración, reorganización y preparación así como de política de empleo, movilidad y formación»<sup>58</sup>. En cuanto al derecho de libertad de asociación, recogido en el artículo 12 de la Carta e los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sus disposiciones se corresponden con el artículo 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, según el cual queda «incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses», apareciendo asimismo contemplado en el artículo 11 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

B) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derechos colectivos de los trabajadores

41. Centrándonos ahora en el examen de jurisprudencia europea sobre Derecho colectivo del Trabajo, hay que poner de relieve que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado el derecho a la huelga en los casos *Laval*<sup>59</sup> y *Viking*<sup>60</sup>. En el asunto *Viking*, el Tribunal afirmó en que «aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, debe ser, por

<sup>57</sup> Véase A. MANGAS MARTÍN (Directora), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA (Bilbao, 2008), pág. 491.

<sup>58</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, COM (2011) 160 final.

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-341/05, *Laval c. Parthneri*, de 18 diciembre 2007.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-438/05, *International Transport Workers F. y F. Seamen's Union c. Viking Line*, de 11 diciembre 2007.



tanto, reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones»<sup>61</sup>. Pero en dichas Sentencias prevaleció el derecho a la libertad de establecimiento de las empresas y a la libertad de prestación de servicios, en detrimento de la defensa de los intereses de los trabajadores por los sindicatos, que recurren a la acción colectiva, ya que dicha acción puede restringir el ámbito de aplicación y de eficacia de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado de las Comunidades Europeas y la Directiva 96/71/CE. Es decir, se anteponen los intereses económicos a los derechos fundamentales de los trabajadores. Según el artículo 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el derecho de huelga, las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, y el derecho de cierre patronal, están excluidos de la posibilidad de una regulación normativa por parte de la Unión Europea<sup>62</sup>.

42. Cabe recordar que en el fallido intento del «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», la Unión reconocía los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituía la Parte II del Tratado, y más en concreto, en su artículo II-88 reconocía el derecho de negociación y de acción colectiva, en el que se incluía el derecho a la huelga. El derecho a la huelga se consideraba en ese momento Derecho Originario. En el Tratado de Lisboa, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea afirma que la Carta tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, pero no ampliará en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. En mi opinión, debería volver a replantearse la incorporación de los Derechos Fundamentales en forma de Constitución Europea, con el rango de Derecho Originario. Los derechos de los ciudadanos, en especial los derechos sociales de los trabajadores, deben consolidarse para evitar que el proceso de globalización, que está en constante auge, siga disminuyendo día a día nuestra calidad de vida. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia podría seguir con su labor de consolidación de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos de la Unión, continuando así el proceso comenzado en su día con el caso *Stauder*<sup>63</sup>, de una manera progresiva, sentencia tras sentencia. El Tribunal escogió la vía de los principios generales del derecho para iniciar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las Comunidades Europeas, lo que permitía configurar progresivamente un catálogo de derechos fundamentales, utilizando como fuente de inspiración los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos, en especial el Convenio

---

<sup>61</sup> Véase marginal 44 de la Sentencia.

<sup>62</sup> Al respecto, véase AA.VV., *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos (Madrid, 2010), pág. 82.

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 29/69, Erich Stauder, de 12 noviembre 1969, marginal 7, según el cual «la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».

Europeo de los Derechos Humanos, y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, contribuyendo de este modo a elevar los niveles de protección de los ciudadanos de la Unión.

43. El recién citado asunto *Laval* se refería a una prestación transnacional de servicios, habiéndose formalizado el litigio a instancia de tres sindicatos suecos, que adoptaron medidas de conflicto colectivo contra la constructora letona Laval, que había desplazado a sus trabajadores letones para la construcción de un centro escolar en Vaxholm (Suecia). Laval había firmado en Letonia, en 2004, convenios colectivos con el sindicato letón de los trabajadores de la construcción, y no estaba vinculada por ningún convenio colectivo celebrado con los sindicatos suecos. Estos últimos iniciaron negociaciones con Laval y le exigieron la adhesión al convenio colectivo de la construcción para la obra de Vaxholm. La negociación no llegó a ningún resultado, y los sindicatos iniciaron entonces medidas de conflicto colectivo. Se produjo un bloqueo impidiendo la entrada de mercancías en las obras, el empleo de piquetes y la entrada de trabajadores. Laval solicitó la intervención de las fuerzas de la policía, pero como las medidas de conflicto colectivo eran lícitas según el Derecho nacional, no cabía intervenir en los accesos a las obras. Los sindicatos propusieron entonces a Laval que se adhiriera al convenio colectivo antes de tratar la cuestión salarial, teniendo en cuenta que si hubiera aceptado, las medidas de conflicto colectivo habrían cesado y habría entrado en vigor la cláusula de paz social, permitiendo emprender una negociación sobre los salarios. Pero Laval se negó, y se intensificaron las medidas de conflicto colectivo dirigidas contra ella. Los sindicatos anunciaron acciones de solidaridad, consistentes en boicots de todas las obras de Laval en Suecia. El municipio de Vaxholm solicitó la resolución del contrato, y en marzo de 2005 la empresa fue declarada en quiebra. Entonces, Laval presentó una demanda contra los sindicatos, para que se declarara la ilegalidad tanto del bloqueo de las actividades como de la acción de solidaridad en todas sus obras, se ordenara poner fin a estas acciones y, por último, se condenara a las citadas organizaciones sindicales a indemnizar el perjuicio sufrido por ella.

44. Un Tribunal sueco planteó una petición de cuestión prejudicial, que se refería a la interpretación de los artículos 12 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea, y a la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Y el Tribunal, en su Sentencia, declaró sobre el artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea y sobre el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE que «deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que [...] un sindicato pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo [...] a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las

derivadas de las disposiciones legales pertinentes». Y en referencia a los artículos 49 y 50 del Tratado de la Comunidad Europea, que «se oponen a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a los sindicatos de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional». Por tanto, se posibilitaba el derecho de una empresa extranjera a pagar a sus trabajadores los salarios del lugar de origen, en vez de los salarios del lugar de trabajo.

45. Esta Sentencia causó mucha expectación entre los sindicatos europeos, al tener aspectos positivos como el reconocimiento dentro del Derecho comunitario del derecho de huelga como derecho fundamental, así como el derecho de los sindicatos a la convocatoria de huelgas contra el *dumping* social. Pero en una nota de prensa, el mismo día en que se dictó la Sentencia del caso *Laval*, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) anunció que «nuestra decepción viene dada por el desafío que impone al sistema sueco de negociación colectiva», dado que «esta interpretación estrecha de la Directiva sobre trabajadores desplazados podría tener implicaciones negativas para los sistemas de otros países, así como que estos objetivos sean amenazados por el principio de libre circulación».

46. Una de las Sentencias más emblemáticas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación al desplazamiento transnacional de trabajadores, es el asunto *Viking*, que también mencionamos antes. Aquí el litigio se produjo entre el sindicato FSU, al que estaban afiliados los trabajadores de la empresa naviera Viking de origen finlandés, en relación con las medidas de conflicto colectivo y con amenazas de tales medidas, a efectos de disuadir a Viking el cambio de pabellón de uno de sus buques y de registrar dicho buque bajo el pabellón de otro Estado miembro. Viking proyectó cambiar el pabellón de su buque, porque su explotación era deficitaria, registrándolo en Estonia, con el fin de poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en Estonia, dado que los salarios que se pagan a las tripulaciones estonias eran inferiores a los finlandeses. El FSU amenazó con una huelga apoyado por la Federación internacional de Sindicatos (ITF). Según la ITF, sólo los sindicatos establecidos en el Estado en el que se encuentra el propietario efectivo de un buque tienen derecho a celebrar acuerdos colectivos en relación con ese buque, y dentro de su campaña de lucha contra los pabellones de conveniencia, las medidas a tomar se concretaban en boicots y otras acciones de solidaridad entre los trabajadores. Tanto FSU como ITF consideraban que los sindicatos tienen derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo contra un empresario establecido en un Estado miembro, para disuadirlo de deslocalizar una parte o la totalidad de su empresa y de establecerla en otro Estado miembro. En la cuestión prejudicial, el Tribunal remitente solicitó, que se dilucidase si el artículo 43 del Tratado de las Comunidades Europeas debía interpretarse en el sentido de que está excluida de su ámbito de aplicación una

medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa, con el fin de conseguir que celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma en su Sentencia que «el hecho de que el artículo 137 del Tratado de la Comunidad Europea no se aplique al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal no puede excluir una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el litigio principal de la aplicación del artículo 43 del Tratado de la Comunidad Europea»<sup>64</sup>, añadiendo que «en contra de lo que alegan el FSU y la ITF, no puede considerarse que sea inherente al propio ejercicio de la libertad sindical y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo cierta vulneración de las citadas libertades fundamentales»<sup>65</sup>; libertades fundamentales que están establecidas en el Título III del Tratado. En cuanto a la libertad de establecimiento, el Tribunal señala que las medidas de conflicto colectivo adoptadas que impidan que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de los buques, pueden restringir el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento, y por tanto, constituyen restricciones a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 43 del Tratado de las Comunidades Europeas. Al respecto, esta Sentencia falló que «no está excluida del ámbito de aplicación [...] una medida de conflicto colectivo [...] contra una empresa con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento», y que «medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal [...] constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo», aclarando al tiempo que «estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo».

C) Estudio comparado del Derecho «*ad intra*» de la Unión Europea sobre derechos colectivos de los trabajadores con la regulación del tema en el Derecho federal de los Estados Unidos

47. En el plano *ad intra* (esto es, el relativo a la Unión Europea como empleador o empresario de su propio personal a su servicio), los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea tienen establecidas sus funciones y regulados sus derechos en su propio Estatuto, promulgado por el Reglamento (CEE, Euratom,

---

<sup>64</sup> Véase apartado 41.

<sup>65</sup> Véase apartado 52.

CECA) nº 259/68 del Consejo, de 29 febrero 1968<sup>66</sup>. Según su artículo 1. quinquies, queda prohibida toda discriminación, y en su artículo 24. ter se reconoce el derecho de asociación, ratificando que podrán ser miembros de organizaciones sindicales o profesionales de funcionarios europeos, con lo que se les reconoce *ad intra* la libertad sindical. En su artículo 9.3 se reconoce la existencia del llamado Comité de personal, afirmando que «representará los intereses del personal ante la institución y asegurará el contacto permanente entre ésta y el personal», y además, que «participará en la gestión y control de los órganos de carácter social creados por la institución en interés del personal». Por su parte, el artículo 10.ter afirma que las organizaciones sindicales referidas en el artículo 24.ter actuarán en interés general del personal, aunque «sin perjuicio de las competencias estatutarias de los Comités de personal». En cuanto a la representatividad del personal afiliado a las organizaciones sindicales y profesionales, cuando estas últimas cuenten con un número mínimo de 400 afiliados, la Comisión las considerará representativas si tienen una «audiencia en las elecciones a representantes unitarios del 6% en el nivel central y 5% en el nivel local del personal de la Comisión Europea»<sup>67</sup>. En los Estados Unidos en el plano federal, el reconocimiento empresarial del sindicato está regulado en el artículo 159 del Título 29 del Código de los Estados Unidos. Si el empresario se niega a reconocer al sindicato como interlocutor, el sindicato puede acudir a la Junta Nacional de Relaciones Laborales, y esta agencia puede certificar los resultados de una votación secreta, para que el sindicato ganador se convierta en el único representante de los trabajadores ante el empresario. En consecuencia, los representantes para la negociación colectiva son en los Estados Unidos los representantes exclusivos de todos los trabajadores de la empresa<sup>68</sup>.

48. Siempre en el plano *ad intra* del personal al servicio de la Unión Europea, y en lo tocante a la negociación colectiva, el Estatuto de los Funcionarios se limita a decir que «cada institución podrá celebrar acuerdos relativos a su personal con sus organizaciones sindicales y profesionales representativas», que esos acuerdos no pueden modificar el Estatuto de los funcionarios, y «que actuarán en cada institución con sujeción a las competencias estatutarias del Comité de personal»<sup>69</sup>. Doctrinalmente, se ha puesto de relieve que la Unión Europea tiene un modelo de carácter ocultista, en cuanto a la negociación colectiva en el plano *ad intra*, dado que es aparentemente imposible «localizar el texto de los acuerdos

---

<sup>66</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs.121 y ss.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 123.

<sup>68</sup> *Ibidem*, págs. 124-125.

<sup>69</sup> Véase artículo 10. quater.

colectivos intracomunitarios en el portal jurídico de la Unión Europea»<sup>70</sup>. Y ello, nos parece sorprendente, sobre todo sabiendo que las Instituciones de la Unión Europea dan empleo a más de 40.000 trabajadores de veintisiete países diferentes, como son los funcionarios permanentes (administradores y asistentes), los agentes contractuales, el personal temporal, además de los becarios en prácticas que trabajan en siete Instituciones, en periodos de tres a cinco meses, normalmente con una remuneración reducida. El Tribunal de la Función Pública es el órgano especializado en el ámbito del contencioso de la función pública de la Unión Europea, y es competente para conocer en primera instancia de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 270 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como para conocer de los litigios entre cualquier órgano u organismo europeos y su personal. La Unión Europea, en cuanto que empresario, analiza los «acuerdos marco» negociados entre la Comisión Europea y los sindicatos más representativos de su personal, habiéndose afirmado doctrinalmente que «son acuerdos negociados separadamente con los sindicatos representativos del personal activo y del personal pasivo», y que «respecto de los que afectan al personal activo, la jurisprudencia comunitaria viene sosteniendo que se trata de acuerdos que poseen eficacia obligacional, pero no verdadera eficacia normativa»<sup>71</sup>. Por lo que respecta a los Estados Unidos, rige aquí de nuevo el artículo 159 del Título 29 del Código de los Estados Unidos, a cuyo tenor «los representantes de los trabajadores nombrados o seleccionados a los efectos de la negociación colectiva por la mayoría de los empleados de una unidad apropiada para tales fines, serán los representantes exclusivos de todos los empleados de dicha unidad a los efectos de la negociación colectiva».

49. Respecto del derecho de huelga —siempre en el plano *ad intra* de la Unión Europea—, en el acuerdo marco firmado en 2009 firmado entre la Comisión Europea y los sindicatos representativos de su personal resulta que «bajo el rótulo genérico “De los paros de trabajo”, el derecho que se niega a los sindicatos “representativos”, para conferírsele sólo a los sindicatos “representativos firmantes”, es el derecho de huelga; y ello, dado que sólo estos últimos tienen expresamente reconocido el ejercicio de los derechos de “iniciación de un paro de trabajo”»<sup>72</sup>. Desde un punto de vista jurisprudencial, nos ha parecido relevante una Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 marzo 1975<sup>73</sup>, relativa a un funcionario huelguista que pretendía que no se le descontasen sus haberes correspondientes a los días en que había participado en una huelga. Ahora bien, el Tribunal de Primera Instancia desestimó su demanda, razonando —en relación a la eficacia de los preceptos del acuerdo marco regulador de la huelga— que «sólo van

<sup>70</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Tipología y eficacia de los acuerdos marco negociados entre la Comisión Europea y las organizaciones sindicales y profesionales representativas de su personal», *Revista Aranzadi Social*, núm. 6 (2009), pág. 11.

<sup>71</sup> *Ibidem*, págs. 15 y ss.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 13.

<sup>73</sup> Asuntos acumulados 44, 46 y 49/74.

destinados a regular las relaciones colectivas de trabajo entre la Comisión, por una parte, y las Organizaciones Sindicales y Profesionales, por otra, y que no crean, respecto de cada funcionario considerado individualmente, ninguna obligación ni ningún derecho», de manera que «un funcionario no puede invocar adecuadamente un presunto incumplimiento de las estipulaciones del Acuerdo o de su Anexo con el objeto de impugnar judicialmente una decisión individual de retención, a raíz de las acciones de huelga»<sup>74</sup>. En fin, por lo que respecta a los Estados Unidos nos ha parecido de interés comparatista —en relación siempre con la huelga— el caso *NLRB v. Drivers, Chauffeurs, Helpers, Losal Union No. 639* (1969)<sup>75</sup>, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo, aunque pueda sorprender en Europa, que no cabía la readmisión de los huelguistas, literalmente, «cuando los puestos reclamados por los huelguistas están ocupados por trabajadores contratados como sustitutos permanentes». Por lo demás, siempre en los Estados Unidos —y en el plano *ad intra* de su administración federal—, el Código de los Estados Unidos afirma que «una persona no puede aceptar o mantener un puesto en el Gobierno de los Estados Unidos... si participa en una huelga o defiende el derecho a la huelga»<sup>76</sup>.

## APÉNDICE DOCUMENTAL

### «158(b) Práctica laborales sucias del sindicato

Será práctica laboral sucia del sindicato o sus agentes:

(1) Impedir o coaccionar

(A) A los trabajadores en el ejercicio de los derechos garantizados en el artículo 157 de este título. Se aclara que este párrafo no perjudicará el derecho del sindicato a dictar sus propias reglas en relación con la adquisición o mantenimiento de la afiliación al mismo; o

(B) Al empresario en la selección de sus representantes a los efectos de la negociación colectiva o de la solución de reclamaciones:

(2) Provocar o intentar provocar que el empresario discrimine al trabajador con incumplimiento del sub-apartado (a)(3) de este artículo, o discrimine al trabajador

<sup>74</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Tipología y eficacia de los acuerdos marco negociados entre la Comisión Europea y las organizaciones sindicales y profesionales representativas de su personal», cit., pág. 15.

<sup>75</sup> Su referencia oficial es 632 US 274.

<sup>76</sup> Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., cit., págs. 157-158.

respecto al cual su afiliación a dicho sindicato fue denegada o concluida por algún motivo distinto de su negativa a pagar las cuotas periódicas y los gastos de ingreso uniformemente exigidos como condición para adquirir o mantener la afiliación;

(3) Negarse a negociar colectivamente con el empresario, siempre y cuando sea el representante de sus trabajadores sujeto a lo dispuesto en el artículo 159(a) de este título;

(4)

(i) Comprometer, o inducir o estimular a que cualquier persona empleada por una persona que participe en el comercio o en una industria que afecte al comercio, participe en una huelga o negativa en el curso de su empleo a usar, manufacturar, procesar, transportar, o manejar o trabajar de cualquier otro modo sobre cualesquiera bienes, artículos, materiales, o materias primas, o a llevar a cabo cualesquiera servicios; o

(ii) Amenazar, coaccionar o restringir a cualquier persona que participe en el comercio o en una industria que afecte al comercio, cuando en ambos casos el objeto de aquello es:

A) Forzar o exigir al empresario o al trabajador autónomo que se una a un sindicato o asociación empresarial o que celebre un acuerdo que esté prohibido por el sub-apartado (e) de este artículo;

(B) Forzar o exigir a una persona a que cese de usar, vender, manejar, transportar o tratar de otro modo con los productos de cualquier otro productor, procesador o fabricante, o que cese de hacer negocios con cualquier otra persona, o forzar o exigir a cualquier otro empresario que reconozca o negocie con un sindicato en cuanto que representante de sus trabajadores, salvo que dicho sindicato haya sido certificado como representante de dichos trabajadores al amparo de las disposiciones del artículo 159 de este Título. Se aclara, que nada contenido en esta cláusula (B) se interpretará para hacer ilícita, si no es ilícita de otro modo, una huelga primaria o un piquete primario;

(C) Forzar o exigir al empresario que reconozca o negocie con un sindicato concreto como representante de sus trabajadores si otro sindicato ha sido certificado como representante de dichos trabajadores al amparo de las disposiciones del artículo 159 de este Título;

(D) Forzar o exigir al empresario que asigne un trabajo concreto a los trabajadores de un sindicato concreto o de una profesión, oficio o clase concretos en vez de a los trabajadores de otro sindicato o de profesión, oficio o clase, salvo que dicho empresario se niegue a cumplir una orden o certificación de la Oficina determinando el representante negociador de los trabajadores para realizar dicho trabajo. Se aclara, que nada de lo contenido en este sub-apartado se interpretará



para hacer ilícita la negativa de una persona a entrar en las instalaciones de un empresario (distinto de su propio empresario), si los trabajadores de dicho empresario participan en una huelga ratificada o aprobada por el representante de dichos trabajadores a quien dicho empresario se le obliga a reconocer al amparo de este sub-apartado. Se aclara, además, que a los efectos de este apartado (4) sólo, nada de lo contenido en dicho apartado se interpretará para prohibir la publicidad, distinta de los piquetes, a los efectos de advertir verazmente al público, incluidos los consumidores y afiliados a un sindicato, de que el producto o productos son producidos por un empresario con el que el sindicato tiene un conflicto primario y son distribuidos por otro empresario, siempre y cuando dicha publicidad no tenga el efecto de inducir a ningún trabajador individual de una persona distinta del empresario primario, en el curso de su empleo, a negarse a recoger, entregar o transportar cualquier tipo de bienes, o no llevar a cabo cualquier tipo de servicios, en el centro de trabajo del empresario participante en dicha distribución;

(5) Exigir a los trabajadores cubiertos por un acuerdo autorizado al amparo del sub-apartado (a)(3) de este artículo el pago, como condición precedente para convertirse en afiliado de dicho sindicato, de una cantidad en cuantía que la Junta considere excesiva o discriminatoria teniendo en cuenta todas las circunstancias. Al realizar dicha constatación, la Junta deberá considerar, entre otros factores relevantes, las prácticas y costumbres de los sindicatos en el sector concreto, y los salarios actualmente pagados a los trabajadores afectados;

(6) Causar o intentar causar que un empresario pague o entregue o acuerde pagar o entregar dinero o cualquier otra cosa de valor, con la naturaleza de una exacción, por servicios que no se han realizado o que tienen que realizarse; y

(7) Hacer piquetes o causar que se hagan piquetes, o amenazar con hacer piquetes o que se hagan piquetes, a un empresario cuando el objeto de ello es forzar o exigir que el empresario reconozca o negocie con un sindicato como representante de sus trabajadores, o forzar o exigir a los trabajadores de un empresario a aceptar o elegir al sindicato como su representante en la negociación colectiva, a menos que dicho sindicato esté actualmente certificado como representante de dichos trabajadores:

(A) Cuando el empresario ha reconocido lícitamente, de conformidad con este subcapítulo, a cualquier otro sindicato y una cuestión relativa a la representación no puede ser adecuadamente planteada al amparo del artículo 159 (c) de este Título,

(B) Cuando en los doce meses precedentes se ha llevado a cabo una elección válida al amparo del artículo 159 (c) de este Título, o

(C) Cuando dichos piquetes se han llevado a cabo sin una petición al amparo del artículo 159 (c) de este Título, que haya sido registrada en un período razonable de tiempo que no exceda de treinta días desde el inicio de dichos piquetes. Se aclara,

que cuando dicha clase petición haya sido registrada, la oficina inmediatamente, sin tener las disposiciones del artículo 159 (c)(1) de este Título o la ausencia de prueba de un interés sustancial por parte del sindicato, llevará a cabo la elección en dicha unidad que la Oficina considere que es apropiada, y certificará los resultados de la misma. Se aclara, además, que nada en este sub-apartado (C) se interpretará para prohibir los piquetes o cualquier otra publicidad con el propósito de advertir verazmente al público (incluidos los consumidores) que el empresario no emplea afiliados de un sindicato, o ha contratado con él, a menos que el efecto de dichos piquetes sea inducir a cualquier persona empleada por otra persona en el curso de su empleo, que no recoja, entregue o transporte cualesquiera bienes o no lleve a cabo cualesquiera servicios.

Nada en este apartado (7) se interpretará para permitir un acto que de otro modo sería práctica laboral sucia al amparo de este sub-apartado».

## LA VIDEOVIGILANCIA EN EL DERECHO AUSTRIACO DEL TRABAJO\*

[THE VIDEO SURVEILLANCE IN AUSTRIAN LABOR LAW]

Sabine Ogriseg

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2012

Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2012

**Sumario:** 1. Introducción.- 2. Generalidades sobre la videovigilancia. 2.1. Definición de videovigilancia, según la DSG 2000. 2.2. Admisibilidad de la videovigilancia, según la DSG 2000. 2.3. Deberes del comitente. 2.3.1. Deber de comunicación y procedimiento de registro. 2.3.2. Deber de protocolización, deber de cancelación y deber de identificación. 2.3.3. Deber de información. 3.- La videovigilancia en el Derecho del Trabajo. 3.1. Generalidades. 3.2. Videovigilancia de trabajadores desde la perspectiva de la DSG 2000. 3.3. Videovigilancia de trabajadores desde la perspectiva de la ArbVG en relación con la AVRAG. 3.3.1. Videovigilancia al amparo del parágrafo 96a, apartado 1, número 1, de la ArbVG. 3.3.2. Videovigilancia al amparo del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG. 3.4. Relación entre la DSG 2000 y la ArbVG.- 4. Conclusión.

*Contents: 1. Introduction.- 2. Generalities about video surveillance. 2.1. Definition of video surveillance, according to the DSG 2000. 2.2. Admissibility of video surveillance, according to the DSG 2000. 2.3. Duties of patron. 2.3.1. Duty of communication and procedure for registry. 2.3.2. Duty to protocolize, duty to cancel and duty to identify. 2.3.3. Duty to inform. 3.- The video surveillance in Labor Law. 3.1. Generalities. 3.2. Video surveillance of employees from the view of the DSG 2000. 3.3. Video surveillance from the view of the ArbVG in connection to the AVRAG. 3.3.1. Video surveillance under section 96a, paragraph 1, number 1, of the ArbVG. 3.3.2. Video surveillance under section 96, paragraph 1, number 3, of the ArbVG. 3.4. The relationship between the DSG 2000 and the ArbVG.- 4. Conclusion.*

**Resumen:** En tiempos recientes ha habido un notorio incremento en la instalación de vídeo vigilancia por los empresarios dentro de sus centros de trabajo. Tanto si estas cámaras de vigilancia están ocultas como si no, se dirigen esencialmente al mismo objetivo: la protección del negocio empresarial no sólo contra posibles

---

\* Traducción al castellano, desde el alemán original („Videüberwachung im Arbeitsrecht“), de Jesús Martínez Girón.

intrusos, sino también con sus propios trabajadores. ¿Ésta el derecho a la intimidad del trabajador protegido en su lugar de trabajo?

***Abstract:** In recent years there was a noticeable increase in installation of video surveillance by employers, within their business establishments. Whether these surveillance cameras are hidden or not, they essentially strive toward the same objective: the protection of the employer's business not only against possible intruders, but also against its own employees. Is an employee's right to privacy protected in his work place?*

**Palabras clave:** Vídeo vigilancia – Lugar de trabajo – Gran hermano – Intimidad – Protección

***Keywords:** Video surveillance – Workplace – Big brother – Privacy – Protection*

\* \* \*

## 1. Introducción

El desarrollo de la videotecnología, y de la vigilancia frecuentemente aparejada con él, está omnipresente. Se avecina un ascenso continuo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que posibilita el control de las personas en lugares públicos y privados de todo el ámbito empresarial por medio de la videovigilancia. Ahora ya no es posible obviar la presencia de la tecnología moderna. Esto se evidencia, ante todo, en la videovigilancia de espacios públicos<sup>1</sup>, por ejemplo, en las estaciones de metro<sup>2</sup>. Sin embargo, según un estudio, el 55 por ciento de los encuestados ha aceptado la omnipresente videovigilancia en Austria como algo acostumbrado<sup>3</sup>. La videovigilancia en lugares públicos por motivos de seguridad se aprueba y se considera apropiada incluso por el 81 por ciento<sup>4</sup>.

Pero esta temática también conduce a que se incremente la introducción de medidas de videovigilancia en el mundo laboral. Sólo hace poco se ha avivado la discusión por de la videovigilancia clandestina de trabajadores o, en su caso, clientes de una empresa alimentaria alemana<sup>5</sup>. Por causa de los rapidísimos progresos de la tecnología, también el legislador necesita reaccionar en correspondencia con ellos.

## 2. Generalidades sobre la videovigilancia

---

<sup>1</sup> Véase Cuestionario del Ministerio Federal del Interior: Fechado el 1. 1. 2008, videovigilado en Graz, en la Jakominiplatz y en la Estación Principal, al amparo de la norma del párrafo 54, apartado 5, de la SPG, <[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/AB/AB\\_03124/fname\\_104020.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/AB/AB_03124/fname_104020.pdf)> (27. 2. 2013).

<sup>2</sup> Desde 2005 se trata en ese caso de las llamadas “cámaras cúpula”, con muy elevada resolución de imágenes. Comunicación de las Líneas de Viena: Comisión de Protección de Datos (DSK) 21. 6. 2005, K507.515-021/0004-DVR/2005; confrontar también *Kunnert*, Big Brother in U-Bahn, Bus und Bim. Videoaufzeichnungen in öffentlichen Verkehrsmitteln aus datenschutzrechtlicher Sicht, *juridikum* 2006, 42.

<sup>3</sup> <<http://www.oekonsult.eu/datensicherheit2008.pdf>> (27. 2. 2013).

<sup>4</sup> <[http://www.oekonsult.at/bigBrother\\_gesamtergebnisse\\_final.pdf](http://www.oekonsult.at/bigBrother_gesamtergebnisse_final.pdf)> (27. 2. 2013).

