

CUARENTA AÑOS DE DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO EN ALEMANIA

Wolfgang Däubler
Alemania

SUMARIO: I. Introducción.- II. Legislación: 1. *Ley de negociación colectiva y Ley de desplazamiento temporal de trabajadores.*- 2. *La Ley sobre representación de los trabajadores en la empresa.*- 3. *Comités de empresa europeos.*- 4. *Cogestión en la empresa.*- 5. *La creación del “parágrafo sobre huelga”.*- 6. *Las “leyes-Hartz”.*- 7. *La erosión del poder de negociación de los sindicatos.*- **III. La jurisprudencia:** 1. *La nueva interpretación de la libertad sindical del art.9.3 de la Ley Fundamental de Bonn.*- 2. *Cuestiones básicas en el derecho de negociación colectiva.*- a) *La “cláusula de referencia”.*- b) *Controversias sobre la capacidad para negociar.*- c) *¿”Unidad de empresa” o pluralidad de convenios?*- d) *Cláusulas diferenciadoras simples y cualificadas.*- 3. *Una precavida apertura del derecho de conflicto colectivo.*- 4. *¿Ampliación hacia nuevos sectores profesionales?*- **IV. Jurisprudencia acerca del régimen jurídico de la empresa:** 1. *Contratación y reclutamiento temporal de trabajadores.*- 2. *Limitaciones territoriales de la legislación laboral.*- 3. *Cogestión en asuntos sociales.*- **V. Reflexión final.**

(*) Traducción inicial a cargo del “Instituto Alemán” de Oviedo (España), revisada y completada por Joaquín García Murcia. Abreviaturas utilizadas con mayor frecuencia: AEntG (Ley de desplazamiento temporal de trabajadores), AÜG (Ley sobre cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal), BAG (Tribunal Federal de Trabajo), BetrVG (Ley sobre representación de los trabajadores en la empresa), BVerfG (Tribunal Constitucional alemán), BVerfGE (sentencia del TC alemán), CGZP (Sindicatos Cristianos del sector de agencias de trabajo temporal), DGB (Confederación de Sindicatos Alemanes), EGMR (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), GG (Constitución alemana, Ley Fundamental de Bonn), KSchG (Ley de protección frente al despido), LAG (Tribunal de Trabajo del „Land“ correspondiente), TVG (Ley de convenios colectivos). Revistas más citadas: AuR (Arbeit und Recht), NJW (Neue Juristische Woche), NZA (Neues Zeitschrift für Arbeitsrecht), RdA (Recht der Arbeit).

I. Introducción

Un joven universitario vino a verme en 1972 a Bremen, y también me visitó en Tübinga. Un compañero español, que contaba ya con gran prestigio universitario, me dio una pequeña recomendación: vale la pena hablar con ese hombre, pues era sin duda uno de los de mayor proyección en la nueva generación de laboristas españoles.

Las charlas eran fructíferas y duraban hasta la noche. El invitado quería saber cómo se concebía el derecho de huelga en Alemania. Por qué era tan limitado y sólo se permitía como último recurso. Había mucho que responder a esas preguntas. ¿No era el derecho a la lucha laboral un ingrediente para la justicia social? ¿O era, quizás, un medio para compatibilizar la productividad con la libertad? Se podía discutir profundamente sobre todo ello con Antonio Martín Valverde, y había muchas oportunidades para aprender a lo largo de esa discusión.

Han pasado desde entonces más de 40 años. ¿Qué mejor ocasión para continuar con aquellas reflexiones? ¿Cómo transcurrió ese periodo de tiempo en Alemania? Allí no hubo una fase de “transición” como en España tras los años setenta. Sin embargo, la situación del Derecho colectivo del trabajo es hoy muy distinta a la de hace cuatro décadas. Querría dar continuidad a la discusión de aquellos años mediante estas nuevas aportaciones.

II. Legislación

1. Ley de negociación colectiva y Ley de desplazamiento temporal de trabajadores

La Ley de negociación colectiva (*Tarifvertragsgesetz, TVG*) actualmente vigente en Alemania es más antigua que la República Federal, pues, tras ser acordada en el seno del Consejo Económico (una especie de parlamento para decidir sobre temas económicos en la denominada "Región Económica Unida"¹), fue publicada el 9 de abril de 1949². No fue ampliada a la "Zona francesa"³ hasta la Ley federal de 23 de abril de 1953⁴. Regula realmente pocas cuestiones, entre ellas la forma, el contenido posible y los efectos del convenio colectivo. En esos puntos existe un consenso social básico, aunque hay disparidad de opiniones acerca de otras cuestiones, como la afectación al contrato de trabajo, la diversidad de tarifas salariales o las cláusulas de diferenciación, materias en las que la jurisdicción tiene un papel decisivo.

El texto legal sobre los convenios colectivos de trabajo experimentó pocos cambios en sus más de 60 años de vida. La Ley de reforma de la regulación del trabajo a domicilio y otros aspectos laborales (*Gesetz zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften*) de 29 de octubre de 1974⁵, introdujo el parágrafo 12.a) para admitir los convenios colectivos para trabajadores "parasubordinados" (*arbeitnehmerähnliche Personen*). En todo caso, sólo logró relevancia práctica para colaboradores autónomos (*freie Mitarbeiter*) en el ámbito de los medios de comunicación (prensa, radio y televisión)⁶.

En estas fechas (mayo 2014) ha sido presentado por el legislador un proyecto de ley "para el fortalecimiento de la autonomía colectiva"⁷, que sobre todo debería facilitar, aparte de la introducción de un salario mínimo para toda Alemania, la declaración de eficacia general del convenio colectivo de trabajo conforme al parágrafo 5 de la norma vigente. A diferencia de lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores en España, los convenios colectivos en Alemania sólo surten efectos en principio para los miembros de los sindicatos y las asociaciones empresariales que los negocian, de modo que la eficacia general en el sector de referencia se alcanza a través de una declaración oficial de carácter obligatorio. Hasta ahora se calculaba que los empleadores sujetos al convenio colectivo empleaban a no menos del 50% de los trabajadores del ámbito correspondiente, pero esto ocurre cada vez en menor medida, por el creciente proceso de erosión en las asociaciones de empresarios.

En el futuro deberá renunciarse a esa exigencia. En lugar de esas reglas, será suficiente que el convenio colectivo tenga un "significado predominante" en la determinación de las condiciones de trabajo dentro de su ámbito de aplicación. Como alternativa, también será suficiente que deba asegurarse la virtualidad de la regulación pactada frente a los efectos de una situación económica crítica. Respecto de ciertas ventajas comunes de la plantilla, como

¹ Con esa denominación –y con la de "Bizone"-- se aludía de forma conjunta a las zonas de Alemania ocupadas por EE.UU. y Gran Bretaña tras la II Guerra Mundial.

² WiGBI 1949, págs.55 y 68.

³ Sobre los diferentes proyectos que se prepararon en el contexto de una política orientada a la economía social de mercado y basada en la función social de la propiedad, puede consultarse, por ejemplo, la obra de Nautz, *Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland: das TVG vom 9. April 1949*, Frankfurt/Main 1985. Sobre la toma de decisiones en el ámbito interno del sindicato, Nautz, *ob. cit.* pág.151 y sig., y Kittner, *Arbeitskampf. Geschichte, Recht, Gegenwart*, München 2005, págs.560 y sig.

⁴ BGBI I, pág.156.

⁵ BGBI I, pág.2879.

⁶ Sobre ello, B.Reinecke, en Däubler (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerendegesetz*, 3ª ed., Baden-Baden, 2012, parágrafo 12.a líneas 9 y sig.

⁷ *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie*, BR-Drucksache 147/14 (de 11.4.2014).

las cajas de vacaciones o las obras sociales, se renuncia también a esas exigencias. De cualquier modo, lo previsible aquí y en todos los demás casos es que el representante de la parte empresarial también desee la declaración de eficacia general, que sólo puede obtenerse a través de una solicitud llevada a cabo por las dos partes, mientras que hasta ahora era suficiente la solicitud de una sola parte. Además, debe ser acordada por un “consejo de negociación colectiva” compuesto, en cada lado, de tres representantes (tres de las grandes confederaciones sindicales y tres de las grandes confederaciones empresariales). Si una parte se niega no se puede aprobar; no sólo tiene derecho de veto la asociación de empleadores del sector de referencia, sino también la correspondiente confederación.

En los últimos veinte años ha cambiado el sentido de la legislación sobre desplazamiento temporal de trabajadores. Después de muchas discusiones se aprobó el 25 de febrero de 1996 la *Ley de desplazamiento temporal de trabajadores (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, AentG)*⁸, que dio la posibilidad -limitada al sector de construcción- de declarar la aplicación general de los convenios colectivos de trabajo en materia de salario mínimo y vacaciones. De esta manera, las pautas anteriormente expuestas se habían utilizado ya para determinar el régimen aplicable a los trabajadores desplazados temporalmente desde el extranjero por sus empresas. Con ello se pretendía luchar contra la extendida práctica del “dumping social”, que daba lugar a que trabajadores extranjeros (portugueses principalmente) fueran desplazados hacia territorio alemán con un salario sensiblemente inferior (entre un 20 y un 50%), y, a fin de cuentas, a que los empresarios de otros países aventajaran a los empresarios alemanes en los correspondientes concursos de obras, por sus ofertas más baratas. Esta regulación se hizo necesaria porque el Tribunal Federal de Trabajo (*BAG*) había declarado la eficacia general del convenio colectivo sólo para los contratos de trabajo sujetos a la legislación alemana⁹. Hubiese sido más correcto atribuirles el carácter de normas de orden público (*Eingriffsnormen*) conforme al (antiguo) artículo 34 de la Ley alemana de introducción al código civil (*EGBGB*), y concederles así (de manera no problemática) carácter vinculante dentro del territorio nacional incluso en relación con contratos de trabajo celebrados bajo legislación extranjera, dado que ya en aquel momento la declaración de eficacia general se correspondía con la constatación de un interés público¹⁰. Habida cuenta que las circunstancias no permitían prever que la interpretación judicial caminara por esa senda, la mejor solución parecía ser la intervención legal explícita. En todo caso, la declaración legal quedó limitada desde el principio al salario mínimo y al derecho a vacaciones, de modo que no se extendió a todos los niveles o aspectos retributivos. Así, los operadores de bajo coste mantuvieron numerosas ventajas, incluida la cotización a la Seguridad Social en el país de origen, una operación respecto de la que no era posible el control por parte alemana. Se atenuó el dumping social, pero no se le pudo excluir del todo.

