

HUELGA ILICITA Y DESPIDO EN EL DERECHO DEL TRABAJO ALEMAN (*)

SUMARIO:

- I. *Introducción*: 1. El Derecho alemán de los conflictos colectivos como «Derecho judicial». 2. La problemática jurídica de las contiendas laborales en la República Federal Alemana. 3. Las sentencias decisivas del BAG sobre huelga ilícita y despido. 4. Plan del trabajo.—II. *Casística de huelgas lícitas y huelgas ilícitas*: 5. La huelga sindical para presionar en la negociación colectiva. 6. La jurisprudencia del BAG sobre la huelga salvaje. 7. La crítica doctrinal a la jurisprudencia del BAG sobre la huelga salvaje. 8. La ampliación jurisprudencial del concepto de huelga salvaje. 9. Huelga y *exceptio non adimpleti contractus*. 10. Huelga y denuncia colectiva novatoria de los trabajadores. 11. La huelga política. 12. La huelga de simpatía. 13. El paro de solidaridad. 14. Las huelgas de funcionarios y trabajadores en servicios públicos.—III. *La función de la huelga en el sistema alemán de relaciones laborales*: 15. La jurisprudencia del BAG y el principio de «adecuación social». 16. La huelga como garantía conexas de la autonomía colectiva. 17. Hacia una configuración del derecho de huelga. 18. El Acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971 y el principio de proporcionalidad.—IV. *Participación en huelga ilícita y facultad de despido*: 19. Huelga y contrato de trabajo: el principio de «enjuiciamiento unitario». 20. El planteamiento clásico de la huelga ilícita como causa de despido. 21. La versión moderna de la facultad de despido por participación en huelga ilícita. 22. La jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato en el despido por huelga. 23. El principio de igualdad de trato y la facultad de despido por huelga en la doctrina. 24. El «despido ejemplar» o «de escarmiento» en caso de huelga ilícita.

ABREVIATURAS. — AP (*Arbeitsrechtliche Praxis*), ArbuR (*Arbeits und Recht*), BAG (*Bundesarbeitsgericht*, Tribunal Federal de Trabajo), BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código civil alemán), BVG (*Bundesverfassungsgericht*, Tribunal de garantías constitucionales), GG (*Grundgesetz*, Constitución), JurA (*Juristische Analysen*), JZ (*Juristen-Zeitung*), LAG (*Landesarbeitsgericht*), RdA (*Recht der Arbeit*), SAE (*Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*).

(*) Este trabajo ha sido preparado en la Universidad de Tubinga, durante los meses de septiembre y octubre de 1972, gracias a una invitación del D. A. A. D. He de agradecer al Instituto de Derecho Social y del Trabajo de dicha Universidad, y a su director, el profesor doctor W. Zöllner, las facilidades concedidas. Las orientaciones sobre el Derecho alemán de las contiendas laborales de los profesores W. Däubler y H. Seiter, amistosamente dispensadas, me han sido de gran utilidad; a ellos, también, especialmente, mi gratitud.

I

INTRODUCCIÓN

I. *El Derecho alemán de los conflictos colectivos como "Derecho judicial"*

No existe en la República Federal Alemana legislación ordinaria sobre contiendas laborales. Sólo en muy contados preceptos encontramos alusiones incidentales al tema (1), carentes de la concreción necesaria para la solución de la variada casuística de la materia. Ante esta inmensa laguna legal los Tribunales se han visto obligados a elaborar criterios normativos partiendo directamente de los principios constitucionales. Como se ha dicho gráficamente, la inercia parlamentaria ha transformado a los órganos judiciales en «legisladores forzosos» (2).

La presentación del Derecho alemán de los conflictos colectivos como «Derecho judicial» ha de ser completada con dos indicaciones adicionales. La primera es la mayor permeabilidad de la jurisprudencia alemana, en comparación con la de los países latinos, a los planteamientos y debates de la doctrina científica. Síntomas claros de este fenómeno son el estilo ensayístico de las sentencias, con abundancia de citas doctrinales y una construcción gramatical muy flexible (3); y, muy conectado con lo anterior, la concepción de la doctrina de su propia misión, exclusivamente como tarea de facilitación e influencia en la labor de los Tribunales (4). Hablar, por tanto, en este contexto, de un derecho de formación jurisprudencial equivale, en la medida en que éste está decisivamente influido por trabajos doctrinales, a hablar de un «derecho de juristas» (5). Ahora bien, es necesario señalar, ya desde este momento, que los Tribunales alemanes de Trabajo no han pecado precisa-

(1) Cfr. A. SÖLLNER: *Arbeitsrecht*, Stuttgart, 1971, pág. 68.

(2) W. REUSS: «Das neue Arbeitskämpfrecht», en *ArbuR*, 1971, pág. 353.

(3) En contraste con el estilo forzado de las sentencias españolas, provocado, en gran medida, por la vinculación a los gerundios «resultando» y «considerando». Ver sobre este punto L. DÍEZ-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, página 33.

(4) Una orientación diferente, por ejemplo, en la doctrina italiana. Cfr. G. GIUGNI: «Il diritto sindacale e i suoi interlocutori», en el *reader* de MANCINI-ROMAGNOLI: *Il diritto sindacale*, Bolonia, 1971, págs. 469 y sigs.

(5) No puede extrañarnos que esta expresión tenga una amplia circulación en Alemania desde M. WEBER: *Economía y Sociedad* (traducción castellana en el F. C. E., Méjico, 1964).

mente de «eclecticismo doctrinal». La influencia de la doctrina ha sido, ciertamente, muy grande. Pero sólo la influencia de una determinada corriente de opinión; o más exactamente, sólo la influencia de una determinada figura doctrinal: H. K. Nipperdey (6).

La segunda indicación que conviene hacer es que, en materia laboral, la jurisprudencia alemana ha utilizado en sus construcciones una sofisticada combinación de criterios de interpretación dogmáticos y teleológicos. Estos últimos han sido empleados, principalmente, como instrumentos de limitación de la libertad de huelga en el planteamiento general de las relaciones entre contiendas laborales y ordenamiento jurídico. Los criterios dogmáticos, en cambio, son utilizados con preferencia a los demás; en todo el desarrollo argumental posterior, especialmente en la determinación de los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo, y en el tema de la incidencia del *lock-out* sobre las relaciones laborales de los trabajadores afectados. De ahí que la doctrina acuse a la jurisprudencia, unas veces de excesiva desenvoltura para atender al resultado práctico de la interpretación, y otras, de abstracción y conceptualismo (7). Tendremos repetidas ocasiones de comprobar las afirmaciones anteriores a lo largo de este trabajo.

2. La problemática jurídica de las contiendas laborales en la República Federal Alemana

La problemática jurídica de las contiendas laborales en la República Federal Alemana gira en torno a cinco cuestiones principales: 1) La distinción entre huelgas lícitas e ilícitas. 2) La repercusión de las huelgas ilícitas sobre las relaciones de trabajo de los participantes en las mismas. 3) La articulación del derecho de huelga con el deber de paz derivado de los convenios colectivos. 4) El cierre patronal y su incidencia sobre las relaciones laborales de los trabajadores afectados; y 5) La responsabilidad por daños y perjuicios en el caso de huelga ilícita. En este trabajo nos vamos a ocupar únicamente de las dos primeras cuestiones.

La distinción del Derecho alemán entre huelgas lícitas e ilícitas no tiene equivalente en el Derecho positivo español, en el que, como es sabido, todas las

(6) Sobre este punto, especialmente, TH. RAMM: «Das Recht des Arbeitskampfes nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht», en *JZ*, 1961, págs. 273-279.

(7) Sobre la inclinación de la jurisprudencia laboral a la interpretación teleológica, F. J. SACKER: «Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1969. Ein kritischer Überblick», en *JurA*, febrero 1970, pág. 167. Las objeciones a los criterios jurisprudenciales, *infra*, texto, *passim*.

huelgas, en principio, son ilícitas. Sin embargo, presenta mucho interés como punto de referencia, teniendo en cuenta que, sin olvidar otras divergencias fundamentales (8), el ordenamiento alemán y el ordenamiento español coinciden en una valoración negativa de la huelga como situación «indeseable» de las relaciones laborales, que hay que hacer todo lo posible por evitar (9). La repercusión, en la República Federal Alemana, de las huelgas ilícitas sobre las relaciones de trabajo de los huelguistas es, en cambio, de cara a la situación española, un tema de interés teórico y práctico a la vez. En efecto, es en el Derecho positivo español el enfoque preferente de la huelga y, por tanto, la cuestión sobre la que más ha de reflexionar nuestra jurisprudencia. La comparación aquí, en la medida en que sus términos son suficientemente homogéneos, puede servir no sólo como *contraste* para la construcción doctrinal de modelos normativos, sino también, y principalmente, como *elemento de juicio* para las decisiones de los Tribunales.

3. Las sentencias decisivas del BAG sobre huelga ilícita y despido

La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo (BAG) sobre los temas que nos van a ocupar no es muy abundante. En parte, seguramente, por las escasas dimensiones de los movimientos huelguísticos en la Alemania Federal (10); y en parte, también, porque el planteamiento contencioso de los conflictos colectivos laborales no suele ser el camino habitual por el que discurren las estrategias sindicales o las políticas de personal de los contendientes. No obstante, al cabo de más de veinte años, puede decirse que los principales problemas jurídicos sobre huelgas lícitas e ilícitas, y sobre incidencia de estas últimas en el contrato de trabajo, han sido abordados por el BAG. Las decisiones de mayor importancia doctrinal pueden reducirse a las siguientes: 1) El acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955; 2) La sentencia

(8) Hay que recordar, en este sentido, el reconocimiento en la R. F. A. de la libertad sindical, y el especial énfasis que se hace en este ordenamiento de la separación completa entre asociaciones profesionales de empresarios y trabajadores. En el Derecho positivo español rigen, como se sabe, los principios contrarios.

(9) El Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 28 de enero de 1955, dice que las contiendas laborales «son, en general, indeseables». La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1967 habla de la huelga como «choque de fuerzas y no de razones», y como «fenómeno no deseable ni deseado».

(10) Ver, entre otros, R. GOETZ-GIREY: *Les mouvements des grèves en France*, París, 1963, pág. 87, y A. SÖLLNER: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 67 y bibliografía allí citada.

del BAG de 20 de diciembre de 1963, sobre huelga salvaje. 3) La sentencia del BAG de 28 de abril de 1966 sobre la denuncia colectiva novatoria de los trabajadores. 4) La sentencia de 21 de octubre de 1969, sobre huelga salvaje, paro de solidaridad y «despido ejemplar» o «de escarmiento». 5) El acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971, sobre los efectos del *lock-out* y los límites de las contiendas laborales (11).

Entre estos pronunciamientos destaca por su amplitud temática el acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955. Todas las decisiones posteriores le consideran como punto de partida, y, en última instancia, pueden ser analizadas como especificaciones, desarrollos o reformas parciales de sus afirmaciones y argumentos (12). A su vez, algunos antecedentes inmediatos de este acuerdo se encuentran en las sentencias de los Tribunales de Trabajo de los *Länder* (LAG), que recayeron en los litigios de la «huelga de periódicos» de 1952 (13). Necesitaremos, por tanto, referirnos a estas últimas en más de una ocasión.

4. Plan del trabajo

La distinción entre huelgas lícitas e ilícitas en el Derecho alemán del trabajo puede hacerse con arreglo a dos esquemas de exposición. Según el primero de ellos habría que partir de los principios inspiradores de las soluciones normativas de los Tribunales («liberalismo colectivo», «adecuación social», «proporcionalidad», «conexión institucional de la contienda laboral a la contratación colectiva», «neutralidad del Estado») para llegar después a la casuística de la licitud o ilicitud de formas típicas de huelga. En el segundo esquema de exposición se recorre el mismo camino, pero en sentido inverso; primero se analiza la casuística de la huelga, y después se da cuenta de los principios que pueden ofrecer una visión sistemática general. Habida cuenta de la crítica cada vez más generalizada a que se ve sometido el principio de «adecuación social» —verdadera clave de bóveda de la construcción vigente— parece más aconsejable el segundo esquema de exposición que el primero.