<sup>5</sup> Los trabajadores de Lidl, en ese caso, fueron observados durante un período comprendido entre 2006-2008, a través de detectores de carga con videocámaras. La autoridad de protección de datos calificó esto como una infracción grave de protección de datos e impuso una multa de 1.462.000 euros. Según Comunicado de Prensa del Ministerio del Interior de Baden-Württemberg, las autoridades de vigilancia de la protección de datos impusieron a Lidl-Vertriebsgesellschaften una multa más elevada, por causa de infracción más grave de protección de datos <<https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20080911-bw-lidl-bussgeldverfahren.pdf>> (27. 2. 2013); confróntese también en relación con ello *Byers*, Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz unter besondere Berücksichtigung des neuen § 32 BDSG (2010) 5.

Ante todo, generalmente se asocia con el concepto de videovigilancia un sentimiento de vigilancia y de invasión en la esfera privada del individuo. De ahí que me ocupe en lo que sigue de la esfera privada del individuo en conexión con la Ley de protección de datos de 2000 (DSG 2000)<sup>6</sup>. En virtud del párrafo 50a, apartado 1, inciso último, de la DSG 2000, sólo se aplican las disposiciones sobre videovigilancia cuando no se disponga lo contrario en otras Leyes (principio de subsidiariedad)<sup>7</sup>.

## 2.1. Definición de videovigilancia, según la DSG 2000

El párrafo 50, apartado 1, de la DSG 2000 define la videovigilancia como la constancia sistemática y especialmente continuada de resultados, que afectan a un objeto determinado (objeto vigilado) o a una persona determinada, a través de mecanismos técnicos de grabación de imágenes o de transmisión de imágenes. Según el tenor del párrafo 50a, apartado 1, de la DSG 2000, se habla de constancia sistemática (...) de resultados. Del requisito «sistemática», se desprende que la constancia de resultados es repetida<sup>8</sup>. De ahí que deba producirse un registro incesante de resultados, que implique «vigilancia», a través de una serie de pasos para utilizar el resultado<sup>9</sup>. De ahí que también se comprenda en la definición legal la vigilancia en tiempo real, esto es, la vigilancia que se agota en la representación en tiempo real, y en la que los resultados ni se almacenan ni se procesan<sup>10</sup>.

En relación con el párrafo 50a, apartado 1, de la DSG 2000, lo siguiente a deducir es que la videovigilancia debe afectar a un objeto determinado o a una persona determinada. La noción de objeto debe entenderse muy ampliamente, aunque al menos debe darse una relación indirecta con una persona. De ahí que se considere suficiente cuando se vigila una parte de un edificio o una zona de servicios de un centro de cálculo, también cuando no hay que contar con que ninguna persona esté en ellos. La noción de «persona» hay que interpretarla en el sentido de persona natural, y sobre la base, en todo caso, de la circunstancia de tratar la grabación de imágenes o, en su caso, la transmisión de imágenes como datos sensibles, en el sentido del párrafo 4, número 2, de la DSG 2000. Sin

<sup>6</sup> Ley Federal sobre Protección de Datos Personales (Ley de Protección de Datos 2000 – DSG), BGBl I 165/1999 en la redacción de BGBl I 133/2009.

<sup>7</sup> Cfr. en relación con ello, por ejemplo, Videoüberwachung im Bereich der Sicherheitspolizei §§ 53, 54 Sicherheitspolizeigesetz (SPG).

<sup>8</sup> *Hattenberger*, Die Bestimmungen des DSG zur Videoüberwachung – Hat sich der Aufwand gelohnt?, en Jahnel (Editor), Datenschutzrecht Jahrbuch 2011 (2011), 117 (120).

<sup>9</sup> Véase ErlRV 472 del Suplemento XXIV. GP. 17.

<sup>10</sup> *Thiele*, Aktuelles zur Videoüberwachung - Erste Erfahrungen nach der DSG Novelle 2010, Parte 2, jusIT 2011/9, 14 (14 ss.).

embargo, se plantea la cuestión de si son «datos sensibles», en el sentido de la DSG 2000, los datos sobre imágenes de video. En el párrafo 4, número 2, de la DSG 2000, no se enumeran los datos sobre imágenes. El legislador considera los datos comprendidos en la videovigilancia como datos potencialmente sensibles, dado que estas imágenes permiten obtener conclusiones seguras, por ejemplo, sobre el origen étnico o el estado de salud de una persona<sup>11</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho de la protección de datos, sólo es relevante entonces la videovigilancia cuando se investigan datos relativos a personas. Se desprende del párrafo 4, número 1, de la DSG 2000 que este requisito se ha cumplido ya cuando es posible la identificación de los afectados por medio de recursos jurídicos<sup>12</sup>. Con este fundamento se explica también la grabación electrónica de caracteres distintivos de un automóvil para la investigación de datos relativos a personas<sup>13</sup>.

Como criterio ulterior, hay que considerar el adjetivo «vigilado». De él deduce la doctrina dominante<sup>14</sup> el objetivo de control de la videovigilancia, relevante desde el punto de vista del Derecho de protección de datos. Hay que atender al sentido del objetivo de control, que sólo comprenderá la grabación sistemática de resultados, que sirva a la vigilancia de personas o de objetos. De ahí que no haya que subsumir en el párrafo 50a de la DSG 2000 las grabaciones artísticas o turísticas, pero tampoco las grabaciones de vídeo con objetivos puramente familiares y personales<sup>15</sup>, dado que falta el objetivo de control.

Además, se limita el ámbito de aplicación de la videovigilancia a través de la circunstancia fáctica de la «grabación o transmisión técnicas de imágenes». En consecuencia, la simple percepción u observación está excluida, al igual que la observación intensiva o el recurso técnico tampoco representa videovigilancia, en el sentido del párrafo 50a, apartado 1, de la DSG 2000.

Según el párrafo 50a, apartado 5, de la DSG 2000, están expresamente excluidos determinados ámbitos, que se consideran ámbitos vitales muy

---

<sup>11</sup> *König*, Videoüberwachung (in der betrieblichen Praxis), en Bogendorfer (Editor), Datenschutzgespräche 2011 – Datenschutz im Unternehmen. Das Spannungsfeld einzelner Interessen (2011) 23 (29 ss).

<sup>12</sup> Cfr. en relación con ello DSK 21. 3. 2007, K507.515-023/0002-DVR/2007.

<sup>13</sup> DSK 20. 6. 2008, K600.053-023/0002-DVR/2008.

<sup>14</sup> *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2011) Rz 8/98; *el mismo*, Die DSG-Novelle 2010 im Überblick, jusIT 2010/9, 12 (14); *Souhrada-Kirchmayer* en *Jahnel*, Datenschutzrecht Jahrbuch 2010, 17, (21); *Löschmigg* en *Bergauer/Staudegger*, Recht und IT 57, (58 ss.).

<sup>15</sup> Cfr. en relación con ello el párrafo 45 de la DSG.

personales, como cuartos de baño, vestidores, etc.<sup>16</sup>. Sin embargo, si sólo se relaciona el apartado 5 con el apartado 4, significaría esencialmente que la videovigilancia en ámbitos muy personales en el marco del apartado 3, resulta bastante admisible, por ejemplo, si están implicados intereses vitales muy importantes de la persona, etc.

## 2.2. Admisibilidad de la videovigilancia, según la DSG

Como baremo para medir la admisibilidad de la videovigilancia, se tomará en cuenta la norma central del párrafo 16 del ABGB<sup>17</sup>. En el caso de la dignidad de la persona a que se refiere el párrafo 16 del ABGB, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que debe concretarse por aproximación a los preceptos del Derecho Constitucional (en especial, el artículo 8 del CEDH<sup>18</sup> y el párrafo 1 de la DSG 2000) y del Derecho del Trabajo (en especial, el deber de protección del párrafo 1157 del ABGB y el párrafo 18 de la AngG<sup>19</sup>). El Tribunal Supremo (OGH) afirma sobre ello: «la videovigilancia identificadora, sistemática y encubierta, con grabación accesible de imágenes, en virtud del párrafo 16 ABGB en conexión con el artículo 8 EMRK, representa siempre una noción del derecho protegido al respeto de la espera de la confidencialidad»<sup>20</sup>.

En el párrafo 50a, apartado 2, de la DSG 2000, se mencionan los objetivos respecto de los que resulta admisible la videovigilancia. Según el párrafo 50a, apartado 2, de la DSG 2000, se mantiene que toda forma de videovigilancia hay que someterla a un examen de admisibilidad en el marco de las disposiciones de los párrafos 6 a 9 de la DSG 2000. Hay que anotar aquí, en especial, las normas sobre los principios de protección de datos a que se refiere el párrafo 6 de la DSG 2000, y las normas de admisibilidad del procesamiento y transmisión, y en especial el principio de proporcionalidad a que se refiere el párrafo 7, apartado 3, de la DSG 2000<sup>21</sup>. El párrafo 6 de la DSG 2000 contiene, en forma de catálogo, los requisitos esenciales que hay que observar en caso de examen de la admisibilidad del procesamiento de datos, como, entre otros,

<sup>16</sup> *Knyrim*, Datenschutzrecht. Praxishandbuch für richtiges Registrieren, Verarbeiten, Übermitteln, Zustimmung, Outsourcen, Werben uvm<sup>2</sup> (2012) 198; *Ennöckl*, Die DSG-Novelle 2010, ÖJZ 2010/35, 293 (298).

<sup>17</sup> Código Civil General para los Estados Alemanes Reunidos de la Monarquía Austríaca (ABGB), JGS 946/1811 en la redacción de BGBl I 68/2012.

<sup>18</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, BGBl 2010/1958 en la redacción de BGBl I 68/2012.

<sup>19</sup> Ley Federal de 11 Mayo 1921 sobre el contrato de servicios de los empleados privados (Ley del Empleado – AngG), BGBl 292/1921 en la redacción de BGBl I 58/2010.

<sup>20</sup> En general sobre afectación de la dignidad humana, véase *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) 232.

<sup>21</sup> *König* en Bogendorfer, Datenschutzgespräche 2011, 23 (25).



la lealtad y legalidad, estricta vinculación al objetivo, limitación de la extensión de los datos, veracidad y actualidad, así como la limitación temporal<sup>22</sup>.

En mi opinión, hay que examinar como requisito decisivo el principio de proporcionalidad a que se refiere el párrafo 7, apartado 3, de la DSG 2000. Este criterio también se expresa en el párrafo 1, apartado 2, inciso último, de la DSG 2000, según el cual en el caso de restricciones admisibles del concepto, sólo pueden aplicarse al derecho fundamental correspondiente las moderadas que conduzcan al objetivo. Si existe un medio más moderado que la videovigilancia, que también se oriente a conseguir adecuadamente el objetivo pretendido y sea menos agresivo, entonces hay que preferir éste siempre<sup>23</sup>. En ese caso, es concebible la aplicación de chips-espía en las mercancías de las tiendas para prevenir robos, la instalación de puertas de seguridad protegidas, y la aplicación de interfonos o controles de seguridad protegidos con códigos en una cámara acorazada<sup>24</sup>, y dar a éstos prioridad frente a la videovigilancia.

El párrafo 50a, apartado 3 y apartado 4, de la DSG 2000 regulan ese caso, en el que el afectado por la videovigilancia no resulta perjudicado en sus intereses dignos de protección al mantenimiento de la confidencialidad<sup>25</sup>.

Según el párrafo 50a, apartado 3, de la DSG 2000, la videovigilancia sólo está justificada, cuando

- se realiza en interés vital importante de una persona,
- se procesan datos sobre una conducta que indudablemente permiten establecer la conclusión de que se orientaban a una defensa patente, o
- el afectado ha consentido expresamente el empleo de los datos.

A efectos del interés vital importante de una persona, la mayoría de las veces sólo estará justificada la videovigilancia en tiempo real, dado que la defensa del interés vital importante produce necesariamente un impacto inmediato en los resultados. A modo de explicación, se mencionan como ejemplos la transmisión en una unidad de cuidados intensivos, pero también la vigilancia de espacios

<sup>22</sup> *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> § 50a Anm 3.

<sup>23</sup> 62/ME XXIV. GP. 14.

<sup>24</sup> *Thiele*, Aktuelles zur Videoüberwachung – Erste Erfahrungen nach der DSG Novelle 2010, Parte 1, jusIT 2010/107, 219 (220).

<sup>25</sup> *Thanner*, DSG § 50a 145.

carcelarios. En esas circunstancias, se cubren/comprenden sólo esos actos, que sirven directamente al interés vital principal del afectado.

Aparte esto, son comportamientos seguros, en especial en un espacio público, aquellos que pueden ser percibidos por todos, y de ahí que haya que pensar de la misma manera, respecto del consentimiento, acerca que se harán disponibles con carácter general al público. Sobre esto, cuenta ante todo el callejeo o la entrada en escena en el marco de un acto. El mero moverse en la calle no cumple estas circunstancias.

El consentimiento expreso hay que equiparlo al principio de autodeterminación informativa. Se deja a la autodecisión del afectado lo que hace con sus datos. De ahí que pueda dar al comitente el consentimiento para el empleo de sus datos. En ese caso, sin embargo, hay que ponderar dos aspectos. De un lado, el consentimiento requiere una declaración de voluntad del afectado, con conocimiento del verdadero estado de cosas. En el marco de la declaración de su consentimiento, debe ser evidente para el afectado qué datos serán procesados en relación con qué objetivos. De otro lado, el consentimiento debe ser revocable en todo momento, y la revocación tiene como consecuencia la inadmisibilidad de un nuevo proceso<sup>26</sup>.

En virtud del párrafo 50a, apartado 4, de la DSG 2000, también es admisible la videovigilancia en espacios privados, si es

— para la protección del objeto vigilado o de la persona vigilada ante ataques peligrosos (número 1),

— para el cumplimiento de deberes especiales de cuidado relativos a la protección del objeto vigilado o de la persona vigilada (número 2), o

— para la protección del cuerpo, de la vida o de la propiedad del comitente a través de la vigilancia en tiempo real (número 3).

Según el párrafo 50a, apartado 4, de la DSG 2000, a diferencia del apartado 3, es necesaria una ponderación de intereses en el espacio privado. En este caso, es fundamental tener en cuenta que los datos afectados por la videovigilancia son potencialmente datos sensibles, porque las imágenes suministran ordinariamente informaciones sobre el estado de salud o el origen étnico (color de la piel) del afectado. Pero la videovigilancia no está primariamente dirigida al

---

<sup>26</sup> *König* en Bogendorfer, Datenschutzgespräche 2011, 23 (27 ss.).

registro de tales datos, sino que estos se producen como «productos de la casualidad»<sup>27</sup>.

El párrafo 50a, apartado 4, número 1, de la DSG posibilita al comitente la videovigilancia para la protección del objeto vigilado o de la persona vigilada ante ataques peligrosos. En el número 1, pueden subsumirse también concretos peligros para los secretos del negocio y de la empresa, así como, en todo caso, el concreto peligro de una violación administrativa grave. La videovigilancia a que se refiere el número 1 también puede comprender la videovigilancia preventiva en relación con un concreto peligro para el objeto vigilado o la persona vigilada. Esto también es posible si aún no ha ocurrido ningún ataque peligroso a este objeto o a esta persona<sup>28</sup>.

Requisito del número 2 es que se impusieran al comitente deberes especiales de cuidado para la protección del objeto vigilado (o la persona vigilada)<sup>29</sup>. Para cumplir los correspondientes deberes de cuidado, puede aplicarse la videovigilancia. Pero en la videovigilancia aplicada debe utilizarse siempre un medio apropiado y moderado<sup>30</sup>.

El número 3 regula la videovigilancia de una persona o de un objeto a través de la vigilancia en tiempo real. Como ya se dijo brevemente antes, en el marco de la vigilancia en tiempo real, los datos no serán ni almacenados ni ulteriormente procesados de forma especial. A través de ello, no puede conseguirse el objetivo de aseguramiento de la prueba, únicamente la introducción de medidas inmediatas para el objetivo de protección de la correspondiente persona/correspondiente objeto. Objetivos permitidos son la protección del cuerpo, de la vida o de la propiedad del comitente. Si se persigue la protección ajena a través de la vigilancia en tiempo real, ésta no resulta subsumible en el número 3<sup>31</sup>.

Aparte esto, el párrafo 50, apartado 6, de la DSG regula también cómo hay que proceder con los «casos de azar». Con ello se alude a las grabaciones de datos que exceden el objetivo de uso regulado (párrafo 50a, apartados 2 a 4, de la DSG 2000). Según decisión libre del comitente, el uso de la grabación y la transmisión sólo resultan posibles a un ulterior comitente:

---

<sup>27</sup> 62/ME XXIV. GP. 15.

<sup>28</sup> 62/ME XXIV. GP. 16.

<sup>29</sup> Cfr. en relación con ello, por ejemplo, párrafo 1319a del ABGB, y párrafo 19 de la Ley del ferrocarril.

<sup>30</sup> *König* en Bogendorfer, *Datenschutzgespräche* 2011, 23 (32 ss.).

<sup>31</sup> 62/ME XXIV. GP. 16.

— cuando es una autoridad o tribunal competente, si existe sospecha fundada en el comitente de que los datos documentan un acto penal perseguible de oficio. Ordinariamente, sólo surgirá la sospecha fundada a través de denuncia de terceros (por ejemplo, comunicación de que una persona ha estado hurtando carteras ante la empresa, en el espacio comprendido en la vigilancia del escaparate)<sup>32</sup>;

— cuando son funcionarios de seguridad, si hubiese que utilizar los datos a que se refiere el párrafo 53, apartado 5, de la SPG<sup>33</sup> (por ejemplo, para la defensa ante un ataque peligroso o para la búsqueda de personas<sup>34,35</sup>).

Además, el comitente no puede negar a una autoridad o a un tribunal la entrega de videodatos, si éstos lo exigen como medio de prueba en el curso de un procedimiento, y disponen<sup>36</sup> de las correspondientes posibilidades de coacción<sup>37</sup>.

En el párrafo 50a, apartado 7, de la DSG 2000, el legislador regula la llamada prohibición de análisis en relación con la videovigilancia. Los datos de los afectados conocidos por medio de videovigilancia no pueden ser respaldados, en cuanto que criterio de selección de datos sensibles, con otros datos de imágenes registradas o almacenadas. A través de ello, debe excluirse la búsqueda de apoyo automatizada de personas no afectadas. Por lo demás, también es inadmisibles la búsqueda según criterios sensibles en el sentido del párrafo 4, número 2, de la DSG 2000 (por ejemplo, color de la piel, limitaciones de salud)<sup>38</sup>.

### 2.3. Deberes del comitente

El comitente también tiene que cumplir deberes ciertos en el marco de la videovigilancia. Estos son

— El deber de comunicar la videovigilancia.

---

<sup>32</sup> König en Bogendorfer, Datenschutzgespräche 2011 – Datenschutz im Unternehmen, 23 (34).

<sup>33</sup> Ley Federal sobre la Organización de la Administración de Seguridad y el Ejercicio de la Policía de Seguridad (Ley de la Policía de Seguridad – SPG), BGBl 566/1991 en la redacción de BGBl I 50/2010.

<sup>34</sup> ErlRV 472 del Suplemento XXIV. GP. 19.

<sup>35</sup> Véase en relación con ello, también, Jahnle, Datenschutzrecht, Rz 8/105.

<sup>36</sup> ErlRV 472 der BlgNR XXIV. GP. 19; Bergauer, Änderungen der strafrechtsrelevanten Bestimmungen des DSG 2000 durch die Novelle 2010, en Jahnle (Editor), Datenschutzrecht Jahrbuch 2010 (2010) 73 (90 ss.); Thanner, DSG § 50a 148.

<sup>37</sup> En los materiales prácticos se menciona la posibilidad de realización subsiguiente como aseguramiento de la prueba.

<sup>38</sup> 62/ME XXIV. GP. 17.

- El deber de identificar los datos de la videovigilancia.
- El deber de protocolizar.
- El deber de cancelación.
- El deber de satisfacer los derechos del afectado (en especial, el derecho de información).

### 2.3.1. Deber de comunicación y procedimiento de registro

Los datos de videovigilancia están sujetos, en virtud de los párrafos 17 y siguientes de la DSG 2000, al deber de comunicarlos a la DSK y al registro de procesamiento de datos. No resulta obligado realizar electrónicamente las comunicaciones sujetas a control previo, por medio de una aplicación de internet. Éstas se examinarán con apoyo automatizado y se registrarán inmediatamente si no tienen errores. Las disposiciones especiales sobre el procedimiento de registro, a que se refiere el párrafo 50c de la DSG 2000, establecen que esas comunicaciones, por causa de su muy elevado potencial de peligro, en atención al frecuentemente amplio círculo de afectados y al uso potencial de datos sensibles<sup>39</sup>, se sujetan a un control previo<sup>40</sup>. Aparte esto, la vigilancia en tiempo real<sup>41</sup> no está sujeta a comunicación<sup>42</sup>.

Del deber de comunicación al registro de proceso de datos, con base en el Reglamento estándar y el Reglamento modelo<sup>43</sup>, están exceptuados, además:

- Bancos,
- Joyerías, el comercio de antigüedades y objetos de arte, talleres de oro y plata,

---

<sup>39</sup> Véase en relación con ello ErRV 472 B1gNR XXIV. GP. 18.

<sup>40</sup> *Jahnel*, jusIT 2010/9, 12 (14).

<sup>41</sup> La misma existe cuando la vigilancia se agota en una mera repetición y los datos comprendidos no pueden ser almacenados ni procesados, véase párrafo 50a, apartado 4, número 3, de la DSG.

<sup>42</sup> Véase también *Hattenberger* en *Jahnel*, *Datenschutzrecht Jahrbuch* 2011, 117 (131).

<sup>43</sup> Reglamento del Canciller Federal sobre las aplicaciones estándar y modelo, según la Ley de Protección de Datos de 2000 (Reglamento Estándar y Modelo 2004 – StMV 2004), BGBl II 312/2004 en la redacción de BGBl II 255/2009, BGBl II 152/2010, BGBl II 105/2011 y BGBl II 306/2012; detalladamente en relación con ello véase *Thiele*, *Neues zur Datenermittlung im Konzern, Videoüberwachung & Co – Neuerliche Änderung der Standardanwendung SA032*, jusIT 2012/85, 178.

- Estancos
- Gasolineras
- Terrenos privados edificados (con entrada a la casa y garaje),
- Autoridades representativas extranjeras y organizaciones internacionales.

Dichas excepciones se critican por *Hattenberger*<sup>44</sup>, dado que a través de ellas se potencia directamente el aumento de videovigilancias.

Las imitaciones de cámaras no deben comunicarse, dado que no tiene lugar la grabación. Sin embargo, el OGH ha expresado en una decisión<sup>45</sup>, que a pesar de todo, el montaje de una imitación de cámara puede resultar inadmisibile, en virtud del parágrafo 16 del ABGB, en conexión con el artículo 8, apartado 2, del CEDH, dado que el control continuo por medio de una cámara representa un menoscabo de la esfera privada.

Además, por principio, el dispositivo de videovigilancia sólo puede ser instalado en la empresa cuando se ha concluido el procedimiento de registro, es decir, cuando se ha producido el registro de procesamiento de datos dentro de los dos meses siguientes al depósito del anuncio (el llamado procedimiento de control previo). Si se instala antes la videovigilancia en la empresa, esto representa una infracción administrativa, y puede ser sancionada con una multa de hasta 10.000 euros<sup>46</sup>.

En caso de videovigilancia en la empresa, el parágrafo 50a, apartado 1, inciso último, de la DSG 2000 establece que también hay que presentar durante la tramitación del procedimiento de registro los eventuales acuerdos de empresa que se hayan celebrado (sobre esto, véanse más detalles en 3.3.1.f).

### 2.3.2. Deber de protocolización, deber de cancelación y deber de identificación

---

<sup>44</sup> *Hattenberger* en Jahnel, *Datenschutzrecht Jahrbuch* 2011, 117 (132).

<sup>45</sup> OGH 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05y = *ecolex* 2006/167, 385 = *JB1* 2006, 447 = *RdW* 2006/253, 273 = *Zak* 2006/125, 74.

<sup>46</sup> *Knyrim*, *Datenschutzrecht*<sup>2</sup>, 202.

En virtud del párrafo 50b, apartado 1, de la DSG 2000, cabe observar que todo proceso de aplicación de videovigilancia hay que protocolizarlo íntegramente, exceptuándose de ello solamente la videovigilancia constante.

En relación con la videovigilancia, tiene una importancia esencial el criterio de la limitación temporal. Según *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*<sup>47</sup>, en lo posible, el almacenamiento debe mantenerse poco tiempo.

El proyecto del Gobierno<sup>48</sup> y el borrador del Ministerio<sup>49</sup> preveían aún, en el párrafo 50b, apartado 2, de la DSG 2000, la cancelación de los datos conocidos por videovigilancia a las 48 horas. Sin embargo, la Ley sólo prevé la cancelación tras 72 horas. Pero este deber de cancelación se enfrenta en la práctica a la crítica, dado que el mismo se mantiene muy poco tiempo. En diversas tomas de posición sobre enmiendas a la DSG de 2010<sup>50</sup>, se propuso reiteradamente el deber práctico de almacenamiento de hasta una semana. El Comité procedimental llegó a la conclusión de que, en caso de cancelación, es posible plantear la necesidad de información en aproximadamente 48 horas. De ahí que se decidiese fijar la duración del almacenamiento admisible en 72 horas, por motivos prácticos (fines de semana, festivos)<sup>51</sup>.

Complementariamente, se atenúa la breve duración del almacenamiento, por referencia al párrafo 33, apartado 3, de la AVG<sup>52</sup>: si el final del plazo cae en sábado, domingo, festivo legal o Viernes Santo, entonces es el último día del plazo es el siguiente día laboral.

La prolongación de la duración del almacenamiento es ciertamente posible, en principio. Sobre ello, debe expresarse en la comunicación al registro de proceso de datos qué motivos especiales hay para pretender ese objetivo (por ejemplo, la lucha contra el fraude en el sector bancario)<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG<sup>2</sup> § 50a Anm 3, con notas sobre la DSK.

<sup>48</sup> RV 472 B1gNR XXIV. GP. 4.

<sup>49</sup> 62/ME XXIV. GP. 17.

<sup>50</sup> Cfr. en relación con ello la toma de posición del Club de Periodistas Austríacos (40/SN-62/ME); toma de posición de la Cámara de Médicos Austríacos (56/SN-62/ME); de la toma de posición de la Comisión de Protección de Datos (57/SN-62/ME) hay que deducir que la duración del almacenamiento debía ascender a 96 horas.

<sup>51</sup> AB 531 de los Suplementos a los Protocolos Estenográficos del Consejo Nacional XXIV. GP. 4.

<sup>52</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General de 1991 – (AVG), BGBl I 51/1991 en la redacción de BGBl I 33/2013.

<sup>53</sup> *König* en Bogendorfer, Datenschutzgespräche 2011, 23 (37).

El comitente tiene también el deber de identificación, en virtud del párrafo 50d de la DSG 2000. Este deber de identificación se considera *lex specialis*, respecto del deber de información del párrafo 24 de la DSG 2000. De ahí que el comitente de la videovigilancia deba identificarla consecuentemente, para informar de la videovigilancia a las personas (potencialmente) afectadas. Esto se remarca usualmente por medio de la palabra «videovigilado» o de un pictograma (por ejemplo, DIN 33450)<sup>54</sup>. A través de ello, debe darse a los afectados la posibilidad de recibir informaciones sobre la identificación de la videovigilancia, esto es, sobre el comitente<sup>55</sup>.

### 2.3.3. Deber de información

El párrafo 50e de la DSG 2000 completa el deber de información general del párrafo 26 de la DSG 2000. En el deber de información, no se trata como en los deberes antes mencionados de un deber explícito, sino de una forma implícita de deber del comitente, que sólo debe cumplir a exigencia del que pide la información. El comitente sólo tiene que dar información al que la pide sobre los datos procesados sobre su persona, cuando ésta fue posiblemente afectada en un período por la videovigilancia, así como sobre el lugar en que posiblemente ha ocurrido. Requisito fundamental para el que solicita la información es el de que el solicitante debe realizar su petición dentro del plazo de grabación (72 horas); en caso contrario, debe darse una información negativa. La información tiene que darse en el formato técnico habitual, por medio del envío de una copia de los datos de imágenes relativos a la persona<sup>56</sup>. Pero supuesto que la información basada en intereses justificados preponderantes de un tercero no pueda ser consecuentemente enviada, el solicitante de la información tiene derecho a una descripción por escrito de la conducta grabada por la vigilancia o a la información desfigurada de las otras personas<sup>57</sup>. En una decisión del DSK<sup>58</sup>, se indica sobre ello que existe en el solicitante de la información un elemento adicional, especial, extraordinario y con derecho a la protección de datos. Pues «supuesto que el comitente no ha valorado la identificación del video, no sólo conoce los datos “clasificables” — ciertamente los ha investigado y guardado en su “ámbito de dominio” y de ahí que sea “comitente”, pero no puede tomar de él ningún elemento, a no ser que se interfiera objetivamente un motivo de evaluación, que fuese reconocido en el procedimiento

<sup>54</sup> Schrems, *Private Videoüberwachung* (2010) 94.

<sup>55</sup> Ya hubo una primera sanción por causa de una identificación insuficiente, aunque lamentablemente el juicio correspondiente no está hasta ahora disponible, véase *Knyrim*, *Datenschutzrecht*<sup>2</sup>, 203.

<sup>56</sup> König en Bogendorfer, *Datenschutzgespräche 2011* (2011) 23 (46).

<sup>57</sup> 62/ME XXIV. GP. 18.

<sup>58</sup> DSK 5. 12. 2008, K121.401/0009-DSK/2008.



de registro como caso de existencia de un interés predominante y justificado a la evaluación».

El derecho a la información no existe en caso de videovigilancia constante, dado que los datos no se almacenan.

