

## LA AUTONOMIA DEL DERECHO DEL TRABAJO (\*)

### SUMARIO :

- A) *Planteamiento del problema.* — B) *Esencia y peculiaridad del Derecho del trabajo.*  
I. Componentes de la relación jurídico-laboral : 1. Intereses recíprocos de trabajadores y empleadores. 2. Lo societario, tendencia a la igualación de posiciones sociales, salario justo. 3. Protección de la personalidad individual. 4. La economía. 5. El Estado. 6. La tradición.—II. Su consideración en la aplicación del Derecho : 1. Preliminares. 2. Encuadramiento de lo colectivo. 3. Ideas dominantes en la relación de trabajo.—III. Consecuencias prácticas de la indagación : 1. Correcta composición de los componentes configuradores. 2. Indicaciones generales sobre el Derecho del trabajo. 3. Adopción de una postura dinámica e integral en la aplicación del Derecho.  
C) *Conclusiones generales.*

### A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. El Derecho de cada país constituye una unidad. Sin embargo, necesariamente debe ser dividido en parcelas. Podemos hablar de autonomía de una de éstas cuando no pueda ser encuadrada en alguna de los actuales grandes grupos del Derecho privado y público por constituir una especial entidad.

---

(\*) Conferencia pronunciada con ocasión del III Congreso Local de la Asociación Alemana de la Jurisdicción Laboral, el día 24 de abril de 1964, Munich. Cfr. *Der Arbeitgeber*, núm. 16 del año 1964, págs. 235 y sigs., y *RdA*, núm. 8-9 de 1964, págs. 297 y siguientes. Traducido por B. CREMADES con autorización del autor.

### ABREVIATURAS USADAS:

A) FUENTES LEGALES.—BetrVG: *Betriebsverfassungsgesetz*, Ley de Organización Social de la Empresa de 11-10-1952; BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código civil; EStG: *Einkommensteuergesetz*, Ley de Impuesto sobre la Renta de 21-12-1954; GewO: *Gewerbeordnung*, Ordenanza o Reglamento Industrial de 21-6-1869; GG: *Grundgesetz*, Ley Fundamental de 23-5-1949; HGB: *Handelsgesetzbuch*, Código de Comercio de 10-5-1897; KünSchG: *Kündigungsschutzgesetz*, Ley de Protección contra el Despido de 10-8-1951; RVO: *Reichsversicherungsordnung*, Reglamento de Seguros del Reich de 19-7-1911; TVG: *Tarifvertragsgesetz*, Ley de Convenios Colectivos de 9-4-1949; UrlG: *Urlaubsgesetz*, Ley de Vacaciones; ZPO: *Zivilprozessordnung*, Ordenanza procesal civil de 30-1-1877.

B) REVISTAS Y COLECCIONES. — ArbR: *Arbeitsrech*; ArbUR: *Arbeit und Recht*;

El viejo esquema se agrupa en: Derecho civil, con su subdivisión de Derecho mercantil, Derecho penal, Derecho procesal, Derecho político y Derecho administrativo. Al contrario, el Derecho del trabajo concierne a las normas jurídicas que están relacionadas con el llamado trabajo dependiente. Constituye, por eso, un todo unitario con ideas estandarizadas y dominantes en un ámbito de la vida, sin consideración sobre si procede como Derecho de relaciones mutuas o de relaciones del Estado o de algún ente soberano en cuanto a tal. Queda por saber si todavía internamente está compuesto, según el correspondiente esquema tradicional, de dos partes sistemáticamente *no* ligadas: de un Derecho del trabajo privado y de un Derecho del trabajo público, de forma que se rijan separadamente de acuerdo con los principios generales vigentes en cada uno de esos dominios. *En favor* de esta opinión, la ausencia de una jurisdicción unitaria en ese campo; los Tribunales laborales civiles (1) y Contencioso-administrativos, así como los de la jurisdicción social, se reparten la competencia en nuestra materia (2); *en contra* debe ya señalarse el Derecho colectivo del trabajo, que juega un relevante papel y —si se quiere hacer justicia para con él— debe ser retirado de la clasificación del Derecho en público y privado (3).

Por lo tanto, debe probarse si en el global Derecho del trabajo hay tantas particularidades propias que *no* pueda ser incluido en la vieja clasificac-

---

AP: *Arbeitsrechtliche Praxis*; BSGE: *Entscheidungen des Bundessozialgerichts* (Decisiones del Tribunal Social Federal); BVerfGE: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal); DNotZ: *Deutsche Notar-Zeitschrift* (Revista Alemana del Notariado); GVBl: *Gesetz- und Verordnungsblatt*; JZ: *Juristenzeitung*; RdA: *Recht der Arbeit*; ArchivPrax: *Archiv für die zivilistische Praxis*.

C) ORGANOS JUDICIALES.—BAG: *Bundesarbeitsgericht*, Tribunal Federal del Trabajo; BVerfG: *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal; BVerwG: *Bundesverwaltungsgericht*, Tribunal Administrativo Federal.

(1) Al igual que los Tribunales de la Jurisdicción Criminal, para las conductas sancionadas en el sector jurídico-laboral.

(2) MOLITOR: *RdA*, 1954, 256, dice: «Una coacción jurídico-pública en una prestación jurídico-privada se encuentra en el § 139, GewO, donde la aceptación es anti-social, lo cual constituye un deber jurídico-público, además de privado, según el § 62, I, HGB. Un análogo resultado de pretensiones jurídico-públicas y jurídico-privadas se obtiene, de un lado, de los §§ 120, a-c, de otro, del § 120, d, y 147, I, 4 GewO. Lo mismo se deduce del § 618, BGB, y de los reglamentos jurídico-públicos de protección del trabajo.» Con arreglo al resultado práctico son exactos dichos argumentos, no debiendo ser aquí criticados con detalle respecto a su contenido dogmático.

(3) Conforme a eso, diferencia la GG, en el núm. 1 del artículo 74, el «Derecho civil», y, en el núm. 12, el «Derecho del trabajo»; cfr. BVerfG, AP, en cuanto al § 1 UrIG, Hamburgo, pág. 683.

ción. La respuesta a esta pregunta supone el poner de relieve la esencia de las normas jurídico-laborales.

II. La verdad es que inmediatamente uno se pregunta si una semejante búsqueda *tiene algún sentido* o se trata de un divertimento científico sin resultado práctico alguno.

Si el Derecho del trabajo formara *parte* del Derecho privado o del Derecho público, por de pronto deberían ser empleados en cada una de esas divisiones los principios generales correspondientes, salvo alguna excepción resultante de disposición legal o de la propia naturaleza de las cosas. En cambio, supuesta la *autonomía* del Derecho del trabajo, éste sólo se hallaría sometido a los principios generales del ordenamiento y de la Justicia, salvo la aplicación analógica de las reglas aprovechables en la parte general del Derecho privado o público.

Esos caminos diferentes en la aplicación del Derecho pueden ser seguidos lo mismo si se trata de resolver un caso según preceptos concretos que si se debe buscar el Derecho sin tales normas. Ello nos conduce a la importancia práctica de una reflexión sobre la pregunta acerca de la autonomía del Derecho del trabajo.

En otras palabras: la aplicación del Derecho significa no sólo la mera utilización de preceptos por la subsunción del caso planteado, sino la elaboración de una concreta solución inmanente, en coincidencia armónica con el orden total de ese dominio. Tal avance exige aclaraciones previas sobre la esencia del Derecho del trabajo, pues es diferente el planteamiento si una sentencia ha de corresponderse armónicamente con los principios fundamentales del Derecho privado o con los del Derecho público, o a causa de la autonomía del Derecho del trabajo, con los principios de este sector del Derecho.

## B) ESENCIA Y PECULIARIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

### I. Componentes de la relación jurídico-laboral

La disciplina de un caso de Derecho privado surge de la composición de —en la mayoría de los casos (4)— intereses privados contrapuestos a

---

(4) En el derecho de sociedades pueden ser varios, sobre todo cuando considera la unión —como tal— en función de los interesados. (Esto no es normal, fuera del caso de explotación egoísta de la minoría, cuyos intereses deben ser regulados como los de las personas jurídicas, pues las uniones normalmente no tienen valor alguno según su propia voluntad, sino que subsisten a causa de los intereses de los miembros.)

través de su valoración por la comunidad jurídica, esto es, de la relación mutua de los valores cuestionados con una débil consideración, a veces, de los intereses comunitarios, especialmente de aquellos conexos con la claridad y seguridad jurídicas.

