

# ACDCT

## Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen IX  
Año 2017



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



# ACDCT

## Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen IX  
Año 2017



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

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

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

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

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

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

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

Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ISSN: 1889-4224

Depósito legal: C 127-2018

Imprime: Diputación Provincial de A Coruña,  
Avenida Porto da Coruña, 2 - 15003 A Coruña

## SAÚDA

A Deputación Provincial de A Coruña, institución secular creada en 1836 —que tanto me honra presidir—, ó abeiro das súas competencias recoñecidas pola Constitución española, polo Estatuto de Autonomía de Galicia e pola lexislación española e galega de réxime local, en materia de fomento dos intereses peculiares da provincia (e máis especialmente, sobre temas de educación e cultura), comprácese en publicar outra vez un novo volume do Anuario do Instituto de Investigación da Asociación Coruñesa de Dereito Comparado do Traballo e da Seguridade Social, coa esperanza de que todas as aportacións científicas contidas no mesmo, e relativas a España, Alemaña, Austria, Brasil, República Checa, República Eslovaca e Suiza, contribúan a botar luz sobre a solución dos graves problemas de emprego que padecemos actualmente en España.

**Valentín González Formoso**

Presidente da Deputación Provincial de A Coruña

## SALUTATION

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

**Valentín González Formoso**

President of the Provincial Council of A Coruña



## **DIRECTOR**

*Prof. Dr. Jesús Martínez Girón*

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

## **SUBDIRECTOR**

*Prof. Dr. Alberto Arufe Varela*

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

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

*Prof. Dr. Germán Barreiro González*

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

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

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

*Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz*

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

*Dr. José M<sup>a</sup> Botana López*

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

*Prof<sup>a</sup>. Dra. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde*

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

*Prof. Dr. Gonzalo Diéguez*

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

*Prof. Dr. Joaquín García Murcia*

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

*Prof. Dr. José Ignacio García Ninet*

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

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

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

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

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, y Magistrado del Tribunal Constitucional.

*Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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

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

## **EVALUADORES EXTERNOS**

- Nacional: *Prof. Dr. Javier Gárate Castro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.
- Nacional: *Prof<sup>a</sup>. Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.
- Internacional: *Prof. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE)-Instituto Universitario de Lisboa.
- Internacional: *Prof. Dr. Luca Nogler*, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento.

## **DEFINICIÓN**

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

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## [TABLE OF CONTENTS]

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

### I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

▪ EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR ALEMANIA [ <i>THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER BY GERMANY</i> ] <b>Holger Brecht-Heitzmann y Mona Sadat Khonsari</b>	19
▪ FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA Y DERECHO DEL TRABAJO EN SUIZA [ <i>CONTINUING VOCATIONAL TRAINING AND EMPLOYMENT AND LABOR LAW IN SWITZERLAND</i> ] <b>Thomas Geiser</b> ....	39
▪ LA FORMACIÓN PROFESIONAL DESDE LA PERSPECTIVA ESLOVACA [ <i>VOCATIONAL TRAINING FROM A SLOVAK PERSPECTIVE</i> ] <b>Viktor Križan</b> .....	61
▪ LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA) Y AUSTRIA [ <i>THE (REVISED) EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND AUSTRIA</i> ] <b>Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo</b> .....	79
▪ EL MARCO LEGAL Y LAS ESTRATEGIAS FINANCIERAS DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA: LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA [ <i>LEGAL FRAMEWORK AND FUNDING STRATEGIES OF CONTINUING VOCATIONAL TRAINING: SPANISH PERSPECTIVE</i> ] <b>Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela</b> .....	95
▪ EFICACIA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN BRASIL [ <i>EFFICACY AND LEGAL NATURE OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS IN BRAZIL</i> ] <b>Edilton Meireles</b>	101
▪ FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA. MARCO JURÍDICO Y ESTRATEGIAS DE FINANCIACIÓN EN LA REPÚBLICA CHECA [ <i>CONTINUING VOCATIONAL TRAINING. LEGAL FRAMEWORK AND FUNDING STRATEGIES IN CZECH REPUBLIC</i> ] <b>Jakub Tomšej</b> .....	129

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

- W. DORALT (Editor) y N. MELZER-AZODANLOO (Colaboradora), *Kodex des österreichischen Rechts. Sozial-Versicherung*, tomos I y II, 52<sup>a</sup> ed., Linde Verlag (Viena, 2017), 906 y 587 págs. **Alberto Arufe Varela** . 143
- B.A. AARON y K.V.W. STONE, *Rethinking Comparative Labor Law. Bridging the past and the future*, Vandepas Publishing (Lake Mary-Florida, 2007), XII+241 págs. **Xosé Manuel Carril Vázquez** ..... 145
- O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coordinadora), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier (Barcelona, 2017), 369 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 147
- N. MELZER-AZODANLOO, *Labour Law in Austria*, 2<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer (AH Alpen aan den Rijn-The Netherlands, 2017), 264 págs. **Jesús Martínez Girón** ..... 149
- B. DEL M. LÓPEZ INSUA, *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, Laborum (Murcia, 2017), 261 págs. **Iván Vizcaíno Ramos** ..... 151

## II.B. REVISTA DE REVISTAS [*REVIEW OF REVIEWS*]<sup>1</sup>

- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185 (2016), núm. 188 (2016), núm. 190 (2016) y núm. 191 (2016)..... 155
- *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6 (2016), núm. 7 (2016), núm. 8 (2016) y núm. 9 (2016) ..... 156
- *Revista de Derecho Social*, núm. 73 (2016)..... 159
- *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016) ..... 159
- *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 133 (2016) y núm. 134 (2016)..... 159
- *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 13 (2016), núm. 15 (2016), núm. 18 (2016) y núm. 22 (2016)..... 161

---

<sup>1</sup> A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

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

- CRÓNICA DEL «XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA”» [*CHRONICLE OF THE «XI<sup>TH</sup> INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER BY MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE”»*]..... 165
- COEDICIÓN DE LIBROS [*COEDITION OF BOOKS*] ..... 169
- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN [*PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION*]..... 171



## ÍNDICE DE AUTORES

[CONTRIBUTORS INDEX]

**Profesor Doctor Alberto Arufe Varela**

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

**Profesor Doctor Holger Brecht-Heitzmann**

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

**Profesor Doctor Xosé Manuel Carril Vázquez**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

**Profesor Doctor Doctor *honoris causa* Thomas Geiser**

Catedrático de Derecho Privado de la Universidad de Saint Gallen (Suiza)

**Profesor Doctor Viktor Križan**

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Trnava (República Eslovaca)

**Profesor Doctor Günther Löschnigg**

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

**Profesor Doctor Jesús Martínez Girón**

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

**Profesor Doctor Edilton Meireles**

Profesor Asociado en la Universidad Federal de Bahía (Brasil)

**Profesora Doctora Nora Melzer-Azodanloo**

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

**Profesora Mona Sadat Khonsari**

Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

**Profesor Doctor Jakub Tomšej**

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carolina de Praga (República Checa)

**Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos**

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

## **ESTUDIOS**

[*RESEARCHES*]



## EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR ALEMANIA\*

[*THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER BY GERMANY*]

**Holger Brecht-Heitzmann y Mona Sadat Khonsari**

Fecha de recepción: 16 de enero de 2017  
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2017

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SUJECIÓN DE ALEMANIA A LA CSE.- 1. VIGENCIA INTERNA.- 2. APLICABILIDAD DIRECTA.- III. EL DERECHO DE HUELGA.- IV. LOS DERECHOS DE OTROS CIUDADANOS.- 1. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.- 2. IGUALDAD DE TRATO DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.- V. EL SALARIO.- VI. OTROS DERECHOS.- VII. CONCLUSIÓN.

**Contents:** I. INTRODUCTION.- II. THE BINDING OF GERMANY TO THE ESC.- 1. DOMESTIC APPLICATION.- 2. DIRECT APPLICABILITY.- III. THE RIGHT TO STRIKE.- IV. THE RIGHTS OF OTHER CITIZENS.- 1. THE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS.- 2. EQUALITY OF TREATMENT OF THE CITIZENS OF MEMBER STATES.- V. THE WAGES.- VI. OTHER RIGHTS.- VII. CONCLUSION.

**Resumen:** Este estudio trata del cumplimiento del Derecho alemán con la Carta Social Europea. Para eso, trabaja con las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. Además, analiza la importancia de la Carta Social Europea en la realidad del Derecho en Alemania y en la jurisprudencia. Eso se discute más en el ámbito del derecho de huelga.

**Abstract:** *The article analyses the compliance of German law with the European Social Charter based on the conclusions of the European Committee on Social Rights. Furthermore, it shows the relevance of the European Social Charter in German judicature and jurisprudence. Hereby, the German law on strikes and minimum wage serve as the main subjects of this examination.*

---

\* Traducción al castellano, desde el alemán original, de J. Martínez Girón y A. Arufe Varela.

**Palabras clave:** Carta Social Europea, Alemania, Cumplimiento, Derecho de huelga, Salario mínimo

*Keywords:* Germany, European Social Charter, Compliance, Strike law, Minimum wage

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

Mientras que la importancia del Derecho de la Unión en la formación jurídica se reconoce mayoritariamente, sin embargo las obligaciones del Derecho internacional juegan normalmente un papel subordinado. Lamentablemente, en pocos casos —como, por ejemplo, para las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la ulterior detención preventiva<sup>1</sup>—, el influjo del Derecho internacional en el Derecho nacional goza de un reconocimiento más amplio. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), cuya aplicación vigila el TEDH, posee en consecuencia, en virtud de las posibles reclamaciones individuales, una mayor oportunidad de protección. El otro convenio internacional del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (CSE), lleva en cambio una existencia miserable.

En esta ponencia debe tratarse exhaustivamente en qué medida la República Federal de Alemania cumple la Carta Social Europea. Al respecto, trataremos en primer lugar la eficacia vinculante de este convenio. Seguimos con un análisis de normas concretas de la CSE. Aquí, hay que mencionar, en primer lugar, el art. 6, apartado 4, de la CSE, que se refiere al derecho de huelga. Luego, deben tratarse los derechos de otros ciudadanos. Esto se refiere, por un lado, a la protección de los trabajadores migrantes, al amparo del art. 19, apartado 6, de la CSE; y de otro lado, al trato igual de los ciudadanos de otros Estados miembros, a que se refiere el art. 12, apartado 4, de la CSE. Además, deben tomarse en consideración aspectos del salario, y más concretamente, el derecho a un salario justo, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la CSE; y el derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres, a que se refiere el artículo 4, apartado 3, de la CSE. Finalmente, otros derechos se refieren a la prohibición del trabajo forzoso, de que trata el art. 1, apartado 2, de la CSE; así como a la protección a través de normas de seguridad y de salud, en virtud del art. 3, apartado 1, de la CSE.

## II. LA SUJECCIÓN DE ALEMANIA A LA CSE

Tradicionalmente, Alemania ha desempeñado un papel precursor en el reforzamiento de los derechos sociales, a cuyo efecto firmó como uno de los primeros Estados miembros del Consejo de Europa la CSE de 1961, y la ratificó cuatro años después, el 27.1.1965<sup>2</sup>. La versión revisada de la CSE de 1996 no ha sido ratificada

---

1 *EGMR* 17.12.2009 – No. 19359/04 (M./Deutschland), *NJW* 2010, 2495; cfr. también *EGMR* 7.1.2016 – No. 23279/14 (Bergmann), BeckRS 2016, 01211.

2 Sin embargo, la República Federal de Alemania no ha aprobado el artículo 4, apartados 1 y 3, el artículo 7, apartado 5, el artículo 8, apartado 2 y el artículo 10, apartado 4, véase Boletín Oficial Federal 1964 II 1261.

hasta el momento por Alemania, sino simplemente firmada —y ello sólo en el año 2007<sup>3</sup>. La ratificación todavía no operada se basa, por la parte alemana, en algunos efectos a clarificar de la versión revisada de la CSE sobre el Derecho alemán —ante todo, en especial, el derecho de huelga de los funcionarios<sup>4</sup>, sobre lo que se darán más detalles a continuación. Pero se planea la ratificación en el período de legislatura actual<sup>5</sup>.

Para poder comprender la importancia de la CSE en Alemania, queremos analizar detalladamente la eficacia vinculante de la CSE en Alemania.

## 1. VIGENCIA INTERNA

Ante todo, hay que clarificar si se puede invocar la aplicación de la CSE en el ámbito interno. La CSE, como obra del Consejo de Europa, representa un tratado internacional, de manera que debe abordarse primeramente la controvertida relación existente entre el Derecho internacional y el Derecho interno.

Los defensores del monismo parten de que el Derecho internacional y el Derecho interno son partes de un ordenamiento jurídico unitario<sup>6</sup>.

En cambio, la teoría del dualismo invoca la idea de que en el caso del Derecho internacional y del Derecho nacional se trata de dos ámbitos jurídicos independientes, que no pueden interferir o, en su caso, colisionar, entre ellos<sup>7</sup>.

---

3 En consecuencia, en lo que sigue se tomará como base la Carta Social Europea de 1961 ratificada por la República Federal de Alemania.

4 *Europausschuss des Deutschen Bundestages*, Deutscher Bundestag PuK 2-Parlamentsnachrichten, 11.06.2015, [http://www.bundestag.de/de/presse/hib/2015\\_06/-/377992](http://www.bundestag.de/de/presse/hib/2015_06/-/377992) (última entrada: 14.11.2016).

5 *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, <http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/International/Internationale-Organisationen/europarat.html> (última entrada: 14.11.2016).

6 *Verdross*, *Die Einheit des Weltbilds auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923; v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 497.

7 *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1ª ed. 1899, pág. 111; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 77 marg. 30; *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 96; *Schweitzer/Dederer*, *Staatsrecht III*, 11ª ed. 2016, § 2 marg. 47.

La doctrina dominante en Alemania<sup>8</sup> y el Tribunal Constitucional Federal<sup>9</sup> se han inclinado por una forma moderada del dualismo. De acuerdo con ella, el Derecho internacional y el Derecho nacional representan ciertamente ámbitos jurídicos independientes, pero están en una relación de interacción recíproca<sup>10</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal invoca el art. 25, inciso 1, de la Constitución Federal (CF), y el art. 59, apartado 2, de la CF<sup>11</sup>.

Sin embargo, la CF al mismo tiempo defiende abiertamente el Derecho internacional y la cooperación internacional, lo que se deriva no sólo del artículo 25 CF, del Preámbulo de la CF y del art. 1, apartado 2, del art. 23, apartado 1, y de los arts. 24 y 26 de la CF<sup>12</sup>. Basándose en esta posición de la CF, en caso de diversas posibilidades de interpretación de la CF y de las leyes nacionales, hay que elegir siempre la más favorable al Derecho internacional<sup>13</sup>. En consecuencia, los límites hay que extraerlos de los principios básicos de la Constitución<sup>14</sup>.

Si pasamos a la CSE, esto significa que la CSE, en cuanto que tratado internacional, es parte de un ámbito jurídico independiente, pero por una interpretación favorable al Derecho internacional, lleva a incluir en el ordenamiento jurídico alemán, en tanto que no esté en contradicción con los principios básicos de la CF.

En relación con ello, sin embargo, en virtud del art. 59, apartado 2, de la CF, se requiere que se promulgue una ley de aceptación del tratado internacional. Se discute qué calificación jurídica obtiene en ese caso el tratado.

Por un lado, entra en consideración la adaptación del tratado sin modificación de la calificación jurídica (la llamada teoría de la adaptación)<sup>15</sup> o, en su caso, la incorporación a través de la promulgación de una orden de ejecución en forma de

---

8 *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 107 marg. 116; *Hillgruber*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 25 marg. 2; *Geiger*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 6ª ed. 2013, § 8, pág. 16; *Streinz*, en: Sachs, GG, 7ª ed. 2014, Art. 25 marg. 19; *Wollenschläger*, en: Dreier, GG, vol. 2, 3ª ed. 2015, Art. 25 marg. 2; *Schweitzer/Dederer*, *Staatsrecht III*, 11ª ed. 2016, § 2 marg. 64; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 2 y ss.; v. *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 499, 514.

9 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318.

10 *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 96.

11 *BVerfG* 14.10.2004 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318.

12 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 318; *BVerfG* 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 y otras, BVerfGE 112, 1, 25; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 1; *Kunig* en: Graf Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 7ª ed. 2016, pág. 69 y ss.; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 9.

13 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 317 y ss.; *BVerfG* 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 y otras, BVerfGE 112, 1, 24 y ss.; *BVerfG* 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 y otras, BVerfGE 74, 358, 370; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 10, 21.

14 *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 319.

15 *Geiger*, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 6ª ed. 2013, § 33, 4ª Parte, pág. 150.

Ley de aceptación (la llamada teoría de la ejecución)<sup>16</sup> y, por otro lado, la transformación del tratado en una ley federal interna (la llamada teoría de la transformación)<sup>17</sup>. La primera posibilidad se basa en la idea del monismo, mientras que las otras se adscriben a la teoría del dualismo<sup>18</sup>.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional Federal no se ha posicionado con claridad<sup>19</sup>, aunque esto muestra precisamente que el conflicto es de naturaleza estrictamente académica, y no tiene repercusiones prácticas<sup>20</sup>. Según qué punto de vista se siga, hay que recurrir coherentemente a motivos de aplicación y fundamentos de valoración diferenciados, respecto de la aplicación, del comienzo y del fin de la vigencia, aunque en la práctica exista acuerdo sobre que las reglas de Derecho internacional hay que considerarlas como recomendaciones<sup>21</sup>.

En relación con la CSE, se publicó en 1964 en el Boletín Oficial Federal<sup>22</sup> una Ley de aceptación con la forma de una simple y formularia Ley federal. De ahí que pueda mantenerse que la CSE se aplica en el ámbito interno.

## 2. APLICABILIDAD DIRECTA

La cuestión de la aplicación de la CSE en el ámbito interno es la cuestión a plantear a continuación, en qué medida hay que aplicar sus normas en Alemania<sup>23</sup>. Más en concreto, se trata de si las normas de la CSE necesitan de medidas de ejecución adicionales por parte del legislador, para que sean aplicables, o si son auto-ejecutivas, esto es, si son directamente aplicables por los tribunales y la Administración<sup>24</sup>.

16 *Wollenschläger*, en: Dreier, GG, 3ª ed. 2015, Art. 25 marg. 1 y ss.; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 33, 4ª Parte, pág. 150, 164; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 2ª ed. 2014, § 6 marg. 500.

17 *BVerwG* 12.6.1970 – VII C 64.68, BVerwGE 35, 265; *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4; *Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, 1ª Parte, 5ª Capítulo, marg. 11.

18 *Rojahn*, en: v. Münch/Kunig, GG, 6ª ed. 2012, Art. 25 marg. 4 y ss.

19 En la doctrina sobre ejecución se señalan las siguientes decisiones: *BVerfG* 3.12.1969 – 1 BvR 624/56, BVerfGE 27, 253, 274; *BVerfG* 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 367 y 375; *BVerfG* 8.4.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244; en la doctrina sobre transformación se señalan las siguientes decisiones: *BVerfG* 30.7.1952 – 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396, 411; *BVerfG* 26.3.1957 – 2 BvG 1/55, BVerfG 26.03.1957, 2 BvG 1/55, NJW 1957, 705 (705); de manera equívoca: *BVerfG* 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307, 316 y ss.

20 *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 7.

21 *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 7.

22 Boletín Oficial Federal 1964 II 1261.

23 En el caso concreto, se discute si la cuestión de la aplicación directa hay que considerarla como exigencia de la validez interna o como punto separado de examen, cfr. *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proell, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41.

24 Cfr. *Herdegen*, Völkerrecht, 14ª ed. 2015, § 22 marg. 5.

Al respecto, no puede tomarse el tenor del tratado con carácter global y en conjunto. Más bien, hay que responder separadamente en relación con cada norma a la cuestión de la aplicabilidad directa<sup>25</sup>: en un primer paso, hay que comprobar si la norma tiene vocación de de aplicación autónoma, esto es, si fue concebida en el plano del Derecho internacional como directamente aplicable<sup>26</sup>. A continuación, hay que analizar si la norma es susceptible de aplicación. Éste es el caso en que está suficientemente determinada, de acuerdo con su tenor, objetivo y contenido, supuesto que no requiera de ninguna regla de ejecución adicional por parte del legislador<sup>27</sup>.

El cumplimiento y la aplicabilidad de normas concretas de la CSE debe analizarse detalladamente en lo que sigue.

### III. EL DERECHO DE HUELGA

Hasta el presente, la CSE ha tenido poca importancia en la doctrina jurídica alemana. La mención más temprana en la jurisprudencia<sup>28</sup> y en la doctrina científica<sup>29</sup> se refiere al derecho de huelga del art. 6, apartado 4, de la CSE, según el cual las partes contratantes «reconocen el derecho de los trabajadores y empresarios, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor». Ante todo, se discuten la necesaria vinculación convencional de

25 *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41.

26 *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 167; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 42.

27 *BVerfG* 9.12.1970 – 1 BvL 7/66, BVerfGE 29, 348, 360; *BVerwG* 27.9.1988 – 1 C 52/87 (Kassel), BVerwGE 80, 233, 235; *BVerwG* 16.10.1990 – 1 C 15/88 (Mannheim), NVwZ 1991, 787, 787; *Butzer/Haas*, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Henneke, GG, 13ª ed. 2014, Art. 59 marg. 105; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 6ª ed. 2013, § 36, 4ª Parte, pág. 166 y ss.; *Kunig*, en: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7ª ed. 2016, pág. 81, marg. 41; *Lörcher*, en: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 13.

28 *BAG* 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 y 1 AZR 611/11, AP Nr. 64, 81, 162, 173, 179 y 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; destacado en la jurisprudencia de los tribunales de instancia *LAG Hamm* 24.10.2001 – 18 Sa 1981/00, AP Nr. 161 zu Art. 9 GG Arbeitskampf y *ArbG Gelsenkirchen* 13.3.1998 – 3 Ca 3173/97, NZA-RR 1998, 352; sobre el derecho de huelga de los funcionarios, en especial, *VG Kassel* 31.8.2011 – 28 K 574/10. KS.D y 28 K 1208/10.KS.D, ArbuR 2012, 36.

29 En época más reciente hay que mencionar las siguientes Tesis Doctorales: *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014; *Dunke*, Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht, 2013; *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014; sintomático de la escasa consideración, en cambio, *Schansker*, Die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele, 2013, que, a pesar de la gran importancia del art. 6, apartado 4, de la CSE, para su tema, sólo trata de él en las págs. 70-84, 192-195, 240 y ss. y 294.

la huelga en Alemania, el monopolio sindical de la huelga, así como la prohibición de la huelga a los funcionarios<sup>30</sup>.

En la práctica, el Derecho alemán de lucha laboral no está regulado legalmente, sino que es casi exclusivamente Derecho judicial, que se deriva de la libertad de coalición del art. 9, apartado 3, de la CF. El precepto afirma:

«Se garantiza a todos y para todas las profesiones el derecho a crear asociaciones para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas. Los acuerdos que busquen restringir o perjudicar este derecho son nulos, y las medidas orientadas a ello son ilícitas. Las medidas a que se refieren el art. 12a, 35, apartados 2 y 3, el art. 87a, apartado 4 y el art. 91, no pueden dirigirse contra las luchas laborales que se lleven a cabo por las asociaciones a que se refiere el inciso 1 para la defensa y promoción de las condiciones de trabajo y de las condiciones económicas».

En relación con ello, la jurisprudencia establece, entre otras cosas, que la lucha laboral sólo puede realizarse para llevar a cabo dichos objetivos y exigencias, que puedan y deban ser objeto de un convenio colectivo<sup>31</sup>.

30 Conclusión II (1971) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión III (1973) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=III/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IV (1975) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IV/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión V (1977) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=V/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VI (1979), sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VI/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VII (1981) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VIII (1984) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VIII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IX-2 (1986) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IX-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión X-2 (1988) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=X-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XII-2 (1992) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-2 (1994) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-4 (1996) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIV-1 (1998) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVIII-1 (2006) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada, en cada caso: 5.1.2017).

31 BAG 23.10.1984, 1 AZR 126/81, AP Nr. 82 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Cfr. también BAG (Sala General) 21.4.1971, GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Estrechamente vinculado con esta cuestión está el monopolio sindical de la huelga en Alemania. Pues, según el párrafo 2, apartado 1, de la Ley del convenio colectivo (LCC), sólo pueden ser parte del convenio colectivo los sindicatos. Pero cuando el objetivo de la lucha laboral sólo pueda ser la celebración de un convenio colectivo, es obvio que también exclusivamente el sindicato en cuanto que parte de dicho convenio colectivo puede convocar la huelga. En consecuencia, se aplica la jurisprudencia vigente relativa a que es ilícito que cualquiera esté organizado al margen de un sindicato, esto es, que comience por sí mismo a que asuma con posterioridad una huelga (la denominada «huelga salvaje»)<sup>32</sup>.

También en el caso de la prohibición de la huelga a los funcionarios, existe una conexión con la vinculación convencional de la huelga. Los convenios colectivos sólo se aplican a las relaciones contractuales privadas, ante todo, las relaciones laborales mencionadas en el párrafo 1, apartado 1, de la LCC, pero también en su caso a las relaciones laborales de personas asimiladas a trabajadores a que se refiere el párrafo 12a de la LCC. En cambio, los funcionarios se encuentran en una relación jurídica de Derecho público con su empleador, de manera que no resulta aplicable ningún convenio colectivo. La base de la prohibición de la huelga resulta, ciertamente, del art. 33, apartado 5, de la CF, según el cual el Derecho del servicio público hay que «regularlo y desarrollarlo teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública». Se entiende por ello «el núcleo de principios estructurales que generalmente o muy predominantemente durante un largo período de tiempo de formación tradicional, al menos durante la Constitución de Weimar, han sido reconocidos y defendidos como vinculantes»<sup>33</sup>. De ello se desprende, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que para los funcionarios está prohibida la utilización de medios de lucha y de presión económicos para la realización de sus intereses propios, y especialmente también las medidas de lucha colectiva a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la CF, como el derecho de huelga<sup>34</sup>. Como compensación, rige el llamado principio de financiación, según el cual «a los funcionarios, según su graduación, según la responsabilidad vinculada a su puesto y según el nivel de importancia de la función pública para la comunidad, hay que garantizarles el correspondiente desarrollo de las relaciones económicas y financieras generales, y los medios de vida generales para ganarse la vida adecuadamente»<sup>35</sup>.

32 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, 21.10.1969 – 1 AZR 93/68; 21.4.1971 – GS 1/68, 14.2.1978 – 1 AZR 76/76, 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 y 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 32, 41, 43, 58, 106, 140 y 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

33 Jurisprudencia constante desde *BVerfG* 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, NJW 1959, 189; últimamente, *BVerfG* 2.5.2016 – 2 BvR 1137/14, NVwZ 2016, 1313, 1315.

34 *BVerfG* 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, NVwZ 2007, 1398, con explicaciones adicionales; cfr. también *BVerwG* 27.2.2014 – 2 C 1/13, NVwZ 2014, 736.

35 Jurisprudencia constante desde *BVerfG* 11.6.1958 – 1 BvR 1/52 y otras, *BVerfGE* 8, 1; últimamente, *BVerfG* 16.12.2015 – 2 BvR 1958/13, NVwZ 2016, 682, 683.

Desde hace muchos años, el Comité de Expertos Independientes —que se denomina actualmente Comité Europeo de Derechos Sociales— ha considerado regularmente la necesidad de una relación convencional para las luchas laborales, el monopolio sindical de la huelga, así como la prohibición de la huelga para los funcionarios, como un incumplimiento del artículo 6, apartado 4, de la CSE<sup>36</sup>. En el año 1998, el Comité de Ministros retomó incluso la crítica del criterio de la necesidad de la relación convencional<sup>37</sup>.

En relación con el monopolio sindical de la huelga, el Comité Europeo de Derechos Sociales relativizó entre tanto su posición, sin retirar en este caso su crítica básica a la falta de conformidad de Alemania con las exigencias del artículo 6, apartado 4, de la CSE: los sindicatos podrían mantener el reservarse el derecho a la convocatoria de la huelga, siempre que los trabajadores pudieran fundamentar la realización de la huelga sin requisitos especiales o las formalidades del sindicato<sup>38</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo establece en ese sentido requisitos mínimos no irrelevantes para la capacidad convencional de una asociación de trabajadores<sup>39</sup>, como es el requisito de convocar una huelga.

- 36 Conclusión II (1971) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión III (1973) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=III/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IV (1975) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IV/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión V (1977) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=V/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VI (1979) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VI/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VII (1981) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión VIII (1984) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=VIII/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión IX-2 (1986) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=IX-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión X-2 (1988) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=X-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XII-2 (1992) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-2 (1994) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-2/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIII-4 (1996) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-4/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIV-1 (1998) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XVIII-1 (2006) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-1/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/6/4/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada en cada caso: 5.1.2017).
- 37 Ministerkomitee, Empfehlung zur Anwendung der ESC durch Deutschland während des Zeitraums von 1993-1994 (13. Kontrollzyklus Teil IV) de 3.2.1998, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=recchs-98-2-en> (última entrada: 5.1.2017), traducción publicada en ArbuR 1998, 156.
- 38 Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/6/4/EN> (última entrada: 5.1.2017).
- 39 Como corresponde, la asociación de trabajadores tiene que haber establecido como función estatutaria la defensa de los intereses de sus afiliados en su calidad de trabajador, y estar dispuesta a concluir convenios colectivos. Debe estar libremente constituido, libre de adversarios, independiente y organizado con base supraempresarial, y reconocer como vinculante el Derecho vigente sobre los convenios colectivos. Además, es requisito que la asociación de trabajadores pueda cumplir sus funciones como parte del convenio colectivo de manera útil. Al respecto, de un lado, se corresponde la fuerza de oponerse a la contraparte social, y de otro lado, una cierta capacidad prestacional de la organización; BAG 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, AP Nr. 4 zu § 2 TVG.

En relación con los funcionarios, el Comité Europeo de Derechos Sociales siempre ha considerado la prohibición absoluta de la huelga como incompatible con la CSE. Sólo podrían darse excepciones en los casos en los que es ejerciten poderes soberanos especiales. Esto se aplicó especialmente a las autoridades de policía o a las fuerzas armadas, jueces, así como a funcionarios de alto rango de la Administración<sup>40</sup>.

Se discute si la práctica decisoria del Comité Europeo de Derechos Sociales representa una interpretación auténtica. Esto se afirma parcialmente<sup>41</sup>, y se niega, en cambio, por los principales representantes de la doctrina científica<sup>42</sup>. Existe una posición intermedia con fuertes argumentos, respecto de que debería darse un motivo convincente para separarse de ella<sup>43</sup>. Sin embargo, incluso por los críticos se reconoce que en el caso de decisiones de órganos como el Comité Europeo de Derechos Sociales, se trata de emisión de opiniones con una indiscutible autoridad<sup>44</sup>. Y de ahí que no sorprenda que tampoco el Tribunal Federal de Trabajo tenga problema en tener en cuenta las opiniones de comités de expertos independientes en su argumentación<sup>45</sup>. Hay que añadir que las opiniones del Comité Europeo de Derechos Sociales se confirman en todo caso a través de otros métodos de interpretación<sup>46</sup>. Hay que mencionar en este sentido, ante todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la norma paralela del art. 11, apartado 2, del CEDH, según la cual las limitaciones del derecho de huelga de los servidores públicos sólo son admisibles bajo estrictas exigencias<sup>47</sup>.

Finalmente, existe unanimidad en la cuestión de si el art. 6, apartado 4, de la CSE, es directamente aplicable al Derecho alemán<sup>48</sup>. En relación con ello, es

40 Así, últimamente, Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 6, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/DEU/6/4/EN> (última entrada: 5.1.2017).

41 En este sentido, *Lörcher*, en: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 22; *Schlachter*, RdA 2011, 341, 345 y ss.; dejado abierto por *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 326.

42 *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 132 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 181; *Löwisch/Rieble*, TVG, 3ª ed. 2012, fundamentalmente marg. 294; negativamente, en cuanto a las recomendaciones del comité de ministros *Schansker*, *Die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele*, 2013, pág. 193 y ss.

43 *Däubler*, ArbuR 1998, 144, 147 y ss. “Motivos importantes“ exige *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht*, 2013, pág. 52.

44 *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 136; *Rieble*, RdA 2005, 200, 204.

45 BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 162, 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

46 *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 326.

47 *EGMR* 12.11.2008 – Nr. 34503 (*Demir und Baykara*), ArbuR 2009, 269; *EGMR* 21.4.2009 – Nr. 68959/01 (*Enerji Yapı-Yol Sen*), ArbuR 2009, 274; *EGMR* 27.3.2007, Nr. 6615/03 (*Karaçay*13.7.2010), ArbuR 2011, 306, con anotación de *Lörcher*, der Hinweise zu weiteren Entscheidungen des *EGMR* gibt.

48 Afirmativamente, *Czycholl/Frieling*, ZESAR 2011, 322, 324; *Lörcher*, en: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, 3ª ed. 2011, § 10 marg. 22 (con explicaciones adicionales en nota a pie 63); negativamente, *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 207 (con explicaciones adicionales en pág. 207, nota a pie 4); *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskampfrecht*, 2013, pág. 190 y ss.; *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht*, Band I, 1997, pág. 959 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 194 y ss.; dejado abierto por *BVerfG* 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, AP Nr. 31 zu § 2 TVG; *BVerfG* 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

decisivo en todo caso el tenor literal, según el cual las partes contractuales no sólo es obligan al cumplimiento de derechos determinados, sino que más bien «reconocen» el derecho de huelga. Sin embargo, la cuestión puede quedar en último término abierta, dado que sobre el principio de la favorabilidad del Derecho internacional repercute en todo caso la aplicabilidad indirecta del art. 6, apartado 4, de la CSE<sup>49</sup>. También el Tribunal Federal de Trabajo reconoce, con una posición intermedia, que la CSE representa una obligación internacional asumida por la República Federal de Alemania, cuyas reglas deben observar los tribunales, cuando llena los vacíos existentes en el Derecho legal relativo a la ordenación de la lucha laboral con las decisiones interpretativas de la Constitución<sup>50</sup>. Dado que el Derecho alemán de la lucha laboral es Derecho judicial, tampoco hay ningún Derecho legal concreto que pudiera contraponerse a la CSE. De ahí que resulte esperable que la jurisprudencia efectúe correcciones que conduzcan a la conformidad con las disposiciones de la CSE. El Tribunal Federal de Trabajo ya ha admitido que las afirmaciones generalizantes relativas a que las luchas laborales son sólo admisibles para la realización de objetivos regulables por el convenio colectivo, necesitan de un nuevo examen en relación con el art. 6, apartado 4, de la CSE<sup>51</sup>. Como se mostró, con esta cuestión también están conectados otros aspectos críticos del Comité Europeo de Derechos Sociales. No obstante, estos no llevarían aparejadas modificaciones importantes del Derecho alemán del convenio colectivo y de la lucha laboral.

#### IV. LOS DERECHOS DE OTROS CIUDADANOS

La Carta Social Europea también se ocupa de la protección transfronteriza de los derechos sociales de los trabajadores. Esto debe asegurarse, entre otros, según el art. 19 de la CSE, a través de una protección especial de los trabajadores migrantes, así como a través del trato igual de los ciudadanos de los Estados miembros, en virtud del art. 12 de la CSE. En relación con esto, el Comité Europeo de Derechos Sociales, sin embargo, ha declarado reiteradamente el incumplimiento de los deberes del Tratado por la República Federal de Alemania.

---

49 En este sentido, también *Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, pág. 220 y ss.; *Dumke*, *Streikrecht i. S. des Art. 6 Nr. 4 ESC und deutsches Arbeitskämpfrecht*, 2013, pág. 196 y ss.; *Gooren*, *Der Tarifbezug des Arbeitskampfes*, 2014, pág. 194 y ss.

50 *BAG* 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 y 1 AZR 611/11, AP Nr. 81, 162, 173, 179 y 180 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

51 *BAG* 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El art. 19, apartado 6, de la CSE obliga a los Estados miembros, supuesto que sea posible, a facilitar la reunión del trabajador migrante con derecho a establecimiento en el territorio nacional, con su familia. En Alemania, para la reagrupación con el cónyuge de un extranjero casado durante el período de concesión del permiso de residencia, en virtud del párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra d, de la Ley de residencia (AufenthG), no se exige aún que el extranjero que ya viva en Alemania desde hace dos años posea el permiso de residencia. En cambio, si el cónyuge está ya en el momento de otorgamiento del permiso de residencia, no se exige ninguna duración para quien ya poseyera previamente el permiso de residencia, en virtud del párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra e), de la AufenthG. El Comité Europeo de Derechos Sociales ve en la exigencia un obstáculo importante para la reagrupación familiar. La duración debe ascender como máximo a un año<sup>52</sup>, y la norma debe aplicarse sin excepciones a todos los migrantes y sus familias, con independencia de su situación específica (excepciones son los casos de matrimonio forzado, error en las reglas de inmigración e intervención legítima)<sup>53</sup>. Una diferenciación como la que se prevé en el párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra d), de la AufenthG y en el párrafo 30, apartado 1, núm. 3, letra 3), de la AufenthG, no es compatible con el artículo 19, apartado 6, de la CSE.

Además de esto, entorpecerá la reagrupación familiar el necesario certificado de matrimonio reagrupado o, en su caso, de hijos reagrupados mayores de 16 años, del párrafo 30, apartado 1, número 2, y del párrafo 32, apartado 2, de la AufenthG<sup>54</sup>. El Comité valora ciertamente que Alemania quisiera adoptar medidas que promovieran la integración de los trabajadores emigrantes y sus familias, aunque estas medidas sean incompatibles con el artículo 19, apartado 6, de la CSE, supuesto que tengan la eficacia de prohibir la entrada o la estancia, o afecten en su contenido esencial el derecho del artículo 19, apartado 6, de la CSE<sup>55</sup>.

No sólo se critica el ingreso en Alemania con fundamento en la CSE, sino también la expulsión de trabajadores emigrantes. Según el artículo 19, apartado 8, de la CASE, éstas sólo deberían producirse cuando los trabajadores amenacen la

52 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN>; Conclusión XIX-4 (2011) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada en cada caso: 13.12.2016).

53 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

54 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

55 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 6, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-4/def/DEU/19/6/EN> (última entrada: 13.12.2016).

seguridad del Estado o incumplan la seguridad y el orden públicos, o las buenas costumbres.

En virtud del párrafo 54, apartado 2, número 4, de la AufenthaltG, existe un interés importante para expulsar cuando el extranjero consuma heroína, cocaína u otros estupefacientes peligrosos similares, y no esté dispuesto a la prestación de los servicios de rehabilitación que resulten necesarios, o no le correspondan. Pero, según opinión del Comité, este motivo de expulsión es muy amplio y, en consecuencia, incompatible con el artículo 19, apartado 8, de la CSE, dado que solamente por causa del consumo de estupefacientes ningún peligro puede derivarse para la seguridad y el orden públicos, o para la violación de las buenas costumbres<sup>56</sup>.

## 2. IGUALDAD DE TRATO DE LOS CIUDADANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Los Estados miembros de la CSE se obligan, a través del artículo 12, apartado 4, letra a). de la CSE, al trato igual de los ciudadanos de otros Estados miembros con los propios ciudadanos, respecto de los derechos de seguridad social. Con este propósito, deben celebrarse Tratados bilaterales o multilaterales.

Sin embargo, hasta 2011, Alemania no había celebrado ningún acuerdo de seguridad social con Albania<sup>57</sup>, Andorra, Armenia, Azerbaián, Georgia y Moldavia. Y de ahí que no se trate a los ciudadanos de estos Estados miembros como a los alemanes, respecto de los derechos de seguridad social. Por este motivo, existe un incumplimiento del artículo 12, apartado 4, letra a), de la CSE<sup>58</sup>.

---

56 Conclusión XX-4 (2015) sobre el art. 19, apartado 8, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-4/def/DEU/19/8/EN>; Conclusión XV-1 (2001) sobre el art. 19, apartado 8, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XV-1/def/DEU/19/8/EN> (última entrada en caso caso: 13.12.2016). En su toma de posición de 2015, la comisión de expertos también ha declarado que los motivos de expulsión de los párrafos 55, apartado 2, núm. 6, núm. 5, subapartado 2, y núm. 4, de la versión anterior de la AufenthaltG, eran incompatibles con el art. 19, apartado 8, de la CSE. La toma de posición se ceñía al período de referencia de 2010 a 2013. Sin embargo, el párrafo 55 de la AufenthaltG fue modificado después por el art. 1 de la Ley sobre nueva determinación del derecho de estancia y de las condiciones de residencia de 27.7.2015 (Boletín Oficial Federal I 1386), que suprimió los motivos de expulsión antes mencionados del párrafo 55, apartado 2, núms. 5 y 6, de la versión anterior de la AufenthaltG.

57 El 23.9.2015, la República Federal de Alemania y la República de Albania concluyeron un convenio bilateral de seguridad social, que todavía no ha entrado en vigor (a fecha de 1.1.2016), cfr. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, *Zweiseitige Sozialversicherungsabkommen (außerhalb der UE, EWR, und der Schweiz)*, 1.01.2016, URL: [http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/zweiseitige-abkommen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/zweiseitige-abkommen.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (última entrada: 27.12.2016).