### 3. La videovigilancia en el Derecho del Trabajo

#### 3.1. Generalidades

En el ámbito del mundo del trabajo, con el objetivo de videovigilar, se aducen a menudo motivos expresos como «incremento de la seguridad», «control del desarrollo de la producción» y hasta «protección ante daños a la propiedad del empresario». En él, se diferencian la mera «autoprotección» (por ejemplo, propiedad, integridad corporal propia) y la protección ajena (protección de terceros). En la valoración de la autoprotección, se opone a menudo al derecho fundamental a la protección de datos otro derecho fundamental, como, por ejemplo, el derecho a la propiedad. Aquí hay que prestar atención a que no ocurra una ampliación desproporcionadamente excesiva del derecho de propiedad<sup>59</sup>. Sin embargo, si está en primer plano la protección de terceros (protección ajena), se plantea especialmente la cuestión de en qué medida el empresario tiene que cargar sobre el trabajador el derecho o la obligación que tiene de garantizar la protección de terceros.

Pero, por principio, dichos sistemas de control, como la videovigilancia, también suministran datos «accesorios», que pueden ser puestos en determinadas circunstancias bajo el control del trabajador<sup>60</sup>. La conducta del trabajador puede ser verdaderamente protocolizada de modo íntegro a través de dicho sistema de control. Según *Grillberger*<sup>61</sup>, «la esfera privada de las personas se ahueca cada vez más». Los controles directos en Derecho del Trabajo<sup>62</sup> se caracterizan por una cierta ambivalencia: de un lado, está la relación laboral, caracterizada directamente

---

<sup>59</sup> Críticamente *Kunnert*, *juridicum* 2006, 48.

<sup>60</sup> *Hattenberger*, Die Bedeutung des Datenschutzrechts für das Arbeitsverhältnis, en Resch (Editor), *Die Kontrolle des Arbeitnehmers* (2005) 13 (15).

<sup>61</sup> *Grillberger*, Rechtliche Grenzen der Ermittlung von Arbeitnehmerdaten im Arbeitsrecht und Datenschutz-gesetz, en *Festschrift Floretta* (1983) 373.

<sup>62</sup> Sobre los controles en el Derecho del Trabajo véase *Binder*, *Detektiveinsatz und Arbeitnehmerkontrolle*, en *Festschrift Tomandl* (1998) 11.

por la dependencia personal<sup>63</sup>, que implica control cierto, incluso sometimiento a control de la conducta del trabajador. El empresario, en el marco de su deber de asistencia, tiene el deber de proteger la vida y la salud del trabajador, así como defender los intereses materiales e inmateriales del trabajador. En relación con ello, debe tener a disposición los datos correspondientes sobre el trabajador<sup>64</sup>. De otro lado, el control del empresario, por ejemplo, a través de la vigilancia continua, no debe interferir con fuerza en la esfera privada del trabajador.

### 3.2. Videovigilancia de trabajadores desde la perspectiva de la DSG 2000

Desde la perspectiva de la protección jurídica de datos, para la aplicación de la videovigilancia en el puesto de trabajo resulta decisivo el parágrafo 50a, apartado 5, de la DSG 2000. En principio, se prohíbe a través de él la videovigilancia con el propósito de control del trabajador «en los lugares de trabajo». Pero de ello se excluyen, por ejemplo, la vigilancia de las cajas, de los almacenes o de rampas de carga, con el objetivo de protección de la propiedad. En los materiales prácticos<sup>65</sup>, se pone de relieve que cabe encontrar un medio moderado de control de los trabajadores, en base a una intervención profunda. La DSK ha alertado en su toma de posición sobre el borrador del Ministerio<sup>66</sup>, acerca de que en el texto de la Ley debería ponerse en claro, al menos en los comentarios a la misma, que sólo el control de la prestación del trabajador por videovigilancia está prohibido, y, en cambio, que debería excluirse de la prohibición el control del ambiente de trabajo con otros objetivos, como la protección del trabajador ante peligros especiales (por ejemplo, en el ámbito de una máquina peligrosa, unidad de cuidados intensivos de un centro hospitalario).

En este contexto, se plantea primeramente la cuestión de lo que hay que entender bajo el concepto «lugares de trabajo». ¿Se trata aquí de la empresa, de una parte del centro de trabajo o sólo de un concreto puesto de trabajo? ¿Cuenta a esos efectos, como lugar de trabajo, un espacio para fumadores fuera de las instalaciones de la empresa? Además, se plantea la cuestión de si también el aparcamiento para los trabajadores o la entrada para el aparcamiento de trabajadores pertenecen al centro de trabajo. A través de todo ello, el empresario podría vigilar cuándo vienen los trabajadores al trabajo y cuándo estos vuelven a abandonarlo.

---

<sup>63</sup> En relación con ello véase *Löschnigg* en *Löschnigg* (Editor), *AngG Band I*<sup>9</sup> § 1 Rz 8 (2012).

<sup>64</sup> *Oberhofer*, *Datenschutz und Arbeitsrecht*, en *Bauer/Reimer* (Hrsg), *Handbuch Datenschutzrecht* (2009) 457.

<sup>65</sup> 62/ME XXIV. GP. 16.

<sup>66</sup> Toma de posición de la Comisión de Protección de Datos (57/SN-62/ME).

El problema es que hay que ver si se entiende el concepto de lugares de trabajo de modo estricto, dado que si, por ejemplo, sólo se comprenden en él los edificios de la empresa, el trabajador sólo está protegido dentro de las instalaciones. De ahí que pueda el empresario videovigilar al trabajador en el aparcamiento de trabajadores o en el espacio de fumadores que está fuera de los edificios de la empresa, y el trabajador no estaría protegido. También se plantean cuestiones en el ámbito de la «home-office»<sup>67</sup>. Como consecuencia de ello, debe partirse de un concepto amplio de lugares de trabajo, para proteger adecuadamente al trabajador. Sería perfectamente concebible un concepto de centro de trabajo en el sentido de la ArbVG<sup>68</sup> (parágrafo 34 de la ArbVG), o el concepto de lugares de trabajo en el sentido de la Ley de Protección del Trabajador<sup>69</sup> (parágrafo 2, apartado 3, de la ASchG), para orientarse. En virtud del parágrafo 34 de la ArbVG, se considera centro de trabajo todo lugar de trabajo, que constituye una unidad organizativa y donde se desarrolla un objetivo empresarial unitario. De ahí que este concepto amplio de lugares de trabajo también comprenda el recinto de la empresa y se adecuaría, en consecuencia, al objetivo de protección de la Ley, y también debería así ser expuesto. En caso contrario, se burlaría el objetivo de protección, que se persigue por el parágrafo 50a, apartado 5, de la DSG 2000. Precisamente en base a la relevancia práctica del problema, resultará evidente a medio plazo la necesidad de actuación del legislador.

*Löschnigg*<sup>70</sup> y, siguiéndole, *Hattenberger*<sup>71</sup> ven la problemática de la disposición legal también en relación con el «trabajador»<sup>72</sup>. Es cuestionable si el concepto de trabajador es igual a la definición de empleado. Mi opinión es que debió el legislador aclarar el concepto de trabajador. Naturalmente, debería producirse como ulterior consecuencia un ajuste legislativo.

### 3.3 Videovigilancia de trabajadores desde la perspectiva de la ArbVG en relación con la AVRAG

<sup>67</sup> Véase también con carácter general sobre esta temática *Melzer-Azodanloo*, *Telearbeitsrecht* (2001).

<sup>68</sup> Ley Federal de 14 diciembre 1973 relativa a la organización del trabajo (Ley de Organización del Trabajo – ArbVG) BGBl 22/1974 en la redacción de BGBl I 111/2010.

<sup>69</sup> Ley Federal sobre Seguridad y Protección de la Salud en el Trabajo (Ley de Protección de Trabajadoras y Trabajadores – ASchG), BGBl 450/1994 en la redacción de BGBl I 118/2012.

<sup>70</sup> *Löschnigg* en *Bergauer/Staudegger*, *Recht und IT*, 57 (63).

<sup>71</sup> *Hattenberger* en *Jahnel*, *Datenschutzrecht Jahrbuch* 2010, 29 (33).

<sup>72</sup> Para consideraciones detalladas sobre el concepto de trabajador véase *Löschnigg* en *Bergauer/Staudegger*, *Recht und IT*, 57 (63 ss.); es cuestionable si “trabajador” es comparable al concepto de “empleado” o si, en su caso, persona asimilada a trabajador, prestador libre de servicios o trabajador cedido pueden subsumirse en la noción de trabajador.

Junto a las disposiciones de la DSG 2000, que en lo esencial están más bien concebidas desde la perspectiva jurídica individual, tienen también importancia especial para la videovigilancia de los puestos de trabajo las normas jurídicas sobre organización de la empresa de la ArbVG<sup>73</sup>.

### 3.3.1. Videovigilancia al amparo del parágrafo 96a, apartado 1, número 1, de la ArbVG

La videovigilancia en el centro de trabajo, en virtud del parágrafo 96a de la ArbVG, puede representar la introducción de sistemas de tratamiento de protección automatizada y transmisión de datos de carácter personal del trabajador, que sólo resulta posible con el consentimiento del comité de empresa. La «introducción» no comprenderá sólo la instalación estricta, sino también la aplicación, modificación y el cambio de lugar<sup>74</sup>. Además, debe existir un «sistema», que represente por lo general una unidad de instalaciones de maquinaria (hardware) con programas determinados (software). Con respecto al concepto «protección automatizada», hay que tener en cuenta la norma del parágrafo 4, número 7, de la DSG 2000. En ella, hay que comprender la aplicación mecánica y controlada por ordenador de los datos<sup>75</sup>. Por último, también deben estar comprendidos los «datos del trabajador de carácter personal», que exceden de la transmisión de datos generales sobre la persona y condiciones especiales<sup>76</sup>. El concepto de datos de carácter personal hay que interpretarlo de modo amplio, de modo que todas las informaciones que estén en conexión con el trabajador o que podrían ser utilizadas en conexión con él, como, por ejemplo, el nombre, la fecha de nacimiento, grado académico, sexo, nivel de inteligencia, patrimonio, creencias religiosas, etc., están comprendidas en ello<sup>77</sup>. Se opina que también los log-files, supuesto que al ordenador del trabajador en su puesto de trabajo se le pidan el nombre de usuario y la contraseña, si están asignados al trabajador<sup>78</sup>. Löschnigg<sup>79</sup> habla incluso de datos de carácter personal, supuesto que la asignación no pueda efectuarse con seguridad, sino con alta probabilidad.

<sup>73</sup> Hattenberger en Jahnel, Datenschutzrecht Jahrbuch 2010, 29 (30).

<sup>74</sup> Preiss en Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht Volumen 3<sup>4</sup> § 96a Erl 5 (2009).

<sup>75</sup> Preiss en Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG 3<sup>4</sup> § 96a Erl 5.

<sup>76</sup> Reissner en Neumayr/Reissner (Editores), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> § 96a ArbVG Rz 16 (2011).

<sup>77</sup> Oberhofer en Bauer/Reimer, Handbuch Datenschutzrecht, 457 (460).

<sup>78</sup> Sacherer, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005/221, 173 (174).

<sup>79</sup> Löschnigg, Datenschutz und Kontrolle im Arbeitsverhältnis, DRdA 2006, 459 (461).

En virtud del párrafo 96a, apartado 2, de la ArbVG, el consentimiento del comité de empresa también puede reemplazarse por decisión del órgano de conciliación. En el párrafo 50c, apartado 1, inciso último, de la DSG 2000, se contiene una referencia explícita a la norma del párrafo 96a de la ArbVG.

### 3.3.2. Videovigilancia al amparo del párrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG

Pero a través de ello también es posible que la videovigilancia en el centro de trabajo deba introducirse por medio del acuerdo de empresa a que se refiere el párrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, dado que frecuentemente hay que calificarla como introducción de medidas de control y de sistemas técnicos para el control de los trabajadores, que afectan a la dignidad humana<sup>80</sup>. Naturalmente, es cuestionable en este contexto cuándo existe «afectación de la dignidad humana» y cómo hay que interpretarla, a efectos de comentar la ArbVG<sup>81</sup>, para esclarecer el «espacio de límites angostos» entre perjudicar la dignidad humana y las medidas que no tocan la dignidad humana. En relación con esto, el legislador parte de un concepto triple o dual<sup>82</sup>:

— Medidas de control que no afectan en absoluto a la dignidad humana: la mayoría de las veces se trata en ese caso de preceptos de ordenación (por ejemplo, preceptos generales sobre vestimenta, reglas relacionadas con fumar), que hay que calificar en el sentido del párrafo 97, apartado 1, número 1, de la ArbVG<sup>83</sup>.

— Medidas de control que dañan la dignidad humana: en ellas, se comprenden, por ejemplo, escuchar conversaciones telefónicas, sin informar al trabajador; cámaras de vigilancia en los cuartos de baño.

— Medidas de control que afectan a la dignidad humana.

De ahí la importancia de la intensidad del control, dependiente de la forma del control (control por medio de personas o de técnica), de la duración temporal (duradero o sólo puntual), del alcance del control (ligado a datos

---

<sup>80</sup> *Risak*, Betriebliche Mitbestimmung bei der Mitarbeiterkontrolle en Brodil (Editor), *Datenschutz im Arbeitsrecht. Mitarbeiterüberwachung vs Qualitätskontrolle* (2010) 35; detalladamente sobre el tema de la afectación de la dignidad humana, véase *S. Mayer*, *Videouberwachung ¿también sin consentimiento del comité de empresa? Überlegungen zum „Berühren der Menschenwürde“ im Sinne des § 96 Absatz 1 Ziffer 3 ArbVG*, wbl 2009, 217.

<sup>81</sup> ErlRV 840 BlgNR XIII. GP. 22.

<sup>82</sup> *Binder* en Tomandl (Editor), *Arbeitsverfassungsgesetz § 96 Rz 62* (2010).

<sup>83</sup> Véase también *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>11</sup> (2011) 806.

diferentes) y, en ese caso, los datos comprendidos (sensibilidad)<sup>84</sup>. En las medidas de control, hay que comprender la vigilancia sistemática de cualidades, acciones o la conducta general de los trabajadores por el dueño de la empresa<sup>85</sup>. De ahí que pueda afectarse la dignidad humana, en el sentido del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, a través de la gran densidad del control, que sobrepase la dimensión necesaria para alcanzar el objetivo del control<sup>86</sup>. Según el punto de vista del OGH<sup>87</sup>, no existe control que afecte a la dignidad humana en el sentido del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, en el caso del trabajador que en el marco de todo un día de trabajo es observado por poco tiempo y de manera no continuada en una pantalla, sólo durante una parte de la ejecución de su trabajo (cargar un camión).

El OGH<sup>88</sup> llega a la conclusión de que el legislador quiere conseguir con la conexión a la dignidad humana del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, que el libre desarrollo de la personalidad del trabajador no padezca ninguna intervención excesiva.

En los centros de trabajo en los que no existe comité de empresa, se requiere el consentimiento de cada concreto trabajador para introducir la videovigilancia, en virtud del parágrafo 10 de la AVRAG<sup>89</sup>. A través de él, debe asegurarse que en los centros de trabajo sin comité de empresa la introducción de medidas de control, que afecten a la dignidad humana, resulte inadmisibles sin el consentimiento del trabajador<sup>90</sup>.

#### 3.4. Relación entre la DSG 2000 y la ArbVG

---

<sup>84</sup> Véase *Löschnigg*, Biometrische Daten und Arbeitsverhältnis. Zur Zulässigkeit betrieblicher Zutrittskontroll-systeme mittels biometrischer Daten, ASoK 2005, 37 (42); *Preiss* en Cerny/Gahleitner/Preiss/Schneller, ArbVG 3<sup>4</sup> § 96a Erl 7.

<sup>85</sup> OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d = ARD 5754/1/2007 = ASoK 2007, 139 = DRdA 2008/26, 326 (*Mosler*) = infas 2009, 139 (*Heilegger*).

<sup>86</sup> *Rauch*, Zur privaten Nutzung des PC und Telefons im Arbeitsverhältnis. Der Arbeitgeber kann Einschränkungen vereinbaren und in bestimmten Grenzen Kontrollen durchführen, ASoK 2007, 169 (171).

<sup>87</sup> Departamento de Conciliación de Viena 24. 4. 1986, II Re 61/86, Arb 10.518.

<sup>88</sup> OGH 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d = ARD 5754/1/2007 = ASoK 2007, 139 = DRdA 2008/26, 326 (*Mosler*) = infas 2009, 139 (*Heilegger*).

<sup>89</sup> Ley de Adaptación del Derecho del Contrato de Trabajo – (AVRAG), BGBl 459/1993 en la redacción de BGBl I 152/2011.

<sup>90</sup> *Reissner* en Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar<sup>2</sup> § 10 AVRAG Rz 2.

Según *Löschnigg*<sup>91</sup>, se cumplirán ordinariamente de modo estricto, en el ámbito de la videovigilancia en el centro de trabajo, las circunstancias del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, al igual que las del parágrafo 96a, apartado 1, número 1, de la ArbVG. Esto permite motivar que la videovigilancia en el centro de trabajo haya que calificarla la mayoría de las veces como una vigilancia duradera. La videovigilancia es un control de la esfera privada del trabajador, que expresa el sentido de una vigilancia (potencial) duradera<sup>92</sup>. El consentimiento del comité de empresa no es necesario, supuesto que no sobrepase el cumplimiento de los deberes para un uso previsto u objetivo de los datos, que se dependan de la Ley, de las normas de regulación jurídica colectiva y del contrato de trabajo<sup>93</sup>.

De ahí que no resulte comprensible por qué la disposición del parágrafo 50c, apartado 1, inciso último, de la DSG 2000 sólo menciona el parágrafo 96a, apartado 1, número 1, de la ArbVG, y que tampoco se remita al parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG.

En relación con esto, hay que anotar que la disposición del parágrafo 79e de la BDG<sup>94</sup>, en relación con el parágrafo 29n de la VBG<sup>95</sup>, representa la limitación más poderosa, dado que la introducción y uso de medidas de control y sistemas técnicos resulta, con carácter general, inadmisibles<sup>96</sup>.

También según *Hattenberger*<sup>97</sup>, es distinto el ámbito de protección a que se refiere la ArbVG, en comparación con la DSG 2000. La DSG 2000 persigue el objetivo de que debe introducirse siempre el medio moderado, y la medida ya no resulta proporcionada cuando excede el objetivo. Entre tanto, la ArbVG puede introducir perfectamente dicha medida por medio del consentimiento del comité de empresa.

<sup>91</sup> *Löschnigg* en Bergauer/Staudegger, *Recht und IT*, 57 (66).

<sup>92</sup> También así básicamente *Burgstaller/Neußl*, *Videouberwachung und Zutrittskontrolle am Arbeitsplatz*, *ecolex* 2011, 82.

<sup>93</sup> Cfr. *Preiss*, en *Arbeitsverfassungsrecht Volumen 3*<sup>4</sup> § 96a Erl 6, 7; *Löschnigg*, *Datenermittlung*, 202.

<sup>94</sup> Ley Federal de 27 Junio 1979 sobre el Derecho de Servicios de los Funcionarios (Ley del Derecho de Servicios de los Funcionarios 1979 – BDG), BGBl 333/1979 en la redacción de BGBl I 77/2009.

<sup>95</sup> Ley Federal de 17 Marzo 1948 sobre el Derecho de Servicios y Retributivo de los Servidores Contractuales de la Federación (Ley de los Servidores Contractuales 1948 – VBG), BGBl 86/1948 en la redacción de BGBl 35/2012.

<sup>96</sup> *Löschnigg*, *Arbeitnehmerdatenschutz*, en *Jahnel/Mader/Staudegger* (Editores), *IT-Recht*<sup>3</sup> (2012) 497 (512 ss.).

<sup>97</sup> *Hattenberger* en *Jahnel*, *Datenschutzrecht Jahrbuch* 2010, 29 (37).

#### 4. Conclusión

Con carácter general, cabe decir compendiadamente que el control por el empresario se incrementa enormemente si ocurre igualmente por medio de videovigilancia, del registro de datos telefónicos o por el uso de GPS. Esto permite afirmar que el trabajador puede escaparse cada vez más del control por el empresario, con base en la gran movilidad y flexibilidad que son inmanentes a las nuevas exigencias del mundo laboral. El cambio (futuro) hacia modelos de trabajo móviles<sup>98</sup>, pondrá muchos más desafíos al Derecho del Trabajo, pero también a la DSG 2000.

El legislador se ocupa crecientemente de la problemática de la videovigilancia. En mi opinión, el legislador observa, sin embargo, el problema de la videovigilancia —como muestra el parágrafo 50a de la DSG 2000— aisladamente. Establece ciertamente la disposición normativa de que está prohibida la videovigilancia con el objetivo del control del trabajador en los lugares de trabajo, aunque en ese caso se prescindirá de las normas jurídico-laborales. Los conceptos que el legislador utiliza en el parágrafo 50a, apartado 5, de la DSG 2000 se trasladan dificultosamente con armonía a los conceptos del contexto jurídico-laboral. Como arriba ya se explicó, debe partirse de un concepto amplio de lugares de trabajo, que se oriente hacia el parágrafo 34 de la ArbVG o al parágrafo 2, apartado 3, de la ASchG. Sólo a través de ello puede establecerse con seguridad una protección adecuada del trabajador ante la videovigilancia en el puesto de trabajo.

También hay que indagar críticamente la remisión del parágrafo 50c, apartado 1, de la DSG 2000 «sólo» al parágrafo 96a de la ArbVG. En mi opinión, también deben comunicarse a la DSK, para su control previo, los acuerdos de empresa que se concluyan al amparo del parágrafo 96, apartado 1, número 3, de la ArbVG, por analogía con el parágrafo 50c, apartado 1, de la DSG 2000. A pesar de los objetivos de protección diferenciados de la ArbVG y de la DSG 2000, no se excluyen los ámbitos jurídicos<sup>99</sup>. La observación aislada de los dos ámbitos jurídicos conduce a que las disposiciones de la ArbVG infiltren los objetivos de protección de la DSG 2000. De lege ferenda sería deseable, entre otras cosas,

---

<sup>98</sup> J. Müller, *Der Arbeitsplatz der Zukunft: Ein Mitarbeiter, sechs Endgeräte, zwei Drittel Schreibtisch* <<http://www.citrix.com/news/announcements/sep-2012/der-arbeitsplatz-der-zukunft--ein-mitarbeiter--sechs-endgeraete-.html>> (27. 2 2013).

<sup>99</sup> Con otra perspectiva *Burgstaller/Neußl*, *ecolex* 2011, 82 (85); llegan a la conclusión de que la videovigilancia y las medidas de control pueden armonizarse los trabajadores, por lo que hay que valorarlas en consecuencia, por un lado, según las normas del Derecho del Trabajo, y por otro lado, según las disposiciones del Derecho de protección de datos.



regular expresamente la exclusión de controles de la prestación a través de la videovigilancia.



**CRISIS ECONÓMICA Y TIEMPO DE LA JUSTICIA: LOS RECURSOS Y  
EL PROCESO LABORAL\***

*[ECONOMIC CRISIS AND TIME OF JUSTICE: APPEALS AND THE LABOR  
PROCEEDING]*

**Manuel Joaquim de Oliveira Pinto Hespagnol**

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2013

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2013

**Sumario:** 1. Crisis económica y tiempo de la Justicia.- 2. Los recursos en el proceso laboral.- 3. El proceso laboral ante la situación de crisis económica.- 4. Conclusión.

***Contents:** 1. Economic crisis and time of Justice.- 2. The appeals in the labor proceeding.- 3. The labor proceeding before the situation of economic crisis.- 4. Conclusion.*

**Resumen:** El tiempo de la Justicia no puede dejar de atender las necesidades concretas de los ciudadanos y de acompañar el ritmo de la actividad económica, por lo que hay que poner en práctica las medidas certeras para derrotar la morosidad judicial, entre las cuales sobresale la racional limitación del abuso del derecho al recurso de decisiones judiciales. Adicionalmente se analizan las especialidades del proceso laboral portugués.

***Abstract:** The time of Justice cannot leave unattended the specific needs of the citizens as well as accompany the rhythm of the economic activity. This explains the need to implement the accurate measures in order to defeat the judicial slowness, among which the racional limitation of the abuse of the right to appeal against judicial decisions stands out. Furthermore, this paper analyses the specialities of the Portuguese labor proceeding.*

**Palabras clave:** Crisis económica - Tiempo de la Justicia - Proceso laboral - Recursos - Supremo Tribunal de Justicia - Portugal - Derecho Comparado del Trabajo

---

\* Traducción al castellano, desde el portugués original («Crise económica e tempo da Justiça: Os recursos e o processo laboral»), de Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón.

*Keywords: Economic crisis – Time of Justice – Labor proceeding – Appeals – Supreme Court of Justice – Portugal – Comparative Labor Law*

\* \* \*

## 1. Crisis económica y tiempo de la Justicia

En el contexto de la crisis extendida, instalada en la vida económica, la problemática del tiempo de la Justicia asume un relieve importante.

Pero ¿será que atravesamos una verdadera crisis económica, con sus característicos períodos de expansión, depresión y vuelta al crecimiento, o estamos ante el surgimiento de nuevos parámetros financieros, económicos y sociales, que van a pasar a acompañar el devenir de la humanidad?

Es que, en verdad, nadie vislumbra el fin de dicha crisis.

Desde mi punto de vista, los principios estructuradores de la vida social, de la actividad financiera y del desarrollo económico del pasado reciente, que considerábamos perennes, están irremediamente en causa, emergiendo, poco a poco, la solidaridad en vez del egocentrismo, la reglamentación en lugar de la desregulación, la cohesión económica y social en sustitución de la peregrina idea de la continua expansión del consumo, del progreso económico y del bienestar, y la convergencia como método de abordar y resolver los conflictos.

Por tanto, la calificación de la compleja situación que afrontamos como una tradicional crisis económica no puede dejar de configurar un simplismo, que deberá atemperarse con la indispensable precaución.

Sea como fuere, en un tiempo en que coexisten elevados niveles de desempleo y de precariedad del trabajo, en un tiempo de contracción de la financiación y de la inversión, y de generalizada crisis empresarial, el tiempo de la Justicia tiene que atender las necesidades concretas de los ciudadanos e intentar acompañar el ritmo de la actividad económica, debiendo ejercitar los tribunales, con eficacia y celeridad, su función de garantizar los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos, reprimir la violación de la legalidad democrática y dirimir los conflictos, en pro de un deseable enlace con los designios de los ciudadanos y de las empresas.

El tiempo de la Justicia debe, en suma, atender las necesidades de la sociedad, entre las que sobresalen la celeridad y la simplicidad procesales.

Pero el combate a la lentitud del sistema de administración de Justicia en la resolución de los conflictos no puede basarse, tan sólo, en la mejor formación de los medios humanos implicados, en el perfeccionamiento de la estructura del proceso judicial y de la regulación de su tramitación, en la adopción de una eficiente gestión de los medios disponibles y en la promoción de formas no jurisdiccionales de resolución de los litigios, como la mediación y el arbitraje.

Se exige, más allá de eso, una racional y sostenible limitación de la posibilidad de recurso, reservándose al órgano superior de la jerarquía de los tribunales la resolución de divergencias jurisprudenciales, ofensa a las normas constitucionales o a la jurisprudencia unificada.

Sólo, de este modo, será posible yugular los esforzados intentos de resistirse al cumplimiento de la decisión judicial desfavorable, que procuran agotar todas las instancias de recurso posibles, con el claro objetivo de impedir el tránsito a cosa juzgada de la decisión y retardar la solución del conflicto.

En la presente coyuntura sombría de nuestra existencia colectiva, hay que trabajar sobre las circunstancias del momento y poner en práctica, con rapidez y en un marco de respeto a los derechos, libertades y garantías fundamentales, las medidas certeras para derrotar la morosidad judicial, entre las cuales sobresale, por ser decisiva para la consecución de ese objetivo, la urgente contención del abuso del derecho al recurso de decisiones judiciales.

Al igual que el niño inocente y sin miedo del admirable cuento de autoría del danés Hans Christian Andersen, publicado en 1837, es imperioso gritar, sin miedo a resultar desconsiderado: «¡El rey va desnudo!».

## 2. Los recursos en el proceso laboral

En términos del artículo 79 del Código de Proceso del Trabajo, publicado por el Decreto-ley núm. 480/99, de 9 de noviembre, y modificado por los Decretos-leyes núms. 323/2001, de 17 de diciembre, 38/2003, de 8 de marzo, y 295/2009, de 13 de octubre, «con independencia de la cuantía de la causa y del vencimiento, es siempre admisible el recurso ante la Audiencia», (a) en aquellas acciones en que esté en causa la determinación de la categoría profesional, el despido del trabajador, su readmisión en la empresa y la validez o subsistencia del contrato de trabajo, (b) en los procesos derivados de accidente de trabajo o de

enfermedad profesional y (c) en los procesos del contencioso de las instituciones de previsión, anticipos familiares y asociaciones sindicales.

Subráyese que otras normas específicas de aquel compendio adjetivo garantizan siempre el recurso ante la Audiencia, tal y como ocurre en la hipótesis de la decisión final en el procedimiento cautelar de suspensión del despido individual o colectivo (artículo 40, núm. 1).

Pero, como regla y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678 del Código de Proceso Civil, que prevé las decisiones que admiten recurso, el artículo 79-A del Código de Proceso del Trabajo estipula que contra la decisión del tribunal de 1ª instancia que ponga fin al proceso cabe recurso de apelación (núm. 1), ocurriendo lo mismo en lo que respecta a las decisiones del tribunal de 1ª instancia discriminadas en el subsiguiente núm. 2.