Este punto de vista juega también en la solución de la problemática jurídico-laboral un cierto papel, pero en el esclarecimiento de las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador es sólo un componente en el complejo de las tendencias con significación aquí. En toda composición de intereses está implicada primeramente la consideración de la sociedad y de sus partes (entre ellas, sobre todo, lo «colectivo»); además, los intereses de la personalidad y de su desarrollo, los de la economía —como servidora del hombre, no como su dueña—, y finalmente, los intereses del Estado. También tiene significación la tradición, pese al extremo rechace de lo histórico en el hombre actual. Es importante igualmente en nuestro ordenamiento jurídico la figura de un ideal del trabajo correspondiente a nuestra vida actual. Debe mencionarse, por último, la justicia no porque ella carezca de influencia en el Derecho (al contrario, constituye la posición central para la aplicación del Derecho), sino por ser el eje en todos los dominios del Derecho, teniendo así, no sólo en el Derecho del trabajo, importancia tan decisiva.

Estas diversas y coincidentes posiciones deben considerarse siempre ensambladas mutuamente de forma que nos den la exacta impresión de que cada una surge junto a las demás y no aisladamente. Se trata aquí de una unidad —de un todo—, no de piezas de un conjunto (5).

1. *Intereses recíprocos de trabajadores y empleadores.*—En relación a los intereses recíprocos de trabajadores y empleadores —para el contenido de los deberes y los derechos de conducta que se originan, para cada parte, del pacto— juegan de modo decisivo, al contrario que en los restantes sectores del Derecho, los influjos de las organizaciones, esto es, del sector colectivo, en especial a través del contenido de los convenios colectivos, influyendo incluso en las relaciones de trabajo no sometidas legalmente a aquéllas. Además, para el contenido de los deberes y derechos —al margen de lo que diremos— son de decisiva importancia las líneas directrices de la colaboración en la Empresa.

2. *Lo societario, tendencia a la igualación de posiciones sociales, salario justo.*—a) Es importante, en cuanto constituyente de otros componentes, la

---

(5) Vid. sobre el tema, SCHNORR VON CAROLSFELD: *Geschichte der juristischen Person*, I, Munich, 1933, págs. 190 y sigs.

*sociedad*, principio fundamental del Estado social, inherente constitucionalmente a nuestro orden jurídico (6) (cfr. A. 20, 28 I, GG, art. 3.º Bayer Verf) (7), pues éste tiene significación no sólo como principio programático para el legislador estatal (8), sino también como norma (9) en las relaciones individuales recíprocas y también así para las relaciones entre empleador y trabajador (10). De lo que se deriva, por ejemplo, el deber jurídico de considerar las circunstancias contrarias, que no se basa en la idea de una contraprestación equivalente a una prestación, lo que está en contraposición con el principio básico liberal de equilibrio entre bienes materiales (11). Las cargas familiares del trabajador, por ello, deben ser tenidas en cuenta; también la liberación del deber de trabajo a causa de la obligación de cuidar del hijo enfermo frente a la aplicación reforzada e inderogable de la idea del deber de pagar el salario contenida en el § 616 BGB, o del pago del enfermo, en su mayor parte reunido desde el punto de vista de la «legalidad

(6) Cfr. FECHNER: *RdA*, 1955, pág. 166; LEISNER: *Grundrechte und Privatrecht*, Munich, 1960, pág. 172.

(7) Constitución de Baden-Wurtemberg, art. 23, I; Hamburgo, art. 3, I; el Saar, artículo 60.

(8) De forma más clara aún en BayVerfGH, 15, 65; en el mismo sentido: HECKLINGER: *Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel* (tesis doctoral), Friburgo, 1960.

(9) Resulta demasiado estrecha la concepción de BACHOF (*Publicaciones de la Asociación Alemana para la Enseñanza del Derecho Estatal*, 1953, Berlín, 1954, pág. 80 en I, 5) de considerar incluidas en el poder y en el mandato para la configuración social exclusivamente las normas de interpretación y criterio para la jurisprudencia. (A él se ha unido la BSGE, t. 15, pág. 8; vid. también GERBER: *ArchöfFR*, t. 81, págs. 26 y sigs.) En cuanto que el Estado, según el auténtico concepto democrático, es el conjunto de ciudadanos como corporación, el concepto del Estado social no puede ser separado de las relaciones entre sus pertenecientes. (Esto sería una consideración demasiado angosta de su naturaleza.) Para la construcción del concepto se debe recurrir, por lo tanto, a la vida global en el seno de la comunidad, incluso a la vida mutua entre sus miembros. Si FECHNER (*RdA*, 1955, pág. 163) considera la pretensión de lo mutuo específico según lo dicho, a lo cual tiende la idea del Estado social, colocará poco sobre la acomodación de los intereses recíprocos. No debe ser equiparado en este contexto lo social con lo societario o sociológico. De forma diferente, por ejemplo, en la expresión «orden social» (*HESSISCHE: Verf.*, art. 27, encabezamiento, antes de los artículos 43 y sigs. de la Saarland Verf.).

(10) Sobre el influjo de las hipótesis constitucionales sobre el contenido del Derecho civil, vid. DÜRIG: *Festschrift für Nawiaskey*, Munich, 1956, especialmente páginas 176 y sigs. Señala una diferenciación entre los entes soberanos y los empleadores privados, en función del deber de considerar este principio fundamental, la BVerfGE, tomo 3, pág. 381.

(11) Se encuentra también aquí la imposibilidad de «libertad ilimitada» (BVerfGE, tomo 5, pág. 206). Cfr. Verf. Bremen, art. 26, núm. 1: «Consentimiento para la legalidad social», con art. 65; Rheinland-Pfalz., art. 51, I, pág. 2; Vid. Saarland, art. 50, II.

social» (12) (es aconsejable abandonar esa expresión, porque el contenido del concepto de legalidad (13) es de un gran significado ideológico) (14), (15), (16). Puede ser encuadrada también aquí aquella importante idea del Derecho del trabajo sobre la necesidad de pagar, al menos, el importe del salario libre de embargo, aunque se destruya el objeto del salario natural, incluso cuando suceda a causa de conducta negligente del trabajador. Estas consideraciones han sido circunscritas por la concepción de la Empresa en cuanto «patria de trabajo» del trabajador, lo cual pertenece a las ideas fundamentales mencionadas más adelante. Debe indicarse todavía que, en casos excepcionales, así, en las relaciones domésticas, la idea social juega en beneficio del empleador. Se aplica, por ejemplo, ante la momentánea y grave enfermedad del empleador cuando el trabajador no puede insistir en su derecho a tener libre la tarde.

b) Pertenece a los componentes sociales el esfuerzo de *igualar las posiciones sociales* como parte del actual orden social, correspondiente a la vo-

---

(12) Cfr. sin embargo, GERHARD MÜLLER: *RdA*, 1964, 127. En el Estado, en cuanto edificio societario, persiste la relación social (Cfr. mi *ArbR*, pág. 13, nota 1), que nos es dada conjuntamente con él. Por lo tanto, debe significar el concepto «Estado social», más que ayuda necesaria en las debilidades, requisito de exigencia de un compromiso. La redacción «Libertad y coacción» para la esencia del Estado social (así, FECHNER: *Freiheit und Zwang in sozialen Rechtsstaat*, Tubinga, 1953, págs. 9 y siguientes) posibilita demasiadas interpretaciones del contenido del concepto «obligación» o «coacción», para que pueda ser empleado como característico de nuestro Estado actual, sobre todo cuando un Estado sin obligación generalmente no puede existir; por no hallarse exclusivamente constituido por la suma de individuos. Vida en común sin limitación constituye una intrínseca imposibilidad (cfr. MENGLER: *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, Tubinga, 1953, pág. 24), vid. especialmente *Verf. Baden-Württemberg*, art. 231, I: «El territorio Baden-Württemberg es un Estado de Derecho republicano, democrático y social»; Hamburgo, art. 31: «Estado de Derecho democrático y social»; Saarland, art. 60: «Un territorio federal democrático y social».