58 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

Con ello, por falta de acuerdos interestatales con los Estados miembros mencionados, se incumple el artículo 12, apartado 4, letra b), de la CSE, respecto del mantenimiento de los derechos de seguridad social<sup>59</sup>.

Objeto de análisis del Comité Europeo de Derechos Sociales, en el marco del artículo 12, apartado 4, de la CSE, fue también el subsidio de hijos otorgado por la República Federal de Alemania. Éste sólo se otorga en Alemania, en virtud del parágrafo 63, apartado 1, inciso 6, de la EstG o, en su caso, al protegido por el parágrafo 2, apartado 5, de la BKGG, cuando el hijo con derecho al subsidio reside en Alemania o en un Estado miembro de la UE o del EEE. En principio, es ciertamente compatible con el artículo 12, apartado 4, de la CSE que el pago de prestaciones familiares se vincule a la residencia del hijo en el Estado pagador, aunque no todos los Estados miembros establezcan dicho requisito. Y de ahí que todos los Estados miembros con dicho requisito se obliguen a celebrar acuerdos con aquellos Estados miembros que no prevén la exigencia. Dicho acuerdo no existe con Albania, Armenia, Georgia y la Federación Rusa<sup>60</sup>.

Considerando las discusiones políticas actuales, el subsidio de hijos podría volver a ser objeto de análisis por el Comité Europeo de Derechos Sociales: el Presidente del SPD y Ministro de Economía de la República Federal de Alemania, Sigmar Gabriel, ha efectuado en diciembre de 2016 la propuesta de que hay que indexar y actualizar, según el coste de la vida en sus países, el subsidio de hijos para los ciudadanos de la UE, cuyos hijos vivan en sus países respectivos<sup>61</sup>. Dicha indexación, sin embargo, conduciría de nuevo a un trato desigual de los alemanes y de los ciudadanos de otros Estados miembros de la CSE. En todo caso, resultaría concebible que dicha modificación también se aplicase a los ciudadanos alemanes, esto es, para que también cobrasen el subsidio de hijos sólo en la cuantía actualizada al nivel del Estado de residencia de sus hijos. También para éstos permanecería existente una desigualdad de trato indirecta, dado que la probabilidad de empeoramiento para los ciudadanos no alemanes sería justamente más alta.

---

59 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

60 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 12, apartado 4, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/12/4/EN> (última entrada: 13.12.2016).

61 *Hamburger Abendblatt*, 17.12.2016, Gabriel: Kindergeld für EU-Ausländer kürzen, <http://www.abendblatt.de/politik/deutschland/article209012689/Gabriel-Kindergeld-fuer-EU-Auslaender-kuerzen.html>; *Zeit Online*, 19.12.2016, Gabriel fordert von Schäuble Vorstoß zur Kindergeld-Kürzung [Video], <http://www.zeit.de/video/2016-12/5253735631001/eu-auslaender-gabriel-fordert-von-schaeuble-vorstoss-zur-kindergeld-kuerzung>; *Bundesregierung*, Conferencia de prensa del Gobierno de 19 diciembre, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/12/2016-12-19-regpk.html> (última entrada en caso: 21.12.2016).

## V. EL SALARIO

El artículo 4, apartado 1, de la CSE reconoce el derecho a un salario justo. En los años 2007, 2010 y 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró el incumplimiento por Alemania de sus deberes relacionados con esto, en vista de sus extendidos salarios bajos<sup>62</sup>. En estos casos, el Comité se refiere al período de tiempo comprendido entre 2001 y 2012. El 1.1.2015 introdujo, sin embargo, la Ley del Salario Mínimo (MiLog)<sup>63</sup> un salario mínimo interprofesional; éste asciende, en virtud del párrafo 1, apartado 2, de la MiLoG, a 8,50 euros. El 1.1.2017 el salario mínimo se elevó a 8,84 euros brutos por hora<sup>64</sup>. Ante este contexto, se plantea la cuestión de si la situación de Alemania está en conformidad ahora con el artículo 4, apartado 1, de la CSE.

En el año 2015, el salario neto promediado de los trabajadores importaba 16,54 euros por hora<sup>65</sup>. Según interpretación del Comité de Derechos Sociales, en todo caso, los salarios deben estar sobre el umbral de pobreza del Estado afectado. El salario neto de menos del 60% del salario promediado se considera, como regla, injusto y, por ello, incompatible con el artículo 4, apartado 1, de la CSE. Pero un salario neto que caiga por debajo del límite del 60%, no se considera automáticamente como injusto a los efectos de la Carta. Cuando el salario está entre el 50% y el 60%, puede requerirse al Estado que manifieste que es, sin embargo, suficiente para posibilitar a los trabajadores un nivel de vida adecuado, por ejemplo, a través de información detallada sobre los costes del nivel de vida. Sin embargo, siempre se considera el salario neto de menos de la mitad del salario neto promedio como injusto y, en consecuencia, incompatible con el artículo 4, apartado 1<sup>66</sup>. Ante este contexto, la situación general económica de las personas en Alemania debe ser muy buena, en comparación con la de otros países, y de ahí que se recurra a la mitad del salario neto mensual como magnitud de referencia.

---

62 Conclusión XVIII-2 (2006) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-2/def/DEU/4/1/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/4/1/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 4, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/4/1/EN> (última entrada en caso caso: 7.1.2017).

63 Ley de reforzamiento de la autonomía convencional de 11.8.2014, Boletín Oficial Federal I 1348.

64 Reglamento de adaptación del salario mínimo de 15.11.2016, Boletín Oficial Federal I 2530.

65 *Statistisches Bundesamt*, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen 2015, Fachserie 18 Reihe 1.4, [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VolkswirtschaftlicheGesamtrechnungen/Inlandsprodukt/InlandsproduktsberechnungEndgueltigPDF\\_2180140.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VolkswirtschaftlicheGesamtrechnungen/Inlandsprodukt/InlandsproduktsberechnungEndgueltigPDF_2180140.pdf?__blob=publicationFile) (última entrada: 7.1.2016), noviembre 2016, pág. 53.

66 *Council of Europe*, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 septiembre 2008, <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f> (última entrada: 7.1.2017), pág. 43.

En consecuencia, los trabajadores deberían percibir al menos un salario neto de 8,27 euros. En el caso de un salario mínimo de 8,50 euros, que se aplicaba en el año 2015, quedaba el trabajador a tiempo completo soltero sin hijos, tras el descuento de 0,49 euros de impuestos y de 1,74 euros de cotizaciones sociales, con solamente 6,26 euros de salario neto<sup>67</sup>. Para lograr un salario neto de 8,27 euros, el salario bruto debería alcanzar, sin embargo, los 12,34 euros<sup>68</sup>. En consecuencia, hay que sostener, también tras la introducción del salario mínimo legal, que Alemania queda claramente por debajo de sus obligaciones derivadas del artículo 4, apartado 1, de la CSE.

Respecto de ello, al igual que antes, resulta problemática la cuestión de la igualdad salarial. Según el artículo 4, apartado 3, de la CSE, los Estados miembros se obligan a reconocer el derecho de los trabajadores hombres y mujeres a un salario igual por un trabajo de valor igual. En el año 2015, sin embargo, las mujeres ganaban en Alemania un salario bruto horario promediado de 16,20 euros, claramente menor que el de los hombres de 20,59 euros. La llamada brecha salarial no resuelta —en la que repercuten factores como sectores y profesiones diferentes, en los que las mujeres y hombres están ocupados, así como el reparto desigual de las exigencias del puesto de trabajo respecto de la dirección y la cualificación, o la baja antigüedad o, en su caso, la empleabilidad más restringida en el caso de las mujeres— existía, consiguientemente, en un 21%. Esto supone una disminución del 1% en comparación con el año anterior, lo cual podría deberse a la introducción del salario mínimo. Si se descuentan los factores mencionados ligados a la diferencia biográfica típica de las mujeres, siempre permanece una brecha salarial de aproximadamente el 7%<sup>69</sup>.

En vista de estos números, no es sorprendente que el Comité Europeo de Derechos Sociales ya tempranamente tratase de forma crítica la situación en Alemania<sup>70</sup>. Desde 2004, establece regularmente el Comité que la limitación de la cuantía de las indemnizaciones en caso de despidos, que representan una reacción a la rea-

67 En caso de 38,5 horas por semana, corresponden 167 horas por mes, en el Estado federado de Berlín, año de nacimiento 1971. cifras según el calculador de ingresos y de salarios del Ministerio Federal de Finanzas, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2015/> (última entrada: 7.1.2017).

68 Ingresos mensuales brutos de 2061,- €, con deducción de 169,- € del seguro de enfermedad, 29,37 € del seguro de dependencia, 192,70 € del seguro de pensiones, 30,92 € del seguro de desempleo, 225,91 € del impuesto sobre el salario, 12,42 € de la tasa de solidaridad y 20,33 € del impuesto eclesiástico, de lo que se deriva un salario mensual neto de 1380,35 €; cifras según el calculador de ingresos y de salarios del Ministerio Federal de Finanzas, <https://www.bmf-steuerrechner.de/bl2015/> (última entrada: 7.1.2017).

69 *Statistisches Bundesamt*, Comunicado de prensa 097/16 de 16 marzo 2016, [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/03/PD16\\_097\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/03/PD16_097_621.html) (última entrada: 7.1.2017). Críticamente, sobre los aclarados *vactos salariales Klenner/Schulz/Lillemeier*, Gender Pay Gap – die geschlechtsspezifische Lohnlücke und ihre Ursachen, Policy Brief WSI 07/2016, [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_pb\\_7\\_2016.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_pb_7_2016.pdf).

70 Conclusión I (1969) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=I/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión II (1971) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=II/def/DEU/4/3/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.2017).

lización del salario igual por un trabajo de valor igual, está en contradicción con el artículo 4, apartado 3, de la CSE<sup>71</sup>. Esta crítica yerra fácticamente. Es cierto, según el párrafo 9, apartado 1, de la Ley de Protección Contra el Despido (KSchG), que el Tribunal disuelve la relación laboral a petición del trabajador a cambio del pago de una indemnización, cuando no cabe exigirle la continuación de la relación laboral; a petición del empresario, esto es igualmente posible, cuando existen motivos que no permitan esperar la ulterior cooperación útil entre empresario y trabajador para los objetivos empresariales. El párrafo 10, apartado 2, de la KSchG establece, al respecto, 18 meses de salario como límite absoluto infranqueable. Pero esta regulación representa un caso excepcional, que en la praxis judicial no juega ningún papel. El caso normal es, más bien, que las partes acuerden en conciliación judicial una indemnización (de cuantía no limitada), o —más raramente— en caso de decisión controvertida, que se declare el restablecimiento o, en su caso, la finalización de la relación laboral<sup>72</sup>. El problema real del pago desigual de hombres y mujeres, al poner el foco en oponerse a esta práctica, se sugiere a simple vista.

Para encarar la brecha salarial, el Partido Socialdemócrata de Alemania se esfuerza desde hace tiempo en una Ley de igualdad salarial<sup>73</sup>, y pudo establecerse en noviembre de 2013 la correspondiente obligación en el contrato de coalición<sup>74</sup>. Un proyecto sobre el tema del Ministerio federal de familia permaneció, sin embargo, diez meses en la Oficina de la Cancillería, hasta que los partidos de la coalición acordaron los puntos clave en octubre de 2016<sup>75</sup>. El proyecto de ley de transparencia salarial prevé, entre otras cosas, derechos de información individual para los trabajadores, un procedimiento empresarial para la revisión y elaboración de la igualdad salarial, así como deberes de informar para el empresario<sup>76</sup>. En vista de su desarrollo posterior, sin embargo, para altamente probable que el proyecto de ley ya no se tramite en el período legislativo en curso. Y de ahí que el tema de la igualdad salarial

71 Conclusión XVI-2 (2004) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE,

<http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-2/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XVIII-2 (2006) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVIII-2/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XIX-3 (2010) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-3/def/DEU/4/3/EN>; Conclusión XX-3 (2014) sobre el art. 4, apartado 3, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-3/def/DEU/4/3/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.12017).

72 Al respecto, cfr. *Biebl*, en: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 5ª ed. 2017, § KSchG marg. 1 y ss.; *Klauges, ArbRAktuell* 2014, 542.

73 Cfr. el proyecto de ley para la ejecución del mandato de igualdad salarial de mujeres y hombres de 23.5.2012, BT-Drs. 17/9781.

74 Contrato de coalición entre CDU, CSU y SPD – 18ª Legislatura,

<https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (última entrada: 7.1.2017), pág. 103.

75 *Spiegel online*, Koalition einigt sich auf Gesetz zur Lohngerechtigkeit zwischen Mann und Frau, 6.10.2016, <http://www.spiegel.de/karriere/bundesregierung-einigt-sich-auf-gesetz-zu-lohngleichheit-a-1115430.html> (última entrada: 7.1.2017).

76 Art. 1 del proyecto de ley para mayor justicia salarial entre mujeres y hombres, versión de 27.10.2016, [https://www.bvdm-online.de/fileadmin/user\\_upload/2016-11-01\\_Nr\\_RS\\_SP\\_43\\_Entgelttransparenzgesetz\\_-\\_UEbearbeiter\\_Referentenentwurf\\_Anlage\\_Referentenentwurf.pdf](https://www.bvdm-online.de/fileadmin/user_upload/2016-11-01_Nr_RS_SP_43_Entgelttransparenzgesetz_-_UEbearbeiter_Referentenentwurf_Anlage_Referentenentwurf.pdf) (última entrada: 7.1.2017).

podría quedar pendiente en el orden del día en Alemania todavía durante mucho tiempo.

## VI. OTROS DERECHOS

Según el art. 1, apartado 2, de la CSE, los Estados miembros se obligan a proteger eficazmente el derecho de los trabajadores a ganar su sustento por medio de una actividad libremente ejercida. También se comprende en él la prohibición del trabajo forzoso<sup>77</sup>. Según opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales, en Alemania se pasa por alto esta prohibición, por causa de que los reclusos pueden ser obligados a trabajar para empresas privadas dentro de los centros penitenciarios, sin que sea necesario su consentimiento al respecto<sup>78</sup>. El párrafo 41, apartado 3, de la Ley de ejecución de penas (StrafvollzugsG), que exige la necesidad de dicho consentimiento, no ha entrado todavía en vigor<sup>79</sup>. Al respecto, no se corresponden las condiciones de trabajo de los internos con las de las relaciones laborales privadas tradicionales<sup>80</sup>.

Finalmente, el Comité ha declarado el incumplimiento del art. 3, apartado 1, de la CSE, en la medida en que grupos determinados de autónomos no están comprendidos suficientemente en las regulaciones de seguridad y de salud en el lugar de trabajo, aunque están sometidos a los mismos riesgos que los trabajadores<sup>81</sup>. Según sus propios datos, el Gobierno alemán tampoco tiene la intención de promulgar regulaciones o reformas a favor de la seguridad y de la salud de los trabajadores autónomos en un futuro próximo, dado que no ha habido ningún incremento de accidentes de trabajo en estos grupos<sup>82</sup>.

77 Digest (2008), pág. 20; Conclusión XVI-1 (2003) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVI-1/def/DEU/1/2/EN>.

78 Fue declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional Federal, cfr. *BVerfG* 1.7.1998, 2 BvR 441/90, marg. 166; Conclusión XX-1 (2012) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-1/def/DEU/1/2/EN>; Conclusión XVII-1 (2005) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XVII-1/def/DEU/1/2/EN> (última entrada en cada caso: 7.1.2017).

79 *Däubler/Galli*, en: *Feest/Lesting*, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, 6ª ed. 2012, § 41 marg. 13; *Feest/Köhne*, en: *Feest/Lesting*, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, 6ª ed. 2012, § 198 marg. 6; trasfondo del previsto párrafo 41, apartado 3, de la *StrafvollzugsG* fue el art. 2, núm. 2, letra c), del Convenio núm. 29 de la OIT.

80 Conclusión XX-1 (2012) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-1/def/DEU/1/2/EN>; Conclusión XIX-1 (2008) sobre el art. 1, apartado 2, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-1/def/DEU/1/2/EN> (última entrada en cada caso: 12.12.2016).

81 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 3, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/3/1/EN> (última entrada: 12.12.2016).

82 Conclusión XX-2 (2013) sobre el art. 3, apartado 1, de la CSE, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XX-2/def/DEU/3/1/EN> (última entrada: 12.12.2016).

## VII. CONCLUSIÓN

La Carta Social Europea es Derecho vigente en Alemania. En qué medida preceptos concretos se aplican directamente, es algo discutido. Pero según el principio de la interpretación favorable al Derecho internacional, el Derecho nacional debe ser interpretado según conforme a la posibilidad de que establezca obligaciones de Derecho internacional en el tratado. Como se mostró, la República Federal de Alemania incumple normas de la CSE en una serie. Los tribunales alemanes son favorables aquí, a través de una interpretación del Derecho nacional favorable al Derecho internacional, a provocar la conformidad con la CSE. Especialmente en el ámbito del Derecho de huelga, que representa prácticamente Derecho judicial en exclusiva, esto sería posible sin la correspondiente intervención del legislador. Sin embargo, la jurisprudencia también debería desprenderse de parte de algunos dogmas tradicionales y reiterados, como la prohibición de la huelga a los funcionarios.

# FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA Y DERECHO DEL TRABAJO EN SUIZA\* \*

[CONTINUING VOCATIONAL TRAINING AND EMPLOYMENT AND LABOR  
LAW IN SWITZERLAND]

Thomas Geiser

Fecha de recepción: 27 de noviembre de 2016

Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2016

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.- 1. NECESIDADES ECONÓMICAS.- 2. FORMACIÓN PROFESIONAL Y FORMACIÓN CONTINUA.- II. POSICIÓN JURÍDICA.- 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.- 2. REGULACIÓN A NIVEL LEGAL Y REGLAMENTARIO.- A. GENERALIDADES.- B. DERECHO DEL CONTRATO DE TRABAJO.- C. LA LEY FEDERAL SOBRE FORMACIÓN CONTINUA.- 3. CONVENIOS COLECTIVOS.- III. ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA.- 1. JORNADA Y SALARIO EN LA FORMACIÓN CONTINUA.- 2. LOS COSTES DE LA FORMACIÓN CONTINUA.- 3. RECLAMACIÓN DE SALARIOS Y COSTES TRAS EL DESPIDO.- IV. PROBLEMAS ORGANIZATIVOS.- V. RETOS ACTUALES.- BIBLIOGRAFÍA.

*Contents:* I. INTRODUCTION.- 1. ECONOMIC NEEDS.- 2. VOCATIONAL TRAINING AND CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- II. LEGAL FOUNDATION.- 1. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES.- 2. RULING AT THE LEVEL OF STATUTES AND RULES AND REGULATIONS.- A. IN GENERAL.- B. EMPLOYMENT LAW.- C. THE FEDERAL STATUTE ABOUT CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- 3. COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS.- III. ORGANIZATION AND FINANCING OF THE CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- 1. WORKING TIME AND WAGES IN CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- 2. THE COSTS OF CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- 3. WAGE CLAIMS AND COSTS AFTER THE DISMISSAL.- IV. ORGANIZATORY PROBLEMS.- V. PRESENT CHALLENGES.- BIBLIOGRAPHY.

---

\* Traducción al castellano, desde el alemán original de Jesús Martínez Girón.

**Resumen:** Este trabajo concibe la formación profesional continua como una institución orientada a mantener la capacidad laboral del trabajador. Analiza todas las fuentes reguladoras de la misma en el Derecho suizo, con inclusión de los acuerdos negociados entre los interlocutores sociales, y especialmente los declarados de eficacia general. El principal reto a que se enfrentan estas fuentes es el del déficit de mano de obra existente en diversos sectores productivos suizos.

***Abstract:** This paper conceives the continuing vocational training as an institution aiming at maintaining the employee's labor ability. It analyzes the whole sources ruling such institution in the Swiss Law, including the agreements bargained by social partners, and specially those having general efficacy. The main challenge faced by these sources is the manpower deficit existing in a number of productive Swiss sectors.*

**Palabras clave:** Formación profesional continua – Suiza – Fuentes reguladoras — Acuerdos laborales conjuntos — Desafíos

***Keywords:** Continuing vocational training — Switzerland — Ruling sources — Joint labor agreements — Challenges*

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. NECESIDADES ECONÓMICAS

**1.1.** Con el desarrollo técnico y el tránsito de una sociedad agraria a una industrial, y finalmente a una sociedad de servicios, las exigencias a los trabajadores se han hecho más amplias. El mercado de trabajo se ha desarrollado desde trabajos poco cualificados a trabajos de más alta cualificación. Simultáneamente, cabe verificar un cambio siempre más rápido del desarrollo tecnológico. Esto tiene dos consecuencias esenciales: en primer lugar, el concreto trabajador tiene que disponer siempre de más altas cualificaciones para poder subsistir en el mercado de trabajo, y en segundo lugar, tiene que renovar sus conocimientos actuales, porque se quedan anticuados rápidamente<sup>1</sup>. Quien no está en posición de apropiarse de los conocimientos y saberes necesarios y de adaptarse al cambio profesional, corre el riesgo de marginarse de los procesos laborales. Súbitamente, ya no está suficientemente cualificado para su trabajo actual. Además, los cambios de puestos de trabajo son mucho más frecuentes que antes. Pero la perspectiva de un nuevo puesto de trabajo sólo la tienen los demandantes de empleo que se adecúan con sus conocimientos y saberes a la nueva situación técnica. Éste es uno de los motivos del crecimiento de los subsidios de incapacidad. La incompetencia formativa puede conducir a la incapacidad. El concepto central en conexión con el de formación profesional es la **conservación de la capacidad laboral del trabajador concreto**.

**1.2.** La sobrecualificación también puede ser un obstáculo para el mercado de trabajo. Ciertamente, la problemática podría estar tanto en la **falsa asignación de recursos** como en un exceso de formación. Y de ahí que sea cierto que un sistema de formación no se concentra sólo en la formación profesional o continua académicas, sino que ofrece al lado una formación profesional o continua prácticas profesionalmente orientadas al mercado.

### 2. FORMACIÓN PROFESIONAL Y FORMACIÓN CONTINUA

No es siempre fácil diferenciar de modo sencillo formación profesional y profesión continua. Especialmente, cuando se trata de la conservación de la capacidad laboral, no cabe diferenciar claramente ambas modalidades de formación. Son posibles diversos criterios de diferenciación:

---

1 Cfr. Geiser, recht 1996, marg. 1.2.

—**Momento de la formación:** En principio, puede considerarse como formación profesional la adquisición de cada capacidad laboral que sea necesaria para acceder a un trabajo determinado. En el caso de la formación continua, se trata de la actualización del conocimiento ante nuevas circunstancias. Pero los mismos conocimientos y saberes son ya formación profesional para una persona que accede por primera vez a la vida laboral. También quien aspira a una calificación posterior más alta en su profesión actual, practica la formación continua; para el que sólo alcanza en el mundo laboral este nivel más alto, se trata de formación profesional.

—**Contenido de la formación profesional:** La formación continua requiere una formación profesional ya existente, mientras que la formación profesional puede producirse también sin una específica formación previa. De acuerdo con esta distinción, tampoco cursar un Master en una Universidad es formación profesional, sino formación continua. Pero esto resulta muy problemático en conexión con el deber de financiación de los padres.

—**Entorno jurídico:** Se consideran formación profesional los cursos formativos estructurados que conducen a un título reconocido por el Estado, mientras que la formación continua son en verdad igualmente cursos formativos estructurados, aunque no ofrezcan ningún título reconocido. Pero entonces se plantea la cuestión de lo que sea título reconocido por el Estado.

1.4. En conexión con ello, hay que tener en cuenta más distinciones. Así, pueden diferenciarse **formación continua informal y estructurada**. La formación continua estructurada se produce señaladamente en cursos organizados, con programas de estudios y una relación definida enseñar-aprender, mientras que en la caso de la formación informal las competencias pueden adquirirse de forma autodidacta<sup>2</sup>. Finalmente, también hay que deslindar la formación continua en la profesión de la formación continua general. También aquí hay igualmente formas mixtas y zonas grises.

1.5. Expresándolo de modo algo complejo, pueden considerarse formación continua toda «continuación o reanudación de aprendizaje organizado tras la conclusión de una primera fase de formación, con el objetivo de renovar, ampliar o adquirir de nuevo los conocimientos y capacidades adquiridos»<sup>3</sup>.

## II. POSICIÓN JURÍDICA

---

2 Cfr. Art. 3, letras c y d WeBig [SR 419.1], AS 2016 689 ss.; Curia Vista 13.038.

3 Stieger, marg. 552.

## 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

**2.1.** La Constitución Federal se ocupa expresamente de la formación continua en el artículo 64a<sup>4</sup>, y da a la Federación el cargo y los principios competenciales para el establecimiento de la formación continua<sup>5</sup>. La disposición organiza el fundamento constitucional para la promoción de la formación continua por la Federación<sup>6</sup>, sin obligar igualmente al Estado federado a esa promoción. Al respecto, se encuentran en la Constitución, en otros contextos, normas que dan a la Federación ciertas competencias en conexión con los diversos tipos de formación continua. La formación continua puede tener funciones diferenciadas y, en correspondencia con ello, también puede instituirse para alcanzar objetivos constitucionales diferenciados. En este caso, la formación continua no necesita ser expresamente citada en la Constitución como un recurso.

**2.2.** La formación continua orientada a la profesión sirve, en todo caso, para que un individuo mantenga su capacidad laboral y, en consecuencia, para poder mantener sus ingresos con su trabajo. En este sentido, la formación continua sirve para **alcanzar los objetivos sociales anclados en la Constitución Federal**. Para ello, la Federación y los Cantones se obligan en conexión a asumir responsabilidades personales e iniciativas privadas que permitan mantener a los capacitados para trabajar sus ingresos por el trabajo en condiciones apropiadas<sup>7</sup>. Esto significa que el Estado debe implicarse en el mantenimiento de la capacidad laboral de toda persona. Ciertamente, no surgen de estos objetivos sociales competencias adicionales de la Federación y tampoco pueden derivarse derechos prestacionales frente al Estado<sup>8</sup>. Pero la disposición obliga muy claramente a la Federación en el marco de sus diversas competencias, y subsidiariamente a la responsabilidad personal y a las iniciativas privadas<sup>9</sup>, a tener en cuenta estos objetivos sociales. La formación continua —y en consecuencia, también su promoción de un modo u otro— es un recurso muy eficiente en relación con ello.

**2.3.** No subsidiariamente, sino primariamente —pero en conexión con la iniciativa privada— la Federación es competente en materia de **aseguramiento de los inválidos y aseguramiento de los desempleados**<sup>10</sup>. En ambos, existe una conexión directa con la capacidad laboral. Un elemento esencial para evitar ambas

---

4 También hay que tener en cuenta el Art. 67, apartado 2, BV, que afecta a la formación de adultos.

5 Art. 64a, apartado 1, BV.

6 Art. 64a, apartado 2, BV.

7 Art. 41, apartado 1, letra d, BV.

8 Art. 41, apartados 3 y 4, BV.

9 Art. 41, apartado 1, Ingress BV.

10 Art. 111 ss. BV.

contingencias es una formación continua eficiente. En el marco de estos seguros sociales, la Federación también puede regular la formación continua. Supuesto que se trate, en el marco de estas funciones constitucionales relacionadas con la formación continua, de regular la relación entre empresario y trabajador, la Federación se apoya finalmente en su competencia para regular la relación laboral<sup>11</sup>. Si pone en práctica en relación con ello un instrumento jurídico-civil, hay que tener en cuenta la competencia de la Federación sobre el conjunto del Derecho civil y del Derecho procesal civil<sup>12</sup>.

**2.4.** La formación profesional continua también sirve a la **protección de terceros o del medio ambiente**. Éste es siempre el caso en que una actividad determinada requiere capacidades y conocimientos especiales, que cambian. Para dichas actividades no basta la prueba de capacidades adquiridas con anterioridad. Más bien, es necesario que las personas afectadas se acomoden al nuevo estado del conocimiento y adquieran nuevas técnicas y capacidades. Supuesto que corresponda a las funciones de la Federación la protección de terceros y del medio ambiente, puede ciertamente confirmarse como necesario que la Federación también regule la formación continua correspondiente y, dado el caso, la apoye. Consecuentemente, puede derivarse para la Federación de diferentes disposiciones constitucionales un encargo de promover una determinada formación continua.

**2.5.** En relación con ello, la Federación tiene en los **ámbitos adicionales** más diversos **una competencia de promoción**. En especial, esto afecta a los ámbitos del deporte, la cultura en general, las lenguas y el cine<sup>13</sup>. Muy frecuentemente existe esta promoción, entre otros casos, en el apoyo a la formación continua de un modo u otro<sup>14</sup>.

## 2. REGULACIÓN A NIVEL LEGAL Y REGLAMENTARIO

### A. GENERALIDADES

**2.6.** Sobre el conjunto del Derecho federal se encuentran repartidas normas que se refieren de un modo u otro a la formación continua<sup>15</sup>. Sobre ella, el Parlamento ha promulgado el 20 junio 2014 una Ley federal sobre la formación continua

---

11 Art. 110, apartado 1 BV, en especial letra b.

12 Art. 122, apartado 1, BV.

13 Art. 68 ss. BV.

14 Así, por ejemplo, también en el ámbito del cine.

15 Cfr. la opinión en el informe del EVD sobre una nueva política de formación de la Federación de 2009, págs. 39 ss.

(WeBiG), que entrará en vigor el 1 enero 2017<sup>16</sup>. En las Leyes sobre la protección de terceros o del medio ambiente se encuentran normas reguladoras de la formación continua. Pueden abarcar desde la simple promoción hasta la **responsabilidad autónoma de la formación continua**. Hay que pensar especialmente en el ámbito de la navegación aérea y de las profesiones médicas<sup>17</sup>. Las correspondientes obligaciones se encuentran en una multitud de disposiciones ulteriores. Como regla, las Leyes no distinguen si la persona a formar está o no en relación laboral con el titular de la empresa.

2.7. En el propio Derecho del Trabajo<sup>18</sup>, se encuentran bastantes menos disposiciones sobre la formación continua. Expresamente, mencionarán ésta sólo en el marco de la definición jurídico-pública de la jornada de trabajo<sup>19</sup>. Se plantea allí la cuestión de cuándo el tiempo empleado en la formación continua debe ser tenido en cuenta en la averiguación de la jornada máxima admisible. **El Derecho del contrato de trabajo no contiene ninguna disposición general que regule la formación profesional continua**. El contrato de aprendizaje se refiere a la formación profesional básica, no a la formación continua. Al respecto, la formación profesional es en él el propósito de la relación laboral<sup>20</sup>. Pero se cuestiona al tratarse de contratos de trabajo cuyo objetivo es exclusivamente la prestación laboral. La formación continua sólo debe producirse en ellos. Sólo en el ámbito del trabajo juvenil se prevé la existencia en la ley del derecho a un permiso de formación<sup>21</sup>. Pero esto afecta a una porción muy concreta y, además, no a la formación profesional continua, sino a la correspondiente al trabajo juvenil extraescolar no asalariado<sup>22</sup>.

## B. DERECHO DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.8. Teniendo en cuenta la escasa densidad normativa del Derecho suizo, no sorprende igualmente esta falta de regulación expresa. Con el **artículo 328 OR**, el Derecho del contrato de trabajo dispone de un precepto suficientemente abierto y flexible para poder interpretar las reglas sobre formación continua. Según este precepto, la empresaria tiene que tomar en consideración la personalidad del trabajador y adoptar, para la protección de su vida y salud, las medidas que sean necesarias según la experiencia, según el estado de la técnica aplicable y apropiadas a las circunstancias de la empresa, supuesto que puedan exigírsela equitativamente teniendo

16 SR 419.1; AS 2016 689 ss.; Curia Vista 13.038; BBI 2013 3729 ss.

17 Art. 122g LFV [748.01]; Art. 40 MedBG [SR 811.11]; Art. 53 y 56 Ley de transplantes [SR 810.21].

18 En lo que sigue, me limito a las relaciones de Derecho privado.

19 Art. 13, apartado 4, ArGV 1.

20 Art. 344 OR.

21 Art. 329e OR.

22 Al respecto, cfr. También Stieger, marg. 66 ss.

en cuenta la concreta relación laboral y la naturaleza de la prestación de trabajo. Forman parte de los derechos personales protegidos por este precepto, medidas indiscutibles y también el desarrollo profesional del trabajador<sup>23</sup>.

**2.9.** Sobre la cuestión de qué derechos pueden derivarse del artículo 328 OR, en relación con la formación continua, hay que tener en cuenta igualmente la redacción muy general de esta norma y, por otro lado, su ámbito. En especial, se derivan ciertas claves del ámbito, que se regulan en el artículo 329e OR, sobre el modo y la forma, así como el derecho a permisos, para el trabajo juvenil. Por supuesto, la disposición hay que interpretarla de conformidad con la Constitución y de acuerdo con las obligaciones internacionales de Suiza<sup>24</sup>. De ello, pueden extraerse las siguientes claves<sup>25</sup>:

—En principio, sólo **existe un derecho a permiso no retribuido**. Al respecto, pueden darse igualmente excepciones, según el tipo de formación continua<sup>26</sup>.

—En relación con el **alcance del permiso**, puede pretenderse el permiso para el trabajo de jóvenes, para quienes se prevé el máximo de una semana laboral. La duración del derecho debe **determinarse en el caso concreto**, sobre la base del tipo de formación continua y de la organización de la relación laboral<sup>27</sup>.

—Respecto del poder de dirección de la empresa y el juego conjunto del deber de cuidado de la empresa y el deber de buena fe del trabajador, se desprende que las partes tienen que **acordar el momento** del permiso de formación continua.

—La empresa —de modo análogo al permiso para el trabajo de jóvenes<sup>28</sup>— puede exigir un **certificado de la asistencia real** a la correspondiente formación continua. Pero la empresa no tiene ninguna posibilidad de sanción, cuando el trabajador ciertamente asiste al curso, pero no ha realizado eventuales exámenes.

**2.10.** En 2013, el Parlamento ha introducido un deber de plan social, cuando las empresas de cierto tamaño proyecten despedir en el plazo de 30 días al menos 30 trabajadores, por motivos que no tengan ninguna conexión con sus perso-

---

23 Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N. 7 zu Art. 328 OR; Staehelin, N. 9 zu Art. 328 OR; sobre el derecho al desarrollo económico como parte del derecho general de la personalidad, cfr. BGE 123 III 193; 131 III 102.

24 Cfr. Stieger, marg. 193 ss.

25 Cfr. Geiser, recht 1996, marg. 2.7.

26 Cfr. subsiguientes margs. 2.22. ss.

27 Cfr. Stieger, marg. 159 ss.

28 Art. 329e, apartado 4, OR.

nas<sup>29</sup>. Igualmente no existe ninguna obligación de decretar un concreto plan social. En relación con ello, la empresa sólo está obligada a negociar, y cuando no pueda alcanzarse ningún acuerdo, tiene que decidir en el caso concreto el órgano arbitral constituido<sup>30</sup>. El contenido del plan social carece de especificaciones de partida de cualquier tipo. Más bien, puede contener todas las medidas posibles, para evitar los despidos, reducir su número o atenuar sus consecuencias<sup>31</sup>. Contenido posible del plan social también pueden ser las readaptaciones profesionales o la formación continua. La naturaleza jurídica del plan social no es clara. Pero está fuera de duda que el derecho del trabajador a las medidas que puedan preverse en el plan social, y que éstas sean realizables por medio de demanda. Igualmente puede ser contenido del plan social sólo la formación profesional en el momento de los despidos masivos. El plan social sólo se decretará cuando los despidos estén en discusión. ¿Existe también una conexión entre el deber de plan social y la formación continua mientras está viva la relación laboral? A esto hay que responder con claridad afirmativamente: Si la empresa forma ininterrumpidamente a sus trabajadores, entonces conserva con ello su capacidad laboral. Tan pronto como la empresa entra en crisis, los trabajadores buscan nuevas perspectivas. Su capacidad laboral repercutirá en que consigan nuevos puestos y, en consecuencia, en que no deban esperar de ningún modo a su despido. Por esta vía, no se producen sólo despidos masivos y el plan social evita, en su caso, que puedan resultar afectados menos trabajadores, de manera que el plan social también costará notablemente menos a la empresa.

### C. LA LEY FEDERAL SOBRE FORMACIÓN CONTINUA

**2.11.** La nueva Ley de formación continua pretende expresamente, entre otras cosas, mejorar la capacidad laboral de las personas poco cualificadas<sup>32</sup>. Esto no significa que las personas con buena capacidad laboral puedan mejorar y mantener su capacidad laboral. A pesar de este objetivo, la Ley no prevé **ningún deber** de formación continua, ni para los trabajadores ni para las empresas<sup>33</sup>. En vez de ello, la Ley establece que cada persona tiene que asumir la responsabilidad de su formación continua<sup>34</sup>. Sólo se obliga a las empresas públicas y privadas a «mejorar» la formación continua de sus trabajadoras y trabajadores<sup>35</sup>.

### 3. CONVENIOS COLECTIVOS

---

29 Art. 335i OR en la redacción de 21 junio 2013, en vigor desde 1 enero 2014 (AS 2013 4111; BBl 2010 6455).

30 Art. 335i, apartado 3, y Art. 335j OR, en la redacción de 21 junio 2013.

31 Art. 335h, apartado 1, OR, en la redacción de 21 junio 2013.

32 Art. 4, letra c, WeBiG.

33 Cfr. Información del Consejo Federal sobre la WeBiG, BBl 2013 3772.

34 Art. 5, apartado 1, WeBiG.

35 Art. 5, apartado 2, WeBiG.

**2.12.** En la interlocución social, la formación continua es desde hace tiempo un tema importante<sup>36</sup>. En correspondencia con ello, diversos convenios colectivos —llamados contratos conjuntos de trabajo— contienen frecuentemente reglas generales sobre la forma de promover el deber de formación continua de las empresas. En su mayor parte, se trata igualmente de las llamadas disposiciones de responsabilidad indirecta, que no establecen derechos entre trabajadores y empresas, sino que imponen a los trabajadores ciertos deberes de contribuir a instituciones de los interlocutores sociales, y que otorgan a los trabajadores derechos frente a estas instituciones<sup>37</sup>.

**2.13.** La discusión política a que ha conducido la promulgación de la We-BiG, se encuentra de nuevo en los contratos conjuntos de trabajo. Como regla general, se acentúa sobre ellos el valor de que la actual formación continua se pone en la responsabilidad de cada concreta persona, pero también prevén derechos frente a las empresas<sup>38</sup>. Una investigación de 2011 ha mostrado que aproximadamente la mitad de todos los contratos conjuntos de trabajo declarado de eficacia general para todo el país prevén un **derecho a la formación continua** propio del trabajador. Su alcance varía entre uno y cinco días al año<sup>39</sup>. En parte, los convenios conjuntos de trabajo también ligan el sistema salarial a la formación profesional y a la formación continua. La asistencia a la formación continua con diploma conduce a derechos salariales más elevados<sup>40</sup>.

**2.14.** La regulación de la formación continua en los convenios colectivos no prevé típicamente ninguna forma de obligación de las empresas de continuar el pago del salario durante la formación continua, y tampoco ningún deber de asumir los costes de los cursos. En relación con ellos, los interlocutores sociales participantes en los contratos conjuntos de trabajo crean un fondo de formación continua, que se hace cargo de los costes en cada caso concreto. **El fondo se nutre con las cotizaciones de trabajadores y empresas.** En la industria de la construcción, por ejemplo, los trabajadores pagan el 0,7% de su salario y las empresas el 0,5% de la retribución total al fondo. Las empresas detraen las cotizaciones correspondientes a los trabajadores e ingresan la suma total<sup>41</sup>. La correspondiente disposición del contrato conjunto de trabajo se declara de eficacia general, de manera que el deber de cotización no sólo afecta a aquellos trabajadores y empresas que estén afiliados a la correspondiente asociación patronal o sindicato, sino a todos, incluidos los traba-

---

36 Cfr. Stöckli, Gesamtarbeitsverträge, pág. 93.

37 Stöckli, Weiterbildung, pág. 19.

38 Stöckli, Weiterbildung, pág. 19.

39 Stöckli, Weiterbildung, pág. 20.

40 GAV-Estatal de hostelería, celebrado entre HGU, Unia y Syna, de un lado, y SCA, Gastrosuisse y hotellerie-suisse, de otro lado ([www.l-gaqv.ch](http://www.l-gaqv.ch)), en vigor desde 1 enero 2012.

41 Art. 8, apartado 4, del Convenio marco estatal para la industria suiza de la construcción 2016 – 2018.

ADORES DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL<sup>42</sup> Y EMPRESAS EXTRANJERAS QUE REALICEN SU ACTIVIDAD EN SUIZA<sup>43</sup>. EL LLAMADO FONDO PARITARIO, QUE SE GESTIONA POR LOS INTERLOCUTORES SOCIALES, ASIGNA AL CONCRETO TRABAJADOR QUE ASISTE A UN CURSO EL 80% DEL SALARIO PERDIDO, LOS COSTES DEL CURSO Y CIERTAS COMPENSACIONES ADICIONALES<sup>44</sup>. EN RELACIÓN CON ELLO, TAMBIÉN CIERTAS INSTITUCIONES DE FORMACIÓN CONTINUA APOYAN DIRECTAMENTE AL FONDO.