En relación con la interposición del recurso de suplicación, estatuye el núm. 5 del artículo 81 del Código de Proceso del Trabajo que se aplica el régimen establecido en el Código de Proceso Civil, lo que se configura como una incuestionable remisión dinámica a las normas integrantes del aludido régimen de legislación procesal común, civil.

Así, el régimen de recursos aplicable a los procesos laborales, en lo que respecta a la interposición y alegación del recurso de suplicación, exceptuando lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Proceso del Trabajo en cuanto al respectivo plazo de interposición (20 días), consta en los artículos 684-B, 685, 685-A y 721 a 725 del Código de Proceso Civil, en la redacción introducida por el Decreto-ley núm. 303/2007, de 24 de agosto.

Ahora bien, según lo dispuesto en el núm. 1 del artículo 721 del Código de Proceso Civil, «[c]abe recurso de suplicación ante el Supremo Tribunal de Justicia contra la sentencia dictada por la Audiencia al amparo del núm. 1 y del apartado h) del núm. 2 del artículo 691», esto es, cabe suplicación contra la sentencia de la Audiencia que haya sido dictada en apelación interpuesta ante una «decisión del tribunal de 1ª instancia que ponga fin al proceso» o de un «[a]uto revisor que, sin poner fin al proceso, decida el fondo de la causa».

Aunque el núm. 3 del artículo 721 citado reza que «[n]o se admite suplicación contra la sentencia de la Audiencia que confirme, sin voto particular y

aún por fundamento diferente, la decisión dictada en la 1ª instancia, salvo en los casos previstos en el artículo siguiente».

Por otro lado, el artículo 721-A del Código de Proceso Civil establece que, «[e]xcepcionalmente, cabe recurso de suplicación contra la sentencia de la Audiencia a que se refiere el núm. 3 del artículo anterior cuando: *a*) esté en causa una cuestión cuya apreciación, por su relevancia jurídica, sea claramente necesaria para una mejor aplicación del Derecho; *b*) estén en causa intereses de particular relevancia social; *c*) la sentencia de la Audiencia esté en contradicción con otra, ya convertida en cosa juzgada, dictada por cualquier Audiencia o por el Supremo Tribunal de Justicia, en el campo de la misma legislación o sobre la misma cuestión fundamental de Derecho, salvo si hubiese sido dictada sentencia de unificación de jurisprudencia conforme con ella» (núm. 1).

Además, estatuye el citado artículo que «[la] decisión en cuanto a la comprobación de los presupuestos referidos en el núm. 1 compete al Supremo Tribunal de Justicia, debiendo ser objeto de apreciación preliminar sumaria, a cargo de un panel constituido por tres jueces escogidos anualmente por el presidente de entre los más antiguos de las secciones civiles» (núm. 3).

Esto es, en el ámbito del proceso del trabajo, tal y como ocurre en los casos regulados por la legislación procesal común, civil, el Supremo Tribunal de Justicia funciona, realmente, como una tercera instancia.

Esta conclusión está enfatizada por la posibilidad de poder suscitar el recurrente la intervención del Supremo Tribunal de Justicia en el ámbito de la depuración de la materia de hecho, aunque ceñida a la apreciación de la observancia de las reglas de Derecho material probatorio, en los términos de los artículos 722, núm. 3, y 792, núm. 2., del Código de Proceso Civil.

Específicamente, el núm. 3 del artículo 722 citado establece que «[el] error en la apreciación de las pruebas y en la fijación de los hechos materiales de la causa no puede ser objeto de recurso de suplicación, salvo habiendo incumplimiento de una disposición expresa de la ley que exija concreta especie de prueba para la existencia del hecho o que fije la fuerza de determinado medio de prueba».



Refiérase, en este plano argumentativo, que son raros los recursos en que las partes no vengan a esgrimir una pretendida confesión o una supuesta fuerza probatoria plena de documento incorporado a los autos.

Así, aunque en los estrictos términos de las normas citadas, el órgano superior de la jerarquía de los tribunales laborales funciona como una instancia más de recurso en lo que respecta a la verificación de la conformidad legal de la decisión sobre la materia de hecho apreciada por los tribunales de instancia.

Peculiar expresión del funcionamiento del Supremo Tribunal de Justicia como si fuese un tribunal de instancia es la consagración de la figura del recurso *per saltum* contra la decisión del tribunal de 1ª instancia ante aquel Supremo Tribunal, en sustitución de la apelación normal ante la Audiencia, cuando, según las reglas generales, la causa fuese susceptible de recurso de suplicación y las partes sólo hubieren suscitado cuestiones de Derecho.

De acuerdo con ello, estipula el artículo 725 del Código de Proceso Civil que las partes pueden requerir, en las conclusiones de la alegación, que el recurso interpuesto suba directamente al Supremo Tribunal de Justicia, desde que, cumulativamente: *a)* la cuantía de la causa sea superior a la mitad del valor mínimo de la causa en la Audiencia; *b)* el valor de las costas procesales del vencido sea superior a la mitad del valor mínimo de la causa en la Audiencia; *c)* las partes, en sus alegaciones, susciten sólo cuestiones de Derecho; *d)* las partes no impugnen, en el recurso contra la decisión prevista en el núm. 1 del artículo 691, cualesquiera decisiones interlocutorias.

Las estadísticas oficiales de la Justicia reflejan, de un modo impresionante, el viciado funcionamiento del órgano superior de la jerarquía de los tribunales judiciales como un tribunal de instancia, si bien, en los últimos años, se haya comenzado a dibujar una tendencia en el sentido de la disminución del número de recursos entrados en el Supremo Tribunal de Justicia, fruto de las medidas de racionalización adoptadas en la reforma del régimen de los recursos operada por el Decreto-ley núm. 303/2007, de 24 de agosto.

He aquí los anunciados datos del movimiento procesal del Supremo Tribunal de Justicia: en **2010**, entraron 3.461 recursos (238 en la Sección Social); en **2011**, entraron 3.617 recursos (284 en la Sección Social); y, en **2012**, entraron 3.460 recursos (276 en la Sección Social).

Es claro que en la magnitud de dicho movimiento procesal influye la dimensión de los recursos humanos y materiales que les están afectos y perjudica los propósitos de una mayor unificación de la jurisprudencia, resultando que, entre las funciones del Supremo Tribunal de Justicia, destacan las relativas a la orientación y unificación de la jurisprudencia.

Ahora bien, conforme ha afirmado el Tribunal Constitucional, repetida y uniformemente, no fluye de la Constitución, en general, ninguna garantía genérica del derecho al recurso contra decisiones judiciales, ni tal derecho es parte necesaria del principio constitucional de acceso al Derecho y a la Justicia, consagrado en el artículo 20 de la Ley Fundamental, con el epígrafe «*Acceso al Derecho y tutela jurisdiccional efectiva*».

Por lo demás, la Constitución no contiene precepto expreso que consagre el derecho al recurso ante uno u otro tribunal, ni en el proceso civil, ni en el proceso administrativo, salvo lo prevenido en el ámbito del proceso penal (artículo 32, núm. 1, de la Constitución).

Así y todo, como la Ley Fundamental consagra expresamente la existencia de tribunales de recurso, puede concluirse que el legislador está impedido de eliminar pura y simplemente la facultad de recurrir en todo y en cualquier caso, o de inviabilizarla en la práctica. No está, sin embargo, impedido de regular, con amplio margen de libertad, la existencia de los recursos y la recurribilidad de las decisiones.

Y es que, aunque a pesar de que la plenitud del acceso a la jurisdicción postule un sistema que proteja a los interesados contra los actos jurisdiccionales, en el cual se incluye el derecho al recurso, el derecho de acceso a los tribunales no impone al legislador ordinario que garantice siempre a los interesados, para la defensa de sus derechos e intereses legalmente protegidos, el recurso ante el Supremo Tribunal de Justicia, por lo que existe margen constitucional en el sentido de concebir el recurso ante el órgano superior de la jerarquía de los tribunales judiciales, en general, como un recurso de suplicación excepcional, siempre dependiente de una apreciación preliminar sumaria de sus presupuestos, con la única salvaguarda de lo previsto en el apartado c) del núm. 2 del artículo 678 del Código de Proceso Civil.

Destáquese, en último lugar, que el Tribunal Constitucional puede también surgir como una cuarta instancia de recurso, lo que no ocurre en casos

contados; más bien, asumiendo una frecuente (mala) práctica, en sede de fiscalización concreta de la constitucionalidad y de la legalidad.

En este marco, la alternativa es bastante cristalina: o la jurisdicción en materias de naturaleza jurídico-constitucional se concentra en un único Tribunal Supremo, que reúna, como nuevo órgano superior de la jerarquía de los Tribunales, las atribuciones del Tribunal Constitucional, del Supremo Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Administrativo, o por el contrario, la fiscalización concreta de la constitucionalidad y de la legalidad deberá conferirse a aquellos Supremos Tribunales, en función de su especialización.

Todo lo que se promueva en el sentido apuntado contribuirá a la resolución del problema de la lentitud de la Justicia, que es uno de los factores de la creciente disminución de la confianza de los ciudadanos en los valores del Estado de Derecho y ha originado múltiples condenas del Estado Portugués, en el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, debidas a retrasos en la Justicia, siendo cierto que el Nuevo Código de Proceso Civil, acogido en la Propuesta de Ley núm. 113/XII y ya aprobado, nada altera, en este preciso aspecto.

Confieso que siempre me gustaron las historias con un final feliz, y de ahí que haya dejado para la parte última de esta exposición un sucinto análisis de las especialidades acogidas en la estructura del proceso del trabajo y en la regulación de su tramitación.

### 3. El proceso laboral ante la situación de crisis económica

La autonomía del proceso del trabajo en relación con el proceso civil se basa en las especificidades sustantivas del Derecho del Trabajo con respecto al Derecho Civil y tiene como objetivo incuestionable, por un lado, facilitar el acceso de los trabajadores a la tutela jurisdiccional a través de la simplificación de la tramitación procesal y, por otro lado, garantizar una mayor celeridad del proceso.

Refiérase, para una mejor comprensión, que, en los años 2010 a 2012, según las estadísticas oficiales de la Justicia, el movimiento de procesos en los tribunales de trabajo de 1ª instancia fue el siguiente:

– **Año 2010:** entraron 68.566 procesos, siendo concluidos 66.384 procesos y habiendo quedado pendientes al final del período de referencia 64.244 procesos;

- **Año 2011:** entraron 69.968 procesos, siendo concluidos 72.625 procesos y habiendo quedado pendientes al final del período de referencia 61.587 procesos;
- **Año 2012:** entraron 71.456 procesos, siendo concluidos 70.826 procesos y habiendo quedado pendientes al final del período de referencia 62.217 procesos.

Reflejando las especialidades propias del proceso laboral, el Código de Proceso del Trabajo prevé, tradicionalmente, la realización de una audiencia de partes, inmediatamente después de la petición inicial y antes de la contestación, tendente a propiciar una conciliación más fácil mediante acuerdo equitativo, y que pretende, igualmente, «contribuir a la simplificación de la tramitación y a la rápida definición del verdadero objeto del proceso, funcionando como primera y decisiva fase de depuración y como factor de disminución de la trama burocrática inherente a cualquier proceso, permitiendo, en la mayoría de los casos, establecer prácticamente *ab initio* el calendario de todos los actos posteriores, con conocimiento inmediato de todos los intervinientes, evitándose así la necesidad de múltiples notificaciones de puro trámite del juez y minorando la intervención de la secretaría» (preámbulo de la norma que aprobó el Código de Proceso del Trabajo).

Nótese que de los 66.384 procesos terminados en el año 2010, finalizaron por homologación de transacción/conciliación un 26,56% (17.637), que de los 72.625 procesos terminados en el año 2011, finalizaron por homologación de transacción/conciliación un 26,78% (19.451), y que de los 70.826 procesos terminados en el año 2012, finalizaron por homologación de transacción/conciliación un 27,28% (19.327).

En el sentido de incrementar la resolución de conflictos laborales por medio de la mediación laboral, la reforma de 2009, por la vía de lo preceptuado en el artículo 27-A, estableció la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción con el recurso a este medio de resolución alternativa de litigios, lo que genera, según el preámbulo del Decreto-ley núm. 295/2009, de 13 de octubre, «la innecesidad de presentación de una acción judicial para impedir la caducidad o prescripción de los derechos, cuando todavía existe la posibilidad de resolver el conflicto por acuerdo entre las partes, sin recurso a los tribunales», posibilitándose, más allá de eso, «que en cualquier momento de una acción judicial el proceso pueda someterse a mediación laboral por iniciativa del juez o de las partes, promoviendo, así, una composición amigable de los litigios incluso en el decurso de un proceso judicial».

Destáquese que la regulación procesal laboral, en homenaje al principio de la verdad material y a la naturaleza de los intereses conflictivos en presencia, confiere al juez el poder de suprimir los presupuestos procesales (artículo 27), de indagación de oficio de los elementos de prueba (núm. 4 del artículo 27) y de alargamiento de la base de instrucción (artículo 72).

En este ámbito, es bien conocida la especificidad del proceso laboral referente a la condena *extra vel ultra petitum*, prevista en el artículo 74 del Código de Proceso del Trabajo y según el cual el juez debe condenar en cantidad superior a lo pedido o en objeto diverso de él cuando ello resulte de aplicación a la materia probada, o a los hechos de que pueda servirse, de preceptos inderogables de leyes o instrumentos de regulación colectiva de trabajo.

Pero el particularismo del proceso del trabajo resulta, también, de la instauración de oficio del proceso ejecutivo, cuando estén en causa derechos irrenunciables (artículo 90), de la exclusión, en los casos previstos en el núm. 1 del artículo 98, de la reclamación de créditos y, asimismo, de otras especificidades de la ley sustantiva, que justifican la reglamentación de procesos especiales en vista de la impugnación de la regularidad y licitud del despido (artículos 98-B a 98-P), a hacer efectivos derechos resultantes de accidente de trabajo y enfermedad profesional (artículos 99 a 155), a la impugnación de despido colectivo (artículos 156 a 161), en el ámbito del contencioso de las instituciones de previsión, anticipos de familia, asociaciones sindicales, asociaciones de empleadores o comisiones de trabajadores (artículos 162 a 182), e, incluso, la anulación e interpretación de cláusulas de convenios colectivos de trabajo (artículos 183 a 186), a la impugnación de la confidencialidad de informaciones o de la negativa a su prestación o de la realización de consultas (artículos 186-A a 186-C), a la tutela de los derechos de la persona del trabajador (artículos 186-D a 186-F) y otro relativo a la igualdad y no discriminación en función del sexo (artículos 186-G a 186-I).

#### 4. Conclusión

Concluyo, reafirmando las siguientes ideas fundamentales:

– El tiempo de la Justicia no puede dejar de atender las necesidades concretas de los ciudadanos y de acompañar el ritmo de la actividad económica, debiendo ejercitar los tribunales, con eficacia y celeridad, su función jurisdiccional;

– En la presente coyuntura sombría de nuestra existencia colectiva, hay que trabajar sobre las circunstancias del momento y poner en práctica, con rapidez y en un marco de respeto por los derechos, libertades y garantías fundamentales, las medidas certeras para derrotar la morosidad judicial, entre las cuales sobresale, por ser decisiva para la consecución de ese objetivo, la urgente contención del abuso del derecho al recurso de decisiones judiciales;

– Aunque la plenitud del acceso a la jurisdicción postule un sistema que proteja a los interesados contra los actos jurisdiccionales, en el cual se incluye el derecho al recurso, el derecho de acceso a los tribunales no impone al legislador ordinario que garantice siempre a los interesados el recurso ante el Supremo Tribunal de Justicia, dejando amplia libertad de conformación al legislador, por lo que existe margen constitucional en el sentido de concebir el recurso ante el órgano superior de la jerarquía de los tribunales judiciales, en general, como un recurso de suplicación excepcional, siempre dependiente de una apreciación preliminar sumaria de los correspondientes presupuestos;

– La jurisdicción en materias de naturaleza jurídico-constitucional debe concentrarse en un único Tribunal Supremo, que reúna las atribuciones del Tribunal Constitucional, del Supremo Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Administrativo, o, en caso contrario, la fiscalización concreta de la constitucionalidad y de la legalidad debe ser conferida a aquellos Supremos Tribunales, en función de su especialización;

– Tradicionalmente, el proceso del trabajo se caracteriza por la prevalencia de la justicia material sobre la justicia formal, por la celeridad y simplicidad procesales, por la promoción de una solución negociada del conflicto enjuiciado e, incluso, por el deber de condena *extra vel ultra petitum*.

Era esto lo que os quería significar.

**RECENSIONES DE LIBROS**

*[BOOK REVIEW]*





*Manuel Alonso Olea. La persona y la obra. Estudios y semblanzas en el décimo aniversario de su muerte*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social-Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones (Madrid, 2012), 189 págs.

El Servicio de Publicaciones de nuestro Ministerio de Trabajo (que ahora, por razones coyunturales, no se llama ni Servicio de Publicaciones ni Ministerio de Trabajo) siempre ha tenido una relación especial con los profesores universitarios laboralistas. Una prueba de ello es que nos haya mandado de oficio, al Área de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, este precioso librito, editado con seguridad a instancia del segundo de los discípulos Catedráticos de Don Manuel ALONSO OLEA, esto es, Don Alfredo MONTOYA MELGAR, a quien se debe no sólo la «Presentación» del libro, sino también la primera de las «Semblanzas» relativas a la persona de Don Manuel. El Profesor MONTOYA MELGAR afirma, en el primero de estos dos escritos, que «en la concepción y elaboración de este libro nos ha movido, en este décimo aniversario de la muerte del maestro, un propósito de renovado reconocimiento hacia la persona y la obra, ambas excepcionales, de uno de nuestros más universales juristas». Con toda franqueza, confieso que he leído el libro de un tirón, no sólo en la parte relativa a las recién citadas «Semblanzas» —que ofrecen una visión de la persona de Don Manuel, muy cercana a él, que pocos pudieron tener (es el caso de los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ PÉREZ, VILLAR PALASÍ, F. GAMILLSCHEG, M.V. RUSSOMANO o de su propio hijo, Catedrático de Derecho Administrativo, Ricardo ALONSO GARCÍA; o de los profesionales-prácticos del Derecho, Don Landelino LAVILLA ALSINA y Don Luis GIL SUÁREZ)—, sino también en lo tocante a las reflexiones de algunos de sus discípulos o colegas sobre la obra del propio Don Manuel, que en este libro se denominan «Estudios» (es el caso del del Profesor MONTOYA MELGAR y los de los Profesores MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, SAGARDOY y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, PALOMEQUE y DE LA VILLA). La lectura de este libro, que recomiendo a todos (y especialmente, a los profesores laboralistas más jóvenes), me ha llevado a volverme a preguntar sobre la actualidad científica de la obra de Don Manuel.

Como es sabido, no es frecuente que la jurisprudencia laboral española cite nominalmente doctrina científica. En ocasiones, en efecto, tal cita aparece en ella, aunque sólo en el caso de la que sientan las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (las cuales, aunque ahora frecuentemente se olvide, derivan toda su carga genética del Tribunal Central de Trabajo, que Don Manuel presidió durante tantos y tantos años, pero no de las viejas Audiencias Territoriales). Pues bien, acabo de comprobar —haciendo una pesquisa en la base

de datos *Aranzadi Westlaw* (por cierto, como más abajo podrá leerse, la relación entre Don Manuel y el *Aranzadi* fue en su día muy intensa)— que con posterioridad a 23 febrero 2003 (fecha de fallecimiento de Don Manuel) y hasta la actualidad aparece nominalmente citado en más de un centenar de Sentencias. La más reciente es una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 15 octubre 2012 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/407733), en la que se afirma literalmente lo siguiente: «De este modo, un motivo procedimental, abre las puertas del recurso de suplicación a sentencias que, por razón de su materia o de su modalidad procesal, pertenecen a la categoría de resoluciones irrecurribles, pudiendo afirmarse que el quebrantamiento de forma es acusable siempre en suplicación (Alonso Olea y Miñambres)» (Fundamento de Derecho segundo). Evidentemente, se trata de una referencia implícita al *Derecho Procesal del Trabajo* de Don Manuel, que luego acabó actualizando con el Profesor MIÑAMBRES y más tarde, incluso, con su propia hija mayor, una acreditadísima servidora del Cuerpo de Letrados de la Seguridad Social.

Mi contacto personal directo con Don Manuel no resulta comparable en absoluto con el que tuvieron todos los grandes Maestros del Derecho, laboristas y no laboristas, cuyas contribuciones han permitido conformar este precioso volumen editado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se reduce sólo a mi participación, cuando todavía era un doctorando, en la jornada solemne que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, con ocasión del nombramiento como Doctor *honoris causa* por dicha Universidad de Don Manuel ALONSO OLEA, el día 13 junio 1996 (hablé, en dicha Jornada, sobre «Tres apuntes acerca del plazo para la realización de un nuevo despido, después de un despido previo con defectos de forma»). Y luego, a todo lo relativo al acto de lectura y defensa de mi Tesis Doctoral, cuyo tribunal juzgador presidió, en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, el propio Don Manuel (el día 15 junio 2000). Todo ello, por supuesto, estando él presente. Cuando ya faltaba Don Manuel, el Profesor MARTÍNEZ GIRÓN y yo tuvimos el honor de ser invitados por la Escuela de Práctica Profesional «Manuel Alonso Olea» de Madrid, a pronunciar en ella el día 14 marzo 2011 una conferencia titulada «Conversaciones con Don Manuel Alonso Olea, sobre el presente y el futuro del Derecho del Trabajo», cuyo texto (que expusimos ese día con el apoyo de un powerpoint, en la sede madrileña del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España) reproduzco a continuación.

#### **«CONVERSACIONES CON DON MANUEL ALONSO OLEA, SOBRE EL PRESENTE Y EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO**

##### **I. DON MANUEL, GALICIA Y A CORUÑA**

1. Como todos sabéis, Don Manuel ALONSO OLEA falleció el día 23 de febrero del año 2003, hace ahora exactamente ocho años y casi un mes. Y sin embargo, para nosotros dos, es perfectamente posible seguir charlando con él. No es un asunto físico ni tampoco metafísico. Charlamos y seguiremos charlando con él, por una razón muy simple: tenemos a Don Manuel muy presente. ¿Y por qué razón le seguimos teniendo muy presente? Pues bien, simplificando y poniendo en claro lo que no es más que puro sentido común, yo diría que le tenemos presente por haberle conocido, por haberle tratado (eso sí, a nuestro modo) y, sobre todo —y esto es lo verdaderamente importante—, porque le admirábamos y todavía le seguimos admirando mucho. En cuanto a lo primero, yo conocí a Don Manuel el día 28 de abril de 1981, una fecha que no se me puede olvidar porque ese día apareció publicado en el Boletín Oficial del Estado el Estatuto de Autonomía de Galicia. Un hecho al que aludió expresamente Don Manuel ese mismo día, con ocasión de una conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, donde yo estaba realizando entonces mi Tesis Doctoral. En aquella época, la presencia en la Facultad compostelana de un Catedrático de Madrid, unánimemente reconocido por todos como un verdadero Maestro, era un acontecimiento universitario de primera magnitud. En aquella conferencia estaba presente el Decano, todo el cuerpo de profesores de la Facultad y, en cuanto al público asistente, había lleno (por no decir llenazo), pues recuerdo que incluso había gente oyendo la conferencia de Don Manuel de pie. Este fue el principio (meramente conocerle, llegué incluso a hablar con él, sobre el tema de mi Tesis), lo de tratarle, a nuestro modo, vino después. De ello, va a hablarnos ahora el Profesor Alberto ARUFE VARELA, a quien todos llamamos familiarmente allí, en A Coruña, Tito. Pues bien, ¿puedes contarnos, Tito, cuándo empezamos a tratar a Don Manuel?

2. Puede decirse que empezamos a tratar a Don Manuel, en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, en el año 1994. Y como decía Jesús, empezamos a tratar a Don Manuel a nuestro modo, con ocasión de los actos que entonces nos parecían más importantes, interesantes y decisivos a todos nosotros, en cuanto que doctorandos que éramos entonces. Lógicamente, estos actos eran los de lectura, mantenimiento y defensa de las Tesis Doctorales que veníamos haciendo en A Coruña, desde que allí se incorporó como Catedrático Jesús. La primera Tesis leída por nosotros allí fue la de Don José María BOTANA LÓPEZ, que luego llegó a Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La dinámica era siempre la misma. Primero, se le mandaba a Don Manuel el esquema detallado de la Tesis, para que lo corrigiese a su gusto. El propio Don Manuel decidía luego la composición del Tribunal juzgador, que él presidía siempre. Y luego, con ocasión del acto de lectura, organizábamos en el Área una Jornada o Jornadilla, para los alumnos, en la que intervenían todos los miembros del Tribunal, hablando o disertando sobre cuestiones de actualidad jurídica laboral y de seguridad social. Pues bien, la Jornadilla conectada al acto de lectura de Tesis de Don José María BOTANA es la que aparece ilustrada en esta foto

[...]. Y así sucesivamente con todas las demás Tesis que vinieron luego, incluida la mía, cuyo acto también presidió Don Manuel el día 15 de junio del año 2000. Don Manuel se encargaba, además, de gestionar la publicación de nuestras Tesis, casi siempre en la editorial Civitas, que nosotros identificábamos con Don Manuel. Resumiendo, y volviendo sobre lo que decía hace un momento Jesús, le tenemos presente porque le conocimos, le tratamos (eso sí, a nuestro modo) y porque le admiramos, ¿verdad, Jesús?

3. Efectivamente, le admirábamos, le seguimos admirando y creemos que todos vosotros deberíais hacer lo mismo. Es algo que todos podemos hacer, porque en lo que voy a referirme ahora mismo, Don Manuel no está ausente, sino radicalmente presente, incluso físicamente presente. Por supuesto, me estoy refiriendo a su obra científica escrita, que sólo puede suscitar admiración, incluso en aquéllos —como los más jóvenes de vosotros, aquí presentes— que no llegasteis a conocer personalmente a Don Manuel. Es una obra científica integrada por más de mil escritos, y esto no es ninguna exageración. Escritos de todo tipo, desde manuales (el más importante de los cuales sigue todavía vivo y coleando, gracias a la lealtad y a la admiración que profesa a Don Manuel su discípula favorita, la Profesora CASAS BAAMONDE, que estuvo en esta misma Escuela de Práctica Laboral Manuel Alonso Olea el año pasado, cuanto todavía presidía nuestro Tribunal Constitucional), por supuesto, monografías, artículos de revista (publicados sobre todo en las dos revistas que más quería Don Manuel, que eran la *Revista de Política Social* y su *Revista Española de Derecho del Trabajo*), y sobre todo, centenares y centenares de reseñas de libros. En esta obra científica clásica, sobre la que no pasa el tiempo, nos venimos apoyando y vamos a continuar apoyándonos ahora, para así poder charlar, siempre a nuestro modo, con Don Manuel, al hilo incluso de reseñas nuestras — Don Manuel decía siempre que un profesor universitario está obligado a hacer cosas grandes, aunque no gordas, pero también cosas pequeñas (como traducciones, comentarios de sentencias y, por supuesto, reseñas y más reseñas de libros)—; reseñas nuestras, decía, de cosas realizadas en el pasado —e incluso en un pasado bastante lejano— por Don Manuel, pero que conservan intacta toda su actualidad plena. Resumiendo, podemos conversar con Don Manuel porque le admiramos y porque le tratamos, a nuestro modo. En consecuencia, son «nuestras» —y recalco esta palabra, «nuestras»— conversaciones con Don Manuel ALONSO OLEA sobre el presente y el futuro del Derecho del Trabajo. Y ahora, vamos a dar un paso más. ¿De qué queremos charlar, a nuestro modo aquí, en este acto tan importante para nosotros, ante un público tan distinguido y tan selecto, especialmente en lo que toca a los alumnos, con Don Manuel?

## II. DON MANUEL Y EL DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

4. Evidentemente, Jesús y yo hemos podido elegir acerca de lo que queríamos charlar con Don Manuel en un tiempo razonable, que son los

aproximadamente cuarenta minutos, algunos ya consumidos, que aquí se nos han dado. Y hemos elegido conversar con Don Manuel sobre el presente y el futuro del Derecho del Trabajo, desde la perspectiva que más nos interesa, que más nos motiva y que, incluso, ocupa casi todo el tiempo de trabajo de que disponemos allá, en A Coruña, que es la perspectiva del Derecho comparado del Trabajo. En la Facultad de Derecho coruñesa, desde hace ya algunos años, hemos tomado la decisión de dedicarnos a la docencia e investigación en Derecho comparado del Trabajo, que consideramos —como afirma nuestro venerable Código Civil— un verdadero factor de progreso. Si viviese Don Manuel —así se lo hicimos saber a la Profesora CASAS BAAMONDE en el Tribunal Constitucional—, le hubiésemos hecho miembro de número de nuestra Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo, y miembro de número asimismo de nuestro Instituto de Investigación de Derecho Comparado del Trabajo, y por supuesto, miembro del Comité de Redacción de la obra que más ilusión nos hace llevar a cabo, que es el *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, cuyo volumen III (correspondiente al año 2011) está a punto de salir al mercado editorial, y cuyos dos primeros volúmenes —estos— queremos regalar a la Biblioteca de esta Escuela de Práctica Laboral Manuel Alonso Olea. Como ven, todo coruñés. Queremos que esa sea nuestra marca identificadora por ahí adelante. Y por eso, hemos ilustrado lo que ahora mismo estamos diciendo con una fotografía de Don Manuel, al lado de su mujer, nuestra querida Angelines, con un fondo que identifica A Coruña, mejor que ningún otro icono, y que es nuestra Torre de Hércules, Patrimonio Cultural de la Humanidad. En resumen, A Coruña y el Derecho comparado del Trabajo. Esa es la perspectiva que queremos utilizar para charlar con Don Manuel. Estamos, además, completamente seguros de que la charla motivará mucho a Don Manuel, porque él fue —¿verdad, Jesús?— un auténtico pionero en el tratamiento sistemático, en España, del Derecho comparado del Trabajo.