En la práctica surgieron otros problemas. La confederación de asociaciones empresariales alemanas utilizó su derecho de veto en el “consejo de negociación colectiva” a propósito de la fijación de salario mínimo en el sector de la construcción, pese a que las asociaciones empresariales del sector habían firmado el convenio y habían participado en la propuesta de declaración de eficacia general. Tan sólo pudo aprobarse una muy modesta cuantía para el salario mínimo¹¹. El nuevo Gobierno Schröder constituido en diciembre de 1998 había aprobado la denominada “Ley correctora” (*Korrekturgesetz*)¹², que introdujo la posibilidad de

⁸ BGBl I, pág.227. Sobre ello, Hanau *NJW* 1996, pág.1369.

⁹ BAG AP núm. 30 en relación con el parágrafo 1 TVG, a propósito de la estructura de la negociación colectiva.

¹⁰ Sobre el concepto de “norma de orden público” (*Eingriffsnorm*), Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, Tübingen, 2013, parágrafo 10 marginales 21 y sig.

¹¹ Una descripción de ese proceso en Wiesehügel, *Bundestags-Plenarprotokoll* 14/14, pág.894.

¹² *Gesetz zur Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte* de 28.12.1998, BGBl I, pág.3843.

declarar la eficacia general de los convenios colectivos conforme a la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores (*AEntG*) mediante decreto del Ministerio de Trabajo, sin necesidad de intervención del “consejo de negociación colectiva”¹³. De esta manera se abandonaron procesos anticuados, pero, por el contexto en el que se actuaba, sólo el salario mínimo quedaba sujeto a esta regulación. De todos modos, en el sector de la construcción se podía diferenciar entre un peón y un oficial, y así se hizo en la práctica. En esta nueva normativa, la declaración de eficacia general se conectaba a la transposición de la Directiva europea sobre desplazamiento temporal de trabajadores de 16 de diciembre de 1996¹⁴, la cual exigía, entre otras cosas, la fijación de unas condiciones laborales mínimas para todos los sectores económicos.

A través de esos cambios legales cada vez se han ido incorporando más sectores al ámbito de aplicación de la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores. Se incluyen, por ejemplo, las empresas dedicadas a recogida de basuras, educación y formación continua, cubierta de edificios, electrotécnica, limpieza de locales y edificios, o servicios de seguridad. El párrafo 3.a) de la Ley sobre trabajo temporal (*AÜG*) ha aplicado estas reglas a los trabajadores objeto de cesión y ha creado (por vía convencional) un límite salarial que sólo terminológicamente se distingue del salario mínimo de la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores. Para el sector de la atención sanitaria se prevé una reglamentación especial en los párrafos 11 y 12 de la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores (*AEntG*); en el sector eclesiástico, dado que apenas se han celebrado convenios colectivos hasta ahora, el camino hacia la implantación de una remuneración mínima ha sido iniciado por un decreto del Ministerio de Trabajo, con el único requisito de consulta previa a una comisión paritaria. La Ley de promoción de la autonomía colectiva (*Tarifautonomiestärkungsgesetz*)¹⁵ quiere abrir a todos los sectores lo dispuesto por la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores, en tanto sus niveles de “salario mínimo” no sobrepasen el nuevo salario mínimo interprofesional de 8,50 euros por hora.

2. La Ley sobre representación de los trabajadores en la empresa

La “gran” reforma de la participación de los trabajadores en la empresa, que significó sobre todo un incremento de las facultades de codecisión de los comités de empresa, tuvo lugar en 1971, hace ya más de 40 años. El único detalle digno de mención en el presente contexto es la aprobación de una nueva reforma legal de la representación de los trabajadores en la empresa (*Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes*) que entró en vigor con fecha de 28 de julio de 2001¹⁶ y que ha introducido muchos cambios –hasta 84 en total– sobre la regulación precedente. Con aceptación generalizada, su principal objetivo se centraba en los medios de acción de los comités de empresa, mientras que los derechos de participación fueron ampliados de manera marginal¹⁷. Se aumentó el número de miembros de muchos comités de empresa, se incluyó expresamente el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se reconoció en determinadas condiciones el derecho de voto de los trabajadores de carácter temporal (incluidos los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal), fue suprimido el principio en virtud del cual se distinguía entre “trabajadores” y “empleados” a efectos electorales, y en su lugar, fue introducida una regla de representación mínima del sexo en minoría. En las empresas de menos de 50 trabajadores se ha implantado un proceso de

¹³ Información adicional, también sobre los antecedentes de esta regulación, en Däubler *NJW* 1999, págs.601 y 606.

¹⁴ ABIEG de 24. 1. 1997, núm. L 18/1; sobre el tema, Däubler *EuZW* 1997, pág. 613.

¹⁵ Véase nota 7.

¹⁶ BGBl I, pág.1852.

¹⁷ Indicaciones al respecto en Däubler *AuR* 2001, págs.285 y sig.; Hanau *NJW* 2001, pág.2513; Löwisch *BB* 2001, págs.1734 y 1790; Reichold *NZA* 2001, pág.857 y sig.

votación más sencillo, a través de una reunión de fácil y rápida convocatoria. En tales casos, en los que hasta ahora no había comité de empresa, se puede proceder a la elección prácticamente en el plazo de una semana, aunque el procedimiento no es que sea más “sencillo”, sino que depende en gran medida de la capacidad de gestión de quien preside la mesa electoral. Es importante lo dispuesto en el párrafo 3 de la Ley de representación de los trabajadores en la empresa, en tanto que deja en manos del convenio colectivo la determinación de la capacidad de funcionamiento unitario de los comités de empresa, muy usual en empresas con varias sucursales. En tiempos de reestructuración empresarial son muy útiles las previsiones de las letras a) y b) del párrafo 21 de la Ley, en cuanto integran y amplían el radio de acción del mandato representativo. También se facilitó la creación de un “comité general de empresa”, dado que para ello tan sólo se requiere ahora que los comités de empresa promotores de tal iniciativa representen a la mitad de los trabajadores de la empresa (y no a tres cuartos de la misma, como antes sucedía). Según el párrafo 92 de la nueva Ley, el comité de empresa puede hacer propuestas, con vistas a su correspondiente discusión con el empresario, acerca de la protección y promoción del empleo de los trabajadores representados. Si, tras el oportuno asesoramiento, el empresario llega a la conclusión de que la propuesta carece de utilidad, debe fundamentar su rechazo, sin que pueda descartarla sin más (aunque sólo es necesario que deniegue la propuesta por escrito cuando se trata de empresas con más de 100 trabajadores, pues se consideró que tal carga podía ser excesiva para empresarios de menor tamaño). Con todo esto puede entenderse seguramente el verdadero alcance de esta reforma legal.

3. Comités de empresa europeos

La Directiva europea de 22 de septiembre de 1994 sobre comités de empresa en empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria¹⁸ fue transpuesta en Alemania en un plazo relativamente corto, pues la Ley alemana sobre dicha cuestión entró en vigor el 1 de enero de 1996 (*Gesetz über Europäische Betriebsräte, EBRG*)¹⁹. Se renunció a ciertos temas más controvertidos y se optó por una transposición prácticamente literal. La incorporación del Reino Unido de Gran Bretaña a dicha Directiva provocó la correspondiente adaptación de la regulación alemana, con fecha de 22 de diciembre de 1999²⁰. Efectos más intensos provocó la Directiva 2009/38/CEE de 6 de mayo de 2009 de modificación de la Directiva anterior²¹, que fue incorporada al sistema alemán mediante la aprobación de la Ley de 14 de junio de 2011, de modificación de la de 1996²².

Según datos del Instituto Sindical Europeo, la cifra total de comités de empresa europeos a mediados del año 2013 ascendía a 1034²³, de los cuales alrededor de una cuarta parte queda sujeta a la ley alemana. No obstante, el funcionamiento real de estos órganos proporciona un panorama muy diversificado, desde la simple celebración de eventos representativos hasta la existencia de un órgano de representación de intereses de gran protagonismo²⁴. Los tribunales de justicia alemanes apenas se han ocupado hasta el momento de cuestiones de interpretación o aplicación relativas a esta singular regulación.

4. Cogestión en la empresa

¹⁸ ABIEG de 30.9.1994, núm. L 254/64.

¹⁹ BGBl I, págs. 1548 y 1556, Art.3.

²⁰ BGBl I, pág. 2809.

²¹ ABIEU de 15.5.2009, núm. L 122/28 sig.

²² BGBl I, pág.1050.

²³ www.ewcdb.eu

²⁴ Vid. Klebe/Roth AiB 2000, pág.750.

La ley sobre cogestión de 4 de mayo de 1976 dio una nueva base a la representación de los trabajadores en el consejo de administración de las grandes empresas²⁵. Pero sólo están sujetas a esa regulación las sociedades anónimas, sociedades limitadas o cooperativas que tengan más de 2000 trabajadores. El consejo de administración es paritario, compuesto a partes iguales por representantes de los trabajadores y de los accionistas, aunque se trata de una igualdad sólo aparente: entre los representantes de los trabajadores debe figurar ineludiblemente un empleado directivo que muy a menudo representará más bien la posición de la dirección de la empresa, y que no dispondrá normalmente de la independencia necesaria respecto de la parte empresarial. Si en un caso concreto su voto coincide con el de los restantes representantes de los trabajadores empresarios, el empate se resuelve en una segunda vuelta en la que el presidente tiene voto de calidad (*zwei Stimmen*). El presidente siempre es un representante de los accionistas, a no ser que el consejo de vigilancia tome otra decisión por mayoría de dos tercios. No se conocen casos en que haya sucedido así. Para los trabajadores la cogestión es importante porque permite el acceso directo a una gran cantidad de información, que debe proporcionar tanto el presidente de la sociedad como los órganos de dirección de la empresa, y que no suele ser accesible para el comité de empresa por no formar parte de sus específicas competencias. La cogestión puede llegar a influir en la política de la empresa en aquellas situaciones en las que se conecta con la acción sindical y la opinión pública.

Pese a su alcance limitado, ha habido intentos de los empresarios de escapar de estas obligaciones de cogestión en la empresa. La elección de una forma de empresa excluida, como la sociedad de tipo personalista, puede ser un medio para ello. Otro procedimiento (más fácil de manejar) puede ser el mantenimiento de la forma jurídica afectada por estas reglas pero con traspaso del poder de decisión a una sociedad matriz carente de estas fórmulas de participación²⁶. Hasta ahora, tal huida del supuesto de hecho previsto en la ley para evitar la cogestión no ha encontrado obstáculos en la jurisprudencia. Tampoco ha habido intentos de involucrar en las reglas sobre cogestión a las empresas constituidas conforme a la legislación de otros países pese a desarrollar en Alemania el núcleo de su actividad, ni siquiera cuando utilizan una forma societaria equivalente a la sociedad anónima o la sociedad limitada propias del Derecho alemán.