**2.15.** Estas instituciones de los interlocutores sociales juegan un gran papel, tanto en la política de empleo como en la política de formación. En conexión con la llamada iniciativa popular sobre inmigración masiva, aceptada el 9 febrero 2014, que obliga al legislador a limitar la inmigración a través de contingentes y de la preferencia de los nacionales<sup>45</sup>, la Cámara Federal proyecta incrementar el número de trabajadores en Suiza. De acuerdo con una nota de prensa de la Cámara Federal de 18 diciembre 2015, debe intensificarse la colaboración con los Cantones y las organizaciones del mundo laboral. En especial, debe examinarse donde existen vacíos en los ámbitos de la formación profesional y la formación continua, así como en la readaptación profesional, señaladamente en las profesiones con una inmigración más alta, y sobre todo en las profesiones técnicas y sanitarias, así como en la construcción y hostelería, deben ponerse en práctica actuaciones. En especial, la financiación de la formación continua de los trabajadores mayores debe promoverse. Se pretende mantener y mejorar la capacidad laboral. Al respecto, las grandes empresas de ámbito federal, como correos o ferrocarriles, deben mostrar cómo pretenden incrementar el empleo de trabajadores nacionales. Finalmente, también deben ofrecer a los refugiados reconocidos un mejor tránsito a la formación profesional. Esta declaración de intenciones tampoco se ha transpuesto hasta el presente de modo concreto. De análoga importancia son estas precauciones de los interlocutores sociales.

---

42 Art. 20, apartado 1, de la Ley federal sobre intermediación laboral y cesión de trabajadores (Ley de intermediación laboral, AVG) de 6 octubre 1989 [SR 8223-11].

43 Art. 2, apartado 2bis, de la Ley federal sobre medidas adicionales para las trabajadoras y los trabajadores desplazados y sobre el control de los salarios mínimos previstos en los contratos de trabajo ordinarios (Ley de desplazamiento, EntsG) de 8 octubre 1999 [SR 823.20].

44 Art. 30 ss. del Fondo paritario de la industria suiza de la construcción y del Fondo paritario del reglamento prestaciones de la construcción de 2016.

45 Art. 121a BV.

### III. ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA

#### 1. JORNADA Y SALARIO EN LA FORMACIÓN CONTINUA

**3.1.** La formación continua exige tiempo. En consecuencia, se cuestiona si éste se considera jornada de trabajo. En el Derecho suizo, la jornada de trabajo tiene dos significaciones netas diferenciadas: Por un lado, se plantea la cuestión de si se trata de **jornada desde el punto de vista del Derecho del contrato de trabajo**, esto es, si el trabajador realiza una prestación contractual al asistir a la formación continua de la empresa. Si esto es cierto, también hay que compensar el tiempo correspondiente, porque la prestación laboral en el contrato de trabajo es siempre retribuida<sup>46</sup>. La cuantía del salario la acuerdan mutuamente las partes. Pueden perfectamente acordar durante la formación continua un salario más bajo que el que corresponde a la propia prestación laboral.

**3.2.** Por otro lado, hay que aclarar si se trata de **jornada a efectos de la Ley laboral**. La Ley laboral prescribe una jornada máxima<sup>47</sup>. Ésta ciertamente puede sobrepasarse bajo determinados requisitos<sup>48</sup>. Pero estas llamadas sobre-horas hay que compensarlas obligatoriamente de forma adicional y con un complemento, supuesto que no se compensen a través de tiempo libre dentro de un período de tiempo apropiado<sup>49</sup>. Además, debe repartirse la jornada de un modo determinado en la semana y, por principio, está prohibido el trabajo nocturno y el trabajo dominical<sup>50</sup>. Si se trata de formación continua en la jornada, también hay que tener en cuenta sobre ella estas reglas.

**3.3.** El artículo 13, apartado 4, de la Ley laboral 1 mantiene ahora que la formación continua en este contexto cuenta como jornada, cuando **se curse por orden de la empresa o esté prescrita por la ley**. De ello debe deducirse que si no prescrita por la ley u ordenada por la empresa, la formación continua no se considera jornada a efectos de la Ley laboral. Finalmente, hay que tener en cuenta que esta regla no comprende sólo las correspondientes actividades de aprendizaje, sino también el tiempo dedicado a la preparación previa y posterior. La regla —en contraste con la regulación contractual de las horas extraordinarias— es absolutamente imperativa. Las partes no pueden por medio de acuerdo separarse de ella.

46 Duc/Subilia, N. 10 zu Art. 319 OR; Wyler, pág. 48 ss.; Tercier, marg. 2966.

47 Art. 9 ArG.

48 Art. 12 ArG.

49 Art. 13 ArG.

50 Art. 10 s. ArG.

**3.4.** Como regla, la **formación continua específica del puesto de trabajo** se ordena por la empresa, supuesto que no esté ya prescrita por la ley. La orden no precisa efectuarse expresamente. Más bien, puede desprenderse de las circunstancias. Dicha orden también hay que aceptarla, cuando anuncia el trabajador una formación continua específica del puesto de trabajo y la empresa tiene conocimiento de ello, sin que reaccione de ninguna forma. Se desprende de las circunstancias que esta especie de formación continua existe siempre en interés directo de la empresa.

**3.5.** Si no se trata de formación continua específica del puesto de trabajo, en principio, no estamos ante trabajo. Es también tiempo libre en el trabajo como cualquier otro. El alcance y la intensidad de la formación continua no tienen importancia en este caso. No se trata de trabajo, sino de utilización de tiempo libre, **porque falta la conexión con una relación laboral concreta**. Esta conexión falta claramente, en principio, cuando la formación continua no es útil para la relación laboral, lo que ocurre muy frecuentemente. Es ciertamente lo contrario cuando la empresa ha ordenado esta formación continua o está prescrita legalmente. Esto liga expresamente con las disposiciones correspondientes de la Ley laboral<sup>51</sup>.

**3.6.** La misma regla que para la Ley laboral también debe aplicarse al **Derecho del contrato de trabajo**. El trabajador se obliga a poner a disposición de la empresa su jornada de trabajo. La empresa concreta la prestación a realizar en el marco del acuerdo contractual. Cuando el trabajador decide por sí mismo cursar una formación continua, no pone a disposición de la empresa durante este tiempo su fuerza de trabajo; por el contrario, cuando la empresa determina la formación continua, cumple esta instrucción en el marco de sus obligaciones laborales y, de esta forma, realiza su prestación contractual. Congruentemente, es **jornada de trabajo retribuable**<sup>52</sup>. Dependiendo de su alcance, puede realizar horas extraordinarias, que —a reserva de otro acuerdo— hay que compensar entonces con el complemento correspondiente, supuesto que no tenga lugar ninguna compensación por medio de tiempo libre<sup>53</sup>.

## 2. LOS COSTES DE LA FORMACIÓN CONTINUA

**3.7.** El artículo 327a, apartado 1, de la OR prescribe que la empresa tiene que reembolsar obligatoriamente al trabajador todos los gastos necesarios para la ejecución del trabajo. Los acuerdos según los cuales el trabajador tuviese que asumir

<sup>51</sup> Art. 13, apartado 4, ArGV 1.

<sup>52</sup> Stöckli/Rehbinder, N. 5 zu Art. 329 OR.

<sup>53</sup> Nef, SZS 1993, pág. 60 s.; Geiser, recht 1996, pág. 29, marg. 2.4.

total o parcialmente los **gastos necesarios** son nulos<sup>54</sup>. Y de ahí que no quepa duda de que la empresa también tiene que asumir los costes de la formación continua, que sean necesarios para el ejercicio de la profesión. Si la formación continua es necesaria o no, debe determinarse en el caso concreto. La **necesariedad** a efectos de la Ley puede desprenderse de **tres razones**:

—La formación continua es «necesaria» cuando está **prescrita por la Ley**. Como se ha expuesto, hay ciertos ámbitos en los que el legislador prescribe una formación continua constante, para la protección de terceros o del público.

—Pero la formación continua también es necesaria para el ejercicio de la concreta actividad cuando **la empresa prescribe aquélla**, o en su caso, la exige. Es obvio que también entonces tiene que pagar los costes<sup>55</sup>.

—Finalmente, sin embargo, la necesidad también puede derivarse de **reglas deontológicas**. En ciertas profesiones, las asociaciones establecen los estándares correspondientes. Estos estándares, como se reconoce generalmente, pueden ser tenidos en cuenta, y exigir una formación continua constante, de manera que ésta sea necesaria para el correcto ejercicio de la profesión. Congruentemente, la empresa tiene que hacerse cargo de los costes. El artículo 328, apartado 2, de la OR obliga también expresamente a la empresa a aquellas precauciones «que, de acuerdo con la experiencia, sean necesarias», y no sólo a las prescritas legalmente.

**3.8.** Del artículo 327a de la OR también se sigue la conclusión inversa de que los costes de la formación continua, que sea **sólo deseable o útil** pero no prescrita ni por la ley ni por las asociaciones profesionales y tampoco haya sido ordenada por la empresa, no tiene que asumirlas esta última<sup>56</sup>. El deber de asunción requiere el correspondiente acuerdo<sup>57</sup>, que por supuesto también puede haber sido tácitamente celebrado.

**3.9.** El límite será delicado cuando de formación continua cuando ciertamente no exista la necesidad ni legal ni deontológica y cuando tampoco haya sido ordenada por la empresa, pero deba calificarse como **exclusiva específicamente del puesto de trabajo**. Este caso beneficia directamente a la empresa. Supuesto que la empresa tuvo conocimiento de la correspondiente formación continua, también debe por eso asumir los costes. Los acuerdos en contra están, en este sentido, excluidos;

---

54 Art. 327a, apartado 4, OR; cfr. Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N. 2 y 9 zu Art. 327a OR.

55 Wyler, pág. 289; JAR 1998, pág. 162.

56 Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N. 7 zu Art. 327a OR; Wyler, pág. 289.

57 Duc/Subilia, N. 6 zu Art. 327a OR; Wyler, pág. 289; Stöckli/Portmann, N. 3 zu Art. 327a OR.

porque la formación continua es exclusivamente específica del puesto de trabajo y la empresa tiene conocimiento de esta formación profesional, los costes correspondientes deben considerarse como necesarios, de manera que la asunción de los costes resulta obligatoria<sup>58</sup>. Si quiere la empresa que los costes no se asuman, entonces tiene que comunicar la instrucción de que no hay que cursar la formación continua.

**3.10.** Muchos puestos requieren como necesaria una formación profesional determinada. Por el contrario, para la formación continua debe **acordarse** esta **formación profesional**, antes de que con carácter general pueda ser aceptada la propia actividad. Aquí no basta la necesidad para que los costes correspondientes deban ser asumidos por la empresa<sup>59</sup>. En principio, esto también se aplica cuando cambia el puesto de trabajo en la misma empresa y es necesaria la readaptación profesional para el nuevo puesto. Congruentemente, en principio, una compañía aérea no debe asumir la readaptación profesional de un piloto en un nuevo tipo de avión<sup>60</sup>. A falta de otro acuerdo, sólo existe tal deber cuando la formación profesional es específica de la empresa o, en su caso, del puesto de trabajo. Los costes de la llamada **introducción** tiene que asumírselos la empresa en todo caso<sup>61</sup>.

### 3. RECLAMACIÓN DE SALARIOS Y COSTES TRAS EL DESPIDO

**3.11.** Si, de acuerdo con los principios expuestos, la empresa debe **asumir obligatoriamente los costes de la formación continua**, entonces **tampoco puede exigir su devolución**, cuando la relación se extingue. Frente a ello, otra cosa se prevé cuando la empresa ha asumido exclusivamente en el contrato el reembolso de los costes. Igualmente, el deber de reembolso requiere siempre el correspondiente acuerdo, que también puede celebrarse informalmente<sup>62</sup>, aunque tiene que probarlo la empresa en el caso concreto. Los acuerdos requieren, como regla, que el trabajador tenga que satisfacer las correspondientes contribuciones de la empresa, cuando la relación laboral se extingue dentro de un plazo determinado después de concluirse la formación profesional. Parcialmente, hay más distinciones según la forma de finalización de la relación laboral.

---

58 Wyler, pág. 289; Portmann, N. 3 zu Art. 327a OR; cfr. Arbeitsgericht Zürich, Sentencia de 27.2.1995, ZR 97/1998, pág. 184 ss.

59 Bezirksgericht Arlesheim, Sentencia de 26 mayo 1988, JAR 1991, pág. 199 ss.

60 Obergericht BL, Sentencia de 13 junio 1989, JAR 1991, pág. 203 ss.

61 Portmann, N. 3 zu Art. 327a OR.

62 Brunold, marg. 247.

**3.12.** Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se discute con qué alcance son admisibles dichos acuerdos<sup>63</sup>. En primer lugar, se discute la **naturaleza jurídica de dicho deber de reembolso**. Se defiende, en parte, que se trata de una pena convencional<sup>64</sup>. Pero también es posible que las partes hayan acordado en relación con esto un préstamo. Supuesto que el deber de prestación dependa de la extinción de la relación laboral, se presenta siempre, sin embargo, una estrecha relación con ésta, de manera que hay que tener en cuenta el marco jurídico del Derecho del contrato de trabajo. Surgen de las reglas expresadas obstáculos, de un lado, sobre la imperativa asunción de costes para la formación continua necesaria, y de otro lado, de la prohibición de vinculaciones excesivas<sup>65</sup> y de la paridad formal y material de la extinción<sup>66</sup>. Si se asigna al deber de reembolso una determinada extensión, entonces representa una cadena de oro. A partir de qué extensión se presenta para la empresa como una restricción inadmisibles de la libertad por causa de una vinculación excesiva, a duras penas admite disposiciones generales, sino que requiere de una valoración de intereses en el caso concreto<sup>67</sup>.

**3.13.** Importante en esta valoración es no sólo la **relación entre el salario del trabajador y la cuantía del deber de reembolso**. Decisivo es, más bien, cuánto debe durar aún la relación laboral, y en consecuencia, si el deber de reembolso corresponde total o parcialmente. La valoración de intereses también se impone diferenciadamente, teniendo en cuenta cuánto tiempo ha durado ya la relación laboral antes del comienzo de la formación continua. En relación con la **duración máxima admisible del compromiso**, la práctica —como era de esperar— no es unitaria. En principio, la jurisprudencia debía ajustarse a las decisiones valorativas del legislador, incluso cuando éstas no son directamente aplicables. El legislador ha **limitado, en principio a tres años**, la admisibilidad de la prohibición de concurrencia posterior al contrato. Sólo cabe exceder esta duración bajo circunstancias especiales<sup>68</sup>. Más allá, en mi opinión, hay que concluir que el deber de reembolso debe desaparecer, como regla, cuando la relación laboral ya ha durado tres años tras la conclusión de la formación continua asumida por la empresa<sup>69</sup>. Las obligaciones más largas son ciertamente admisibles cuando existen necesidades especiales, señaladamente cuando el trabajador se ha aprovechado de una formación continua no proporcional en relación

63 Streiff/Von Kaenel/Rudolph, N. 7 zu Art. 327a OR y N. 3 zu Art. 335a OR; Wyler, pág. 289 ss.; Portmann, N. 4 zu Art. 327a OR; Geiser, recht 1996, pág. 33, marg. 2.22.; BGer 4A\_90/2009 de 25.5.2009, E. 4; BGer 4P.264/2001 de 10.1.2002; JAR 1991, pág. 203 (BL); JAR 1999, pág. 327 (ZH).

64 Von Blumenthal, pág. 7 ss.

65 Art. 27 ZGB; Stieger, marg. 370 ss.

66 Art. 335a OR; al respecto, cfr: Brunold, marg. 264 ss.; Stieger, marg. 362 ss.; Geiser, recht 1996, pág. 31 ss., margs. 2.16 ss.

67 Brunold, marg. 280; Stieger, marg. 373; Blumenthal, pág. 32 s.; Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, Sentencia de 4.3.1997, JAR 1998, pág. 249 ss.

68 Art. 340a, apartado 1, OR.

69 Gl.M. Tribunal Arbitral Industrial BS, Sentencia de 5.10.2009, JAR 2010, pág. 453 ss.; A.M. Obergericht BL, Sentencia de 13 junio 1989, JAR 1991, pág. 203 ss.; cfr. también BGer 4A.90/2009 de 25.5.2009, JAR 2010, pág. 213 ss.; BGer 4A\_90/2009.

con la empresa o el deber de reembolso es muy reducido. Pero, a la inversa, también pueden considerarse excesivos tres años en el caso concreto. En el límite absoluto hay que considerar cinco años<sup>70</sup>, que el Tribunal Federal también ha admitido<sup>71</sup>.

**3.14.** Para el deber de reembolso se toma ordinariamente **como base la disolución de la relación laboral**<sup>72</sup>. En conexión con la prohibición de concurrencia, el legislador ha adoptado una regulación diferenciada, según qué obligación corresponde cuando la empresa ha extinguido la relación laboral, sin que le haya dado motivo fundado al trabajador, o cuando éste resuelve por un motivo fundado del que responsabilizar a la empresa<sup>73</sup>. La valoración similar se encuentra en las disposiciones generales sobre el Derecho de obligaciones en conexión con la frustración del cumplimiento de una condición<sup>74</sup>. Igualmente es allí más estricta la exclusión de la eficacia que el cumplimiento o no cumplimientos del supuesto de hecho esencial de la condición que sólo se finge, cuando el supuesto de hecho ha sido impedido por una parte *contra la buena y la confianza*<sup>75</sup>. Ciertamente, esto no es necesario en el contexto existente<sup>76</sup>. Para la ocurrencia del deber de reembolso, debe bastar que la disolución se cause por la empresa<sup>77</sup>. Pero congruentemente, tampoco se suprime en la extinción de la empresa, cuando el trabajador no ha dado ocasión para ello, salvo cuando se le pueda reprochar. Si respecto de ello tampoco puede ser tenido en cuenta una capacidad laboral duradera no culpable, en mi opinión, es dudoso<sup>78</sup>.

#### IV. PROBLEMAS ORGANIZATIVOS

**4.1.** La formación profesional continua en Suiza se organiza de modo totalmente descentralizado. La Ley federal sobre formación continua de 20 junio 2014 pretende exclusivamente **fortalecer** en Suiza la **formación continua** como parte del aprendizaje vital en el marco de la formación<sup>79</sup>. La Ley no establece ninguna organización de la formación continua. En la formación continua actúan, de un lado, instituciones estatales como las universidades y las escuelas técnicas, y de otro lado, una pluralidad de empresas privadas. Las universidades son en Suiza, de un lado, instituciones cantonales, y de otro lado, hay dos escuelas técnicas, gestionadas por

70 Cfr. Brunold, marg. 277 ss.; Stieger, marg. 448; Geiser, recht 1996, pág. 32.

71 BGE 130 III 495 E. 5; 131 III 615 E. 3.

72 BGER 4A\_616/2011 de 21.3.2012.

73 Art. 340c, apartado 2, OR.

74 Art. 156 OR.

75 Cfr. Tribunal Arbitral Industrial BS, Sentencia de 27 julio 1989, JAR 1982, pág. 189 s.

76 Cfr. Arbeitsgericht Zürich, Sentencia de 27.11.1989, JAR 1991, pág. 207 ss.

77 Al respecto, cfr.: Stieger, marg. 493 ss.; Brunold, marg. 264 ss.; Tribunal Arbitral Industrial BS, Sentencia de 4.8.1977 y 11.8.1977, JAR 1980, pág. 221 s.

78 Así, sin embargo, Personalrekursgericht AG de 31.3.2005, AGVE 2005, pág. 513 ss.

79 Art. 1, apartado 1, WeBiG.

la Federación. Las escuelas técnicas se organizan regionalmente. Todas estas instituciones disponen igualmente de recursos de la Federación y sus actividades se sostienen respecto de estos flujos financieros parcialmente por órganos federales. Con las actividades de formación continua, las universidades y escuelas técnicas tienen que generar igualmente recursos financieros. Los recursos estatales hay que invertirlos exclusivamente, en principio, en la formación profesional y la investigación. Los flujos financieros son igualmente en parte menos transparentes, de manera que surgen por causa de ello subvenciones transversales.

**4.2.** Las universidades y escuelas técnicas **compiten** con sus ofertas de formación continua **con una pluralidad de oferentes privados**. Respecto de estos, se trata parcialmente de organizaciones sin ánimo de lucro, y de instituciones establecidas por los interlocutores sociales. Pero una parte significativa se refiere a empresas privadas con ánimo de lucro, incluidas empresas importantes del comercio minorista. La Ley concede gran valor a que el desarrollo, la promoción o el apoyo por el Estado de la formación continua no perjudique la libre competencia<sup>80</sup>. Congruentemente, la Federación sólo puede prestar por principio ayuda financiera orientada a la demanda, siempre que no exista una excepción legal especial<sup>81</sup>. Más concretamente, esto significa que la Federación no debe subvencionar organizaciones de formación continua, sino más bien que puede otorgar subvenciones de los costes correspondientes sólo a las personas que cursen la formación continua. Este principio es en interés de los oferentes privados con ánimo de lucro, pero produce, en mi opinión, falsos estímulos. Tiene como consecuencia que las instituciones de formación continua tengan interés en que un curso concebido por una vez, tan frecuentemente como lo permita el mercado, vuelva a ofertarse sin cambios, pero sin posibilitar ofertas de cursos nuevos y actuales, porque el desarrollo de un curso frecuentemente es más caro que su puesta en práctica. Pero el desarrollo no se apoya por medio de recursos estatales.

**4.3.** Hay igualmente **excepciones legales especiales**. Así, la Federación apoya en el ámbito audiovisual con recursos importantes una Fundación (FOCAL) que organiza la formación continua y la lleva a cabo con costes muy favorables<sup>82</sup>. Esta Fundación tiene un acuerdo de prestación con el Servicio Federal de Cultura, que se celebra con una duración de cuatro años y en el que se obliga a la Fundación a ofrecer una cantidad determinada de cursos en ámbitos que se determinan en el acuerdo. En relación con ello, el Estado se obliga a pagar anualmente una contribución fija como ayuda financiera a la Fundación. El fundamento jurídico para la promoción

---

80 Art. 9, apartado 1, WeBiG.

81 Art. 10, apartado 2, WeBiG.

82 Fundación FOCAL con sede en Lausanne.

directa de una institución de formación continua lo ofrece la Ley del cine<sup>83</sup>, que se basa en una disposición especial de la Constitución Federal, que otorga a la Federación una competencia propia para la promoción del cine<sup>84</sup>. La Ley autoriza a la Federación a prestar ayudas financieras expresas para la formación continua en el ámbito cinematográfico<sup>85</sup>. Con base en la historia legislativa de la Ley, es indiscutible que también se piensa con ella en la financiación de instituciones de formación continua.

## V. RETOS ACTUALES

**5.1. A Suiza le falta mano de obra** en diversos sectores. De ahí que actualmente se confíe en mano de obra procedente del extranjero. Simultáneamente, una parte importante de la población y, consecuentemente, también de la política de inmigración está críticamente posicionada frente a ello. Por eso, representa uno de los grandes retos para Suiza mejorar la formación profesional y la formación continua de los extranjeros. Pero esto no puede conseguirse a corto plazo, sino con una eficacia temporal mayor.

**5.2. Requisito para una ofensiva firme por la formación profesional continua sería la clarificación de las cuestiones jurídicas** en el campo de tensión entre formación profesional continua y Derecho del Trabajo. Pero el consenso político al respecto debería ser actualmente más difícil de alcanzar. En consecuencia, hay que confiar en los interlocutores sociales. Estos debían crear instituciones de formación profesional y formación continua en más ámbitos, como las que existen en el sector de la construcción.

**5.3. Simultáneamente, sin embargo, no cabe actuar sin ayuda estatal.** La Federación y los cantones deben invertir en la formación profesional continua. Las ayudas financieras debían, en primer lugar, poner al alcance de círculos amplios una oferta actual de formación continua lo más polivalente y cercana a la práctica posible. Esto no requiere sólo el apoyo de personas implicadas en la formación continua, sino también ayudas financieras a las instituciones de formación continua, de manera que éstas ofrezcan el espacio financiero necesario para nuevas aplicaciones.

---

83 Ley federal sobre producción de películas y cultura cinematográfica (Ley del cine, FiG) de 14 diciembre 2001 [SR 443.1].

84 Art. 71 BV.

85 Art. 6 FiG.

5.4. Sin embargo, como la política sobre el tema ha reconocido correctamente, resulta decisivo, en definitiva, la disponibilidad del trabajador para formarse, y las empresas tienen que habilitar el tiempo necesario para ello, para decidir. Toda la ayuda estatal no sirve de nada si no se aprovecha. Pero esta disponibilidad sólo cabe alcanzarla muy limitadamente por medio de la Ley. Aquí resulta decisivo contemplar las necesidades de cada persona.

## BIBLIOGRAFÍA

— U. BACKES-GELLNER, Eine Analyse der Wirksamkeit ausgewählter Instrumente zur Förderung der Weiterbildung, Gutachten zuhanden der Expertenkommission Weiterbildungsgesetz (Art. 64a BV), Zürich 2011.

— A. I. DE BEER, Der bezahlte Bildungsurlaub, Diss. Bern 1978.

— F. BRUNOLD, Die Arbeitsauslagen im Schweizerischen Individualarbeitsrecht, Diss., Bern 2014.

— J.-L. DUC/O. SUBILIA, Droit du Travail, Lausanne 2010.

— EIDGENÖSSISCHES VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT, Bericht des EVD über eine neue Weiterbildungspolitik des Bundes, in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Departement des Innern (EDI), Bern 2009.

— T. GEISER, Arbeitsvertragliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996.

— T. GEISER, Weiterbildung im Arbeitsrecht, recht 2011.

— T. GEISER, Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, plädoyer, 6/2013.

— U. C. NEF, Arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Bildungsurlaubs, SZS 1993.

— W. PORTMANN, en: Honsell/Vogt/Wiegand (Editores) Baseler Kommentar OR I, 2011.

— A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2006.

— P. STIEGER, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Diss Zürich 2009;

- J.-F. STÖCKLI, *Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages*, Habil. Zürich, Bern 1990.
- J.-F. STÖCKLI, *Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung*, ArbR –Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2011.
- J.-F. STÖCKLI/M. REHBINDER, *Berner Kommentar*; 2010.
- U. STREIFF/A. VON KAENEL/R. RUDOLPH, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.
- P. TERCIER, *Les contrats speciaux*, Zürich/Basel/Genève 2003.
- C. VON BLUMENTHAL, *Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers für Weiterbildungszuschüsse*, Nr. 118 der Diskussionspapiere des FAA-HSG, St. Gallen 2008.
- R. WYLER, *Droit du travail*, Bern 2008.



# LA FORMACIÓN PROFESIONAL DESDE LA PERSPECTIVA ESLOVACA

[VOCATIONAL TRAINING FROM A SLOVAK PERSPECTIVE]\*

Viktor Križan

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2017  
Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2017

**Sumario:** I. FORMACIÓN CONTINUA PARA EL EMPLEO.- II. INCREMENTAR LA CUALIFICACIÓN Y PROFUNDIZAR LA CUALIFICACIÓN EN EL EMPLEO.- III. CONCLUSIÓN.

*Contents: I. CONTINUING TRAINING FOR THE EMPLOYMENT.- II. INCREASING THE QUALIFICATION AND DEEPENING THE QUALIFICATION FOR THE EMPLOYMENT.- III. CONCLUSION.*

**Resumen:** Este trabajo analiza los desafíos a que se enfrenta la formación profesional continua en la República Eslovaca, desde un punto de vista jurídico y sociológico. Considera esencial la participación de los interlocutores sociales, adaptando a la realidad las previsiones de la legislación general. Concluye indicando que la mejora de la formación profesional continua es un instrumento clave para incrementar el potencial económico de la República Eslovaca.

*Abstract: This paper analyzes the challenges faced by the continuing vocational training in the Slovak Republic, from a legal and sociological points of view. It considers essential the participation of social partners, in adapting the provisions of the general legislation to reality. It concludes stating that continuing training is a key instrument to increase the economic potential of the Slovak Republic.*

**Palabras clave:** Formación profesional continua — República Eslovaca — Fuentes reguladoras — Análisis empírico — Desafíos

*Keywords: Continuing vocational training — Slovak Republic — Ruling sources — Empirical analysis — Challenges*

\* \* \*

---

\* Traducción al castellano, desde el inglés original, de Jesús Martínez Girón.



Se espera de la educación que cumpla las exigencias y necesidades de la sociedad y del mercado de trabajo. La discrepancia actual entre educación y necesidades del mercado de trabajo en Eslovaquia se refleja principalmente en la inadecuada estructura de escuelas secundarias y universidades. Algunas escuelas producen graduados que caminan directamente a las filas de los parados por causa de sus perfiles, que no se ajustan al mercado de trabajo, otras escuelas forman graduados que sí se emplearán, pero el nivel de educación alcanzado no es necesario en relación con su trabajo. En este caso, aceptan y desarrollan posiciones laborales adecuadas para graduados con una formación más baja, y por eso, en consecuencia, se convierten en desempleados.

Incluso por eso, se ha creado un programa adicional nacional de formación. Forma parte del llamado programa de aprendizaje a lo largo de la vida, en el que el solicitante puede alcanzar formación adicional ligada a la formación conseguida en la escuela. Se lleva a cabo a través de una aprendizaje formal, no formal e informal. Posibilita que todos complementen, expandan y profundicen el conocimiento adquirido, para volver a capacitarse o satisfacer sus intereses. Se lleva a cabo en instituciones de educación complementaria, en escuelas y en instalaciones no escolares. Aunque la participación de los adultos en el aprendizaje a lo largo de la vida es baja (3,1% frente al 10,7% en la UE-28, en 2015), y las razones son múltiples:

- Alta participación en la educación inicial (incluyendo la educación y formación profesionales),
- Relativamente poca inversión en la formación para parados, y
- Falta de incentivos financieros y no financieros para que los adultos participen en el aprendizaje.

En el mundo del trabajo, los certificados ganados en la educación formal son componentes entre otros varios de la cualificación. Para algunas ocupaciones, pueden exigirse certificados adicionales; un trabajador cualificado es generalmente considerado una persona que ha alcanzado el nivel de educación prescrito, el certificado de competencia profesional requerido, e incluso los años de práctica exigidos. Con el giro al aprendizaje, se produce la aproximación, tanto conseguir un nivel de educación como adquirir una cualificación se refieren a cumplir las normas establecidas por las autoridades nacionales.

En todo caso, la legislación distingue entre prepararse para una ocupación y ejercer actividades profesionales. Además, la Ley núm. 568/2009, sobre aprendizaje a lo largo de la vida (en lo que sigue, «la Ley de aprendizaje a lo largo de la vida»), induce a la creación de un marco de cualificaciones nacionales y a la renovación del sistema de cualificaciones nacionales, y distingue entre cualificaciones totales y

parciales. Las primeras corresponden a todas las exigencias de una ocupación, y las segundas sólo a algún conocimiento, habilidades y competencias relacionadas con la respectiva ocupación. En la práctica, una cualificación total se corresponde con los programas de educación y formación profesional formales, en los niveles ISCED 353 y 354, y las cualificaciones parciales a cualificaciones orientadas a la ocupación más estrechas, ofrecidas dentro de la educación y formación profesional continuas, o de la educación de adultos<sup>1</sup>.

La Ley de aprendizaje a lo largo de la vida establece una acreditación detallada de programas de educación complementarios, e instituciones autorizadas para los exámenes con normas sobre cualificaciones totales o parciales. A pesar de abordar la calidad en sus modificaciones recientes, la Ley se centra en la valoración de lo aprendido. Los procesos de evaluación se encuentran aún en desarrollo. Valorar el curso por medio de una escala de graduados fue sugerido por el Ministerio de Educación, Ciencia, Investigación y Deporte de la República Eslovaca, pero todavía no se ha puesto en práctica. Se necesita nueva legislación para abordar el aseguramiento de la calidad de forma más detallada y total, dado que la Ley de aprendizaje a lo largo de la vida se aplica a los programas previstos solamente por el sector educativo. El aseguramiento de la calidad en otros sectores depende de las autoridades sectoriales, y se regula por diversas vías.

Hay dos órganos centrales principales, que gobiernan la educación profesional, el aprendizaje a lo largo de toda la vida y la educación formal complementarios. Son el Ministerio de Educación, Ciencia, Investigación y Deporte de la República Eslovaca, y el Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia de la República Eslovaca. Los Ministerios aportan los fondos con recursos públicos, particularmente provenientes de la política de empleo. El Centro de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia prevé (en cooperación con instituciones educativas) la educación de adultos para parados, y también regula la actividad de sus oficinas laborales regionales, que prestan servicios de asesoramiento a los solicitantes parados de trabajos y a quienes están amenazados por el desempleo. También está implicado en la propuesta de un sistema nacional de ocupaciones, que será el punto de partida para determinar las normas educativas y de evaluación en el Marco de Cualificaciones Nacionales.

Además, nos gustaría centrarnos en nuestra contribución particularmente en aspectos jurídico laborales de la formación profesional. La responsabilidad de analizar y prever el desarrollo del mercado de trabajo le corresponde a la oficina laboral central (Oficina Central de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia), según la Ley núm. 5/2004, sobre servicios de empleo, enmendada (en adelante, «la Ley de servicios de empleo»).

---

1 Cedefop (2016). Vocational education and training in Slovakia: short description. Luxembourg: Publications Office. <http://dx.doi.org/10.2801/831200>, 47.

## I. FORMACIÓN CONTINUA PARA EL EMPLEO

Junto a la educación y formación profesionales post-secundarias, la educación y formación profesionales continuas, como parte de la educación de adultos, apoya el aprendizaje a lo largo de la vida, y está tradicionalmente vinculada al mercado de trabajo. Los aprendices adquieren cualificaciones para ganar promoción e incrementar su competitividad. La mayor parte de la educación y formación profesionales continuas se suministra por empresas y no está estrictamente regulada; igualmente, la vigilancia de la educación y formación profesionales continuas está fragmentada.

### **Educación y formación para el mercado de trabajo del demandante de empleo**

Las políticas activas del mercado de trabajo se regulan en la Ley de servicios de empleo, comprendiendo la formación para el mercado de trabajo de parados, trabajadores y experiencia laboral para graduados, que se consideran como parte integral de la educación y formación profesionales.

En 2004, 27.208 personas participaron en la formación para parados. La participación cayó luego nítidamente, pero se ha incrementado otra vez durante el período de crisis. Es también muy sensible a la disponibilidad del FSE. El gasto en formación dentro de las políticas activas del mercado de trabajo bajó desde 7.286 millones de euros en 2009 (0,011% del PIB; 0,218% en la UE-28) a 281 millones de euros en 2013 (menos del 0,0005% del PIB). La formación para trabajadores también se incrementó durante la crisis, para apoyar a los trabajadores en riesgo de despido. Con la consolidación financiera de 2011, el suministro de este tipo de formación ha cesado. Se restableció a una escala más pequeña en 2014, con el apoyo de FSE<sup>2</sup>.

El nuevo proyecto Re-pas del FSE (2014) apoya la formación libre para los parados a través de «vales» de (re)formación. La formación se ofrece por prestadores públicos y privados, incluyendo la formación y educación profesionales, y se elige por los parados. Hasta marzo de 2016, se recibieron 32.868 solicitudes por los servicios públicos de empleo (oficinas de trabajo), y se aceptaron 26.180. Los cursos más atractivos son para el servicio de cuidados sociales (31%).

Aproximadamente el 80% de los cursos pueden considerarse de educación y formación profesionales. Cerca del 50% de los graduados se colocaron luego en el mercado de trabajo. A pesar de esta mejora, la oferta de formación para desempleados es aún moderada. En marzo de 2016, estaban en curso dos proyectos adicionales relevantes para la educación y formación profesionales del FSE:

---

<sup>2</sup> Cedefop (2016). Vocational education and training in Slovakia: short description. Luxembourg: Publications Office. <http://dx.doi.org/10.2801/831200>, 42.

- Práctica para el empleo, dirigida a ampliar las competencias profesionales de gente joven de hasta 29 años de edad, en el puesto de futuros empresarios;

- Práctica graduada de desarrollo del empleo, ofreciendo experiencia laboral a graduados que dura de tres a seis meses (20 horas a la semana) e incentivos fiscales a empresas que creen puestos de trabajo para NINIs, que completan su práctica graduada. Esto sustituye un plan que era considerado ineficiente, dado que sólo alrededor del 35% de participantes encontraron un trabajo.

La educación y formación para el mercado de trabajo del demandante de empleo, de acuerdo con el parágrafo 44, apartado 1, de la Ley de servicios de empleo, es la preparación teórica o práctica de demandantes de empleo, que exige su aplicación al mercado de trabajo, y hace posible adquirir nuevo conocimiento, habilidades y capacidades profesionales que se consideren adecuados para el empleo.

La educación, al amparo de la Ley de servicios de empleo, no incrementa el nivel de educación.

La educación ayuda a adaptar las habilidades de la mano de obra a las necesidades del mercado de trabajo, suministra una oportunidad más amplia de aprender a diversas categorías de ciudadanos desempleados, mejora su acceso a puestos de trabajo de mayor calidad y contribuye a superar la desventaja socioeconómica causada por el desempleo. La determinación del contenido y ámbito de la educación se basa en el nivel actual de conocimiento, capacidades y habilidades profesionales de los solicitantes de empleo, de manera que se usen efectivamente para adquirir nuevo conocimiento, habilidades y capacidades profesionales.

### **Educación de demandantes de empleo suministrada por la Oficina**

La Oficina de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia (en adelante, «la Oficina») puede estructurar la educación de los demandantes de empleo, según el parágrafo 46, apartado 4, de la Ley de servicios de empleo, si así se pide por escrito con base en la valoración de sus capacidades, experiencia laboral, habilidades profesionales, rendimiento educativo y capacidad física para el trabajo, especialmente en los casos de:

- Falta de conocimiento profesional y habilidades profesionales,

- Cambio del conocimiento y pericia necesarios con respecto a la demanda del mercado de trabajo, y pérdida de capacidad para desarrollar un trabajo en el puesto de trabajo actual.

El demandante de empleo puede llevar a cabo la educación prevista por la Oficina, sobre la base de:

- Auto-interés (si el propio demandante de empleo requiere la educación al solicitarla).

- Oferta de la Oficina (si la Oficina ofrecerá educación al demandante de empleo).

La educación suministrada por la Oficina se suministra con base en la valoración de las habilidades, experiencia laboral, habilidades profesionales, nivel de educación y aptitud médica de los demandantes de empleo, particularmente cuando exista el conocimiento profesional y las capacidades profesionales, el cambio necesario del conocimiento y las capacidades profesionales con respecto a la demanda del mercado de trabajo y pérdida de capacidad para desarrollar la capacidad laboral en el empleo anterior.

Para el demandante de empleo al que la Oficina le suministre educación, la educación se suministra libre de costes, sobre la base de un acuerdo concluido con la Oficina.

Para el demandante de empleo al que la Oficina le suministre educación, la Oficina se ocupará del reembolso de los gastos de viaje desde el lugar de residencia permanente o residencia temporal al lugar de la educación, de los costes de alojamiento y comida, con el significado de la Ley núm. 283/2002, sobre gastos de viaje, enmendada.

El demandante de empleo que participa en la educación y que es el padre cuidador de un niño antes del comienzo de la educación obligatoria, o de una persona sujeta a reglamentación especial, que asume el cuidado de un niño antes del comienzo de la escolaridad obligatoria, puede realizar una solicitud de servicios para familias con hijos, si está solicitud se hace por escrito.

### **Educación suministrada por propia iniciativa de los demandantes de empleo**

El demandante de empleo puede, según el párrafo 46, apartado 7, de la Ley de servicios de empleo, asegurarse su educación por su propia iniciativa. En relación con la educación, que asegure individualmente al propio demandante de empleo y que sea directa consecuencia del surgimiento de una relación de trabajo con el empresario para desarrollar actividades laborales, o que inicie el desarrollo de un trabajo autónomo, para el que no se haya concebido una prestación de trabajo autónomo, o una prestación para llevar a cabo o ejecutar auto-empleo por ciudadanos discapacitados, durante la realización de actividades laborales, debe estar relacionada con la educación completada.

Si los demandantes de empleo se aseguran la educación por su propia iniciativa, esta tiene que cumplir las necesidades e intentos de insertarse en el mercado de trabajo, respectivamente exigidos por el empresario potencial. En la determinación del contenido y del ámbito de la educación, y en la selección del prestador de educación asegurado por su propia iniciativa, el demandante de empleo se compromete a cumplir los principios de economía, eficiencia y efectividad. También se compromete a cumplir el principio de proporcionalidad, esto es, el precio de la educación elegida debería corresponderse con el precio usual del momento y el lugar. El precio máximo por hora-persona de educación, que asegura al demandante de empleo por su propia iniciativa, debe corresponderse con los precios máximos contenidos en los límites publicados sobre precios.

Los demandantes de empleo registrados en la Oficina, que consiguen por su propia iniciativa una educación adecuada, pueden exigir por escrito a la Oficina la compensación económica y la aprobación de la educación elegida.

La Oficina no concederá una compensación económica si:

- Puede suministrar la educación,
- Aseguró la educación del demandante de empleo en los 12 meses anteriores a la educación que el demandante de empleo asegura por su propia iniciativa,
- Esta compensación económica se concedió a un ciudadano en los últimos tres años precedentes a la solicitud.