5. Cuando yo era estudiante en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, el manual de Derecho del Trabajo que yo estudié era el ALONSO OLEA. Éste fue el primer libro de Don Manuel que yo me compré. El segundo, fue su *Introducción al Derecho del Trabajo*, creo recordar que la primera edición, del año 1962. Para un joven profesor universitario de entonces, se trataba de un libro clave. Era la memoria de cátedra de Don Manuel. Y lo que a mí más me llamó poderosamente la atención en este libro, era la reflexión crítica sobre bibliografía extranjera que aparecía contenida en él. Era una reflexión que sólo podía hacer quien, como Don Manuel, sentía profundo interés —incluso pasión— por el Derecho comparado del Trabajo. Sólo quien ha leído mucho y durante mucho tiempo, lo que se publica en España y fuera de España, podía realizar semejante tipo de reflexión crítica, refiriéndose a la bibliografía hispanoamericana —Iberoamérica fue siempre una obsesión de Don Manuel—, y a la de Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos e, incluso, la de Rusia (confesando respecto de esta última Don Manuel, que no había podido manejarla en lengua vernácula, por causa de su desconocimiento del ruso, sino en otras lenguas que él también dominaba a la perfección, como el inglés o el francés). Recalco el dato de este

libro, que llegó a convertirse en un auténtico *best-seller* en Hispanoamérica, porque se trata de la obra de un joven ALONSO OLEA, con su cátedra por aquel entonces casi recién ganada. La completa certeza de que Don Manuel no rechazaría conversar con nosotros sobre el presente y el futuro del Derecho del Trabajo, desde la perspectiva del Derecho comparado del Trabajo, la certifica otra prueba, que demuestra que el interés de Don Manuel por el Derecho comparado del Trabajo no era ningún interés diletante, sino una actitud metódica, de la que se servía en sus comportamientos más íntimos, como profesor, que tienen lugar —como nos ocurre a todos— cuando nos encontramos con nuestros alumnos, en clase. Pero de esto último, que justifica el concreto punto de vista que hemos elegido para poder conversar con Don Manuel, pasa a hablar Tito seguidamente.

6. El pasado año 2010 se publicó en Oviedo un libro, que quizá os convendría ojear o leer. Es el libro homenaje al profesor sevillano Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO, con ocasión de su jubilación. Lo verdaderamente sorprendente de este libro es el hecho de que reproduce, en edición facsimilar, los apuntes que el homenajeado le tomó a Don Manuel cuando era alumno suyo en la Facultad de Derecho de Sevilla, durante el curso académico 1958-1959. Aunque pasado todo por el tamiz de un joven estudiante —que era, además, un buen estudiante—, estos apuntes reflejan lo que explicaba en sus clases, a sus alumnos ordinarios, Don Manuel. Y lo que a nosotros más nos ha llamado la atención es el hecho de que Don Manuel explicase a sus alumnos las instituciones del Derecho del Trabajo de la España de entonces, con múltiples referencias al Derecho comparado del Trabajo. Sobre él, con una modernidad que ahora mismo asombra, se anotan en la cuidada libreta de Don Fermín muchas cosas, especialmente las que reflejan las páginas 98, 99, 101, 102, 106, 107, 108, 109, 112, 118, 119, 131, 134, 135, 136, 150, 166, 171, 174, 183, 197, 198, 207, 229 y 241 de la obra, donde aparecen citadas muy diversas fuentes directas (como las legales) e indirectas (como las doctrinales) de conocimiento del Derecho del Trabajo de otros países distintos del nuestro. Entre las primeras, no me resisto a dejar de mencionar —para poner de relieve la precisión de lo que Don Manuel explicaba a sus alumnos ordinarios de aquel entonces— su referencia a que «la Ley Taft-Hartley de los EE.UU. declara que es práctica ilícita el no contratar los sindicatos con las empresas de buena fe», matizando incluso que «el trabajador en huelga no pierde su condición de trabajador de la empresa»; y entre las segundas, me parece entrañable apuntar que Don Fermín anotó —con valor intemporal— que «dice Carnelutti que el pacto colectivo es un híbrido, con el cuerpo de contrato y el alma de ley». De este libro va a salir publicada una reseña, que yo mismo he hecho, para nuestro *Anuario Coruñés*. En fin, visto todo esto, a mí incluso me da hasta un poco de corte hablar sobre Derecho comparado del Trabajo con Don Manuel. Pero no queda más remedio que entrar ya en faena.

### III. DON MANUEL Y EL DERECHO YANQUI

7. La primera parte de nuestra faena nos llevará a conversar con Don Manuel ALONSO OLEA sobre un problema del Derecho colectivo del Trabajo español, que queremos tratar con Don Manuel a la luz del Derecho del Trabajo yanqui. Y nadie mejor que Don Manuel, como interlocutor para charlar sobre los Estados Unidos de Norteamérica, por muy diversas y muy potentes razones. Ante todo, la de que la Tesis Doctoral de Don Manuel trataba formalmente del Derecho Sindical de los Estados Unidos. Se la dirigió su Maestro el Profesor GUASP, se leyó en 1953, y trataba de —y cito ahora literalmente— «La configuración de los sindicatos norteamericanos». Antes y después de defenderla, Don Manuel viajó a diversas Universidades de los Estados Unidos, tanto de la costa este (como la de Columbia, en el Estado de Nueva York) como de su costa oeste (más en concreto, el afamado Campus de Berkeley de la Universidad de California). Su seguimiento de lo que ocurría en los Estados Unidos fue siempre constante, y así se refleja en su curriculum como publicista. Leía mucha literatura jurídica, económica y sociológica norteamericana, y daba luego a conocer lo que leía publicando multitud de recensiones, sobre todo en sus dos revistas más queridas (la *Revista de Política Social* y la *Revista Española de Derecho del Trabajo*). Leyendo y publicando reseñas sobre libros norteamericanos, llegó a acumular tal cantidad de material, que incluso le dio para publicar un libro monográfico sobre todo ello, que es el que reproducimos en esta imagen. Pues bien, con este inmenso bagaje de conocimientos sobre el Derecho yanqui, nos gustaría plantearle a Don Manuel una cuestión, de plena actualidad jurídica en España, que ha aflorado jurisprudencialmente después del *crack* económico y financiero de 2008. Esta cuestión, que tiene que ver con la financiación de los sindicatos españoles, pasa a plantearla Tito.

8. Esta cuestión se nos ha suscitado, tras la lectura de diversas sentencias de suplicación de los años 2008, 2009 y 2010, falladas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de la Comunidad Valenciana, de Murcia y de Cataluña. La cuestión tiene que ver con el cobro de honorarios profesionales. Un tema que imagino que os enseñarán en esta Escuela de Practica Laboral, puesto que una parte bien importante de vuestro futuro quehacer profesional, como Graduados Sociales colegiados, se refiere a que tenéis que saber cobrar a los clientes bien. Despejo ya la incógnita, indicando que el supuesto de hecho enjuiciado por todas estas sentencias era el siguiente. Una empresa se encontraba en situación de crisis, y más en concreto, negociando un expediente de regulación de empleo (o ERE) extintivo con el comité de empresa. En el comité de empresa, la voz cantante la llevaban los sindicatos CCOO y UGT. Estos sindicatos consiguieron negociar que el empresario pagase a los trabajadores colectivamente despedidos una indemnización máxima de 45 días de salarios por año trabajado. Pero esta negociación, según los sindicatos, tenía un precio. En efecto, los sindicatos se habían esforzado por negociar en defensa de los intereses de todos los trabajadores afectados, también los no afiliados a ellos. Y por eso, en concepto de pago por asesoramiento jurídico, comunicaron a los trabajadores despedidos que se quedaban con un porcentaje de la indemnización percibida por ellos, en concepto de cobro de honorarios por asesoramiento jurídico, que

en todos los casos venía a rondar el 6 por ciento para los no afiliados. Cuando los trabajadores pasaron a cobrar su indemnización, el empresario les comunicó que tenía preparados dos cheques. Un cheque para los trabajadores, en concepto de indemnización por despido colectivo. Y otro cheque, para los sindicatos actuantes en el ERE, como compensación de su labor de asesoramiento jurídico de los intereses de los trabajadores en asunto. Pero hubo trabajadores que se negaron a que se les efectuasen estos descuentos de su indemnización, y que llevaron incluso a la empresa, al comité de empresa y a los sindicatos ante el Juzgado de lo Social, con la finalidad de que por los tribunales laborales se declarase ilegítima semejante «mordida» sindical. Nosotros ya sabemos que es lo que fallaron en estos concretos asuntos las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores valenciano, murciano y catalán. Pero lo que realmente nos interesa saber es lo que Don Manuel ALONSO OLEA pensaría acerca de todo esto.

9. En A Coruña, nos hicimos esta pregunta, buscamos en la obra científica de Don Manuel, y encontramos la respuesta. Don Manuel publicó en 1982, con la finalidad de cortar una polémica doctrinal que le parecía estulta (esto es, idiota), un fenomenal y esclarecedor artículo sobre los pactos de seguridad sindical. Una realidad que él conocía muy bien, puesto que en sus versiones más duras estos pactos proceden de la práctica sindical norteamericana. Ante el intento por aquel entonces del sindicato UGT de cobrar a los trabajadores no afiliados un «canon de negociación» o «cuota de solidaridad», por el hecho de beneficiarse del contenido de un convenio colectivo de eficacia general, que había sido negociado por la propia UGT; ante semejante intento, Don Manuel escribió —validando lo fallado por lo que él denomina algunas decisiones judiciales recientes— que dicho intento sindical era contrario a la libertad negativa de no afiliarse a ningún sindicato. Por ello mismo, se trataba de un intento sindical flagrantemente violador de lo dispuesto en el artículo 28 de nuestra Constitución, y de todos los pactos internacionales suscritos por España en congruencia con este importante precepto constitucional. A la luz del brote verde nacido de la fruta podrida de aquel entonces, Don Manuel ALONSO OLEA —estamos totalmente seguros de ello— echaría mano de su artículo de entonces, y nos diría —quizá parafraseando a Arnold J. TOYNBEE— cómo somos los humanos, porque la historia se repite. Con toda seguridad, pensamos que Don Manuel volvería a escribir un nuevo artículo, aunque validando ahora las decisiones judiciales tan recientes de 2008, 2009 y 2010, que vuelven a considerar nulos por violadores de la libertad sindical, semejantes intentos de practicar «mordidas» sobre trabajadores especialmente necesitados —como los que se van a la calle, tras un ERE— de todo tipo de protección, también la de carácter sindical. Pero sigamos conversando con Don Manuel, ahora desde una perspectiva iuscomparatista —distinta de la yanqui— que también siempre fascinó a Don Manuel.

#### IV. DON MANUEL Y EL DERECHO ALEMÁN



10. Siempre nos llamó la atención, cuando Don Manuel venía con su mujer, Angelines, a pasar con nosotros algunos días en A Coruña, el hecho de que nos comentase que tenía que hacer por la mañana lo que él llamaba sus deberes de todos los días. Entre estos deberes, incluía la lectura de obras alemanas, con la finalidad —decía— de no perder su nivel de alemán, al que al parecer tanto le había costado llegar. Como todo el mundo sabe, Don Manuel era un admirador de la cultura alemana, desde sus filósofos jurídicos más clásicos (como HEGEL o KANT) a los últimos estudiosos del Derecho Civil y del Derecho Internacional Privado, como en el caso de su admirado Franz GAMILLSCHEG, a quien apadrinó como Doctor *honoris causa* en Derecho por la Universidad Complutense de aquí, de Madrid. Don Manuel tuvo incluso el honor de ver traducido al alemán alguno de sus libros, como en el caso de su delicioso librito titulado *Entre Don Quijote y Sancho, ¿relación laboral?* Además, Don Manuel tuvo el honor de ser el único jurista español vivo —así nos lo contaba entonces— que poseía un Doctorado *honoris causa* en Derecho por una Universidad alemana, que era la Universidad de Gotinga, radicada en el Estado federado de Baja Sajonia, justo en el corazón de Alemania, como pone de relieve el mapa que acompaña a lo que ahora mismo estamos contando. Aprovecho para recordar ahora que el Doctorado *honoris causa* de Gotinga fue sólo uno de los seis Doctorados *honoris causa*, que engrandecen el extraordinario curriculum vital de Don Manuel, aunque el de Gotinga siempre estuvo entre sus preferidos. Y recuerdo ahora que Don Manuel siempre nos animó a estudiar alemán. Pero de nuestros estudios actuales sobre Derecho alemán del Trabajo, y de todo lo mucho que sabía Don Manuel sobre las leyes y jurisprudencia laborales del gran país germánico, tendremos ocasión de charlar dentro de un momento, al hilo de una cuestión que tiene mucho que ver con las pequeñas empresas españolas (y con los asesores jurídicos de las pequeñas empresas españolas, que son precisamente los Graduados Sociales); al hilo de una cuestión, decía, que pasa a plantear Jesús seguidamente.

11. La cuestión es la siguiente. A partir del año 1994, las cifras de accidentes de trabajo leves con baja en el trabajo empezaron a crecer, en España, exponencialmente. Si se miran las estadísticas oficiales españolas sobre siniestralidad laboral, resulta que este número creciente de accidentes de trabajo leves —que llegó a alcanzar incluso la cifra de un millón al año— se refiere a accidentes ocurridos sobre todo en pequeñas empresas, a trabajadores fijos empleados por ellas, a accidentes ocurridos muchas veces en lunes, a primeras horas de la mañana, en partes poco comprometidas del cuerpo (como piernas y brazos), a lesiones no siempre visibles (como torceduras o esguinces), etc. Las cifras españolas de siniestralidad laboral leve con baja en el trabajo son tan escandalosamente intolerables y sorprendentes, que incluso el Consejo de Europa acaba de condenar a España, en su último informe sobre el tema hecho público en enero de 2010, por considerar que esas cifras de siniestralidad laboral resultan incompatibles con los deberes impuestos en materia de prevención de riesgos laborales por la Carta Social Europea. Pues bien, nosotros nos preguntamos ¿por qué todo ello? Y sólo se nos ocurre una

explicación. El crecimiento de las cifras españolas de accidentes de trabajo leves fue consecuencia de la privatización, en 1992, del subsidio de incapacidad temporal derivado de riesgos comunes, durante los quince primeros días de la baja; privatización que el Tribunal Constitucional, para sorpresa de muchos, consideró compatible con la Constitución en el año 1994. En España, no hay muchos accidentes de trabajo leves con baja en el trabajo, sino muchos partes fraudulentos de accidentes de trabajo leves, y lo que nos gustaría preguntarle a Don Manuel, en relación con todo esto, es cómo propondría arreglar el problema, reconduciendo a niveles anteriores a 1992 las intolerables cifras de siniestralidad laboral que actualmente tenemos.

12. Pues bien, teniendo en cuenta que España parece caminar —en plena crisis— hacia el precipicio, y que Alemania, en cambio, parece totalmente alejada de él, hasta el punto incluso —según recordaba la prensa hace sólo unos pocos días— que Alemania se encuentra técnicamente en situación de pleno empleo; teniendo en cuenta todo esto, repito, estamos totalmente seguros de que a Don Manuel no le resultaría indiferente lo que viene legislándose últimamente en Alemania, con la finalidad de proteger lo que allí denominan *Die Kleinbetriebe* (esto es, las pequeñas empresas). Entre las normas estructurales más recientes promulgadas en Alemania, se encuentra una Ley de nombre larguísimo, cuya traducción al castellano es «Ley sobre Compensación de los Gastos Empresariales por Pago Continuo del Salario». Se trata de una Ley construida sobre tres ideas muy sencillas, a saber: 1) en Alemania, al igual que sucede en España, el empresario es responsable del pago del subsidio de incapacidad temporal derivado de riesgos comunes, que es lo que en Alemania se llama «*Entgeltfortzahlung*» o «pago continuado del salario»; 2) en principio, el empresario alemán es el responsable directo de este pago, al igual que sucede en España; y 3) ahora bien —aquí viene lo importante—, en Alemania el empresario puede compensarse estos pagos, deduciéndolo de las cotizaciones que tiene que ingresar en el mes siguiente en la seguridad social, pero sólo si es un pequeño empresario (literalmente, si tiene menos de treinta trabajadores). Como ven, una situación relativamente similar a la que existía en España antes de 1992. Y que creemos, salvo mejor opinión de los asesores jurídicos de las pequeñas empresas españolas (que son los Graduados Sociales), que contribuiría a aliviar muchas de las pesadas cargas que soportan las pequeñas empresas españolas; y ello, además, sin perjuicio notable para las arcas de la seguridad social española. En cualquiera caso, si no convence el ejemplo alemán, que alguien haga algo, supuesto que seguimos en falta con nuestros socios del Consejo de Europa, aunque también es cierto que los informes del Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa no parecen importar en España a prácticamente nadie.

## V. DON MANUEL Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

13. Recuerdo que estamos conversando con Don Manuel, sobre el presente y el futuro del Derecho del Trabajo. Y el presente del Derecho del

Trabajo español está marcado por el hecho de que tenemos aquí más de cuatro millones de parados. Como resulta fácil suponer, Don Manuel vivió a lo largo de su vida muchas y muy diversas crisis de empleo, y escribió, además, muchas cosas sobre el desempleo y sobre el paro, tanto desde el punto de vista estrictamente laboral, como desde el punto de vista de la seguridad social. Don Manuel tenía siempre un temperamento optimista. Y yo le oí incluso parafrasear y comentar la afirmación famosa, aunque también relativamente cínica, de que la crisis es siempre factor de progreso. No ha perdido ni un ápice de actualidad el famoso librito que publicó Don Manuel en 1995, sobre *El trabajo como bien escaso, y la reforma de su mercado*. Era su respuesta doctrinal a una de las graves crisis cíclicas de empleo, que veníamos padeciendo en España desde la famosa crisis del petróleo, del año 1973. De este librito de Don Manuel, lo que más llama la atención ahora es su apuesta por las nuevas tecnologías, que evidentemente suponían y suponen destrucción de empleo (de empleos sin futuro, diría él), pero también la creación de nuevos y muchos empleos. Respecto de todo esto, confieso que hubo un momento en mi vida en que sentí un rechazo visceral hacia los ordenadores. Y recuerdo, asimismo, que Don Manuel me decía paseando por A Coruña que esos «cacharros» (fue la palabra que empleó) comenzaban a estar omnipresentes, y que no podría prescindir de ellos. Como siempre, Don Manuel acertó. Pero al hilo de esto que pensaba Don Manuel, que siempre escribió sus cosas a mano —y con un sistema efficacísimo, siempre manual, de realización de las nuevas ediciones de los muchos libros y manuales que publicaba—; al hilo, decía, de todas las reflexiones de Don Manuel sobre las nuevas tecnologías informáticas, queremos ahora conversar con él acerca del impacto de estas nuevas tecnologías sobre la Administración de la justicia laboral, siempre desde una perspectiva de Derecho comparado, que le resultaba especialmente grata y familiar a Don Manuel. Y seguimos conversando con él, al hilo de anécdotas, que todos oímos en A Coruña, como la que Tito pasa a relataros seguidamente.

**14.** Como todos sabéis, Don Manuel ALONSO OLEA era Catedrático, pero también Juez. Presidió el Tribunal Central de Trabajo durante prácticamente tres lustros, y en su época, el Tribunal Central de Trabajo tenía mucha más importancia doctrinal que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, puesto que esta última Sala conocía de muy pocos asuntos, existiendo ciertos importantísimos temas —como todo lo relacionado con los conflictos colectivos jurídicos— en los que la competencia funcional del Tribunal Central de Trabajo era exclusiva y excluyente. Y anoto, porque no todos los colegas de la Facultad de Derecho lo saben, que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia traen causa, como regla, de las Salas de las viejas Audiencias Territoriales, salvo en el caso de las Salas de lo Social autonómicas, cuyo *de cuius* es precisamente el Tribunal Central de Trabajo. Como Juez, Don Manuel ALONSO OLEA siempre fue partidario del empleo de las nuevas tecnologías de información, existentes en las muy diversas épocas en las que le tocó vivir y trabajar. Y pongo un ejemplo, que muchas veces le oímos contar cuando venía a Galicia. Hasta 1973, la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo la publicaba el Ministerio de Trabajo. Y por

ello, siempre según Don Manuel, no resultaba conocida. De ahí su interés y su preocupación por firmar un convenio con Don Estanislao Aranzadi, al efecto de que esta editorial declarada de utilidad pública, que desde el año 1930 venía publicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, publicase asimismo la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo. La foto que ven en la pantalla la he tomado yo con mi móvil. Es una parte de la biblioteca de nuestra Área, donde aparecen alojados los tomos azules que recogen la jurisprudencia Aranzadi del Tribunal Central de Trabajo, cuya existencia debemos a Don Manuel. Pero Don Manuel ALONSO OLEA iba todavía mucho más lejos, en lo que se refiere a la utilización de las nuevas tecnologías. Nos contaba allá, en Galicia, la siguiente anécdota. Su mujer Angelines, que era una gran artista, había realizado una exposición de sus cuadros en una galería de Miami, en el Estado norteamericano de Florida. EL galerista quebró, y todos sus bienes fueron declarados en concurso, incluidos los cuadros que allí tenía depositados la mujer de Don Manuel. Evidentemente, Don Manuel reaccionó. Y nos contaba, con gran regocijo, que había interpuesto un interdicto civil (en inglés, «*injunction*») para recobrar la posesión de los cuadros de Angelines, pero —aquí está lo sorprendente— enviando un fax a la Corte de Quiebras de Miami. Siempre concluía el relato de la anécdota preguntándonos lo mismo: ¿creéis que esto sería posible en España?

15. En España, no. Ni entonces, ni tampoco ahora, a pesar de que la ocasión existe. Como todos podéis imaginar, esta ocasión es el Proyecto de Ley de regulación del enjuiciamiento social, que el Gobierno está obligado a elaborar y enviar a las Cortes, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 35/2010, que provocó el pasado mes de septiembre la declaración de una huelga general. Tenemos la ocasión, pero también el modelo a imitar, que Don Manuel conocía muy bien, no sólo desde el punto de vista libresco, sino también desde el punto de vista personal. Este modelo es el modelo inglés, y para probar lo que acabo de afirmar, me limitaré a indicar que los juristas laboristas ingleses más grandes de todos los tiempos eran amigos de Don Manuel, a quienes frecuentaba y trataba en las diversas reuniones a que asistía, como representante español de la Asociación Europea de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Evidentemente, me refiero a Sir Otto KAHN-FREUND y a Lord WEDDERBURN OF CHARLTON. Los ingleses han informatizado totalmente la Administración de su justicia laboral, de manera que en la actualidad es perfectamente posible plantear demandas por despido, contestar estas mismas demandas o recurrir lo fallado por los Tribunales de Empleo británicos de instancia, mediante la utilización de Internet. Esto es el presente allí, y esto mismo será inexorablemente el futuro que nos espera en España. Acerca de este futuro, estoy seguro de que acabaríamos acordando con Don Manuel que la vía más segura y más viable para alcanzarlo podría ser la misma que utilizó la Tesorería General española de la Seguridad Social, al efecto de completar progresivamente la gestión informática de todos los actos, que son millones de actos cada año, relativos a la parte instrumental de la relación jurídica de seguridad social (esto es, afiliaciones, altas, bajas, cotización, etc.). Esta vía, como todos sabéis fue la

de apoyarse en los asesores jurídicos de las pequeñas empresas españolas (no nos cansamos de repetirlo, porque sois vosotros, los Graduados Sociales), al efecto de que la implantación del Sistema RED —por cierto, regulado el mismo año que Don Manuel publicó su monografía sobre el trabajo como bien escaso— dejase de ser teoría, para alcanzar el grado o nivel, en el que tan a gusto os movéis, de Derecho puramente práctico.

## VI. DON MANUEL Y EL RECURSO DE CASACIÓN POR GRADUADOS SOCIALES

**16.** Como veis, esta conversación con Don Manuel ALONSO OLEA ha acabado derivando por los derroteros de la actuación profesional de los Graduados Sociales. Y sobre esto, estamos completamente seguros de que Don Manuel habría sonreído y se habría alegrado, al proceder a leer el actual artículo 21 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que literalmente se afirma que «en el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por abogado o representados técnicamente por graduado social colegiado». En sus obras sobre Derecho procesal laboral, Don Manuel siempre anotó puntillosamente todas las referencias que nuestra legislación procesal laboral hacía a la intervención en el foro de los Graduados Sociales colegiados. Pero no sólo eso. Don Manuel seguía asimismo la casuística judicial específicamente relativa a la actuación profesional de los Graduados Sociales. Y ello, a todos los niveles. Por eso, acompañando a lo que ahora mismo estoy diciendo, hemos incluido una fotografía de la obra más grande y más larga, y más monumental, acometida por Don Manuel, después de haber cesado como Presidente del Tribunal Central de Trabajo. Se trata de su comentarios sistemáticos a la jurisprudencia constitucional en materia laboral y de seguridad social (esto es, los famosos «tomos verdes» de la editorial Civitas, en cuya confección acabó acompañándole su discípulo, el Catedrático Don Alfredo MONTOYA MELGAR, que puede ser considerado como el *filis aîné*, de entre todos sus discípulos, de Don Manuel ALONSO OLEA). Pues bien, en el tomo XIII de esta obra monumental, correspondiente al año 1995, aparece anotada y comentada por el propio Don Manuel la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1995, relativa —y cito ahora literalmente las palabras utilizadas por el Maestro— al «derecho de los Graduados Sociales a utilizar como vestido profesional la toga». Os animo a leer este comentario jurisprudencial de Don Manuel, porque —como Graduados Sociales que sois— os gustará. Es un comentario extraordinariamente erudito, en el que se recuerda que no existe en el ordenamiento español norma legal que vincule la utilización de la toga a los Licenciados en Derecho, a diferencia de lo que acontece —y sigo citando literalmente sus palabras— «con los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado». Don Manuel se habría alegrado mucho. Y si prosiguiésemos nuestra conversación con él sobre este asunto, es seguro que acabaría planteándonos la cuestión de por qué razón pueden los Graduados Sociales colegiados firmar recursos de suplicación, pero no recursos de casación laboral.

17. Si Don Manuel nos interpela, preguntando por razones que avalarían la tesis de que un Graduado Social colegiado debe poder estar plenamente legitimado para poder firmar recursos de casación, nosotros contestaríamos a la cuestión apuntando un argumento, apoyado en la letra de la Ley de Procedimiento Laboral, y a propósito de un tema en el que tuvo mucho que ver el Tribunal Central de Trabajo, cuando lo presidía Don Manuel. Este argumento se refiere al tenor del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral, ubicado en las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y de casación laboral. Estoy seguro de que todos sabéis que este precepto establece una excepción a la regla general de que no cabe la práctica de nueva prueba documental ni en suplicación ni en casación, precisamente porque se trata de recursos extraordinarios. Ahora bien, con la finalidad de evitar la vulneración de derechos fundamentales, la Ley de Procedimiento Laboral habilita un incidente, durante la tramitación de esos dos recursos, con la finalidad de posibilitar la incorporación a los autos de lo que genéricamente podemos denominar como «documentos nuevos». Y si un Graduado Social ha llevado el pleito de conflicto colectivo en la instancia, ante una Sala de lo Social autonómica o ante la Sala de lo Social del Audiencia Nacional, se mutilaría injustificadamente su competencia profesional, si no se le permitiese practicar esa nueva prueba documental, en casación ordinaria y, como es lógico, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En consecuencia, hay razones jurídicas procesales muy potentes, que avalan la tesis de que los Graduados Sociales deben también poder firmar recursos de casación laboral. A esta concretísima razón, anclada en el tenor literal de la Ley de Procedimiento Laboral, se añaden otras —también operantes, desde la perspectiva del Derecho comparado— de las que pasa a tratar Tito brevemente.

18. Estas otras razones son, de un lado, razones de oportunidad o de conveniencia. Hay que tener en cuenta que los recursos de suplicación constituyen el grueso de los procesos impugnatorios que tenemos en España, de manera que los recursos de casación ordinaria representan sólo una parte cuantitativamente ínfima de tales procesos laborales de impugnación. Y desde la perspectiva del Derecho comparado, el argumento decisivo lo suministran las Leyes alemanas reguladoras de los Tribunales de Trabajo y de los Tribunales de Seguridad Social, ambas de 1953. En ellas, el precepto clave es el párrafo que delimita lo que los alemanes conocen con el nombre genérico de «representación procesal», que es idéntica en primera instancia, en apelación y en casación, y que no está ceñida —esto es lo importante— a la necesidad de tener que actuar en esos tres grados por medio de abogado. En nuestra opinión, que creemos que también compartiría Don Manuel, lo más difícil ya se ha logrado. Esto era, venciendo las resistencias corporativas de los Colegios de Abogados, conseguir que los Graduados Sociales pudiesen firmar recursos de suplicación. Lo de la casación laboral nos parece un paso más corto y mucho más fácil de dar, especialmente por causa de que el «conseguidor» de lo difícil sigue estando plenamente operativo en la presidencia del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales

de España. En efecto, creemos que no desvelamos nada que sea *top secret*, si afirmamos públicamente que la nueva letra del artículo 21 de la Ley de Procedimiento Laboral, y demás preceptos concordantes con él, se debe a la lucha —la lucha por el Derecho, de que hablaría Rudolf von IHERING, y que tan bien conocía Don Manuel— entablada, y ganada, por el Doctor Don Javier SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, a quien tanto apreciamos nosotros dos en A Coruña, por haber sido benefactor de las actividades de investigación que allí realizamos.