En cuanto a la repercusión de la huelga ilícita sobre los contratos de tra-

(11) Otras decisiones menores son las sentencias BAG de 5 de septiembre de 1955 sobre el concepto de huelga salvaje, de 24 de noviembre de 1959, sobre la huelga de simpatía, y de 22 de abril de 1969, sobre trabajos de emergencia durante la huelga.

(12) Sobre este Acuerdo, una crítica extensa en TH. RAMM: *Das Recht des Arbeitskampfes...*, cit.

(13) Cfr. X. RAJEWSKI: *Arbeitskampfrecht*, Frankfurt, 1970, págs. 77 y sigs.

bajo de los huelguistas, lo más conveniente es contemplar en primer lugar la participación en la huelga ilícita como causa de despido, señalar a continuación los supuestos en que una huelga ilícita no es justa causa de despido, y analizar, por último, el juego del principio de igualdad de trato como posible límite a la facultad de despedir por causa de huelga ilícita.

En todo caso, a la vista de la estrecha interdependencia que caracteriza el estilo y el *modus operandi* de la jurisprudencia y la doctrina alemanas, el tratamiento que vamos a hacer de cada uno de los temas consistirá, en gran medida, en la presentación de la doctrina y los argumentos del BAG contrastados con la crítica y, en su caso, la argumentación contraria de las distintas corrientes doctrinales.

II

CASUÍSTICA DE HUELGAS LÍCITAS Y HUELGAS ILÍCITAS

5. *La huelga sindical para presionar en la negociación colectiva*

La licitud de la huelga sindical para presionar en una negociación colectiva no ofrece dudas en el estado actual de la jurisprudencia y la doctrina alemanas. Es este, precisamente, uno de los puntos centrales del Acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955, ampliamente afirmado y argumentado a lo largo del mismo: «Las contiendas laborales... en el ordenamiento liberal y social de la República Federal Alemana están permitidas dentro de determinados límites» (I.3); «La huelga acordada y llevada a cabo por un sindicato... en relación con las condiciones de trabajo, no justifica jurídicamente el despido de uno o varios trabajadores por causa de incumplimiento de contrato» (I.7). Este criterio no ha sufrido variación a lo largo de los años; así, en el Acuerdo del Gran Senado de 21 de abril de 1971 puede leerse también: «Las contiendas laborales, en nuestro sistema de libre contratación colectiva deben ser posibles para poder solventar y saldar en última instancia conflictos de intereses sobre condiciones de trabajo salariales y extrasalariales» (III.A.1).

Por su parte, la doctrina científica no ha dudado en considerar a la huelga sindical para la consecución de mejores condiciones salariales y laborales como una de las instituciones básicas del Derecho del trabajo. En este punto puede decirse que ni siquiera existe ya debate doctrinal. Desde las posiciones más conservadoras hasta las más avanzadas, al menos dentro de las corrientes de opinión que cuentan, todos los autores aceptan sin discusión la validez de este

criterio jurisprudencial. El apoyo constitucional de esta doctrina se encuentra, en la gran mayoría de los casos, en el artículo 9.3 de la GG que garantiza a los trabajadores de todas las profesiones el derecho de coalición para reivindicar y hacer valer condiciones salariales y laborales, y que declara nulos los actos que impidan o limiten el ejercicio de este derecho e ilícitas las medidas dirigidas contra él.

Esta declaración de la licitud de la huelga para presionar en la negociación de un convenio colectivo va acompañada, además, de otro criterio normativo: la innecesidad del preaviso de denuncia del contrato de trabajo por parte de los huelguistas. Este punto, también firmemente establecido, es defendido por el BAG en base a dos argumentos: 1) Que la voluntad de los participantes en la huelga no es, salvo casos excepcionales, la extinción del contrato de trabajo, sino sólo la suspensión temporal del mismo; y 2) Que la exigencia del preaviso de denuncia puede ser incompatible con el paro simultáneo en que la huelga consiste, puesto que los plazos de aquél son distintos para los diferentes grupos profesionales de trabajadores (Acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955, I.6). La propia jurisprudencia ha manifestado en otra ocasión que ésta es la disparidad fundamental en el tratamiento jurídico de la huelga entre los años de la República de Weimar y la situación vigente (Acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971, II.B.1).

6. *La jurisprudencia del BAG sobre la huelga salvaje*

Posiblemente la cuestión más debatida del Derecho alemán de los conflictos colectivos es, hoy, la de la huelga salvaje. El tema fue ya abordado con amplitud en una sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963. Pero la polarización doctrinal en torno al mismo sólo ha adquirido grandes proporciones a raíz de la ola de huelgas salvajes de septiembre de 1969, coincidente en el tiempo, con muy escasas variaciones, con la generalización del fenómeno en otros países europeos (14). Justo por estas fechas aparece una nueva sentencia del BAG sobre la materia (sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969), que daría lugar a un verdadero aluvión de comentarios.

El BAG, en la sentencia de 20 de diciembre de 1963, parte de una formulación muy simple del concepto de «huelga salvaje»: aquélla que no

(14) Sobre el tema existe un número monográfico de Derecho comparado en la *RdA*, 1970. Para la literatura jurídica en castellano, A. OJEDA: «En torno a las huelgas salvajes y su impacto en el derecho colectivo del trabajo», en *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia*, núm. 3, págs. 81-90.

na sido organizada ni posteriormente asumida por un Sindicato (b.II.1); y sienta la doctrina general de que la huelga salvaje es ilícita (b.II.3). Tanto la definición como la valoración venían ya, en buena medida, preparadas por pronunciamientos jurisprudenciales anteriores. Así, el Acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955, en todos los pasajes en que se pronuncia por la legitimidad de la huelga, se había cuidado de referirse a la huelga sindical. De la misma manera, una sentencia del BAG de 5 de septiembre de 1955, de menor entidad doctrinal que las anteriores, había declarado que «una huelga socialmente adecuada, iniciada sin proclamación sindical, se convierte en una huelga legítima, en el sentido del Acuerdo del Gran Senado de 28 de enero de 1955, si el Sindicato la aprueba y decide continuarla». No existe prácticamente discusión doctrinal sobre la formulación jurisprudencial de este concepto (15); sí, en cambio, y muy intensa, en relación con las ampliaciones casuísticas del mismo realizadas por el BAG. En cuanto a la valoración jurídica de la huelga salvaje, la posición y los argumentos de la jurisprudencia distan mucho, también, de haber convencido a amplios sectores doctrinales. Analizaremos a continuación estos dos temas empezando por el último (16).

El BAG, siguiendo muy de cerca a Nipperdey (17), ha apoyado la ilicitud de la huelga salvaje en los siguientes argumentos:

a) La huelga es una institución conexas a la contratación colectiva que, en consecuencia, sólo puede ser legítimamente utilizada por los sujetos dotados de capacidad convencional; de esta capacidad carecen los trabajadores individuales y las agrupaciones ocasionales de los mismos (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.II.3, a) y d).

b) El reconocimiento del derecho de huelga en algunas constituciones de los *Länder* hace referencia siempre, salvo en el caso de Berlín, a la huelga sindical. Así, en la Constitución de Bremen

(15) Cfr. TH. RAMM: *Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes*, Stuttgart, 1965, pág. 187, y M. LÖWISCH-J. HARTJE: «Der wilde Streik nach dem Recht der Bundesrepublik», en *RdA*, 1970, pág. 321.

(16) Otra crítica, de menor cuantía, que se hace al BAG en esta materia va dirigida a la propia terminología que utiliza. Mejor que hablar de huelga salvaje, que tiene una resonancia peyorativa y carece de precisión jurídica, sería hablar de huelga espontánea, o, como hace RAMM («Der nichtgewerkschaftliche Streik», en *ArbuR*, 1971, páginas 65 y sigs.), de huelga no-sindical.

(17) Ver, por ejemplo, el *Compendio de Derecho del Trabajo*, de A. HUECK y H. K. NIPPERDEY, Madrid, 1964, pág. 425.

(artículo 51.3), en la de Hessen (art. 29.4), en la de Rheinland-Pfalz (art. 66.2) y en la de Saarland (art. 56) (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.II.3, b).

c) «En general, las contiendas laborales son indeseables... por los perjuicios para la vida económica de la colectividad que llevan consigo..., lo que, por sí solo, constituiría una consideración decisiva contra el reconocimiento o la tolerancia de la huelga salvaje» (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.II.3.e). Este argumento teleológico, al que el propio Tribunal Federal de Trabajo otorga el rango principal, se perfila un poco más en el párrafo siguiente: «El medio de la huelga es un arma afilada. Ello impide confiar el derecho de huelga a personas o grupos en los que no exista garantía de ejercicio adecuado del mismo. Una tal garantía no se da en los trabajadores individuales, en los miembros del personal en su simple condición de tales y en los grupos no sindicales» (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.II.3.e). Más adelante, en la misma sentencia (B.III.2), se vuelve a insistir sobre el argumento con especial énfasis: «La huelga es uno de los más graves ataques a la vida económica».

Este criterio de la ilicitud de la huelga salvaje ha sido mantenido posteriormente en la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en la que el Tribunal utiliza como único apoyo de su decisión el precedente de la sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, sin detenerse en las críticas y comentarios doctrinales que esta última había suscitado (18). Por su parte, el Acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971 no aborda directamente la cuestión (ciertamente no tenía por qué hacerlo); pero parece

(18) Una censura de esta conducta judicial en la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en H. SEITER: *Zeitschrift für Arbeitsrech.*, 1970, pág. 356: «El Tribunal apoya solamente la ilegalidad de la huelga salvaje sobre jurisprudencia anterior sin debatir los argumentos contrarios, posición criticable en un tema tan candente y de solución tan insegura»; también en TH. RAMM: *Der nichtgewerkschaftliche Streik*, citada, págs. 66 y 68; RAMM indica, en primer lugar, que la cita escueta de la sentencia anterior, sin la más leve referencia a los comentarios críticos que la misma suscitó, constituye una «manifestación autoritaria de opinión»; y alega a continuación que el debate con la doctrina es necesario como revisión permanente de los propios criterios, y como estímulo a la discusión científica, razones reforzadas en un derecho judicial como es el derecho de las contiendas laborales. La existencia de este tipo de críticas es sintomático de la concepción del trabajo del jurista en la R. F. A. a la que nos referíamos al principio.

advertirse en su redacción el propósito de eludirla deliberadamente, al excluir en sus referencias a huelgas legítimas e ilegítimas las adjetivaciones «sindical», «no sindical», «salvaje» u otras similares.

7. *La crítica doctrinal a la jurisprudencia del BAG sobre la huelga salvaje*

La doctrina científica se encuentra claramente dividida en la valoración jurídica de la huelga salvaje, y, *a fortiori*, en la aceptación de los argumentos jurisprudenciales que fundamentan su ilicitud. Hasta tal punto es así que sería muy difícil en este momento indicar cuál es la «opinión dominante» al respecto (19). Vamos a reseñar a continuación las objeciones a la posición del BAG que tienen, a nuestro juicio, mayor peso.

Probablemente la construcción más coherente y completa en favor de la licitud de la huelga salvaje es, en la actualidad, la de Th Ramm. En una primera fase de sus investigaciones sobre el tema, Ramm se preocupa principalmente de invalidar los argumentos de la sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963. En un segundo momento, el centro de su atención pasa a ser la configuración jurídica del derecho de huelga como derecho del trabajador individual, que, por supuesto, ha de ser ejercitado colectivamente, pero no necesariamente por mediación del Sindicato. Por razones sistemáticas parece conveniente dejar este segundo momento para una fase posterior y centrarnos ahora únicamente en el primero.