Si la Oficina aprueba la solicitud de compensación económica, entonces se produce la conclusión del acuerdo de compensación económica con el demandante de empleo. La Oficina reembolsará el 100% de los costes al ciudadano que se asegure la educación por su propia iniciativa, aunque sólo hasta un máximo de 600 euros, tras el comienzo del empleo o el comienzo de la realización del trabajo autónomo, sobre la base de la petición por escrito de la compensación económica. Se exige al ciudadano que presente la solicitud de reembolso de fondos a la Oficina hasta al menos 30 días naturales, y no después de 90 días naturales siguientes a haber completado la educación asegurada por propia iniciativa del demandante de empleo.

### **Educación y preparación para el mercado de trabajo del trabajador**

La educación y la formación para el mercado de trabajo de los trabajadores, de acuerdo con el parágrafo 47 de la Ley de servicios de empleo, se lleva a cabo por el empresario para exigiársela luego a sus trabajadores.

El colectivo a que apunta la educación y formación para el mercado de trabajo son:

-1. **Trabajadores**, esto es, personas con un empleo o relación similar; no se consideran trabajadores los trabajadores de iglesias y comunidades religiosas que desarrollan actividades administrativas.

-2. **Trabajadores en situación desventajosa**, esto es, personas que:

- en los seis meses anteriores no han tenido un empleo regular retribuido,
- con edades entre 15 a 24 años,
- no han alcanzado una calificación educativa o profesional secundaria elevada (Clasificación Educativa Internacional Normalizada 3) o una persona que ha completado en menos de dos años la educación obligatoria y que no ha obtenido previamente su primer empleo regular retribuido,
- es mayor de 50 años,
- vive como adulto soltero con una o más personas dependientes,
- trabaja en un sector o en una profesión en un Estado Miembro en donde el desequilibrio de género es al menos un 25% más alto que el promedio de desequilibrio de género en todos los sectores de ese Estado Miembro y pertenece a ese grupo de género infrarrepresentado,
- pertenece a una minoría étnica dentro de un Estado Miembro y debe desarrollar su perfil lingüístico, de formación profesional o de experiencia laboral para ampliar sus perspectivas de acceder a un empleo estable retribuido.

-3. **Trabajadores con discapacidades**, esto es, personas que:

- están reconocidas como personas con discapacidades,
- tienen una limitación reconocida derivada de una tara física, mental o psicológica.

La Oficina puede dar una compensación económica por educación y formación para el mercado de trabajo al empresario, si el empresario se compromete a:

- tras completar la educación y formación para el mercado de trabajo a los trabajadores, emplear a estos trabajadores por al menos 12 meses,
- que la educación y formación para el mercado de trabajo de los trabajadores tenga lugar como parte de las medidas ideadas para prevenir despidos colectivos o reducir despidos colectivos.

El empresario puede solicitar por escrito la compensación económica en la oficina competente en cuya jurisdicción territorial reside o en la que tenga establecida su unidad organizativa o lugar de residencia, y eventualmente la sede principal de sus actividades. El factor decisivo para la solicitud es el lugar de trabajo de los trabajadores a formar o, en su caso, de la mayoría de trabajadores a formar, considerando la eficiencia para el mercado de trabajo de los gastos relacionados con el lugar de la educación y formación de los trabajadores.

La compensación económica se otorga al amparo de un acuerdo concluido con la Oficina, para el reembolso sobre la base de documentos aportados que prueben la cantidad de gasto admisible (costes admisibles son los gastos en que el empresario incurra, en conexión directa con la formación o educación para el mercado de trabajo de los trabajadores).

La intensidad de la ayuda básica y, en consecuencia, la cuantía de la ayuda para la formación y educación para el mercado de trabajo de los trabajadores es el 50% de los costes admisibles.

La intensidad de la ayuda puede incrementarse hasta un máximo de intensidad de la ayuda del 70%, señadamente:

- el 10%, si la preparación y formación para el mercado de trabajo se da a trabajadores discapacitados o en situación de desventaja,
- el 10%, si la ayuda se concede a empresas medianas,
- el 20%, si la ayuda se otorga a pequeñas empresas.

La compensación económica máxima de educación y formación de trabajadores para el mercado de trabajo es de 2 millones de euros por proyecto.

A pesar de las ventajas aparentes de esta compensación económica, se utiliza solamente con un alcance limitado. En 2013, se concluyeron seis acuerdos con tres empresarios, y la compensación económica total acordada en 2013 importó 1.125.335,84 euros para 1.566 empresarios. Y al finalizar, se otorgó compensación económica a un empresario que formaba 8 trabajadores, en cuantía total de 4.052,29 euros. En 2014, se concluyó un acuerdo con un empresario, y la compensación económica total acordada en 2014 fue de 5.665,49 euros para 9 trabajadores. La compensación económica se otorgó a e empresarios que formaban a 1.609 trabajadores (incluyendo acuerdos concluidos en 2014 y en 2013). Y a finales de 2014, a estos efectos, hubo una merma de 563.690 euros. Del número total de 1.609 trabajadores formados, sólo 45 de ellos fueron mujeres y trabajadores en situación desventajosa. En 2015, se concluyeron cuatro acuerdos con los empresarios, y la

compensación económica total acordada en 2015 alcanzó la suma de 68.846 euros para 64 trabajadores. La compensación económica se otorgó a tres empresarios, que formaron a 103 trabajadores (incluyendo acuerdos concluidos en 2016 y 2014), y a finales de 2015, a estos efectos, hubo una merma de 193.388 euros. Del número total de 103 trabajadores formados, 24 fueron mujeres.

## II. INCREMENTAR LA CUALIFICACIÓN Y PROFUNDIZAR LA CUALIFICACIÓN EN EL EMPLEO

Una persona empleada puede continuar formándose. La formación del trabajador debería mirarse como parte inmanente de la vida laboral, tanto del empresario como del trabajador. Esta formación del trabajador es expresión de un cierto tipo de atención del empresario a sus trabajadores, y eventualmente aportaría considerables beneficios a ambas partes.

La formación dentro de la empresa está únicamente relacionada con las necesidades del empresario; por ejemplo, para la especialización, la formación innovativa o la recualificación. Las instituciones privadas, instituciones educativas o asociaciones cívicas suministran opciones formativas variadas, según el interés de los participantes, que luego también pagan por la formación. Las instituciones empresariales también pueden tener sus propios centros formativos de acuerdo con su tamaño, que incluyen sus propios profesores y personal educativo. Las instituciones formativas privadas, especialmente las más pequeñas, sólo tienen gestores educativos.

La formación también está regulada en la Ley núm. 311/2002 codificada en el Código del Trabajo, enmendada (en adelante, «el Código del Trabajo»), según la cual, a efectos de obtener, profundizar e incrementar la cualificación, el empresario asegura al trabajador que consiga, profundice o amplíe su cualificación, respectivamente. Si el trabajador entra en la relación laboral sin cualificación, el empresario asegurará la adquisición de la cualificación por medio de la formación o la atención a ese trabajador. Tras completar la formación o atención, el empresario decretará la confirmación de dicho trabajador.

El Código del Trabajo distingue básicamente dos formas de atención de la formación de los trabajadores, y señaladamente incrementar la cualificación y profundizar la cualificación. En este momento, debería subrayarse que el Código del Trabajo no contiene disposiciones que suministren una definición legal de ninguna de ambas expresiones. Consideramos necesario mencionar que el Código del Trabajo también utiliza la expresión **recualificación**. Según el parágrafo 154, apartado 2, del Código del Trabajo, el empresario se obligará a recualificar al trabajador que

va a ser trasladado a un nuevo lugar de trabajo o a un nuevo tipo de trabajo o manera de trabajar, particularmente respecto de los cambios en la organización del trabajo o de otras medidas racionalizadoras. Las disposiciones más detalladas del Código del Trabajo sólo se aplican a los trabajadores con discapacidades. La recualificación se concibe como preparación teórica o práctica con la finalidad de mantener, aumentar, expandir o modificar su cualificación actual, o de ajustarla a los desarrollos técnicos con el objetivo de retener al trabajador en una relación laboral. Esto puede aplicarse también a otras categorías de trabajadores distintas de los trabajadores con discapacidades.

**Profundizar en la cualificación** debe entenderse como formación de los trabajadores en que no se incrementa el grado de preparación<sup>3</sup>. Profundizar en la cualificación también debería implicar mantenerla y ponerla al día. La participación en la formación complementaria, que sea profundizar en la cualificación, se considerará trabajo y, por tanto, el trabajador tiene derecho en ese caso al salario. Por otro lado, el trabajador se obligará a profundizar sistemáticamente en su cualificación para la prestación laboral acordada en el contrato de trabajo. Si el empresario ordena al trabajador que participe en la formación continua para profundizar en sus cualificaciones, y el trabajador se niega a cumplir esta orden, y si las exigencias se establecen por el empresario, la conducta del trabajador puede ser vista como ausencia injustificada al trabajo.

Durante el **incremento de la cualificación**, se gana un nivel más alto de formación. Como resultado del incremento de la cualificación, el trabajador puede usualmente desarrollar más trabajo cualificado, que era incapaz de desarrollar sin el nivel requerido de formación.

La diferencia entre estos dos tipos de formación también se basa en los costes relativos a la formación continua. En el caso de la profundización en las cualificaciones, soporta todos los costes el empresario sin derecho a ulterior compensación, incluso en el caso de extinción del contrato de trabajo (con independencia de la causa y forma de extinción del contrato). Como se indicó más arriba, profundizar en la cualificación se ordena usual y directamente por el empresario y, por eso, no es necesario, y a salvo excepciones establecidas en el Código del Trabajo, no es posible concluir un acuerdo sobre profundización en la cualificación. En los casos en que el coste de profundizar en la cualificación exceda de 1.700 euros, el empresario puede concluir con el trabajador un acuerdo, al amparo del párrafo 155, apartado 2, del Código del Trabajo. Si se cumplen ambas condiciones, esto es, acuerdo concluido y costes que excedan de 1.700 euros, no puede considerarse este reforzamiento como un deber del trabajador.

---

3 Cfr. BARANCOVÁ, H: *Zákonník práce. Komentár*<sup>4</sup> (2015) 957.

Mientras que el profundizamiento en la cualificación recién mencionado sea una obligación del empresario y del trabajador, pudiendo ordenarse la participación en dicha formación, el incremento de la cualificación se basa normalmente en una decisión individual del trabajador y, en consecuencia, el empresario no tiene derecho a ordenarla, de manera que el trabajador no está obligado a cursarla. Incrementar la cualificación a través de la formación continua es una decisión subjetiva del trabajador, de manera que llevarla a cabo no debería interferir en la ejecución del trabajo acordado en el contrato de trabajo, por lo que el empresario no está obligado a permitir al trabajador que detraiga de su jornada y de sus deberes laborales su participación en la formación, que conduce a un incremento de la cualificación. En la práctica, a menudo ocurre esa situación cuando los empresarios no impiden a los trabajadores la formación complementaria para incrementar su formación previamente conseguida e incrementar su cualificación, que generalmente toleran, pero salvo que la formación no afecte de manera no razonable a la prestación de trabajo, no hay necesidad usualmente de modificar el contrato de trabajo. En caso de tal impacto de la formación sobre el trabajo o la jornada, el empresario puede concluir con el trabajador un acuerdo sobre incremento de la cualificación, cuyos requisitos regula el Código del Trabajo.

A través de este acuerdo, el empresario se compromete a permitir que el trabajador incremente su cualificación dándole tiempo libre, compensación salarial y reembolso de otros costes relacionados con el estudio; y el trabajador se compromete a permanecer en la relación laboral con el empresario por un tiempo determinado tras completar sus estudios, o a devolverle los costes relacionados con los cursos, incluso cuando el trabajador extinga la relación laboral antes de completar los estudios.

El período total acordado para permanecer en la relación laboral no puede exceder de cinco años. Si el trabajador cumple en parte su compromiso, la obligación de reembolso de costes se reducirá proporcionalmente. Así, la obligación contractualmente acordada del trabajador de permanecer un cierto tiempo en la relación laboral no priva al trabajador de la posibilidad de extinguir el contrato. En este caso, el trabajador responde de todos o de una parte proporcional de los costes en que haya incurrido el empresario por incrementar su cualificación. Esto también se aplica cuando el contrato se extingue incluso antes de la finalización de los estudios. Sin embargo, la obligación del trabajador no se produce, señaladamente si

- el empresario, durante el período de incremento de la cualificación, dejó de dar tiempo libre en el trabajo y de pagarle el salario, por causa de que el trabajador, aunque sin culpa suya, pasó a la situación de incapacitado de larga duración para cumplir el trabajo en el que estaba incrementando su cualificación,

- la relación laboral se extinguió mediante preaviso dado por el empresario por causas organizativas (cese o traslado del empresario, despido colectivo) o por acuerdo por idénticas razones,

- el trabajador es incapaz, según opinión médica, de cumplir el trabajo para el que incrementaba su cualificación o perdió la capacidad duradera de continuar cumpliendo el trabajo en cuestión por razones de salud,

- el empresario no utilizó, durante un período de al menos seis meses en los doce meses precedentes, la cualificación que el trabajador había incrementado,

- el empresario incumplió las disposiciones de esta Ley relativas al trabajador que desarrolla una ocupación sanitaria sometida a regulación especial, y este incumplimiento fue detectado por la inspección de trabajo o por un tribunal que hayan decidido lícitamente sobre este incumplimiento.

El acuerdo debe formalizarse por escrito, so pena de invalidez, y debe contener:

- el tipo de cualificación y el modo de incrementarla,

- el campo de estudio y las credenciales escolares,

- el período durante el cual el trabajador se compromete a permanecer en la relación laboral con el empresario,

- el tipo de costes y la suma total que el trabajador se compromete a reembolsar al empresario si no cumple su compromiso de permanecer en la relación laboral con el empresario durante el período de tiempo acordado.

Si el acuerdo no contiene toda la información requerida es inválido. Para los participantes, la duración acordada de la obligación de estabilización debería ser un período de estudio razonable, con su clase, significación y cuantía de los costes causados, y por eso, debería cumplir el criterio de proporcionalidad. Respecto de las exigencias de contenido del acuerdo, los principales problemas de aplicación práctica son causados por la expresión de la clase de costes y la cantidad total que el trabajador debe reembolsar al empresario si el cumplimiento de permanecer en el trabajo durante el período de tiempo acordado no se satisface<sup>4</sup>.

El período durante el cual la persona permanece en la relación laboral no deberá incluir los períodos de:

---

4 Cfr. BARANCOVÁ, H., SCHRONK, R.: *Pracovné právo*, (2016) 392.

- cumplimiento de un servicio extraordinario durante una situación de crisis o de un servicio alternativo en tiempo de guerra o en estado de excepción,
- permiso de maternidad y permiso parental,
- ausencias en el trabajo para cumplir una condena de prisión y detención, si se dictó condena válida.

### III. CONCLUSIÓN

A pesar de los instrumentos arriba mencionados, la República Eslovaca afronta muchos desafíos en el campo de la formación profesional:

- desempleo estructural que refleja diferencias geográficas pronunciadas en las condiciones del mercado de trabajo, acompañado de una baja movilidad laboral,
- producción concentrada en pocos sectores y regiones,
- el acceso a la formación para los demandantes de empleo ha mejorado, pero a este respecto faltan todavía medidas individualizadas para el desempleo de larga duración,
- un mercado de trabajo mejorado no ha dado lugar significativamente a niveles más bajos de desempleo de larga duración,
- el sistema educativo está insuficientemente orientado a incrementar el potencial económico de Eslovaquia,
- aunque en 2015 Eslovaquia introdujo un sistema dual de formación y educación, sin embargo, el interés de los potenciales participantes permanece limitado (el cuello de botella es, sin embargo, un aparente bajo nivel de interés de la gente joven),
- casi la mitad de nuestros trabajadores resulta compensable fácilmente o con muy poco esfuerzo (dentro de diez o veinte años, muchos trabajos manuales desaparecerán, pero, por otro lado, el 62 por ciento de los adultos puede operar exitosamente en las circunstancias actuales, al tener la capacidad de trabajar con la tecnología, combinada con una capacidad de trabajar con la información, incluso en todos los niveles o en niveles muy bajos).

Otros problemas se refieren a la motivación de los participantes (la formación no se considera un valor significativo, dado que sólo un 13,2% de los encuestados considera la formación y el conocimiento como significativos; sólo un tercio de los encuestados está convencido de que la formación tiene un impacto significativo en la calidad de vida; un tercio de los graduados universitarios no necesita formación universitaria para desarrollar su trabajo; la formación universitaria se caracteriza por salarios altos y desempleo bajo; y finalmente, la cuestión es si el mercado de trabajo es capaz de absorber la tendencia de un creciente número de graduados universitarios y, también, si pueden mantenerse los salarios de la gente con formación universitaria al nivel actual), la discrepancia entre las capacidades de los graduados y la demanda del mercado de trabajo (dado que los empresarios a menudo afirman que en el mercado de trabajo hay graduados que no están preparados para sus necesidades, que las Facultades no dan la formación requerida a nivel de estructura del aprendizaje y programas de estudios, y que en el mercado hay un exceso de graduados en algunos programas educativos), el asesoramiento profesional (los servicios de asesoramiento de las oficinas de empleo están centrados en problemas asociados con las carreras de los demandantes de empleo, principalmente encontrar un puesto de trabajo; falta de un sistema de guía en la formación de adultos que trabajan), la financiación de la educación complementaria (una financiación mínima para formación se emplea en personas que tienen el nivel formativo más bajo; la principal razón para no formarse es simplemente el hecho de que la gente con formación más baja no puede acceder a pagar un programa de formación) y la formación digital.

Estas barreras a la inversión, específicamente setoriales, afectan al clima empresarial, exigiendo esfuerzos adicionales para desarrollar el potencial económico de Eslovaquia. El bajo acceso al aprendizaje a lo largo de la vida y la débil respuesta del sistema educativo a las necesidades del mercado de trabajo se traduce en déficits de capacidades, que repercuten sobre el crecimiento y el empleo. Eslovaquia tiene la tasa más alta de desempleo de trabajadores de baja cualificación (20-64 años) de la UE (36,9% frente al 16,3% en la UE-28, en el tercer trimestre de 2015). Más aún, los trabajadores con baja cualificación incrementan en buena medida el desempleo de larga duración. En 2013, el 24% de los desempleados de larga duración eran trabajadores con baja cualificación, frente a un 4% de población desempleada con baja cualificación. Sin embargo, el desempleo juvenil cayó en 2015 al 26,6%, en el tercer cuatrimestre de 2015, aunque por encima del promedio de la UE del 20,1%. Además, los trabajadores jóvenes (>25 años) constituyen el 27% de los desempleados de larga duración (comparados con el 6% de la población empleada).

Hacer frente a estos desafíos exigirá esfuerzos políticos significativos y reformas sistémicas en educación y formación. Exigirá inversiones inteligentes en capital humano provenientes tanto de recursos públicos como privados. El éxito depende del compromiso y la pericia de muchos jugadores: el gobierno, autoridades

locales, empresarios, trabajadores y, también, la propia gente. En particular, los interlocutores sociales deberían tener un papel clave que jugar, para asegurar que el mercado de trabajo mantenga el rumbo ante las necesidades muy cambiantes de la sociedad moderna, en donde la calidad de los resultados del aprendizaje se estimulen con una perspectiva a lo largo de toda la vida, los sistemas de educación superior relancen la economía del conocimiento y la formación de adultos sea la base de una mayor capacitación y reciclaje.



## LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA) Y AUSTRIA \*

[*THE (REVISED) EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND AUSTRIA*]

Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 18 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2017

**Sumario:** I. LA CSE (REVISADA).- 1. LA CSE (REVISADA) Y AUSTRIA.- 2. SOBRE EL CONCEPTO DE «TRABAJADORES/AS» EN LA CSE (REVISADA).- II. DERECHOS SELECCIONADOS DE LA CSE Y SU TRANSPOSICIÓN EN AUSTRIA.- 1. PARTE I DE LA CSE.- 2.- EL DERECHO AL TRABAJO (ARTÍCULO 1 DE LA CSE).- 3. EL DERECHO A CONDICIONES LABORALES JUSTAS (ARTÍCULO 2).- 4. EL DERECHO A UN SALARIO JUSTO (ARTÍCULO 4).- 5. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ARTÍCULO 6).- 6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.- 7. EL DERECHO DE LAS FAMILIAS A LA PROTECCIÓN SOCIAL, LEGAL Y ECONÓMICA (ARTÍCULO 16).- 8. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE EXTINCIÓN.- III. CONCLUSIONES FINALES.

*Contents:* I. THE (REVISED) ESC.- 1. THE (REVISED) ESC AND AUSTRIA.- 2. ABOUT THE CONCEPT OF «EMPLOYEES» IN THE (REVISED) CSE.- II. SELECTED RIGHTS OF THE ESC AND THEIR IMPLEMENTATION IN AUSTRIA.- 1. PART I OF THE ESC.- 2. THE RIGHT TO WORK (ARTICLE 1 OF THE ESC).- 3. THE RIGHT TO FAIR LABOR STANDARDS (ARTICLE 2).- 4. THE RIGHT TO A FAIR WAGE (ARTICLE 4).- 5. THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING (ARTICLE 6).- 6. THE RIGHT TO SOCIAL SECURITY.- 7. THE RIGHT OF THE FAMILIES TO SOCIAL, LEGAL, AND ECONOMIC PROTECTION (ARTICLE 16).- 8. THE RIGHT TO PROTECTION IN CASE OF TERMINATION.- III. FINAL CONCLUSIONS.

**Resumen:** Austria ha ratificado no sólo la Carta Social Europea de 1961, sino también la versión revisada de la Carta Social Europea. Esta última ratificación, con salvedades y limitaciones, se produjo en 2011. Este trabajo se centra en el impacto de la Carta Social Europea revisada sobre el ordenamiento jurídico, laboral y de seguridad social, austríaco.

---

\* Traducción al castellano, desde el alemán original, de J. Martínez Girón y A. Arufe Varela.

***Abstract:** Austria has ratified not only the European Social Charter of 1961, but also the revised version of the European Social Charter. The latter ratification, under a number of qualifications and limitations, took place in 2011. This work is focused on the impact of the revised European Social Charter on the Austrian employment, labor, and social security legal order.*

**Palabras clave:** Carta Social Europea — Austria — Derecho individual del Trabajo — Derecho colectivo del Trabajo — Derecho de la Seguridad Social

***Keywords:** European Social Charter — Austria — Employment Law — Labor Law — Social Security Law*

\* \* \*

## I. LA CSE (REVISADA)

### 1. LA CSE (REVISADA) Y AUSTRIA

Austria ha sido y es un firme defensor de una comunidad social europea. Austria suscribió la «primera» Carta Social, esto es, la Carta Social de 1961, en el año 1963, y en 1969<sup>1</sup> transforma el ordenamiento jurídico austríaco. También fue asumida la CSE revisada, aunque con una demora temporal no importante: la Carta Social Europea (revisada) fue suscrita con motivo de la celebración de los 50 años de existencia del Consejo de Europa, por el Ministerio federal austríaco de Asuntos Exteriores. En consecuencia, se amplió la vinculación internacional. Pero la Carta Social Europea (revisada) sólo se sometió al proceso interno austríaco de publicidad legal en la primera mitad del año 2011<sup>2</sup>. Finalmente, fue depositada el 20 de mayo en la Secretaría General del Consejo de Europa, y entró en vigor en Austria el 1 julio 2011. De ahí que Austria —a diferencia de otros Estados miembros del Consejo de Europa, como Liechtenstein, Suiza, Mónaco o San Marino— ha ratificado ambos Tratados<sup>3</sup>.

La modernización y actualización de la Carta Social Europea de 1961 no fue necesaria. No sólo por causa del Derecho europeo, sino también de los respectivos y posteriores desarrollos internos en el Derecho del Trabajo, la CSE de 1961 se había acabado considerando últimamente como anticuada<sup>4</sup>.

La CSE (revisada) tenía el carácter de modificaciones o, en su caso, adiciones normativas, y de ahí que necesitase la autorización del Consejo Nacional austríaco, en virtud del artículo 50, apartado 1, número 1, de la B-VG<sup>5</sup>. Además, para evitar otros problemas interpretativos que podían derivarse de la coexistencia de normas internas e internacionales no directamente aplicables, en el caso de la ratificación de la CSE (revisada) se utilizó la posibilidad de exclusión de la transformación general, en virtud del artículo 50, apartado 2, número 3, de la B-VG.

Con la versión revisada, se produjeron algunas modificaciones esenciales de los derechos ya reconocidos por la Carta Social de 1961 (por ejemplo, ampliación de las vacaciones pagadas de dos a al menos cuatro semanas, o la modificación de las reglas de neutralidad de género relativas al trabajo nocturno), y se asumieron

---

1 BGBI 460/1969.

2 BGBI I 112 y 113/2011.

3 *Reinisch* (Editor), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, 5ª ed. (2013), marg. 1436.

4 Sobre lo precedente, véase también, por ejemplo, *Karl*, *Europäische Sozialcharta*, en Hummer (Editor), *Österreich im Europarat 1956-2006* (2008) 851 (854 y s.); además, RV Staatsvertrag 1068, XXIV. GP, 1.

5 La CSE es de aplicación directa en el ámbito jurídico interno no complementariamente, de manera que era necesaria la promulgación de una Ley nacional en virtud del artículo 50, apartado 2, número 3, de la B-VG.

determinados derechos del Protocolo Complementario a la CSE de 5.5.1988<sup>6</sup> (por ejemplo, igualdad de oportunidades e igualdad de trato en el empleo y la profesión, sin discriminación por causa de género; información y audiencia de los trabajadores/as o de sus representantes). Finalmente, también se reconocieron nuevos derechos en la CSE (revisada) (como el derecho a protección en caso de extinción, el derecho de los trabajadores/as a la dignidad en el puesto de trabajo, incluida la protección frente al acoso sexual, y el derecho de los trabajadores/as con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato).

Austria —como también otros Estados— ha asumido la CSE (revisada) de manera no ilimitada. A través de la ratificación de la CSE (revisada), Austria está obligada por

a) La Parte I, como una declaración de objetivos a considerar, que se perseguirán con todos los medios adecuados en correspondencia con el inciso con el que empieza cada Parte;

b) al menos seis de los siguientes nueve artículos, que hay que considerar como vinculantes: 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20;

c) adicionalmente, tantos artículos o apartados a elegir de la Parte II y a considerar vinculantes, de manera que el número total de artículos o apartados a los que se vincula suponga al menos 16 artículos ó 63 apartados numerados.

Como resultado, el procedimiento de control ha provocado que Austria cumpla en todo caso la necesidad de ratificación, porque afectaban a la situación jurídica interna 6 artículos nucleares ó 76 apartados numerados. Para la necesidad mínima arriba mencionada de 16 artículos, por encima de los 6 artículos nucleares, ó 63 apartados numerados, podían ser así tenidos en cuenta. En virtud del artículo A, apartado 2, de la CSE (revisada), podían notificarse a la Secretaría General del Consejo de Europa, simultáneamente con el depósito del instrumento de ratificación, aquellos artículos o apartados a cuyo cumplimiento se ha obligado Austria, al amparo del artículo A, apartado 1, letras b y c<sup>7</sup>.

---

6 Suscrita por Austria el 4.12.1990.

7 En consecuencia, se trata del siguiente artículo y apartados: En virtud del artículo A, apartado 1, letra b): artículos 1, 5, 12, 13, 16 y 20. En virtud del artículo A, apartado 1, letra c): artículo 2, apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7; artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 4; artículo 4, apartados 1, 2, 3 y 5; Artículo 6, apartados 1, 2 y 3; artículo 7, apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 y 10; artículo 8, apartados 1, 3, 4 y 5; artículo 9; artículo 10, apartados 1, 2, 3, 4 y 5; artículo 11, apartados 1, 2 y 3; artículo 14, apartados 1 y 2; artículo 15, apartados 1 y 3; artículo 17, apartados 1 y 2; artículo 18, apartados 1, 2 y 4; artículo 19, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 9 y 12; artículo 25; artículo 26, apartado 1; artículo 27, apartados 1 y 2; y artículo 28.

## 2. SOBRE EL CONCEPTO DE «TRABAJADORES/AS» EN LA CSE (REVISADA)

Ante todo, hay que poner de relieve que el concepto de trabajador de la CSE (revisada) es muy amplio, dado que —a diferencia, por ejemplo, de una parte de las Leyes estatales austríacas<sup>8</sup>— no se restringe sólo a los ciudadanos (austríacos). Los ciudadanos/as de la Unión y ciudadanos de terceros Estados están, en todo caso, protegidos a través de las normas de la CSE (revisada), al menos cuando se trata de ciudadanos de un Estado miembro de la Carta<sup>9</sup>.

Pero por eso mismo también hay que considerar como amplio el concepto de trabajador, porque es independiente de la relación jurídica en la que se basa el empleo, y es también independiente del o de los empresarios con el o con los que se está empleado. Ante todo, esto significa que, junto a los trabajadores/as con el contrato de trabajo a que se refiere el parágrafo 1151 del ABGB, también están comprendidos los funcionarios/as<sup>10</sup> o los empleados con contrato de la Federación, de los Estados Federados, de los Ayuntamientos, etc. Además, de ello podría derivarse que también las personas autónomas en sus diversas manifestaciones deben entenderse como «trabajadores/as». Sin embargo, en relación con ello, la CSE (revisada) advierte que determinados supuestos de hecho exigen per se una limitación del concepto de trabajador a los trabajadores/as «dependientes»<sup>11</sup>. Sin embargo, no se puede negar totalmente que, al menos aquellos empleados autónomos que cumplen simultáneamente los criterios de las «asimilación a trabajadores» o de la «dependencia económica»<sup>12</sup>, podrían estar comprendidos, al menos parcialmente, en la CSE (revisada)<sup>13</sup>. Y de ahí que la CSE (revisada) compute, con estos criterios, en el conjunto de trabajadores/as los trabajadores/as libres asimilados a prestadores de servicios o los trabajadores/as a domicilio, pero también los pensionistas y desempleados<sup>14</sup>. Hay que observar aquí que Austria ha transpuesto por adelantado estas exigencias (implícitas), con su inclusión amplia de los prestadores/as libres de servicios (asimilados a trabajadores) en el sistema de seguridad social, así como al menos parcialmente con la aplicación

---

8 RGBI 142/1867.

9 Comentarios al artículo 28 EGRC, ABI C 2004/310, 442 de 16.12.2004.

10 CEDS, Conclusión, I (1969-1970) 31 y 38 y s.; Conclusiones XVIII-1/Polonia (2006) 633.

11 *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015) 287, refiriéndose a CEDS, Conclusiones, I (1969-1970) 8.

12 Esto es, los trabajadores trabajan ya más tiempo para otra persona (física o jurídica), pero no tienen ninguna estructura empresarial propia y ninguna licencia industrial, y la actividad no es ningún empleo complementario. Sobre la asimilación a trabajadores, véase *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), margs. 4/148 y ss.

13 Véase también TJUE 4.12.2004, C-413/13, Rs FNV Kunsten, según el cual como resultado del diálogo social, esto es, de disposiciones convencionales colectivas, también pueden preverse acuerdos colectivos sobre mejoras de las condiciones de empleo (por ejemplo, los salarios mínimos), cuando los trabajadores en cuyo favor se concluyen los convenios colectivos, «son en realidad 'autónomos aparentes', esto es, prestadores de servicios que se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores»

14 CEDS, Conclusiones XVII-1/Polonia (2004) 378 y conclusiones XVIII-1/Polonia (2006) 635; *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz (2015), 288.

del Derecho del Trabajo a estos colectivos de empleados<sup>15</sup>. La protección de que disfrutaban en Austria los «prestadores/as libres de servicios», a través de las normas laborales y de seguridad social, es muy alta y puede considerarse ejemplar para muchos otros Estados<sup>16</sup>.

## II. DERECHOS SELECCIONADOS DE LA CSE Y SU TRANSPOSICIÓN EN AUSTRIA

### 1. PARTE I DE LA CSE

Esta Parte se corresponde con la Parte I de la Carta de 1961, y contiene una declaración general de los derechos y principios, con los que se establecen los objetivos de la política de los Estados contratantes. En este caso, cada número de la Parte I se corresponde con un artículo de la Parte II, que asume el mismo número. Al igual que en la Carta de 1961, la Parte I contiene una declaración de carácter político, que puede aceptarse en su conjunto, con independencia de si se aceptan las disposiciones correspondientes de la Parte II. Y es que Austria entiende que las obligaciones de la Parte I incluyen el «objetivo de considerar evidente» que la vinculación a la Parte I no exige, sin embargo, establecer concretas medidas indefinidamente. Además, Austria considera que para el establecimiento de medidas concretas son apropiadas las condiciones básicas de las exigencias económicas y político-sociales<sup>17</sup>. No hay que considerar críticamente esta interpretación austríaca: por un lado, hay que tener en cuenta como poco la vía de los métodos de interpretación jurídico-internacional, y por otro lado, se enlaza el cumplimiento de sus obligaciones en última instancia con las exigencias de los requisitos económicos «apropiados» —en relación con ello, sin declarar cuándo (ya no) existe dicha situación económica «apropiada».

### 2. EL DERECHO AL TRABAJO (ARTÍCULO 1 DE LA CSE)

Todos los apartados de esta disposición fueron ya ratificados por Austria en 1969. A su través, se obliga, entre otras cosas, «*a proteger eficazmente el derecho de los trabajadores a ganarse su sustento a través de una actividad libremente asumida*». Junto con el derecho establecido en el artículo 4 de la CSE (revisada) a

---

15 Y ciertamente, tanto en el ámbito individual como también parcialmente en el colectivo. Detalladamente sobre lo último, en especial, en *Melzer-Azodanloo*, *Rechtliche Instrumente der Mindestlohnpolitik in Österreich*, en Mosler/Pfeil (Editor), *Mindestlohn im Spannungsfeld zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik* (2016) 43 y ss.

16 Al respecto, además, véase *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 4/021 y ss.; *Jabornegg/Resch*, *Arbeitsrecht*, 5ª ed. (2014), marg. 52 y s., 60 y s., 176a; *Resch*, *Sozialrecht*, 6ª ed. (2014) 39 y s.

17 Véase ahora RV Staatsvertrag 1068, XXIV. GP, 4; véase ahora, también, RV 1339, XI. GP, 34.

un «salario justo», podía cuestionarse si para Austria se deriva la obligación de introducir finalmente también un «salario mínimo legal para todos».

Y es que, a diferencia de la mayoría de Estados miembros de la UE (y también, de las partes contratantes de la CSE), Austria —con pocas excepciones, como, por ejemplo, los funcionarios— no ha establecido ningún salario mínimo para todos los trabajadores/as<sup>18</sup>. Los salarios mínimos se basan, más bien, para la mayor parte de los trabajadores/as en un convenio colectivo (o en otros medios de regulación colectiva del Derecho). En base al alto grado de inclusión de los trabajadores en los convenios colectivos, Austria cumple suficientemente sus obligaciones derivadas de la CSE, a pesar de ello: más del 95%<sup>19</sup> de los trabajadores/as tiene derecho a un salario mínimo establecido imperativamente y colectivamente. Además, el sistema austríaco —esto es, el establecimiento a través de convenios colectivos o de instrumentos de organización jurídica subsidiarios— perjudica claramente menos la posición jurídica básica de empresarios y trabajadores que en el caso de que hubiera un salario mínimo legal para todos los trabajadores y para todos los sectores. Pues el Estado también puede introducir la «extensión» de convenios colectivos, por medio de instrumentos administrativos de fijación del salario, o tarifas «salariales mínimas»<sup>20</sup> sólo excepcionalmente (especialmente, en caso de falta de asociaciones o de convenios colectivos), así como a petición de las asociaciones de empresarios o de trabajadores afectadas, establecer salarios mínimos para un sector o para un grupo profesional.

### 3. EL DERECHO A CONDICIONES LABORALES JUSTAS (ARTÍCULO 2)

Según esta norma, corresponden al o a los trabajadores:

*«días festivos públicos retribuidos»*

En Austria, hay 11 días festivos impuestos por la Ley<sup>21</sup>. Para los miembros de algunas comunidades religiosas (por ejemplo, protestantes), hay un día festivo adicional, al amparo de una disposición legal; los trabajadores/as judíos perciben en todo caso, en virtud de concretos convenios colectivos, un día festivo complementario. Si cae dicho día festivo en la semana laboral o, en su caso, en el mes laboral

18 *Löschnigg/Melzer-Azodanloo*, Staatliche Interventionen bei der Entgeltfindung in Österreich, en Löschnigg (Editor), Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte im nationalen Vergleich (2013), 149 y s.

19 *Mosler*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht, DRdA 2012, 283(284), refiriéndose a *Rebhahn*, Flächen- oder Unternehmenstarifvertrag – eine rechtsvergleichende Umschau, NZA-Beil 2/2011, 64.

20 Por su naturaleza jurídica, estos son considerados reglamentos, y se establecen por el Servicio Arbitral Federal (autoridad administrativa con la colaboración de los interlocutores sociales).

21 Parágrafo 7, apartado 2, de la Ley de permisos laborales. Al respecto, también, véase, *Löschnigg*, Die österreichischen Feiertage im Überblick, en Löschnigg (Editor), Feiertagsarbeit (2006) 235; *Schneeberger*, Feiertagsarbeit aus ArbeitnehmerInnensicht en Löschnigg (Editor), Feiertagsarbeit (2006) 259.

del trabajador, entonces no se descuenta proporcionalmente el salario de ese día del salario mensual<sup>22</sup>. El trabajador debe trabajar ese día, y percibe un complemento por día festivo.

*«otorgamiento de vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas»*

Todo trabajador tiene en Austria derecho a 5 semanas de vacaciones, y a partir de un período de servicios de 25 años se incrementa el derecho a 6 semanas, esto es, en ese tiempo los trabajadores no pueden trabajar y, a pesar de ello, perciben su salario. Además de esto —al menos para todos aquellos trabajadores que están sujetos a un convenio colectivo (véase arriba 2.2)—, les corresponden incluso complementos especiales. En especial, estas remuneraciones comprenden la llamada «decimotercera mensualidad», que en conexión con el comienzo de las vacaciones se continúa percibiendo como salario.

Austria prevé como imperativos ambos derechos, y también los cumple. Lo contrario se aplica igualmente a éstos regulados en el artículo 2.

*«acortamiento progresivo de la semana laboral»*

Austria no ha ratificado esta norma y tampoco está prevista su ratificación. Por parte de trabajadores, así como de ONGs, que quieren luchar contra la pobreza, ciertamente se producen siempre avances al reducir la jornada semanal de trabajo (en todo caso, con compensación salarial), y al luchar contra el desempleo y la pobreza a través del reparto del tiempo de trabajo. Pero dado que de todos modos Austria tampoco ha declarado vinculante el artículo 30 de la CSE (revisada), sobre *el derecho a la protección frente a la pobreza y la exclusión social*, existe aquí menos presión para Austria, por parte de la CSE, para establecer las medidas correspondientes en relación con un acortamiento general de la jornada de trabajo y, por ejemplo, para introducir la llamada semana de 35 horas.

#### 4. EL DERECHO A UN SALARIO JUSTO (ARTÍCULO 4)

*«Derecho de los trabajadores a un salario, que sea suficiente para asegurarles a ellos y a sus familias un nivel de vida adecuado»*

Austria ha considerado vinculante esta disposición. Pero el Estado —a diferencia de otros Estados europeos— no otorga por sí mismo ningún salario míni-

---

22 Parágrafo 9 de la Ley de permisos laborales.

mo legal para todos los trabajadores. Sin embargo (véase arriba, 2.2), el Estado la logró en las regulaciones colectivas una ingeniosa red de condiciones marco. Por eso, la mayor parte de los trabajadores no negocia por sí misma el salario con los respectivos empresarios, a través de acuerdos individuales, sino que existen condiciones mínimas creadas imperativamente y colectivamente. Sólo en casos excepcionales, en los que estos instrumentos autónomos de los interlocutores sociales no resultan suficientes, interviene el Estado a través de un establecimiento heterónomo del Derecho (extensión, tarifas salariales mínimas, etc.). Además de esto, las condiciones marco legales ofrecen a los interlocutores sociales la posibilidad de aprovechar más recursos colectivos de organización jurídica, para establecer a ser posible, en caso de la correspondiente necesidad, salarios mínimos colectivos amplios e, incluso, para más de un sector (por ejemplo, con un convenio colectivo general o una resolución general de extensión)<sup>23</sup>.

Por lo demás, vale la pena anotar aquí que se considera como salario justo no sólo aquel que asegura al trabajador individual un nivel de vida adecuado, sino que también debe tenerse en cuenta en este caso la familia.

*«el derecho de los trabajadores hombres y mujeres a un salario igual por un trabajo de valor igual»*

Esta parte de la disposición sobre el derecho a un salario justo es igualmente vinculante para Austria, en el sentido de la CSE. En realidad, las disposiciones legales correspondientes se establecieron no sólo en la Ley de trato igual, sino también, por ejemplo, en la Ley de organización del trabajo<sup>24</sup>. Además, se aplica a los trabajadores/as el llamado principio de que se tenga en cuenta el trato igual jurídico-laboral, según el cual el trabajador concreto, o una mayoría, no puede ser tratado peor, intencionadamente o por motivos recusables, que el resto —o en su caso, la mayoría— de trabajadores sujetos a condiciones similares<sup>25</sup>. Además de esto, al menos parcialmente, los interlocutores sociales han asumido la tarea de igualar en los convenios colectivos, por ejemplo, los grupos utilizados. Parcialmente, tampoco esto ha resultado exitoso, pues los cuidadores profesionales de dependientes (al servicio de mayores, etc.), por ejemplo, que en una mayoría predominante son tradicionalmente mujeres, ganan todavía claramente menos, por ejemplo, que los empleados profesionales en la industria o en empresas. También el cómputo parcial de

23 Fundamentando, al respecto, *Melzer-Azodanloo*, *Rechtliche Instrumente der Mindestlohnpolitik in Österreich*, en Mosler/Pfeil (Editor), *Mindestlohn im Spannungsfeld zwischen Kollektivvertragsautonomie und staatlicher Sozialpolitik*, 45 (54 y ss).