## VII. DON MANUEL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DEL TRABAJO: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

19. Y ya casi vamos acabando, para centrar ahora nuestra charla con Don Manuel sobre el presente y el futuro de la enseñanza universitaria del Derecho del Trabajo, aunque empezaremos charlando con él sobre los comienzos del tema y, en consecuencia, sobre el pasado. Como seguramente todos sabéis, la enseñanza científica y de altura de nuestra querida disciplina matriz (esto es, el Derecho del Trabajo) comenzó en España al calor y con el cobijo de las Escuelas Sociales, de las cuales la primera fundada en España fue la de Madrid, en el año 1925. En las Escuelas Sociales, cuando todavía vivían al margen de la Universidad, profesaron insignes Catedráticos. Y a este respecto, me permito recordar que Don José CASTÁN TOBEÑAS, Presidente durante muchos años de nuestro Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil y autor de un grandioso manual que yo tuve que estudiar cuando era alumno en la Facultad de Derecho, también fue Profesor de Escuela Social, precisamente en su tierra y donde ganó su cátedra, en la ciudad de Valencia. Don Manuel también fue Profesor de la Escuela Social de Madrid. No hemos podido encontrar en Internet una foto o documento gráfico que vinculase a nuestro egregio contertulio con dicha linajuda Escuela Social, aunque acompañamos a lo que aquí decimos una foto del claustro de profesores de la Escuela Social de Madrid, en el año 1947, donde figura —muy joven— el primer Catedrático universitario español de Derecho del Trabajo, que fue Don Eugenio PÉREZ BOTIJA. Quizá la reflexión más lúcida sobre la enseñanza universitaria del Derecho del Trabajo es un escrito de Don Manuel ALONSO OLEA, titulado «La personalidad científica de Eugenio Pérez Botija», leído por él en un acto solemne realizado en la Escuela Social de Madrid, con ocasión del fallecimiento de ese primer Catedrático. En este escrito, Don Manuel habla de positivismo jurídico y de política, de las complejas relaciones existentes entre teoría y práctica jurídicas, y sobre todo, del futuro universitario que le esperaba a nuestra entonces incipiente disciplina matriz. Ese futuro, que ya es presente, está marcado por los sucesivos alumbramientos que ha tenido la disciplina madre, acogidos ahora como criaturas dotadas de un presente espléndido en las nuevas Facultades de Ciencias del Trabajo o de Relaciones Laborales, que tanto tienen que ver con vosotros, los Graduados Sociales.

20. En relación con este mismo tema, vuelvo ahora atrás por un momento. Y vuelvo a aquellos concretos preceptos de nuestra Ley de Procedimiento Laboral que consagran y formalizan la sabiduría profesional de los Graduados Sociales, a la hora de poder actuar en el foro —en posición de completa igualdad con los Abogados—, defendiendo a sus clientes ante nuestros tribunales laborales. Estoy seguro de que habréis reparado en el hecho de que todos estos nuevos preceptos procesales no se refieren a vosotros como Licenciados en Ciencias del Trabajo o Graduados en Relaciones Laborales o en Recursos Humanos, sino simplemente como lo que sois o vais a ser profesionalmente dentro de muy poco (esto es, «Graduados Sociales colegiados»). Es un reconocimiento de que podéis actuar en el foro con plenitud de facultades, precisamente por toda vuestra pericia procesal práctica. Y llegados a este punto, nosotros le plantearíamos una pregunta a Don Manuel. A estos espléndidos Graduados Sociales que tenemos delante, ¿le conviene también algo de teoría?, ¿qué piensa Usted de todo esto, Don Manuel? Estamos completamente seguros de que Don Manuel no dudaría. Y ello aunque estamos aquí, charlando con él, en una institución que lleva el nombre de «Escuela de práctica laboral Manuel Alonso Olea». Creemos que Don Manuel no se volvería atrás, respecto de lo que escribió y conferenció en ese escrito sobre el Profesor Don Eugenio PÉREZ BOTIJA, que mencionaba Jesús hace sólo un momento. Dijo allí Don Manuel, disertando sobre las relaciones entre teoría y práctica jurídico-laborales, que ambas son necesarias, que ambas se complementan, pero que puestos a afinar —y ahora cito literalmente a Don Manuel— no hay mejor libro práctico que un gran libro teórico. Y esto, dicho por quien poseía —como Juez que era— un conocimiento práctico, de calidad altísima, de todas las parcelas del Derecho del Trabajo. Esto liga, en consecuencia, con vuestra formación teórica, en la que todos los laboristas debemos implicarnos hasta la extenuación, aprovechando las oportunidades de cambiar y mejorar que nos brinda el Plan Bolonia, que ha impactado frontalmente sobre las Facultades de Derecho, en las que ha menguado la formación teórica en Derecho del Trabajo, para pasar a crecer —y ello, exponencialmente— en las nuevas Facultades de Relaciones Laborales, que es de donde los futuros Graduados Sociales colegiados van a proceder. Nada de todo esto extrañaría a Don Manuel, que predicaría —si lo tuviésemos entre nosotros— en estas nuevas Facultades de Relaciones Laborales, con la misma naturalidad con la que predicó en su día en la Escuela Social de Madrid, cuando esta última vivía todavía extramuros de lo que por aquella época se hacía en las Universidades.

21. Y ahora sí acabamos, agradeciendo al órgano competente de esta Escuela de Práctica Laboral que haya reparado en nosotros dos, para poder estar aquí con todos vosotros esta mañana. Se lo agradecemos por muchas razones. Y entre ellas, porque nos ha permitido volver a saludar al Doctor Don Javier SAN MARTÍN, que es una persona a la que tanto apreciamos y admiramos, porque nos ha permitido saludar y conocer personalmente a Chiquí, que ha sido —en lo que a nosotros dos respecta— la encarnación de la amabilidad, la bondad y la eficacia. Y sobre todo, porque nos ha permitido volver a repasar la obra científica y los muchos recuerdos



gráficos que teníamos allá, en A Coruña, en relación con nuestro querido Don Manuel ALONSO OLEA, que tanto nos ayudó y que tan benévolamente nos juzgó a los dos, en momentos clave de nuestra vida universitaria, y a quien — como habréis podido comprobar, tras todo lo que acabamos de conversar con él— seguimos teniendo todavía muy presente».

**Alberto Arufe Varela**



L. NOGLER y L. CORAZZA (cuidada por), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum *Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli (Milán, 2012), 939 págs.

Basta un repaso somero de la literatura editada para festejar a cualquier gran Maestro universitario —en mi caso, he tenido muy presente la relativa al Profesor Dr. Dr. *h.c.* Manuel ALONSO OLEA, que me juzgó en uno de los momentos cruciales de mi vida universitaria—, para caer en la cuenta de que el libro homenaje es un género literario genérico, valga la redundancia, que alberga en él especies muy diversas. Así, y sigo pensando en ALONSO OLEA, puede festejar u honrar sus bodas de plata con la Cátedra, su jubilación, su fallecimiento e, incluso, el recuerdo afectuoso que sigue mereciendo a sus discípulos varios lustros después de muerto, aunque también caben motivos distintos de todos ellos. Es el caso de este libro homenaje al Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Bolonia, Marcello PEDRAZZOLI, coordinado por dos de sus discípulos, con ocasión del sexagésimo octavo cumpleaños de su Maestro. Como aclara el Profesor Luca NOGLER, actual Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento, y uno de los dos coordinadores de esta obra, el cumpleaños en cuestión tiene un sentido muy profundo, pues es una fecha que «casi coincide con la del moderno derecho del trabajo italiano, visto que [PEDRAZZOLI] nace el 12 abril de 1944 y, por tanto, en el año en el que la Autoridad aliada adoptó (el 17 julio) la *General Order* núm. 28 que proclamó la libertad sindical y a la cual siguió el visto bueno por el decreto legislativo lugartenencial núm. 369, de 23 noviembre 1944, que suprimió las organizaciones sindicales fascistas».

Se trata de un volumen homenaje muy grueso, al que aportan sus contribuciones más de sesenta «amigos» del Maestro, muchos de ellos discípulas y discípulos suyos, incluidos asimismo tres laboristas españoles, que son los Catedráticos andaluces OJEDA AVILÉS, DURÁN LÓPEZ y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. Formalmente hablando, se trata de un libro dividido en cuatro partes, que subsiguen a dos escritos protocolares, relativos al «Elenco de las publicaciones de Marcello Pedrazzoli» y a «Un *liber amicorum* para Marcello Pedrazzoli», firmado este último por el ya citado Luca NOGLER. La Parte I se titula «Recuerdos», y en ella, entre otras varias cosas, se recuerda el paso del Maestro homenajeado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, en donde profesó sobre Derecho comparado del Trabajo desde el curso académico 1985-1986 hasta finales de 1990 (cfr. C. ZOLI, «Il periodo trentino e la sua eredità»). Las otras tres Partes constituyen el grueso del contenido de este libro, analizándose en ellas —muchas veces al modo de diálogos con el homenajeado— la obra científica del mismo, y en especial, su libro fundamental *Democrazia industriale e subordinazione*, concebida tras una estancia de investigación suya en

la Universidad alemana de Bremen (cfr. Parte II, rotulada «Las obras»; aquí se incluye la aportación de A. OJEDA AVILÉS, «Democracia industrial y subordinación»); también, las reformas padecidas por la legislación laboral y de seguridad social italiana, con ocasión de la crisis económico financiera que viene sacudiendo especialmente a todos los países del sur de Europa (cfr. Parte IV, rotulada «Reformas y resistemáticas», en la que se albergan estudios que ocupan casi cuatrocientas páginas del volumen, incluido el de F. DURÁN LÓPEZ, «Trabajo y relaciones laborales en la nueva economía: de la confrontación a la colaboración»), y sobre todo, diversas problemáticas del Derecho comparado e internacional del Trabajo, que creo que merecen algún tipo de comentario y de reseña, elogiosos y exentos.

Se trata de ocho estudios y de casi ciento cincuenta páginas, que conforman la Parte III de la obra (rotulada «Derecho comparado y transnacional»). Dos de ellos tienen carácter metodológico-estructural (los de B. CARUSO y M. MILITELLO, «L' Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato»; y F. MARTELLONI, «Gerarchia “liquida” delle fonti del diritto del lavoro»). Otros cinco tratan de Derechos extranjeros —desde la perspectiva italiana— o de comparaciones jurídicas bilaterales o multilaterales (C. PEDERZOLI, «Rimedi contro il licenziamento illegittimo nell'ordinamento spagnolo alla luce delle recenti riforme»; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «La forza del mercato: las reformas del derecho del trabajo español durante la crisis financiera mundial»; S. SCIARRA, «Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale»; Y. SUWA, «The Concept of Right to a Career: How to Protect the Careers of Workers»; y M. VITALETTI, «La crise della rappresentanza dei datori di lavoro. Brevi note comparatistiche tra sistema italiano e tedesco»). Y el restante, frontalmente relativo a asuntos transnacionales (S. TORTINI, «I labili confini fra la libera prestazione di servizi ed altri principi dell'Unione europea»). En esto, la impronta de la Facultad tridentina de Derecho y de su Catedrático de Derecho del Trabajo, Profesor NOGLER, me parece clara, bastando indicar para justificar el que se dedicase una Parte del libro homenaje a dicha temática, el hecho —según consta expresamente en la obra— de que «este volumen ha sido publicado con la contribución del Departamento de Ciencias jurídicas de la Universidad de Estudios de Trento».

**Alberto Arufe Varela**

F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *Handbook of Spanish Employment Law*, Tecnos (Madrid, 2012), 244 págs.

Este libro del Profesor GÓMEZ ABELLEIRA, coruñés de origen y madrileño de adopción, es —en la literatura jurídico-laboral española— un verdadero *unicum*. Sólo podía escribirlo un laboralista con una personalidad muy singular, caracterizada desde sus inicios por la pulcritud extrema al escribir, por su afán de tapar huecos y de abrir brechas, por una curiosidad insaciable, por su valentía para movilizarse geográficamente (y en consecuencia, desarraigarse) y, en definitiva, por un espíritu universal, que es el espíritu que debe tener todo auténtico universitario. Y es que el Profesor GÓMEZ ABELLEIRA, que siempre escribió mucho y siempre escribió muy bien (cinco libros, todos espléndidos, en un período de sólo cuatro años, que yo contemplé sentado en la primera fila del patio de butacas), parece tocado por el Espíritu Santo en lo relativo al don de lenguas (no sólo el inglés, como tantos y tantos otros españoles de su generación, sino también el francés, que resulta más bien propio de los españoles de la generación anterior a la suya, como la mía, e incluso, la lengua científicamente culta por antonomasia, en el ámbito de las letras europeas, también las jurídicas, que es la lengua alemana), lo que le facilitó cumplir con rigidez prusiana el requisito impuesto por una legislación universitaria hoy derogada, que obligaba entonces a desarraigarse por todo un año natural completo, al efecto de poder seguir progresando en la carrera universitaria. De ahí que nuestro autor cruzase el charco, yéndose a investigar (todo un año completo, repito) al Estado norteamericano de Massachusetts y, más en concreto, a la Universidad de Harvard. Además, es un Profesor que plantó su semilla y echó nuevas raíces en una Universidad española, equidistante de todas las demás y con un acusado perfil internacionalista; y en definitiva, un hombre tan singular como para animarse a sacar al mercado editorial el *unicum* que brevemente presento, y al que ha bautizado con el nombre de *Handbook of Spanish Employment Law*, escrito por él íntegramente en inglés.

Se trata del primer manual de Derecho del Trabajo concebido en España para ser estudiado, con arreglo a los nuevos planes «de Bolonia», por un público estudiantil exclusivamente angloparlante (al menos, en clase). Tiene todas las virtudes del buen manual universitario jurídico de toda la vida, que es para mí —desde el punto de vista de las letras jurídicas— no sólo un libro universitario más, sino más radicalmente el libro universitario por antonomasia. Y ello, porque escribirlo exige tener un programa propio (y en consecuencia, madurez), construido alrededor de núcleos temáticos que lo abarquen todo (o más precisamente, todo lo que los estudiantes tienen el derecho, socialmente exigible, de que les sea enseñado), pero con la contención propia de la existencia de límites temporales

estrictos (nuestros famosos cuatrimestres), y que en el caso de este manual son diez núcleos temáticos claros, denominados por nuestro autor «Capítulos». En él, por supuesto, hay técnicas y recursos pedagógicos, unos usuales (en la medida en que responden a las características propias de este concreto género de nuestra literatura jurídica universitaria; por ejemplo, la posibilidad de saciar la curiosidad del estudiante que pide más, recomendándole bibliografía de ampliación, acerca de temas discutibles o cruciales, como en el caso de la cuidada selección que ofrece en su página 42) y otros no tan usuales, que yo calificaría incluso de rigurosamente originales. Es el caso de las cajas o cuadrados, llamadas por nuestro autor «boxes», de las que hay hasta cuarenta y dos a lo largo y ancho de la obra, permitiendo al estudiante hacerse con la médula o esencia de un asunto, descrito por el autor — con todo el riesgo científico que ello implica, pero que siempre vale la pena correr— en muy pocas palabras. Todas estas «cajas» tienen, por supuesto, su interés. Pero a mí, además, me ha hecho reflexionar mucho la que puede llamarse «Box 1.6».

En ella, el Profesor GÓMEZ ABELLEIRA explica en sólo ocho líneas (por lo demás, cargadas de cosmopolitismo) por qué razón ha titulado este manual suyo *Employment Law*, y no otra cosa distinta. Creo que un potencial lector norteamericano se sorprendería, puesto que en el mundo docente yankee «*Employment Law*» es sólo el Derecho del contrato de trabajo (lo que los colegas alemanes llamarían «*Individualarbeitsrecht*», o también, «*Individuelles Arbeitsrecht*»), mientras que —siempre para los yankees— «*Labor Law*» es el Derecho del convenio colectivo, del conflicto colectivo y de los sindicatos (en alemán, «*Kollektives Arbeitsrecht*»). Creo incluso que un potencial lector del Reino Unido se sorprendería igualmente, puesto que en este otro país —cuya peculiar grafía sigue puntillosa y sistemáticamente el Profesor GÓMEZ ABELLEIRA— la *Employment Rights Act* de 1996 marca la senda de lo individual, mientras que la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* de 1992, por su parte, la de lo colectivo. Y es que, en mi opinión, este «*Spanish Employment Law*» del Profesor GÓMEZ ABELLEIRA —que habría que traducir, en castellano, como «Derecho español del Trabajo», y quizá, en inglés, como «*Spanish Employment and Labor [o Labour] Law*»— es un estudio compendioso de todo lo jurídico-laboral español, no sólo lo sustantivo, sino también lo procedimental y procesal (en inglés, tan primorosamente explicado por él, la realidad a que se alude con el vocablo jurídico «*Enforcement*»). Así, de lo individual tratan los siete primeros Capítulos del *unicum* (respectivamente relativos a «Los principios básicos del Derecho del Trabajo», a «Las fuentes del Derecho y órganos de aplicación», a «Los derechos constitucionales», a «Los contratos de trabajo», a «Los deberes y derechos legales básicos, y las prerrogativas empresariales», a «La continuidad y variación de la relación laboral», y a «La extinción de la relación laboral»), destinando los tres restantes a lo colectivo (esto es, a «La libertad de asociación», a «La implicación del trabajador a través de la información, la consulta y la

negociación colectiva», y acentuando que lo procedimental y lo procesal se resisten a las distinciones dogmáticas, a «Los conflictos individuales y colectivos»).

**Jesús Martínez Girón**





G. LÖSCHNIGG, *Arbeitsrecht*, 11ª ed., ÖGB (Viena, 2011), 1030 págs.

El Profesor Günther LÖSCHNIGG, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Graz —aunque también profesora en la Universidad de Linz— es el autor de este manual de Derecho austríaco del Trabajo, que ya ha alcanzado el logro envidiable de perpetuarse en una undécima edición. En parte, se trata de un *web-book*, cuyo contenido legal y jurisprudencial se actualiza periódicamente a través de Internet. En cuanto que libro convencional, es un manual con pretensión de complitud, lo que —como confiesa el autor en el prólogo— le ha obligado a prescindir, desde el punto de vista de su estructuración, de la tradicional distinción dogmática entre lo individual y lo colectivo (según sus propias palabras, «sin tener que asumir la clásica división de un Derecho individual del Trabajo y un Derecho colectivo del Trabajo»). En esto, se distancia con claridad de sus parientes y vecinos alemanes, aunque desde otros puntos de vista (empleo sistemático de abreviaturas, que son legión; forma de citar la bibliografía, tan contrastante con nuestro modo latino de hacerlo; utilización de la letra pequeña y la negrita, etc.) resulte indistinguible de esos mismos vecinos y parientes suyos. Con ellos comparte, además, el común denominador de tener que manejar una legislación laboral muy dispersa, respecto de la que afirma —asimismo en el prólogo— que su «codificación (parcial) todavía se hace esperar». Dada su pretensión de complitud, el autor ha debido estructurarlo alrededor de trece núcleos temáticos, dotados —a su vez— de subdivisiones múltiples, que se marcan mediante la utilización de series larguísimas de números arábigos (por ejemplo, «12.3.2.3.8.1» y «12.3.2.3.8.2», en el núcleo temático número 12, que es el relativo a la prevención de riesgos laborales).

Estos trece núcleos temáticos, verdaderas «partes» más que meros «capítulos», son los siguientes: «Concepto e introducción al Derecho del Trabajo [*Begriff und Einteilung des Arbeitsrechts*]», donde también se aborda el desarrollo histórico de nuestra disciplina en Austria; «Derecho del Trabajo y ordenamiento jurídico [*Arbeitsrecht und Rechtsordnung*]», que trata del «Estado social de Derecho» desde las perspectivas constitucional y comunitaria; «Fuentes del Derecho del Trabajo [*Rechtsquellen des Arbeitsrechts*]», dedicada a su descripción pormenorizada y a las relaciones e interacciones existentes entre ellas; «Relación de trabajo — Trabajador — Centro de trabajo [*Arbeitsverhältnis — Arbeitnehmer — Betrieb*]», en esencia, sobre los rasgos identificadores de la relación laboral; «Creación de la relación laboral [*Begründung des Arbeitsverhältnisses*]», acerca de la celebración, modalidades y nulidad de la relación laboral; «Contenido de la relación laboral [*Inhalt des Arbeitsverhältnisses*]», donde se ubica el tratamiento de la prestación de trabajo, del salario, de la jornada y las vacaciones, y de los daños y responsabilidad derivados de la prestación de trabajo dependiente (según la terminología austríaca, en situación de «dependencia personal»); «La extinción de

la relación laboral [*Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen*]», donde se analizan las diversas formas de la misma, así como los «derechos derivados de la extinción de la relación laboral»; «Organización de la plantilla [*Organisation der Belegschaft*]», articulado alrededor de los órganos de representación unitaria de los trabajadores; «Facultades de los trabajadores [*Befugnisse der Arbeitnehmerschaft*]», donde se contempla la representación unitaria de los trabajadores desde el punto de vista funcional; «Asociaciones en el mundo laboral [*Verbände im Arbeitsleben*]», en esencia, para tratar lo relativo a sindicatos y asociaciones empresariales; «El conflicto social [*Der soziale Konflikt*]», centrado en el régimen jurídico de las «luchas laborales»; «Prevención de riesgos laborales [*Arbeitnehmerschutz*]», acerca de la legislación interna austríaca de transposición del correspondiente acervo comunitario sobre seguridad y salud laboral; y por último, «Procedimientos y autoridades en el Derecho del Trabajo [*Verfahren und Behörden im Arbeitsrecht*]», donde se analiza la disciplina desde los puntos de vista procedimental y procesal.

Desde la perspectiva del Derecho español, llama poderosamente la atención el tratamiento —tan detenido— que se da a la que puede denominarse «indemnización compensatoria [*Abfertigung*]», alrededor de la cual se construye el peculiar modelo austríaco de despido, en el que los empresarios cotizan a un fondo con cargo al cual se pagará en su día la indemnización en cuestión. Aparece tratada a lo largo de dos densas decenas de páginas, en la citada subparte relativa a los «derechos derivados de la extinción de la relación laboral», desde el numeral «7.10.1» hasta el numeral «7.10.1.5.4». Acerca de los intentos de importar este peculiar modelo extintivo a nuestro país, y que asimismo ha tenido su impacto en el Derecho portugués, baste recordar que la disposición adicional 10ª de nuestra Ley 35/2010, de 17 septiembre, de reforma laboral, ha mantenido durante algún tiempo en el candelero dicho asunto, al afirmar que «teniendo presente la situación de la economía y del empleo y su previsible evolución, así como el informe elaborado por el grupo de expertos constituido según lo dispuesto en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de 2 de febrero de 2011, el Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar».

**Jesús Martínez Girón**

J. GÁRATE CASTRO, *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Editorial universitaria Ramón Areces (Madrid, 2010), 125 págs.

En mi opinión, es claro que el Derecho de la Unión Europea opera sobre dos vertientes o planos distintos, que impactan frontalmente sobre la docencia y la investigación universitarias. El primero es el que cabría denominar plano general, que lo observa como si fuese un conjunto y en el que priman los que cabría denominar aspectos orgánicos, pareciendo claro que los que tienen más cosas que contar en este plano son los investigadores y docentes adscritos al área de conocimiento del Derecho Internacional Público. En cambio, el segundo plano se refiere a las que tecnocráticamente suelen denominarse «políticas sectoriales», que son las que impactan frontalmente sobre muy concretas ramas del Derecho positivo nacional, contándose entre ellas el área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Centrándonos en este segundo plano, parece asimismo claro que la «política social» de la Unión Europea ha acabado dejando de tener el carácter embrionario que la caracterizó, en la década de los años 50 del siglo pasado, cuando se crearon las tres Comunidades, para pasar a convertirse en una de las políticas «sectoriales» más relevante del a propia Unión Europea, bastando compulsar para probarlo el tenor del artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La complejidad de esta materia «sectorial», que tan eficazmente está contribuyendo a cambiar los concretos ordenamientos laborales nacionales de los Estados miembros (en muchas ocasiones, por causa de la invocación de las fuentes en cuestión por parte de los profesionales del foro ante los tribunales laborales), requiere de estudios doctrinales clarificadores, pero también críticos, en los que el engarce entre las fuentes supranacionales europeas y las fuentes nacionales, siempre complejísimas y sujetas a continuos cambios en ambos niveles territoriales, haga fácil lo difícil. Esto último consiste en reconducir a un cosmos el aparente caos jurídico derivado de la presencia de dos instrumentos distintos de publicación de normas laborales y de seguridad social (esto es, el *Boletín Oficial del Estado*, en el caso de España, y el *Diario Oficial de la Unión Europea*), que no dejan de sorprendernos cada día con continuas novedades. Pues bien, esta visión cosmológica es la que traduce el libro del Maestro compostelano, Profesor Doctor Javier GÁRATE CASTRO, sobre *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, publicada por la prestigiosa Editorial universitaria Ramón Areces.

Lo primero que llama la atención de esta obra es su muy cuidada y personal terminología, que prescinde en ocasiones de la más usual y trotona, cuando procede a abordarse este tipo de problemáticas. En este punto, por ejemplo, llama la atención su caracterización de las expresiones inglesas *soft Law-hard Law*,

tan frecuentemente utilizadas por los analistas y estudiosos del Derecho de la Unión Europea, como Derecho «débil» y «fuerte» [literalmente, en página 2, «el examen del proceso de construcción de los elementos que componen el Derecho social de la Unión Europea muestra el recurso, también previsto o con referencias en el derecho originario, a otra clase de instrumentos que se sitúan en el ámbito del doctrinalmente conocido como derecho “débil” (*soft law*) y se caracterizan por la ausencia de los efectos jurídicos vinculantes presentes en los instrumentos o actos de naturaleza normativa, que, por oposición, representan el derecho “fuerte” (*hard law*)»]. Llama la atención, asimismo, la habilidad del Maestro a la hora de conjugar los planos diacrónico y sincrónico en el análisis que efectúa (por cierto, un análisis global) de la «política social» de la Unión Europea. Aquí el concepto clave, según él, es el de «transformación», afirman al respecto que, «aunque tal expresión sirve para designar a cualesquiera situaciones o acontecimientos que provoquen modificaciones en las normas sociales de la Unión Europea, las transformaciones aquí contempladas se ciñen a aquellas definidas por cambios en la relación instrumental que existe entre las aludidas normas y las distintas técnicas, formas o modalidades de intervención de la Unión previstas en el Derecho originario; en concreto, las de creación de reglas únicas (unificación normativa) y de armonización de las legislaciones de los Estados miembros y su aproximación», teniendo en cuenta que «tales cambios, de diferente naturaleza y envergadura, no se concentran en uno o varios momentos determinados; se presentan a lo largo de todo el accidentado, asistemático e irregular o discontinuo proceso de desarrollo de la que ha venido siendo acción comunitaria o de la Unión en materia social o, si se prefiere, de la configuración de los contenidos que se incluyen en el Derecho social de la Unión Europea». Este concepto medular se proyecta, como es lógico, sobre las dos grandes partes temáticas que conforman la estructura de este precioso libro.

La primera de ellas se titula «Un terreno que no se brinda al tipo de transformaciones considerado: las normas sociales de unificación». Aquí, respecto de las normas que procede a analizar —siempre con agudeza—, afirma que se trata de instrumentos normativos a través de los cuales «la Unión establece un Derecho único incompatible con cualquier regulación diferente que pueda presentarse en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros», lo que reconduce la temática analizada al examen de reglamentos «sociales» de la Unión Europea. Respecto de ellos, nuestro autor indica que «aunque el juego de la unificación normativa sea reducido en cuanto al número de actos adoptados y su impacto sobre los derechos nacionales que se ocupan de cuestiones que atañen a las relaciones laborales y de seguridad social, ampliamente entendidas, ello no significa que carezca de importancia». Lo prueba contundentemente el elenco de cuestiones que analiza a lo largo de casi tres decenas de páginas, en donde junto a temas calificables de clásicos —en los análisis que usualmente solemos realizar los laboristas—, como los relativos a la libre circulación de trabajadores o a la regulación y funcionamiento del Fondo Social Europeo, figuran asimismo otros que lo son menos (como por ejemplo, la competencia judicial internacional y la ley aplicable a

las obligaciones contractuales, o los aspectos laborales de la actividad de los conductores de vehículos de transporte internacional por carretera). Por lo que respecta a la segunda parte estructural, rotulada «Un terreno permeable a las transformaciones contempladas: las normas sociales de armonización», la clave radica en ella en la labor de depuración doctrinal y crítica a que somete el concepto de «armonización». Después de introducir el concepto, el autor se arriesga a teorizar sobre lo que denomina «cuatro características generales de la armonización legislativa en materia social», reconduciéndolas —con un estilo expositivo que resulta agradablemente pedagógico— a cuatro apogemas («Su contribución al desarrollo del Derecho social de la Unión Europea es máxima»; «Posee ingredientes que la convierten en una modalidad de intervención compleja»; «Encuentra cobertura tanto en bases jurídicas generales como particulares, algunas no específicas de los contenidos del Derecho social de la Unión Europea»; «Alcanza su mayor desarrollo en el ámbito de la política social»). La exposición, por su novedad y su carácter crítico —que viene a dar la razón al Maestro ALONSO OLEA, cuando afirmaba que el Derecho del Trabajo permite abrir siempre nuevas perspectivas, si es que proyecta su peculiar análisis sobre temas jurídicos de carácter general—, resulta especialmente brillante en las páginas 45 y ss., concebidas para probar que «en el orden temporal, el empleo de instrumentos de derecho “débil”, típicos y atípicos, precede al de actos normativos», teniendo en cuenta que «tal empleo es permanente a lo largo del desarrollo del proceso de armonización».