Frente al argumento de que únicamente la capacidad convencional legítima del recurso a la huelga, Ramm alega (recogiendo una idea que se encontraba ya en la reseña doctrinal de la propia sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963) que ello supondría privar de todo instrumento de auto-defensa a los trabajadores de Empresas en que no existe un Sindicato organizado. Esta privación llevaría, a su vez, a una ruptura de la «igualdad de

(19) Una panorámica de la discusión doctrinal, en M. LÖWISCH y J. HARTJE: *Der wilde Streik...*, cit., págs. 323-325. Por cierto, los autores se muestran partidarios de la opinión jurisprudencial (pág. 324). Una reivindicación de que la doctrina dominante era favorable a la huelga salvaje, en TH. RAMM: «Der wilde Streik», en *ArbuR*, 1964, página 353; y lo sigue siendo: *Der nichtgewerkschaftliche Streik*, cit., pág. 68. Una indicación implícita en contrario, en A. SÖLLNER: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 74. La cuestión no es insignificante si se vuelve a recordar el peso de la doctrina en la formación de los criterios jurisprudenciales. Lo que habría que averiguar, y no parece fácil, es qué elementos han de entrar en juego para la ponderación de estas «encuestas de opinión».

armas» —principio fundamental en materia de contiendas laborales (Acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955, II.2)—, habida cuenta de que cualquier empresario individual, por el hecho de serlo, y sin mediación de una entidad sindical, puede utilizar legítimamente el arma colectiva del *lock-out* (20). En la misma línea considera Ramm que el BAG, si bien encaja correctamente la huelga en el derecho de coalición reconocido en el artículo 9.3 de la GG, elabora un concepto excesivamente restrictivo de esta última en el que sólo caben las asociaciones sindicales, y no, como debería ser a su juicio, las agrupaciones ocasionales de trabajadores (21). Es esta defectuosa definición de un concepto básico, en opinión del mismo autor, la causa de que la construcción jurisprudencial adolezca de un marcado formalismo que sólo permite ver negociación colectiva en el convenio colectivo solemne y no en la contratación informal (22), y que llega a «decir que la huelga salvaje es ilícita porque no persigue ningún fin en el plano del derecho colectivo», lo que constituye «pura y simplemente jurisprudencia de conceptos» (23).

La crítica del argumento de la jurisprudencia reseñado en tercer lugar («las contiendas laborales son indeseables» — «No existe garantía de ejercicio adecuado [de las mismas] ... en los trabajadores individuales... y en los grupos no sindicales» — Ello constituye «una consideración decisiva contra el reconocimiento o la tolerancia de la huelga salvaje») se apoya en la afirmación de que el silogismo del BAG desborda el margen de actuación que se concede al intérprete. En definitiva, el juez puede y debe limitar el ejercicio de la huelga en función de otros derechos y libertades reconocidos en el orden constitucional. Pero lo que no puede es sustituir, en un ámbito determinado de relaciones entre particulares, el principio fundamental en la regulación de la autonomía privada «lo que no está prohibido, está permitido», por su contrario, «lo que no está permitido, está prohibido» (24). En otros términos: no existe una censura constitucional expresa de la huelga salvaje, y la jurisprudencia sólo puede justificar su ilicitud en que aquélla atenta contra determinadas funciones indispensables del Estado y la sociedad, y no

(20) *Der wilde Streik*, cit., pág. 356.

(21) *Der wilde Streik*, cit., pág. 356, y *Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes*, Stuttgart, 1965, pág. 187 y sigs. El mismo concepto amplio de coalición en B. WELLER: «Massenänderungskündigung und Kampfparität», en *ArbuR*, 1967, pág. 80. Dicho sea de paso, en los países latinos, como es sabido, el término «coalición» se entiende, por influjo de los Códigos penales del XIX, en esta acepción amplia.

(22) *Der wilde Streik*, cit., pág. 357 (citando a BYDLINSKI).

(23) *Ibid.*, nota anterior.

(24) *Ibid.*, nota anterior, pág. 356.

en un juicio más o menos consistente sobre las repercusiones nefastas de la huelga en la vida económica.

Desde otra perspectiva doctrinal, la posición del BAG ha sido criticada recientemente por F. J. Säcker. El punto de partida del discurso es aquí que la Constitución no protege, pero tampoco prohíbe las huelgas salvajes; no las protege porque el derecho de huelga tiene una conexión instrumental con la contratación colectiva, y sólo tiene capacidad convencional las organizaciones permanentes de trabajadores («coalición» es sinónimo de «asociación»); pero tampoco las prohíbe, con lo que se hace precisa la intervención del legislador ordinario (y no del juez) para condicionarlas o proscribirlas (25). Sobre esta base entiende Säcker que infringe el artículo 3.º de la GG (que establece la igualdad de los ciudadanos ante la ley) privar a los trabajadores en momentos de alta coyuntura y de escasez de mano de obra del arma de la huelga salvaje, y permitir a los empresarios en tiempos de crisis la posibilidad de un despido colectivo (26). Sólo tendría sentido esta proscripción de la huelga salvaje si se ampliase el poder de negociación colectiva, posibilitando, mediante cláusulas de reenvío, los convenios colectivos a nivel de firma (27). En el mismo orden de ideas, aunque desde otro punto de partida, la posición del BAG ha sido criticada por B. Weller, que señala como título de legitimación de la huelga salvaje, el de ser un medio de autodefensa de los trabajadores para la mejora de condiciones de trabajo en el ámbito de materias no pactadas colectivamente (28).

Se observará que la crítica de los autores a la doctrina del BAG no se detiene en el razonamiento apoyado en la formulación textual de las constituciones de algunos *Länder*. Quizá la razón de este silencio se encuentre en que el propio BAG había puesto con anterioridad en tela de juicio la vigencia de dichos preceptos en el marco de las relaciones jurídico-privadas (Acuerdo del Gran Senado de 28 de enero de 1955, I.2). En todo caso, el argumento, en el contexto de la sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963 tiene claramente un valor de *obiter dicta* y no de *ratio decidendi* (29).

(25) «Gewerkschaften und wilder Streik», en *Der Betriebsberater*, agosto 1971, página 963.

(26) *Ibid.*, nota anterior, pág. 966.

(27) *Ibid.*, nota anterior, pág. 967.

(28) *Massenänderungskündigung...*, cit., pág. 80.

(29) Sobre la huelga en las Constituciones de los *Länder* ver, por todos, W. DAUBLER: *Der Streik im öffentlichen Dienst*, Tubinga, 1971, págs. 13 y sigs., y 90 y siguientes.

8. *La ampliación jurisprudencial del concepto de huelga salvaje*

El BAG partía en la sentencia de 20 de diciembre de 1963, como ya señalábamos, de un concepto de huelga salvaje como aquélla que no ha sido organizada ni posteriormente asumida por un Sindicato. Esta formulación no ha sido discutida en sede doctrinal. Sí, en cambio, han dado lugar a un extenso debate dos ampliaciones casuísticas del concepto a supuestos de paros de trabajadores que se encontraban en la zona fronteriza entre el derecho individual y el derecho colectivo. Estas inclusiones concretas se contienen en la propia sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, y en una decisión posterior del mismo organismo jurisdiccional de 28 de abril de 1966 (30).

En la sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963 se reconoce, de acuerdo con la teoría general de los contratos, un derecho de cada trabajador individual a suspender su propia prestación de servicios cuando el empresario ha incumplido, por su parte, sus obligaciones contractuales. Esta *exceptio non adimpleti contractus* puede ejercitarse, además, de una manera colectiva y concertada, sin que por ello nos encontremos, a pesar de la identidad aparente de los fenómenos, ante una huelga en el sentido jurídico de la expresión (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.I.1). Pero para que este paro colectivo valga como *exceptio non adimpleti contractus*, el BAG exige la concurrencia de dos requisitos: 1) Que se lleve a cabo con total separación de un movimiento de huelga; y 2) Que el trabajador notifique al empresario en forma clara que está haciendo uso de tal derecho, y no acudiendo al medio de defensa colectivo que es la huelga. En el supuesto de que no se dé cualquiera de estas circunstancias, el BAG entiende que nos encontramos ante una huelga, y si la misma se ha desencadenado sin intervención de un Sindicato (caso de autos), ante una huelga salvaje. Los argumentos fundamentales para la defensa de esta tesis, son: 1) «El paro de un conjunto de trabajadores ha de ser enjuiciado unitariamente... El acontecimiento, en su integridad, aparece en el supuesto de hecho como huelga..., porque un grupo de los participantes en el paro ni quisieron ni podían hacer uso de una *exceptio non adimpleti contractus*» (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963, B.I.2). 2) El ejercicio de este derecho de suspensión de la propia prestación es distinto, en cuanto a fines y efectos, de la utilización de medidas de lucha laboral, y es

(30) No han faltado, además, intentos doctrinales de ampliación: requisito de cualidad supraempresarial de las partes con capacidad convencional; exigencia de un cierto volumen de efectivos en la «coalición» (Cfr. BAG, AP, núm. 25, art. 2.º TVG). Sobre estos temas una crítica contundente en F. J. SACKER: *Gewerkschaften...*, cit., página 963.

«de especial importancia que quienes van a hacer uso de él lo pongan en conocimiento del empresario en forma indubitada» (sentencia del BAG de 20 de diciembre de 1963. B.I.3.c.).

En la sentencia del BAG de 28 de abril de 1966 se trataba de un preaviso de dimisión colectiva comunicado a la Empresa por un grupo de trabajadores para conseguir una elevación de las tarifas de los destajos (31). La Empresa no accedió a la petición. Varios trabajadores llevaron a cabo la extinción del contrato de trabajo. Otros, en cambio, se volvieron atrás y decidieron continuar en las condiciones anteriores. La Empresa despidió a uno de estos últimos que se había destacado en la preparación de la acción colectiva. El despedido alegó que la denuncia había decaído por acuerdo posterior de ambas partes. A pesar de ello el BAG considera justificado el despido por infracción del deber de fidelidad. La línea argumental puede reducirse, en suma, a las dos afirmaciones siguientes: «Tal dimisión colectiva organizada con finalidad novatoria ha de ser considerada como una contienda laboral» (sentencia del BAG de 28 de abril de 1966, 5), y no como un comportamiento analizable a nivel de derecho individual de trabajo, y únicamente están legitimados para tales contiendas los sujetos con capacidad convencional (*Ibid.*, 4). En consecuencia, la participación en este tipo de acciones ha de ser enjuiciada de la misma manera que la participación en una huelga salvaje.

9. Huelga y "exceptio non adimpleti contractus"

La distinción del BAG entre huelga y paro *non adimpleti contractus* ha encontrado eco en la mayoría de los autores (32). La razón está expuesta muy claramente en Nipperdey-Säcker cuando dicen que este instrumento de defensa de intereses contractuales es perfectamente utilizable en Derecho del trabajo, porque «el ordenamiento no ha creado el instituto de las contiendas laborales para la satisfacción de derechos subjetivos existentes, sino para la

(31) Literalmente el escrito de preaviso decía así: «Yo denuncio con este escrito mi relación de trabajo con el plazo de preaviso de tres días establecido convencionalmente, para el miércoles 8 de julio de 1964. Esta denuncia tiene carácter novatorio. Deseo continuar la relación de trabajo tras la llegada del día señalado, pero sólo con un salario por tiempo, o en condiciones de destajo diferentes que atiendan debidamente a una elevación del salario-hora y a un acortamiento del tiempo de trabajo».