24 Parágrafo 23 ArbVG. Como consecuencia de ello —de forma excepcionalmente admisible—, en el caso de establecimiento administrativo de salarios mínimos, hay que recurrir al nivel de salario mínimo en sectores económicos y profesiones afines, para evitar un pago inferior de grupos profesionales, que mayoritariamente se realizan por mujeres.

25 El principio de trato igual jurídico-laboral fue desarrollado por la jurisprudencia, con referencia al deber de cuidado. En consecuencia, se menciona una prohibición general de discriminación en la relación laboral. Sobre lo anterior, Löschnigg, *Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 6/321.

períodos de permiso tras el nacimiento puede conducir a salarios bajos para el grupo principal de progenitores, especialmente las mujeres. Estos períodos no se computan, o sólo se computan parcialmente, como períodos de trabajo (cfr., por ejemplo, parágrafo 15f de la Ley de protección de las madres).

Pero, además de esto, existen incluso (como tradicionalmente) incumplimientos por el Estado de este mandato. De la comparación entre la remuneración de empleados/as domésticos con tarifas mínimas salariales impuestas por el Estado y la remuneración de trabajadores/as auxiliares, trabajadores de tintorería y empleados de cocina afectados por el convenio colectivo para trabajadores/as del comercio, se desprende la siguiente diferencia salarial: en los primeros, 1400 euros por año de ejercicio en la tarifa salarial para empleados domésticos en Viena, y 1374 euros en el convenio colectivo para trabajadores/as del comercio. Esta diferencia salarial existe, aunque la Administración, en el caso de establecimiento de tarifas salariales mínimas, debe tener en cuenta incluso expresamente la remuneración correspondiente en los sectores afines (cfr. parágrafo 23 de la ArbVG).

*«el derecho de todos los trabajadores/as a un plazo extintivo adecuado en caso de finalización de la relación laboral»*

El artículo 4, apartado 4, tradicionalmente no se cumple por Austria, y de ahí que tampoco haya sido ratificado. Así, el parágrafo 77 de la Ordenanza Industrial de 1859 —lo que también ha sido apuntado críticamente por el Comité de Derechos Sociales— prevé en el ámbito (predominantemente de trabajadores manuales) de los obreros/as un plazo extintivo de dos semanas, que es, además, inderogable y, por principio, no automáticamente mayor *ex lege* en caso de prestaciones de servicios más largas (no rige el principio de antigüedad). El plazo, que tiene que cumplir el empresario/a en caso de extinción, en consecuencia, es dispositivo, y puede reducirse a través de acuerdo individual o convenio colectivo, también a favor de los trabajadores/as (con claridad, hasta en un día). Y de ahí, a falta de convenio colectivo, que tampoco se prevea con carácter general ningún plazo extintivo.

Tampoco las disposiciones de los párrafos 1159 y siguientes del Código Civil General (AGBG) prevén, en casos determinados, señaladamente cuando no se presta ningún «servicio de carácter más elevado» —esto es, se prestan servicios manuales—, un plazo extintivo (parágrafo 1159, apartado 1, medio inciso 1, llamado jornalero) o, en su caso, autorizan la extinción cuando concluye la semana natural (parágrafo 1159, apartado 1, medio inciso 2, en caso de cálculo del salario tras la semana). El parágrafo 13 de la Ley de auxiliares y empleados domésticos de 1962 (HGHAG) prevé 14 días de plazo extintivo para los auxiliares domésticos, e inderogablemente, de hasta 1 semana.

Adicionalmente a las disposiciones (no declaradas vinculantes) de la CSE (revisada), en nuestra opinión, debería promoverse por el lado austríaco la prolongación del plazo extintivo en caso de extinción empresarial, también por consideraciones de igualdad:

Para los empleados, esto es, trabajadores/as que desarrollan actividades no físicas, ascienden los plazos extintivos, en caso de extinción empresarial, obligatoriamente al menos a 6 semanas, y en caso de períodos de servicios más largos, estos se incrementan todavía más (esto es, a partir de dos años asciende obligatoriamente el plazo a dos meses; cfr. parágrafo 20 de la AngG). A diferencia de Alemania a mediados de los años 1990, Austria no ha eliminado todavía este masivo trato desigual entre obreros/as y empleados.

Ocurre, además, que a los trabajadores a tiempo parcial de menos de 8 horas a la semana les resultan de aplicación igualmente los plazos reducidos del ABGB<sup>26</sup>, incluso si ejercen predominantemente actividades de empleados, esto es, actividades no manuales. Dado que también en Austria tradicionalmente las mujeres trabajan a tiempo parcial, se produce respecto de esta disposición un incumplimiento adicional del artículo 157 del AEUV<sup>27</sup>.

En este sentido, entre el plazo extintivo apropiado y el salario justo existe una conexión, dado que objetivo principal del plazo extintivo es dar a los trabajadores despedidos la oportunidad de ya poder buscar en este tiempo un nuevo trabajo y, en consecuencia, no tener que costear su vida totalmente desposeídos de ingresos. Plazos demasiado breves, como en especial el de una sola semana, o también el de un mes tras un año de trabajo, tampoco están desde el punto de vista judicial en congruencia con la Carta<sup>28</sup>.

## 5. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ARTÍCULO 6)

Mientras que Austria ha declarado vinculante el derecho de asociación del artículo 5, esto rige sólo parcialmente para el artículo 6: los apartados 1, 2 y 3 fueron ya ratificados en 1969, aunque no el apartado 4, que obliga a los Estados contratantes a reconocer *el derecho de los trabajadores/as y de los empresarios/as a medidas colectivas, incluido el derecho de huelga en caso de conflictos de intereses*.

<sup>26</sup> Parágrafo 20, apartado 1, de la AngG, en conexión con los párrafos 1159 y ss. de ABGB.

<sup>27</sup> Löschnigg, *Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 4/068; *Jabornegg/Resch*, *Arbeitsrecht*, 5ª ed. (2014), marg. 629.

<sup>28</sup> Al respecto, también, véase *Karl*, *Europäische Sozialcharta*, en Hummer (Editor), *Österreich im Europarat* 1956-2006 (2008) 851 (869).

Al respecto, se ha expuesto como razón: que la parte de los trabajadores estaba dispuesta a ratificar el artículo 6, apartado 4. Pero dado que la parte empresarial no podía aceptar la ratificación, el Ministerio Federal de Trabajo, Seguridad Social y Protección del Consumidor ha propuesto crear un grupo de trabajo<sup>29</sup>.

Frente a otros Estados, en Austria el derecho de lucha laboral y, en consecuencia, el derecho de huelga —incluidas sus limitaciones— no estaba sistemáticamente regulado con anterioridad ni en normas constitucionales ni legales, ni en los convenios colectivos<sup>30</sup>. Sólo problemas aislados y especiales poseen normas legales concretas, que se refieren expresamente a la lucha laboral. Al menos, la responsabilidad penal por dirigir una huelga y por participar en una huelga ya fue derogada a finales del siglo XIX, por la Ley de coaliciones, RGBI núm. 43/1870.

Otras normas, que aclaran la neutralidad del Estado frente a las luchas laborales, son las siguientes: en virtud del parágrafo 9 de la Ley del seguro de desempleo (AIVG), no se considera justo el empleo en una empresa afectada por una huelga, esto es, el trabajador puede rechazarlo, sin perder el derecho al subsidio de desempleo. En virtud del parágrafo 13 de la AIVG corresponde el derecho al subsidio de desempleo cuando el desempleo es la consecuencia inmediata de una huelga o de un cierre defensivo. Además, si hay una cesión de mano de obra que está afectada por una huelga o un cierre, en virtud del parágrafo 9 de la Ley de cesiones de mano de obra, queda prohibida. A dichas empresas tampoco se les puede otorgar ningún permiso de empleo, en virtud del parágrafo 10 de la Ley de empleo de extranjeros.

Tradicionalmente, aun cuando no se lograron disposiciones legales diferenciadas sobre el derecho de huelga, se reconoce especialmente el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>31</sup>, en cuanto al contenido del derecho de huelga —al menos, en la doctrina científica austríaca<sup>32</sup>. Pero la discusión al respecto, acerca de cuándo una medida de huelga debe considerarse como objetivamente justificada, no está cerrada.

---

29 RV Staatsvertrag 1068, XXIV. GP, 7.

30 *Löschnigg, Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 13/010, 13/034; *Jabornegg/Resch, Arbeitsrecht*, 5ª ed. (2014), marg. 1016 y ss.

31 TEDH en el caso Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía de 21 abril 2009, núm. de queja 68.959/01. El TEDH en esta sentencia ha reconocido que el derecho de huelga está protegido por el artículo 11 del CEDH, que en Austria está constitucionalmente protegido. Hay que hacer referencia a otras fuentes jurídicas, que también han modificado duraderamente, con el paso del tiempo, el derecho a la huelga en Austria, como, por ejemplo, la jurisprudencia del TJUE, que —entre otras— en el marco de su Sentencia de 11.12.2007, Asunto C-438/05, *Viking Line*, expresó la opinión de que el derecho a la realización de una acción colectiva, con inclusión del derecho de huelga, tiene que reconocerse como derecho fundamental, que es parte nuclear esencial de los principios generales del Derecho comunitario.

32 *Löschnigg, Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 13/007 y ss.

## 6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La obligación de *introducir y sostener un sistema de seguridad social, así como de mantenerlo en situación satisfactoria*, fueron declaradas vinculantes por Austria y, también, hay que considerarlas cumplidas. Como ya se expuso a propósito del «concepto de trabajador» (v. arriba, en 1.2), Austria ha incluido no sólo a los trabajadores/as (personalmente dependientes) en el sistema de seguridad social, sino también a los prestadores/as libres de servicios, así como a los llamados nuevos autónomos. En consecuencia, existe en Austria ya desde 1996 la posibilidad de ofrecer, también a las nuevas «formas de trabajo» que no se corresponden con el antagonismo tradicional empresario-trabajador, aseguramiento legal en los ámbitos del seguro de enfermedad, del seguro de accidentes y del seguro de pensiones (teletrabajadores/as, trabajadores para multitudes, trabajadores/as de UBER, etc.). Así, también corresponde a los prestadores/as libres de servicios la indemnización cumulativa, y están sujetos al sistema del seguro de desempleo.

## 7. EL DERECHO DE LAS FAMILIAS A LA PROTECCIÓN SOCIAL, LEGAL Y ECONÓMICA (ARTÍCULO 16)

Austria ha declarado la disposición vinculante y, en consecuencia, está obligada a establecer las condiciones para el desarrollo de las familias como unidad básica de la comunidad, y a promover la protección de la vida familiar. Esto ocurre especialmente a través de la concesión de numerosas prestaciones familiares y de seguridad social. Aquí resulta oportuno mencionar, por ejemplo, la ayuda familiar que se percibe al menos en 111,8 euros al mes por hijo, y además, el subsidio por cuidado de hijos. Ambas prestaciones se perciben con independencia de si los padres están trabajando. Como derechos de los trabajadores/as que pueden promover adecuadamente la vida familiar, existen, por ejemplo, diversas formas de permisos para cuidar (en caso de enfermedad breve de parientes próximos), aunque también hay que mencionar, por ejemplo, el permiso por fallecimiento.

Al respecto, hay que advertir aquí que Austria —al menos, en los ámbitos laborales y de seguridad social— también concede los derechos correspondientes desde hace mucho tiempo a las parejas del mismo sexo (por ejemplo, en caso de permisos para cuidar en caso de enfermedad de la pareja; co-aseguramiento en el seguro de enfermedad). Esto era diferente hasta hace poco, en relación, por ejemplo, con la autorización para inscribirse las parejas —como matrimonio— en el registro civil.

## 8. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE EXTINCIÓN

Austria no ha declarado vinculante esta nueva disposición. La razón se basa en que en caso de ratificación por Austria de esta disposición se llevaría a cabo una importante necesidad de actualización. Y es que la situación jurídica exigía sólo la finalización anticipada de la relación laboral a través del despido o la salida por un motivo especial. La extinción no necesita por sí misma ningún motivo especial para ser justificada. Se aplica el principio de la libre rescindibilidad, según el cual se prescinde de ciertas restricciones legales o contractualmente acordadas al existir libre valoración por las partes del contrato para finalizar por extinción la relación laboral, con cumplimiento de determinados términos y plazos<sup>33</sup>.

Hay que relativizar igualmente en este sentido el principio de la rescindibilidad libre, dado que en especial la llamada protección general frente a la extinción, a que se refieren los párrafos 105 y ss. de la ArbVG, abren al trabajador la impugnación, cuando la extinción es «socialmente injustificada»<sup>34</sup>. En consecuencia, por la vía de la impugnación de la extinción se fuerza al empresario a exponer los motivos de su actuación, y en consecuencia, puede efectuarse una comparación de las posiciones de intereses. Pero esta protección general frente a la extinción, sobre la base de su naturaleza jurídica de Derecho colectivo, no se aplica en todas las empresas. Se construye como derecho de colaboración del comité de empresa, y se aplica sólo en centros de trabajo con cinco trabajadores empleados con carácter duradero. En las pequeñas empresas con menos de cinco trabajadores, no juega ninguna revisión de la extinción respecto de su justificación objetiva. Un cierto déficit normativo político-social y una cierta desventaja frente a la Carta Social Europea es, en consecuencia, evidente.

Además, el párrafo 105 de la Ley de organización del trabajo posibilita la impugnación de la extinción acordada por el empresario, cuando la finalización se produce por un «motivo despreciable». En consecuencia, se trata, por ejemplo, de actividades de organización de la empresa del trabajador rescindido como preludeo de una elección para el comité de empresa, o de actuación sindical, o también del ejercicio no abiertamente injustificado por el trabajador/a de derechos existentes al respecto.

Tanto la impugnación de la extinción por causa inadecuación social, como también aquéllas causadas por la existencia de motivos despreciables, que estén detrás de la extinción, excluyen totalmente a las pequeñas empresas de hasta 4 trabajadores. Además, el procedimiento de impugnación sólo prevé la posibilidad de

33 *Löschnigg, Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 8/009.

34 Sobre más restricciones basadas en la infracción de la ley o de las buenas costumbres, a que se refiere el párrafo 879 ABGB, véase *Löschnigg, Arbeitsrecht*, 12ª ed. (2015), marg. 8/048.

la «destrucción» posterior de la extinción, esto es, como consecuencia, el mantenimiento de la relación laboral. De ahí que el trabajador, tras la acción exitosa contra la extinción, tenga que volver a la empresa. No se prevén reglas sobre indemnización de perjuicios. La indemnización por extinción sólo puede reclamarse cuando la extinción se produce extemporáneamente o fue patente el despido injustificado. Esta llamada indemnización extintiva se corresponde ordinariamente con el salario que se habría ganado hasta el momento en que hubiera podido extinguirse regularmente la relación laboral.

Una protección más fuerte antes la extinción corresponde cuando ésta se deriva de motivos concretos: y es que la Ley de trato igual prevé, entre otras cosas, la prohibición de finalización de la relación laboral por causa de género, de origen étnico, de religión o ideología, de edad o de orientación sexual. En caso de una finalización discriminatoria, se abre a la persona afectada la posibilidad, bien de impugnar la finalización, bien de aquietarse frente a ésta y reclamar la indemnización de perjuicios.

La Ley federal de trato igual ofrece protección en caso de finalización discriminatoria —ésta comprende, respecto de las condiciones contractuales, no sólo la posibilidad de seguir la vía de accionar o, en su caso, la vía administrativa de los funcionarios/as, sino también la indemnización de perjuicios, que incluyen los perjuicios patrimoniales y (casi siempre) los perjuicios inmateriales.

Aun cuando el ordenamiento jurídico austríaco prevé ciertas restricciones a la libertad extintiva, el artículo 24 no está a pesar de todo completamente cubierto por la situación jurídica actual. Además, se duda por el Comité de Derechos Sociales acerca de si el motivo de despido de la «incapacidad para el servicio» está en armonía con la Carta. Las enfermedades de larga duración, que aparten al trabajador de la prestación de sus servicios por un tiempo no previsible (esto es, más de medio año), dan derecho al empresario incluso al despido anticipado del trabajador enfermo.

### III. CONCLUSIONES FINALES

Como conclusión, puede constatarse que el influjo de la CSE (revisada) en el ordenamiento jurídico austríaco —también en su forma revisada— no hay que valorarlo como muy especial, lo que afecta al aseguramiento mínimo detallado. Pero las afirmaciones programáticas de la CSE (revisada) permiten, bajo determinadas circunstancias, apoyar la exigencia de modificaciones político-sociales, para que en Austria y en Europa se afronten mejor las realidades laborales cambiantes.



# EL MARCO LEGAL Y LAS ESTRATEGIAS FINANCIERAS DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA: LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

[LEGAL FRAMEWORK AND FUNDING STRATEGIES OF CONTINUING VOCATIONAL TRAINING: SPANISH PERSPECTIVE]

Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2017  
Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2017

**Sumario:** I. EL MARCO REGULADOR.- II. ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA.- III. LOS DESAFÍOS ACTUALES.

*Contents:* I. THE REGULATORY FRAMEWORK.- II. ORGANIZATION AND FINANCE OF CONTINUING VOCATIONAL TRAINING.- III. TODAY'S CHALLENGES.

**Resumen:** Este trabajo analiza el nuevo régimen jurídico de la formación profesional continua en España, tal y como aparece diseñado en la Ley 30/2015, de 9 septiembre, por la que se regula el Sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, así como los desafíos actuales del régimen jurídico en cuestión.

*Abstract:* This paper analyzes the new legal regime of the continuing vocational training in Spain, as stated by the Act No. 30/2015, of 9<sup>th</sup> September; ruling the system of vocational training for employment in the labor arena, as well as today's challenges of the legal regime at issue.

**Palabras clave:** Formación profesional — Continua — Financiación — Desafíos — España.

*Keywords:* Vocational training — Continuing — Finance — Challenges — Spain.

\* \* \*



## I. EL MARCO REGULADOR

Tradicionalmente, el marco regulador de la formación profesional continua (esto es, para trabajadores en activo) y ocupacional (esto es, para trabajadores desempleados) se basó en la celebración de acuerdos interprofesionales, estipulados por las asociaciones empresariales más representativas y los sindicatos más representativos. El primero de estos acuerdos interprofesionales se estipuló en 1992, el segundo en 1996, el tercero en 2000, y el cuarto en 2006. Estos acuerdos otorgaban la gestión de los fondos de formación profesional —que eran fondos públicos— a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a través de una fundación, aunque a partir del año 2000 también se implicó en la gestión de esos fondos al Estado (por eso, la fundación pasó a llamarse Fundación «Tripartita»). Este modelo de gestión provocó escándalos de corrupción, pues parte de los fondos gestionados se utilizaba para financiar las asociaciones empresariales y sindicatos implicados en la gestión. Tras la quiebra del banco Lehman Brothers, estos escándalos fueron denunciados por el Tribunal de Cuentas del Estado español, en 2010. La crisis económica obligó a replantear totalmente este modelo de gestión. Por eso, se promulgó el Real Decreto-ley 4/2015, de 22 marzo, para la reforma urgente del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, en cuyo preámbulo se afirmaba que el propósito de esta norma era «garantizar el principio de tolerancia cero contra el fraude en la gestión de los fondos de formación profesional para el empleo». Sólo seis meses después, este Real Decreto-ley fue implícitamente derogado por la Ley 30/2015, de 9 septiembre, por la que se regula el Sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Desde un punto de vista estructural, esta Ley constituye el marco regulatorio actualmente vigente en España del tema de la formación profesional continua. La Ley 30/2015 prevé su desarrollo por medio de normas reglamentarias. Pero España carece de Gobierno desde las pasadas elecciones generales de 20 diciembre 2015. Por eso, estos reglamentos de desarrollo no han podido promulgarse. De ahí que sigan provisionalmente en vigor los reglamentos aprobados por el Real Decreto 395/2007, de 23 marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, con las modificaciones introducidas por la Ley 30/2015.

Estas normas legales y reglamentarias regulan la formación profesional ocupacional y la formación profesional continua como una parte de la política activa del mercado laboral. La Ley 30/2015 también regula el principal órgano de participación de los interlocutores sociales de ámbito nacional en el tema de la formación profesional, tanto ocupacional como continua. Este órgano es la nueva Fundación Estatal para la Formación en el Empleo. Tiene un carácter tripartito, pues está formada por las asociaciones empresariales más representativas, por los sindicatos más representativos y por representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas,

aunque teniendo en cuenta que ahora los representantes del Estado tienen la mayoría de votos. En este nuevo modelo de gestión, se pretende que los interlocutores sociales tengan un papel relevante en la identificación de las necesidades de formación profesional existentes en España. En esta tarea, pueden ser ayudados por otros órganos distintos de la fundación tripartita, denominados Estructuras Paritarias Sectoriales. Estas últimas se crean y se regulan en los diferentes sectores económicos por los convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional.

Esta regulación estructural se completa con las normas contractuales reguladoras de la formación profesional (continua y ocupacional). Estas normas están contenidas en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En esta Ley —refiriéndonos sólo a la formación profesional continua—, la distinción clave es la relativa, de un lado, a la formación profesional continua programada por la empresa; y de otro lado, a la formación profesional continua no programada por la empresa (esto es, aquélla en que predomina la libre iniciativa del trabajador). La primera está claramente favorecida por la Ley, de manera que el trabajador que participa en las correspondientes acciones formativas tiene derecho a disfrutar de permisos retribuidos para realizarlas (la regla general, según el artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores, es que «los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional», refiriéndose este derecho como regla a «realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva»). En cambio, si la formación es debida a la libre iniciativa del trabajador, el Estatuto de los Trabajadores se limita a afirmar que el trabajador tiene derecho sólo a un permiso para realizar los exámenes, aunque sin pronunciarse sobre si es o no un permiso retribuido (según la jurisprudencia, el tema depende fundamentalmente de la regulación contenida en el convenio colectivo aplicable a la empresa; cfr., por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 enero 2008 [*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2009/150648]), así como a la adaptación del turno de trabajo, al efecto de poder cursar estudios, aunque sólo si la empresa realiza su actividad con el sistema de turnos [al respecto, artículo 23.1.a)].

## II. ORGANIZACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA

La organización de la formación profesional continua está centrada en la arriba mencionada Fundación Estatal para la Formación en el Empleo. Sus fuentes

de financiación, en lo esencial, son tres distintas. En primer lugar, la cuota de formación profesional, pagada por todos los empresarios privados y por todos sus trabajadores, y recaudada por la Administración española de la seguridad social (según la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, esta cuota es un 0,70 por ciento de los salarios, del que el empresario paga el 0,60 por ciento y el trabajador el 0,10 por ciento restante). En segundo lugar, los fondos procedentes de la Unión Europea, y especialmente, del Fondo Social Europeo. En tercer lugar, las aportaciones que puedan hacer el Estado y las Comunidades Autónomas. Para el año 2016, los fondos públicos para la formación profesional continua y ocupacional ascienden a 2.203,3 millones de euros. En esta cifra, el 86 por ciento corresponde a la cuota de formación profesional (esto es, 1.904 millones de euros), el 8 por ciento a la aportación del Estado (esto es, 176 millones de euros) y el 5 por ciento a la aportación del Fondo Social Europeo (esto es, 110 millones de euros).

Según la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, estos fondos tienen que repartirse por mitades entre la formación profesional ocupacional y la formación profesional continua. En este año 2016, le corresponden a la formación profesional continua 1.132,9 millones de euros. El grueso de esta cantidad lo gestiona la arriba citada Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, con arreglo a la siguiente distribución: 1) para la formación programada por las empresas y permisos individuales de formación, 610 millones de euros; 2) para subvencionar acciones formativas no programadas por las empresas, 322 millones de euros; y 3) para gastos de funcionamiento e inversión de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, 31 millones de euros. Tradicionalmente, los problemas de fraude estaban vinculados a las acciones formativas no programadas por las empresas, que asumían casi monopolísticamente las asociaciones empresariales y sindicatos más representativos. Esta situación ha cambiado, pues ahora pueden pretender las subvenciones también los sindicatos meramente representativos, así como los centros no sindicales o empresariales especializados en formación profesional, en régimen de competencia competitiva abierta. Además, una vez adjudicada la subvención, queda prohibido que la ejecución de la acción formativa se subcontrate con un tercero (tradicionalmente, esta subcontratación era fuente muy frecuente de fraude). Sin embargo, no se considera subcontratación la contratación de personal docente.

Para implementar esta normativa, se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* la Resolución por el órgano competente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de la convocatoria del año 2016 para la concesión de subvenciones públicas para la ejecución de planes de formación continua de ámbito estatal no programados por las empresas. Se destinan a esta convocatoria fondos públicos por un total de 250 millones de euros. Según esta Resolución, se consideran áreas prioritarias las que tienen que ver con «internacionalización de la empresa, emprendimiento, inno-

vación, desarrollo tecnológico de los procesos productivos, digitalización, eficiencia energética, profesiones o actividades reguladas, [y] actividades relacionadas con la industria y logística» (cfr. artículo 4.6). Además, tienen prioridad los colectivos —entre otros— de «mujeres, personas con discapacidad, personas de baja cualificación, mayores de 45 años ..., trabajadores con contrato a tiempo parcial y trabajadores con contrato temporal» (cfr. artículo 6.4), así como «los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas» (*ibidem*). Se consideran especialmente subvencionables las propuestas realizadas conjuntamente por las asociaciones empresariales y sindicatos de ámbito sectorial, y dentro de ellas, los planes vinculados a acciones formativas «determinadas por las Comisiones Paritarias Sectoriales estatales y otros ámbitos de la negociación colectiva sectorial estatal, dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados» (cfr. artículo 10).

### III. LOS DESAFÍOS ACTUALES

En España, la digitalización de las actividades empresariales está amenazando el empleo en múltiples sectores económicos (supermercados, centros comerciales, banca, etc.). Los trabajadores empleados en sectores amenazados por la digitalización deberían pensar en formarse para mejorar su empleabilidad, pero en sectores económicos no amenazados (y si es posible, incluso en sectores económicos inmunes al fenómeno de la deslocalización). Entre estos sectores con futuro, es claro que hay que incluir en España el relativo al cuidado de dependientes, esto es, de personas no solamente mayores, sino incluso muy, muy mayores (por ejemplo, de más de ochenta años de edad). En esta dirección, apunta la recién citada Resolución administrativa de 2016, estableciendo —respecto de los cuidadores profesionales de dependientes— que «a efectos de esta convocatoria las profesiones o actividades reguladas se refieren», entre otras, «a las vinculadas con los certificados de profesionalidad “SSCS0208 Atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales”» y «“SSCS0108 Atención sociosanitaria a personas en el domicilio”». La propia Resolución administrativa se refiere igualmente a los cuidadores no profesionales de dependientes, indicando que «los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia podrán participar en la formación de oferta sectorial de referencia, en las acciones específicas propias de su actividad de cuidadores, en los ámbitos sectoriales de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, centros y servicios de atención a personas con discapacidad, acción e intervención social y sanidad».

# EFICACIA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN BRASIL\*

[EFFICACY AND LEGAL NATURE OF COLLECTIVE BARGAINING  
AGREEMENTS IN BRAZIL]

Edilton Meireles

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2017  
Fecha de aceptación: 31 de marzo de 2017

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN.- II. RECONOCIMIENTO O DERECHO A CEL-  
EBRAR CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO.- III. NAT-  
URALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y DEL ACUERDO COLECTIVO.- IV.  
LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- V. CONTENIDO DEL DERECHO  
AL «RECONOCIMIENTO DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS  
DE TRABAJO». VI. DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y OBLIGACIÓN  
DE LOS EMPRESARIOS.- VII. CONCLUSIONES.

*Contents: I. INTRODUCTION.- II. RECOGNITION OR RIGHT TO  
CONCLUDE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS.- III. LE-  
GAL NATURE OF THE COLLECTIVE AGREEMENT AND LABOR  
AGREEMENT.- IV. CONTENT OF THE RIGHT TO «OF COLLEC-  
TIVE AGREEMENTS AND LABOR AGREEMENTS».- VI. WORKERS'  
RIGHTS AND EMPLOYERS' OBLIGATIONS.- VII. CONCLUSIONS.*

**Resumen:** En el presente trabajo tratamos la naturaleza jurídica de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo a la luz de la legislación brasileña, en especial, a partir de lo dispuesto en la CF/88. Procuramos demostrar su naturaleza jurídica de ley en sentido material, destacando el contenido en cuanto que derecho fundamental de los trabajadores e instrumento puesto a disposición de los mismos para la busca de mejores condiciones sociales.

*Abstract: This paper studies the legal nature of conventions and col-  
lective bargaining agreements in Brazilian legislation, specially in the  
light of the provisions of the 1988 Constitution. We seek to demonstrate  
its legal nature of law in a material sense, highlighting its content as a  
fundamental right of the workers and as an instrument made available  
to them for searching better social conditions.*

---

\* Traducción al castellano, desde el portugués original, de Jesús Martínez Girón.

**Palabras clave:** Convenio colectivo — Acuerdo colectivo — Negociación colectiva — Naturaleza jurídica — Ley colectiva — Eficacia.

**Keywords:** *Collective bargaining agreement — Labor agreement — Collective bargaining — Legal nature — Collective law — Effectiveness.*

\* \* \*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más debatidos en el mundo del Derecho brasileño del Trabajo en los últimos años, que siempre vuelve a aparecer, especialmente en momentos de crisis, es la eficacia de lo negociado colectivamente frente a lo que dispone la ley estatal infraconstitucional.

En Brasil, teniendo en cuenta la doctrina tradicional, anclada en las Constituciones anteriores, se sostiene que la ley estatal infraconstitucional tiene prevalencia sobre las normas colectivas del trabajo.

Intentamos en este trabajo, no obstante, apuntar los equívocos de la doctrina (que se volvió opinión común), ya que ésta se ciñe a los textos de las Constituciones anteriores, para así continuar teorizando. Acaban, por otro lado, interpretando la Constitución actual «de conformidad con la LCT» (Consolidación de las Leyes de Trabajo), en vez de hacer prevalecer lo que está en el orden constitucional instaurado a partir de octubre de 1988.

Este estudio, a su vez, parte de la interpretación del que es uno de los derechos laborales más enigmáticos entre los relacionados en el artículo 7 de la Constitución Federal (CF). Se trata del derecho fundamental de los trabajadores al «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo» (inciso XXVI).

Para intentar aclarar cuestiones olvidadas, lanzamos nuestra opinión.

## II. RECONOCIMIENTO O DERECHO A CELEBRAR CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO

La primera controversia que podemos extraer del texto constitucional surge justamente a partir de la expresión utilizada por el constituyente para asegurar a los trabajadores el derecho a los convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y es que el constituyente utilizó la expresión «reconocimiento» para asegurar el derecho al convenio y al acuerdo colectivo de trabajo.

A partir de esa expresión («reconocimiento»), podemos entonces pensar que el constituyente, en el inciso XXVI del artículo 7 de la CF brasileña, habría reconocido que el derecho a la celebración del convenio y acuerdos colectivos de trabajo sería preconstitucional. Y de ahí por qué son reconocidos y respetados por la Carta Magna. La Constitución no estaría «concediendo» algo nuevo a los traba-

jadores. Estaría, en este sentido, reconociendo un derecho que les resultaría «natural».

Debemos recordar que la Constitución brasileña, al instituir el régimen democrático, estableció la regla de que «todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, en los términos de la Constitución» (parágrafo único del artículo 1). El pueblo ejerce el poder por medio de sus representantes o directamente, en los términos de la Constitución. O sea, lo ejerce tanto a través de sus representantes políticos elegidos democráticamente, como directamente, en este caso, aunque a través de representantes previamente indicados en la ley o en la propia Constitución.

Egon Felix GOTTSCHALK, a su vez, enseña que en un Estado autoritario la delegación de poderes es el único modo de legitimación del poder legislativo conferido a los grupos sociales o a entes no estatales. Ya en el Estado democrático, cuyo poder emana del pueblo, esa legitimación se derivaría del reconocimiento de la competencia originaria del pueblo<sup>1</sup>. En suma, el Estado reconoce el ejercicio del poder legislativo por las propias partes interesadas.

Es en este contexto, entonces, que debe interpretarse lo dispuesto en el inciso XXVI del artículo 7 de la CF, cuanto asegura el «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo». Aquí el Estado acaba por reconocer que un determinado grupo social mantiene su legitimación originaria para establecer reglas de conducta, sin perjuicio de la legislación estatal.

Pero aquí debemos hacer una distinción importante para la valoración de este derecho a la luz de la Constitución actual de Brasil. Y es que este derecho pasó a ser reconocido a los trabajadores a partir de la Constitución de 1946<sup>2</sup>. Destáquese, no obstante, que la Constitución de 1937, sin utilizar esa misma expresión, ya aseguraba a las entidades sindicales las funciones normativas, pero por delegación del Poder Público (artículo 138).

Esa vinculación del sindicato al Estado, a su vez, continuó vigente en el orden constitucional de 1946 (artículo 159) y de 1969 (artículo 166). O sea, hasta 1988, la entidad sindical actúa por delegación de poderes del Estado. Ya la actual Constitución brasileña, rompiendo con esa verdadera promiscuidad autoritaria, alejó a las entidades sindicales de toda interferencia o intervención del Estado (artículo 8, inciso 1).

---

1 *Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho*, LTr (San Pablo, 1995), pág. 301.

2 Hasta la Constitución de 1969 se reconocía el derecho a los «convenios colectivos de trabajo». Así, en el inciso XIV del artículo 165 de la CF de 1969, inciso XIV del artículo 158 de la CF de 1967 e inciso XIII de la CF de 1946. La actual reconoce el derecho a los «convenios y acuerdos colectivos de trabajo».

Es más. Las Constituciones brasileñas anteriores establecían aún que la entidad sindical sólo podría representar legalmente a los integrantes de la categoría en los convenios colectivos conforme a la regulado en la ley y por delegación del poder público (artículo 166 de la CF/1969<sup>3</sup>, artículo 159 de la CF/1967<sup>4</sup>, artículo 159 de la CF/1946<sup>5</sup> y artículo 138 de la CF/1937<sup>6</sup>). O sea, la representación legal en los convenios colectivos, incluso en lo relativo a lo que se podría disponer y negociar, dependía de la ley y de la autorización estatal.

La Constitución Federal de 1988, no obstante, no lo dispone así. No sólo desligó la entidad sindical del Estado (artículo 8, inciso 1), sino que tampoco subordinó lo negociado colectivamente a ninguna reglamentación estatal. En verdad, como afirmó el Min. Luiz Roberto BARROSO del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, «la Constitución de 1988 ... prestigió la autonomía colectiva de la voluntad como mecanismo por el cual el trabajador contribuirá a la formulación de las normas que regirán su propia vida, incluso en el trabajo (artículo 7, XXVI, CF)»<sup>7</sup>.

De ahí se deriva, en el orden constitucional brasileño actual, que cuando las entidades sindicales firman convenios y acuerdos colectivos de trabajo están ejerciendo, en verdad, un poder normativo originario e inderogable, como auténticas normas jurídicas, por otorgamiento (o reconocimiento) constitucional de una parte de sus funciones de ordenación del Derecho, como enseñan los alemanes<sup>8</sup>.

Debemos entender, así, que lo que la Constitución asegura, en esta cláusula social, es el derecho de los trabajadores a celebrar convenios y acuerdos colectivos de trabajo de naturaleza normativa.

Pero vean. Éste es un derecho de los trabajadores, ya que el inciso XXVI está vinculado a la cabecera del artículo 7, precepto que apunta a los derechos fundamentales de los trabajadores en sus treinta y cuatro incisos, «además de otros que se refieran a la mejora de su condición social».

---

3 Artículo 166. Es libre la asociación profesional o sindical; su constitución, la representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas de poder público se regularán en ley.

4 Artículo 159. Es libre la asociación profesional o sindical, su constitución, la representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas de poder público se regularán en ley.

5 Artículo 159. Es libre la asociación profesional o sindical, siendo reguladas por ley la forma de su constitución, su representación legal en los convenios colectivos de trabajo y el ejercicio de funciones delegadas por el poder público.

6 Artículo 138. La asociación profesional o sindical es libre. No obstante, sólo el sindicato regularmente reconocido por el Estado tiene el derecho de representación legal de los participantes en la categoría de producción para la que fue constituida, y de defenderles los derechos ante el Estado y las otras asociaciones profesionales, estipular contratos colectivos de trabajo obligatorios para todos sus asociados, imponerles cotizaciones y ejercer en relación con ellos funciones delegadas de poder público. Cabe destacar que esta regla fue suspendida por el Decreto núm. 10.358 de 1942.

7 STF, Recurso extraordinario — RE— núm. 590.415.

8 A. HUECK y H.C. NIPPERDAY, *Compendio de Derecho del Trabajo* (traducción de Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa), Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid, 1963), pág. 50.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO Y DEL ACUERDO COLECTIVO

Y aquí surge, entonces, la cuestión más importante. Se trata de la definición de la naturaleza jurídica de las normas colectivas del trabajo. Antes es necesario, sin embargo, fijar el concepto de ley.

José Afonso DE SILVA, muy sintéticamente bien, define la ley, en sentido material, como «un acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio, que tiene como finalidad la ordenación de la vida colectiva, en el sentido de aportar certeza, precisión y garantía a las relaciones jurídicas»<sup>9</sup>.

En esta definición encontramos las características básicas para la definición de la ley. Primero, es preciso que el acto normativo tenga carácter general, o sea, que sea aplicada a una generalidad de personas. Sin personalidad. Debe dirigirse a todos y de forma genérica, sin distinción.

Es lógico, no obstante, que la ley pueda referirse a una determinada clase, categoría o grupo social, sin retirar con ello su generalidad. La ley que asegura derechos a los portadores de necesidades sociales, por ejemplo, por el hecho de dirigirse a determinada clase no pierde su carácter de generalidad. De esta misma forma, las leyes laborales son generales, aunque referidas a determinada clase (bancarios, comerciales, etc.).

La segunda característica es la abstracción, esto es, la ley debe regular de forma abstracta las situaciones jurídicas que puedan surgir (en el futuro). Abstractamente, regula las situaciones jurídicas que puedan llegar a ocurrir.

Es obligatoria, ya que vincula a las personas, independientemente de sus voluntades. Y, por último, puede afirmarse que debe tener por finalidad regular la convivencia humana, procurando dar certeza a las relaciones jurídicas. Regula la convivencia humana, buscando la pacificación de nuestras relaciones sociales, retirando las incertidumbres que puedan surgir de ellas y, por tanto, las potenciales situaciones de conflicto.

Es ya pacífico, a su vez, que la ley en sentido material no es el acto normativo necesariamente producido por el Poder Legislativo. En puridad, en un Estado Democrático y de Derecho, será ley el acto normativo que reúna las características arriba mencionadas, y que sea generado por quien la Constitución le asegure la competencia respectiva. En suma, tendrá poder de producir la ley (poder normativo) aquel a quien la Constitución le asegura esta atribución, esto es, quien tiene el

---

<sup>9</sup> *Processo constitucional de formação das leis*, 2ª ed., Malheiros (San Pablo, 2007), pág. 24.

poder de crear Derecho, de legislar, de regular las relaciones jurídicas. Esta función, preponderantemente, se reserva al Poder Legislativo. Sin embargo, nada impide al constituyente, aunque derivado, delegar tal atribución a otros, incluso, «reconocer» ese derecho a los grupos sociales.

En el mundo del trabajo, está reconocida la facultad atribuida a los grupos sociales, protagonistas de la relación de empleo, de firmar convenios colectivos o acuerdos colectivos. De ahí el «reconocimiento» por parte de nuestro constituyente.

En Brasil, como en general en los demás países que reconocen estos actos, los convenios colectivos y acuerdos colectivos deben ser firmados por las entidades sindicales (artículo 8 de la CF). Destáquese, sin embargo, que la ley resalta que las federaciones sindicales «y, a falta de ellas, las confederaciones representativas de categorías económicas o profesionales podrán celebrar convenios colectivos de trabajo para regir las relaciones de las categorías vinculadas a ellas, no organizadas en sindicatos, en el ámbito de sus representaciones» (parágrafo 2 del artículo 611 de la CLT).

La ley prevé, además, que los sindicatos y las empresas no pueden negarse a la negociación colectiva (artículo 616 de la CLT). Y de ahí, ante la negativa de los sindicatos, que los trabajadores o empleadores puedan recurrir a las federaciones respectivas o, también ante la negativa de éstas, a las confederaciones pertinentes para que sea firmado el acuerdo o el convenio. Es lógico, no obstante, que si una de las partes, incluida la empresa, se niega a negociar, a la otra sólo le cabrá provocar el conflicto colectivo (parágrafo 2 del artículo 616 de la CLT).

De ahí se extrae la regla de que, en puridad, el convenio o el acuerdo colectivo puede ser firmado por la entidad sindical y no, necesariamente, por el sindicato (entidad sindical de primer grado). Con todo, la ley establece otra excepción. Ocurre cuando las entidades sindicales representativas de los empleados se niegan a celebrar el acuerdo colectivo. En este caso, entonces, los propios empleados podrán «proseguir directamente la negociación colectiva hasta el final» (artículo 617 y siguientes de la CLT).