**Iván Vizcaíno Ramos**



J. GARCÍA MURCIA (Director), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2013), 692 págs.

Por paradójico que pueda resultar, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional siempre fue a partir de 1990 en España —desde un punto de vista formal— jurisprudencia de segunda división. En efecto, desde el punto de vista del recurso de casación para la unificación de doctrina, jugaba en el mismo terreno asignado, por ejemplo, a la doctrina del viejo y extinto Tribunal Central de Trabajo, dada la imposibilidad de considerar las Sentencias de ambos Tribunales como «Sentencias de contraste», a efectos de la interposición del recurso que permite por antonomasia crear jurisprudencia laboral ordinaria en nuestro país, que es precisamente el recién citado recurso de casación para la unificación de doctrina, a resolverse por la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo. Esta anomalía formal sólo se ha resuelto veintiún años después de promulgada nuestra sexta Ley de Procedimiento Laboral de 1990, con la entrada en vigor de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo artículo 219 procede ahora a abrir de par en par la puerta para que se cuelen, en concepto de «Sentencias de contraste», las dictadas por los más variopintos tribunales actuales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los «órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España» (por ejemplo, la Corte de Estrasburgo, aun cuando sus Sentencias se dicten en lenguas distintas del castellano), y por supuesto, las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Este hecho novedoso permite al laboralista mirar con otra perspectiva la labor que viene realizando nuestro Tribunal Constitucional, sobre todo por la vía del recurso de amparo. Con esta nueva perspectiva (y además, con mucha simpatía) es como hay que contemplar el libro de casos constitucionales coordinado por el Profesor GARCÍA MURCIA, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid, titulado *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, que brevemente procedo a reseñar.

El propio Profesor GARCÍA MURCIA aclara en su brillante presentación de la obra, que titula «Los derechos de la persona en el ámbito del trabajo asalariado», cuáles son los derechos del trabajador a que genéricamente se refiere este grueso volumen sobre Derecho de casos. Según él, «se trata de derechos propios de la persona en cuanto tal (al margen de su situación profesional), de derechos ligados a la dignidad (y no tanto a la propiedad u otros bienes materiales), y de derechos que suelen gozar en el texto constitucional de referencia del máximo nivel de garantías (los derechos fundamentales en su sentido

más estricto)». En consecuencia, son los que los primeros comentaristas-laboralistas más autorizados de nuestra Constitución denominaron derechos fundamentales «inespecíficos» de los trabajadores, esto es, de que es titular el trabajador no en cuanto tal, sino en cuanto que persona. Por cierto, un tema en el que nuestro Tribunal Constitucional acabó perpetrando una enmienda o corrección de la letra de la Constitución, al margen de los procedimientos formalmente establecidos por la propia Constitución para enmendarla. Me refiero a los derechos específica y frontalmente laborales, en principio, mencionados en el apartado 2 del artículo 25 de la Constitución, en donde se afirma —a propósito del condenado a pena de prisión—, pero en el terreno de lo que el Profesor GARCÍA MURCIA denominaría «los derechos fundamentales en su sentido más estricto», que «en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social», los cuales resultaron rebajados al rango de derechos meramente cívicos o de meros principios sociales, y casi incluso al de letra constitucional muerta, por una reiteradísima jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ya casi olvidada y a calificar benévolamente de poco respetuosa con el principio —jurídicamente sagrado— del imperio de la Ley (*rule of Law*).

El volumen cuenta con un impresionante elenco de diecinueve comentaristas-coautores, a cada uno de los cuales le correspondió el comentario de un caso constitucional selecto (salvo en la hipótesis del Profesor RODRÍGUEZ CARDO, a quien le correspondieron dos, sobre «Libertad religiosa y contrato de trabajo», al hilo de la Sentencia 19/1985, y sobre «Retribución por esfuerzo físico y discriminación por razón de sexo», al hilo de la Sentencia 58/1994). En este elenco, lucen especialmente las aportaciones de cinco Catedráticos de nuestra disciplina (la Profesora CASTRO ARGÜELLES, sobre «Dignidad del trabajador y vacaciones retribuidas», al hilo de la Sentencia 192/2003; la de la Profesora ALZAGA RUIZ, sobre «Derecho a la no discriminación y despido de trabajadora embarazada», al hilo de la Sentencia 92/2008; la del Profesor GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, sobre «Derecho a la no discriminación y orientación sexual», al hilo de la Sentencia 41/2006; la de la Profesora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, sobre «Enseñanza de religión en centros públicos y derechos fundamentales del trabajador», al hilo de la Sentencia 51/2011; y la de la Profesora MARTÍNEZ MORENO, sobre «Crítica a la empresa y límites a la libertad de expresión de los trabajadores», al hilo de la Sentencia 88/1985). Aunque, como es lógico, los veinte comentarios a los casos reflejen cada uno la personalidad de sus propios autores, es claro que todos ellos han debido ajustarse a un modelo o patrón uniforme, puesto que sistemáticamente concluyen todos y cada uno de ellos con una «Selección de bibliografía», verdaderamente muy útil, y además, con una «Reseña de jurisprudencia y doctrina judicial», justificando frontalmente esta última el que haya debido merecer el volumen reseñado, que enriquece la bibliografía jurídico-laboral española con aportaciones del más alto nivel, la atención de un Anuario de Derecho comparado del Trabajo, puesto que —muy frecuentemente— la reseña en cuestión incluye referencias a jurisprudencia «foránea» (denominada, por ejemplo,



«jurisprudencia europea», «jurisprudencia comunitaria» o «jurisprudencia internacional y comunitaria»).

**Iván Vizcaíno Ramos**



**REVISTA DE REVISTAS**

*[REVIEW OF REVIEWS]*



- **ACTUALIDAD LABORAL, NÚM. 13-14 (2012)**

M<sup>a</sup>.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, «Luces y sombras de la reforma de la pensión de jubilación en Italia: su aplicabilidad al caso español», págs. 1548-1577.

Resumen: «La experiencia italiana puede ser aleccionadora, ya que ha tenido que afrontar una importante sucesión de reformas, lo que permite confrontar el resultado de ese periplo reformador con la efectuada por la Ley española 27/2011, de 1 de agosto, y extraer una serie de conclusiones aplicables a la reforma de la jubilación en España».

- **ACTUALIDAD LABORAL, NÚM. 19-20 (2012)**

C. FERREIRO REGUEIRO, «La unidad económica y social: una institución ambivalente de Derecho francés con predicamento en el Derecho español», págs. 1946-1963.

Resumen: «La unité économique et sociale (UES) regulada en el art. L.2322-4 del Code du Travail, es una institución de Derecho francés que surgió para unificar la empresa (entendida como actividad) dividida en diferentes sociedades sin que ninguna de ellas alcanzase los cincuenta trabajadores, evitando así la designación de un comité de empresa y del correspondiente delegado sindical, además de la negociación de un convenio colectivo».

- **DAS RECHT DER ARBEIT, NÚM. 3 (2012)**

R. MOSLER, «Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht [Tendencias de desarrollo en el Derecho del convenio colectivo]», págs. 283-294.

Resumen: «En el centro de la siguiente contribución, se encuentran —partiendo de las condiciones marco políticas y económicas modificadas— los desarrollos del Derecho de la Unión y del Derecho Constitucional que impactan en el Derecho y en la práctica del convenio colectivo en Austria. En concreto, se tratan con detalle la más reciente jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el reconocimiento del papel de los interlocutores sociales en el art. 120a de la Ley de Organización de la Empresa y la protección de la negociación colectiva y de las medidas colectivas en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

- **DAS RECHT DER ARBEIT, NÚM. 4 (2012)**

E. FELTEN, «Der Gestaltungsspielraum der Kollektivvertragsparteien nach Unionsrecht [El espacio de estructuración de las partes del convenio colectivo según el Derecho de la Unión]», págs. 379-384.

Resumen: «1. La prohibición de discriminación por causa de la edad, que ha sido establecida en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y concretada por la Directiva 2000/78/CE, se opone a la medida prevista en un convenio colectivo, por la que el salario base de un empleado en el sector público se calcula dentro de la correspondiente escala salarial, según su edad en el momento en que fue contratado. Esta circunstancia no merma el derecho reconocido en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a negociar y concluir convenios colectivos.

2. Los art. 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78, así como el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hay que interpretarlos en el sentido de que no se oponen a la medida prevista en un convenio colectivo, por la que un sistema de retribución discriminatorio se reemplaza por un sistema de retribución amparado en criterios objetivos, aun cuando se produzca un individualizado efecto discriminatorio del sistema primeramente mencionado durante un período transitorio limitado, para garantizar a los empleados actuales que ya tienen una relación de empleo el tránsito al nuevo sistema sin pérdida de ingresos».

- ***DAS RECHT DER ARBEIT, NÚM. 6 (2012)***

W. GAGAWCZUK, «Soziale Grundrechte und die Rechtsprechung des EhGH [Los derechos sociales fundamentales y la jurisprudencia del T(ribunal de)J(usticia de la)U(nión)E(uropea)]», págs. 565-574.

Resumen: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo que sigue, abreviadamente: Carta) fue festivamente proclamada en diciembre 2000 y es parte, desde diciembre 2009, del Derecho originario. Desde 2006, el T(ribunal de)J(usticia de la)U(nión)E(uropea) también se remite a la Carta en su jurisprudencia.

La contribución empieza con una introducción breve sobre la Carta, que pone el acento en los derechos sociales fundamentales. A continuación, se examina la jurisprudencia del T(ribunal de)J(usticia de la)U(nión)E(uropea), sobre derechos fundamentales, en general, y las decisiones jurídico-sociales que se remiten a la Carta, en especial. En la última parte, se sacan conclusiones de ello. Los puntos importantes de estas conclusiones se construyen sobre dos puntos, señaladamente la cuestión de cómo interpreta el T(ribunal de)J(usticia de la)U(nión)E(uropea) el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales, de un lado; y el comentario del tema de la eficacia directa o indirecta frente a terceros de los derechos fundamentales de la Unión Europea, del otro lado. Por último, se discuten posibles efectos de la Carta en la protección austríaca frente al despido».

• ***JUSTICIA LABORAL, NÚM. 51 (2012)***

A. DE LE COURT y S. CANALDA CRIADO, «Empleabilidad, plan de acompañamiento social y plan de recolocación: una perspectiva comparada», págs. 35-61.

Resumen: «Las reformas laborales de 2010 y de 2012 han producido un profundo cambio en la regulación de los procedimientos de despido colectivo. Uno de los contenidos del proceso modificados han sido los planes sociales, los cuales, según los modelos propuestos a nivel europeo e internacional, tienen que ser elaborados desde la lógica de la prevención, la colaboración entre todos los actores (empresario, trabajadores, administración) y el seguimiento y el control del cumplimiento del plan. Los planes sociales han sido objeto de las dos reformas laborales, pero su configuración legal ha variado de una reforma a otra, pasando de un tímido refuerzo de su papel como solución colectiva de las consecuencias de la reestructuración a la unilateralización de la decisión sobre medidas alternativas al despido, reduciendo la obligación del empresario a un único plan de recolocación externa en caso de despido de más de 50 personas. El presente artículo analiza el rol jurídico con que el legislador ha dotado a los planes sociales en las dos reformas, valorando especialmente su aportación a la empleabilidad de los trabajadores afectados por el despido colectivo. El análisis va precedido de un estudio de la normativa internacional y europea relacionada con tales procedimientos, así como algunos modelos propuestos a nivel internacional. También se inscribe en una comparación con la regulación del plan social dentro del procedimiento de despido colectivo en Francia y Alemania, dos modelos en los cuales la adopción de un plan social también resulta obligatorio, aunque va acompañado de más requisitos que en el caso español».

H. YSÀS MOLINERO, «Derecho de negociación colectiva y grupos de empresa: comparación de sus rasgos principales en España y en Francia», págs. 63-75.

Resumen: «Existen sustanciales diferencias entre España y Francia en relación con el abordaje de la cuestión de la negociación colectiva de grupo de empresas. De entrada, en Francia la definición de grupo de empresas a efectos laborales viene establecida legalmente desde 2004, mientras que en España tal intervención legislativa no se ha producido y subsiste el criterio jurisprudencial. Más allá de lo anterior, los criterios de identificación de la existencia de un grupo de empresas difieren notablemente entre ambos países. Por otra parte, el legislador francés, a diferencia del español, ha intervenido también para regular algunos aspectos de la negociación colectiva de grupo de empresas como pueden ser la legitimación para negociar, las condiciones de validez de los acuerdos, o la articulación entre el nivel de grupo y otros niveles de negociación, mientras que sólo de forma muy reciente encontramos una primera intervención puntual del legislador español en la materia».

• **RELACIONES LABORALES, NÚM. 3 (2012)**

H. YSÀS MOLINERO, «La articulación de la negociación colectiva sectorial y de empresa en Francia: ¿un modelo válido para España?», págs. 63-81.

Resumen: «La articulación de la negociación colectiva sectorial y de empresa ha sufrido recientemente en Francia importantes modificaciones. Si bien en las relaciones entre convenios o acuerdos colectivos ha regido tradicionalmente en el país vecino el denominado “principio de favor”, por el que se aplicaba la norma más favorable a los intereses de los trabajadores, dicho principio ha quedado apartado de forma casi definitiva del ordenamiento jurídico social francés con la aprobación de las leyes núm. 2004-391, de 4 de mayo, relativa a la formación profesional a lo largo de la vida y al diálogo social y núm. 2008-789, de 20 de agosto, sobre la renovación de la democracia social. El convenio o acuerdo de empresa se ha convertido en la fuente de derecho común por cuanto el convenio sectorial solamente se aplica en ausencia de disposición del convenio o acuerdo de empresa, a menos que el convenio sectorial disponga otra cosa, pero en todo caso en un número importante de materias vinculadas al tiempo de trabajo. En la práctica, múltiples factores actúan como condicionantes para que los cambios derivados de las nuevas normas se estén produciendo de forma lenta y progresiva».

• **RELACIONES LABORALES, NÚM. 3 (2012)**

F. MARÍN LIZARRAGA, «Una aproximación de derecho comparado al asociacionismo profesional militar», págs. 67-85.

Resumen: «Siguiendo el precedente abierto por la Ley Orgánica 11/2007 de derechos y deberes de la Guardia Civil, la reciente promulgación de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas consolida en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de que la satisfacción de intereses profesionales, económicos y sociales pueda llevarse a cabo al margen de la libertad sindical y al amparo de otro derecho fundamental, el de asociación, dotado de las mismas garantías.

Se trata, en definitiva, de un avance que en el panorama de los países de nuestro entorno presenta un alcance dispar y nada homogéneo, pues el personal militar y el de policía, aun teniendo reconocidos derechos con contenidos equivalentes, suele ser modulado su ejercicio en atención a la salvaguardia de intereses o bienes protegidos por los respectivos ordenamientos que, como la disciplina o la neutralidad que rigen en ese tipo de instituciones jerarquizadas, se consideran consustanciales para el cumplimiento más eficaz de las funciones que tienen encomendadas.

En todo caso, el establecimiento en el ordenamiento interno de peculiaridades y condicionantes en el ejercicio de este tipo de derechos colectivos



reconocidos al personal de condición militar encuentra un acomodo formal en los diversos instrumentos y tratados internacionales que contienen declaraciones programáticas de libertades y derechos».

- ***RELACIONES LABORALES, NÚM. 10 (2012)***

D. MONTOYA MEDINA, «La contratación por tiempo determinado y la prevención de su abuso en el Reino Unido», págs. 61-84.

Resumen: «La contratación por tiempo determinado es un tema de constante actualidad en la Unión Europea y en sus Estados miembros, estrechamente vinculado a la política de empleo, la evolución de la economía y la calidad de vida de la población trabajadora.

En el presente estudio, tras recorrer los principales contenidos del marco comunitario que ordena esta materia, especialmente la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo de duración determinada, que es fiel reflejo de la doble dimensión de este tipo de contratación -la funcional, que lo configura como un instrumento de flexibilidad interna, y la del abuso en su utilización-, se centra la atención en el vigente régimen jurídico regulador de la contratación por tiempo determinado en el Reino Unido, en los límites normativos que la legislación anglosajona ha instaurado para atemperar su utilización, y en su cuestionable eficacia a la luz del ordenamiento comunitario».

- ***RELACIONES LABORALES, NÚM. 11 (2012)***

J.M. ZUFIAUR NARVAIZA, «Las consecuencias sociales de las políticas europeas», págs. 59-65.

Resumen: «Se puede afirmar que a la crisis que estamos ahora padeciendo ya le habían antecedido otras y que ésta se ha venido incubando desde principios de los años setenta del siglo pasado. La política social europea estaba, antes de que llegara esta crisis, sujeta a una profunda parálisis y a un notable deterioro. Ejemplos de ello, son las propuestas de directivas sobre servicios, jornada de trabajo, o sobre desplazamiento de trabajadores. También un conjunto de sentencias del Tribunal Europeo de Justicia, que anteponían el derecho de establecimiento sobre los derechos fundamentales del trabajo.

Las políticas que emanan desde la UE perjudican a los países que no tienen una balanza de pagos excedentaria (Alemania, Austria, Holanda, Finlandia), pero existen alternativas económicas a estas políticas. En realidad, las políticas que se están aplicando no deberían calificarse de económicas, sino de ideológicas, y no han hecho más que agravar el problema del desempleo. Nos enfrentan a la lucha por un modelo de sociedad».

- ***RELACIONES LABORALES, NÚM. 13-14 (2012)***

M<sup>a</sup>.J. SERRANO GARCÍA, «Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea», págs. 65-111.

Resumen: «En la Unión Europea, las políticas que afectan a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal poseen una larga tradición. Como se comprobará en las siguientes páginas, los instrumentos jurídicos en los que se han concretado estas políticas han sido elaborados, en el marco de las actuaciones comunitarias destinadas a conseguir la igualdad de género, a proteger la salud de las personas y, en fin, a atender a las necesidades del mercado de trabajo. Numéricamente, son inferiores aquellos instrumentos jurídicos llamados específicamente a dar una respuesta al amplio abanico de problemas que presente el conflicto existente entre el trabajo y, por otro lado, la vida familiar y la vida personal, más allá de las cuestiones antes señaladas. Además, y en gran parte debido a la situación descrita, las medidas adoptadas han resultado ser insuficientes o inadecuadas, para dar respuesta a los cambios que genera la llegada de un nuevo hijo. Desde hace algunos años, el legislador comunitario viene sometiendo las directivas que inciden en la conciliación de la vida laboral, familiar y personal a un proceso de cambios. No obstante, a día de hoy, el engranaje jurídico que ha resultado de su trabajo no sirve adecuadamente a su objetivo de poner fin a las deficiencias generadas por el anterior. En esta dirección, actúa, muy especialmente, el hecho de que no ha modificado la Directiva 92/85/CEE, aunque existe un proyecto destinado a hacerlo; que la Directiva 2010/18/UE, ha introducido una serie de cambios que no son capaces de terminar con los problemas anteriormente existentes; que el permiso de paternidad carece de una regulación completa y específica, encontrándose recogido en la Directiva 2006/54/CE; y, en fin, que la Directiva 2010/41/UE no ha conseguido acercar suficientemente los derechos que actúan en el ámbito del trabajo autónomo a los propios del trabajo asalariado, a la vez que evidencia que en el primero de estos ámbitos no existe un cuerpo normativo que regule específicamente los permisos vinculados a la llegada de un nuevo hijo».

- ***RELACIONES LABORALES, NÚM. 15-18 (2012)***

J.L. GIL Y GIL, «Concepto de trabajo decente», págs. 77-120.

Resumen: «El artículo examina el concepto de trabajo decente, en su triple dimensión de concepto ético-jurídico, marco integrador y respuesta a la globalización y a la crisis financiera y económica. El ideal del trabajo decente, de carácter consensual, dinámico, dialéctico y universal, ha logrado un gran éxito en términos políticos. Hay un umbral, pero no un techo de trabajo decente. Por eso, esta noción puede aplicarse no solo en los países en desarrollo, sino también en las sociedades avanzadas, en las que aún queda un gran trecho para lograr una justicia social plena. Con todo, habría que depurar y clarificar el concepto, para dotarlo de una mayor fuerza».

P. AUVERGNON, «De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización», págs. 121-139.

Resumen: «El concepto de trabajo decente es de gran actualidad, por el lugar que ocupa en la estrategia desarrollada por la Organización internacional del Trabajo (OIT) frente a los desafíos que plantea la globalización a esta organización. Si la expresión “trabajo decente” no aparece en la Constitución del OIT de 1919, ni en la Declaración de Filadelfia de 1944, se impone tras la Declaración relativa a los principios y los derechos fundamentales en el trabajo de 1998. El concepto está en el hueco de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008. El “trabajo decente” no es para la OIT únicamente una operación de comunicación acertada, o un instrumento interno de reorganización de los programas. La estrategia del “trabajo decente” podría indicar que la prioridad no está ya en las normas, sino en el empleo, haciendo de la OIT, en cierto modo, una “agencia de globalización”. Queda por saber si este nuevo método de intervención conducirá a una política normativa “blanda y a geometría variable”, que margine una gran parte de las normas internacionales del trabajo, o si llevará a una mayor efectividad de una parte de ellas y a una mejora efectiva de la situación concreta de los trabajadores en todas las partes del mundo».

J.-M. SERVAIS, «El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica», págs. 141-166.

Resumen: «A fin de combinar condiciones de trabajo aceptables con un crecimiento económico que cree empleos, el debate en la Organización internacional del trabajo ha evolucionado hasta una reflexión sobre modos de regulación menos obligatorios que sus convenios. La expresión “trabajo decente”, que corresponde al concepto de “flexiseguridad”, aparecido en la misma época en los círculos europeos, busca de igual manera reunir dentro de una visión única todos los elementos de un desarrollo económico y social armonioso. El objeto del presente artículo es esta noción central en las actividades de la Organización, así como su puesta en práctica».

J. CARBY-HALL, «Promoción de los derechos en el trabajo», págs. 167-193.

Resumen: «El trabajo examina la promoción de los derechos en el trabajo, como uno de los objetivos estratégicos esenciales del trabajo decente. Recuerda qué derechos en el trabajo protegen las normas internacionales, los tipos de normas que produce la Organización Internacional del Trabajo y las ventajas que se derivan de su cumplimiento. Estudia luego las respuestas de la Organización Internacional del Trabajo para abordar la crisis económica mundial y, en particular, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y

el Pacto Mundial para el Empleo. El Pacto Mundial para el Empleo ofrece la respuesta del trabajo decente a la crisis económica, e intenta mitigar el impacto de la crisis en las empresas y los trabajadores. El objetivo estratégico de este pacto es poner el empleo y las cuestiones del mercado, la protección social y el respeto de los derechos en el trabajo en el centro del escenario, para hacer frente a la crisis mediante el diálogo social orientado».

J.E. LÓPEZ AHUMADA, «Principios jurídicos y promoción de la igualdad de género como garantía del trabajo decente: problemas y experiencias en el seno de la OIT», págs. 195-233.

Resumen: «El presente estudio analiza la proyección de la igualdad de género como un elemento constitutivo del propio principio de trabajo decente. Concretamente, se presenta el contenido de las acciones de la OIT dirigidas a impulsar la integración de la perspectiva de género en las políticas nacionales de contenido laboral y social. Desde esta perspectiva, las diferencias y desigualdades en la situación de hombres y mujeres se manifiestan en el ámbito laboral como un obstáculo, que tiene que ser superado para alcanzar el objetivo del “trabajo decente para todos”. El trabajo analiza las técnicas de fomento del trabajo decente en relación la igualdad de género y sistematiza las principales medidas de protección reguladas en los Convenios Internacionales con el fin de desarrollar condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona. En concreto, se destaca la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica, así como otros supuestos actuales relativos al principio de no discriminación en el trabajo y en el empleo. De este modo, se repasan las principales situación injustas que dificultan la consecución de la igualdad de género e impiden satisfacer las oportunidades efectivas de empleo. Y ello en la idea de que el trabajo decente depende del desarrollo de relaciones laborales neutras, donde se respete la igualdad como piedra angular de los sistemas jurídicos-laborales. Se repasa, pues, las principales medidas destinadas a configurar modelos de relaciones laborales estables, que pueden resistir los cambios de los ciclos económicos y evitar la exclusión social, la pobreza y la generación de nuevas formas de desigualdad».

T. USHAKOVA, «El trabajo decente en el contexto de la migración internacional», págs. 63-258.

Sumario: «I. Introducción. II. Conexión entre el trabajo decente y la migración. III. Protección de los trabajadores migrantes en el marco de la OIT. IV. Promoción del trabajo decente para los trabajadores migrantes en la etapa actual. V. Conclusiones.».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 58 (2012)**

U. ROMAGNOLI, «El derecho del trabajo ante la crisis», págs. 13-27.

Sumario: «1. La ambigüedad estructural del derecho del trabajo. 2. La constitucionalización del derecho del trabajo. 3. En espera del re-equilibrio a nivel mundial que vendrá. 4. Por qué la emergencia económica llega a ser una emergencia democrática. 5. Inversiones de tendencia. 6. La contribución de los juristas del trabajo para salir de la crisis y más allá».

G. GONZÁLEZ AGUDELO, «Respuesta jurídico-penal al trabajo de los menores de edad. Aplicación de las normas internacionales o comunitarias a supuestos no previstos en las normas internas», págs. 47-67.

Sumario: «1. Introducción. 2. Configuración del marco jurídico general protector de los derechos laborales del menor de edad. 2.1. Ámbito internacional. 2.2 El trabajo de los menores en el derecho interno español. 2.2.1. El trabajo del menor de edad en el derecho laboral. A. Situaciones excepcionales. a) Trabajo familiar. b) Trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad [art. 1.3 d) ET]. c) La medida penal de prestaciones en beneficio de la comunidad. 2.2.2. Protección penal de los derechos laborales del menor. 3. La aplicación de las normas internacionales a supuestos no previstos en las normas internas. 3.1. La problemática específica de las normas europeas derivadas. 4. Conclusión.

• ***REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 59 (2012)***

I. DAUGAREILH, «Los derechos humanos y el comercio internacional», págs. 13-32.

Sumario: «1. Introducción. 2. La exclusión de los derechos humanos del campo del derecho internacional económico. 2.1. Una incompatibilidad admitida de manera convencional. 2.2. Una incompatibilidad socialmente cuestionada. 3. La exclusión de las empresas transnacionales del campo del derecho internacional de los derechos humanos. 3.1. El debilitamiento del derecho internacional por la soft law. 3.1.1. Las tentativas repetidas y abortadas de las Naciones Unidas. 3.1.2. La revisión de los Principios directores de la OCDE. 3.2. La privatización del derecho internacional por ISO. 3.2.1. La apropiación del derecho internacional. 3.2.2. La distanciación del derecho por la norma ISO 26000».

• ***REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS, NÚMS. 1-2 (2011)***

P. ROMANO MARTINEZ y L. GONÇALVES DA SILVA, «Parecer [Dictamen]», págs. 85-143.

Extracto: «I. Se solicitó por el Sindicato Nacional de Cuadros Técnicos Bancarios (SNQTB), con carácter de urgencia, la apreciación de la compatibilidad constitucional de las reducciones salariales impuestas por la Ley de Presupuestos del Estado para 2011 (artículo 19), al sector empresarial del Estado (Banco Portugués de Negocios y Caja General de Depósitos).

II. Se solicita también, en caso de respuesta afirmativa al punto I, que se aclare si los argumentos eventualmente dados en relación con dicho punto son extensibles a los Institutos Públicos (Instituto de Financiación de la Agricultura y Pescas, I.P.), sujetos al régimen del contrato de trabajo en funciones públicas.

III. Se cuestionó igualmente la apreciación de la legalidad (en sentido amplio) de las reducciones salariales ocurridas en el Banco de Portugal, con base en el siguiente comunicado datado el 17 de enero de 2011».

• ***REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS, NÚMS. 3-4 (2011)***

B. DA GAMA LOBO XAVIER, «O processo especial de impugnação do despedimento colectivo», págs. 49-86.

Sumario: «I. Introdução.- II. Função do juiz. Estrutura do “judicium”.- III. Assento normativo. Pressupostos processuais. Providências cautelares.- IV. Impugnação do despedimento e recurso.- V. Conclusão».