(32) Contra la distinción, TH. RAMM: *Der wilde Streik*, cit., págs. 359-60, y B. WELLER: *Massenänderungskündigung...*, cit., págs. 77-78.

consecución de mejores condiciones salariales y laborales» (33). Pero, en cambio, los requisitos introducidos por la jurisprudencia para el ejercicio colectivo de este derecho, sí han suscitado una reacción crítica muy enérgica. El principal representante de esta corriente doctrinal es, probablemente, B. Rùthers.

Rùthers parte, en realidad, de la misma base que el BAG: la *exceptio non adimpleti contractus* y la contienda laboral son instituciones distintas que hay que mantener separadas en su apreciación jurídica. Cabe utilizar la primera, colectivamente, como *medio de defensa* o *conservación* del orden vigente del contrato de trabajo; la segunda, en cambio, es un *medio típico de ataque* al mismo, que tiene como objetivo su *transformación* (34). Nos encontramos, pues, ante conductas similares que han de ser tratadas desde distintos sectores del ordenamiento: la primera, desde el derecho de los contratos; la segunda, desde el derecho colectivo del trabajo. La acusación de Rùthers estriba precisamente en que el BAG no ha sabido, o no ha querido, llevar este planteamiento hasta sus últimas consecuencias. En efecto, indica este autor, resulta insostenible, a partir de la dogmática del BGB, que una conducta pueda ser ilícita, sólo porque simultáneamente se han producido otras conductas ilícitas (contra el argumento de la coincidencia como una huelga «contaminada» a la *exceptio non adimpleti contractus*). De la misma manera, el ejercicio de ésta, según el artículo 273 del BAG, no está sujeto a especiales requisitos de forma, y faltan razones para su exigencia en el contrato de trabajo, tanto más cuanto que esta carga de formalización se pediría a no-profesionales en Derecho, poco habituados a discernir elaboraciones jurídicas de una cierta complejidad (35).

Otro punto de este tema que, recientemente, ha dado lugar a discusión es la identificación de las obligaciones contractuales del empresario cuyo incumplimiento puede justificar el derecho de suspensión de la prestación de servicios, el BAG señalaba en la sentencia de 20 de diciembre de 1963 a la obligación salarial y al deber de protección (B.I.1), y excluía expresamente reproches generales como «mal clima en la Empresa», «gerencia antisocial», «conducta insincera» (*schikanöses Verhalten*) (B.I.2). Pero el problema se ha planteado, al hilo de la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en relación con las obligaciones del empresario referentes a la participación y representación del personal en la Empresa: ¿Es huelga o *exceptio non adimpleti contractus* el paro colectivo de los trabajadores motivado por una infracción

(33) En *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, de A. HUECK-H. K. NIPPERDEY, II, 2, 1970, 7.ª edic., pág. 881.

(34) «Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmassstaben im Arbeitskampfrecht», en *ArbuR*, 1967, pág. 136.

(35) B. RÜTHERS: *Ibid.*, nota anterior, pág. 137.

de las normas de garantía de los representantes del personal? ¿Constituye esta infracción un incumplimiento de obligaciones contractuales, y, en caso afirmativo, un incumplimiento que presta base suficiente para legitimar un derecho de suspensión de la propia prestación por parte de cada uno de los trabajadores?

La sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969 (sin duda, la más pobre, doctrinalmente, de las que estamos estudiando; en contraste con la enorme riqueza problemática del supuesto de hecho) ni siquiera se planteaba el problema. La doctrina, en cambio, sí lo ha advertido, llegando en su solución a conclusiones divergentes. Por un lado, se ha dicho que el despido sin preaviso del presidente del Consejo de Empresa, que luego sería declarado injustificado por el Tribunal correspondiente (esta fue la causa del paro en el caso de autos,) suponía una modificación unilateral de condiciones laborales en perjuicio del trabajador, que justificaba el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* (36). En contra de esta opinión, se alega que la institución del Consejo de Empresa sólo indirectamente ha sido establecida en favor del trabajador individual, y que, por tanto, su normativa no accede al contenido del contrato de trabajo, como ocurre, por ejemplo, con las normas de protección o de condiciones mínimas (37). Muy probablemente el tema habrá de ser objeto de ulteriores aportaciones.

10. Huelga y denuncia colectiva novatoria de los trabajadores

Si la doctrina del BAG sobre el derecho de suspensión de la prestación de trabajo ha suscitado, en líneas generales, adhesiones de principio, y críticas en aspectos particulares, su concepción de la dimisión colectiva con finalidad novatoria ha originado una reacción general netamente desfavorable. Los reproches de los distintos autores que se han ocupado de la materia suelen ser variaciones sobre dos temas centrales: 1) El BAG ha utilizado únicamente en la elaboración de este criterio cánones de interpretación teleológica, en perjuicio de otros instrumentos hermenéuticos, para obtener resultados acordes con su actitud particularmente recelosa ante la acción colectiva de los trabajadores; y 2) El BAG ha dado lugar con esta sentencia de 28 de abril de 1966 a un tratamiento discriminatorio de empresarios y trabajadores, que atenta contra el principio de igualdad o paridad en las relaciones laborales.

(36) F. J. SACKER: *Die Rechtsprechung...*, cit., pág. 169; como vía posible de interpretación B. RÜTHERS, comentario a la sentencia BAG de 21 de octubre de 1969, en AP zu art. 9.º GG, *Arbeitskampf*, núm. 41.

(37) H. SEITER: *Die Entwicklung...*, 1970, pág. 357.

La primera de estas críticas se reduce, en último análisis, a considerar que la jurisprudencia del BAG va, en este punto, contra el principio de legalidad. Así se ha podido decir que «la concepción colectiva de la huelga y el *lock-out* pierde toda su fuerza de convicción si sólo puede ser comprada al precio de una tacha judicial de ilicitud para dimitisiones legalmente lícitas» (38). La objeción segunda requiere un desarrollo un poco más largo. Como antecedente de la misma hay que tener en cuenta que el BAG había declarado con anterioridad la licitud de la denuncia novatoria del contrato de trabajo por parte del empresario, analizándola en el terreno del derecho individual del trabajo y no en el terreno del derecho colectivo (Acuerdo del Gran Senado de 28 de enero de 1955, II.3 *in fine*) (39). El principio de trato igual exigía entonces, o bien aceptar la licitud de la denuncia novatoria colectiva de los trabajadores, reconociéndola como una vía adicional de presión analizable desde la dogmática del contrato de trabajo, o bien reformar la doctrina anterior declarando la ilicitud de la denuncia colectiva empresarial con idéntica finalidad novatoria. El BAG no acepta ninguna de estas dos opciones, y de ahí el reproche doctrinal de inconsecuencia (40). Ahora bien, si existe una notable coincidencia de los autores en esta crítica, no es menos cierto que las discrepancias se reproducen a la hora de señalar cuál de las dos vías abiertas es preferible. Unos eligen la primera: si el empresario tiene un derecho de denuncia novatoria en caso de crisis o mala coyuntura, el trabajador debe disponer el mismo derecho para los momentos de alta coyuntura (41). Otros, en cambio, optan por la segunda, bien por entender que es la más favorable a la paz laboral (42), bien por negar la diferencia entre *lock-out* ofensivo y denuncia novatoria empresarial, por un lado, y huelga y preaviso de dimisión con finalidad novatoria, por otro (43).

(38) MAYER-MALY en comentario a la sentencia de 28 de abril de 1966, AP, artículo 9.º GG, *Arbeitskampf*, núm. 41, y M. LÖWISCH-J. HARTJE: *Der wilde Streik...*, citada, pág. 327.

(39) B. RÜTHERS: *Die Spannung...*, cit., pág. 135.

(40) Sobre este punto, B. RÜTHERS: *Ibid.*, nota anterior, págs. 135-36; B. WELLER: *Massenänderungskündigung...*, cit., pág. 75; M. LÖWISCH-J. HARTJE: *Der wilde Streik...*, citada, pág. 327.

(41) F. J. SACKER: *Gewerkschaften...*, cit., pág. 964.

(42) B. RÜTHERS: *Die Spannung...*, cit., pág. 136, y, del mismo autor, comentario a la sentencia de 28 de abril de 1966, en SAE, 1967, págs. 47 y sigs.

(43) B. WELLER: *Massenänderungskündigung...*, cit., págs. 77-78.

II. La huelga política

El tema de la huelga política ha sido, en el Derecho alemán del trabajo posterior a la segunda guerra mundial, el primero que dio lugar a un debate nacional sobre los límites del derecho de huelga. El motivo fue la llamada «huelga de los periódicos», organizada por el *I. G. Druck und Papier* a finales de mayo de 1952. El paro se insertaba en un amplio movimiento de protestas y presiones sindicales encaminadas a impedir la promulgación de un proyecto de ley sobre constitución de la Empresa que no respondía a las aspiraciones sindicales (el proyecto se convertiría en la *Betriebverfassungsgesetz* de julio de 1952) (44). Estas luchas sindicales suscitaron una movilización doctrinal en toda regla, en la que las posiciones se dividieron en torno a tres dictámenes: el de Forsthoff, el de Abendroth y el de Nipperdey. El primero afirmaba, como argumento central, que la huelga política constituía una presión ilícita en la formación de la voluntad del Parlamento. Esta rígida separación entre Estado y sociedad (comunicados únicamente a través del acto electoral, y de la actividad de los partidos) contrastaba con la concepción del dictamen Abendroth, en el que, reconociéndose al Parlamento el monopolio formal sobre las decisiones legislativas, se defiende al mismo tiempo la licitud de las acciones de influencia sobre las mismas del pueblo y de los grupos organizados. El enfoque del dictamen de Nipperdey es radicalmente distinto; en vez de plantear la cuestión en el terreno del Derecho público, lo hace en el ámbito de las relaciones privadas. El punto de partida es aquí que la huelga constituye una lesión del «derecho a la explotación industrial», que sólo se justifica jurídicamente en las huelgas «socialmente adecuadas». El argumento se cierra con la negativa de esta calificación a la huelga política, porque su destinatario no es el correspondiente *partenaire* social (45).

Los Tribunales de Trabajo de los *Länder* (el BAG aún no se había constituido) se pronunciaron sobre la «huelga de los periódicos» en el curso del año 1953. Todos, con excepción del LAG Berlín, se inclinaron por su ilicitud en base al dictamen de Nipperdey, con algún apoyo adicional en la tesis de la coacción al Parlamento. El LAG Berlín, aun partiendo de la doctrina de la «adecuación social», no admitió el requisito de la dirección al *partenaire* social, y declaró que la huelga política había de ser definida *ratione materiae*

(44) Sobre el tema, extensamente, W. HIRSCH-WEBER: *Los sindicatos en la política*, Madrid, 1964, caps. 6.º y 7.º

(45) Un resumen muy claro de estos dictámenes en X. RAJEWSKI: *Arbeitskampfrecht*, Frankfurt, cit., págs. 39-47.

y no en atención a los sujetos; el resultado de esta construcción era (fue de hecho) la licitud de la huelga de los periódicos en la circunscripción geográfica de su competencia (46). Con posterioridad el BAG se haría eco de la jurisprudencia dominante en los LAG al declarar que la huelga lícita ha de tener como objetivo «ejercitar una presión sobre el *partenaire* social para conseguir condiciones salariales y laborales más favorables» (Acuerdo del Gran Senado del BAG de 28 de enero de 1955, I.6).