No obstante, lo que más importa destacar es que la propia Constitución asegura, en cuanto que derecho fundamental de los trabajadores (artículo 7), el «reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo» (artículo 7, inciso XXVI). Por tanto, de ahí se deriva que cuando las entidades sindicales firman convenios y acuerdos colectivos de trabajo están ejerciendo, en puridad, un poder normativo originario. Crean normas de eficacia inmediata e inderogable, como auténticas normas jurídicas, por otorgamiento (o reconocimiento) estatal de una parte de sus funciones de ordenación del Derecho.

Pero, aunque así no fuese, es claro que no cabe duda de que el Estado brasileño, a través del inciso XXVI del artículo 7 de la CF, atribuyó a las entidades sindicales el poder de establecer «acuerdos» de carácter normativo.

A ese efecto, es preciso recordar que, por fuerza de la misma Constitución, a los sindicatos «les compete la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría» (inciso II del artículo 8). Observen: al sindicato le compete representar a todos los miembros de la categoría, estén o no afiliados a la entidad sindical respectiva. Y ello, porque los pactos colectivos acaban beneficiando y vinculando a todos los miembros de la categoría, con independencia de su afiliación o no a la entidad sindical.

Esta representación sindical en Brasil (de categoría y no solamente de los afiliados), a su vez, se diferencia de los principales ordenamientos jurídicos occidentales, que, de un modo general, sólo reconocen el derecho del sindicato a representar únicamente a sus afiliados<sup>10</sup>. Por tanto, como regla, en esos ordenamientos jurídicos la norma colectiva sólo vincula a los asociados a la entidad.

Así, por ejemplo, en Alemania, las normas colectivas sólo benefician y obligan únicamente a los miembros de las entidades sindicales que estipulan o acuerdan<sup>11</sup>. Y en Francia, de la misma forma, las normas colectivas vinculan a los asociados de las entidades estipulantes. Con todo, las empresas que están vinculadas al convenio colectivo también están obligadas a extender a sus trabajadores no sindicalizados los mismos beneficios asegurados a los afiliados<sup>12</sup>. Esta extensión, sin embargo, asume la naturaleza de pacto contractual individual.

En Italia, de la misma forma, los convenios colectivos sólo vinculan a los asociados a las entidades sindicales acordantes. Con todo, la jurisprudencia también entiende que la empresa que sea miembro del sindicato patronal que haya firmado el convenio está igualmente obligada a aplicar las normas negociadas para los demás empleados, aunque no estén afiliados al sindicato profesional acordante, si los trabajadores así lo desearan<sup>13</sup>.

Portugal, a su vez, sigue la lógica de Alemania, esto es, las normas colectivas sólo benefician a los afiliados a las entidades sindicales (artículo 496 del Código del Trabajo de 2009).

---

10 Para una visión general, en los ordenamientos europeos, cfr. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *La negociación colectiva en Europa*, MTAS (Madrid, 2004), *passim*, y T. SALA FRANCO, *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria (Primera Parte)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2008), *passim*.

11 *Idem*, págs. 45-47.

12 *Idem*, pág. 121.

13 *Idem*, págs. 164-171.

España, a su vez, tiene una doble regulación. En la nación española se ha de distinguir el convenio colectivo estatutario del convenio extraestatutario. Los estatutarios tienen eficacia erga omnes, obligando a todos los empleadores y empleados. Pero los convenios extraestatutarios son de naturaleza contractual, vinculando sólo a los trabajadores y a los empleadores directamente representados<sup>14</sup>.

En Brasil, sin embargo, la entidad sindical representa a todos los miembros de la categoría. Por tanto, sus actos vinculan a los afiliados y a los no afiliados al sindicato (a semejanza del convenio colectivo estatutario español). Y esta distinción es importante para la definición de la naturaleza jurídica de las normas colectivas en Brasil. Y ello, porque cuando se admite que el sindicato, al firmar el convenio colectivo, sólo representa a sus afiliados, vinculándolos a la respectiva norma colectiva, se considera que el mismo ejerce dicha atribución por delegación de los propios asociados. En suma, los afiliados confieren al sindicato el poder de negociar colectivamente en su nombre. El sindicato ejerce, así, esta atribución en cumplimiento de un mandato conferido por sus asociados. Por tanto, el convenio colectivo no pasaría de mero contrato, celebrado por persona en el ejercicio de poderes que le han sido otorgados individualmente por otro.

Como enseña Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, los convenios colectivos de trabajo celebrados por las entidades sindicales, en nombre sólo de sus afiliados, «no pasarían de meros negocios jurídicos, como cualesquiera contratos entre particulares, estrictamente subordinados a la ley y sin ninguna importancia para un estudio sobre la elaboración legislativa. Ocurre, sin embargo, que en algunos Estados, como en Brasil, ese convenio puede llegar a obligar también a los patronos o empleados que de algún modo estuvieran representados en la negociación, como son los que no se adhirieron a los sindicatos firmantes del acuerdo.

Ahora bien, esta extensión da al convenio colectivo fuerza de ley, en la medida en que, en el Estado de Derecho, sólo la ley puede obligar a hacer o a dejar de hacer cualquiera cosa. Y, como la ley, este convenio obliga a los que no participaron en su adopción, constituyendo respecto de ellos una obligación heterónoma.

Esta ley sería, así, una legislación no estatal, una legislación por los interesados, si se quiere, ya que su fuente sería la voluntad de determinados entes no integrados en el Estado, excluida, es claro, la hipótesis del Estado corporativo o sindicalista»<sup>15</sup>.

Por lo demás, es preciso recordar que, en Brasil, no siempre fue así. En puridad, la representación sindical amplia, vinculándose toda la categoría profesional o económica a lo establecido en la norma colectiva, sólo pasó a ser regla en Brasil a

---

14 *Idem*, págs. 271-275 y 283-285.

15 *Do processo legislativo*, 3ª ed., Saraiva (San Pablo, 1995), págs. 188-189.

partir del Decreto-ley núm. 229, de 28.2.1967, publicado ya durante la vigencia de la CF/1967, que revocó el artículo 612 de la CLT en su redacción originaria, que disponía que «El convenio colectivo, celebrado en los términos del presente capítulo, se aplica a los asociados a los sindicatos acordantes, pudiendo extenderse a todos los miembros de las respectivas categorías, mediante decisión del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio».

A partir de entonces, no obstante, la norma colectiva pasó a aplicarse a todos los miembros de la categoría independientemente de cualquier acto legislativo de extensión. Antes, la norma colectiva tenía naturaleza contractual, pues vincula sólo a los asociados a la entidad sindical. Sus reglas, no obstante, podrían extenderse a los no afiliados a los sindicatos por acto normativo estatal («decisión del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio»). Teníamos, entonces, un acto estatal estableciendo la regla para los no afiliados<sup>16</sup>.

Con todo, en Brasil, de conformidad con la regla actual, las entidades sindicales representan a todos los miembros de la categoría profesional, por imperio de la regla constitucional (inciso II del artículo 8). Así, aunque el empleado o el empleador no esté afiliado al sindicato de la respectiva categoría, este último tendrá la atribución de firmar un convenio o acuerdo colectivo vinculando a aquéllos (miembros de la categoría, aunque no afiliados al sindicato). La diferencia entre la vinculación normativa prevista a partir del Decreto-ley núm. 229/67 y la actual vinculación es que aquélla estaba establecida en norma infraconstitucional. Actualmente, no obstante, esta vinculación se deriva de la propia Constitución Federal.

Volvamos entonces a la definición del convenio colectivo. Cuando se firma por entidad sindical que sólo representa a sus afiliados, fácilmente podemos concluir que este acto es mero instrumento contractual firmado por particulares, aunque celebrado por su representante (la entidad sindical).

Pero en Brasil, el convenio colectivo asume la hechura de verdadera ley. Y ello, porque estaremos ante un «acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio, teniendo como finalidad la ordenación de la vida colectiva, en el sentido de otorgar certeza, precisión y garantía a las relaciones jurídicas»<sup>17</sup>.

---

16 Antes de la CLT (de 1943), en su redacción originaria, el Decreto núm. 21.761, de 23 agosto 1932, ya establecía que «los convenios colectivos obligan tanto a los sindicatos que se ajustasen o fuesen a adherirse, como a sus componentes, los cuales no quedarán exonerados de las obligaciones asumidas por el hecho de retirar su adhesión o dejar de formar parte de los sindicatos o agrupaciones» (artículo 5). Su aplicabilidad a los demás integrantes de la categoría dependía, también, de acto normativo del Ministro de Trabajo, Industria y Comercio, oída la competente Comisión de Conciliación (artículo 11). La CLT sólo «codificó» (consolidó) estas reglas anteriores.

17 José Afonso DA SILVA, *Processo constitucional de formação das leis*, 2ª ed., cit., pág. 24.

Obsérvese que cuando el convenio colectivo establece una regla creando nuevas condiciones de trabajo a ser observada en el futuro por todos los miembros de la categoría profesional y económica representados, independientemente de su afiliación o no al sindicato, aquélla está creando una regla de carácter general (aunque aplicable a una determinada clase), abstracta (para regular las situaciones futuras) y obligatoria (en relación con sus destinatarios), con la finalidad de ordenar la vida colectiva.

Tal norma —contenida en el convenio colectivo— crea una nueva regla jurídica que regulará una relación jurídica (de empleo), firmada por los actuales empleados y empleadores (determinados) o por los futuros empleados o empleadores (indeterminados). Es abstracta, ya que sólo pretende regular posibles futuras situaciones jurídicas, indicando la regla a aplicarse cuando se produzca su ocurrencia. En fin, es obligatoria, pues vincula a todos los miembros actuales o futuros de las categorías económicas o profesionales representadas por las entidades sindicales.

Como en 1913 ya enseñaba Leon DUGUIT, opinando a la luz de la legislación francesa de la época, semejante a la actual ley brasileña, las normas de los convenios

«son leyes propiamente dichas, disposiciones de carácter general, permanentes, que regulan durante un tiempo indeterminado las situaciones individuales, que determinan competencias que van acompañadas de sanción jurisdiccional».

«... celebrada entre dos o más grupos; de ese convenio nace una verdadera ley que se aplicará no sólo a aquellos que fueron parte de estos grupos en el momento del convenio, sino también a los que formarán parte más tarde y a terceros que no fueron parte de este grupo» ...

«... Por tanto, el contrato colectivo celebrado entre el sindicato patronal y el obrero, será verdaderamente la ley de la profesión organizada»<sup>18</sup>.

Aquí, sin embargo, en este camino, para un mejor entendimiento, resulta preciso distinguir la ley en su sentido material de su sentido formal. En sentido material, repitiendo lo enseñado arriba, ley es «todo acto normativo general, abstracto y obligatorio, teniendo como finalidad la ordenación de la vida colectiva»<sup>19</sup>. En este sentido, tanto es ley (en cuanto acto normativo) la regla establecida en la Constitución, en la ley complementaria, en la ley ordinaria, en decretos, reglamentos, etc., siempre que tenga «carácter general, abstracto y obligatorio» y que busque regular la conducta o las relaciones jurídicas.

---

18 «Las leyes particulares», en *Las transformaciones del Derecho público y privado*, traducción castellana, Comares (Granada, 2007), págs. 68-70. Traducción libre del autor.

19 *Ibidem*, pág. 24.

Pero en sentido formal, ley es el acto normativo producido por el órgano estatal constitucionalmente competente para el ejercicio de la función legislativa. En este sentido, en Brasil, ley en sentido formal es el acto normativo producido por el Poder Legislativo, de conformidad con el procedimiento previsto en la Constitución. Ley, en sentido formal, sería la regla que el Poder Legislativo publica de conformidad con los mandatos previamente establecidos por el Legislador Constituyente.

Esta distinción, a su vez, se revela extremadamente importante, ya que la norma colectiva, aunque no sea ley en sentido formal, lo es materialmente, en cuanto que «acto normativo de carácter general, abstracto y obligatorio» y que tiene por objeto ordenar la vida colectiva. En suma, «la ley no es solamente la regla de conducta, dictada y sancionada por el Estado»<sup>20</sup>. Y los convenios colectivos son auténticas leyes, «aunque nacidas de un acuerdo de voluntad»<sup>21</sup>.

Por fuerza y opción del legislador constitucional, por tanto, se asegura a las entidades sindicales tratar sobre determinadas cuestiones a través de la negociación colectiva, pudiendo establecerse una regla de carácter general, abstracto y obligatorio, reguladora de las relaciones jurídicas. Por tanto, en este caso, estamos ante una ley en sentido material.

Tales reglas, a su vez, ingresan en nuestro ordenamiento jurídico en el mismo plano de las leyes ordinarias<sup>22</sup>. Y ello, porque el constituyente acabó por reconocer a los interesados el poder de legislar ordinariamente sobre cuestiones laborales, así como atribuyó esa misma función al legislador estatal, no realizando ninguna distinción al conferir tales atribuciones.

En suma, no se extrae de la Constitución ningún apoyo para sostener que la ley estatal esté en grado superior al convenio o acuerdo colectivo de trabajo.

Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, sin embargo, sostiene que el convenio estaría «sub lege», con base en que «es la ley la que permite su establecimiento (cuando no es la Constitución), la que marca sus límites, la que pone sus condiciones»<sup>23</sup>.

Se equivoca, sin embargo, este doctrinario, ya que el convenio colectivo de trabajo, en cuanto que instrumento legislativo, encuentra amparo en la Constitución.

---

20 Orlando GOMES, *A convenção coletiva de trabalho* (edición facsímil de la de 1936), LTr (San Pablo, 1995), pág. 134.

21 *Ibidem*, pág. 136.

22 El convenio colectivo y el acuerdo colectivo de trabajo ¿podrían enmarcarse en el concepto de «ley», a efectos del artículo 102, inciso 1, párrafo «a», de la CF, de modo que se admitiese la acción directa de inconstitucionalidad?

23 *Ob. cit.*, pág. 189.

Por tanto, no depende de la ley infraconstitucional para poder ser publicado. La enseñanza del profesor Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO tendría todo fundamento si la norma constitucional que asegura a la entidad sindical el derecho a negociar colectivamente no hubiese sido alterada. Si, antes, el sindicato dependía de la ley, en el actual panorama constitucional esa condición no existe.

Este equívoco, a su vez, se ha repetido en el Tribunal Superior del Trabajo brasileño (TST), para el que los derechos establecidos en ley infraconstitucional estatal, cuando revisten el carácter de orden público, no pueden ser suprimidos «mediante norma colectiva, aun a través de la concesión de otras ventajas a los empleados», ya que se opondría «directamente a la referida disposición de ley, además de atentar contra los preceptos constitucionales que aseguran las condiciones mínimas de protección al trabajo. Resulta evidente, por tanto, que tal eventualidad no encuentra respaldo en el artículo 7, XXVI, de la Constitución de la República. Precedentes de la SBDI-I» (E-ED-RR 1928-03.2010.5.06.0241, Ponente Magistrado: Lelio BENTES CORRÊA, Fecha del fallo: 20/02/2014, Subsección I Especializada en Conflictos Individuales, Fecha de Publicación: DEJT: 11/04/2014).

La jurisprudencia, por tanto, ha incurrido en el mismo equívoco de pensar que el poder de la entidad sindical para establecer nuevas condiciones de trabajo está sujeto a los dictámenes de la ley infraconstitucional.

Se equivocan. Y ello, con otras palabras, porque, al igual que el legislador estatal, la entidad sindical también encuentra el fundamento para crear la ley colectiva en la propia Constitución de 1988. El poder de las entidades sindicales deriva de lo establecido por el constituyente y no por el legislador infraconstitucional. De ahí se deduce, por tanto, que la norma colectiva de trabajo ingresa al mismo nivel de la ley infraconstitucional, asumiendo la naturaleza de ley ordinaria o de ley complementaria (dependiendo de la materia tratada)<sup>24</sup>.

La opinión de Manuel GONÇALVES FERREIRA FILHO, arriba mencionada, en puridad —como ya se dijo antes—, está apegada a lo que disponía la Constitución anterior (de 1969), en su artículo 166, cuando establecía que la entidad sindical sólo podría representar legalmente a los integrantes de las categorías de conformidad con lo regulado en la ley. Si solamente podría representar de conformidad con lo regulado en la ley, aquí sí, el convenio estaría sub lege. La Constitución de 1988, no obstante, no dispone que la entidad sindical solamente puede representar a su categoría en la forma legal.

---

24 En este sentido, confrontar Ícaro DE SOUZA DUARTE, «A posição hierárquica da convenção coletiva de trabalho», en <http://icaroduarte.jusbrasil.com.br/artigos/121943430/a-posicao-hierarquica-da-convencao-coletiva-de-trabalho>.

Y aquí está la gran equivocación de los doctrinarios y de la jurisprudencia laboral, y que se convirtió en opinión común (opinión generalizada). La equivocación es pensar que la norma colectiva de trabajo está por debajo de la ley, no pudiendo, así, prevalecer sobre lo que ella dispone. Equívoco, si se me permite, de una lectura no correcta de la actual Carta Magna y de la comodidad de interpretar el nuevo texto constitucional a la luz de la ideología anterior. La ley estatal y las normas colectivas de trabajo, en puridad, están en el mismo nivel de jerarquía de las normas. Y ello, porque la Constitución no hace distinción entre una y otra, ni subordina una a la otra.

Se equivoca, por tanto, quien sostiene que «El convenio resulta de una delegación legal a los sindicatos para establecer normas temporales de aplicación sólo a las categorías, durante plazo cierto, creando condiciones no previstas en la ley, pero, evidentemente, con respeto a ellas y a las normas constitucionales» (pieza inicial de la ADPF núm. 323 enjuiciada ante el STF).

En puridad, la delegación legislativa tiene origen constitucional. Las entidades sindicales negocian y establecen nuevas condiciones de trabajo (nuevas leyes) a partir del poder que les fue constitucionalmente delegado, así como lo fue al Poder Legislativo estatal. Y no cabe extrañarse de esa conclusión, pues en un Estado de Derecho quien tiene poder para legislar es aquel en quien el constituyente delegó ese poder.

Cabe aclarar, sin embargo, que el eventual conflicto entre la ley estatal y la norma colectiva de trabajo se resuelve a través de los criterios ya indicados en la doctrina, los cuales son: el criterio cronológico, el de la especialidad o el de la jerarquía.

En puridad, con rigor, el conflicto se resuelve por los criterios cronológico y de la especialidad. Y ello, porque en el conflicto jerárquico estaremos ante una norma inválida (la que trata de la materia reservada a la de otra naturaleza) y una válida (la que dispone de la materia que le ha sido reservada). Por tanto, como ambas no están en el plano de la validez, no cabe afirmar que estén en conflicto.

En las demás situaciones (cronológico y especialidad), no obstante, ambas normas son válidas y están en conflicto. Por tanto, en este caso cabe resolver la antinomia por el criterio cronológico (la posterior revoca la anterior) o de la especialidad (la más especial prevalece sobre la regla general).

Es preciso, sin embargo, recordar que las normas laborales infraconstitucionales (estatales y normas colectivas) están sujetas al principio de no retroceso social previsto en el comienzo del artículo 7 de la CF, ya que la norma infraconstitucional solamente puede disponer de manera que se mejore la condición social del trabajador. Esta conclusión se extrae fácilmente de este dispositivo constitucional.

Así, la norma posterior más desfavorable en relación con la anterior debe tenerse siempre como inválida, por incumplir la regla del comienzo del artículo 7 de la CF.

De ahí se concluye, pues, que no habiendo jerarquía entre la ley estatal infraconstitucional y la norma colectiva laboral, los conflictos eventualmente surgidos se resuelven por los criterios cronológico y de especialidad, sin olvidar la aplicación del principio de no retroceso social al analizar la validez de la norma posterior.

Destáquese, además, que en relación con las materias respecto de las cuales la Constitución prevé la reglamentación del derecho mediante ley complementaria, no cabe afirmar que la norma colectiva no pueda disponer al respecto. Y ello, en puridad, porque la Constitución, al disponerlo así, sólo estableció una regla de organización y procedimiento limitadora de su propio actuar, sin haberse dirigido a los particulares (empleados y empleadores).

Con otras palabras, el Constituyente estableció que el legislador estatal debe tratar de determinadas cuestiones mediante ley complementaria (p.ej., en la hipótesis del inciso I del artículo 7 de la CF). Con todo, tal autolimitación del Estado no interfiere en el poder de los particulares para disponer sobre la misma cuestión mediante norma colectiva (o incluso, a través de simple contrato individual). Por tanto, las entidades sindicales (y las empresas) pueden legislar sobre las materias reservadas a la ley complementaria mediante convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y, en este caso, no cabrá invocar la posición jerárquica de la ley complementaria para tener como inválida la norma colectiva. Estarán ellas aquí en el mismo plano jerárquico.

Lo mismo cabe afirmar, además, en relación a todas las otras hipótesis en las cuales la Constitución impone al legislador estatal, de forma directa, el deber de legislar. En estos casos, aunque haya previsión de reglamentación «en forma de ley», «en los términos de la ley», etc., los trabajadores y empleadores no están impedidos de disponer al respecto mediante convenio o acuerdo colectivo de trabajo. Y eso es tan cierto, que incluso a falta de ley las partes pueden individualmente establecer reglas para regular la materia aún no regulada por ley estatal. Véase, por ejemplo, que hasta hoy no se reguló el complemento de penosidad, habiendo disposición expresa estableciendo que se asegure esa ventaja «en los términos de la ley» (inciso XXIII del artículo 7 de la CF). La omisión estatal al regular esa ventaja constitucional, no obstante, no impide que las partes regulen individualmente el pago de esa prestación (en puridad, se les obliga a contratar). Por tanto, si pueden individualmente contratar (dando eficacia inmediata al derecho fundamental), es claro que pueden regular de forma colectiva, ya que las entidades sindicales representan colectiva e individualmente a los miembros de la categoría.

Es más. No cabe hablar de límites al derecho de negociación colectiva (o al conflicto colectivo) cuando hay ley disponiendo respecto de la materia, basándose en que, en estos casos, sólo se puede actuar en el vacío legislativo (STF/RE 283.116). En puridad, habiendo una norma estatal disponiendo sobre determinada materia, la hipótesis es la de la aplicación del principio de no retroceso social (comienzo del artículo 7 de la CF). Por tanto, en este sentido, las entidades sindicales y los tribunales laborales (en conflicto colectivo, aquí el Estado en sustitución de las partes) pueden legislar sobre la misma materia ya regulada por ley, siempre que no dispongan para peor, bajo pena de inconstitucionalidad de la nueva norma contraria a la regla anterior más favorable. Y véase que la Constitución, en su artículo 114, parágrafo 2, también estableció que los Tribunales de Trabajo no pueden disponer para peor.

La ley posterior que venga a tratar de materia ya regulada en norma colectiva, a su vez, puede hasta ser considerada constitucional (al menos en parte), pero en la hipótesis concreta regulada en instrumento sindical, solamente tendrá eficacia si es más favorable. Al regular para peor en relación con lo que ya está regulado en determinada norma colectiva del trabajo, solamente podrá aplicarse a las categorías no favorecidas por el instrumento normativo más beneficioso.

La conclusión ya dicha revela, a su vez, cuán equivocado está el debate respecto de la prevalencia de lo negociado sobre lo legislado, hasta el punto de querer implantarse esa regla en Brasil mediante ley infraconstitucional.

Ahora bien, de conformidad con lo arriba indicado, desde la promulgación de la actual Carta Magna, desvinculándose el sindicato del Estado, pero asegurándole el derecho de establecer una legislación no estatal que rija los contratos de trabajo celebrados por los miembros de las categorías que representan, la norma colectiva, en la práctica o en la mayoría de los casos, ya prevalece sobre lo legislado.

Esta prevalencia, a su vez, se deriva de la especialización de la norma colectiva, que, por cierto, no se deroga por la ley más general. En suma, en el conflicto entre la ley estatal más general y la norma colectiva de trabajo más especial (ambas en el mismo nivel en la jerarquía de las normas), esta última acaba por prevalecer, según el criterio de resolución de la antinomia (de la especialidad).

No obstante, es obvio que la ley estatal puede venir a prevalecer sobre la norma colectiva, sobre la base de que sea una regla especial y trate de la materia de modo que mejore la condición social del trabajador (comienzo del artículo 7 de la CF). Para aclarar esta posición, podemos presentar el siguiente ejemplo: la CLT dispone que los trabajadores bancarios están sujetos a jornada de seis horas. Es una norma más especial en relación con la norma general de la jornada ordinaria de ocho horas. Un convenio colectivo posterior puede, no obstante, establecer que la jornada

del bancario pasará a ser de cinco horas. Esta regla, por ser posterior y más beneficiosa (mejora la condición social del trabajador, de conformidad con el comienzo, in fine, del artículo 7 de la CF), revoca la ley estatal. Sin embargo, si una ley estatal posterior reduce esa jornada a cuatro horas, estará revocando el convenio colectivo, dado que es posterior, de la misma naturaleza especial y de la misma jerarquía.

De ahí se deduce que la norma colectiva puede prevalecer sobre la ley estatal siempre que disponga sobre la misma materia. Pero lo contrario también puede ocurrir, ya que se trata de reglas con la misma jerarquía.

La cuestión de la prevalencia, además, siempre pasará por el análisis previo de constitucionalidad de la norma. Y ello, porque —como ya he dicho y repetido— tanto la ley estatal como la norma colectiva de trabajo deben observar lo dispuesto en el artículo 7, comienzo, in fine, de la CF, cuando afirma que el legislador infraconstitucional puede disponer sobre otros derechos de los trabajadores, siempre que «se orienten a la mejora de su condición social».

Es obvio, no obstante, que para concluir sobre la violación del no retroceso social debe valorarse por entero la norma legal (en su conjunto), ya que, eventualmente, lo que se presenta como un «retroceso», si analizado aisladamente, puede acompañarse de medidas compensatorias que le retiren el vicio de inconstitucionalidad, a partir de la apreciación global de la nueva regla. Y aquí, por cierto, se abre el camino para la prevalencia de la norma colectiva sobre lo legislado, pues, salvo raras excepciones, los eventuales «retrocesos» convencionales se acompañan de la creación de nuevos beneficios o garantías a los trabajadores, en lo que serían medidas compensatorias para retirar la mácula de retroceso social.

Fue en este contexto, pero con las dichas salvedades en relación con el principio de no retroceso social, que debe tenerse por correcta la decisión del STF en el RE 590.415 (repercusión general tema núm. 152, Ponente Min. Luiz BARROSO) cuando esta Corte decidió que «la Constitución reconoció los convenios y los acuerdos colectivos como instrumentos legítimos de prevención y de autocomposición de conflictos laborales; convirtió en explícita la posibilidad de utilización de estos instrumentos, incluso para la reducción de derechos laborales; atribuyó al sindicato la representación de la categoría; impuso la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas; y aseguró, en alguna medida, la libertad sindical ...».

En el mismo sentido, ya a partir de este precedente del STF, y más recientemente, en el RE 859.759, el Min. Teori ZAVASCKI consideró válido el acuerdo colectivo de trabajo en el que se suprimió el pago de las horas in itinere y, «como contrapartida», se «concedieron otras ventajas a los empleados, tales como ‘suministro de cesta básica durante el período entre producción y producción; seguro de vida y accidentes por encima del obligatorio y sin coste para el empleado; pago

del abono anual para los trabajadores con retribución mensual superior a la de los salarios mínimos; pago del salario-familia por encima del límite legal, suministro de recambio energético; adopción de tabla progresiva de producción por encima de la prevista en el Convenio Colectivo’»<sup>25</sup>.

En este caso, se decidió que, «aunque el acuerdo colectivo de trabajo haya retirado un derecho asegurado a los trabajadores por la CLT, le concedió otras ventajas con vistas a compensar esa supresión». Por tanto, válida esta norma colectiva.

Es cierto que no se fundamentó esta decisión sobre la base de todas las premisas arriba expuestas, pero sigue la lógica de considerar que la norma colectiva puede «revocar» la norma estatal, dada la autonomía colectiva y desde el momento en que es más favorable (aunque en medidas compensatorias).

Y aquí vale la transcripción de antiguas enseñanzas, no siempre recordadas o no siempre estudiadas. Orlando GOMES, en 1936, al tratar del convenio colectivo de trabajo, instrumento jurídico entonces todavía tan nuevo<sup>26</sup>, ya destacaba el carácter democrático de la norma colectiva. Enseñaba, entonces, el maestro bayano, que «el reconocimiento de la actividad creadora de Derecho de esos grupos no es más que la traducción científica de un hecho que la realidad social revela. Estos grupos no se limitan, sin embargo, a engendrar el Derecho que los gobierna, en el plano interior. En sus relaciones externas con otros grupos, sobre todo en la estipulación de condiciones de trabajo, establecen, igualmente, el Derecho a que se han de someter sus miembros. Se impide, así, el conflicto entre el orden jurídico estatal y este otro, que se forma a su margen».

E incrementaba el carácter revolucionario del convenio colectivo:

«Tiene la transposición al plano jurídico de la lucha de clases que se establece en el plano social. El orden jurídico estatal, informado por normas que traducen los intereses materiales de la clase dominante, encuentra en ese orden jurídico un contrapeso. Los intereses de la clase dominada, al no poder desembocar en el orden jurídico estatal, se extravasan, constituyendo un nuevo orden jurídico, que coexiste en el mismo plano social. La aparición de este nuevo Derecho es, así, una afirmación de vitalidad de estos grupos que concentran la fuerza histórica y social de la clase oprimida, que aspira al poder

...

---

25 Esta decisión monocrática se dictó con base en el precedente RE 590.415, juzgado éste en repercusión general — tema 152.

26 En la época, reglamentada por el Decreto núm. 21.761, de 23 de agosto de 1932.

El convenio colectivo de trabajo es una institución típica de este Derecho, que es manifestación jurídica de la fuerza social de una clase que quiere imponer a la sociedad su concepción de la vida. Su origen, su desarrollo, su finalidad, prueban esta cualidad ... Sólo así se comprenderá por qué los métodos de reglamentación de las condiciones de trabajo no podían subsistir. La organización autocrática del trabajo es incompatible con el sistema de la gran industria. Provocaba reacción de la parte de los trabajadores, reacción que es profundamente nociva para la paz social. A esta organización autocrática sucede, por fuerza de las circunstancias, una organización democrática, en la que la reglamentación ya no es el producto exclusivo de la voluntad del patrono. La organización democrática se caracteriza por la 'participación de los gobernados en el poder', como acentúa SCALLE, esto es, por la participación de los trabajadores en la reglamentación de las condiciones de trabajo, participación que se realiza por medio del convenio colectivo de trabajo.

...

El convenio colectivo, instrumento específico de organización democrática del trabajo, surge, así, como una reacción contra un estado de cosas sellado por el orden jurídico estatal. Traduce la voluntad de imperio de una clase; es una manifestación imperialista, en el sentido que Ernst SELLIERE atribuye al término. Este 'desire du pouvoir', revestido de hechura jurídica, se manifiesta, en el estado actual de la evolución social, bajo la forma de normas integradoras de un orden jurídico paralelo al orden jurídico del Estado»<sup>27</sup>.

Para finalizar, todavía es preciso destacar que, como el poder legislativo de las entidades sindicales deriva de la Constitución, es obvio que la ley infraconstitucional no puede imponerle límites. Su límite será el texto constitucional. Por tratarse de dos entidades legislativas con idénticos poderes, en igual jerarquía, no puede el Poder Legislativo estatal en el ejercicio de poderes infraconstitucionales limitar el poder legislativo colectivo, y viceversa. Aquél, sin embargo, puede limitar este otro cuando esté ejerciendo su poder constitucional derivado.

Así, por ejemplo, no puede tenerse como vigente, a partir de la CF/88, la regla de la CLT que establece que «no se permitirá estipular una duración del Convenio o Acuerdo superior a 2 (dos) años» (parágrafo 3 del artículo 614). Esta regla, en puridad, fue revocada por la Constitución de octubre de 1988, ya que ésta no somete el poder negocial a los preceptos de la ley. Así, no puede el legislador estatal limitar el poder de negociación colectiva hasta el punto de sólo permitir la vigencia de la ley colectiva por hasta sólo dos años.

---

27 *A convenção coletiva de trabalho*, cit., págs. 173-176. Es interesante, así, notar que la idea que sustenta la prevalencia de lo legislado sobre lo negociado va contra la historia (la evolución social). Se prefiere la legislación estatal, oriunda de la clase dominante, a la nacida de los conflictos sociales, con participación directa de los trabajadores, que, para obtener mejores condiciones de trabajo, tienen a su disposición el derecho de huelga. ¡Extraño en Brasil!

Lo mismo se diga, además, sobre las reglas de quorum para la aprobación de la norma colectiva (artículo 612 de la CLT) o sobre el contenido del convenio o acuerdo colectivo (artículo 613). Destáquese, además, que aquella primera regla, del artículo 612 de la CLT, se revela incluso contraria a lo dispuesto en el inciso I del artículo 8 de la CF, cuando impide que el Estado interfiera en la organización sindical. Y exigir quorum para la aprobación de la norma colectiva es interferir en las cuestiones internas del sindicato.

#### IV. LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Cabe destacar, además, los límites al derecho al convenio o acuerdo colectivo.

En este caso, al igual que el propio legislador estatal, quienes negocian o estipulan colectivamente deben aplicar los principios que rigen los derechos y garantías constitucionales, de modo que, en su regulación, no se incurra en inconstitucionalidades o en abuso de derecho.

En este sentido, no se puede perder de vista que imperan sobre los derechos fundamentales los principios de su máxima eficacia y el de la dignidad de la persona humana. Además de esto, en la hipótesis del derecho fundamental laboral, cabe recordar que sobre él inciden incluso los principios del derecho al trabajo (artículo 6 de la CF), de valorización del trabajo humano (comienzo del artículo 170 de la CF) y del valor social del trabajo (inciso IV del artículo 1 de la CF).

Y tales principios refuerzan todavía más la interpretación de que, para la máxima eficacia de los derechos fundamentales, para la realización de la dignidad de la persona humana y para la concreción del derecho al trabajo, del valor social del trabajo y del avance social de los trabajadores, resulta imperioso concluir que los derechos fundamentales laborales imponen a las partes del contrato de trabajo el derecho-deber de regular las ventajas contractuales previstas en la Constitución Federal, independientemente de la existencia o no de ley reguladora.

A esa misma conclusión, además, podemos llegar en relación con las normas colectivas laborales. O sea, de la misma forma que los empleados y empleadores tienen el derecho-deber de pactar en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales aún no regulados por ley, las entidades sindicales y los empleadores, sea mediante convenio colectivo (celebrado por las entidades sindicales), sea a través de acuerdo colectivo (celebrado entre entidad sindical y empleador), también están obligadas a eso.

El derecho fundamental, en consecuencia, tanto crea una limitación positiva a la autonomía privada individual, como a la autonomía privada colectiva, obligando a todos los implicados en el deber de contratar de modo que se torne eficaz la garantía constitucional.

Debe destacarse que cabe respetar el principio de no retroceso (o de avance) social, por fuerza de lo dispuesto en el comienzo del artículo 7 de la CF, que establece que son derechos de los trabajadores los allí relacionados, además de otros que se orienten a su mejora social, impidiendo, así, la emanación de normas a peor.

Y este principio se repite en el párrafo 2, del artículo 114 de la CF, dirigiéndose a la Judicatura, que está obligada, cuando hay conflicto colectivo, a respetar «las disposiciones mínimas legales de protección al trabajo, así como las acordadas con anterioridad». O sea, no podrá disponer para peor. Nunca decidirá a peor.

Pero lo que resulta más importante a la hora de definir, es lo relativo a los límites intrínsecos de la negociación colectiva.

Y aquí podemos concluir que, al igual que para el legislador estatal infraconstitucional, el límite del legislador no estatal es el derecho constitucional (que en la regulación de lo acordado colectivamente no se incurra en inconstitucionalidad). En consecuencia, tanto la ley como la norma colectiva deben respetar los preceptos de la Constitución. Es obvio, así, que el legislador infraconstitucional, sea el estatal o el no estatal, no pueden disponer de forma contraria a la Constitución y, por cierto, no pueden sacrificar, por entero y en su núcleo esencial, los derechos fundamentales.

Para ejemplificarlo: la Constitución asegura el pago del complemento de peligrosidad, «en la forma de la ley» (inciso XXIII, del artículo 7). La Constitución, sin embargo, no definió la base de cálculo del complemento de peligrosidad, ni en qué hipótesis este beneficio se debería. Por tanto, al legislador infraconstitucional le compete definir los criterios para la concesión y pago de este beneficio. Debe hacerlo, sin embargo, de modo que se satisfaga, de manera razonable, el derecho fundamental.

La CLT, a su vez, ya definió que se corresponde con el 30% del salario base del trabajador. Nada impide, sin embargo, que, en norma colectiva, sobre la base de asegurar medidas compensatorias (para evitar la inconstitucionalidad), puedan los interesados disminuir ese porcentaje. No pueden, sin embargo, los legisladores infraconstitucional (estatal o no) disponer de modo que se elimine ese derecho fundamental ya concretado (establecer que nada se debe por ese título) o afectar a su núcleo esencial de modo que se pueda tenerlo como eliminado en la práctica (ejemplo: reducir el complemento a un porcentaje irrisorio del salario).

El límite, por tanto, es el derecho positivizado en la Constitución. Por tanto, no se puede querer legislar o negociar de modo que se viole la Constitución con reglas que impliquen la eliminación, renuncia o daño del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Si no se incurre, por tanto, en inconstitucionalidad, se está ante una situación en la cual el legislador sindical puede actuar en busca de mejorar la condición social de los trabajadores.

En fin, de acuerdo con lo resuelto por el STF, en su decisión ya citada, «en el ámbito del Derecho colectivo, no se produce ... la misma asimetría de poder presente en las relaciones individuales de trabajo. Como consecuencia, la autonomía colectiva de la voluntad no se encuentra sujeta a los mismos límites que la autonomía individual» (RE 590.415). Y ello, según lo dicho por el Ponente, porque «... no debe verse con buenos ojos la sistemática invalidez de los acuerdos colectivos de trabajo con base en una lógica de limitación de la autonomía de la voluntad exclusivamente aplicable a las relaciones individuales de trabajo».

La invalidez, por tanto, debe retringirse, respecto de su contenido en sí, cuando se está ante una norma colectiva inconstitucional. Y ello, porque tanto la norma estatal como la norma colectiva encuentran en la Constitución su presupuesto de validez.

## V. CONTENIDO DEL DERECHO AL «RECONOCIMIENTO DE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO»

Es importante, además, extraer el contenido de la garantía constitucional al reconocimiento de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y, con facilidad, podemos afirmar que encierra el derecho de los trabajadores a celebrar convenios colectivos o acuerdos colectivos de trabajo.

Es obvio que el Estado no asegura, tan sólo, el derecho abstracto al convenio o al acuerdo colectivo en sí. Lo que se asegura, alcanzándose la máxima eficacia del derecho fundamental, es el derecho de celebrar (firmar), en concreto, tales instrumentos colectivos.

Con todo, aunque no sea un derecho preconstitucional o natural, la expresión «reconocimiento» conduce a la idea de que, teniendo a la vista su origen, no se resume en asegurar a los trabajadores el derecho de celebrar un convenio o acuerdo colectivo de trabajo dentro de los límites del derecho positivizado. Más que eso. Dicha cláusula constitucional reconoce a los trabajadores su derecho a celebrar

convenios o acuerdos colectivos con el objetivo de establecer nuevas condiciones de trabajo, El derecho asegurado en la Constitución, en su contenido, es entonces el derecho de estipular la nueva condición de trabajo y no el derecho abstracto de celebrar la norma colectiva en sí. Es más. Se asegura a los trabajadores el derecho de celebrar normas colectivas del trabajo para «la mejora de su condición social» (comienzo del artículo 7 de la CF).

No en vano, en su artículo 611, la CLT estipula que el «Convenio Colectivo de Trabajo es el acuerdo de carácter normativo, por el cual dos o más sindicatos representativos de categorías económicas y profesionales estipulan condiciones de trabajo aplicables, en el ámbito de las respectivas representaciones, a las relaciones individuales de trabajo». Y, por la misma vía, su parágrafo 1 dispone que a través de los acuerdos colectivos pueden estipularse «condiciones de trabajo, aplicables en el ámbito de la empresa o de las respectivas relaciones de trabajo que se acuerden».

Estipular esas condiciones de trabajo, a través del convenio o acuerdo colectivo, sin embargo, es más que simplemente actuar en los límites o espacios dejados por el Derecho positivo. Por ejemplo, establecer un porcentaje del complemento de peligrosidad superior a aquellos previstos en la ley. Estipular nuevas condiciones, en puridad, es establecer, crear nuevos «derechos» (nuevas mejoras, complementos, permisos, etc.). Esto, sin perjuicio, es obvio, de la posibilidad de poder establecer nuevas condiciones de trabajo a partir del derecho ya positivizado, ampliando lo ya asegurado en la norma estatal (p.ej., aumentando el porcentaje del complemento de peligrosidad).

A través de estos instrumentos normativos, por tanto, el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a establecer nuevos derechos, que vinculen, al igual que cualquier norma estatal, a aquellos a quienes se dirigen. Y ello, porque, a través de esos instrumentos normativos, se establecen otras obligaciones más allá de aquellas ya previstas en la ley, como, por ejemplo, el pago de complementos, prestaciones in natura, permisos, etc.