(13) El principio de igualdad vale aquí, especialmente para lo surgido de las ideas del Estado social. Aunque el art. 3 GG prevalece siempre sobre la idea social, sería apenas aplicable (cfr., sin embargo, *BVerfGE*, tomo 12, pág. 367; BACHOF, loc. cit., tesis I, 4).

(14) Téngase en cuenta lo dicho en *BVerfGE*, t. 5, pág. 198.

(15) Cuando deba ser adjudicada una posición jurídica al más débil sin contraprestación se efectuará según la jerarquía valorativa, existente en la comunidad jurídica.

(16) Se puede encuadrar aquí el hecho de que, en base a la dificultad de ponderar una solución actual para la relación jurídico-laboral, deba proporcionarse beneficios para el trabajador, al ser conducida la vigente normatividad del despido por las limitaciones originadas en función de la idea de la personalidad o (dependiendo de las circunstancias) de la buena administración (vid., por ejemplo, BAG, AP, núm. 4, 42, en cuanto al 626 BGB; NIKISCH: *ArbR*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 725, núm. 27). Sobre la idea social en el seno de lo colectivo, vid. infra en núm. 28.

luntad de la mayoría de los ciudadanos, y ha de ser tomado en consideración por el ordenamiento social. Piénsese solamente en la pretendida asimilación de la posición jurídica de los obreros con los empleados. Esta aspiración, sin embargo, no ha de ser considerada exclusivamente desde la legislación, sino incluso en la misma aplicación del Derecho, especialmente en los conflictos de regulación, como resultado de las consideraciones para la fijación del salario (resultado). La verdad es que, por otro lado, esto se halla en una cierta contraposición con el componente ya mencionado de la idea social (ante todo, si se quiere compensar a través de ello la debilidad de las dotes personales) (17), prescindiendo de la dificultad invencible —si no se toma una concreta ideología como punto de referencia— de los valores que determinan objetivamente la relación salario-prestación.

c) Estas consideraciones conducen al problema del *salario justo*, es decir, a la opinión de que cada prestación de trabajo lleva consigo un proporcionado y, por lo tanto, debido equivalente. Debe fundarse sobre una ideología tal la determinación del contenido del salario (18). Pues es incierto en sí cuál de las relaciones de valor aplicables debe elegirse: por ejemplo, la trascendencia del trabajo para la generalidad, o la rareza de una concreta aptitud, la molestia ocasionada, la habilidad, o finalmente, según una más alta o más baja valoración de las fuerzas corporales o espirituales, e incluso puede sostenerse que un trabajo sea tan raro que sea «no abonable», y por lo tanto, no deba ser pagado.

Sobre la idea principal «cada trabajo es del valor de su salario», mera repetición algo distinta del principio antes mencionado, se fundamenta también —para aportar otro ejemplo práctico— la doctrina de la relación jurídico-laboral fáctica (19).

d) Han de mencionarse aquellos deberes que, según el concepto social, existen frente a ella, y que, según la opinión de la comunidad jurídica, tienen primacía sobre los derechos de la relación individual de trabajo. Esto es significativo para el problema de si hay profesiones (así, en las Empresas de suministros o de hospitales) sin derecho alguno de huelga, para las cuales el abandono del trabajo será calificado ciertamente de huelga, aunque, debido a la influencia de aquellos deberes sociales en las relaciones jurídicas entre trabajador y empleador, signifique una violación ilícita del deber de

(17) No es culpable el no dotado de su escaso rendimiento. (Esta exageración oprime la voluntad del dotado; no puede, por lo tanto, imponerse en cuanto nociva a la generalidad.) Acerca del problema aludido vid. DAHRENDORF: *Soziale Klassen un Klassenkonflikte in der industriellen Gesellschaft*, Stuttgart, 1957, págs. 66 y sigs.

(18) Cfr. SCHNORR VON CAROLSFELD: *Arbeitsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 177 y sigs.

(19) Cfr. la argumentación en mi *Arbeitsrecht*, pág. 271.

trabajo (20), pues el Derecho constituye una unidad no susceptible de desintegración en partes.

e) Los componentes jurídico-sociales deben soportar, en determinadas circunstancias, poderosas limitaciones de su eficacia a favor de otros intereses, especialmente los del Estado y los de la economía (21).

f) De las cuestiones que plantea el *Derecho colectivo* hablaremos más adelante.

3. *Protección de la personalidad individual.*—a) Como fuerza primera en este juego recíproco de posiciones jurídicas debe mencionarse la *protección de la personalidad individual* (22), el desarrollo de la personalidad. Hoy muy fortalecida a través de la GG, cuyo artículo 2.º aparece también en el primer plano de la apreciación en el Derecho del trabajo, aunque aquí contradiga, en parte, la idea de lo colectivo, que considera al individuo singular en cuanto miembro de un grupo grande o pequeño. Desde este punto de vista deben considerarse las cuestiones relativas al control de la seguridad e higiene, lo mismo que el problema de si —y hasta qué punto— constituye la obligación del trabajador dirigir su vida privada en función del deber del trabajo aceptado; por ejemplo, en qué proporción puede practicar deportes peligrosos o aceptar el empleo en la Junta directiva de una Asociación o si puede realizar excursiones especialmente fatigantes en el fin de semana (23). Se encuentra también ubicado desde este punto de vista «la regularidad del comportamiento»; en cuanto que el peor comportamiento del miembro de un grupo en comparación a sus compañeros de trabajo significa, hacia el exterior, una desvalorización social de la personalidad, y del mismo modo, un obstáculo de su desarrollo.

b) Lo colectivo no debe ser entendido, al considerar el principio anterior, meramente como antagónico, puesto que a él pertenece también el derecho de la personalidad (24), ya sea del empleador o del trabajador, ya sea el de algún otro compañero por manifestarse la relevancia jurídica del mencionado derecho no sólo positivo, sino incluso negativamente, en cuanto a liberación de influjos ajenos. Se obtiene la solución de dicho conflicto con la ayuda de todos los puntos de vista de estimación de los valores existentes en el seno de nuestra comunidad jurídica. Ejemplos: el derecho de la personalidad correspondiente al empleador de la libre opción para la selección

(20) Cfr. mi *Arbeitsrecht*, pág. 322.

(21) Vid. BVerfGE, tomo 5, pág. 206.

(22) Cfr. GERHARD MÜLLER: *RdA*, 1964, pág. 124 y sigs. hasta 126.

(23) Vid. mi *Arbeitsrecht*, págs. 211 y sigs.

(24) Cfr. NIPPERDEY, en *Die Grundrechte*, tomo IV, 2, págs. 781 y sigs.



de sus colaboradores puede manifestarse en contraposición al derecho personal de cada uno de los miembros del grupo de cesar conjuntamente con los otros y sin dificultades el trabajo; el derecho personal de cada uno de los componentes del personal a la libertad de conocer su propio estado de salud (véase el secreto profesional del médico) podría hallarse en contraposición al derecho, propio de sus compañeros de trabajo, a la salud liberándose del contagio (estos últimos conflictos se resuelven bajo el prisma de la comunidad en la Empresa, de la relación laboral entre empleador y trabajador) (25).

La ausencia de una protección contra la dimisión (26) a favor de la Empresa muestra la primacía de la personalidad del trabajador frente a la Empresa como tal (según los valores actuales).

4. *La economía.*—Como ulterior momento en la configuración interna de la situación jurídica, la *economía*, fundamento de la vida social y servidora suya. Es ya común la idea exacta de que el nivel de vida depende del estado de la economía y la decisiva importancia para los precios de la subida en los salarios, ante todo en los trabajos a salario intensivo (en suma: salario-precio-espiral). Esta consideración se halla en contraposición no sólo a la libre formación de los precios por medio de la competencia, sino también al principio del libre desarrollo de la personalidad, y sin embargo, es cuadrable entre las ideas motrices del sector laboral. Ejemplo: la pregunta de que si la construcción de casas dedicadas a garajes para los miembros del personal, en la proximidad a los lugares de trabajo, sea obligación del empleador en cuanto concreción de su deber general de asistencia, no puede ser resuelta con la respuesta de que dichas instalaciones corresponden a una necesidad del trabajador y deban, por lo tanto, ser construídas. La comprobación de si constituyen un tal derecho dependen de la concreta situación económica del empresario. No se puede destruir, por una medida semejante, una instalación empresarial con sus especiales inversiones, lo cual implicaría, además, aniquilar la base económica del mismo personal.