Desde 1955 el BAG no ha tenido ninguna ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el tema. El esfuerzo doctrinal está encaminado en la actualidad hacia la precisión del concepto de huelga política, y la determinación de su naturaleza jurídica. Sobre el primer punto hay que resaltar la aportación de W. Reuss (47), que propone tres elementos o componentes definitorios de la misma: a) La orientación o dirección contra una autoridad pública, sea cualquiera su rango o función (48). b) Para conseguir una determinada decisión de la misma en materias no susceptibles de negociación colectiva. c) Mediante una presión directa «a ultranza» (49). No existe, por tanto, huelga política (contienda laboral de imposición política) en los paros temporalmente limitados de demostración, protesta o advertencia contra autoridades públicas; falta en ellos el elemento «presión directa a ultranza», y, en definitiva, sólo constituyen una forma enfática de manifestación de opinión; su licitud o ilicitud, en el marco de las obligaciones contractuales laborales, dependerá de que se cumplan o no los requisitos de preaviso al empresario, y proporción entre la importancia del interés colectivo en juego y las desventajas que lleva consigo el paro (50). Tampoco nos encontramos ante una huelga política, según Reuss, cuando el fin de la misma es una regulación que puede obtenerse indistintamente de la autoridad pública (por vía de normativa sobre condiciones mínimas), o de los empresarios (por vía de convenio colectivo) (51).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la huelga política parece existir una coincidencia de principio en no considerarla como contienda laboral propia-

(46) X. RAJEWSKI: *Ibid.*, nota anterior, págs. 47-51.

(47) «Der politische Arbeitskampf», en *ArbuR*, 1966, págs. 264 y sigs.

(48) Contra la opinión de A. NIKISCH, que considera únicamente huelga política la dirigida contra el órgano legislativo del Estado; en *Arbeitsrecht*, 3.º, 2.ª ed., 1966, página 137.

(49) Para REUSS la presión directa «a ultranza» (*bis zum Siegreichem Ende*) ha de ser distinguida de formas indirectas de presión (advertencia de no votación, por ejemplo), y de formas limitadas de acción colectiva de influencia; en *Der politische...*, citada, pág. 265.

(50) REUSS: *Ibid.*, nota anterior, pág. 266.

(51) *Ibid.*, nota anterior, pág. 267.

mente dicha, sino como contienda política sin más, cuyo tratamiento corresponde al Derecho constitucional y no al Derecho del trabajo (52), y que sólo está justificada en los casos en que constituya ejercicio del *ius resistentiae* (53).

12. La huelga de simpatía

Otro tipo de huelga que se define por la peculiaridad de sus destinatarios es la huelga de simpatía. En ella el sujeto pasivo es, por un efecto reflejo, el empresario de los trabajadores huelguistas; pero el destinatario final es otro u otros empresarios que se encuentran en situación de conflicto con su personal; la finalidad de la huelga es el apoyo a los trabajadores afectados por este último, mediante la influencia que el empresario perjudicado «de rechazo» puede ejercitar sobre él o los empresarios de la contienda principal.

Sobre la huelga de simpatía se había pronunciado, equiparándola a la contienda laboral típica, una antigua sentencia de 26 de marzo de 1903 (54). En fecha más reciente una sentencia del BAG de 24 de noviembre de 1959 había declarado la «inadecuación social» de una huelga de simpatía de impresores alemanes en apoyo de una huelga de impresores en Inglaterra, si bien se partía de una declaración general de licitud de este tipo de huelgas (55). La doctrina dominante coincide con esta apreciación jurisprudencial apoyándola en dos tipos de argumentos (56). Por un lado se ve en la huelga de simpatía una aplicación particular del principio de igualdad de armas, cuando el apoyo se ofrece a trabajadores que carecen de fuerza contractual. Por otro lado, se parte de la idea de solidaridad de frentes entre empresarios y trabajadores (efecto-demonstración de los convenios colectivos; amplitud del colectivo de las «cajas de resistencia» para caso de huelga), que permite una acepción extensa del concepto de *partenaire* social.

En contra de esta doctrina se ha manifestado reiteradamente B. Rùthers. Para este autor se podría llegar por la brecha de la huelga de simpatía desde

(52) Cfr. TH. RAMM: *Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung...*, cit., página 184; NIPPERDEY-SACKER: *Lehrbuch...*, cit., pág. 886.

(53) Cfr. R. WIETHÖLTER: *Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1970, página 315, y A. SÖLLNER: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 79.

(54) Cfr. B. RÜTHERS: *Zur Rechtmässigkeit von Sympathie Arbeitskämpfen*, Betriebsberater, 1964, pág. 312.

(55) Esta sentencia puede verse en AP, art. 9.º GG, *Arbeitskampf*, núm. 20.

(56) NIPPERDEY-SACKER: *Lehrbuch...*, cit., pág. 1009; A. SÖLLNER: *Arbeitsrecht*, citada, pág. 90; M. LÖWISCH: «Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen», en *RdA*, 1967, pág. 49.

una huelga localizada a una lucha laboral total, resultado poco acorde con la finalidad de pacificación social atribuida al ordenamiento. A esta razón añade Rütters que la huelga de simpatía responde a una visión superada de solidaridad colectiva entre empresarios de un lado y trabajadores por otro (57). El argumento queda, en cualquier caso, en estado de afirmación, sin que se señale la base ideológica que lo sustenta.

13. *El paro de solidaridad*

Existe una característica común entre la huelga de simpatía y el paro de solidaridad *sensu stricto*: los participantes actúan por cuenta ajena, tomando partido en un conflicto que no les afecta de manera inmediata. La diferencia entre una y otro estriba en que, en la primera, la contienda principal tiene lugar en otras Empresas, mientras que en la segunda el conflicto originario está planteado en el seno de la propia Empresa de los participantes en el paro, pero en relación con otro trabajador (o con un grupo diferente de trabajadores). En definitiva, ambas modalidades son conflictos de solidaridad, y, si se quiere subrayar esta característica unitaria en la denominación, se podría llamar a las huelgas de simpatía paros (o huelgas o conflictos) de solidaridad secundarios y a los paros de solidaridad *sensu stricto* paros (o huelgas o conflictos) de solidaridad primarios.

El tema de las huelgas o paros de solidaridad primarios (o de solidaridad, sin más) ha alcanzado en la República Federal Alemana una cierta actualidad en estos últimos años, a raíz de la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969. Quizá sea este el momento más adecuado para completar el relato del supuesto de hecho de la misma, del que ya hemos dado alguna referencia parcial. A causa del despido sin preaviso del presidente del Consejo de Empresa (despido que luego sería declarado injustificado por el Tribunal competente), se desencadenó, a mediados de 1967, en una Empresa del Land Hamburgo, un movimiento espontáneo de paro en los propios lugares de trabajo. En las primeras horas del mismo el gerente de la Empresa acudió a los locales y requirió individualmente a una trabajadora participante para que reanudara la prestación de sus servicios. En vista de que la interpelada no reaccionaba el gerente repitió el requerimiento; la trabajadora contestó: «Cuando lo hagan todos»; el gerente insistió una vez más en el requerimiento individual y la requerida contestó: «No, en estas circunstancias». En base a esta conducta a los pocos días fue despedida sin preaviso.

(57) *Zur Rechtmässigkeit...*, cit., pág. 313, y *Die Spannung...*, cit., pág. 131.

Ya hemos señalado las vertientes de análisis que esta sentencia ha ofrecido desde las perspectivas de la huelga salvaje y de la *exceptio non adimpleti contractus*. Quedan por examinar aún las posibles especialidades jurídicas del paro de solidaridad, y el problema de la aplicación o no al despido del principio de igualdad de trato. Dejamos esta segunda cuestión para un momento posterior y nos concentramos ahora exclusivamente en la primera.

En realidad, en el supuesto de hecho de la sentencia de 21 de octubre de 1963, el tema de la solidaridad emerge en dos momentos distintos: paro de solidaridad con el presidente del Consejo de Empresa despedido, en el que participa toda la plantilla; conducta solidaria de la trabajadora requerida a reanudar su prestación, que rehusa hacerlo mientras no lo hagan los demás (si bien en este momento la motivación es más ambigua: puede ser solidaridad, y puede ser temor a represalias). El BAG no advierte claramente esta distinción y, extrañamente, se detiene más en el segundo momento de solidaridad que en el primero, donde ésta aparece más nítida. En cualquier caso ninguno de los dos comportamientos le parece lícito: «Es correcta la apreciación del LAG de que la recurrente no podía alegar como justificación de su conducta el principio de solidaridad» (sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, 2). La doctrina, sin embargo, se ha mostrado muy reticente, cuando no enérgicamente crítica, ante esta jurisprudencia. Una primera prueba de ello son los intentos de justificar el paro en base al derecho a la suspensión de la propia prestación por incumplimiento de la otra parte del contrato (ver *supra*, núm. 9). Otra es la propuesta de establecer una línea divisoria entre huelga y paro, de validez general, pero aplicable especialmente a los casos en que se ha producido un movimiento espontáneo de solidaridad. En otro orden de ideas se ha efectuado la crítica a la sentencia de 21 de octubre de 1969, afirmando, en principio, la licitud de la huelga de solidaridad. Por último, se ha indicado reiteradamente que, cuando menos, la tacha de ilicitud de la conducta solidaria ha de ser apreciada con el atenuante del conflicto de lealtades.

La distinción entre huelga y paro colectivo (*Kollektive Nichtarbeit*) ha sido propuesta por Th. Ramm, precisamente en un comentario crítico a esta sentencia: no existe huelga en el paro colectivo para expresar repulsa por una conducta empresarial, y solidaridad con el compañero de trabajo perjudicado por la misma para que haya huelga se requiere la expresión de una pretensión, y no una simple manifestación de deseo, estado de ánimos o sentimientos; en resumen, el paro solidario de protesta no es huelga en sentido jurídico, porque la conducta de los trabajadores no está encaminada a forzar la voluntad contraria del empresario haciendo prevalecer sus propias pretensio-

nes (58). Ramm completa el argumento reconociendo que los límites entre huelga y paro colectivo pueden ser, en la práctica, difíciles de trazar, habiendo de atenderse para la calificación de supuestos concretos a las circunstancias de cada caso, en especial, al factor duración —un paro de solidaridad de breve duración no será, normalmente, una huelga— (59).

Aun reconociendo que en el supuesto de la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969 nos encontramos ante una huelga salvaje, y aun negando que haya lugar en el caso para una *exceptio non adimpleti contractus*, se ha aceptado la posibilidad de calificar como lícitas estas conductas de paro. El planteamiento lo encontramos en el comentario a la jurisprudencia del BAG de 1969 de H. Seiter. Se parte aquí, siguiendo la doctrina dominante (60), de que los conflictos jurídicos no pueden ser ventilados a través de contiendas laborales, porque el cauce institucional de solución de los mismos es la apelación a los Tribunales. Pero se argumenta a continuación que la readmisión de un trabajador despedido no depende, en última instancia, del juez, sino del propio empresario. ¿Puede valer entonces una huelga para forzar la readmisión? ¿No nos encontramos, en realidad, ante un conflicto de intereses más bien que ante un conflicto jurídico? (61). No es preciso insistir demasiado en la trascendencia práctica de esta cuestión. Lo que está en juego, en definitiva, según se responde a estas preguntas de una manera o de otra, es la posibilidad de utilizar el instrumento de la huelga para influir en el ejercicio de los poderes de dirección y disciplina del empresario. O, dicho en otros términos, la cuestión es la de determinar si los trabajadores de una Empresa disponen o no de un medio lícito de reacción inmediata contra decisiones empresariales que pueden ser, o bien claramente ilícitas, o bien jurídicamente lícitas pero antisociales (62). El juego de la *exceptio non adimpleti contractus*, como ya indicamos, supone, en los casos en que se admite, una posibilidad de respuesta inmediata a determinadas conductas ilícitas del empresario. La admisión de la licitud de la huelga como medio de presión sobre decisiones que dependen del arbitrio empresarial posibilitaría un condicionamiento más penetrante del mismo en la medida en que no se exige para su utilización la tacha de antijuridicidad del comportamiento empresarial que desencadena el conflicto.

(58) *Der nichtgewerkschaftliche Streik*, cit., pág. 66.

(59) *Ibid.*, nota anterior, pág. 67.

(60) Cfr. NIPPERDEY-SACKER: *Lehrbuch...*, cit., págs. 1026 y sigs.; A. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, II, 2.^a ed., pág. 90.