5. La creación del “parágrafo sobre huelga”

Aunque el régimen jurídico de la huelga en Alemania deriva más bien de la jurisprudencia, cabe reseñar una intervención legislativa muy polémica del año 1986 que provocó varias huelgas de advertencia, bien es verdad que con escaso éxito. Para entender este proceso conviene dar alguna información previa.

Hoy en día, por las condiciones del sistema productivo, una huelga en una determinada empresa, o en un grupo de empresas, con frecuencia tiene como consecuencia que no se pueda seguir trabajando en otras empresas. Esto obliga a preguntarse si los trabajadores afectados pueden solicitar mientras tanto la prestación de desempleo (por paro total o por reducción del tiempo de trabajo). Hasta 1997 esta cuestión estaba regulada en el parágrafo 116 de la Ley de fomento de empleo (*AFG*); hoy se encuentra en los parágrafos 100 y 160 del libro III del código de seguridad social (*SGB*).

Explícitamente excluidos de los beneficios sociales estaban desde el principio aquellos trabajadores que no participaban en la huelga desarrollada en su empresa, bajo el argumento de que si recibieran este apoyo estatal se facilitaría mucho la huelga y se actuaría en contra del

²⁵ BGBl I, pág. 1153.

²⁶ Más información en Däubler, *Arbeitsrecht*, Tomo I, 16ª ed., 2006, marginales 1309 y sig.

principio de neutralidad del Estado. También ha habido siempre acuerdo en que quienes quedan afectados por la huelga pero se encuentran fuera del ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo deben recibir esos beneficios²⁷. Por ejemplo, si a causa de una huelga en una empresa del sector del metal queda afectada una empresa química, los trabajadores de la misma quedan protegidos en concepto de desempleo o reducción de jornada. Se discute, sin embargo, si los trabajadores de otras empresas del mismo sector que tampoco pueden trabajar por causa de la huelga, tienen o no derecho a tales prestaciones. Para responder a esta cuestión hay que diferenciar entre varios supuestos.

Los trabajadores que prestan servicios dentro de la unidad de negociación colectiva afectada por la huelga (por ejemplo, Baden-Württemberg) no perciben los aludidos beneficios sociales porque al final resultan beneficiados por el convenio colectivo. Sin embargo, hasta 1986 el que trabajaba fuera de esa zona de negociación percibía prestaciones por desempleo o reducción de jornada, salvo que el sindicato hubiese promovido las mismas exigencias para su propia unidad de negociación. Esto se pudo evitar casi siempre, lo cual fue de gran trascendencia para el desarrollo de la actividad de negociación colectiva en la industria metalúrgica. La situación financiera del sindicato permitía apoyar tanto a los huelguistas como a los afectados en esa unidad de negociación, pero había menos posibilidades de hacer lo mismo en otras unidades de negociación. La relevancia económica del asunto se pudo apreciar claramente en 1984 cuando la (antigua) Oficina Federal de Empleo, con ocasión de las primeras discusiones en torno a la semana de 35 horas, negó la protección por desempleo parcial a los afectados de otras unidades de negociación, aunque luego tuvo que abonar 200 millones de marcos por orden judicial²⁸. La situación jurídica cambió con la así llamada “Ley de garantía de la neutralidad del Estado”, de 15 de mayo de 1986²⁹: a partir de ese momento se suprimía legalmente el derecho a los mencionados beneficios sociales de trabajadores de otras unidades de negociación del mismo sector cuando en ellas se promoviera una reivindicación equiparable a la de la huelga principal, sin necesidad de que estuviera concertada, y cuando fuera previsible que el resultado de la huelga se adoptaría también en esencia en el ámbito de aplicación del convenio colectivo no sometido a las acciones de lucha. Eso llevó a que durante los años siguientes en la industria de la metalurgia sólo se promovieran huelgas limitadas a una unidad de negociación, con exclusión expresa de aquellas otras empresas cuya suspensión de actividades hubiera tenido consecuencias para otras unidades de negociación. Por otra parte, esa fue también la razón esencial para que el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania rechazara el 4 de julio de 1995 la demanda de amparo del sindicato de la industria del metal; la regulación legal no lesiona la libertad sindical reconocida en el art.9.3 de la Constitución alemana, dado que no impide la autonomía colectiva³⁰. Esto, sin embargo, sería distinto cuando una huelga sólo afectase a empresas conectadas a otras empresas del mismo sector. En tal caso, tanto el legislador como la jurisprudencia deberían actuar para garantizar el espacio necesario de la autonomía colectiva.

El sindicato de la industria del metal (*IG Metal*) aceptó básicamente esta situación jurídica. Comprende la regla según la cual la promoción de reivindicaciones equivalentes en otras unidades de negociación excluye el derecho a beneficios sociales³¹. Tal estado de cosas debería sin embargo evitarse a toda costa, porque podría ser causa de disputa dentro de la propia organización sindical: si se negase el apoyo a la huelga de aquellos afiliados que no pertenecen a

²⁷ Parágrafo 160.1.2 SGB III, en relación con parágrafo 100.1 SGB III.

²⁸ Vid. Deinert *AuR* 2010, pág.290.

²⁹ BGBI I, pág.740.

³⁰ BVerfG DB 1995, pág.1464.

³¹ La doctrina científica (Deinert *AuR* 2010, págs.290 sig.) ha hecho notar en todo caso que esto sólo sería válido si se garantizara la aceptación de lo pactado en la unidad de negociación no afectada por el conflicto, postura que no obstante no ha encontrado eco en la práctica sindical.

la unidad de negociación en conflicto, se sentirían discriminados y posiblemente abandonarían la organización. El argumento principal: si se hubiese elegido su unidad como “ámbito de huelga”, habrían obtenido una seguridad total. Asombra que nunca se haya constatado el grado real de aceptación de tal postura, porque para cuestiones menos importantes se suele pedir la opinión de los militantes. Tampoco se ha barajado nunca limitar el apoyo a la huelga en asuntos personales. En vez de ello se aceptó ser chantajeable y se evitó si era posible las huelgas o – como en el ejemplo de Baviera – se limitó a sectores poco conectados. Eso tuvo como consecuencia que en la industria del automóvil y de sus suministradores el sindicato convocara huelgas de advertencia de corta duración, con lo que se dejó quitar su triunfo más importante. Por su parte, el empresariado renunció a “provocaciones” en el proceso de negociación colectiva y optó por hacer ciertas concesiones, presumiblemente porque se quería evitar que el sindicato del metal recuperara su inclinación al conflicto colectivo. De ese modo, la nueva reglamentación a través del párrafo 116 de la Ley de fomento del empleo consiguió su propósito de que la huelga fuera, aún más que en el pasado, un fenómeno excepcional.

6. Las “leyes-Hartz”

De forma parecida a lo dispuesto por el párrafo 116 de la Ley de fomento de empleo, las “leyes-Hartz” de reforma del mercado laboral del periodo 2003/2004 hacían escasas referencias directas al Derecho colectivo del trabajo³². Dejando a salvo la provisión de personal, se referían casi exclusivamente a cuestiones de seguridad social.

A través de la “Primera Ley para modernizar los servicios en el mercado laboral”, de 23 de diciembre de 2002 (popularmente conocida como “Hartz I”)³³, se liberalizó la cesión de trabajadores de tal manera que se hizo posible la incorporación a una determinada empresa sin limitación temporal. La cesión a través de empresas de trabajo temporal ya no quedaba reducida a la sustitución de empleados en situación de suspensión o al incremento coyuntural de plantilla por circunstancias de la producción; desde entonces, tal procedimiento podía ser utilizado más bien para sustituir de modo ilimitado a trabajadores habituales. La exigencia legal de *Equal Pay* y *Equal Treatment* dispuesta en el párrafo 9.2 de la Ley sobre empresas de trabajo temporal (*AÜG*) pasaba a ser una compensación meramente formal susceptible de ser revisada mediante la negociación colectiva. Un convenio colectivo firmado con un “sindicato cristiano” en el norte de Baviera fue el precursor, y provocó que la Confederación Alemana de Sindicatos (*DGB*) entrase en esa estrategia de negociación para no dejarla en manos de “los cristianos”. La consecuencia fue que se sometieron a revisión los niveles salariales entonces vigentes para los trabajadores cedidos temporalmente (que según estimaciones estaban entre un 30 y un 40% por debajo de los salarios de los trabajadores ordinarios), así como otros muchos aspectos de la relación de trabajo, como los plazos de preaviso para el despido, los complementos en caso de baja por enfermedad o el tiempo de vacaciones. Se aprovecharon ampliamente las ocasiones en las que la propia ley autorizaba una regulación distinta no a través de pacto individual, pero sí a través de convenio colectivo. El convenio colectivo dejó de cumplir en este ámbito su función tradicional: en vez de proteger a los trabajadores se convirtió en una vía de regresión de las condiciones laborales, creando incluso situaciones de marginación. También se notaron estos efectos fuera del ámbito del trabajo temporal: quien sabe que en caso de necesidad puede ser sustituido por un trabajador temporal, se adapta y deja de reclamar, porque quiere evitar cualquier tipo de conflicto.

³² “Hartz” es el nombre del Presidente de la Comisión que había preparado la correspondiente propuesta por encargo del Gobierno alemán.

³³ BGBl I, pág.4607.

La "Cuarta Ley para modernizar los servicios en el mercado laboral", de 24 de diciembre de 2003³⁴, creó la "renta básica para desempleados", que se añadió al Libro II del Código de Seguridad Social. Se difundió como "Hartz IV" en el lenguaje coloquial. La ayuda a los parados que servía de complemento a la prestación por desempleo fue suprimida. Estaba condicionada por los ingresos previos, y se concedía en situación de indigencia. La "renta básica para desempleados" prescindía ya de esos ingresos previos, y dependía de manera más intensa de las necesidades reales. En lo que se refiere a su contenido, sólo de manera limitada podía garantizar un mínimo de existencia. Al mismo tiempo, se declaró razonable cualquier tipo de oferta de trabajo. No interesan aquí mayores detalles. El simple hecho de que después de seis meses o un año de prestación de desempleo resulte de aplicación lo dispuesto en "Hartz IV", genera en muchas personas el miedo ante "una caída sin fondo" (*einem Fall ins Bodenlose*). Eso, por otra parte, reduce las probabilidades de conflicto, lo que se refleja, entre otras cosas, en los resultados (modestos) de la negociación colectiva.