---

(25) Sucede lo mismo con el derecho fundamental de libre opinión (art. 5) parte del derecho general de la personalidad, el cual frecuentemente es limitado en la empresa en función del bien colectivo que origina su marcha sin dificultades. No siempre constituyen derechos del empleador y trabajador contrapuestos; vid., así, HOECHST: *ArbuR*, 1960, pág. 136.

(26) La codificación del despido no puede contenerse bajo la idea del desarrollo de la personalidad, según el art. 2, I, GG (GERHARD MÜLLER, loc. cit., págs. 124, 126, 2), sino bajo la del Estado social, que prevé precisamente la conservación de la situación vital fundamental por encima de otras cosas; al menos respecto de los trabajadores necesitados de protección.

5. *El Estado*.—Además, juega —o debería al menos jugar— un papel relevante el *Estado* y sus intereses, es decir, la entera comunidad nacional en cuanto tal (cfr. § 49, I, BetrVG), por la consideración del bien común de dicha comunidad. De los intereses de aquél surgen importantes componentes en la búsqueda del justo orden. De igual manera se manifiesta en el plano de las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador en forma de derechos y deberes subjetivos (o a través del cambio sustancial apreciable de los derechos y deberes existentes). A ello pertenece, por ejemplo, la regulación de las vacaciones, cuyo fundamento es la conservación de la salud de la población. (Por eso carece de sentido considerar contrario al fin de descanso de la vacación su uso para un trabajo lucrativo, en conformidad al trabajo diario y de distinta naturaleza, y no, por ejemplo, para efectuar largos viajes en el propio coche o para ayudar a los familiares en los trabajos domésticos del hogar. El problema se ha resuelto hoy por la confrontación del derecho a la configuración de la propia vida en el Derecho constitucional del libre desarrollo de la personalidad.)

Otro ejemplo: ¿Experimenta el derecho de huelga alguna limitación (originando infracción en la obligación de trabajo) en el caso de que una huelga origine para nuestro Estado pérdidas en el mercado mundial en beneficio de algún otro? (En los casos extremos se podría contestar afirmativamente; sin embargo, cada ciudadano tiene derecho a la protección de su país de origen, por lo cual sería posible afirmar lo contrario.)

6. *La tradición*.—Ha sido ésta ya mencionada como otra fuerza configuradora del contenido jurídico. Su intervención se manifiesta, por ejemplo (eligiendo un caso legal), en la duración del tiempo de cobro de salarios para los obreros en caso de enfermedad, la cual, para los empleados, ha sido establecida en seis semanas. Sobre todo es significativa la perseverancia en lo tradicional para la configuración del nivel salarial, es decir, para la medida de valoración de la justa retribución correspondiente, según el tipo de trabajo, como se manifiesta en la aplicación del *Ecklöhne* y en la concreción del pago a destajo.

## II. *Su consideración en la aplicación del Derecho*

1. *Preliminares*.—Esta proyección general muestra ya la diferencia de la búsqueda del Derecho aplicable en el sector de lo privado y en el de lo público, por un lado; del Derecho del trabajo, por otro: una enormidad de componentes deben ser observados en este último en su mutua relación de valor bajo la consideración del concepto de comunidad jurídica, permi-

tiendo así llegar al exacto resultado —la resultante—, según ha sido mencionado ya hace un momento. Al contrario, en cuanto se le considere como Derecho privado, únicamente puede efectuarse una ponderación de los intereses de las partes, con escasa referencia a la relevancia de la comunidad, y en cuanto se le trate como Derecho público, solamente una valoración de los intereses generales, contrapuestos a los individuales.

2. *Encuadramiento en lo colectivo.*—Las ideas colectivas merecen ser citadas como componentes especialmente característicos de la peculiaridad del ordenamiento jurídico en nuestro sector si *no* sigue la usual contraposición de Derecho individual y colectivo del trabajo, reunidos ambos *como un todo* en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo: al igual que sucede en la vida real, pues *no* hay una regulación colectiva *junto* a un ordenamiento para las particulares relaciones laborales, sino que ambos han sido mutuamente entretejidos. El ordenamiento colectivo no aparece exteriormente a una relación jurídica, corregida y cambiada, de Derecho privado, sino que constituye un ordenamiento uniforme. La consideración *separada* conduciría lo colectivo, después de haber pasado mucho tiempo desde su nacimiento, a ser una especie de intruso en un único recinto que impida desde fuera el restablecimiento de una auténtica posición jurídica individual. La relación laboral sólo puede tener un ordenamiento único, determinado por todos los componentes anteriormente mencionados, y lo colectivo, como uno de ellos. Entonces, ¿por qué aparece lo colectivo en el seno del Derecho del trabajo? La razón es la de que en la citada situación sociológica, el individuo aparece en la relación laboral dentro de una estrecha o amplia comunidad de trabajadores dependientes, esto es: dentro de la Empresa laboral o de la Empresa económica, de una parte, o por otra, de la colectividad de los que tienen intereses semejantes. Es falsa la imagen de la relación individual de trabajo, tanto si se la contempla exclusivamente desde el punto de vista del derecho individual del trabajo como si se hace sólo desde el colectivo. Al igual que no se puede describir un objeto amarillo-verde bajo el aspecto de amarillo, y después, bajo el de verde: no es amarillo ni verde; es amarillo-verde (27).

b) Algunas distinciones deben ser efectuadas *en el seno de lo colectivo*:

a/ Existen primeramente limitaciones establecidas para la aplicación jurídica de cada trabajador, resultantes del simple *trabajo en común* de por

(27) Por supuesto, las instituciones del sector colectivo —por ejemplo las organizaciones— deben ser tratadas en capítulos específicos y no en el derecho de la relación jurídico-laboral individual. Sin embargo, sistemáticamente deben encuadrarse antes que la descripción de la relación individual de trabajo.

sí, lo mismo en contra que a favor de cada trabajador; a esto pertenece, por ejemplo, el deber de tener que soportar un despido necesario para la Empresa, pues lo contrario pudiera ser aún más penoso a ojos de los compañeros de trabajo (§ 1, III, KünSchG). (En cuanto manifestación de la situación de colaboración en el contenido de la relación laboral) (28). (Esa zona se puede calificar de sector colectivo inauténtico.)

β/ Los otros grupos integran medidas para que actúe el personal como tal o su órgano, el *Betriebsrat*. El individuo debe avenirse a esto en cuanto no se infrinja ilícitamente su derecho de personalidad por pertenecer al todo sociológico considerado, la Empresa. El contenido de sus derechos y deberes en la relación de trabajo está influido por el entrelazamiento con el conjunto con aquella base común de procedencia. Puesto que el trabajador tiene que al mismo tiempo pertenecer a la relación de trabajo e incluirse en el todo, debe permanecer en la relación individual de trabajo bajo las condiciones generales del Organismo, observadas aquí desde el punto de vista del personal. (Luego hablaremos de las condiciones de ese Organismo colectivo, la Empresa.) Ejemplo: si en un pacto de Empresa se establece que no se trabaje en un día festivo local sin derecho a remuneración, esto debe ser soportado por cada miembro del personal en cuanto él no puede trabajar según el proceso productivo. Otro ejemplo: igualmente se puede determinar que, hasta el cese de hurtos que dañan el clima de la Empresa, cada miembro del personal debe dejarse registrar al salir de la fábrica. (Existe aquí una influencia de lo colectivo en el sector de la Empresa, y con ello, en el contenido de la relación individual de trabajo). Como último ejemplo, cabe citar la fijación de condiciones para el uso de un albergue del empresario, destinado a vacaciones del personal.