(61) *Die Entwicklung...*, cit., pág. 357.

(62) B. RÜTHERS, comentario a la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en AP, art. 9.^o GG, núm. 41.

14. *Las huelgas de funcionarios y trabajadores en servicios públicos*

Nos vamos a ocupar, en este último epígrafe, de la parte de nuestro trabajo dedicada a la casuística de la huelga en la República Federal Alemana de dos tipos de huelga cuya peculiaridad jurídica se ha intentado justificar en la posición especial de los sujetos participantes: las huelgas de funcionarios y las de trabajadores en servicios públicos. El BAG no ha tenido aún, desde su creación, oportunidad de pronunciarse sobre el tema. La doctrina había venido negando tradicionalmente su licitud en base a muy distintos argumentos (63). Se ha afirmado, incluso, que el hecho de que la Constitución de 1949 no reconociese expresamente el derecho de huelga, se debió a la problemática que ello plantearía en relación con la huelga de funcionarios (64). La cuestión, sin embargo, en estos últimos años, ha recuperado actualidad doctrinal —y ha perdido su condición «pacífica»— merced a dos recientes estudios monográficos: el de Th. Ramm sobre la huelga de funcionarios (65) y el de W. Däubler sobre la huelga en los servicios públicos (66).

Däubler parte de la existencia de un derecho de huelga, conectado con el reconocimiento de la libertad de coalición en el artículo 9.3 de la GG, cuya titularidad corresponde a quienes detentan la capacidad para celebrar convenios colectivos. La capacidad convencional, y la propia libertad de coalición,

(63) Los más notables, por una u otra razón, de estos argumentos son, en relación con la huelga de funcionarios: 1) Que va contra el deber de fidelidad, acentuado en la relación de servicios de los funcionarios públicos. 2) Que pone en peligro el interés de la colectividad en mayor medida que la huelga en el sector privado. 3) Que va contra el principio de la soberanía popular y de la independencia de los diputados. 4) Que va contra el principio de monopolio estatal en la determinación del contenido de la relación de servicios funcional (recogida como *ratio decidendi* en un acuerdo del BVG de 11 de junio de 1958). 5) Que falta en la función pública la contraposición capital-trabajo; y 6) Que el *lock-out* es impensable en la función pública, y la huelga constituye, por tanto, un ataque al principio de igualdad de armas. Hay que subrayar que NIPPERDEY se había pronunciado por la licitud de la huelga de protesta de los funcionarios. Las razones contra la licitud de la huelga en los servicios públicos se reducen a variaciones del argumento citado en el número 2 de esta nota. Una presentación exhaustiva del tema en W. DAUBLER: *Der Streik im öffentlichen Dienst*, citada, págs. 26-30.

(64) W. DAUBLER: *Ibid.*, nota anterior, págs. 70-71; F. J. SACKER: *Gewerkschaften...*, cit., pág. 962.

(65) *Das Koalitions- und Streikrecht der Beantnen*, Colonia, 1970.

(66) *Der Streik im öffentlichen Dienst*, cit.

si no se convierten en meras fórmulas vacías de sentido (67). El problema no es, pues, la existencia del derecho de huelga en los servicios públicos, sino la delimitación del mismo en este ámbito de relaciones de servicios. Däubler traza los límites utilizando dos procedimientos. El primero responde a la técnica de delimitación por vía de cláusula general, excluyéndose del ejercicio lícito del derecho de huelga la producción de daños innecesarios a la otra parte del conflicto, la infracción de las leyes penales, y la lesión del orden constitucional (68). Estas limitaciones generales valen indistintamente para las huelgas del sector privado y del sector público. El segundo procedimiento de delimitación utiliza una técnica casuística en la que son analizados hasta doce tipos concretos de servicios públicos (abastecimientos, tráfico, correos, enseñanza, Universidad, clínica, radio y televisión, administraciones públicas, administración de justicia, policía, bomberos y personal de prisiones, oficinas financieras) (69).

La tesis de Ramm, coincidente en muchos puntos esenciales con la que se acaba de exponer, es que la huelga de funcionarios merece idéntica valoración jurídica que la de los demás trabajadores y, en consecuencia, no es, por sí misma, ilícita (70). En el ámbito de las normas constitucionales, único apoyo legal existente en la materia, no hay una regulación especial para los funcionarios, y éstos han de ser englobados en la categoría general de los trabajadores por cuenta ajena. Los límites del derecho de huelga de los funcionarios son, pues, los mismos que los de los demás empleados y obreros, y han de ser trazados en atención a determinadas funciones indispensables del Estado y la sociedad: no dañar otros derechos (propiedad, posesión, derechos de la personalidad), no infringir el orden constitucional (garantía del Estado de derecho y de la seguridad individual), y no lesionar los valores incorporados en los derechos fundamentales de la persona (71).

(67) *Ibid.*, nota anterior, págs. 79-80.

(68) *Ibid.*, nota anterior, pág. 231.

(69) *Ibid.*, nota anterior, págs. 234-240.

(70) *Der Koalitions-...*, cit., págs. 185-86.

(71) *Ibid.*, nota anterior, págs. 184-85.

III

LA FUNCIÓN DE LA HUELGA EN EL SISTEMA ALEMÁN
DE RELACIONES LABORALES15. *La jurisprudencia del BAG y el principio de "adecuación social"*

Del estudio casuístico que se acaba de realizar puede extraerse una primera conclusión que no deja de producir alguna sorpresa: existe en el Derecho alemán de las contiendas laborales, después de muchos años de elaboración jurisprudencial y doctrinal, un gran número de cuestiones controvertidas, no ya *de lege ferenda* sino estrictamente *de iure condito*. Esta situación no tiene por qué ser decepcionante. No vamos a proponer aquí como ideal, en materia tan fuertemente impregnada de valoraciones ideológicas, una unanimidad que siempre resulta sospechosa. Pero, en cualquier caso, el volumen y la entidad de los debates revelan, en un derecho de factura judicial, que lo que está en tela de juicio no son únicamente las soluciones parciales de la jurisprudencia para determinados tipos de huelgas, sino la propia visión del BAG de la función constitucional de la huelga en el sistema de relaciones laborales. Sin entrar en un análisis detenido del tema, que no cabe en los límites de este trabajo, merece la pena señalar las líneas fundamentales de la concepción del BAG, la crítica doctrinal de las mismas y las concepciones alternativas que se han propuesto.

La fundamentación de la huelga en la jurisprudencia del BAG se apoya en una panorámica general de los principios de la Constitución, en la que se tienen en cuenta, junto a la garantía constitucional de la libertad de coalición y de la autonomía colectiva (a las que no se otorga el papel más destacado), declaraciones mucho más genéricas como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y los principios de Estado social de derecho y ordenamiento social liberal (72). Esta dispersión de la base de sustentación permitió al BAG suficiente libertad de movimientos como para imposter, en el planteamiento de su construcción, un criterio teleológico restrictivo: las huelgas son indeseables, y sólo por vía de excepción puede aceptarse su licitud. La determinación de las excepciones se encomendaban, en la base siguiente del proceso argumental, a un concepto jurídico indeterminado: la «adecuación social», entendida como admisibilidad de comportamientos o conductas según los criterios de la ética social vigente. A partir de aquí el problema se reduce a

(72) Cfr. W. DAUBLER: *Der Streik...*, cit., pág. 67.

elaborar un catálogo de huelgas socialmente adecuadas, y a actualizarlo cuando se entienda que se ha producido una transformación sensible en las convicciones éticas dominantes.

La influencia de Nipperdey en esta doctrina jurisprudencial ha sido realmente decisiva en todas las fases de su desarrollo argumental. A Nipperdey hay que atribuir, en buena medida, la reducción del papel de la autonomía colectiva a una mera técnica normativa (reconocimiento de la superioridad «técnica» —son «más elásticas y efectivas»— de las normas paccionadas sobre las reglamentarias) (73). En el mismo autor puede encontrarse una visión de la huelga como «mal menor», no absolutamente rechazable en el orden presente, pero que perdería su justificación en un Estado de derecho perfecto (74). También lleva la impronta del anterior presidente del BAG la fundamentación constitucional dispersa de la licitud de la huelga (75). Por último, la aplicación a las contiendas laborales de la doctrina de la «adecuación social» fue, como ya se dijo, creación personal de Nipperdey en el dictamen sobre la huelga de los periódicos, y llevan el mismo cuño ulteriores especificaciones de los catálogos de huelgas socialmente adecuadas (76).

16. *La huelga como garantía conexa de la autonomía colectiva*

Una de las objeciones a la concepción del BAG de la función constitucional de la huelga más solidariamente razonadas es la de B. Rütters. Los pasos sucesivos de la argumentación pueden ordenarse de la manera siguiente:

1. La crítica de la doctrina de la «adecuación social».
2. La indicación de un apoyo constitucional más firme para el instituto de las contiendas laborales.
3. La determinación, en función de esta distinta base de sustentación, de nuevos criterios de licitud de las mismas.

La crítica a la «adecuación social» se monta, primero, sobre la extrema dificultad de llegar, sin ningún apoyo posible, en una cuestión tan amplia, desde visiones éticas a justificaciones jurídicas. Pero, incluso superado este obstáculo —opina Rütters—, la doctrina de la «adecuación social» tropezaría con dos inconvenientes que aconsejan su eliminación definitiva: a) La «adecuación social» supone una apelación inmanente a convicciones consuetudinarias que bloquea la apreciación y consideración de nuevos conflictos de

(73) *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, II, 1, 1967, 7.^a ed., pág. 28.

(74) *Ibid.*, nota anterior, pág. 46.

(75) *Ibid.*, nota anterior, págs. 39 y sigs.

(76) En la 6.^a ed. del *Lehrbuch*.

intereses. b) La «adecuación social» es un criterio constitutivamente inseguro, un molde en el que caben todas las valoraciones que uno quiera introducir. Un caso real de la jurisprudencia aporta Rùthers para reformar este último argumento. En una determinada Empresa tuvo lugar una petición sindical apoyada en el principio de «adecuación social» de participación de las asociaciones profesionales en la función de selección del personal. La negativa de la Empresa fue recurrida en vía contenciosa, y llegó hasta el BAG. El BAG, en sentencia de 14 de febrero de 1967, negó la justificación de la petición en base a que «el mandato de la seguridad jurídica sería infringido si el concepto de adecuación social es utilizado como único fundamento de la pretensión» (77).

La fundamentación constitucional de la huelga ha de buscarse únicamente —continúa Rùthers— en el derecho de coalición y en la autonomía colectiva (artículo 9.3, GG). El sistema de contratación colectiva es impensable, «en las actuales condiciones sociales», sin las instituciones del arbitraje voluntario y de la contienda laboral. En conclusión, las contiendas laborales han de ser explicadas como garantías conexas a la negociación colectiva: «El derecho de las contiendas laborales ha de ser incardinado en el derecho de los convenios colectivos como una parte sistemáticamente inseparable» (78). A partir de aquí los criterios de licitud de la huelga adquieren un perfil mucho menos difuminado: 1. Las contiendas laborales deben ser ventiladas sólo por sujetos con capacidad convencional y en vistas a objetivos susceptibles de regulación paccionada. 2. Las contiendas laborales sólo pueden desencadenarse lícitamente cuando ha fracasado un acuerdo pacífico. 3. La utilización del medio de lucha y el modo de llevar a cabo la contienda no deben infringir normas legales o paccionadas (deber de paz) (79). Dicho sea de paso, en base a estos criterios apoya Rùthers, además de lo que ya se dijo, la ilicitud de la huelga de simpatía.