7. La erosión del poder de negociación de los sindicatos

Los cambios últimamente mencionados en las condiciones de trabajo legalmente establecidas fueron probablemente los factores más importantes en la reducción de la capacidad de presión de los sindicatos durante los últimos veinte años. También hay que citar aquí las dificultades de adaptación a las nuevas estructuras del trabajo asalariado: la clase obrera en la que el sindicato ha tenido tradicionalmente su mayor influencia se ha convertido en una minoría frente a otros grupos profesionales (débilmente organizados). Por eso no sorprende que el número de afiliados en la Confederación Alemana de Sindicatos (*DGB*) haya disminuido de 11,8 millones en el año 1991 a 6,14 millones en el año 2012³⁵, lo que representa una pérdida cercana a la mitad³⁶. También retrocedió la población asalariada regida por convenio colectivo. Sólo el 50% de los trabajadores presta servicios para un empresario que se rige por convenio colectivo por su vinculación a una asociación empresarial, y un 8% está amparado por un convenio colectivo de empresa³⁷. Hace treinta años se presuponía que alrededor del 90% de los trabajadores estaban afectados por un convenio colectivo. Bajo estas circunstancias, no sorprende que los salarios reales entre 1992 y 2012 hayan bajado un 1,6%³⁸. La cuota de sueldos bajos se encontraba en 2010 en un 20,6%, cuando se calificó como "sueldo bajo" aquel que representaba menos de dos tercios del salario promedio (*Median*). En esos porcentajes tenía mucho que ver el convenio colectivo: sólo el 11,9% de los trabajadores de una empresa sujeta a convenio colectivo percibía un sueldo de esas características, mientras que dicho porcentaje subía al 31% cuando se trataba de trabajadores de empresas no sujetas a convenio colectivo³⁹. El incremento de las tasas de afiliación en los últimos dos años en algunos sindicatos sigue siendo superado por el número de bajas, especialmente entre los jubilados.

III. La jurisprudencia

³⁴ BGBI I, pág.2954.

³⁵ Las cifras proceden de www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/.

³⁶ Más exactamente: de la cifra original de afiliados ha permanecido el 52,03%. La subida de los denominados *Spartengewerkschaften* (como los „sindicatos de cuadros“, o los „sindicatos de franja“) no llega a compensar esos números (véase el capítulo III.2.c, más abajo).

³⁷ Las cifras proceden de WSI-Tarifarchiv, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2014, Düsseldorf 2014, apartado 1.7.

³⁸ Datos elaborados a partir de la información proporcionada por el Bundeszentrale für politische Bildung: www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-Situation-in-Deutschland/.

³⁹ Vid. la fuente de información citada en nota 37.

La jurisprudencia, a diferencia del legislador, ha aportado en los últimos 40 años más mejoras que restricciones a las posibilidades de actuación de los sindicatos.

1. La nueva interpretación de la libertad sindical del art.9.3 de la Ley Fundamental de Bonn

La Constitución alemana garantiza en el párrafo primero de su art.9.3 la libertad sindical en su faceta individual, y aclara en el párrafo tres de ese mismo precepto que también se reconoce la actividad sindical en su dimensión colectiva. El Tribunal Constitucional entendió desde muy temprano que esa cláusula constitucional amparaba también la negociación colectiva, según declaró su sentencia de 18 de noviembre de 1954⁴⁰: "El derecho fundamental de libertad sindical comprende no sólo la creación de sindicatos sino también el desarrollo de la actividad necesaria para la protección efectiva de los respectivos intereses de trabajadores y empresarios. Esto significa, asimismo, que las organizaciones libremente constituidas pueden participar en la fijación de salarios y otras condiciones de trabajo, y que pueden desarrollar en especial la actividad de negociación colectiva. Su evolución histórica ha permitido que tal actividad conduzca a la firma de convenios colectivos dotados de eficacia y carácter normativo. Si no se quiere privar de su sentido histórico a la libertad sindical reconocida en el art.9.3 de la Ley Fundamental, por mandato constitucional ha de garantizarse un espacio de juego mínimo (*Kernbereich*) en el que pueda desarrollarse la negociación colectiva tal y como se viene entendiendo en un sistema moderno de Derecho del Trabajo, y en el que las partes negociadoras de los convenios colectivos sean necesariamente organizaciones sindicales libremente constituidas".

Con esa declaración se dio un gran paso, pero, por otro lado, se dejó la determinación de ese espacio vital a la jurisprudencia posterior y a la doctrina científica. La citada sentencia no tuvo grandes consecuencias para la negociación colectiva (dado que Alemania contaba ya con una regulación legal de los convenios colectivos), pero sí las tuvo para otras manifestaciones de la actividad sindical. El BAG entendió por ejemplo que el mencionado espacio vital debe comprender todo aquello que sea imprescindible (*unerlässlich*) para la existencia y la actuación del sindicato. Poder elegir representantes sindicales en el interior de la empresa no forma parte de ese espacio, porque dicha votación también podría celebrarse "en un autobús alquilado" (*angemieteten Bus*)⁴¹. Poner un emblema sindical en el casco de seguridad tampoco está cubierto por el art.9.3 de la Ley Fundamental, porque un mensaje de esas características también podría difundirse a través de la vestimenta diaria⁴². Del mismo modo, no es "imprescindible" distribuir prensa sindical a los afiliados en el interior de la empresa, porque también se podría hacer a través del correo (*Post*)⁴³. Los cargos sindicales no tienen derecho de acceso a la empresa para repartir material sindical e informativo si esa tarea puede ser realizada directamente por los afiliados que pertenecen a la correspondiente plantilla⁴⁴. Si lo hacen, debe tenerse en cuenta en todo caso que les está prohibido interrumpir la tarea de quienes aún no hubieran concluido su jornada de trabajo⁴⁵.

La minimización de la libertad sindical a través de una casuística de cortas miras (*Kleinlichen*) y a menudo muy categórica (*höflich ausgedrückt*), encontró su final con la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 1995⁴⁶. En ella se dejó claro que toda la actividad propia del sindicato, incluida la publicidad a cargo de sus afiliados, entra en

⁴⁰ BVerfGE 4, 96 en el apartado C.2.b aa de sus fundamentos jurídicos.

⁴¹ BAG DB 1979, pág.1043 = *AuR* 1979, pág.254.

⁴² BAG DB 1979, pág.1089.

⁴³ BAG DB 1979, pág.1185.

⁴⁴ BAG DB 1982, pág.1015.

⁴⁵ BAG DB 1982, pág.1327 = *AuR* 1982, pág.293, con anotaciones críticas de Herschel.

⁴⁶ BVerfGE 93, págs.352 y sig.

el ámbito protegido por el art.9.3 de la Ley Fundamental. En este precepto se incluyen todas las actividades que tengan como finalidad promover y garantizar las condiciones laborales y económicas. Los límites sólo pueden situarse en las facultades empresariales constitucionalmente protegidas (como su derecho de iniciativa económica), aunque hay que aclarar, frente a posibles malentendidos, que la referencia al espacio vital actúa como frontera para las limitaciones que podrían imponerse a la libertad sindical en atención a los intereses empresariales constitucionalmente garantizados.

A partir de ese momento las cosas discurrieron en otra dirección. Fue anulada la sentencia del Tribunal Federal de Trabajo según la cual quedaba prohibido con carácter general hablar con los compañeros de trabajo durante la jornada laboral⁴⁷. Más tarde, ese mismo Tribunal reconoció un derecho sindical de acceso a la empresa⁴⁸. En sentido similar, la elección de representantes sindicales o la exhibición de pegatinas sindicales no constituyen ya problemas relevantes⁴⁹. En la lógica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está además que se pueda contactar con los trabajadores a través de correo electrónico, y que se pueda utilizar para ello su dirección en la empresa⁵⁰. Otros efectos sigue produciendo también la nueva jurisprudencia en materia de huelga y conflicto colectivo de trabajo⁵¹.

El cambio en la comprensión del espacio vital brinda a los trabajadores unos avances que no se habían conseguido a través del contrapoder sindical⁵². Es difícil aclarar cuáles han sido las razones de ese cambio sin dañar el carácter confidencial de las conversaciones. Las decisiones fueron tomadas por jueces atentos a las tendencias sindicales, que por razones de dogmática jurídica consideraron además que la libertad sindical debía tratarse como uno más de los derechos fundamentales⁵³.

2. Cuestiones básicas en el derecho de negociación colectiva

a) La “cláusula de referencia”

Como los convenios colectivos sólo tienen eficacia para los afiliados al sindicato (según el parágrafo 3.3 de la *TVG*), es muy habitual que en el contrato de trabajo se haga una remisión al convenio a la hora de determinar sus fuentes de regulación, para que queden afectados también los restantes trabajadores. A favor de esa práctica no sólo juega el hecho de que como regla general el empresario no sepa, a la hora de contratar, quién está o no afiliado a un sindicato. Cabe pensar más bien que el empresario puede tener interés en no generar incentivos para la afiliación sindical, que implicaría automáticamente la aplicación del convenio a quien hasta ese momento estaba excluido formalmente de su radio de acción⁵⁴.

La indicación en el contrato de trabajo de que éste se rige por tal o cual convenio colectivo (el convenio de los empleados públicos, el convenio del sector del metal, etc.) puede tener gran trascendencia práctica en la hipótesis de que el empresario deje la asociación, o en el caso de que una parte de la empresa (o la empresa entera) pase a regirse por la regulación propia de

⁴⁷ Vid. nota 45.

⁴⁸ BAG *NZA* 2006, pág. 798: en el mismo sentido LAG Niedersachsen *NZA-RR* 2009, pág.209.

⁴⁹ Vid. Däubler, *Gewerkschaftsrechte im Betrieb*, 11ª ed., Baden-Baden 2010, marginales 509 y 369.

⁵⁰ BAG *NZA* 2009, pág.615 = DB 2009, pág.1410.

⁵¹ Vid. el apartado 3, más adelante.

⁵² Sobre las características de ese poder, Reinhard Hoffmann, *Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht*, Frankfurt/Main, 1968.

⁵³ Vid. Heilmann *AuR* 1996, pág.121 (“La libertad sindical como uno más de los derechos fundamentales”).