El derecho al reconocimiento de convenios y acuerdos colectivos de trabajo se desdobra, así, en dos niveles: primero, el derecho de celebrar convenios o acuerdos colectivos; el segundo, el derecho de los trabajadores a firmar convenios o acuerdos colectivos estipulando nuevos derechos. Estipular nuevos derechos, a su vez, significa crear nuevos derechos propiamente dichos o ampliar los derechos ya asegurados en otra norma (estatal o privada).

En esencia, sin embargo, el contenido de esa ventaja constitucional es el derecho a la norma estipuladora de nuevas condiciones de trabajo.

## VI. DERECHO DE LOS TRABAJADORES Y OBLIGACIÓN DE LOS EMPRESARIOS

Pero, si se ha asegurado el derecho a los trabajadores, es claro que existen los obligados a satisfacerlo. Por tanto, si los trabajadores tienen el derecho de celebrar el convenio colectivo o el acuerdo colectivo, los empresarios tienen el deber/obligación de firmarlos, aunque a través de las respectivas entidades sindicales (artículo 8, inciso VI, de la CF). Derecho de uno; obligación del otro.

Dicha conclusión, a su vez, es realmente relevante. Y ello, porque, siendo derecho fundamental de los trabajadores (comienzo del artículo 7), considerando la eficacia inmediata y su vinculación natural a los particulares (ya que a ellos se dirigen primordialmente), es claro que los empresarios no pueden esquivar el deber de negociar colectivamente. Para los empresarios, pues, se trata de una obligación, al igual que la de pagar el FGTS (inciso III del artículo 7 de la CF), respetar la jornada ordinaria de ocho horas (inciso XIII del artículo 7 de la CF), etc. Todos están en la misma categoría de obligaciones constitucionales.

Y con esta conclusión se alcanza otra consecuencia. Si se tiene derecho (los trabajadores) a la celebración del instrumento colectivo y se tiene el deber (de los empresarios) de firmar los convenios o acuerdos colectivos, entonces, en caso de incumplimiento del derecho, el interesado puede dirigirse al Poder Judicial pidiendo el cumplimiento de la prestación (celebrar el convenio o acuerdo colectivo), pudiendo el juez suplir, eventualmente, la voluntad no declarada.

Aquí, entonces, es preciso recordar que la eficacia inmediata de los derechos fundamentales es materia regulada en la propia Constitución Federal, que, en su artículo 5, parágrafo 1, establece que «las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata».

Es obvio que cuando la Constitución habla de aplicación inmediata establece que sus normas tienen plena eficacia jurídica, no dependiendo al efecto de ningún otro acto normativo. De la aplicación inmediata, no obstante, surge la eficacia del derecho respectivo en el mundo jurídico.

Tener aplicación jurídica inmediata es incidir sin límite, independientemente de cualquier acto o acción necesaria para su incidencia. Así, podemos afirmar que, con independencia de toda ley reguladora de los derechos fundamentales, los derechos y garantías fundamentales se aplican a las relaciones entre particulares.

En esta sentido, por ejemplo, independientemente de cualquier acto o acción, ley o contrato, el derecho fundamental a la protección de la vida íntima y

privada incide en las relaciones entre los particulares. Por tanto, cualquier y toda persona debe respetar la vida íntima o la vida privada de otra. Y los ejemplos son múltiples cuando se trata de los derechos relacionados en el artículo 5 de la Constitución Federal.

Ocurre, sin embargo, que muchos de los derechos fundamentales, especialmente los laborales relacionados en el artículo 7 de la Constitución Federal, sólo pueden concretarse si, obviamente, hubiese una relación contractual firmada entre el destinatario del derecho y su obligado. Para que el trabajador tenga por eficaz el derecho a la décima tercera paga extra, por ejemplo, es preciso que antes tenga firmado un contrato de trabajo.

Aquí cabe entonces una corrección en cuanto a la incidencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En este caso, la incidencia puede ocurrir de forma inmediata, independientemente de cualquiera en el hecho o acto jurídico, cuando se trata de derechos que inciden independientemente de la existencia de una relación contractual. Es la hipótesis de la protección de la vida privada. Pero en otras hipótesis, la eficacia del derecho fundamental está sujeta a la previa pactación de un negocio jurídico. Es lo que ocurre con diversos derechos laborales prestacionales, cuya eficacia está condicionada a la existencia de un contrato. Sólo una vez firmado el contrato, ocurre que el derecho fundamental pasa a tener eficacia inmediata. Pero otros derechos fundamentales no dependen para su eficacia de esa contratación previa (derecho a la vida, libertad, protección de la vida íntima, etc.).

La eficacia del derecho constitucional, por tanto, en este caso, queda condicionada a la contratación del empleado. Celebrado el contrato, no obstante, la eficacia del derecho fundamental se hace inmediata, independientemente de la voluntad de los contratantes, que no pueden disponer en lo relativo a su no aplicación. Aquí el legislador constitucional limitó la autonomía privada. El particular es libre de contratar, pero una vez firmado el contrato, su voluntad (autonomía privada) queda limitada en relación a sus condiciones (cláusulas del contrato), si se está ante un derecho fundamental.

Ocurre, sin embargo, que la limitación a la autonomía privada tiene dos caras: En su vertiente negativa, la limitación a la autonomía privada (la libertad negocial) retira de la persona la libertad de disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones. Es el caso de la décima tercera paga extra asegurada en la Constitución Federal. Una vez celebrado el contrato de trabajo, independientemente de la voluntad de los contratantes, este beneficio previsto constitucionalmente pasa a ser debido por el empleador a favor del empleado. Los contratantes quedan, así, impedidos de disponer sobre este derecho en lo que se refiere a que el mismo sea debido o no. Como la Constitución, no obstante, no es exhaustiva en la regulación de

este beneficio laboral, permanece, sin embargo, en este caso específico de la décima tercera paga extra, como en otros muchos casos, la libertad de disposición en lo relativo a los diversos aspectos relacionados con la correspondiente prestación, como, por ejemplo, la fecha de su pago, su valor, etc. Y lo mismo se repite en diversas otras hipótesis.

Ya en la vertiente positiva de la limitación a la autonomía privada, el legislador impone a la persona un deber de contratar, de actuar. Si desde el punto de vista negativo impide disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones, en la vertiente positiva impone la obligación de disponer sobre determinados derechos, prestaciones u obligaciones. Puede llegar incluso a imponer la propia contratación (interfiriendo en la propia voluntad de contratar), como ocurre en los contratos obligatorios, a modo de ejemplo, de suministro de energía, suministro de agua, etc. En estos casos, en general, las concesionarias no pueden negarse a contratar el suministro de esos bienes vitales (energía, agua, etc.). En el Derecho del Trabajo, tenemos el ejemplo de la obligación de contratar deficientes físicos y empleados aprendices.

La limitación a la autonomía privada también se impone, en algunos casos, bajo la forma de la obligación de mantener el contrato incluso contra la voluntad. Es lo que ocurre con el empleado estable, situación en la cual el empleador no puede romper el contrato, al estar limitado en su autonomía privada de no querer continuar ya con la ejecución del contrato.

Y de ahí se deriva, hasta por un razonamiento lógico, que, si la persona puede ser obligada a contratar u obligada a mantener la ejecución de un contrato incluso contra su voluntad, existen más razones para que su autonomía privada también se limite en lo relativo a las condiciones contractuales, imponiéndose, también, el deber de contratar determinadas prestaciones.

Y es lo que ocurre con los derechos fundamentales que solamente inciden y pasan a tener eficacia inmediata, si se firma el contrato. En este caso, como los derechos fundamentales tienen eficacia inmediata, una vez firmado el contrato, las partes contratantes quedan limitadas en sus autonomías privadas, pasando a estar obligadas a contratar y disponer sobre las mencionadas ventajas jurídicas fundamentales. O, con otras palabras, pueden hacerlo, pero siempre que observen y dispongan sobre los derechos fundamentales de eficacia inmediata.

Y observar los derechos fundamentales en la relación contractual, no se resume en cumplir las obligaciones o prestaciones cuyos trazos estén exhaustivamente regulados en la Constitución, o que ya hubieran sido objeto de regulación por ley infraconstitucional. Limitando la autonomía privada, también se impone el respeto a los derechos fundamentales todavía no reglamentados por ley, a través de

la imposición de la pactación de las reglas necesarias para su aplicación inmediata. O sea, con otras palabras, aunque no sea exhaustivo el texto constitucional y aunque el derecho fundamental no está reglamentado por la ley (agotándose las reglas para su concreta eficacia), cabe a los contratantes insertar en el contrato las reglas indispensables para la eficacia concreta e inmediata de la garantía constitucional. Aquí surge el deber de contratar la prestación fundamental de eficacia inmediata.

Y es por esta vía que se tiene derecho a la obligación de celebración del convenio o acuerdo colectivo de trabajo. En este caso, la autonomía privada de los empresarios está constitucionalmente limitada. Y ello, porque se reconoció a los trabajadores el derecho de celebrar convenios o acuerdos colectivos de trabajo. Por tanto, los empresarios están obligados a firmar estos instrumentos normativos. Pero no es simplemente la obligación de firmar el convenio colectivo o el acuerdo colectivo. Es el deber de establecer nuevas condiciones de trabajo. El contenido de este derecho fundamental impone, pues, a los empresarios la obligación de pactar nuevas condiciones de trabajo.

## VII. CONCLUSIONES

A partir de lo arriba enseñado, podemos concluir, en apretada síntesis:

- a) el Estado brasileño reconoce a los trabajadores el derecho a la celebración de convenios y acuerdos colectivos de trabajo;
- b) respecto de su contenido, el reconocimiento del convenio y acuerdo colectivo de trabajo significa, en Brasil, el derecho a constituir nuevas condiciones de trabajo;
- c) en contraposición al derecho de los trabajadores al convenio y acuerdo colectivo de trabajo, asegurado en la Constitución brasileña, encontramos el deber de los empresarios de celebrar estos instrumentos normativos;
- d) en Brasil, el convenio colectivo y el acuerdo colectivo tienen naturaleza de ley material; y
- e) en la celebración del convenio o acuerdo colectivo de trabajo, las partes deben respetar los principios que rigen los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución brasileña, de modo que, en su regulación, no se incurra en inconstitucionalidades o abuso de derecho, al igual que deben observar el principio de no retroceso social.



# FORMACIÓN PROFESIONAL CONTINUA. MARCO JURÍDICO Y ESTRATEGIAS DE FINANCIACIÓN EN LA REPÚBLICA CHECA\*

[CONTINUING VOCATIONAL TRAINING. LEGAL FRAMEWORK AND FUNDING STRATEGIES IN CZECH REPUBLIC]

Jakub Tomšej

Fecha de recepción: 25 de agosto de 2017  
Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2017

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN AL MERCADO DE TRABAJO CHECO.- II. SÍNTESIS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA APLICABLE.- III. PROFUNDIZACIÓN E INCREMENTO DE LA CUALIFICACIÓN.- IV. FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.- V. COMENTARIOS CONCLUSIVOS.

*Contents:* I. INTRODUCTION TO THE CZECH LABOUR MARKET.- II. SUMMARY OF APPLICABLE LEGAL REGULATION.- III. DEEPENING AND INCREASING QUALIFICATION.- IV. VOCATIONAL TRAINING IN COLLECTIVE LABOUR LAW.- V. CLOSING REMARKS.

**Resumen:** Este artículo analiza las principales características del régimen jurídico aplicable a la formación profesional continua en la República Checa, poniendo especial atención en los instrumentos de la profundización de la cualificación y del incremento de la cualificación.

*Abstract:* This paper analyzes the main characters of the legal regime concerning the continuing professional training in the Czech Republic, paying special attention to the tools relating to the deepening qualification and to the increasing qualification.

**Palabras clave:** Derecho colectivo del Trabajo – Formación profesional continua – Incremento de la cualificación – Profundización de la cualificación – República Checa

*Keywords:* Collective labor law – Continuing professional training – Increasing qualification – Deepening qualification – Czech Republic

\* \* \*

---

\* Traducción al castellano, desde el inglés original, de J. Martínez Girón y A. Arufe Varela.



## I. INTRODUCCIÓN AL MERCADO DE TRABAJO CHECO

Veintisiete años después de la caída del régimen comunista y de la liberalización del mercado de trabajo local, la República Checa es considerada como un país de alto crecimiento que atrae muchos inversores extranjeros. En los últimos veinte años, la República Checa solía ser una buena zona para inversiones en nuevas instalaciones y lugares de producción. Dado que en la actualidad ya no puede ser competitiva en esta área, el foco se viene poniendo ahora cada vez más en las oportunidades para trabajadores cualificados, incluyendo centros tecnológicos.

Con un número total de trabajadores de alrededor de 5,28 millones de personas<sup>1</sup>, la República Checa pertenece a los países europeos más pequeños. La mayoría de las personas, equivalente al 58 por ciento de los trabajadores, trabaja en servicios, seguido por el 39 por ciento de trabajadores en industria y el 4 por ciento de trabajadores en agricultura. El número total de trabajadores que están afiliados a una organización sindical se estima en aproximadamente el 30 por ciento.

A 1 enero 2017, el salario mínimo se incrementó a 11.000 coronas checas (aproximadamente 400 euros) al mes, y 66 coronas checas (aproximadamente 2,4 euros) por hora<sup>2</sup>. El salario medio a 30 septiembre 2016 era igual a 27.220 coronas checas (aproximadamente, 1.020 euros)<sup>3</sup>. Ciertas diferencias entre la remuneración de hombres y de mujeres han sido denunciadas; de acuerdo con determinadas fuentes, la brecha salarial de género sería igual al 22,5 por ciento, lo que significaría el segundo peor resultado en la Unión Europea<sup>4</sup>. Los impuestos totales sobre el trabajo pueden elevar los costes del empleo hasta el 180 por ciento del salario bruto del trabajador, lo que hace que la República Checa sea a este respecto el octavo país menos atractivo en Europa desde el punto de vista de los contribuyentes<sup>5</sup>.

La República Checa pertenece a los países con tasa de paro más baja en la Unión Europea. A 31 diciembre 2015, la tasa de paro era del 6,2 por ciento<sup>6</sup>. Según

---

1 A los efectos de este artículo, el término trabajadores incluye todas las personas físicas que están empleadas, actúan como emprendedores individuales o están registrados como demandantes de empleo en los organismos laborales checos. Los datos se toman del resumen del Servicio Checo de Estadísticas, disponible aquí: <https://www.czso.cz/documents/10180/20552655/25013015041.pdf/9469dd47-7c0b-4cde-9efe-fab494441624?version=1.0>, y refleja su situación a 31 diciembre 2014.

2 Reglamento del Gobierno núm. 567/2006.

3 Basado en datos publicados por el Servicio Checo de Estadísticas.

4 Datos tomados de <http://www.mpsv.cz/cs/28284>.

5 Fuente: OCDE Dataset, Taxing Wages, Comparatives tables, Average tax wedge - Single person of average earnings, no child.

6 Basado en datos publicados por el Ministerio checo de Trabajo y Asuntos Sociales.

las estadísticas, hay poca diferencia entre el paro de hombres y de mujeres (6,1 por ciento v. 6,4 por ciento). Se pueden encontrar ciertas diferencias entre regiones; en la capital, Praga, la tasa de paro era igual al 2,4 por ciento, mientras que la tasa de paro más alta se puede encontrar en la región de Bruntal (11 por ciento). Las diferencias más significativas se pueden encontrar al comparar el paro entre varios grupos de edad (con tasa de paro del 50 por ciento en el caso de personas con más de 50 años, y del 13,4 por ciento en el caso de trabajadores menores de edad), y también en el caso de personas con educación básica sólo (28,7 por ciento) y de trabajadores aprendices (37,4 por ciento).

Los datos arriba indicados, y en particular el alto paro en grupos de empleados con educación inferior, muestra que el asunto de la formación profesional continua es importante, tanto desde el punto de vista de la economía del país y de su competitividad, como también desde el punto de vista de las personas y de sus potencialidades para encontrar un trabajo y desarrollar sus carreras.

Este trabajo pretende proporcionar una síntesis de la regulación jurídica de la formación profesional, del papel de los sindicatos y de los representantes de los trabajadores en la formación profesional, así como de algunas reflexiones del autor sobre el asunto de la formación profesional.

## II. SÍNTESIS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA APLICABLE

El último encuentro del Diálogo Internacional sobre Derecho del Trabajo, celebrado los días 10-11 noviembre 2016 en Bolzano, Italia, ha mostrado claramente lo difíciles que son las aproximaciones que varios países pueden adoptar en relación con el asunto de la formación profesional continua y el fomento de la misma. Los representantes de muchos países (incluyendo, por ejemplo, España y Portugal) han elogiado su regulación interna, que prevé claras obligaciones del trabajador para alcanzar una formación profesional continua con cierto alcance, durante el desempeño de su trabajo, así como la obligación del empresario de proporcionar cierto apoyo razonable, y —al menos en ciertas situaciones— de cubrir los costes de tal formación.

El Derecho checo parece tener una visión más estrecha de este asunto. El Código checo del Trabajo (Ley núm. 262/2006, enmendado), que contiene la regulación general de las relaciones empresario-trabajador, no contiene tal amplia obligación.

Desde el punto de vista del trabajador, el Código del Trabajo contiene una obligación del trabajador de profundizar su cualificación (una definición de la expresión «profundizar la cualificación» se dará abajo, en la parte 3)<sup>7</sup>. Cuando un empresario le dice a un trabajador que participe en una actividad de formación para profundizar su cualificación, el trabajador tiene la obligación de hacerlo. Sin embargo, la ley guarda silencio acerca de qué actividades particulares deberían desarrollar los trabajadores, y tampoco contiene sanciones en caso de incumplimiento. Además, no existe una correlativa obligación del empresario de decir a los trabajadores que lleven a cabo acciones para profundizar tal cualificación. Como resultado, las consecuencias prácticas de las mencionadas obligaciones legales son bastante limitadas, y en principio corresponde a cada empresario incentivar a sus trabajadores para que sigan actividades formativas adicionales.

Desde el punto de vista del empresario, el artículo 228 del Código del Trabajo dispone que el empresario tiene la obligación de proporcionar formación de ingreso al trabajador nuevamente contratado, si no posee la cualificación necesaria para realizar su trabajo. Tal formación se considera como prestación laboral, y debe pagarse el salario por dicho tiempo de formación. Las mismas reglas se aplican en caso de que se traslade al trabajador a un nuevo lugar de trabajo o a un nuevo puesto de trabajo por razones empresariales, y ello puede considerarse necesario tomando en consideración la naturaleza del puesto de trabajo.

Además de esto, los empresarios también tienen la obligación de proporcionar formación sobre la normativa legal y reglamentaria relativa a las exigencias de salud y seguridad en el trabajo, y de exigir y vigilar en todo momento que los trabajadores son conscientes de las mismas y de que las cumplen<sup>8</sup>. Tal formación debe llevarse a cabo cuando el trabajador es contratado, en caso de cambios en el trabajo, así como en caso de introducción de nuevas tecnologías, cambio en la producción, en el equipamiento y en los procesos de trabajo, y en otras ocasiones que pueden influir en las reglas de salud y seguridad. El Código del Trabajo también encara cierta actividad formativa que tiene lugar para que los representantes de los trabajadores les ayuden en el adecuado cumplimiento de sus puestos<sup>9</sup>.

De lo indicado hasta ahora, es claro que las obligaciones del empresario impuestas por el Código del Trabajo no constituyen un fundamento sólido de la formación continua de los trabajadores en las áreas en las que ellos prestan sus ser-

---

7 Sección 230 (2) del Código checo de Trabajo.

8 Sección 103 (2) del Código de Trabajo.

9 Sección 288 (2) y sección 322 (2) del Código Checo.

vicios; sólo se refieren a un campo muy específico del conocimiento, con relevancia limitada en el mercado de trabajo.

Por supuesto, una regulación más exigente se prevé en algunas profesiones particulares (por ejemplo, profesionales médicos<sup>10</sup>, abogados junior<sup>11</sup>, profesores<sup>12</sup>, etc.), así como para algunas actividades que no están conectadas con una profesión en particular (por ejemplo, puesto de trabajo relacionado con la conducción de vehículos que prestan primeros auxilios).

Aun cuando la regulación de formación imperativa no es muy compleja, debería señalarse que la legislación checa intenta motivar que los empresarios ofrezcan formación a los trabajadores como una mejora laboral, previendo un tratamiento fiscal beneficioso. En particular, todo coste de formación pagado por el empresario es fiscalmente deducible por completo. Al mismo tiempo, la formación proporcionada no se considera como renta del trabajador, y no está sujeta a impuestos ni a primas obligatorias de seguro. Tratamiento menos favorable habría que predicar de los subsidios de formación (por ejemplo, dinero en metálico pagado a los trabajadores para cubrir sus gastos de formación), que estarían sujetos a impuestos, así como a cotizaciones de seguridad social y a primas de seguros de salud.

### III. PROFUNDIZACIÓN E INCREMENTO DE LA CUALIFICACIÓN

El Código checo del Trabajo contiene, además, una regulación bastante detallada para la profundización y el incremento de la cualificación.

Profundización de la cualificación se interpreta en el sentido de suplemento, mantenimiento y renovación de la cualificación del trabajador, que ocurre periódicamente y permite que el trabajador se actualice y mejore su conocimiento, sin cambiar la sustancia de la cualificación o incremente el nivel de la cualificación del trabajador. Un ejemplo de dicha profundización de la cualificación puede ser la formación para la puesta al día en la nueva legislación fiscal para especialistas en nóminas.

---

10 Ley núm. 95/2004, sobre adquisición y reconocimiento de capacidad profesional y capacidad especializada para desempeñar una profesión médica como médico, dentista y farmacéutico.

11 Ley núm. 85/1996, sobre abogacía.

12 Ley núm. 563, sobre trabajadores en pedagogía.

Incremento de la cualificación se interpreta en el sentido de un cambio en el valor de la cualificación, por ejemplo, extender el conocimiento del trabajador a un nuevo campo u obtener un nuevo nivel educativo. Ello puede hacerse en forma de estudio, educación, formación u otra forma de preparación, supuesto que se dan de conformidad con las necesidades del empresario. Un ejemplo de tal cualificación puede ser el de un ayudante de contabilidad que estudio un programa universitario para ascender a un puesto de trabajo superior de contabilidad.

Como ya se indicó arriba, la diferencia más importante entre ambos tipos de formación consiste en el hecho de que la profundización de la cualificación representa una obligación del trabajador y el trabajador debe cumplir la orden del empresario, por ejemplo, para seguir la formación relativa a la profundización de la cualificación, con independencia de si dicha formación se organizada por el empresario o por un tercero. La participación en dicha formación o en otras formas de profundización de la cualificación se considera como prestación de servicios, de manera que el trabajador recibe su salario completo.

Esto tiene consecuencias prácticas adicionales. En particular, la profundización de la cualificación es probable que ocurra dentro de la jornada ordinaria del trabajador. Donde esto no se cumpla, asistir a dicha formación se consideraría como horas extraordinarias, de manera que el trabajador tiene derecho al abono de las horas extraordinarias (usualmente, llegando al 125 por ciento del salario medio del trabajador, a menos que se prevea tiempo de descanso compensatorio o se haya acordado una limitación en la remuneración de las horas extraordinarias).

El coste de la profundización de la cualificación lo soporta el empresario. La única excepción ocurriría en la situación en que el trabajador indica que está interesado en elegir una opción más cara que la propuesta por el empresario, y accede voluntariamente a cubrir la diferencia en el coste.

El incremento de la cualificación, por otra parte, sólo puede tener lugar si tanto el empresario como el trabajador lo acuerdan. El incremento de la cualificación en sí misma no se considera como prestación de servicios, y el trabajador no percibe remuneración por ella. A pesar de ello, el Código del Trabajo aún contiene una regulación basada en que el trabajador pueda tener derecho a compensación salarial, en caso de que tenga lugar dentro de la jornada. Si el incremento de la cualificación ocurre fuera de la jornada, no se prevé ninguna compensación salarial.

En la práctica, el ámbito de la compensación salarial prevista en caso de incremento de cualificación es bastante amplio, y puede ser más probable que los empresarios participen en dicho incremento sólo si la formación tiene lugar fuera de la jornada.

El artículo 232 del Código del Trabajo prevé la siguiente extensión de licencias con compensación salarial completa:

a) para participación en clases, en educación, enseñanza o formación, por la extensión que interfiera con la jornada;

b) dos días laborales para preparar y asistir a exámenes, en programas de estudios universitarios o de escuelas superiores de formación profesional;

c) cinco días laborales para preparar y asistir a exámenes finales, exámenes de graduación de enseñanza secundaria o exámenes de fin de escolaridad obligatoria;

d) diez días laborales para redactar la defensa de una tesis de grado, una tesis de licenciado, una tesis de diplomado, una tesis doctoral o una tesis escrita para completar estudios en un programa de continuación de estudios universitarios;

e) cuarenta días laborales para preparar y asistir a exámenes finales de Estado, examen de Estado en el campo de la medicina, de la medicina veterinaria y de la salud pública, y a exámenes de doctorado de Estado.

El mencionado marco legal representa un nivel mínimo de licencias retribuidas a disposición del trabajador, lo que significa que un acuerdo entre las partes puede teóricamente dar lugar a un marco más generoso; sin embargo, la renuncia del trabajador a la licencia (o a parte de ella) no sería de cumplimiento exigible.

En algunos otros casos (por ejemplo, ceremonia de graduación, repetición de un examen después de suspender en un primer intento), la licencia prevista no está sujeta a compensación salarial.

Durante el incremento de la cualificación, los empresarios tienen derecho a comprobar el progreso y los resultados del estudio. El permiso puede suspenderse si el trabajador deja de tener derecho a un puesto de trabajo que el trabajador debería tomar tras acabar los estudios, o en caso de que el trabajador incumpla sustancial-

mente sus deberes relativos al incremento de la cualificación. Sin embargo, no se prevé la suspensión en caso de que el empresario determine que el incremento de la cualificación ya no es necesaria, o en caso de comportamiento relacionado con el trabajo o de que su realización se dé para el trabajador.

Lamentablemente, esto hace que la mencionada regulación resulte poco atractiva para los empresarios: incluso si el empresario quiere estimular sus talentos clave para lograr formación adicional, y estuviese deseoso, por ejemplo, de tolerar un nivel superior de ausencias, en muchos casos el empresario no tendrá voluntad de aceptar el mencionado marco en toda su extensión (por ejemplo, conceder al trabajador un permiso retribuido de alrededor de dos meses para preparar un examen final de Estado). Esto conduce bien al rechazo absoluto a concluir un acuerdo de incremento de cualificación, bien a la moderación del riesgo al concluir «pactos de caballero» con los trabajadores, basados en que el trabajador nunca pedirá la licencia retribuida en toda su extensión.

En resumen, el mencionado análisis ha mostrado que la regulación legal checa no anima a los empresarios y trabajadores a ampliar su formación profesional, y deja que ellos decidan como de activos ser en este campo. Además, el marco jurídico del incremento de la cualificación es demasiado favorable para el trabajador, lo que puede disminuir el interés de los empresarios en programas de formación.

El Código checo del Trabajo, en adición, regula el instrumento del «acuerdo de cualificación», que debería incrementar la estabilidad de la relación laboral, como consecuencia de una inversión en la cualificación del trabajador. Con base en tal acuerdo, el empresario se compromete a cubrir los costes de la profundización de la cualificación o del incremento de la cualificación, con la extensión definida en el acuerdo (para la profundización de la cualificación, tales costes deben ser iguales al menos a 75.000 coronas checas, aproximadamente 3.000 euros), y el trabajador se compromete a seguir empleado con el empresario durante un cierto período de tiempo tras la finalización de los estudios. Tal período puede llegar hasta 5 años, y algunos permisos, tales como permisos parentales, no se incluyen. Si el trabajador no cumple la obligación de permanencia, puede estar obligado a cubrir los costes de la formación, o una parte prorrateada de los mismos.

#### IV. FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

La República Checa no pertenece a los países con una posición muy fuerte de los sindicatos o con importancia significativa de los convenios colectivos. Esto se debe principalmente al hecho de que el Código del Trabajo contiene regulación detallada e imperativa de las relaciones laborales.

Los sindicatos están típicamente presentes, en particular, en las empresas más grandes que existían antes de 1989. Su presencia en empresas nuevas y en empresas sólo con trabajadores administrativos no es tan frecuente. Además de ciertos derechos de información, consulta, aprobación e inspección, tienen derecho a iniciar el proceso de negociación colectiva y a concluir convenios colectivos. También pueden juntarse en organizaciones sindicales más grandes, que pueden concluir convenios colectivos de ámbito más amplio.

Los convenios colectivos suelen contener una regulación de la relación entre los sindicatos y el empresario, además de una regulación de las relaciones entre el empresario y el trabajador. Esta última suele contener ciertas desviaciones del régimen legal de los derechos de los trabajadores (por ejemplo, derecho a vacaciones más largas, o indemnizaciones extintivas más altas), o ciertos derechos de los trabajadores no regulados en absoluto por la ley (por ejemplo, derecho al incremento del salario ordinario).

Normalmente, la formación profesional continua no se incluye entre las prioridades de los sindicatos, y por tanto, no es una materia frecuente de la negociación colectiva. La mayoría de los convenios colectivos guardan silencio sobre el tema. Allí donde el asunto está regulado, lo más probable es que el convenio colectivo reitere la regulación legal general, o que contenga una redacción bastante vaga (como la de que los empresarios apoyarán a los trabajadores en la profundización de la cualificación, etc.).

Si una empresa quisiera adoptar reglas sobre formación profesional, lo más probable es que dicha regulación esté contenida en un reglamento interno que puede ser enmendado de manera más flexible que un convenio colectivo.

## V. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

La situación general del mercado de trabajo checo, tasa de paro más alta en caso de trabajadores con menos formación y demanda de personal con cualificación más alta, hace de la formación profesional continua un asunto jurídico importante y un instrumento para el desarrollo tanto de las carreras individuales como de la productividad y de la riqueza del país.

La síntesis expuesta puede crear la impresión de que la formación profesional continua no es una prioridad del legislador y de los interlocutores sociales, y de que el entorno jurídico checo no crea suficientes oportunidades para dicha formación. Me gustaría creer que esto no es enteramente cierto. La legislación concede suficiente espacio para las actividades del conocimiento, y da a cada uno la oportunidad de seguir las acciones que considere apropiadas. Estoy seguro de que muchos empresarios y trabajadores pueden beneficiarse de ello.

Por otra parte, estoy convencido de que existe margen para la mejora, tanto en el área de la legislación como en la de las relaciones colectivas de trabajo. La regulación checa del incremento de la cualificación eleva irrazonablemente los costes del empresario por dicha actividad. Una solución más flexible que permitiese a las partes determinar el ámbito de la licencia retribuida basándose en su decisión, podría hacer el instrumento más atractivo y, de este modo, ayudar en definitiva a los trabajadores más que estipulando un generoso paquete que no sea aceptado por los empresarios. Los sindicatos podrían atraer el interés potencial y, de este modo, ganar la confianza de muchos trabajadores, incluyendo la formación de los trabajadores entre las prioridades de la negociación colectiva. Ambas medidas podrían simplificar el acceso de los trabajadores checos a la formación, lo que tendría aspectos positivos tanto en el nivel personal como en el macroeconómico.



## RECENSIONES DE LIBROS

[*BOOK REVIEW*]



W. DORALT (Editor) y N. MELZER-AZODANLOO (Colaboradora), *Kodex des österreichischen Rechts. Sozial-Versicherung*, tomos I y II, 52ª ed., Linde Verlag (Viena, 2017), 906 y 587 págs.

Como es habitual en la literatura jurídica centroeuropea (y por antonomasia, en la alemana), las grandes obras llamadas a perpetuarse en el tiempo, mediante la publicación de múltiples ediciones sucesivas de las mismas, requieren de un «editor [*Herausgeber*]», que podría acabar siendo —cuando fallezca— su «fundador», resultando clave para que la propia obra no quede abandonada a su suerte con el transcurso de los años la figura del «colaborador [*Bearbeiter*]», encargado de ponerla al día para que así pueda mantener intacta toda su vitalidad originaria. En este concreto caso, el «editor» es el profesor Werner DORALT, catedrático emérito de Derecho Fiscal de la Universidad de Viena, habiendo sido la «colaboradora» encargada de que la obra siga conservando toda su utilidad para profesores, estudiantes y prácticos, tras haber alcanzado el *record* de 52 ediciones sucesivas de la misma, la muy querida colega austríaca Nora MELZER-AZODANLOO, profesora titular de nuestra disciplina en la Universidad de Graz y habilitada como catedrática en su propio país, esto es, en la República Federal de Austria. La obra, que forma parte de un «código» recopilador de toda la legislación austríaca, en las diversas ramas a las que se extiende el ordenamiento jurídico positivo de dicho país, lo que pretende hacer es recopilar y anotar, con notas muy puntuales y siempre certeras (por no hablar de la confección de los múltiples índices, en los que la obra se enmarca), la legislación vigente en Austria sobre «Seguridad [*Sozial-Versicherung*]», habiendo necesitado la recopilación en cuestión de dos gruesos volúmenes, de 906 y 587 páginas, respectivamente, los cuales recogen la muy dispersa legislación sobre dicha concreta parcela jurídica vigente en Austria, como regla, a 1 marzo 2017.

Desde el punto de vista comparatista, el tomo I de la obra (el más voluminoso, recuérdese) posee un interés superlativo y superior, pues recopila y anota las leyes y reglamentos austríacos de carácter infraestructural o «general» sobre el Derecho de la Seguridad Social vigente en dicho país (el tomo II, en cambio, se orienta a recopilar y anotar las normas positivas «especiales», aplicables sólo a concretas categorías de sectores o de personas, como los trabajadores del sector de la construcción, funcionarios públicos, notarios, profesionales liberales, artistas, etc.). De entre las normas estructurales, la norma referente es, sin duda, la gigantesca Ley General de Seguridad Social (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, ASVG) de 1955, múltiples veces enmendada (en la actualidad, buena prueba de su gigantismo, posee formalmente 699 párrafos), que de algún modo viene a ser el *pendant* de los llamados Libros horizontales o transversales del Código alemán de

Seguridad Social. El paralelismo con nuestra Ley General de la Seguridad Social de 2015 no es tan claro, puesto que la ASVG deja fuera de su regulación temas remitidos a otras Leyes federales, que sí aparecen tratados, en cambio, en nuestra Ley General. Y de entre estas otras Leyes austríacas estructurales, aunque «especiales», yo destacaría especialmente las tres siguientes. Ante todo, la Ley general de pensiones (*Allgemeines Pensionsgesetz* o, en su abreviatura oficial, APG) de 2005, enmendada, reguladora de las pensiones de jubilación, que viene a reemplazar la regulación general del tema de las pensiones (sobre todo las de jubilación, también en Austria sometidas a tensiones financieras) contenida en la citada ASVG de 1955. Además, la Ley del seguro de desempleo (*Arbeitslosenversicherungsgesetz* o, en su abreviatura oficial, AIVG) de 1977, enmendada, reguladora de la política pasiva de empleo. Y por último, la Ley Federal del Subsidio de Dependencia (*Bundespflegegeldgesetz* o, en su abreviatura oficial, BPGG) de 1993, enmendada, cuyo contenido viene a corresponderse con el del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social.

Siempre desde el punto de vista comparatista, creo que resultaría injusto dejar de poner de relieve que el Derecho austríaco adjetivo de la Seguridad Social —no tratado en esta utilísima obra, centrada sólo en el Derecho sustantivo— se parece mucho más al Derecho procesal español que al Derecho procesal alemán, al menos si contemplados ambos desde fuera. Baste indicar, para probarlo, que el *pendant* austríaco de nuestra Ley 36/2011 es la Ley del Tribunal de Trabajo y del Tribunal de Seguridad Social (*Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz* o, en su abreviatura oficial, ASGG) de 1985, que atribuye a una misma jurisdicción —al igual que en España, y a diferencia de lo que sucede en Alemania— el enjuiciamiento de los pleitos laborales y de los pleitos de seguridad social. Este hecho, como parece lógico, tiene incluso repercusiones académicas, pues —desde el punto de vista universitario— nuestros colegas laboristas austríacos, como la profesora MELZER-AZODANLOO, son también especialistas en Derecho de la Seguridad Social, a diferencia de lo que ocurre en las Universidades alemanas, en las que el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social pertenecen a mundos jurídicos distintos y muy distantes (en Alemania, como se sabe, el Derecho de la Seguridad Social es Derecho Administrativo especial, apareciendo radicalmente condicionada esta realidad por el dato de que la jurisdicción alemana de seguridad social [*Sozialgerichtsbarkeit*] sea una cosa, y la jurisdicción alemana laboral [*Arbeitsgerichtsbarkeit*], en cambio, sea otra completamente distinta).

**Alberto Arufe Varela**

B.A. AARON y K.V.W. STONE, *Rethinking Comparative Labor Law. Bridging the past and the future*, Vandepias Publishing (Lake Mary-Florida, 2007), XII+241 págs.

Este libro, coordinado por el catedrático emérito Benjamin AARON y la catedrática Katherine STONE, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de California-Los Angeles (UCLA), reproduce las actas de un Congreso celebrado en 2007 en dicha prestigiosa Universidad pública norteamericana, cuyo objetivo era evaluar los cambios habidos en la investigación y en la docencia del Derecho comparado del Trabajo, desde que se disolvió a finales de la década de los años setenta del siglo pasado el grupo de investigación comparatista («el proyecto») creado por el propio profesor Benjamin AARON, y en el que participaban colegas de su misma altura científica, pero afincados en cinco países distintos de los Estados Unidos. De ahí el subtítulo de la obra, orientado a probar que la misma pretende trazar puentes entre una metodología comparatista, típica del siglo pasado, que no podía anticipar lo que sucedería en el siglo en que actualmente nos encontramos, marcado por el fenómeno de la globalización. Precedido por una muy clarificadora «Prólogo», a cargo de la profesora STONE, el libro se divide en cuatro partes, que alojan hasta una docena de contribuciones reflexivas sobre el Derecho comparado del Trabajo escritas por catedráticos afincados en los Estados Unidos, Japón, Canadá, Francia, Italia, Reino Unido, España, Australia y Alemania, respectivamente relativas a «Una mirada al pasado: Reflexiones y valoración del proyecto de Derecho comparado del Trabajo», págs. 17 y ss.; a «¿Convergencia o divergencia?», págs. 67 y ss.; a «Aproximaciones y respuestas comparatistas al fenómeno de la globalización», págs. 127 y ss.; y a «Direcciones futuras de la investigación en Derecho comparado del Trabajo», págs. 193 y ss. Todas son aportaciones valiosas y muy sugerentes. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo español, parece que dos merecen ser especialmente jaleadas, también por el hecho de que reflejen consideraciones sobre el Derecho comparado realizadas desde dos grandes sistemas jurídicos occidentales, de algún modo tradicionalmente contrapuestos y no siempre fáciles de ensamblar.

La primera —representativa del mundo jurídico continental europeo— corre a cargo del profesor Xavier BLANC-JOUVAN, catedrático emérito de la Universidad de la Sorbona, París-Panteón I. Es el autor de una celeberrima obra sobre las relaciones laborales colectivas en los Estados Unidos, escrita en francés, que le valió acceder a la condición de miembro co-fundador del citado «proyecto» de Derecho comparado del Trabajo liderado por el profesor AARON [significativamente, su contribución se titula «Lecciones de un experimento de Derecho comparado del Trabajo (Reflexiones sobre el Grupo de Derecho comparado del Trabajo)»]. Pone el acento en lo que considera el problema esencial del propio Derecho comparado del Trabajo, latente desde los años setenta del siglo pasado, cuando él se involucró activamente en el «proyecto» o «grupo» californiano. Según este catedrático fran-

cés, dicho problema se refiere a «la ausencia de formación elemental en Derecho comparado del Trabajo en el plano universitario [*absence of an elementary training in comparative labor law at the university level*], y a la insuficiencia de bibliografía básica en este campo [*insufficiency of a basic literature in the field*]», apuntando como solución al mismo, entre otras varias, que se busque espacio vital «para otros libros, quizá menos comprensivos e, incluso, menos informativos, pero de algún modo más pedagógicos, que pasarían por alto los detalles para poner más énfasis en los puntos más importantes, en los fundamentos y peculiaridades de cada sistema, y que ... intentarían dar más explicaciones, sin la constante preocupación de poner el Derecho en su contexto».

Desde la perspectiva anglosajona, también posee un interés superlativo la contribución de los catedráticos norteamericanos Alvin L. GOLDMAN y Amy B. OSBORNE, titulada «Análisis comparado del Derecho del Trabajo: Aprender de los resultados de un modelo de diseño colaborativo». Parten de la crítica efectuada por algunos autores, relativa a que «las diversas aproximaciones nacionales no son transferibles», ante la cual oponen el argumento de autoridad de que «esto ... no significa que no podamos adoptar soluciones que se han mostrado exitosas en otros países, ni que no tenga sentido introducir reglas que no serán rechazadas, sino integradas [*this does not ... mean that we cannot adopt solutions that have proved successful in other countries, nor that there is no case for introducing rules that will not be rejected, but integrated*]». Se lamentan de que la Corte Suprema de los Estados Unidos «raramente ha buscado guía en las doctrinas jurídico-laborales desarrolladas en otros países [*has rarely sought guidance from labor law doctrines developed in other countries*]», poniendo el ejemplo de los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo, en el que dicha altísima Corte ignoró «las conclusiones alcanzadas en otros sistemas jurídico-laborales que han explorado las extensiones lógicas de la proposición de que el contrato del huelguista queda en estado de suspensión», de manera —si hubiese estado atenta a las enseñanzas del Derecho comparado— que «la Corte Suprema de los Estados Unidos quizá habría utilizado una lógica más precisa y, en nombre de la sección 7 de la L[ey]N[acional de]R[elaciones]L[aborales] y de los objetivos fijados por la Ley de Relaciones Laborales, habría prestado una mayor atención a las realidades de la fuerza económica relativa, y al impacto potencialmente devastador de la sustitución de huelguistas sobre la capacidad de los trabajadores para organizarse y apoyar a los sindicatos».