P. ROMANO MARTINEZ, «Alterações de regimen jurídico e tutela de direitos adquiridos», págs. 87-148.

Sumario: «1. Problemas suscitados por alterações introduzidas num regime jurídico. 2. Aplicação no tempo de alterações a um regime jurídico. A) Enunciado. b) Direito transitório. c) Sucessão no tempo de regimes jurídicos. α. Aplicação imediata do novo regime. β. Sobrevigência do anterior regime jurídico. γ. Retroactividade. 1) Noção. 2) Tipos de retroactividade. 3) Limites à retroactividade. 4) Facto passado. 5) Direitos adquiridos e expectativas. δ. Retroconexão. 3. Solução comum da lei civil. a) Enunciado. b) Distinção entre condições de validade, efeitos e conteúdo. 4. Regimes especiais. a) Referência exemplificativa; o caso dos fundos de pensões. b) Alteração de prazos. c) Solução prescrita em sede laboral. α. Sucessão de leis no tempo. β. Direitos adquiridos. γ. Sucessão no tempo dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. d) Alterações ao regime de segurança social. e) Alterações a regimes privados de pensões e complementos de reforma. α. Enquadramento. β. Usos laborais. γ. Régime societário. 5. Tutela de direitos adquiridos. a) Sentido da expressão direitos adquiridos: crítica; teoria do facto pretérito. b) Tutela de expectativas. c) Tutela de confiança.

• ***REVISTA DEL MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL Y COMUNITARIO, NÚM. 97 (2012)***

C. GARCÍA DE CORTÁZAR, «Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10», págs. 15-31.

Resumen: «El autor analiza el discurso de la Presidencia española del primer semestre del 2010, poniendo de relieve los logros obtenidos en una época de sequía normativa y de moratoria social. Hace hincapié en el desarrollo de la Seguridad Social comunitaria en el ámbito de la coordinación, centrándose en el Reglamento 1231/10 por el que se extienden las disposiciones del Reglamento 883/04 a los nacionales de terceros Estados. En este sentido, compara el nuevo Reglamento 1231/10 con el Reglamento 859/03, poniendo de manifiesto las ventajas comparativas del primero.

El artículo hace un repaso práctico de los trabajos en paralelo con el Parlamento Europeo y con el Consejo. A este respecto incide en la nueva norma de mayoría cualificada que ha sustituido a la unanimidad para la adopción de decisiones por parte del Consejo. Asimismo ofrece una perspectiva sobre la necesidad de negociar extraoficialmente con los Estados Miembros para conseguir que las oposiciones o rechazos sean pacíficas y que no se desate una conflagración entre Estados miembros que impida llevar a buen puerto las iniciativas legislativas debatidas.

Finalmente, se examina lo que se denomina geometría variable de las normas de coordinación para trabajadores de terceros Estados, cuya protección varía en base a tres escenarios: Dinamarca, que no aplica los Reglamentos de coordinación para ciudadanos de terceros Estados; Reino Unido, que continúa sujeto al Reglamento 859/03 y el resto de los Estados, que están vinculados por el nuevo Reglamento 1231/10.

El autor concluye resaltando la apuesta firme y decidida de la Presidencia española por la dimensión social, amenazada en la actualidad por la crisis económica y sobre todo por el euroescepticismo de parte de la sociedad europea».

M. DE LA CORTE RODRÍGUEZ, «La igualdad entre hombres y mujeres en la Seguridad Social: especial referencia a la nueva Directiva sobre igualdad de trato en el trabajo autónomo», págs. 49-75.

Resumen: «En este artículo se lleva a cabo un estudio de la nueva Directiva sobre igualdad de trato en el trabajo autónomo, adoptada bajo la Presidencia española de la UE de 2010, haciéndose una especial referencia a sus disposiciones de Seguridad Social.

De forma preliminar, se realiza una revisión de la aplicación a nivel comunitario del principio de igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social, que se base en lo que se conoce como los tres pilares de la pensiones: las pensiones legales, las pensiones de empresa y las pensiones privadas.

A continuación se analiza la Directiva antigua, la de 1986, que supuso un avance tímido en la igualdad de trato en el trabajo autónomo, pues algunas de sus

disposiciones son meras recomendaciones. En lo que respecta a sus disposiciones de Seguridad Social, obliga a los Estados miembros a crear un sistema voluntario de Seguridad Social para los cónyuges colaboradores de los trabajadores autónomos, siempre y cuando se den dos condiciones: que exista un sistema de Seguridad Social para los trabajadores autónomos y que los cónyuges colaboradores no tengan derechos derivados de Seguridad Social del trabajador autónomo. La protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas y las cónyuges colaboradoras se queda en una recomendación.

Por último, se estudia la Directiva de 2010, que ha supuesto un avance notable en la materia, sobre todo en lo que atañe a los aspectos de Seguridad Social. La Directiva obliga a los países miembros a establecer un Sistema de Seguridad Social para los cónyuges y parejas de hecho colaboradores -que podrá ser voluntario u obligatorio- cuando exista un Sistema de Seguridad Social para los trabajadores autónomos. Al eliminarse la segunda condición, se concibe por fin la protección social de los colaboradores como un derecho propio y no derivado. Además, se crea por primera vez a nivel europeo una prestación de maternidad de 14 semanas para las trabajadoras autónomas y las cónyuges y parejas de hecho colaboradoras. A pesar de la gran repercusión social que implica la nueva Directiva a nivel comunitario, no va a tener impacto en el ordenamiento jurídico español, pues sus novedades ya están contempladas en el mismo».

M.D. VALDUEZA BLANCO, «Decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre acuerdos de asociación y estabilización: un avance en la dimensión externa de la Unión Europea en materia de Seguridad Social coordinatoria», págs. 101-133.

Resumen: «Durante la presidencia española del Consejo de la Unión Europea, que tuvo lugar en el primer semestre de 2010, se produjo la confluencia de la aprobación de dos instrumentos jurídicos muy significativos: por un lado, en cuanto a la dimensión interna de la Unión, se contó con el RE 1231/2010, que hace extensivo el RE 883/2004 a los nacionales de terceros Estados: por otro lado, respecto de la dimensión externa, los Proyectos de Decisión de los Acuerdos de Asociación de la UE con terceros Estados, celebrados entre el año 1998 y el 2005.

Los dos instrumentos constituyen un paso decisivo en orden a dar cumplimiento al propósito sentado en el Consejo europeo celebrado en Tampere, en octubre de 1999, respecto del estatus jurídico que deben poseer los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea, ocupándose el presente trabajo sólo del segundo de ellos, esto es, de los Proyectos de Decisión del Consejo de la UE sobre los Acuerdos de Asociación Euromediterráneos celebrados con Marruecos, Túnez, Argelia e Israel y de los de Estabilización y Cooperación llevados a cabo con la ex República Yugoslava de Macedonia y con Croacia, respecto de las materias de seguridad social coordinatoria.

La virtualidad de estos Proyectos de Decisión, que serán finalmente Decisiones cuando sean definitivamente adoptados en el Consejo de Asociación, estriba, grosso modo, en que materializa la posibilidad de exportar las prestaciones



que se recogen en los Acuerdos, a los trabajadores, supervivientes y miembros de la familia, fuera del espacio comunitario. Supone también que, por parte de los terceros Estados parte del Acuerdo, se cumplan los extremos de éste, reconociendo a los ciudadanos comunitarios los derechos de seguridad social, como hasta ahora se veían obligados a cumplir los Estados miembros respecto de los ciudadanos de los terceros Estados, a tenor de la jurisprudencia del TJUE.

Llegar a alcanzar un Proyecto de Decisión por parte de los Estados miembros de la UE constituye un hito sobresaliente por parte de la presidencia española, al lograr sumar los aspectos en los que había concordia y conseguir, en los que existían diferencias, aportar propuestas, abrir debates y, en definitiva, llegar a clausurar el texto objeto de este estudio que, de manera meticulosa, incorpora no sólo la institución de la exportación de las prestaciones fuera del espacio comunitario, que también, sino los mecanismos de cooperación y control para que la misma funcione en toda regla».

D.T. KAHALE CARRILLO, «La libre circulación de los solicitantes de asilo en la Unión Europea: la puesta en marcha del Sistema Europeo Común de Asilo», págs. 135-153.

Resumen: «La Comisión de las Comunidades Europeas prosigue sus trabajos para finalizar antes de 2012 el Sistema Común Europeo de Asilo (SECA). El SECA se basa en el establecimiento de un procedimiento común de asilo y en un estatuto uniforme válido en todo el territorio de la Unión Europea. El objetivo último perseguido es el establecimiento de un ámbito de acción uniforme y de un sistema que garantice un alto grado de protección a las personas que de verdad lo necesiten en igualdad de condiciones en todos los Estados miembros, al tiempo que trate de forma justa y eficiente los casos que se estime que no necesitan dicha protección.

El presente trabajo analiza las dos fases que comprende el SECA, en el que busca conseguir normas de protección internacional más armonizadas y de mayor calidad. En este sentido, se estudian principalmente tres instrumentos fundamentales: a) Directiva sobre las condiciones de acogida, b) Directiva sobre procedimientos de asilo, c) Directiva sobre normas mínimas. Seguidamente, se analizan las futuras actuaciones europeas, tras estudiar el papel que juega la Oficina Europea de Apoyo al Asilo en el SECA y las observaciones realizadas por el Parlamento Europeo a la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros».

- **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 154 (2012)**

F. ELORZA GUERRERO, «Transposición de la Directiva 2009/38/CE y reforma de la Ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», págs. 89-132.

Resumen: «La obligada transposición de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria, se encuentra en el origen de la reforma de la Ley 10/1997, reguladora en España del régimen del comité de empresa europeo, por la Ley 10/2011, de 19 de mayo. El presente estudio se concentra en analizar, desde una perspectiva crítica, la indicada reforma, partiendo de los principios establecidos en la Directiva comunitaria, para a continuación realizar una consideración detenida tanto de la tramitación parlamentaria de la reforma como de los principales aspectos que integran la mencionada Ley 10/2011. Si bien la norma española, en correspondencia con los principios de la Directiva comunitaria, introduce en nuestro ordenamiento jurídico todo un conjunto de normas que pretenden mejorar el ejercicio de los derechos de información y consulta transnacional, el margen de actuación en la materia otorgado a la autonomía colectiva abre la posibilidad de un futuro ejercicio desigual de los mencionados derechos».

• **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 155 (2012)**

A. ARUFE VARELA, «Los “minijobs” alemanes. Un estudio de su régimen jurídico laboral y de seguridad social comparado con el del “trabajo marginal” español, industrial y doméstico», págs. 17-36.

Resumen: «En Alemania, existen registrados actualmente más de 7 millones de “minijobs” (y en consecuencia, otros tantos “trabajadores marginales”), caracterizados por corresponderles un salario no superior a 400 euros. Evidentemente, estos “minijobs” (que pueden ser industriales y domésticos) contribuyen a desdramatizar estadísticamente las cifras de paro de dicho gran país centroeuropeo. En este trabajo, se analizan los equivalentes españoles de dichas dos grandes especies de “minijobs”, al hilo de las últimas reformas “menores” habidas en nuestro mercado de trabajo».

• **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 156 (2012)**

J. CABEZA PEREIRO, «El reconocimiento internacional y europeo del Derecho de Huelga», págs. 43-57.

Resumen: «La doctrina de los organismos internacionales y también la de la Unión Europea ostentan una importancia indiscutible en la conformación del

derecho de huelga. Por consiguiente, es importante prestar atención a los informes, recomendaciones y pronunciamientos que se producen al respecto. Este artículo pretende una actualización de todo este bagaje, con particular atención, como no podía ser de otro modo, a los informes del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos de la OIT. Pero sin olvidar los instrumentos fundamentales del Consejo de Europa. De un lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el cual al amparo de la Carta Social Europea, ha elaborado criterios de sumo interés en sus conclusiones sobre los sistemas jurídicos de los distintos Estados europeos. De otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias más recientes reconocen y albergan con amplitud este derecho en el art. 11 del Convenio Europeo de 1950. En contraste, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia en términos más restrictivos, al enfrentar la huelga con las grandes libertades de establecimiento y de prestación de servicios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

• ***REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NUM. 1 (2012)***

P. KURCZYN VILLALOBOS, «Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail», págs. 11-23.

Resumen: «The women's subordinated work has been always unfairly paid and subject to discrimination. The Constitution (included some labor protection provisions which was later misunderstood as "legal discrimination" and was not derogated until 1975. Nevertheless, recognition for women's political rights was established in 1953. The formal legal equality between women and men was not enacted until 1974 with a very simple declaration: "Woman and man are equal before the law". Nowadays, political policies are striving to reach effective regulation through different instruments».

Y. MIZUMACHI, «Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais», págs. 25-35.

Resumen: «This paper discusses new fundamental theories on the metamorphosis of labour law (on the one hand, the theory of "proceduralisation law" a philosophical point of view, and secondly, the "structural approach" to economic aspiration) and current examples observed in the Japanese labour law. Reflection of a comparative perspective sheds light on the future of law and of our society».

S. GAMONAL CONTRERAS, «Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien», págs. 37-44.

Resumen: «This article analyzes the Chilean labor law's evolution regarding compensation for non-material damage related to the termination of the employment contract, including those set by seniority. From this perspective, we will analyze the case of exceptional granting of additional compensation, and then we will explore the non-material loss sustained by the employee under the new dismissal, which violates basic human rights human rights».

P. SECUNDA, «Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales».

Resumen: «This article concerns the extraterritorial application of the U.S. Employee Retirement Insurance Act (ERISA) to U.S. employees in other countries. Additionally, this article examines ERISA coverage issues for foreign employees in the U.S., both legal and illegal and both working for foreign government and non-government employers. After surveying the tangled web of ERISA law in this context, the article proposes two statutory fixes and one new path for courts to take in applying employment benefits law in the immigration milieu».

P. LORBER, «La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne».

Resumen: «While doubts were expressed about the extent of the protection offered by the Fixed Term Workers Directive, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has helped individuals ascertaining their rights. The case-law has particularly elevated the principle of equal treatment to a higher standard and has restricted the discretion given to Member States when choosing how to limit the successive recourse to fixed term contracts. The Court's decisions have nevertheless buttressed the regulatory gaps which restrict the effectiveness of the Directive».

J. PARK, «Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité».

Resumen: «The phenomenon “subcontracted work”, how diverse it may be in its forms, has in common the bursting of a corporate image organized with a labour group. This puts into crisis the traditional notions that underlie our labour law. This crisis of the notion is part of a deeper crisis of reality: substitution of the invisible space (gonggan) for the visible place (jangso). How to make the invisible visible?».

• ***REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, NUM. 1 (2012)***

C. PAPADIMITRIOU, «Le droit du travail grec face à la crise: un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique», págs. 6-16.

Resumen: «Responding to the economic crisis the Greek labour law was marked by several amendments. Although the initial measures took were strengthening of protective rules, the provisions adopted afterwards are directed towards the deregulation and alters deeply its physiognomy. Those amendments are particularly significant; so that we can now talk about a deconstruction of collective labour law».

P.-Y. VERKINDT, «Regards sur le droit du travail français contemporain dans la crise économique et financière», págs. 30-36.

Resumen: «The successive phases of crisis in France since for over thirty years have formed or reshaped entire sections of the labour law. In a surprising way, the 2008 financial crisis has not caused, until the beginning of 2012, major legislative amendments nor even affected the processes initiated previously. In contrast, it is expected that the coming years will force an extensive revisions of the social law».

G. LOY, «La réforme italienne: entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique», págs. 38-48.

Resumen: «Recent changes to Italian labour laws are not as radical as those enacted in Spain. Nonetheless these reforms do touch upon the sensitive issue of reintegrating workers who have been the subject of an unlawful dismissal, with this right maintained in full only in cases of discriminatory dismissal. There are also modifications in peius to branch collective labour agreements and to the law governing them, with the new possibility of concluding individual company-level agreements. This could open the door for a more radical shake-up of the traditional Italian trade-union system. The 2012 reform, inappropriately inspired by the principles of “flexicurity”, transcribes the demands of the European Central Bank into Italian law with a view to cutting regulations and reducing the cost of labour».

L. MITRUS, «Crise économique et droit du travail: l'expérience polonaise», págs. 50-58.

Resumen: «The present elaboration is devoted to the analysis of the Law on the relief of the effects of the economic crisis for entrepreneurs and workers which was in force in Poland in 2009-2011. Author introduces the background of this anti-crisis law and presents its provisions. The special solutions concerned financial aid and subsidies to entrepreneurs in transitory difficulties as well as rules on working time and fixed-term employment contracts. Experiences from practical application of the Law and possibilities to integrate certain anti-crisis institutions into the Labour Code are also presented».

M. MAUL-SARTORI, U. MÜCKENBERGER y K. NEBE, «Le droit social allemand face à la crise financière : une protection segmentée», págs. 60-72.

Resumen: «The social impact of the financial crisis has been weakened by two elements: the short-time policy promoted by the Government and the social partners concertation. The legal restructuring of the labour market had taken place relatively long before, and independently from, the financial crisis. However, the labour and social security law reforms have contributed to the characteristic segmentation (“dualisation”) of the German labour market. This segmentation seems to increase after the crisis».

C. KOLLONAY-LEHOCZKY, «Panorama du nouveau code du travail hongrois: entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l'économie planifiée centralisée», págs. 74-95.

Resumen: «Arguing the economic crisis and more specifically the Hungarian economic difficulties, a new Labour Code – shattering the concept and function of labour law – was literally imposed without any prior democratic debate. Determined to encourage employment and increase national competitiveness on the global market, the Government pursues an unchanging objective around saving costs and risk for the employers and opens wide opportunity to derogate even from the lowered statutory standards; no matter the weakening of employees' statutory protection».

C. BARNARD, «L'effet de la crise sur le droit du travail au Royaume-Uni : révolution ou évolution?», págs. 96-105.

Resumen: «Despite the fact that the United Kingdom is not under the discipline of the troika, its financial situation is precarious. Under the pretext of addressing its economic problems, the British government, dominated by the Conservative party, has taken the opportunity to deregulate labour law, especially the rules on unfair dismissal, which are already some of the least restrictive in the world. The situation of employees is going to get worse».

• **TEMAS LABORALES, NÚM. 113 (2012)**

M.A. GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, B. TER HAAR y A. KUN, «Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional», págs. 13-47.

Resumen: «Con la internacionalización, temas tradicionalmente regulados por el Derecho Laboral como las condiciones de trabajo, han desbordado también las fronteras de los ordenamientos nacionales y se han convertido en materias de regulación en el ámbito transnacional. Dos instrumentos recientes en ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 205-224

este ámbito son los códigos de conducta, elaborados en el contexto de la responsabilidad social empresarial y los acuerdos marco globales. Ambos son etiquetados como instrumentos de soft law al considerarse no vinculantes jurídicamente, aunque, de hecho, pretenden generar un efecto normativo. Para conseguir un mejor entendimiento del funcionamiento de estos instrumentos, el trabajo introduce un modelo que se construye en torno a tres dimensiones: legalidad en la forma de elaboración, contenido y estructura para asegurar la eficacia o cumplimiento de los mismos».

M. CORREA CARRASCO, «La protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo: estudio comparado», págs. 49-73.

Resumen: «La influencia del entorno de trabajo sobre la salud psíquica provoca una serie de patologías como estrés, ansiedad o depresión que suponen en la actualidad una de las principales causas de incapacidad laboral y, según la opinión de organismos internacionales especializados, como la OIT o la OMS, se prevé que esta tendencia se intensifique en un futuro próximo. No en vano, su consideración como uno de los principales riesgos laborales emergentes está estrechamente vinculada a los cambios que se han producido en el mundo del trabajo, tanto en lo que se refiere a su gestión y organización (precariedad en el empleo, falta de control sobre la actividad, impacto de las nuevas tecnologías) en una economía globalizada, como en lo relativo al propio contenido de la prestación laboral y a su interacción con factores de índole personal. Un análisis comparado pone de manifiesto que el grado de juridificación de fenómenos de esta naturaleza es variable, aunque se aprecia un interés creciente en distintas instancias supranacionales».

H. YSÀS MOLINERO, «Contenido de la negociación colectiva de empresa en Francia», págs. 75-103.

Resumen: «El reforzamiento de la negociación colectiva de empresa que ha tenido lugar en los últimos años en Francia ha ido de la mano de una importante dotación de contenido de los convenios y acuerdos, que se ha producido principalmente a través de dos vías: por una parte, se han introducido numerosas obligaciones de negociar a nivel de empresa, sobre materias como el volumen de empleo en la misma o el empleo de los trabajadores mayores o discapacitados, entre muchas otras; por otra parte, el crecimiento en contenidos de la negociación colectiva empresarial ha encontrado también su base en numerosas remisiones efectuadas por el legislador a los convenios y acuerdos de empresa».

- **TEMAS LABORALES, NÚM. 117 (2012)**

P. AUVERGNON, «Acerca de la intermediación en el mercado de trabajo en Francia», págs. 57-94.

Resumen: «En este trabajo se estudia la intermediación en el mercado laboral en Francia, su evolución, y, en particular, el cambio que se se produce tras la supresión definitiva del monopolio público, instaurado en 1945, a partir de la entrada en vigor de la ley de programación para la cohesión social, de 18 de enero de 2005. En concreto, se analiza la liberalización de la intermediación en el mercado de trabajo y las dificultades que se han planteado en la práctica; la posición del operador público en dicho mercado, sus relaciones con los operadores privados y la actuación de estos últimos».



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

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



**CRÓNICA DEL «VII CONGRESO INTERNACIONAL DE  
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LOS RECORTES  
LABORALES EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”»**

*[CHRONICLE OF THE «VII<sup>TH</sup> INTERNATIONAL CONGRESS ON  
COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “LABOR AUSTERITY IN EUROPE AND  
IN THE UNITED STATES”»]*

En lugar de celebrarse —como venía siendo habitual últimamente— en las instalaciones de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Relaciones Laborales y Gestión de Recursos Humanos, de nuestra Universidad de A Coruña, esta Séptima edición del Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, que viene organizando la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social bajo la dirección de los Profesores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, se desarrolló en el impresionante Auditorio que la Fundación CaixaGalicia posee en los Cantones de la ciudad. Se trataba, así, de abrir la problemática abordada en el Congreso a la sociedad, posibilitando que ningún interesado en ella pudiese quedar excluido de participar, por falta de espacio físico. Y efectivamente, hubo lleno hasta la bandera. Lo que no extraña, visto que el tema monográficamente abordado en este Congreso Internacional era el de «Los recortes laborales en Europa y en los Estados Unidos». Sí se mantuvo, en cambio, la tradicional estructura del evento en dos jornadas vespertinas, que en esta ocasión coincidieron con los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, destinándose cinco densas horas a trabajar en cada una de las dos jornadas. Hubo inauguración solemne, con discurso pronunciado por el Alcalde de A Coruña, Sr. Carlos NEGREIRA. Y hubo asimismo, las dos tradicionales partes temáticas (una académica, a cargo de profesores, y otra estudiantil, a cargo de los estudiantes de las dos Facultades implicadas), desarrolladas (en cumplimiento del programa oficial) tanto en la primera como en la segunda jornada del evento.

La parte académica del Congreso corrió a cargo de la Dra. Nora MELZER-AZONDANLOO, de la Universidad de Graz, quien disertó en inglés sobre «Los recortes laborales [o “*Labor Austerity*”] en Austria»; del Prof. Dr. *h.c.* António MONTEIRO FERNANDES, del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, quien desarrolló en un castellano perfecto su tema sobre «Los recortes laborales en Portugal»; de la Prof.<sup>a</sup> Dra. Isabelle DAUGAREILH, de la Universidad Montesquieu Burdeos IV, quien disertó igualmente en un perfecto castellano sobre «Los recortes laborales en Francia»; del Prof. Dr. Luca NOGLER, de la Universidad de Trento, que habló en su propia lengua sobre «Los recortes laborales en Italia»; del Dr. Holger BRECHT-HEITZMANN, de la Universidad Técnica de

ACDCT, VOL. V (2013), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 227-229

Schwerin, exponiendo en inglés su ponencia sobre «Los recortes laborales en Alemania»; de la Licenciada Susana BARROSO MONTERO, Juez de la Corte Federal mexicana de Conciliación y Arbitraje, con una peculiar y comparatista visión de los recortes laborales europeos, desde el punto de vista del otro lado del océano; y por último, de los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, quienes completaron la parte académica del programa, tratando (en castellano e inglés) el tema «¿Recortes laborales en los Estados Unidos?». Todas las ponencias se desarrollaron empleando la habitual *hora cum tempore*, seguida de coloquio. Éste último resultó siempre animado, destacando las preguntas formuladas (utilizando indistintamente el castellano y el inglés) por los estudiantes asistentes.

Como ya viene siendo habitual, la parte estudiantil —pero bien importante— del programa corrió a cargo de nuestros alumnos de Grado de Derecho y de Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos. Desarrollaron, a lo largo de tres intensas horas durante las dos Jornadas del Congreso, la que cabe denominar ponencia española (en consecuencia, «Los recortes laborales en España (I) y (II)»). Actuaron divididos en once equipos, de siete estudiantes cada uno de ellos (intervino, por ello mismo, un total de 77 estudiantes). Realizaron sus exposiciones en castellano e inglés, con apoyo en un *powerpoint* libremente ideado por cada concreto equipo. El resultado acabó pareciéndose a un *puzzle* compuesto por once piezas, pero perfectamente ensambladas, cuyo hilo conductor fue el impacto de las sucesivas medidas de recortes laborales (operadas desde el año 2010) sobre una familia media española (con padre trabajador que a la postre resulta despedido, madre funcionaria, abuela pensionista, tía desahuciada, hijos becarios [con becas fraudulentas] y estudiantes, y empleada doméstica de la que la familia se verá obligada a prescindir). Su crítica de los recortes laborales españoles resultó demoledora, también por razones formales o de técnica legislativa empleada (esto es, por el uso sistemático e indiscriminado de la figura del Real Decreto-ley), resultando previsible que el público asistente —que hacía rebosar el Auditorio— les dedicase sus aplausos más entusiásticos y fervientes.

La clausura del Congreso tuvo dos partes bien diferenciadas. La primera, a cargo de los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA. Ambos agradecieron a la Fundación Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña, representada en el acto por su Presidente, Dr. José María BOTANA LÓPEZ, antiguo Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y actual Secretario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, todo el apoyo económico prestado para poder sacar adelante, con dignidad y sobriedad, el evento. Ambos Profesores justificaron la necesidad de hacer balance económico, ante la Fundación recién mencionada, precisamente porque se trataba del patrocinador del Congreso. Apelando a una imperiosa necesidad de transparencia —que la sociedad, según ellos, exigía en España a todos los niveles—, detallaron las cuentas del propio Congreso, con su debe y con su haber. Según justificaron,

todo pudo hacerse con un presupuesto de gastos de poco más de 6.000 euros. Destacaron asimismo el apoyo recibido por parte de la sociedad coruñesa, haciendo hincapié en el dato de que la Universidad, mediante la organización de Congresos en la propia ciudad, también contribuía a su modo (con un peculiar efecto de *feedback*) a crear riqueza en ella.

La segunda parte, de tono más oficial, contó con las intervenciones del citado Dr. BOTANA LÓPEZ, del Presidente del Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, Sr. PRIETO-PUGA; del Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Gestión de Recursos Humanos, Prof. Dr. Jesús VÁZQUEZ FORNO; y por último, de la Consejera de Trabajo y Bienestar del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, Sra. MATO OTERO. Se saludó en ellas a los ponentes extranjeros presentes en el acto, y a los familiares de los estudiantes, asimismo presentes. Se alabó la altura científica del evento, destacando lo insólito que resultaba ver a más de siete decenas de estudiantes exponiendo con toda soltura y con mucho ingenio, en castellano y en inglés, la ponencia que les había sido asignada por la organización del Congreso. Se hicieron votos de confianza por el pronto fin de la crisis económica, que tan duramente sacude a la sociedad española (y también, a nuestros jóvenes universitarios egresados). Y sobre todo, se emplazó a los asistentes a la celebración de una nueva edición del evento, afirmándose que el patrocinio actual se mantendrá el próximo año 2014, con ocasión de la celebración del Octavo Congreso Internacional coruñés de Derecho Comparado del Trabajo, en el que se desarrollará el tema de «El impacto de la crisis económica sobre los sindicatos, en Europa y en los Estados Unidos».

**Iván Vizcaíno Ramos**



**COEDICIÓN DE LIBROS**

[*COEDITION OF BOOKS*]

— A. ARUFE VARELA, *Dieciséis grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho colectivo del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012). ISBN: 978-84-9745-245-8.

— J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Quince grandes casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre Derecho individual del Trabajo. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2012). ISBN: 978-84-9745-270-0.





**PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE  
MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN**

*[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE  
MEMBERS OF THE ASSOCIATION]*

— Ponencia de A. ARUFE VARELA sobre «Novo regime da contratação colectiva em Espanha», en el Congreso Internacional sobre «Alterações laborais em Portugal e Espanha»; Lisboa (Portugal), 14 marzo 2012; Instituto de Derecho del Trabajo-Facultad de Derecho-Universidad de Lisboa.

— Ponencia de A. ARUFE VARELA sobre «Überberufliche Mindestlohn in Spanien (II)», en el Congreso «VI. Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialogue zum thema “Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte – Im Internationalen Vergleich»; Graz (Austria), 11 y 12 octubre 2012; Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Karl-Franzens-Universität Graz.

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «Apreciação geral das alterações em Espanha», en el Congreso Internacional sobre «Alterações laborais em Portugal e Espanha»; Lisboa (Portugal), 14 marzo 2012; Instituto de Derecho del Trabajo-Facultad de Derecho-Universidad de Lisboa.

— Ponencia de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «Überberufliche Mindestlohn in Spanien (I)», en el Congreso «VI. Internationalen Arbeitsrechtlichen Dialogue zum thema “Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte – Im Internationalen Vergleich»; Graz (Austria), 11 y 12 octubre 2012; Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Karl-Franzens-Universität Graz.