⁵⁴ Sobre si ello afecta o no a la dimensión positiva del derecho de libertad sindical, Däubler-Heuschmid *RdA* 2013, pág.2.

otro sector de actividad. Piénsese, por ejemplo, en la eliminación de la cafetería por parte de una empresa del sector químico y la creación, inmediatamente después, de una sociedad para gestionar esa misma actividad, que ya no pertenecería a la industria química sino al sector de restauración.

La sala cuarta del Tribunal Federal de Trabajo calificó esas cláusulas contractuales como “acuerdos de igualdad” (*Gleichstellungsabreden*)⁵⁵. La consecuencia de esa tesis es que tales cláusulas perdían su significado cuando, como consecuencia de la baja del empresario en su asociación o por un cambio de sector de la empresa, el convenio colectivo sólo mantenía sus efectos para los afiliados en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 4.5 *TVG*. Con ello se producía un desajuste en el devenir de la negociación colectiva. Distinta era la situación cuando se tomaban como referencia convenios colectivos no correspondientes al sector (*branchenfremde*)⁵⁶, o cuando el empresario no estaba sujeto a ningún convenio en el momento de la conclusión del contrato de trabajo⁵⁷. En estos casos, los trabajadores afectados tomaban parte tanto en el devenir de la negociación como en los convenios colectivos existentes (o en las reglas sucesivas).

En la doctrina científica predominaba una posición crítica con esta jurisprudencia⁵⁸. No se comprendía que la misma cláusula tuviese un contenido completamente distinto según se mantuviese o no la afiliación del empresario a una asociación. Resultaba evidente, además, que se ponía “patas arriba” (*auf den Kopf*) la regla prevista en el parágrafo 305.c.2 *BGB*⁵⁹ para las hipótesis de dificultad interpretativa si el claro tenor literal del texto legal en cuestión (en este caso, la persistente participación en el devenir del convenio colectivo) se sustituía justo por lo contrario. Ni siquiera se tenía en cuenta que las partes de contrato hubiesen podido querer, en efecto, lo que de hecho declaraban⁶⁰. Incluso el presidente de la sala cuarta, corresponsable de esta jurisprudencia, habló de una “interpretación benévola” a favor del empresario⁶¹. Con la sentencia de 14 de diciembre de 2005⁶², la misma sala (ya con un presidente distinto) procedió a un cambio de sus criterios interpretativos: en adelante, lo dispuesto en el parágrafo 305c.2 *BGB* se consideraría completamente válido para todos los contratos que se hubieran celebrado después del 31 de diciembre de 2001⁶³. Con la sentencia de 18 de abril de 2007, el Tribunal Federal de Trabajo hizo efectiva esta declaración⁶⁴. Eso significa que en caso de baja en la asociación o de cambio de sector, la vinculación a los convenios colectivos ya no quedará sin efecto por una interpretación correctora del tenor literal de la regla. Este efecto de la cláusula de referencia también se da frente a empresarios pertenecientes a una asociación⁶⁵. Los contratos celebrados antes del plazo límite, deben ser atendidos según esta jurisprudencia en virtud del principio de protección de la confianza, lo cual debería valer indefinidamente⁶⁶. Si en un contrato celebrado a partir de 1 de enero de

⁵⁵ BAG *NZA* 2002, pág.634; BAG *NZA* 2003, pág.1207.

⁵⁶ BAG *NZA* 2002, págs. 100 y 103.

⁵⁷ BAG *NZA* 2003, pág.1039; BAG *NZA* 2005, pág.478.

⁵⁸ Annuss *AuR* 2002, pág.362; Däubler, *Arbeitsrecht*, Tomo I, líneas 229 y sig.; Thüsing/Lambrich *RdA* 2002, pág.193; Stein, en Kempen/Zachert, *TVG*, 4ª ed., Frankfurt/Main, 2006, parágrafo 3 líneas 186 y sig.

⁵⁹ Según este precepto, en caso de dificultad interpretativa insuperable, hay que optar por la solución más favorable para el trabajador.

⁶⁰ Thüsing *NZA* 2006, pág. 473. En términos similares, Bayreuther *DB* 2007, pág.166.

⁶¹ Schliemann *ZTR* 2004, págs.502 y 510.

⁶² BAG *NZA* 2006, pág. 607 = *DB* 2006, pág.1322.

⁶³ Con fecha de 1 de enero de 2002 entró en vigor el parágrafo 305.c *BGB* en el marco de la modernización de las reglas sobre responsabilidad. El plazo es poco convincente, porque ya antes se habían manejado los principios ahora positivizados.

⁶⁴ *NZA* 2007, pág.965.

⁶⁵ Bayreuther *DB* 2007, pág.166.

⁶⁶ BAG *NZA-RR* 2009, pág.537.

2002 se dijera que “rigen los convenios colectivos del sector del metal en la versión equis”, el trabajador de la cafetería que cambió de dueño y de sector se podría acoger a dicha previsión. De esa forma, se pusieron más dificultades para la huída del convenio colectivo, dado que la baja del empresario en su organización resulta de escaso interés cuando el convenio colectivo se sigue aplicando en virtud de esa “cláusula de referencia”. No obstante, en los nuevos contratos se puede prever algo distinto. Ya ha habido en la práctica propuestas favorables efectivamente a dar otro sentido al “acuerdo de igualdad”.

b) Controversias sobre la capacidad para negociar

La libertad sindical permite evidentemente fundar nuevos sindicatos o convertir en sindicatos anteriores asociaciones profesionales no sindicales. Las condiciones que debe cumplir una asociación para adquirir la cualidad de “sindicato” están legalmente previstas. La jurisprudencia exige especialmente la nota de independencia respecto de los empresarios y suficiente capacidad para hacer presión a la parte empresarial. Además, la asociación debe tener medios suficientes para afrontar adecuadamente la actividad de negociación colectiva y, en particular, para poder analizar datos económicos, plantear reivindicaciones y supervisar el cumplimiento de los acuerdos⁶⁷. Si no se cuidan estas condiciones, se corre el riesgo de que firmen convenios colectivos organizaciones carentes de poder real de negociación, dispuestas a negociar salarios a la baja en interés de la parte empresarial o incluso, en el caso extremo, financiadas por los empresarios.

La jurisprudencia del BAG consideró acreditada la condición de sindicato cuando la organización había sido capaz de firmar convenios colectivos de relevancia, concepto en el que también pueden encajar los acuerdos de adhesión⁶⁸. Sólo debería exceptuarse de esta conclusión la firma de convenios “aparentes” o “de complacencia”, basados en realidad en una imposición unilateral del empresario. Pero para esa clase de juicios se necesitan indicios concretos. Por eso, se reconoció al “sindicato cristiano de metal” la capacidad de negociación, pues, pese a que los convenios que firmaba estaban normalmente por debajo del nivel alcanzado por el sindicato del metal perteneciente a la *DGB*, no era evidente que su contenido fuese un mero “dictado” de la parte empresarial. Un claro cambio de acento se produjo sin embargo con la sentencia del *BAG* de 5 de octubre de 2010⁶⁹, en la que tan sólo se baraja el número de afiliados; la cantidad de convenios colectivos firmados podría no ser suficiente por sí sola para demostrar la capacidad de negociación⁷⁰. Gran publicidad obtuvo la sentencia sobre el “sindicato cristiano de agencias de trabajo temporal y servicios personalizados” (*CGZP*), una confederación de cinco sindicatos “cristianos” especializada en trabajo temporal, que fue privada de capacidad para negociar convenios colectivos por falta de competencia para ello⁷¹. Como esta sentencia tuvo efecto retroactivo⁷², los convenios que había firmado dicho sindicato perdieron vigencia. De ahí que los trabajadores temporales que habían sido contratados con esta cláusula de referencia pudieran reclamar la misma remuneración que los trabajadores ordinarios, aunque ello provocó a su vez otras muchas dificultades prácticas.

c) ¿“Unidad de empresa” o pluralidad de convenios?

⁶⁷ BAG *BB* 2005, págs.1054 y 1059; BAG *NZA* 2006, pág.1112.

⁶⁸ BAG *NZA* 2006, págs.1112 y sig.

⁶⁹ BAG *NZA* 2011, pág.300 – GKH (Sindicato de la industria del plástico y la transformación de la madera, perteneciente a la Confederación de Sindicatos Cristianos, *CGB*).

⁷⁰ Más próximo a esta decisión, Greiner *NZA* 2011, pág.825.

⁷¹ BAG *NZA* 2011, pág.289.

⁷² BAG *NZA* 2012, pág.625, en tanto se mantenga esa misma regla.

Según jurisprudencia reiterada del *BAG*, dentro de una empresa sólo puede ser válido un convenio colectivo para una misma materia. Cuando dos sindicatos distintos firman sendos convenios colectivos, debería aplicarse el “principio de especialidad”: si uno de esos sindicatos hubiera firmado un convenio de sector y el otro un convenio de empresa, tendría que prevalecer este último, sin que tuviese relevancia el grado de implantación de cada una de esas organizaciones en la empresa de referencia⁷³. De esa regla se aprovechó el (antiguo) sindicato de empleados (*DAG*) con el visto bueno del *BAG*⁷⁴, de modo que pudo firmar convenios de empresa con peor contenido que los convenios firmados por el sindicato de trabajadores para el sector del comercio, la banca y el seguro (*HBV*). Últimamente, el sindicato cristiano del metal (*CGM*) consiguió en varias ocasiones firmar convenios de empresa y así erosionar el radio de acción del convenio colectivo del sector del metal. En la literatura científica la posición del *BAG* suscitó entretanto un rechazo unánime⁷⁵. Con fecha de 7 de enero de 2010 la sala cuarta de dicho Tribunal elevó una cuestión a la sala décima razonando su opinión de que debía abandonarse el principio de “unidad de empresa”⁷⁶. En adelante debería ser posible la pluralidad de convenios dentro de una misma empresa. En la hipótesis de que se negociaran distintos convenios colectivos por distintos sindicatos, cada convenio sería aplicable a los afiliados al sindicato correspondiente; la regulación de los no afiliados se determinaría conforme a la ya analizada “cláusula de referencia”, según lo acordado en su contrato de trabajo. La sala décima, que en el pasado también había defendido el principio de unidad de empresa, se mostró de acuerdo con la interpretación de la sala cuarta⁷⁷, de manera que hoy en día se admite la pluralidad de convenios colectivos dentro de un mismo ámbito.