17. *Hacia una configuración del derecho de huelga*

La crítica de W. Däubler a la concepción de la huelga en la jurisprudencia del BAG coincide, en muchos aspectos, con la que se acaba de exponer. En realidad, el punto de partida, y casi todo el desarrollo argumental, son los mismos. Pero, en la base final de su construcción, Däubler llega más allá que Rùthers hasta el reconocimiento de un verdadero derecho de huelga como

(77) Cfr. B. RÜTHERS: *Die Spannung...*, págs. 133-134.

(78) *Ibid.*, nota anterior, pág. 133.

(79) *Ibid.*, nota anterior, págs. 133-134.

derecho fundamental garantizado constitucionalmente. Los apoyos normativos de su tesis son la Carta Social Europea (en vigor en la República Federal Alemana desde el 26 de marzo de 1965), en cuyo artículo 6.4 se reconoce el derecho de empresarios y trabajadores a adoptar medidas colectivas, «incluido el derecho de huelga» (80), y el principio de efectividad de los derechos fundamentales que, en cuanto criterio de interpretación de las normas constitucionales, obliga a una afirmación de la huelga como derecho y no como simple garantía conexas a la libertad de coalición (81). Titulares de este derecho son, asimismo, los sujetos con capacidad convencional (82).

Una segunda propuesta de configuración del derecho de huelga se encuentra en las investigaciones más recientes de Th. Ramm. También aquí, como en Däubler, se trae a colación el reconocimiento del derecho de huelga en la Carta Social Europea (83). Pero, con discrepancias parciales de la construcción anterior, Ramm concibe el derecho de huelga como un derecho-libertad cuyo titular es el trabajador individual, cuyo contenido es la facultad de suspensión unilateral del contrato de trabajo, y cuyo fundamento es fortalecer la posición de los económicamente débiles en la negociación de salarios y condiciones de trabajo (84). Ramm apoya esta construcción en un instrumental histórico-crítico de gran alcance (85), y justifica la titularidad individual del derecho de huelga —punto más innovador de su tesis, que garantiza la licitud de la huelga salvaje— en que la Carta Social Europea, al hablar del derecho de huelga, se refiere al trabajador en singular y no a los Sindicatos (86).

18. *El Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 21 de abril de 1971, y el principio de proporcionalidad*

Esta panorámica de la concepción de la huelga en la jurisprudencia y la doctrinas alemanas quedaría incompleta si no se hiciese una referencia al Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 21 de abril de 1971. La cuestión sometida a

(80) W. DAUBLER: *Der Streik...*, cit., págs. 177 y sigs.

(81) *Ibid.*, nota anterior, págs. 74 y sigs.

(82) *Ibid.*, nota anterior, págs. 78-79.

(83) «Die Anerkennung des Streikrechts», en *ArbuR*, 1967, págs. 97-110.

(84) *Ibid.*, nota anterior, pág. 107, y *Der Koalitions-...*, cit., pág. 182.

(85) Cfr., por ejemplo, «Streik und Arbeitsvertragbruch», en *ArbuR*, 1964, páginas 129 y sigs., y «Der Streik als unerlaubte Handlung», en *ArbuR*, 1964, págs. 321 y sigs.

(86) *Die Anerkennung des Streikrechts*, cit., pág. 109.

la consideración de este organismo en el referido Acuerdo era, estrictamente, el efecto suspensivo y extintivo del *lock-out*, tema en el que la jurisprudencia anterior había provocado una refutación doctrinal cada vez más intensa. Pero, lejos de ceñirse a esta pregunta (modificando, por cierto, muy sensiblemente la construcción anterior), el Gran Senado del BAG aprovechó la oportunidad para manifestarse de nuevo sobre la posición de las contiendas laborales en el sistema alemán del Derecho del trabajo. El resultado más inequívoco de esta reconsideración es la introducción en la materia de un nuevo criterio normativo: el principio de proporcionalidad, entendido como la consideración en el enjuiciamiento de las contiendas de los intereses de los terceros afectados por las mismas, y de que el bien común no puede resultar por su causa *evidentemente* lesionado. (Acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971, III.A.1.)

El alcance de este principio es precisado en el propio Acuerdo, indicando las siguientes consecuencias fundamentales del mismo: 1. Las contiendas laborales deben estar encaminadas a la consecución de fines lícitos. 2. La conducta de las partes (táctica, duración, modalidad de ejecución, intensidad) ha de guardar proporción con el volumen y entidad de aquellos fines, y ha de ser apropiada para el restablecimiento de la paz laboral; en este sentido se subraya que la contienda no persigue la aniquilación del contrario sino únicamente la modificación de un determinado *statu quo* de relaciones laborales. 3. La contienda laboral ha de ser un recurso extremo (*ultima ratio*) al que sólo se puede acudir después de agotar procedimientos de solución pacíficos; en cuanto a éstos se postula su inclusión en convenios colectivos y se requiere a las partes con capacidad convencional para que actúen en consecuencia. 4. En atención a los intereses generales se prevé la obligatoriedad de «trabajos necesarios de mantenimiento» (exigidos también por la consecuencia 2); y la exceptuación expresa, por vía convencional, de las contiendas laborales en determinadas Empresas de funcionamiento indispensable para la colectividad. (Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 21 de abril de 1971, III.A.2, a), b) y 3).

¿Supone este Acuerdo del Gran Senado la inauguración de una nueva etapa en el Derecho alemán de los conflictos colectivos? Más concretamente: ¿Ha sustituido el principio de proporcionalidad a la «adecuación social» como criterio para enjuiciar la licitud de las contiendas laborales, o se trata, simplemente, de un requisito adicional a añadir a los anteriormente utilizados? Quizá se encuentre este acontecimiento jurisprudencial demasiado próximo para pronunciarse en un sentido o en otro sobre estas preguntas. Por otra parte, la perspectiva del observador extranjero ni requiere ni parece la más idónea para aventurar un pronóstico sobre el particular. Cualquier distribución de tareas

entre estudios comparativos y estudios encaminados a racionalizar la *praxis* jurídico-positiva, impondría, sin duda, a estos últimos, la clarificación de cuestiones como las que se acaban de proponer. Sin embargo, no parece que se incurra en ningún juicio temerario si se formulan unas breves indicaciones al hilo de la lectura del texto.

El Acuerdo de 24 de enero de 1971 elude premeditadamente toda referencia a la «adecuación social» como criterio fundamental para el enjuiciamiento jurídico de las huelgas. El relevo de ésta por el principio de proporcionalidad parece incluso afirmarse cuando se dice que la proporcionalidad es el «mandato supremo» en materia de contiendas laborales (Acuerdo, III.A.1). Ahora bien, hay que tener en cuenta que en el Acuerdo de 21 de abril de 1971 no se habla específicamente de la huelga sino, en términos genéricos, de contiendas laborales, y quizá este cambio terminológico impida considerar eliminada a la «adecuación social» del conjunto de argumentos utilizados en la materia. Otro cambio en el último Acuerdo del Gran Senado que no debe pasar inadvertido es la fundamentación explícita de las contiendas laborales en la autonomía colectiva: «Las contiendas laborales deben ser posibles en nuestro sistema de libre contratación colectiva» (III.A.1). No se da aquí la dispersión de fundamentos del Acuerdo de 1955, y el modo de redacción recuerda la tesis de Rütters de la huelga como garantía conexas a la negociación colectiva (87).

IV

PARTICIPACIÓN EN HUELGA ILÍCITA Y FACULTAD DE DESPIDO

19. *Huelga y contrato de trabajo: el principio de "enjuiciamiento unitario"*

Llegamos así a la última parte de nuestro trabajo, en la que nos habíamos propuesto plantear los efectos de la huelga en la República Federal Alemana —en particular de la huelga ilícita, con toda la inseguridad de fronteras que

(87) Unas primeras reflexiones sobre el acuerdo del Gran Senado del BAG de 21 de abril de 1971 en W. REUSS: «Das neue Arbeitskämpfrecht», en *ArbuR*, 1971, páginas 353 y sigs.; G. MÜLLER: «Das Arbeitskämpfrecht im Beschluss des Grossen Senats des BAG vom 21-4-71», en *RdA*, 1972, págs. 321 y sigs.; U. SCHEUNER: «Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskämpfrechts im Beschluss des Grossen Senats vom 21-4-71», en *RdA*, 1972, págs. 327 y sigs.; R. RICHARDI: «Der Beschluss des Grossen Senats des BAG vom 21 april 1971», en *RdA*, 1972, págs. 334 y sigs.; W. MUSA: «Zur Rechtfertigung der Aussperrung», en *RdA*, 1972, págs. 346 y sigs.

el concepto presenta en este momento— sobre los contratos de trabajo de los participantes en las mismas. El tema presenta un indudable interés teórico, en la medida en que constituye uno de los puntos de articulación de las dos partes centrales del sistema del Derecho del trabajo (el Derecho individual y el Derecho colectivo). La cuestión adquiriría, además, en el Derecho alemán, una especial complejidad porque el fundamental Acuerdo del BAG, de 1955, había descartado la solución doctrinal más simple de la misma, a saber, la configuración de la huelga como derecho (con las limitaciones derivadas de su función en el ordenamiento) a la suspensión temporal unilateral del contrato de trabajo (Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 28 de enero de 1955, I.2). Por otra parte, no hace falta insistir en la utilidad comparativa, de cara al ordenamiento español, de las soluciones propuestas en la República Federal Alemana en el punto concreto de la repercusión de la huelga ilícita sobre las relaciones individuales de trabajo, en la práctica jurídica más inmediata.

Pues bien, el planteamiento del BAG en la materia queda reducido a la llamada teoría de la unidad (Acuerdo del Gran Senado BAG, de 28 de enero de 1955, I.4). Esta doctrina puede explicarse en los siguientes términos: las huelgas pueden constituir comportamientos lícitos en el plano del derecho colectivo, pero, en el plano del derecho individual, aparecen, *prima facie*, al no reconocerse un derecho de huelga, como incumplimiento del contrato de trabajo (infracción del deber de trabajar). Para salvar el principio lógico-jurídico de no contradicción, hay que establecer, por tanto, una prioridad entre estas antinomias de valoración que posibilite el enjuiciamiento unitario de un fenómeno que no se puede desdoblar en su tratamiento; la huelga no puede ser lícita en el plano del derecho colectivo, e ilícita, a la vez, en el plano del derecho individual. La prioridad se establece en favor del derecho colectivo (88). Ahora bien, cuando la huelga es ilícita, no existe la contradicción anterior, y las normas reguladoras del contrato de trabajo, entre ellas las normas sobre el despido disciplinario, pueden y deben ser aplicadas. Con otras palabras: la obligación de trabajar tiene prioridad, en estos casos, sobre la participación en la contienda (89).

20. *El planteamiento clásico de la huelga ilícita como causa de despido*

A partir de aquí la cuestión estriba en averiguar si el incumplimiento de la obligación de trabajar por participación en huelga ilícita puede consi-

(88) Cfr. G. PROMBERGER: *Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag*, Munich, 1967, páginas 23 y sigs., y BROX-RÜTHERS: *Arbeitskampfrecht*, Stuttgart, 1965, pág. 219.

(89) Cfr. NIPPERDEY-SACKER: *Lehrbuch...*, cit., 7.^a ed., pág. 931.

derarse siempre lo suficientemente grave como para justificar un despido disciplinario. Tal como apareció planteado el tema en el artículo 626 del BGB quedaba un amplio margen de interpretación. En efecto, este precepto habla de justificación del despido disciplinario por vía de cláusula general: ha de concurrir una causa grave que, considerando todas las circunstancias del caso, haga inexigible la continuación por más tiempo de la relación de trabajo. El Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 28 de enero de 1955, se había inclinado, en principio, por la respuesta afirmativa a esta pregunta; pero de una manera incidental, sin detenerse en el estudio pormenorizado que la cuestión, evidentemente, exigía (1.4). El tema quedaba, pues, abierto y prácticamente inédito, para la doctrina. Pues bien, en ésta, ciertamente sin el detalle y la intensidad de controversia comprobados en otros puntos, se han ido decantando dos planteamientos. El planteamiento que pudiéramos llamar clásico o tradicional es que la participación en huelga ilícita constituye siempre justificación bastante para el despido disciplinario. Así, A. Hueck opina que el incumplimiento de la obligación de trabajar en este tipo de paros es, sin distinciones, causa justa de despido, sin que sea necesario un requerimiento especial al trabajo por parte del empresario, y salvo el caso evidente de que se haya impedido al trabajador, mediante el uso de la fuerza, bien la entrada al trabajo, bien la propia prestación de los servicios (90). En el mismo sentido se manifiesta A. Nikisch: la participación en huelga ilícita es siempre causa de despido, incluso para un trabajador minusválido (91).