**Xosé Manuel Carril Vázquez**

O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coordinadora), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier (Barcelona, 2017), 369 págs.

Esta monografía coordinada por la profesora Olga FOTINOPOULOU BASURKO, colega laboralista de la Universidad del País Vasco, encarna la última palabra de nuestra doctrina científica acerca de la problemática suscitada por la Directiva 96/71/CE, transpuesta a nuestro Derecho interno por la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Es el resultado de un proyecto de investigación estatal, otorgado por el Ministerio de Economía y Competitividad a dicha colega vasca y pulcramente ejecutado por ella misma, en la posición (llena de cargas) de investigadora principal del mismo. Según indica la propia profesora FOTINOPOULOU, se trataba de un proyecto interdisciplinar, lo que explica la presencia en este volumen de colaboraciones científicas a cargo de sociólogos y economistas, aunque el grueso de las mismas sea obra de colegas laboralistas de muy diversas Universidades españolas. Todas son contribuciones que resultan sugerentes, especialmente a la luz de algunas novedades jurídicas muy recientes, que permiten contemplar cierta problemática subyacente (y oculta, por qué no decirlo) en las fuentes estructurales comunitarias y nacionales a que acabo de hacer mención, y que son la reciente promulgación de la Directiva 2014/67/UE, así como el potencial impacto de diversas Sentencias del Tribunal de Luxemburgo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en el terreno del desplazamiento transnacional de trabajadores, que las citadas Directivas pretenden acotar y ordenar. Tres de esas aportaciones merecen, sin embargo, ser especialmente jaleadas doctrinalmente no sólo por causa de la reconocida autoridad de sus autores en este terreno jurídico, siempre tan problemático, sino también por su carácter concluyente acerca de lo que debería ser una regulación de los desplazamientos transnacionales de trabajadores, que mereciese los calificativos de efectiva, garantista y libre de mácula.

Dos de esas tres aportaciones llevan la firma de la propia coordinadora del volumen. Se trata, de un lado, del trabajo titulado «Contratación pública y cláusulas sociales en el marco del desplazamiento temporal de trabajadores», realizado en coautoría con el colega compostelano, y reconocido experto en Derecho social comunitario, José María MIRANDA BOTO. Su punto de partida es la constatación de que «alguna de las últimas sentencias dictadas por el TJUE ha dado un vuelco a la forma tradicional en la que este órgano jurisprudencial se ha enfrentado a los conflictos en los que se dilucidaba si la introducción de este tipo de cláusulas en la contratación transnacional conculcaba la libre prestación de servicios», concluyendo —tras una muy cuidada exposición de pros y contras jurídicos— que el artículo 4 del Reglamento comunitario núm. 3577/92, que califican de «gran olvidado», «permite incluir

cláusulas sociales en los pliegos de condiciones en el marco del transporte de cabotaje marítimo intraeuropeo», las cuales podrían afectar directamente «a la tripulación, fundamentalmente por parte de los Estados de acogida». Y de otro lado, la aportación que firma en solitario la profesora FOTINOPOULOU, sobre «Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de Derecho internacional privado del trabajo europeas». En ella, su conclusión principal —extraída de un interesante análisis de jurisprudencia comunitaria, especialmente la relativa al sector del transporte— es la de que «los criterios conflictuales clásicos tienden a adaptarse mal a las realidades diversas sobre las que se sustenta la plurilocalización de los contratos de trabajo, incluido el desplazamiento temporal de trabajadores».

La tercera aportación especialmente jaleable de este hipertécnico volumen la firma en solitario el profesor Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, bajo el título «El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea». Creo que la principal enseñanza de este trabajo (por lo demás, tan pedagógico) es estructural, muy original y, además, rigurosamente antisísmica (en consecuencia, llamada a resistir sin inmutarse los inevitables embates del transcurso del tiempo sobre obras, como ésta, de Derecho positivo puro y duro), refiriéndose esta enseñanza a la clasificación tripartita en que el autor diversifica los diferentes tipos de prestaciones transnacionales de servicios, susceptibles de quedar cubiertas por la Directiva 96/71/CE. Según sus propias palabras, se trataría de la siguiente tipología: 1) «la movilidad de personas que tienen la condición de trabajadoras comunitarias, que residen en la Unión Europea y que son desplazadas temporalmente por sus empresas establecidas en la Unión Europea»; 2) «la movilidad de personas que tienen la condición de trabajadoras extracomunitarias, que residen en la Unión Europea y que son desplazadas temporalmente por sus empresas establecidas en la Unión Europea»; y 3) «la movilidad de personas que no tienen la condición de trabajadoras comunitarias, que no residen en la Unión Europea y que son desplazadas temporalmente por sus empresas establecidas fuera de la Unión Europea para trabajar en la propia Unión Europea». La modernidad de la aportación me parece incuestionable. Viene a ser algo así como la evolución natural, aunque no obvia, del «moderno» Derecho de la emigración de los años sesenta y setenta del siglo pasado, sobre el que se asentó en su día, conviene no olvidarlo, el hoy derogado Reglamento núm. 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la entonces Comunidad Económica Europea.

**Jesús Martínez Girón**

N. MELZER-AZODANLOO, *Labour Law in Austria*, 2ª ed., Wolters Kluwer (AH Alpen aan den Rijn-The Netherlands, 2017), 264 págs.

Nora MELZER-AZONDANLOO, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad austríaca de Graz y habilitada como catedrática de Universidad en su país, posee en nuestra disciplina un extraordinario *curriculum* internacionalista y comparatista, brillando en él —entre otras muchas luminarias— su constante contribución como *reporter* austríaca, desde hace más de 25 años, al prestigioso anuario *International Labour Law Reports*, así como su intervención en muy diversos Congresos europeos de nuestra disciplina (incluido el nuestro sobre Derecho comparado del Trabajo, en el que participó en 2010, por vez primera), habiéndola conocido nosotros en un Seminario internacional organizado por el profesor Frank Hendrickx en la Facultad de Derecho de la Universidad católica neerlandófona de Lovaina, hace ahora 17 años. Como se sabe, este catedrático belga es el actual editor general de la *Enciclopedia* jurídico-laboral fundada en su día por el profesor Roger BLANPAIN, que analiza país por país, con arreglo a un esquema uniforme y muy pedagógico, el Derecho positivo del Trabajo en muy diversos Estados del mundo, incluida la República Federal de Austria. No extraña, por tanto, dado su prestigio, sus conexiones en Europa y su profundo conocimiento del Derecho austríaco del Trabajo, que la editorial Wolters Kluwer haya confiado en la profesora MELZER-AZODANLOO para que elaborase, en solitario, la segunda edición de la obra *Labour Law in Austria*, cuya publicación resultaría injusto no jalearse en España, y que por muchas y muy diversas razones, incluidas las de amistad científica, tanto me complace presentar.

La obra, íntegramente redactada en inglés, es fiel al espíritu de la *Enciclopedia* internacional recién citada, la cual le sirve de cobertura y en la que se enmarca. Por ello, al igual que sus pares en otros países, se estructura con una división rotunda en tres grandes partes. La primera, genéricamente titulada «Introducción», se orienta a contextualizar el Derecho austríaco del Trabajo con el pensamiento puesto en un ideal lector iuslaboralista no austríaco, lo que explica su diversificación en ocho Capítulos, en los que se exponen el trasfondo cultural, geográfico y político de Austria, las fuentes del Derecho austríaco del Trabajo y su ordenación jerárquica, y por supuesto, la historia de la legislación laboral de dicho país centroeuropeo, desde los tiempos del Imperio precedente a la primera guerra mundial. La segunda Parte, dividida en siete Capítulos, agota las problemáticas del Derecho individual del Trabajo, abordando la noción jurídica de trabajador (poniendo de relieve el hecho de que las fuentes normativas austríacas todavía continúan distinguiendo entre «obremos» o trabajadores manuales y «empleados» o trabajadores intelectuales, aunque esta distinción tienda actualmente a relativizarse), los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo, las condiciones de empleo, el salario, la suspensión e inter-

rupción de la relación laboral, la extinción del contrato de trabajo y, por último, la temática ligada a la prevención de riesgos laborales (tan condicionada, como sucede en España, por el Derecho europeo regulador de la misma). En fin, la tercera Parte aloja todo lo relativo a las «Relaciones laborales colectivas», analizadas a lo largo de cinco Capítulos específicos, respectivamente relativos a la libertad sindical, a las organizaciones representativas de los intereses de empresarios y trabajadores (con todas las peculiaridades derivadas de la existencia allí de organismos de naturaleza jurídico-pública, sociales y económicos, denominados «Cámaras [*Kammern*]»), a la negociación colectiva, a la participación de los trabajadores en la empresa (tan típicamente «germánica») y, por último, al «conflicto industrial».

Desde el específico punto de vista comparatista, esta obra (a calificar de verdadero «manual») prueba cumplidamente —despejando apariencias engañosas— que el Derecho austríaco del Trabajo tiene su propio perfil, no pudiendo considerarse en absoluto como un mero clon del Derecho alemán del Trabajo, bastando indicar —para justificar esta afirmación— que las dos instituciones jurídico-laborales austríacas, quizá más relevantes desde el punto de vista comparatista español, son instituciones inexistentes en el ordenamiento laboral del poderoso y gigante vecino septentrional de la República Federal de Austria. Así, en el plano del Derecho individual del Trabajo, la institución denominada «*Abfertigung*» (conocida popularmente en España como la «mochila austríaca», que nosotros traducimos en su día utilizando la expresión «indemnización cumulativa», y que la autora traduce al inglés con las palabras «*severance pay*»), totalmente inexistente en Alemania, posee un interés comparatista superlativo y *top*, apareciendo monográficamente alojando su tratamiento en el Capítulo IV de la Parte segunda de la obra, páginas 115 y siguientes, con un análisis muy clarificador de su historia, su naturaleza jurídica, su relación con instituciones específicas de la seguridad social austríaca, etc. Lo mismo ocurre con el aunto de la eficacia normativa de los convenios colectivos, que en Alemania es «limitada», mientras que en Austria (al igual que sucede en España) tiene, como regla, carácter general o «*erga omnes*», resultando —por ello mismo— que la institución jurídico-colectiva denominada en Austria «*Satzung*» (traducida al inglés por nuestra autora, como «*Charter*»; cfr. páginas 203 y siguientes de la obra), igualmente inexistente en el ordenamiento jurídico-colectivo alemán, acaba presentando un parecido irresistible con lo que nuestro Estatuto de los Trabajadores denomina «extensión» de convenios colectivos.

**Jesús Martínez Girón**

B. del M. LÓPEZ INSUA, *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, Laborum (Murcia, 2017), 261 págs.

Como afirma el ilustre prologuista de este libro, resultaba «necesario abordar el estudio técnico y político jurídico de nuestro modelo normativo de regulación del principio de igualdad por razón de género bajo un enfoque más equilibrado y coherente después de una larga experiencia aplicativa y atendiendo a las reformas legislativas realizadas», y «esto se ha conseguido ampliamente con la presente investigación de factura técnica impecable». En realidad, estas palabras del profesor MONEREO PÉREZ apuntan a que el feminismo de «segunda ola» —expresión, como se sabe, ideada por el feminismo jurídico norteamericano, para subrayar las limitaciones del femismo positivizado en leyes (y fundamentalmente, las leyes antidiscriminatorias)— muestra ya síntomas de agotamiento en España y en toda la Unión Europea, por causa de la frustración provocada por el hecho de que la igualdad de género aparezca formalmente proclamada *passim*, pero sin que realmente llegue a encarnarse la igualdad en cuestión en los planos personal, familiar y profesional. De ahí la necesidad de elaborar monografías críticas, como ésta de la profesora Belén del Mar LÓPEZ INSUA, cuyo punto de partida crítico-realista es el de que «pese a los avances habidos en estos años, este proceso [de “integración de la dimensión de género”] se enfrenta a múltiples obstáculos que frenan un cambio estructural en la participación laboral de las mujeres y que, por consiguiente, impiden una participación más igualitaria de mujeres y hombres en el trabajo remunerado». Se trata de una monografía en la que el Derecho social de la Unión Europea resulta omnipresente. Esto justifica, sin necesidad de tener que realizar ningún tipo de alarde argumentativo, que deba ser jaleada su publicación en una revista de Derecho comparado del Trabajo.

Llama la atención en esta monografía sea su lenguaje tajante y franco, que se agradece, para exponer problemas que siguen afectando cruelmente a la mujer trabajadora. Lleva razón la autora, pues en este tipo de asuntos no deberían caber las medidas tintas argumentativas. Y para botones, las dos siguientes muestras, radicales y actuales. Así —escribe la profesora LÓPEZ INSUA—, «en los últimos tiempos se observa cómo debido al avance de la ciencia médica en algunas empresas se están llevando a cabo prácticas contrarias a los derechos humanos al permitir que puedan éstas congelar los óvulos de la mujer trabajadora y así remover los obstáculos que dificultan el hecho biológico de la maternidad y la lactancia con el desempeño de la actividad profesional», un hecho que «resulta claramente contrario a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, así como a la intimidad». O también, «en lugar de potenciar la efectiva “corresponsabilidad” en todo el ámbito europeo, se fomenta el hecho de que sea la mujer la que concilie la vida laboral con la familiar gracias al establecimiento de “vehículos jurídicos de segundo nivel” (como

son los contratos temporales y a tiempo parcial)), lo que «conduce a una multiplicidad de perjuicios laborales a las mujeres que limitan sus derechos o sus legítimas expectativas», resultando «evidente que el fracaso de la “corresponsabilidad” de los hombres ha tenido como efecto perverso separar a las mujeres del ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, y todo ello para nuevamente relegarlas al ámbito del trabajo familiar no productivo y no remunerado».

En la línea de exponer con franqueza el divorcio existe entre los planos formal y real en que se desenvuelve el principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo, resulta de extraordinario interés jurídico el muy novedoso Capítulo I de la obra, en el que la autora desarrolla a lo largo de 70 densas páginas el tema de «El principio de igualdad de género como paradigma en el ámbito europeo y nacional. De la negociación colectiva a la praxis legal ordinaria». Sobre la práctica negocial, atraen aquí como un imán los subcapítulos del mismo relativos a «negociación colectiva e igualdad por razón de género tras la aprobación de la L[ey]O[rgánica] 3/2007», a la «valoración de conjunto sobre la experiencia negociadora en materia de igualdad y no discriminación por razón de género tras varios años de vigencia de la L[ey]O[rgánica] 3/2007 y de las reformas acometidas en el E[statuto de los]T[rabajadores]», y al «estudio analítico de la experiencia negocial». Se trata de escritos demolidores (especialmente, en lo que se refiere a la denuncia de lo que cabría denominar como «inercia» de la negociación colectiva, denunciada tradicionalmente por nuestra doctrina científica, sobre todo a partir de 1994), que deberían hacer reflexionar a los interlocutores sociales y a sus asesores negociales, y en los que nuestra autora concluye —con el típico lenguaje franco, presente a todo lo largo y ancho de esta tan sugerente y crítica monografía suya— que «pese a la importancia que desempeña la negociación colectiva para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra cómo todavía ésta se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo y ello es debido, quizás, a factores como: la escasa participación femenina en las mesas de negociación, la deficiente preparación de los negociadores colectivos, la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional, acceso al empleo y la repetición de las normas precentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género».

**Iván Vizcaíno Ramos**

**REVISTA DE REVISTAS**

[*REVIEW OF REVIEWS*]



- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 185 (2016)**

I. VIZCAINO RAMOS, «La nueva regulación de las “invenciones laborales” en la Ley 24/2015, de 25 julio, de patentes», págs. 139-154.

Resumen: «La promulgación de la Ley 24/2015, de patentes, a la que se dota de un largo plazo de *vacatio legis*, supone rejuvenecer la regulación contenida en la Ley 11/1986, asimismo de patentes, respecto de las que ya van a dejar de llamarse “invenciones laborales”. Las novedades que introduce son no solamente sustantivas, sino también adjetivas y procedimentales. Mantiene, sin embargo, la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de este tipo de pleitos entre el empresario/empleador y el trabajador/autónomo/funcionario inventor, poniendo de relieve este escrito que en el plano del Derecho comparado sigue habiendo todavía ordenamientos jurídicos, como el alemán, que mantienen una regulación separada y autónoma de las “invenciones laborales”».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 188 (2016)**

F. TRUJILLO PONS, «La violencia en el lugar de trabajo. El estado de la cuestión en Canadá», págs. 201-231.

Resumen: «Los distintos legisladores canadienses, en conexión con la regulación que llevan a cabo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, en términos generales, protegen también a los trabajadores de situaciones de violencia e incluso de violencia considerada como doméstica y familiar en el lugar de trabajo. Así, a estos efectos, como leitmotiv del presente artículo, se analizará el estado de la cuestión en este país y, de un modo más concreto, la regulación existente en las Provincias de Quebec, Ontario, Columbia Británica, Manitoba, Saskatchewan, con el añadido además, de la protección frente al riesgo laborales de los trabajadores que forman parte del Gobierno Federal de Canadá».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 190 (2016)**

D. CARVALHO MARTINS, «La presunción de laboralidad en Portugal: tendencias y perspectivas», págs. 225-246.

Resumen: «En 2003, el Código de Trabajo de Portugal incorpora la presunción de existencia de contrato de trabajo a partir de cinco presupuestos cumulativos. Lo que se perseguía era neutralizar la utilización de contratos civiles como mecanismo de elusión del Derecho del Trabajo y superar la insatisfactoria metodología de los indicios laborales. Al mismo tiempo, estableció un régimen para los trabajadores autónomos con dependencia económica.

En 2009, la nueva regulación del Código de Trabajo modifica la regulación para exigir la verificación de dos de los cinco presupuestos. En 2013, se introduce una nueva acción judicial para la “lucha contra la utilización in-debida del contrato de prestación de servicios en relaciones de trabajo subordinado”.

Este trabajo pretende revisar la jurisprudencia, antes y después de la última regulación, reflexionando sobre la aplicabilidad de estos mecanismos en la nueva economía digital».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 191 (2016)**

A. ARUFE VARELA, «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de Derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el Derecho español», págs. 95-128.

Resumen: «La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 69/2016 expresa un fallo transaccional entre dos opiniones ideológicamente enfrentadas sobre exigencia de responsabilidad civil extracontractual a piquetes de huelga masivos y violentos. Es una Sentencia cuya doctrina tendrá que ser revisada más bien pronto que tarde. Las razones que avalan esta revisión son de Derecho comunitario europeo, de Derecho internacional y de Derecho comparado muy persuasivo. De un lado, porque no maneja ni la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ni tampoco la doctrina del Comité de Libertad Sindical, sobre los límites impuestos a la actuación de piquetes de huelga. De otro lado, frente al Derecho comparado más persuasivo (esto es, el Derecho de los Estados Unidos) sobre piquetes de huelga, porque ampara la impunidad parcial de la violencia, justificando un estado de ánimo (más bien, de desánimo) y de desconfianza hacia los jueces en la población, que resulta inadmisibles en un Estado de Derecho».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 6 (2016)**

X. M. CARRIL VÁZQUEZ, «La regulación legal comparada de la atención sanitaria al parto en Francia, Reino Unido y Alemania», págs. 217-236.

Resumen: «La atención sanitaria al parto varía de unos países a otros, hasta el punto de hablarse de distintos modelos de atención. Aquí, se analizan los casos de Francia, Reino Unido y Alemania, incidiendo en la diferente regulación legal que ofrece cada uno de ellos sobre el derecho de la mujer embarazada a decidir el lugar de su parto (el hospital, otros establecimientos especializados y su propio hogar) y la asistencia de profesionales habilitados, señaladamente matronas. Dicho derecho ha sido objeto de interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declarando que la elección de las circunstancias de dar a luz forma parte del derecho al respecto de la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque, en el caso del parto en casa, los Estados pueden tener un amplio

margen de apreciación en su regulación, habida cuenta de sus implicaciones sociales y económicas».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 7 (2016)**

B. WEINREICH, «Requisitos del asesoramiento en las prestaciones del seguro no contributivo alemán de desempleo», págs. 159-166.

Resumen: «Sobre la base de que el asesoramiento al beneficiario es una prestación del sistema alemán de seguridad social, este trabajo estudia dicha prestación en el marco de las prestaciones no contributivas por desempleo, analizando la jurisprudencia sobre el tema dictada por el Tribunal Federal alemán de Seguridad Social».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 8 (2016)**

P. BOZZAO, «La protección por desempleo en Italia, después del “Jobs Act”», págs. 163-178.

Resumen: «La protección por desempleo en Italia fue totalmente revisada durante el año 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la L. n. 183/2014 (llamado *Jobs Act*) y de sus decretos de aplicación. La nueva legislación intenta simplificar el sistema de regulación general y racionalizar las medidas anteriormente vigente. El presente artículo tiene como objetivo reconstruir las características esenciales del nuevo marco regulador, con especial atención a las medidas de protección en los casos de extinción del contrato de trabajo, indicando los aspectos problemáticos de este complejo tema».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 8 (2016)**

S. BARCELÓN COBEDO, «La incorporación a la Seguridad Social del trabajo no remunerado del hogar: la experiencia ecuatoriana», págs. 179-197.

Resumen: «El trabajo versa sobre la Ley ecuatoriana de inclusión en la Seguridad Social de las personas que se dedican de forma exclusiva al cuidado del hogar, utilizándola como pretexto para reflexionar sobre el fundamento de esta inclusión así como acerca de los caracteres de la misma en lo que se refiere a los sujetos protegidos, a la afiliación y a la cotización, a las contingencias y a las prestaciones que se dispensan. Debido a la singularidad de esta inclusión, bajo el perfil profesional, muchos elementos de las adscripciones clásicas han debido ser adaptados lo que hacer que el trabajo se detenga en ellos y en su forma de aplicación concreta, destacando los elementos más complejos, conflictivos o polémicos».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 8 (2016)**

I. VIZCAÍNO RAMOS, «La actualización de pensiones en Alemania. Un estudio desde la perspectiva del derecho español», págs. 199-208.

Resumen: «Sobre la base de nuestra raquítica subida de las pensiones, en un 0,25 por ciento para el corriente año 2016, este trabajo analiza los fundamentos jurídicos (estructurales y coyunturales) conducentes a que en Alemania, en este mismo año 2016, las pensiones contributivas hayan subido 42,5 euros mensuales, en los Estados federados del Oeste, y 59,5 euros mensuales, en los Estados federados del Este».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 9 (2016)**

A. OJEDA-AVILÉS, «La re-reforma de los sistema de pensiones en América Latina. Análisis y propuestas», págs. 191-202.

Resumen: « Desde la primera reforma de los sistemas de pensiones públicas en América Latina, la de Chile de 1980, el “modelo chileno” ha influido en numerosos países de ese continente y de Europa oriental, que volvieron desde sistemas públicos y de reparto a sistemas mixtos de capitalización en donde unos Fondos de todo tipo han administrado las cotizaciones en cuentas individuales con mínimos más o menos garantizados. Aquellas reformas no produjeron los efectos esperados, a pesar del daño producido en la población asegurada, y décadas más tarde comenzó una operación que los especialistas de aquellas latitudes han denominado como la “re-reforma”, con una vuelta a un mayor intervencionismo público y a ciertas formas de reparto. Los últimos países en emprender el camino de vuelta están siendo México y Brasil, y al análisis de la situación en el primero de ellos, con más de mil fondos de pensiones públicos y privados, se dedica la segunda parte del presente estudio».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 9 (2016)**

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Pensión de viudedad y matrimonios disparatados por razón de edad. La “legislación Berlusconi” de 2011 y su declaración de inconstitucionalidad por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 174 de 2016», págs. 203-209.

Resumen: «Este trabajo analiza la reciente declaración de inconstitucionalidad de la “legislación Berlusconi” de 2011, sobre recorte en la pensión de viudedad en caso de matrimonios disparatos por razón de edad. La Corte Constitucional italiana consideró inadmisibile la presunción *iuris et de iure* de fraude de ley, que establecía la legislación cuestionada. Analiza también el informe de Derecho comparado sobre seguridad social, en parte relativo a España, citado por la propia Corte Constitucional italiana».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 73 (2016)**

M. BIRGILLITO, «Una mirada comparada sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales y sus sujetos reguladores: Italia y España», págs. 189-216.

Resumen: 1. Los servicios públicos en el marco constitucional y los instrumentos para su defensa. 2. El derecho de huelga en el espacio constitucional. 3. La huelga en los servicios esenciales en un análisis comparado. 4. Los servicios esenciales en el cuadro comparado y las tendencias autoritarias más recientes. 5. Los servicios mínimos como baricentro de la regulación. 6. Los sujetos reguladores del conflicto en los servicios esenciales. 6.1. El papel otorgado a la autoridad de gobierno española. 6.2. La regulación de la Commissione di Garanzia italiana. 6.3. La intervención de la autoridad pública italiana por medio de la “ordinanza di precettazione”. 7. La autonomía colectiva en la regulación del conflicto. 7.1. La autorregulación y los acuerdos informales con la autoridad de gobierno sobre servicios mínimos en la experiencia española. 8. Los recientes avances en la regulación de ambos ordenamientos.

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 44 (2016)**

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», págs. 1-30.

Resumen: «La Ley francesa de 2015 sobre adaptación de la sociedad al envejecimiento tiene un interés superlativo, desde el punto de vista de la protección social de la dependencia, que reforma a fondo. Su promulgación fue posible por causa del previo reforzamiento de la financiación de la dependencia, por la vía de las cotizaciones sociales. Este estudio incide sobre su carácter de referente inescusable para una reforma urgente de nuestra Ley 39/2006, al tratarse de una Ley vanguardista, antiglobalización a su modo, sorprendente, transversal y, sobre todo, muy condicionada por el modelo europeo actual de más autoridad en materia de protección social de la dependencia, que es el modelo alemán».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 133 (2016)**

F. MALZANI, «Crisis de la representatividad y negociación colectiva en Italia», págs. 49-68.

Resumen: «El objetivo de este trabajo es identificar algunas tendencias de la negociación colectiva, en un contexto de relaciones laborales que han cambiado profundamente en los últimos años en relación con la prolongada crisis económica. En particular, después de describir el marco donde se sitúan las relaciones laborales en Italia, a partir de un modelo de convenio colectivo sectorial nacional que no posee

eficacia erga omnes y se verifica una profunda crisis de la representatividad sindical, el artículo se centra en la negociación colectiva de ámbito descentralizado (es decir, de empresa o de sector de ámbito inferior)».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 133 (2016)**

M. C. BURGOS GOYE, «Aproximación al problema de la discapacidad en Marruecos», págs. 151-192.

Resumen: «El presente trabajo pretende mostrar, una visión general de diversos aspectos relevantes en el ámbito de la discapacidad en España y Marruecos. En primer lugar tomaré como punto de partida, la evolución terminológica en ambas legislaciones para comprender como esta multiplicidad de definiciones sobre la discapacidad, suponen a su vez, su exclusión, según se opte por una u otra definición, lo cual provoca que su tratamiento jurídico sea diferente. En segundo lugar, examinaré los instrumentos internacionales ratificados por Marruecos y prestaré especial atención a la integración de la Convención de los Derechos de Discapacidad desde una perspectiva comparativa entre España y Marruecos, países con una realidad social y legislación diferenciada. Y en tercer lugar, analizaré el problema específico de la sanidad en Marruecos que constituye un factor esencial para la preservación de la dignidad humana, cuyo acceso a servicios es restringido para una parte importante de la población, debido a su bajo nivel socio-económico y a la carencia de desarrollo suficiente de infraestructuras en zonas rurales y que suponen, un hándicap para hacer efectivo el derecho de toda persona, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. No pretendo realizar un análisis exhaustivo, sino ofrecer información realista y crítica con base en la investigación realizada».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 134 (2016)**

P. MARTIN, «La reforma laboral en Francia», págs. 45-61.

Resumen: «El presente artículo tiene como objeto presentar las grandes líneas de la última reforma laboral en Francia. Tras exponer el contexto y las tendencias que rodearon la adopción de la ley, se presenta los aspectos esenciales y más polémicos de la reforma. Así, se centra fundamentalmente en la finalidad y en el ámbito de actuación de la reforma, haciendo especial hincapié en el reforzamiento de la negociación empresarial, el despido por motivos económicos y las modificaciones relativas a la jornada laboral. Se aborda igualmente el alcance de la creación de nuevos derechos, para poder así proponer una visión global de la reforma que se inscribe en la línea europea de la “flexiseguridad”».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 13 (2016)**

M. C. SALCEDO BELTRÁN, «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», págs. 27-52.

Resumen: «El período de crisis económica ha conllevado la adquisición de un protagonismo sin precedentes de la Carta Social Europea, como el Tratado internacional de los derechos humanos de carácter social más importante, con el estándar de protección más elevado. Esta realidad ha derivado, lógicamente, que sea invocada directamente en los órganos jurisdiccionales como instrumento de garantía de los derechos que reconoce, en concreto en estos momentos en tres materias: la duración del período de prueba, el incremento anual de las pensiones y, recientemente, la calificación del tiempo de disponibilidad de un trabajador a servicio del empresario. Como consecuencia de su desconocimiento, los pronunciamientos están resolviendo de forma contradictoria, dedicándose, por ello, el presente estudio a analizar y aportar soluciones de los tres aspectos más controvertidos: su aplicabilidad directa o self-executing, la vinculación a las conclusiones y/o decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales y la distinción entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de las normas, que necesariamente se debe observar, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96 de la Constitución Española».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 15 (2016)**

I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española: A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores», págs. 18-44.

Resumen: «La problemática duración del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores ha tenido que confrontarse con nuestro TC, con el TJUE y con el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que vela por el cumplimiento de la Carta Social Europea (CSE). Tras examinar los pronunciamientos de aquellos órganos, el presente trabajo sostiene la dificultad de proceder a inaplicar aquella duración del periodo de prueba en base al derecho a un plazo razonable de preaviso reconocido por el artículo 4.4 de la CSE y en la prevalencia de la CSE sobre la ley interna, toda vez que el precepto de la CSE no es self-executing y, en todo caso, la vulneración del derecho al preaviso no conlleva la improcedencia de la extinción del contrato sino el abono de los salarios correspondientes al plazo de preaviso incumplido».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 18 (2016)**

K. D. EWING, «La Unión Europea, los Estados Unidos de América y la Asociación Transatlántica para el comercio y la inversión (TTIP): la negociación colectiva y la emergente «ley transnacional de relaciones laborales», págs. 18-25.

Resumen: «Partiendo de un famoso caso judicial norteamericano de la época de la Gran Depresión, este trabajo realiza un repaso histórico por el desarrollo de la negociación colectiva, especialmente a partir de la segunda guerra mundial. Explica los dos modelos de concepción de la negociación colectiva que se desarrollaron en EEUU y en el Reino Unido, respectivamente y que, al tiempo que en este último país se desdibujaba, se extendía y consolidaba a lo largo de la Unión Europea, conociéndose como modelo europeo de negociación colectiva. El objetivo de este repaso histórico no es otro que alertar de la imposición del modelo americano gracias a los acuerdos de libre comercio que EEUU está firmando y, en particular, al futuro Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión con la Unión Europea, que, a pesar de la introducción de un capítulo dedicado al trabajo y del nominal respeto a los convenios fundamentales de la OIT, no hará más que subordinar los derechos laborales a los intereses corporativos norteamericanos, lo que va a convertir el modelo norteamericano de relaciones laborales en un paradigma de desregulación también en Europa».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 22 (2016)**

F. NAVARRO NIETO, «El nuevo rumbo de las relaciones laborales en Italia», págs. 15-30.

Resumen: «El acercamiento a las reformas jurídicas en los modelos de nuestro entorno es necesario para comprender y valorar los cambios en modelos de relaciones laborales con problemas estructurales semejantes. En este sentido, el estudio constituye un acercamiento a las reformas laborales recientes en Italia, a partir del Jobs Act. Tres grandes aspectos nos interesan de la evolución reciente en el Derecho italiano. En primer lugar, la aprobación de un nuevo marco de modalidades contractuales, cuyo centro de gravedad se sitúa en el contrato indefinido «de tutelas crecientes». En segundo lugar, una revisión del sistema de fuentes en lo referido al papel de la ley y la negociación colectiva. En tercer lugar, el intento de desarrollo en el ámbito intersindical de un modelo de negociación articulada y de diseño de un nuevo régimen de la representatividad y de la acción sindical de empresa».

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

*[ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE CORUNNEAN  
ASSOCIATION OF COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW]*



## **CRÓNICA DEL «XI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “EL CUMPLIMIENTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA”»**

[*CHRONICLE OF THE «XI<sup>TH</sup> INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER BY MEMBER STATES OF THE COUNCIL OF EUROPE”»*]

La XI edición del Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo se desarrolló en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña bajo la dirección de los Profesores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA. Las instituciones implicadas en la organización han sido la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, la Universidad de A Coruña y la Consejería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia. La tónica dominante, como en ediciones anteriores, ha sido la asistencia masiva, desbordando incluso el aforo a lo largo de las sesiones. Y no nos resulta extraño, teniendo en cuenta que el tema monográficamente abordado en este Congreso Internacional era el de «El cumplimiento de la Carta Social Europea por los Estados miembros del Consejo de Europa». El evento se desarrolló de la manera acostumbrada, celebrándose en dos jornadas vespertinas de cinco horas cada una, coincidiendo con los días 26 y 27 de enero de este 2017. En el acto inaugural, contamos con la intervención del Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, Prof. Dr. Jesús VÁZQUEZ FORNO, y los codirectores del Congreso, los Profs. Dres. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA. Además, contamos con las habituales partes temáticas (una académica, a cargo de profesores, y otra estudiantil, a cargo de los estudiantes de las dos Facultades implicadas), desarrolladas a lo largo de las dos jornadas del evento, en cumplimiento del programa oficial.

La parte académica del Congreso, en la primera jornada, corrió a cargo del Prof. Dr. *h.c.* Antonio MONTEIRO FERNANDES, y de la Prof<sup>a</sup>. Dra. Luisa TEIXEIRA ALVES, del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, quienes expusieron en lengua castellana, con un nivel altísimo, su tema sobre «El cumplimiento de la Carta Social Europea por Portugal»; del Prof. Dr. Luca NOGLER, de la Universidad de Trento, y de la Prof<sup>a</sup>. Dra. Orsola RAZZOLINI, de la Universidad de Genova, quienes disertaron en lengua italiana acerca de «El cumplimiento de la Carta Social Europea por Italia»; del Prof. Dr. Günther LÖSCHNIGG y de la Prof.<sup>a</sup> Dra. Nora

MELZER-AZODANLOO, ambos de la Universidad de Graz, que expusieron en un castellano magnífico el tema «El cumplimiento de la Carta Social Europea por Austria». La segunda jornada comenzó con la presentación del libro del Prof. Dr. Günther Löschnigg *Derecho austriaco del Trabajo. Desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, publicado por la Editorial Andavira, con estudio preliminar y traducción a cargo de los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA quienes, sin solución de continuidad, prosiguieron con el programa de las jornadas complementando el contenido de las ponencias de los colegas extranjeros, tratando de manera bilingüe (inglés y castellano) el tema «¿Hay Estados miembros del Consejo de Europa que no han ratificado la Carta Social Europea?»; y de los Profs. Dres. Holger BRECHT-HEITZMANN y Mona SADAT KHONSARI, de la Escuela Técnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin, que defendieron en inglés su ponencia sobre «El cumplimiento de la Carta Social Europea por Alemania». Todas las ponencias fueron desarrolladas empleando la *hora cum tempore*, ofreciendo a los asistentes la posibilidad de formular preguntas a los ponentes, quienes departieron gustosamente con los interesados.

Como es tradicional en este Congreso, la parte estudiantil del programa corrió a cargo de nuestros alumnos de Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Grado de Derecho y de Doble Grado Derecho-Administración de Empresas. Para exponer sus trabajos, emplearon cuarenta y cinco minutos al final de la segunda jornada, en lo que cabe denominar ponencia española (y, por tanto, «El cumplimiento de la Carta Social Europea por España»). Actuaron divididos en cinco equipos de ocho estudiantes cada uno de ellos (intervino, como se aprecia, un número total de cuarenta estudiantes). Realizaron sus exposiciones de manera bilingüe, inglés y castellano, ayudándose de una presentación en formato *power point* libremente ideada por cada uno de los equipos. El resultado final resulta un entretenido puzzle compuesto de cinco piezas sucesivas, que ensamblan a la perfección para conducirnos hacia el objetivo científico de esta ponencia: ofrecer información crítica y veraz acerca de la situación de España en lo relativo a su grado de cumplimiento con los preceptos de la Carta Social Europea.

Para el acto de clausura de este XI Congreso Internacional de Derecho Comparado contamos, como es costumbre, con dos partes claramente diferenciadas: en la primera, gozaron de protagonismo los Profs. MARTÍNEZ GIRÓN y ARUFE VARELA, que mostraron su agradecimiento sincero a la Fundación Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña, representada en la mesa por su Secretario, el Prof. Dr. Iván VIZCAÍNO RAMOS, por su apoyo económico y organizativo, que permitió sacar adelante con dignidad y sobriedad un evento de esta magnitud. También a la Presidenta del Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense, Dña. Susana Soneira Lema, quien viene colaborando habitualmente con la organización

de este encuentro científico y que mostró su disposición a seguir prestigiando el papel de sus colegiados a través de la participación en eventos de este cariz. Por último, agradecieron de manera muy especial a la Secretaria General de Empleo de la Xunta de Galicia, Dña. Covadonga TOCA CARÚS su importantísima aportación económica, que contribuyó decisivamente para garantizar la celebración de un encuentro internacional de este nivel. Los Profesores justificaron la imperiosa necesidad de hacer un ejercicio de transparencia a través del balance económico, ante los presentes en la mesa, representantes de las instituciones que sufragan el coste del evento. Apelando, pues, a la necesidad social de actuar con total transparencia, detallaron todas las cuentas del Congreso, con su debe y su haber. Tal y como acreditaron, todo pudo hacerse con un presupuesto de gastos de poco más de 5000 euros. Destacaron asimismo el apoyo recibido por parte del Excmo. Ayto. de A Coruña (a través del Consorcio de Turismo), haciendo hincapié en el dato de que la Universidad, mediante la organización de Congresos en la propia ciudad, también generaba riqueza en ella.

La segunda parte, de tono más oficial, contó con la intervención de la Presidenta del Colegio Oficial de Graduados Sociales de A Coruña y Ourense y del Secretario de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, quienes hicieron uso de la palabra para despedir el Congreso a través de un discurso cercano y sentido, como es habitual en ellos, reiterando su compromiso con la próxima edición del Congreso. En último lugar, para dar por clausurado el Congreso, intervino la Secretaria General de Empleo, quien a través de sus palabras envió saludos para los ponentes extranjeros presentes en el acto y para los familiares de los estudiantes también presentes. También destacó la relevancia científica del evento, señalando lo insólito de ver a cuatro decenas de estudiantes exponiendo en inglés y castellano, con soltura e ingenio, la ponencia que les había sido asignada por la organización del Congreso. Se puso de relieve, también, la esperanza de que en 2018 sigamos trabajando con tanta motivación y eficiencia hacia el objetivo de visibilizar y potenciar el Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social en todas sus vertientes. Y, sobre todo, invitó a los asistentes a la celebración, en 2018, de un nuevo evento, destacándose el compromiso de patrocinio por parte de la Secretaría General de Empleo de la Xunta de Galicia, para celebrar la XII edición del Congreso Internacional coruñés de Derecho comparado del Trabajo, que traerá a nuestra ciudad, con el mismo formato fresco y dinámico, un tema de rigurosa actualidad: «La protección de los inmigrantes irregulares en Europa y los Estados Unidos».

**Iván Vizcaíno Ramos**



## COEDICIÓN DE LIBROS

[*COEDITION OF BOOKS*]

— J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, Estudio preliminar/Preliminary study y traducción castellana de G. LÖSCHNIGG, *Derecho austríaco del Trabajo. Desde una óptica europea del Derecho del Trabajo*, Andavira Editora (Santiago de Compostela, 2016), 315 págs. ISBN: 978-84-8408-954-4.



**PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE  
MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN**

*[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEM-  
BERS OF THE ASSOCIATION]*

— **Ponencia** de J. MARTÍNEZ GIRÓN y de A. ARUFE VARELA sobre «Berufliche Weiterbildung in Spanien», en el **Congreso «VIII. Internationaler Arbeitsrechtlicher Dialog (IAD) zum Thema “Beruflichen Weiterbildung: Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierungsformen aus einer europäischen Perspektive“**»; Bolzano (Italia), 11 y 12 noviembre 2016; Freie Universität Bozen e Istituto Promozione Lavoratori.