Con la nueva jurisprudencia quedaba excluida la competencia a la baja que había provocado la estrategia negociadora del Sindicato Cristiano del Metal y de otras organizaciones parecidas, dado que sólo los afiliados a dicho sindicato iban a quedar sujetos al correspondiente convenio colectivo. Sin embargo, hubo resistencia por parte de los sindicatos. Los sindicatos “de cuadros” o “de franja” (los así llamados *Spartengewerkschaften*), que en los últimos años podían conseguir condiciones de trabajo mejores que la *DGB*, ya no tenían la barrera del principio de “unidad de empresa”⁷⁸. Para evitar esta “competencia al alza”, la *DGB* y la confederación de empresarios presentaron conjuntamente una propuesta de ley en el año 2011 para recuperar aquel principio, aunque con el matiz de que el convenio colectivo preferente se determinaría no por el principio de especialidad sino por el número de afiliados del sindicato firmante. Con esa opción se pretendía, de hecho, reducir la capacidad de negociación colectiva de esos sindicatos “cualificados”, dado que (según el punto de vista de los autores de la propuesta) tales organizaciones sólo excepcionalmente tenían más afiliados que los sindicatos “generales”⁷⁹. El programa del actual Gobierno alemán de coalición contiene la aprobación de una regulación legal al respecto, aunque difícilmente sería compatible con el art.9.3 GG impedir a un sindicato la firma de convenios colectivos, al ser ésta la más importante manifestación de la actividad sindical⁸⁰.

⁷³ *BAG AP* núms.16 y 19 en relación con el parágrafo 4 TVG sobre concurrencia de convenios colectivos.

⁷⁴ *NZA* 1991, pág.736.

⁷⁵ Una reseña general a cargo de Zwanziger puede verse en Däubler (Hrsg.), *TVG* (ob.cit. en nota 6), parágrafo 4 líneas 943 y sig. y nota 2576.

⁷⁶ *BAG NZA* 2010, pág.645.

⁷⁷ *BAG NZA* 2010, pág.778.

⁷⁸ Los sindicatos “franja” más importantes en Alemania son: MB (Confederación de empleados médicos), GdL (Sindicato de maquinistas), VC (Asociación de pilotos), UFO (Organización independiente de auxiliares de vuelo), GdF (Sindicato de controladores aéreos).

⁷⁹ Se podría poner en duda si esto es justo. También entraña grandes dificultades la comprobación de cuál tiene mayor número de afiliados en las empresas.

d) Cláusulas diferenciadoras simples y cualificadas

El hecho de que la tasa de afiliación sindical sea reducida, unido a la práctica generalizada entre los empresarios vinculados a un convenio colectivo de aplicarlo también a los no afiliados, ha dado lugar a ciertos intentos de reservar determinadas ventajas convencionales para los miembros del sindicato, o lo que es lo mismo, de garantizar a los afiliados la eficacia limitada del convenio frente a esas prácticas de generalización. Pero estos intentos chocaron contra la jurisprudencia de la sala general del BAG, que ya en los años 60 del siglo pasado había declarado ilícitas las cláusulas convencionales que preveían una paga de vacaciones sólo para los afiliados al sindicato firmante⁸¹. No obstante, se abrieron algunas posibilidades.

Se habla así de una cláusula diferencial “simple” cuando la pertenencia al sindicato actúa como base para su aplicación pero, al mismo tiempo, el empresario se reserva el derecho de extenderla también a los trabajadores no afiliados. En determinadas situaciones tal cláusula entraña de hecho un trato más favorable para los afiliados al sindicato: en el caso de que se firme un convenio colectivo de ámbito empresarial con niveles inferiores a los del convenio colectivo de sector, para afrontar la mala situación económica de la empresa, se puede prever para los afiliados al sindicato un *bonus* que compense en parte el descenso pactado. Es verdad que en este supuesto el empresario también tendría el derecho de abonar ese *bonus* a los no afiliados, pero normalmente no estará dispuesto a ello por su coste económico. De todos modos, el BAG declaró la validez de dicha cláusula⁸².

La cláusula diferencial “cualificada” se distingue de la anterior en que entraña una prohibición al empresario de extender la ventaja a los no afiliados, o al menos le obliga a mantener alguna diferencia entre afiliados y no afiliados. Hasta el día de hoy no ha recibido el visto bueno del BAG⁸³. Si se permitiera, el empresario y el no afiliado ya no podrían pactar un trato igual que el dispensado al trabajador afiliado, lo cual representaría un avance de la capacidad sindical de negociación, en tanto que sus conquistas podrían concentrarse en los afiliados y no tendrían por qué llegar a la relación de trabajo de terceros. La cuestión es discutida desde luego en el ámbito de la doctrina científica⁸⁴, pero este no es lugar apropiado para entrar en detalles. Hay posibilidades además de utilizar el sindicato como “oficina de gestión” para hacer las pertinentes transferencias, o de recurrir conjuntamente a una institución para que determinados servicios lleguen sólo a los afiliados, pero de momento la disposición de la parte empresarial a utilizar esas vías es bastante limitada.

3. Una precavida apertura del derecho de conflicto colectivo

Con la nueva jurisprudencia sobre el art.9.3 GG⁸⁵, la actividad sindical de “lucha” no está limitada a la convocatoria de huelga como medida de presión en el contexto de la negociación colectiva. Además, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado una Recomendación por mayoría de dos tercios, a la vista de las garantías exigidas por el art.6.4 de la Carta Social Europea, para que Alemania revise su regulación de la huelga y, en particular, para que se admita la cesación colectiva y concertada en el trabajo con fines distintos de la mera pre-

⁸⁰ Sobre ello, Bayreuther NZA 2013, pág.1395; Hensche *Blätter für deutsche und internationale Politik*, fascículo 1/2014, págs.34 y sig. Con fecha 13 de mayo de 2014 fue rechazada por gran mayoría en el Congreso federal de la DGB una propuesta para la aprobación de una ley que consagrara el principio de „unidad de empresa“ (*Schwäbisches Tagblatt* de 14 de mayo de 2014, pág.2).

⁸¹ BAG AP núm.13 en relación con el art.9 GG; sobre ello, BAG DB 1978, pág.1647.

⁸² BAG NZA 2009, pág.1028.

⁸³ BAG NZA 2011, pág. 920.

⁸⁴ Däubler-Heuschmid *RdA* 2013, págs.1, 6 y sig. m. w. N.

⁸⁵ Vid. apartado 1 de este mismo capítulo.

sión en un proceso de negociación colectiva⁸⁶. Es verdad que el *BAG* hasta ahora no ha entrado en esas cuestiones, pero en dos de sus sentencias explícitamente se deja abierta la posibilidad de que la huelga no conectada a la negociación colectiva también se considere legítima⁸⁷.

El *BAG* no tuvo dudas en declarar legítima una huelga adoptada en relación con el plan social pactado en el convenio colectivo: a los párrafos 111 y siguientes *BetrVG* no se les debe dar efecto de exclusión. No importa que las reivindicaciones sean muy elevadas (como reclamar el salario íntegro correspondiente a tres años, según sucedía en aquel caso concreto), pues el tribunal no puede controlar ese tipo de cuestiones⁸⁸.

Se pudo apreciar asimismo cierta laxitud en relación con la huelga de solidaridad. Durante mucho tiempo se consideró ilegítima, a no ser que la empresa afectada perteneciese al mismo grupo y no se le pudiera considerar, por alguna otra razón, como “tercero ajeno al conflicto”⁸⁹. Actualmente, se entiende que la huelga de solidaridad encaja en el radio de acción del art.9.3 *GG* y que sólo es ilícita cuando la empresa quede afectada de manera inapropiada, es decir, cuando la tutela de sus intereses revista mayor importancia desde el punto de vista de la ponderación de derechos en juego⁹⁰.

Finalmente, ha sido objeto de atención en la doctrina científica y en los tribunales el así llamado *flashmob*. En el contexto del proceso de negociación colectiva que en aquellos momentos se desarrollaba en el sector del comercio minorista, se llevó a cabo el 8 de diciembre de 2007 una *flashmob-Aktion* en un supermercado, convocada por el sindicato *Ver.di*. Cerca de 40 ó 50 personas se dirigieron hacia allí, después de haber recibido un *sms*, para obstaculizar la actividad laboral, mantenida por los esquiroleros. El día anterior, a través de una convocatoria, se había descrito el alcance de tal acción de la manera siguiente:

- Mucha gente comprará simultáneamente un artículo de un céntimo y de esta manera bloquearán durante cierto tiempo las cajas.
- Mucha gente llenará al mismo tiempo su carrito de la compra (por favor, ¡no con artículos frescos!) y lo dejarán aparcado.
- Envíen un fax a las empresas de trabajo temporal que cedan trabajadores para sustituir a los huelguistas, y protesten contra ello.

La acción se llevó a cabo como se había descrito, aunque con la particularidad de que una “cliente” con un carrito lleno pasó por caja, le escanearon los artículos y luego se dio cuenta de que se había olvidado del monedero. El *flashmob* duró apenas una hora.

La manera de actuar del sindicato fue declarada legítima por todas las instancias de la jurisdicción laboral⁹¹. El factor determinante para ello fue a la postre el hecho de que se trataba de una acción colectiva que afectaba a la esfera del empresario en menor medida que una huelga. El dato singular se encuentra en la activación de unos participantes que raramente se encuentran en las huelgas al uso. Presenta, además, una espontaneidad más bien atípica entre los alemanes. Que haya sido declarada legítima tal medida de “desorden” (*konkrete Unord-*

⁸⁶ El texto de la Recomendación puede verse en *AuR* 1998, págs.154 y sig. Sobre ello, Kohte/Doll *ZESAR* 2003, págs.393 y sig.

⁸⁷ *BAG NZA* 2003, págs.735 y 740; *BAG NZA* 2007, págs.987 y 994 – Tz.79.

⁸⁸ *BAG NZA* 2007, pág. 987.

⁸⁹ *BAG DB* 1985, pág.1695.

⁹⁰ *BAG NZA* 2007, pág.1055.

⁹¹ La última decisión en ese sentido, *BAG NZA* 2009, pág.1347. Un comentario crítico en Lembke *NZA* 2014, pág.471.

nung) en un país en el que siempre se ha llamado al “orden” (*konkrete Ordnung*) es todo menos obvio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de Alemania rechazó hace poco una demanda de amparo frente a la sentencia del BAG⁹².

4. ¿Ampliación hacia nuevos sectores profesionales?