λ/ Deben ser mencionados todavía los Sindicatos, órganos reconocidos por el Estado, en cuanto incluidos en lo colectivo. Ejemplo: un acuerdo de huelga faculta, incluso a los no asociados, a entrar en ella, lo cual influye —al limitar el deber de trabajo— en la relación laboral. Dicho acuerdo, por otro lado, quita el derecho al salario a quien, deseoso de trabajar, no puede efectuarlo a causa del abandono de trabajo de su compañero. Se trata aquí de la influencia del grupo (29), al margen de la Empresa en cuanto tal, sobre la singular relación de trabajo. A esta materia pertenece —no necesita detallarse más ampliamente— el convenio colectivo con sus posibles influencias

(28) Vid. mis argumentos en *Studium sociale, Festschrift für Karl Valentin Müller*, Colonia, 1963; pág. 589.

(29) Constituido por los Sindicatos, incluso los no organizados. Basta recordar su cooperación en el nombramiento del juez del trabajo, etc. (§ 20, I, ArbGG), en su participación en el Senado bávaro (art. 4, ley de 22-7-1959; GVBL, pág. 217).

directas sobre el contenido de las relaciones de trabajo o sobre las regulaciones colectivas para la Empresa, según § 4, IV, TVG (30).

γ/ Las reflexiones sobre lo colectivo nos llevan a configurar *la Empresa como una unidad*, que cada vez, de forma más patente, se desarrolla junto a la figura del empleador. Esto sucede sobre todo en las grandes Empresas, montadas según la forma de S. A.; prescindiendo, pues, de las Empresas familiares, debido a la falta del elemento personal del propietario en función de las particularidades de nuestro Derecho de S. A. La objetivación en tales Empresas de esta parte se extiende en forma progresiva a otras y se desarrolla una figura conceptual como idea motriz de la codeterminación, antes extraña. La pertenencia a la Empresa laboral es relevante en estos supuestos, en determinados puntos, sin consideración a la persona del propietario, por ejemplo, para la intervención de la BetrVG, de la KünSchG y de la UrlG. Solamente en virtud de esa nueva figura conceptual se puede responder a la pregunta de si —y hasta qué punto— un cambio de empresario influye sobre la relación individual jurídico-laboral. Asimismo, el pago de salario o sueldo durante la enfermedad vuelve *no* sobre la idea de asistencia, sino sobre la consideración ya aludida de la pertenencia a la Empresa laboral, no configurable sin remuneración, porque la Empresa permanece, al igual que el despido, invariable. (Esta aclaración justifica la jurisprudencia del BAG (31) en la afirmación de que deba ser pagado el salario, incluso si el trabajador, al principio de su enfermedad, no había pertenecido a la Empresa el tiempo suficiente para tener el derecho contra el empleador, pero que cumple el presupuesto durante el tiempo de su enfermedad, sobre todo en una enfermedad provocada por accidente, en cuyo caso parece conveniente una unión moral con la Empresa (32).

3. *Ideas dominantes en la relación de trabajo.*—Finalmente tiene importancia para la aclaración de una situación jurídica *la idea dominante en la relación de trabajo*. Esta tiene como fundamento la comunidad jurídica, ya mencionada anteriormente, y ha sido llevada a cabo en función del ideal deseado (a lo cual también pertenece el concepto de la profesión habitual y no como tarea para obtener dinero). El contenido de ese ideal depende ante todo de las ideas política e ideológicamente acuñadas e infundidas.

a) Se encuentra aquí la *colaboración* de empleador y trabajador en la consecución del bien común empresarial: el deber de asistencia o el de

(30) Cfr. mis argumentos DNotZ, 1963, 706.

(31) AP, núm. 4, en el § 1.º ArbKrankhG (con mis comentarios).

(32) Sólo debe negarse la ayuda en el caso de influencia de la propia culpa en la imposibilidad y en la mora, a manera de sanción.

fidelidad no son sino consecuencias particulares, al igual que la idea del mantenimiento de la *Arbeitseimat* del trabajador. Consecuencia necesaria, la solución del problema de la participación de los beneficios, observados como forma de autoinversiones en la plusvalía de la Empresa; igualmente se plantearía la participación en las pérdidas.

b) Este punto se puede invocar como interpretación jurídica de la *naturaleza de las cosas*, es decir, de la relación laboral. Se debe tener presente que aquélla no es algo inmutable en todos los tiempos. Varía su contenido en base a las correspondientes ideologías sobre la función de los participantes en el proceso de producción y del equilibrio de los valores que entren en juego, especialmente en un tiempo como el nuestro, tan igualitario en todos los conceptos.

4. Todas estas particularidades mencionadas en el presente apartado II dan prueba de que el Derecho del trabajo es una materia *autónoma*, en el sentido expresado al principio.

Es sencillamente incomprendible —así lo mantendremos (33)— cómo tal conocimiento puede destruir la unidad del Derecho. Puesto que es indiferente la forma en que se constituyen las diversas partes del todo, el ordenamiento jurídico.

### III. Consecuencias prácticas de la indagación

Algunas consecuencias *prácticas* pueden extraerse de lo dicho hasta ahora:

1. *Correcta composición de los componentes configurados.*—a) Para la aplicación del Derecho en el sector jurídico-laboral existe la gran dificultad, apenas superable, de encontrar la *correcta relación de composición* entre aquellas fuerzas configuradas. Estas no deben considerarse como de importancia total, pues incluso se contraen parcialmente de forma recíproca. Las consideraciones decisivas de las relaciones mutuas resultan, como ya fué indicado, de la proporción entre sus valores (34).

α) Se fundamentan, en primer lugar, sobre la *ideología* existente dentro de la comunidad jurídica. Al no construirse la República Federal sobre un fundamento constitucional de una determinada ideología, las bases consignadas en la Constitución poseen sobre todo influencia negativa: desestima so-

(33) Así, MAYER-MALY: *JZ*, 1961, págs. 205 y sigs.

(34) La jerarquía de los valores no deriva de la misma, sino de otros puntos de vista supra-individuales, vid. VIKTOR KRAFT: *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Viena, 1951, págs. 19 y sigs. y 233 y sigs.

lamente ciertas posiciones extremas. En forma positiva sólo se establece algo más neutral —así, de la personalidad, de la familia y de la coalición (35)—, sin dar a conocer, en cambio, la mutua relación de esos valores.

β/ Si la Constitución *rehusa* indicarlas, deben ser ponderadas según el concepto reinante de la correlación de los valores. Sirven de punto de apoyo para ello, al lado de las diferentes clases de amenazas de sanción en caso de lesión a los bienes de vida, las finalidades de las más recientes leyes, así como las leyes vigentes, a pesar de las importantes y decisivas corrientes existentes en su contra.

γ/ Los conceptos valorativos de la comunidad jurídica, así, el significado del endiosamiento del llamado progreso técnico —que, visto más de cerca, consiste con frecuencia solamente en un cambio, no siempre a mejor— se obtienen, por ejemplo, de la Prensa. Su importancia aparece clara en la pregunta sobre si el personal puede impedir medidas de racionalización —base del posible despido—; debe responderse precisamente según la valoración de esa idea del progreso, hoy conexas con lo social.

b) En el Derecho del trabajo, en tanto que un valor no haya sido explícitamente *excluido de eficacia*, no pueden ser utilizadas las usuales normas de la relación según la ley antigua, vigente una ley nueva. Cuando una ley pretende levantar la posición del trabajador, no puede inferirse perjuicio alguno por disminución de categoría social. No sería exacto decir, por lo tanto, que desaparece la eficacia del § 616, I, BGB, en caso de enfermedad para los trabajadores no encuadrados en la ley de Enfermedad; precisamente en los casos de enfermedades cortas se mantuvo para el trabajador —no existiendo pacto en contra— el derecho al salario, mientras no se realizaran los presupuestos de ese precepto. Por la ArbKrG debería ser mejorada la posición del trabajador; sin embargo, requiere como presupuesto para su intervención una pertenencia a la Empresa durante cierto tiempo. El § 616, I, BGB no conoce dicho presupuesto. Los trabajadores que no pertenecieron a la Empresa tanto tiempo como pide la ArbKrG se encontrarían en peor situación que con anterioridad a su publicación si sólo en dicha disposición se regularan todos los casos de pago del salario al trabajador. Por lo tanto, se aplica el § 616, I, BGB en las enfermedades como supletorio de la ArbKrG (36).

c) El cambio de la opinión antes dominante (37) sobre la naturaleza

(35) Las Constituciones de los *Länder* sugieren, quizá en base a un cierto compromiso, otros valores, por ejemplo la fuerza de trabajo (así la Constitución de Hessen, artículo 24, I; Rheinland-Pfalz, art. 53, I; Saarland, art. 45).