21. *La versión moderna de la facultad de despido por participación en huelga ilícita*

Una reconsideración del tema se ha producido recientemente al hilo de diversos comentarios a la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969. En suma, el nuevo planteamiento establece tres criterios que han de ser tenidos en cuenta para determinar las relaciones entre huelga ilícita y despido disciplinario (92): 1. En la conducta del trabajador han de ser examinadas, como establece literalmente el artículo 626 del BGB, todas las circunstancias concurrentes en el caso. 2. Habrá que ponderar también si el empresario ha observado una conducta jurídicamente intachable. y, además, añade Seiter, que este último hubiese adoptado una actitud razonable para un arreglo satisfac-

(90) En *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, I, 7.^a ed., 1963, págs. 603-604.

(91) *Arbeitsrecht*, 2.^a ed., 1966, pág. 679.

(92) Explícitamente estos criterios en B. RÜTHERS, comentario a la sentencia de 21 de octubre de 1969, en AP, art. 9.º GG, núm. 41. La posición estaba incoada en BROX-RÜTHERS: *Arbeitskampfrecht*, cit., pág. 171.

torio del conflicto (93). 3. Hay que estar, en todo caso, al principio de proporcionalidad entre la infracción del trabajador y la reacción del empresario.

En la línea de este último criterio se han señalado como atenuante, e incluso como eximente de la conducta ilícita de huelga, el conflicto de lealtades del trabajador participante requerido individualmente a la reanudación del trabajo, y el temor a las represalias que puede producirse en semejante situación. Así se ha observado, para el supuesto de la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, se encontraba ante el poco envidiable dilema de ser sancionada con el despido o de romper el frente de solidaridad de las demás trabajadoras, con las consecuencias desfavorables para la convivencia laboral posterior que ello hubiera supuesto. ¿No debe ser limitado —pregunta Rütters— el deber de trabajar en tan difíciles circunstancias en atención a la regla de la «excesiva onerosidad»? (94).

22. *La jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato en el despido por huelga*

Un tema íntimamente conectado con el anterior es el de si existe o no limitación de la facultad empresarial de despido en atención al principio de igualdad de trato. O, lo que es lo mismo, si el deber de igualdad de trato puede considerarse como contenido del contrato de trabajo en el ejercicio del poder disciplinario y, concretamente, en relación con la sanción disciplinaria máxima que es el despido.

Como antecedente de la cuestión habrá que decir que el principio de trato igual juega sin discusión, en virtud de una doctrina jurisprudencial constantemente mantenida, en materia de salarios (95). Ahora bien, a pesar de esta unanimidad, no existe una fundamentación clara y unívoca del mismo. Nos volvemos a encontrar aquí con el fenómeno de dispersión de fundamen-

(93) *Die Entwicklung...*, cit., pág. 308. En el supuesto de la sentencia de 21 de octubre de 1969, continúa el autor, no ocurría así: el empresario debía haber dado, cuando menos, una explicación de las causas de la medida que originó el paro de solidaridad (despido del presidente del Consejo de Empresa, como se recordará).

(94) En el comentario a la sentencia de 21 de octubre de 1969, de AP. También, inclinándose por la tesis de la atenuación, F. J. SACKER: *Der Rechtsprechung...*, citada, pág. 171.

(95) Sobre el tema, especialmente, A. HUECK: *Der Grundsatz der gleichmässiger Behandlung in Privatrecht*, 1958. En la bibliografía española, B. CREMADES: «El tratamiento igual en la Empresa», en *REV. DE POL. SOC.*, núm. 83, págs. 15 y sigs. Una explicación de la jurisprudencia, desde los orígenes (1939) hasta los pronunciamientos más recientes en H. BUCHNER: «Der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen», en *RdA*, 1970, págs. 226-227.

tos típicos en los planteamientos teleológicos (96). Sin entrar a fondo en el tema, quizá no sea aventurado decir que la base de sustentación más segura, aunque incompleta, se encuentre hoy en el artículo 75 de la vigente ley de Constitución de la Empresa, que obliga al empresario a no tratar desigualmente a los trabajadores por razón de sexo, edad, origen étnico, religión, nacionalidad o actividad política o sindical (97). En cuanto al contenido de este principio parece haber menos problemas; el mandato de trato igual —resulta más claro formulado en negativo— es una prohibición de trato discriminatorio o arbitrario en relación con uno o varios trabajadores determinados considerados *uti singuli*.

El Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 28 de enero de 1955, no abordaba, estrictamente, la cuestión. Pero en un punto con indudable semejanza —la readmisión de trabajadores huelguistas después de un *lock-out* extintivo— se había pronunciado, en términos difíciles de compatibilizar, contra la aplicación del principio de igualdad de trato, y a favor de un control de la facultad empresarial de readmisión que impidiera el abuso de derecho; como ejemplo de abuso posible se citaban expresamente las discriminaciones por razón de sexo, nacionalidad, origen étnico, etc. (Acuerdo del Gran Senado del BAG, de 28 de enero de 1955, III.2 y 3). Con posterioridad, y ya específicamente para el ejercicio de la facultad de despido por huelga, el BAG, en la sentencia de 21 de octubre de 1969, se pronunció decididamente contra la limitación de la misma por el juego de la igualdad de trato. El argumento era que la facultad de despido era un derecho potestativo o de formación jurídica, y que el principio de trato igual no juega en este ámbito de posiciones jurídicas subjetivas. (Sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, 3).

23. *El principio de igualdad de trato y la facultad de despido por huelga en la doctrina*

La doctrina más reciente rechaza, en su gran mayoría, la solución del BAG en esta última sentencia, y, casi con unanimidad, el argumento que la sustenta. A este último se le tacha, cuando menos, de «excesivamente for-

(96) Recientemente, sobre el tema, F. J. JAGOW: «Die Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und ihre Folgen bei der Ausübung von Gestaltungsrechten», en *Tessi*, Colonia, 1967, págs. 6 y sigs.; F. MÜNSTERMANN: «Die Rechtsgrundlage des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht», en *Tesis*, Colonia, páginas 32 y sigs.

(97) Sobre esta ley ver, en la bibliografía española, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO: «La nueva ley alemana de participación de los trabajadores en la Empresa», en *REV. DE POLÍTICA SOCIAL*, núm. 94, págs. 71 y sigs.

mal» (98), y de «razonamiento conceptualista» (99). Llevando la crítica a un planteamiento más general se ha observado que el fundamento del principio de igualdad de trato es, justamente, la limitación de derechos potestativos del empresario, en vistas a su posición de superioridad de fuerza contractual en la relación individual de trabajo (doctrina del trabajador como contratante débil). En definitiva, y la idea se ha convertido ya en un lugar común, una gran parte de las normas laborales no son otra cosa que límites a la autonomía contractual del empresario, el cual, al igual que el detentador del poder político, no podrá ejercitar los poderes sociales y jurídicos que detenta siguiendo una motivación arbitraria (100).

Junto a estas consideraciones se ha puesto de relieve que el establecimiento de criterios sociales para el orden de los despidos en caso de crisis no es más que una manifestación del principio de igualdad de trato. Lo que se pretende aquí es que no se produzcan discriminaciones que perjudiquen el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo. A la vista de esta regulación, indica Buchner, pierde el poco sentido que pudiera tener un razonamiento formalista, en abierta contradicción con los datos del propio ordenamiento positivo (101). Adicionalmente se ha señalado, por último, la existencia de precedentes en favor de la aplicación de la igualdad de trato a los despidos disciplinarios. Así, relata Rütters, el LAG Düsseldorf estimó, en una sentencia no publicada, que el despido de uno entre siete trabajadores por la misma falta (de asistencia) no estaba justificado. El BAG, en sentencia de 13 de octubre de 1955, confirmó la sentencia de instancia y la consideró ajustada a derecho (102).

Por supuesto, se encargan de decir los distintos autores, la participación en la misma huelga ilícita no justifica, *per se*, la aplicación del principio de igualdad de trato. Este juega para las conductas individuales de cada trabajador durante la misma que, ciertamente, pueden ser muy distintas (diferenciación entre participación activa y pasiva). Lo que no ha sido dilucidado aún en estos planteamientos doctrinales —y el problema tiene una importancia procesal evidente— es a quién correspondería la carga de la prueba: si es el

(98) TH. MAYER-MALY, comentario a la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en *Arbeitsrecht-Blätter*, «zu Arbeitskämpf», sentencia núm. 26.

(99) M. LIEB, comentario a la sentencia del BAG de 21 de octubre de 1969, en *SAE*, 1970, pág. 232.

(100) TH. RAMM: *Der nichtgewerkschaftliche...*, cit., pág. 106; H. SEITER: *Die Entwicklung...*, cit., pág. 394.

(101) H. BUCHNER: *Der Gleichbehandlungsgrundsatz...*, cit., pág. 288.

(102) Comentario citado a la sentencia de 21 de octubre de 1969. Otros precedentes de los LAG en H. BUCHNER: *Ob. cit.*, en nota anterior, pág. 145.

trabajador el que tiene que demostrar la arbitrariedad del empresario, o si es este último el que tiene que probar el comportamiento destacado del trabajador despedido.

24. *El "despido ejemplar" o "de escarmiento" en caso de huelga ilícita*

El último problema que nos va a ocupar en relación con el despido por huelga ilícita es el de si el acto de despedir puede producirse, en cabeza de uno o varios trabajadores, con la finalidad de disuadir a los demás del comportamiento de huelga. Es lo que pudiéramos denominar «despido ejemplar», «disuasorio» o «de escarmiento». De nuevo ha sido la sentencia de 21 de octubre de 1969 la que ha dado ocasión a la doctrina para reflexionar sobre el tema.

La opinión dominante es la no justificación del despido ejemplar, salvo que recaiga en un trabajador que se hubiera erigido en líder del movimiento de huelga (103). De lo contrario, se dice, se toleraría al empresario una facultad de «diezmar» la plantilla eligiendo libremente las víctimas, que atenta al principio de igualdad de trato. De no ser así, se recalca, el empresario podría escoger a cualquiera de los participantes, incluso cuando le son conocidos los dirigentes del paro (104). En otro orden de ideas, se ha argumentado en favor de la misma tesis que el «despido disuasorio» o «ejemplar» constituye, en el caso que afecte a un trabajador sin participación activa en la huelga, un abuso de derecho, porque el empresario no puede resolver situaciones colectivas con medidas de derecho individual (105).

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

(103) H. BUCHNER, desde un punto de partida similar, llega, sin embargo, a la defensa de la sentencia de 21 de octubre de 1969, porque, a su juicio, la falta de obediencia al requerimiento se produjo sólo en una trabajadora, y el empresario no está obligado a requerir a todos los trabajadores al mismo tiempo; en ob. cit., nota anterior, pág. 230.

(104) Ver RÜTHERS, comentario a la sentencia de 21 de octubre de 1969, en AP, citada. H. SEITZ: *Die Entwicklung...*, cit., págs. 358-59. TH. MAYER-MALY, comentario a la sentencia de 21 de octubre de 1969, cit.

(105) Ver RÜTHERS: *Ibid.*, nota anterior; M. LIEB, en SAE, 1970, pág. 232.