Los funcionarios públicos, según opinión general, no tienen derecho de huelga en Alemania. Bien es verdad que esta posición nunca ha sido completamente pacífica (como se puso de manifiesto sobre todo en los años 70 del siglo pasado), pero los tribunales se mantuvieron fieles a su línea tradicional⁹³. La situación cambió con una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2009, que reconoció a los sindicatos de funcionarios turcos, en base al art.11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los derechos de negociación colectiva⁹⁴ y de huelga⁹⁵, salvo cuando ejercen funciones de soberanía. Los tribunales administrativos de primera y segunda instancia mantuvieron posiciones no coincidentes, desde la aceptación del derecho de huelga hasta su negación total, con el argumento de que pondría en peligro las estructuras del Estado (*deutsche Staatlichkeit*)⁹⁶. El Tribunal Federal Administrativo entendió que existía una prohibición derivada de la Constitución, pero el legislador queda obligado a cambiar la legislación hasta ahora vigente a la luz del Derecho constitucional e internacional y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo⁹⁷. Por el momento no está previsto cuándo se abordará esa tarea, pero al legislador le está prohibido, en virtud del “principio de alimentación” (*Alimentationsprinzip*), excluir a los funcionarios públicos de la evolución de los salarios en el ámbito de los trabajadores de los servicios públicos⁹⁸.

Tampoco los empleados de las instituciones eclesiásticas tienen derecho de huelga, según la opinión dominante⁹⁹. El BAG relativizó esta posición en su jurisprudencia más reciente, al aceptar la posibilidad de plantear reivindicaciones a través de otras formas de acción colectiva. La Iglesia puede condicionar su aceptación de la negociación colectiva (la denominada “segunda vía”) al intento previo de conciliación y a la aceptación de un deber absoluto de paz¹⁰⁰. Si la Iglesia opta por la intervención de una comisión paritaria para fijar las condiciones laborales (la denominada “tercera vía”) se cierra la posibilidad de huelga, siempre y cuando los sindicatos participen en dicho procedimiento y su resultado sea vinculante para la parte empresarial¹⁰¹. Esto último puede ser problemático para la Iglesia católica, puesto que según su normativa eclesiástica el Obispo competente mantiene muchas facultades decisorias.

IV. Jurisprudencia sobre representación en la empresa

Pese a que la representación en la empresa está dotada en Alemania de una regulación bastante detallada, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica son de gran riqueza en esta materia. El comentario doctrinal más amplio y exhaustivo tiene más de 4000 páginas¹⁰². Por

⁹² BVerfG DB 2014, pág.956.

⁹³ Una reseña de esta evolución en Henschel, en Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3ª ed., Baden-Baden, 2011, parágrafo 18 a.

⁹⁴ EGMR AuR 2009, pág.269.

⁹⁵ EGMR AuR 2009, pág.274.

⁹⁶ Una reseña a cargo de Däubler en Däubler/Zimmer (Hrsg.), *Arbeitsvölkerrecht*, FS Lörcher, Baden-Baden, 2013, págs.273 y sig.

⁹⁷ BVerwG de 27 de febrero de 2014 – 2 C 1.13 – Una síntesis en AuR 2014, pág.164.

⁹⁸ Así lo declara expresamente el BVerfG, anteriormente citado. Se trata de cerca de 1 millón de empleados, principalmente en hospitales y educación infantil.

⁹⁹ Sobre ese debate, Richardi, *Arbeitsrecht in der Kirche*, 6ª ed., München, 2012, parágrafo 10 líneas 5 y sig.

¹⁰⁰ BAG NZA 2013, pág.437.

¹⁰¹ BAG NZA 2013, pág.448.

¹⁰² Wiese-Kreutz y otros, *Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar*, Tomo 2, 10ª ed., Köln, 2014.

su parte, es muy frecuente que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones muy detalladas, por ejemplo, si un miembro del comité de empresa puede llevarse a casa, para sus propios estudios, un libro de los que están a disposición del comité¹⁰³. En general, las demandas jurisdiccionales obtienen más estimaciones que denegaciones, por ambas partes. Se exponen a continuación algunos asuntos que exceden del caso concreto y que pueden tener un interés más general.

1. Contratación y reclutamiento temporal de trabajadores

Según el párrafo 99 *BetrVG*, el comité de empresa tiene la facultad de denegar su aprobación a la contratación de un nuevo trabajador, aunque sólo puede hacerlo con base en las causas mencionadas en el párrafo 99.2 *BetrVG*. Según el párrafo 99.2.1 *BetrVG*, una de estas causas es la infracción de una ley o del convenio colectivo. Sin embargo, sólo se puede controlar el procedimiento de la contratación, no si el nuevo contrato de trabajo se ajusta a lo legalmente dispuesto. De esta manera, el comité de empresa no puede negar su visto bueno, por ejemplo, por el mero hecho de que la duración prevista para el contrato no se acomode a las exigencias legales¹⁰⁴. Tampoco puede fundar su negativa en una lesión del principio *equal-pay* respecto de los trabajadores cedidos a través de empresas de trabajo temporal¹⁰⁵. En el pasado, esa posibilidad habría podido tener un gran significado, porque de ese modo los comités de empresa habrían podido poner de relieve las deficiencias de los convenios colectivos firmados por el sindicato *CGZP*. Al no estar incluida entre sus competencias, el comité de empresa no puede exigir del empresario información sobre el salario de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal y de un trabajador ordinario comparable¹⁰⁶. Al menos tiene, según la actual situación jurídica, un derecho de denegación de su visto bueno cuando el trabajador cedido temporalmente debe ser contratado por tiempo indefinido, dado que el párrafo 1.1.2 *AÜG* sólo permite la cesión de carácter temporal¹⁰⁷. Por otra parte, el comité de empresa se encuentra impotente cuando el empresario quiere pagar por debajo de la tarifa establecida, dado que sólo puede intervenir cuando el empleo resulta contrario a lo dispuesto por el convenio colectivo, no cuando la irregularidad afecta a las condiciones laborales¹⁰⁸. De esta manera, se da carta blanca al empresario en un campo especialmente sensible; en esencia, el comité de empresa no puede evitar el empleo precario, aunque esta cuestión podría merecer un juicio distinto según se atendiera al tenor literal o al sentido del correspondiente texto legal.

Cuando una empresa manda un trabajador a otra empresa durante más o menos tiempo se suele utilizar el contrato de obra o el arrendamiento de servicios. Según la jurisprudencia, para que pueda hablarse de “contratación” es necesario que el propietario de la empresa en la que se prestan servicios tenga “la facultad de dirección típica de un contrato laboral” y, en particular, que pueda determinar el lugar y horario de trabajo¹⁰⁹. En la hipótesis descrita, estas facultades suelen quedar en manos de la empresa que envía al trabajador, por lo que no entra en juego el párrafo 99 *BetrVG*. De esta manera se facilita claramente el *outsourcing* de ciertas actividades de la empresa, lo cual sería diferente si se entendiera por “contratación”, a estos efectos de control, la colaboración de trabajadores en un contexto de cooperación empresarial.

2. Limitaciones territoriales de la legislación laboral

¹⁰³ LAG Düsseldorf *BB* 1966, pág.123.

¹⁰⁴ BAG *DB* 1986, pág.124.

¹⁰⁵ BAG *DB* 2005, pág.1695.

¹⁰⁶ BAG *NZA* 2011, pág.1435.

¹⁰⁷ BAG *NZA* 2013, pág.1296.

¹⁰⁸ BAG *DB* 1996, pág.2551; BAG *BB* 2000, pág.2311.

¹⁰⁹ BAG *NZA* 2001, págs.1262 y 1263.

En la edad de la globalización se podría esperar que el ámbito de aplicación de las leyes también incluyera supuestos de hecho con elementos de extranjería. Pero cabe advertir a este respecto diversas dificultades.

Es posible, por un lado, que la empresa tenga instalaciones en el extranjero. En esencia tales ámbitos están fuera del ámbito de aplicación de la *BetrVG*, que se rige por un estricto principio de territorialidad que tiene su origen en los tiempos de Weimar, cuando las reglas sobre organización y participación en la empresa según la opinión general aún pertenecían al Derecho público¹¹⁰. Es verdad – por lo que se puede observar – que no hay sentencias que específicamente aborden esta cuestión, pero las normas sobre protección frente al despido ponen mucho énfasis en que para determinar el número de trabajadores de la empresa (de lo que depende la entrada en escena o no de dicha protección, limitada a empresas de más de 10 trabajadores, según el parágrafo 23.1.3 *KSchG*) se computen sólo los que prestan servicios en territorio nacional¹¹¹. En el ámbito de la representación de los trabajadores, tal postura da como resultado que un cierto número de trabajadores de la empresa no se compute a la hora de determinar, por ejemplo, el número de miembros del comité de empresa. Esos trabajadores carecen, además, de derecho de voto, y no pueden ser representados por el comité. En principio, las empresas extranjeras que tienen establecimientos en territorio alemán están obligadas a establecer comités de empresa, pero cabe la duda de si esa regla se aplica cuando la empresa extranjera tan sólo posee en Alemania instalaciones que no funcionan con autonomía¹¹². La exclusión de las normas de protección frente al despido de los centros de la empresa situados en el extranjero tiene como consecuencia que el criterio “social” de selección de los trabajadores afectados (*soziale Auswahl*) tiene que proyectarse exclusivamente sobre el grupo de trabajadores que prestan servicios en el territorio nacional, de manera que raramente se cumplen requisitos para que entre en juego el derecho de oposición reconocido al comité de empresa por el parágrafo 102.3.1 *BetrVG*.

Si en territorio alemán operan empresas pertenecientes a un consorcio extranjero, sólo se puede establecer un comité de grupo cuando este órgano puede tener una contraparte empresarial en el interior del país (por ejemplo, en forma de una “dirección alemana” o de *holding* “intermedio” en territorio nacional)¹¹³. Esa solución no es convincente, porque, si atendemos a las tareas que le son propias, el comité debe representar un contrapeso al poder empresarial de dirección y no debería depender, por lo tanto, del hecho de que las decisiones se tomen en el territorio nacional o en el extranjero. Además, el *BAG* es inconsecuente en este punto, porque en algunos establecimientos internos de empresas extranjeras ha aceptado la constitución de un “comité económico”, es decir, no se contenta con una “persona de contacto” (*Ansprechpartner*)¹¹⁴. Conviene decir finalmente que, al igual que el comité de empresa, el comité de grupo no sólo puede en caso necesario bloquear la decisión de la parte contraria apelando a sus competencias de participación, sino que también tiene un derecho de iniciativa que no puede quedar en agua de borrajas mediante el uso por parte del empresario de sus facultades de organización¹¹⁵.