(36) A. HUECK en HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 347, núm. 96, y, además (Gr. Sen.), AP, núm. 21, en cuanto al § 616, BGB, bajo VIII.

(37) Cfr. HUECK-NIPPERDEY-STAHLPACKE, TVG, 4.<sup>a</sup> ed., 1963, § 5, núm. 47; NI-

jurídica de la *declaración de eficacia general* del convenio colectivo por el Tribunal Federal Administrativo (acto reglamentario en vez de acto declarativo adherido al acto normativo de los copartícipes sociales (38), no puede tener en la aclaración del fenómeno más valor que el de otro conocimiento. En él ha de verse, al fin y al cabo, un acto normativo (reglamentario) del Ministerio, ya que el fortalecimiento del influjo —en materia laboral— del interés estatal corresponde al espíritu de nuestro tiempo, a diferencia del tiempo inmediato al cataclismo (de 1945). (Fortalecimiento del componente «interés estatal» frente al de la «autonomía» en los copartícipes sociales».)

2. *Indicaciones generales sobre el Derecho del trabajo.*—a) Para no tener que entrar en cada caso en largas consideraciones —como hace unos años —sobre la jerarquía de valores intervinientes en el problema pendiente es conveniente sentar *ciertas indicaciones generales* sobre el propio Derecho del trabajo. Las cuales, además, probaremos acto seguido para ver si en el momento de la decisión persiste la jerarquía de valores entonces vigentes.

Ejemplos: Quien se halla en una relación laboral tiene, en general, el derecho al salario convenido, al menos en su parte inembargable. Si arde la casa, considerada por disposición como parte integrante del salario, debe el trabajador recibir el salario en dinero (39). Si lo ocasionó él negligentemente, conserva el derecho sobre la porción salarial inembargable, pues más allá no puede efectuar el empleador una lícita compensación.

Al contrario, es hoy problemática la hipótesis mantenida por el BAG (40) sobre la exigencia de daños mutuos de los colaboradores de una misma Empresa. Pues estaba fundada en lo esencial sobre la idea de que el empleador, en virtud de su cotización al Seguro de Accidentes, debe permanecer libre de las pretensiones basadas en daños corporales. ¿Cómo se ha podido mantener esto junto con las pretensiones por destrucción de cosas entre los colaboradores? La respuesta la daremos más adelante.

b) *Toda hipótesis general del Derecho civil* suele tener detrás de sí un

---

KISCH: *Arbeitsrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., tomo 2, pág. 493; NIPPERDEY en HUECK-NIPPERDEY: *Arbeitsrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., tomo 2, pág. 471; mi *Arbeitsrecht*, pág. 71.

(38) BVerwG, AP, núm. 6, en cuanto al § 5, TVG. El Tribunal habla (pág. 955 v.) de una tendencia al desarrollo en el sector jurídico-laboral (cfr. mi *Arbeitsrecht*, página 73, núm. 5, y pág. 79, núm. 1). Es cosa distinta de si se puede entremezclar dentro del Poder judicial tan amplias aspiraciones políticas, especialmente cuando la comunidad jurídica —como hoy sucede— ha acentuado justamente la idea de la supremacía de los copartícipes sociales. Esto es inadmisibile; se halla en contra del principio fundamental de la división de poderes.

(39) Cfr. § 7, III, LAO.

(40) Tesis del Gr. Senat, AP, núm. 4, en cuanto a los §§ 898 y 899 RVO.



largo desarrollo, por ejemplo, sobre el vínculo sinalagmático de prestación y contraprestación en los llamados contratos recíprocos, en el derecho de retención o en la eficacia de la imposibilidad sobrevenida. No puede uno tomar el orgulloso punto de vista de que —después de haber llevado esos conocimientos a resultados exactos durante siglos— no sirvan por principio para el Derecho del trabajo. Antes bien, deben ser examinados en función de su aplicabilidad, para lo cual debe tenerse presente el origen histórico, especialmente el espíritu del tiempo en que recibió su última estructuración y las reflexiones que en aquel entonces se hicieron sobre él.

α/ Esto sucede, por ejemplo, con los principios de la recíproca *dependencia* de prestación y contraprestación, observados desde la perspectiva de sus positivas infracciones legislativas, así en el § 616, BGB. Ejemplo: en base al § 19 de la ley de Epizootias, se le prohíbe ir al trabajo, si se declara una epizootia, a quien vive en una casa de campo. Debe mantenerse en este supuesto su derecho al salario en tanto no se aplique el § 616, BGB. Si, al igual que en el caso paralelo previsto en el § 49 de la ley Federal sobre epidemias, debe mediar indemnización estatal, no puede resolverse aquí en sentido afirmativo, a despecho de la teoría jurídico-pública por la necesidad de tener presente la comunidad en el campo de la vida laboral, pudiéndose incluso sostener lo contrario. El Derecho exige que a un *minus* corresponda también un *plus*. (Esta solución exige el método —posteriormente mencionado— del razonamiento según el complejo de la vida.)

β/ Otro ejemplo: ¿Debe ser utilizada en el Derecho del trabajo la *idea de culpa*, procedente del Derecho privado en el sector indemnizatorio, o hay que detenerse en su simple causación? Uno piensa en el cambio de prueba en el caso de daños ocasionados por el trabajador. ¿No viene a ser, en la mayoría de los casos, la necesidad de la prueba, que se impone al empleador, de no tener culpa alguna una especie de responsabilidad sin culpa? Sea indicada todavía la jurisprudencia de la Sala Superior del BAG sobre las indemnizaciones materiales del trabajador por daños en el trabajo peligroso (42).

(41) Cfr. HUECK en HUECK-NIPPERDEY: *ArbR*, págs. 398 y sigs.

(42) (Gr. Senat el 10-11-1961, AP, núm. 2 en relación al § 611 BGB, responsabilidad del empleador por riesgo). Podría ser correcto efectuar, en materia de daños materiales del trabajador, parecidas diferenciaciones a las que efectúa el Derecho fiscal con los gastos del perceptor del salario, entre gastos para un modo común de vida (principalmente para ropa y pensión; vid. § 12, 1 EStG) y gastos que se ocasionan precisamente en función de esta ocupación. Gastos que (también los originados a causa de la destrucción y deterioro, y provocadas por la singularidad de esta clase de trabajo) han de ser —en cuanto tales (costes de producción)— abonados siempre por el

Deben ser distinguidos los daños originados por el trabajo en la Empresa de las demás clases de daños. En el primer grupo se encuadran, además de los daños causales, los producidos por falta de atención del trabajador, incluso de leve magnitud y de raro acaecimiento. Entre ellos, igualmente, se hallan los daños procedentes del desgaste y de experimentación en la Empresa, los cuales deben ser considerados a su cargo, sin distinción de si tales daños proceden de las instalaciones de la Empresa o de los trabajadores. Cuando existe una crasa o muy premeditada infracción contra los deberes surgidos de la relación laboral no hay ningún motivo para incluir los daños y sus consecuencias a cargo de la Empresa, como tampoco lo habría en el caso de haber satisfecho tales daños, por decirlo así, en forma global por alza del salario. En diferente posición nos encontramos cuando los daños se originan por una intervención ajena que no atañe a la Empresa como tal; por ejemplo, en caso de días de luto popular (43). Deben ser prorrateadas las pérdidas entre los colaboradores y empresarios, al igual que sucede en las grandes averías de barcos (44). (No pertenece, sin embargo, al grupo antes mencionado todo lo que hoy la doctrina considera como riesgo de la Empresa, pues el defecto de materiales o combustibles se imputa a la Empresa.)

---

empleador, de no ser considerados liquidados por la elevación del salario. En los daños frecuentemente sobrevenidos, por ejemplo en los vestidos de los guardadores de animales, corresponde al trabajador la carga de la prueba de que deben correr a cargo del empleador. En algunos daños, en cambio, debe el empleador explicar que ya fueron satisfechos por la elevación del salario, caso de no tener, en realidad, que soportar los daños materiales acaecidos. Este resultado se deduce de la idea de que pertenece al empresario soportar los costes del trabajo, pues normalmente puede —en el cálculo del precio— repercutirlos sobre el comprador; no debe el trabajador, por lo tanto, asumir los costes de producción. Como sucedáneo de las ideas fundamentales de la indemnización de daños han sido utilizados por la teoría de la titularidad del riesgo de la Empresa, ya desde hace tiempo, los principios económico-empresariales básicos del riesgo como resultado incontestado; cfr. mi *Arbeitsrecht*, pág. 219.

(43) BAG, AP, núm. 15 en cuanto al § 616, BGB, riesgo de Empresa. Fueron prohibidos unos festejos a causa de una catástrofe local provocada por un incendio que había costado numerosas vidas humanas. Esta disposición constituye en tales casos mera expresión de los sentimientos de tristeza que todos los presentes en la ciudad debían cumplir y que, en concreto, sólo encontró expresión normada para las Empresas de recreo. No existió entonces circunstancia alguna que pudiera encontrarse para tales Empresas (o grupo de Empresas), sino que todos allí —Nuremberg— eran llamados a la condolencia. (Los fundamentos esgrimidos contra esto por NIKISCH, en la anotación de la sentencia, se deducen de su peculiar teoría del contenido de la relación de trabajo. Son, por lo tanto, distintos a los expuestos ahora mismo.)

(44) Si también en ese caso la paga y la fortuna de la guarnición del barco se hallan excluidas del prorrateo, vid. § 723, I, núm. 2, HGB

7/ El principio procedente del Derecho civil por el cual la *situación patrimonial* de las partes no juega ningún papel a la hora de fijar el monto del derecho a la indemnización (¡otra cosa sucede en la ejecución!) es dudoso si tiene aplicación en el Derecho del trabajo. El Grosse Senat ha mantenido (45): una organización social no se dirige contra los trabajadores socialmente protegidos, los cuales —en cambio— tienen que contentarse con pequeñas desventajas para evitar otras mayores. Podría añadirse que en las Cooperativas una acción indemnizatoria (de regreso) contra un trabajador sólo sería reducida a su cargo por suministrarse las prestaciones por los empleadores. (Situación distinta de las Cajas de enfermedad, en tanto éstas han de responder de los costes del accidente, según los §§ 565 y 1.501 RVO). Para ser más exactos, deberíamos considerar aquí el complejo empresarial, esto es, que la Empresa ha de soportar ciertos costes (46); por ello es aquí necesario sopesar la situación patrimonial de una persona en las reflexiones jurídicas. Se afirma (47) que ha de prescindirse de la consideración a las circunstancias patrimoniales de las partes, pero es dudosa la conveniencia de dejar todo a la ejecución (48) (49) e impedir así la posible recuperación del perjudicado. ¿Por qué es esto sólo posible en el método de ejecución de la compensación obligatoria y no en otro caso?

8/ Debe considerarse, como último punto, el principio del Derecho civil *o todo o nada*, en caso de un deber de resarcimiento de daños. Su utiliza-

(45) AP, núm. 4, § 898, 899, RVO, págs. 825-26.

(46) Los daños de los dependientes, provocados por una negligencia habitual, son gastos de la Empresa, pues las omisiones previas por descuido —por ejemplo, de atar una cuerda— pueden haber provocado una aceleración del ritmo de la Empresa. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el momento formativo en el que existe una pretensión amenazadora de compensación de daño. Sería exacto por eso conceder a la Empresa una pretensión de regreso en caso de omisión a las normas de protección. Debe ser, sin embargo, evitado un ambiente en las relaciones laborales presidido excesivamente por el miedo. Por ello se beneficia el clima de la Empresa si, contra el causante del daño, sólo puede ejercitarse una pretensión indemnizatoria por parte de la Empresa y no por parte de la víctima. Pero no podría negarse de antemano la viabilidad de tal acción en base a la comunidad de la Empresa. Antes bien, han de ponderarse las relaciones sociales existentes entre los interesados. No puede negarse, pues, tal acción en forma genérica (sin consideración de la persona).

(47) Cfr. HUECK en HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I. págs. 234 y sigs.

(48) Préstese atención sobre la influencia que pueden tener las relaciones patrimoniales del trabajador, incluso para el feliz resultado de la demanda protección contra el despido.

(49) Los Tribunales laborales ya no son competentes por perjudicarse en este caso el procedimiento normal. Uno piensa aquí especialmente en la elevación de la cantidad de salario libre de embargo, según el § 850 y sigs. de ZPO.

ción es rechazada por la opinión dominante para el trabajo propicio al daño y la negligencia leve parcialmente encontrada (50). Dicha solución se justifica exclusivamente por la especial concepción del deber resarcitorio en cada una de las partes causantes, por ejemplo, de un lado, en el exiguo autoexamen de la propia capacidad efectuado por el trabajador; de otro, en la falta de una advertencia sobre la peligrosidad de la prestación de trabajo. Tal matización del deber de resarcimiento en función del grado de negligencia, es muy parecida a la concepción de una pena influida en su cálculo por la magnitud del daño. Es necesario considerar si en el Derecho del trabajo tiene valor, pues significaría un abandono de nuestros principios actuales sobre el resarcimiento de daños e implicaría un retroceso en el punto de partida en la evolución histórica de dicha institución (51).

c) Han de examinarse también los principios generales de la *interpretación jurídica* para considerar su vigencia en el Derecho del trabajo:

α/ Es aplicable, por ejemplo, la regla de que ha de soportar un riesgo quien *domina* una situación. Ello vale en las declaraciones unilaterales formuladas sin claridad; así, en un desistimiento.

β/ Lo mismo sucede con el principio de que «quien —disfrutando una *ventaja* legal— toma los buenos tragos, debe aguantar los malos a ellos vinculados»; de tal forma, quien ejerce una profesión tiene ordinariamente el correspondiente deber de ocuparse de esta materia, no pudiendo abandonar el trabajo si con eso daña gravemente a la colectividad.

d) Es necesario poner de relieve, para llevar adelante la interpretación, las ideas directrices mencionadas *supra* sobre el orden jurídico del trabajo —lo de la auténtica colaboración—, que deben ser orientadas hacia las instituciones jurídico-laborales, como, por ejemplo, la huelga. La explicación del objetivo, facilitada por los preámbulos de las leyes, es importante para el conocimiento del Derecho. Deben ser investigados lo más exactamente posible, para establecer su uso correcto en todos los fenómenos jurídico-laborales.

3. *Adopción de una postura dinámica e integral en la aplicación del Derecho.*—a/ La mayoría de los supuestos jurídico-laborales un poco complicados no se resuelven *por una subsunción* bajo un precepto jurídico, quizá modificado por la intervención de los derechos fundamentales de la Constitución o de la idea de la buena fe (52). Necesita de la consideración de

(50) Cfr. HUECK, loc. cit., pág. 234, n. 43.

(51) Cfr. para el Derecho romano, por ejemplo, JÖRS-KUNKEL, *Römischer Recht*, tercera ed., Berlín, 1949, pág. 169. Un retorno parcial puede constituir una sutileza inadvertida de un nuevo concepto, captado exclusivamente en sus líneas generales.

(52) Cfr. ahora MERZ, *ArchivPrax*, t. 163, págs. 305 y sigs.

los numerosos puntos de vista señalados. Ello sólo es posible en el caso de utilizar la llamada aplicación dinámica del Derecho. Ya dijimos que solamente se puede encontrar una recta solución para el caso individual cuando es encuadrable bajo la imagen ideal de nuestro orden jurídico —extraído del sentido y finalidad de las normas resultantes de los componentes enumerados—. Todas las soluciones imaginables en el empleo de ese punto de vista han de ser comparadas con el orden ideal; y resulta exacta la que se encuentra más cerca de él (53).