¹¹⁰ Sobre la evolución histórica y el significado actual del principio de territorialidad, Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, parágrafo 17 líneas 10 y sig.; Däubler, *Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft*, Baden-Baden, 1999, pág.25 y sig., según m. w. N.

¹¹¹ *BAG NZA* 2008, pág.872; una crítica en Deinert *AuR* 2008, pág.300.

¹¹² Sobre ello, Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, parágrafo 17 marginal 56 m. w. N.

¹¹³ *BAG NZA* 2007, pág.999, y *BAG NZA* 2008, pág.1248.

¹¹⁴ *BAG AP* núms.1 y 2 en relación con parágrafo 106 *BetrVG* 1972.

¹¹⁵ A esta misma conclusión llegan Buchner, FS Birk, pág.14; Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, parágrafo 17 línea 52; Trittin-Gilles *AuR* 2008, pág.136; una reseña sobre el estado de la cuestión en Fitting, *Handkommentar zum BetrVG mit Wahlordnung*, 27ª ed., München, 2014, parágrafo 54 línea 34.

Restos de la concepción jurídico-pública del régimen de participación en la empresa aparecen en la tesis del *BAG* según la cual el comité de empresa no puede desarrollar su actividad en el extranjero, por lo que no podría organizar una reunión para la totalidad del personal de la empresa¹¹⁶. Esta postura suscitó una réplica unánime tanto en la doctrina científica¹¹⁷ como en el Tribunal de Trabajo del Estado federado de Hamm¹¹⁸, sin que por ello sea previsible un cambio en la legislación. La situación no deja de sorprender, porque a nadie le surgen dudas acerca de si una empresa inscrita en el Registro Mercantil alemán puede convocar una asamblea general en Suiza o en otro Estado.

3. Cogestión en asuntos sociales

Mientras que en los asuntos tratados hasta ahora cabía apreciar una actitud restrictiva frente a la representación de los trabajadores en la empresa, no sucede así en la interpretación que se ha venido dando al parágrafo 87 *BetrVG*. Esta importante previsión legal contiene una lista de 13 casos en los que es obligatoria la cogestión. Los supuestos a los que se refiere no sólo han sido objeto de interpretación amplia; la jurisprudencia también se ha preocupado, más aún, de que los correspondientes derechos de cogestión tengan aplicación efectiva. Puede quedar más claro con algunos ejemplos.

Según el parágrafo 87.1.1 *BetrVG*, “las cuestiones relativas al orden en la empresa y al comportamiento de los trabajadores dentro de la misma” están sujetas a las competencias de cogestión del comité de empresa. El precepto no se refiere sólo a pautas estrictas sobre realización del trabajo, sino también a otros aspectos complementarios. Atañe, por ejemplo, a la vestimenta¹¹⁹, o a las condiciones de uso para fines privados de los medios telemáticos de comunicación pertenecientes a la empresa¹²⁰, o al objeto de las conversaciones dirigidas a la obtención de acuerdos sobre objetivos¹²¹. Los nuevos deberes de comportamiento que a veces derivan de las directrices sobre *compliance* o ética que van llegando desde los E.E.U.U. sólo podrían ser introducidos con la aprobación del comité de empresa¹²². Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de aceptar regalos por pequeños que sean, en la prohibición de relaciones amorosas entre trabajadores de la misma empresa, o en la instalación de una *hotline* para avisar al empresario de los incumplimientos de los compañeros de trabajo¹²³.

Conforme al parágrafo 87.1.6 *BetrVG*, las competencias de cogestión alcanzan a la implantación y utilización de medios técnicos diseñados para controlar el comportamiento o el rendimiento de los empleados. A veces se duda si un sistema de control horario o un determinado *software* tiene estos fines específicos. Si hiciéramos una interpretación literal del

¹¹⁶ BAG AP núm. 3 en relación con el parágrafo 42 *BetrVG* 1972.

¹¹⁷ Beitzke, anotaciones a BAG AP núm.3 en relación con parágrafo 42 *BetrVG* 1972; Birk *RdA* 1984, pág.138; Bobke-von Camen *AiB* 1989, pág.233; Boemke *NZA* 1992, pág.116; Däubler, *Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft*, pág.51 y sig.; Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, parágrafo 17 línea 33; Fitting (ob.cit. en nota 115) parágrafo 1 línea 30; B. Gaul *BB* 1990, pág.702; Steinmayer *DB* 1980, pág.1542; Trümmer, en Däubler-Kittner-Klebe-Wedde (Hrsg.), *BetrVG. Kommentar für die Praxis*, 14ª ed., 2014, parágrafo 1 línea 26; en sentido contrario a BAG, Worzalla, en Hess-Worzalla y otros, *Kommentar zum BetrVG*, 9ª ed., Köln, 2014, párrafo 42 línea 3.

¹¹⁸ *DB* 1980, pág.1030.

¹¹⁹ BAG *NZA* 2007, pág. 640.

¹²⁰ LAG Hamm *NZA-RR* 2007, pág.20.

¹²¹ Según Klebe, en Däubler y otros (ob.cit. en nota 117), parágrafo 87 marginal 67 nota 322.

¹²² BAG *NZA* 2008, págs.1248 y sig.

¹²³ BAG. a. a. más arriba. Gran interés público suscitó el código de conducta de la empresa Wal Mart, que fue implantado de manera unilateral con todas esas instrucciones, hasta que fue anulado por decisión judicial (LAG Düsseldorf *NZA-RR* 2006, 81).

precepto, el derecho de cogestión en muchos casos dependería de que la parte empresarial declarase la finalidad de tales medios; de ese modo, bastaría mantener silencio sobre ese dato para reducir en muchos casos el presupuesto base de la cogestión. Por eso, la jurisprudencia del *BAG* sostiene de forma reiterada que es suficiente que el sistema de información implantado en la empresa sea objetivamente “apropiado” para aquellos fines de control del comportamiento o de la prestación de servicios de los empleados¹²⁴. Esto es lo que sucede casi siempre con el registro de datos del trabajador (*EDV-mässigen*), sobre todo porque aunque los datos almacenados no deben transmitir por sí solos ninguna información sobre el comportamiento o la prestación de servicios del trabajador, eso sería posible mediante algún dato adicional, como un plan de turnos o una lista¹²⁵. Si, por ejemplo, el flujo de mercancías fuese registrado con la ayuda de la técnica-RFID, estaría justificada la cogestión, conforme al párrafo 87.1.6 *BetrVG*, cuando a través de dicho sistema se pudiera verificar quién era en cada caso y en cada momento el responsable de tales tareas.

Según el párrafo 87.1.7 *BetrVG*, existe derecho de cogestión en cuestiones relativas a la protección de la salud “en el marco de las prescripciones legales o de las normas sobre prevención de accidentes”. Una prescripción básica en ese sentido es la del párrafo 5 de la Ley de seguridad y salud en el trabajo (*Arbeitsschutzgesetz*), que exige principalmente la denominada “evaluación de riesgos” para cada puesto de trabajo. Cuando no se han identificado las fuentes de peligro que han de ser objeto de investigación, ni se ha determinado quién debe hacer el estudio correspondiente, el comité de empresa puede ejercer sus competencias de cogestión en relación con la elaboración del “programa de actuaciones” y con la elección de los correspondientes expertos¹²⁶. Ambas posibilidades pueden alcanzar gran significado en la práctica.

Los derechos de cogestión, que como regla general no se entienden de manera muy restrictiva, sólo alcanzan verdadera relevancia si pueden fundar demandas judiciales frente al empresario que los incumple. Si el empresario toma decisiones unilateralmente, sin consultar al comité de empresa o esperar a su aprobación, podría plantearse una demanda por incumplimiento¹²⁷. Tal pretensión puede ser garantizada a través de una resolución provisional que obligue al empresario a abstenerse en el futuro de medidas similares y a dejar sin efecto las medidas adoptadas¹²⁸. Por ese procedimiento es posible, por ejemplo, la retirada rápida y sin mayores problemas de una cámara de vídeo instalada sin la aprobación del comité de empresa.

V. Reflexión final

El balance de cuarenta años de Derecho laboral colectivo en Alemania no puede rebosar entusiasmo. El legislador reaccionó con la Ley de desplazamiento temporal de trabajadores de modo titubeante frente a la globalización de los mercados. Últimamente, además, más bien ha limitado que fomentado la actividad sindical, como se puso de manifiesto en el “párrafo de huelga” y en las “leyes-Hartz”. Una valoración menos unívoca merece la jurisprudencia. Por un lado, facilitó la contratación y el reclutamiento de trabajadores con carácter temporal, pero, por otro lado, fortaleció la acción colectiva de los trabajadores mediante una interpretación favorable de la libertad sindical y otros derechos básicos. En este sentido, mejoró las posibilidades de publicidad sindical y suavizó algunas restricciones del derecho de huelga. Los riesgos de competencia sindical a la baja en la negociación de salarios fueron contrarrestados

¹²⁴ Así se dijo ya en *BAG AP* núms.2 y 4 en relación con párrafo 87 *BetrVG* 1972, sobre vigilancia.

¹²⁵ *BAG AP* núm.7 en relación con párrafo 87 *BetrVG* 1972, sobre vigilancia.

¹²⁶ *BAG NZA* 2004, págs.1175 y 1177; *BAG NZA* 2005, págs.227 y 229; *BAG DB* 2008, pág.2030.

¹²⁷ *BAG DB* 1994, pág.2450, confirmada por *BAG DB* 1997, pág.378.

¹²⁸ Vid. Klebe, en Däubler y otros (ob.cit. en nota 117), introducción y líneas 220 y sig.

mediante la aceptación de la pluralidad “tarifaria”, aunque, en una dirección distinta, el BAG no se atrevió a declarar válidas las “cláusulas de diferenciación cualificadas”. La jurisprudencia, por otra parte, abordó con apertura de miras los derechos de cogestión reconocidos al comité de empresa en el parágrafo 87.1 *BetrVG*.

El edificio del Derecho del Trabajo colectivo se ha mantenido en pie en las últimas décadas. Aquí y allá se arreglaron y embellecieron algunas cosas; otras cosas se rompieron. Sólo queda decir que sus “habitantes” se muestran menos activos y menos innovadores que en los años 70 del siglo pasado. También ha disminuido su número considerablemente. Se libraron de una tormenta como la de Grecia, España, Portugal, Italia e Irlanda. ¿Se hubiesen podido defender contra algo así? Sólo los optimistas irreductibles responderían a esa pregunta con un precavido “sí”.