β/ El complejo vital a regular debe ser considerado en su totalidad, lo cual solamente es posible si se abandona la idea conceptual de las relaciones jurídicas meramente bilaterales, por ejemplo, trabajador-empendedor o Estado-individuo y se piensa en complejos como el de Empresa o el del patrimonio del trabajador. En su seno debe ser incluido el suceso para considerarlo al mismo tiempo desde todas las vertientes y proceder a su solución en estas correlaciones. Así, para dar lugar a un despido han de ser ponderadas las circunstancias peculiares de los trabajadores a despedir, analizando cómo se perjudica a cada uno de ellos; si fuera interpuesta demanda, puede suceder —claro está, teóricamente— que cada uno de ellos deba permanecer en la Empresa en base a su situación individual, apreciada en concreto y en forma individualizada, pues no se puede todavía someter a prueba la posición global del conjunto (54).

b) De ello se deriva que las *sentencias* y los *acuerdos* en materia laboral deben ser buscados en forma distinta que en el sector del Derecho civil o penal. No pueden basarse, como allí, en la subsunción (en base a la consideración del fin de la norma por la exclusiva aclaración de su significado literal), sino que deben ser orientados con arreglo a las ideas motrices (55) y a la finalidad (56) de las leyes. Ejemplo: la huelga y el cierre patronal sólo han sido admitidos por el ordenamiento jurídico en cuanto medios de lucha entre trabajador y empleador de una Empresa. Durante la contienda no pueden ser eficaces, por lo tanto, los despidos utilizados en ella, pues violan

(53) Cfr. para el Derecho comercial suizo FEHR, *Festschrift für Wieland*. Basilea, 1934, pág. 66.

(54) Cfr. mis argumentos, ya mencionados en la nota 28 en *Festschrift für Karl Valentin Müller*, pág. 589.

(55) Ninguna relación guarda esto con la ordenación social. Pues lo socialmente adecuado engendra una conducta en correspondencia al ruego social del caso planteado. Por lo tanto, éste será orientado en tal sentido por una afirmación indemostrable en lugar de manifestar los auténticos motivos de una resolución.

(56) Esta aplicación teleológica del Derecho plantea la duda de si la solución logra el objetivo de la ley, mientras que en los antiguos métodos solamente la finalidad pierde su importancia en la interpretación de los singulares preceptos.

la base de la situación de enfrentamiento la pertenencia a la Empresa. (Cosa distinta es si la conducta concreta de un huelguista durante la huelga aparece como incompatible con su posterior colaboración y puede ser despedido por ese motivo) (57).

c) *α/* Se deduce, además, que la *concreta categoría de jurisprudencia* emprendida en los casos difíciles —producto, en su mayor parte, de transacción— por el más Alto Tribunal (siendo Hans Carl Nipperdey primer presidente) debe ser aceptada en nuestra disciplina en cuanto corresponda sólo a la esencia del Derecho del trabajo. Como ejemplo del supuesto, se imagina uno la importancia de la falta de consideración del Consejo de Empresa en algún despido proyectado.

*β/* Esto tiene otra consecuencia necesaria y derivada de la propia materia: la *conservación de la autonomía* de los Tribunales de Trabajo —tan recomendada por el actual presidente del BAG, Gerhard Müller (58)—; de no ser así, no se tendría en cuenta la autonomía de nuestra disciplina. Implicaría pedir demasiado al juez si tuviera que cambiar constantemente el método de aplicación del Derecho. Ejemplo: una pretensión para la protección en caso de despido requiere el perjuicio social de dicho despido. Deben ser considerados los intereses económicos de la Empresa (debiéndose, incluso, ponderar el propio hacer del trabajador); posteriormente, los daños originados por el despido para el despedido (elemento social con o sin compensación de las aptitudes personales del trabajador); luego, la relación de esos daños con los intereses de los demás miembros del grupo (elemento colectivo), y finalmente, los intereses del Estado para evitar un tropiezo económico.

*γ/* Al objeto de posibilitar la revisión posterior es necesario que el Tribunal *manifieste* siempre las consideraciones que le han impulsado a la acomodación del caso en la jerarquía de valores. Lo dicho vale también para el BAG, que debe construir modelos para la jurisprudencia de los Tribunales de instancia.

*δ/* Dos consecuencias, que tal jurisprudencia podía tener, deben ser evitadas en todo caso:

*αα/* En primer lugar, *no puede conducir a una aplicación indulgente del Derecho*, surgida de la hipótesis de que no debe dañar a nadie.

*ββ/* En segundo lugar, *no puede quebrar la seguridad jurídica*. Se censura hoy, a veces, que los Tribunales de instancia no pueden calcular de antemano, en forma suficiente, la sentencia del BAG como última instancia, actuando así en auténtica inseguridad, pues el BAG sentencia, en cierta me-

(57) BAG (I. Sen), AP, núm. 1, en cuanto al § 66 BetrVG.

(58) Cfr. su obra *Struktur und Ressortierung der Rechtspflege*, 1961.

didá, creando Derecho. Las tesis judiciales que se han puesto de moda, pese al gran peligro existente en ellas de su necesaria concisión y de nivelar desigualdades fácticas (y con ello hacer de la jurisprudencia una futilidad) también consideran el punto de vista dinámico y la jerarquía de valores, con lo que se destierra en buena parte aquel peligro. La mencionada precaución nunca puede ser totalmente abandonada —si no se quiere producir una insoportable y progresiva paralización—, porque en nuestra materia son necesarios fuertes cambios, más todavía hoy: el más agitado tiempo que la Historia ha conocido.

ε/ Ha de preguntarse, dada la relevancia actual del complejo vital, si para aclarar tal situación es viable el anterior método jurídico-procesal de la relación en el proceso demandante-demandado, prescindiendo de un tercero. No debemos investigar si aparece indicado aquí un cambio total en el procedimiento judicial; por ejemplo, admitiendo pretensión de resarcimiento de daños frente al Estado, frente al asegurador, y simultáneamente, frente al empresario en un mismo procedimiento. Son muy relevantes para ello los intereses de los necesitados de Derecho, pues sólo así pueden conseguirse rápidas decisiones, definitivas y no contradictorias entre sí.

### C. CONCLUSIONES GENERALES

Si el Derecho del trabajo se ha desarrollado en su autonomía, puede formularse la pregunta de si no pueden y deben otros sectores aceptar esa forma de aplicar el Derecho, en cuanto que la subsunción (con aclaración del precepto según su finalidad) se ha hecho también problemática allí. Basta pensar en el Derecho penal, que aparece, en el fondo, penetrado por la finalidad de la pena y por la doctrina de su adecuación, o en la realidad del —cada vez más frecuente— reparto de nuevos sectores del Derecho a los Tribunales para decidir por medio de la jurisdicción voluntaria, de la cual se opina que otorga al juez más puntos de vista a tener en cuenta que el actual proceso civil.

Si se anhela un Derecho que corresponda con mayor efectividad a la época presente, dejando de ser producto de los vaivenes de la política, compuesta de los diarios acontecimientos y momentáneos esfuerzos, no puede lograrse por la alteración de uno u otro parágrafo o por la sustitución de una ley por otra parecida. Debe ser considerado, pues, si nuestro orden jurídico necesita una total modificación (59). Sería deseable que el Derecho del

---

(59) Cfr. los argumentos de principio esgrimidos por COING, *Festschrift für Dölle*, tomo I, Tubinga, 1963, ante todo las págs. 38 y sigs.

trabajo en su actual autonomía, constituyera la preparación de una verdadera reforma del pensamiento jurídico. Ello requiere, en primer término, que éste experimente aquella codificación tan necesitada desde antaño y que nadie se acobarde ante la idea de llevarla a cabo; sólo entonces se puede considerar como punto seguro de salida para posteriores modificaciones. Se dice que el tiempo no está maduro, se afirma que se llegará, en un plazo razonable, a una paralización del desarrollo, sobre todo en lo espiritual. Sin embargo, nada habla en su favor. No se puede, en definitiva, a causa de un fantasma —que no se realizará—, aplazar una apremiante necesidad.

LUDWIG SCHNORR VON CAROLSFELD