

Antonio Ojeda Avilés \*

# Corrientes y contracorrientes en el Derecho del Trabajo europeo. Reflexiones en torno a dos «Libri Amicorum» finiseculares \*\*

Sumario: 1. *Propósito.* 2. *Puntos comunes.* a) *La crisis del Derecho del Trabajo.* b) *Relaciones entre fuentes.* c) *Representaciones atípicas.* d) *Nuevas funciones de los convenios colectivos.* e) *La huida del convenio colectivo.* f) *Nuevas situaciones de la dinámica empresarial.* g) *Representación de los trabajadores parasubordinados.* h) *Derechos fundamentales laborales.* i) *Relaciones entre el Derecho Social Europeo y el Derecho del Trabajo de los Estados miembros.* j) *Participación en la gestión.* k) *El problema de las minorías.* 3. *Diferencias.* a) *Italianas.* b) *Alemanas.* 4. *Conclusiones.*

## 1. AQUELLA CURIOSA MODA DE G. GIUGNI EN EL GIORNALE.

El fin de siglo parece haber impulsado la proliferación de libros en homenaje a relevantes especialistas que han cumplido su edad madura en medio del reconocimiento de todos. No es este el caso de Massimo D'ANTONA, cuya vida ha sido truncada en su momento más álgido, pero he pensado que la oportunidad de rendirle un homenaje por quienes fuimos sus admiradores y amigos podría beneficiarse de este fenómeno para indagar hasta qué punto, y con las limitaciones naturales en este tipo de publicaciones, podríamos encontrar algún hilo conductor en las preocupaciones de los que participan en ellos.

El año 1999 parece para los laboralistas doblemente crepuscular, si oímos el clamor de crisis proveniente de todos los países, que además presenta el factor añadido de una especialidad hasta ahora joven que por vez primera observa la jubilación, o la llegada a sus puertas, de quienes durante la época de esplendor fueron pioneros de muchas inspiraciones. Algunos se fueron trágicamente y por sorpresa, sin darnos tiempo a pensar en un homenaje, como VARDARO, pero el hecho principal es que ahora toda una generación de pioneros se ve reconocida y celebrada en los libros-homenaje por sus colegas, quienes consideran como la mejor forma de hacerlo el volcar sus preocupaciones por el presente y el futuro de las diversas instituciones jurídico-laborales, en lugar de analizar la obra o el momento en que aportaron sus ideas los homenajeados. Con lo cual se nos ofrece la oportunidad de realizar un análisis horizontal de esas aportaciones para tratar de descubrir si exis-

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

\*\* El presente comentario forma parte del Libro-Homenaje al profesor Massimo D'ANTONA, por aparecer en Italia.

ten hilos conductores comunes en tan notable grupo de estudios. La premura del tiempo en el homenaje a Massimo, junto a otras razones, me impiden acometer una comparación completa de estos libros de fin de siglo, por lo que me limitaré a dos que me parecen muy significativos: el de G. GIUGNI en Italia y el de W. DÄUBLER en Alemania, dos libros que cuentan, además de con las aportaciones nacionales, con la muy numerosa de especialistas amigos de otros países. En el caso de GIUGNI nos espolea el incentivo adicional de que nuestro querido maestro dignificó durante los años ochenta, sobre las páginas del «Giornale» que continúa dirigiendo, la tarea de recensionar los trabajos de los demás en una exposición panorámica: sus extensos artículos sobre *La dottrina giuslavoralistica nel 19...*, nos sirvieron a todos, aunque sobre todo a los especialistas extranjeros, para advertir los cambios que se iban produciendo en la comunidad de expertos italianos a través, o guiados por la diestra pluma, del maestro GIUGNI. Es probable que la selección de artículos y libros, necesariamente incompleta, no resultara a gusto de todos, pero GIUGNI sabía dar el elemento globalizador que cubría el vacío existente, la omisión de nombres imposible de subsanar. En las páginas que siguen intentaré ofrecer un recuento de los temas tratados por quienes componen los libros-homenaje mencionados, con un propósito más limitado: analizar si de la comparación entre un libro mayoritariamente compuesto por italianos y otro mayoritariamente escrito por alemanes cabe deducir la formación de una doctrina europea a través de la coincidencia de problemas y de soluciones. *A priori* la respuesta parece afirmativa, pues se trata de dos países europeos y con un nivel de desarrollo bastante próximo; el intento habría de rechazarse anticipadamente si la comparación se estableciera entre países muy disímiles, Finlandia y Grecia, pongamos por caso. Italia y Alemania son países fundadores de la actual Unión Europea, también, por lo que llevan tiempo sometidos a la presión uniformadora de la legislación comunitaria. Sin embargo, la impresión apriorística queda desmentida, de forma rotunda, no bien el lector acomete la tarea de introducirse en el particular universo del Derecho del Trabajo de uno y otro país por conducto de ambos libros. Advierto que la impresión final puede ser justamente la contraria, una disparidad de problemas e incluso de enfoques por los colegas del norte y el sur, y cuesta advertir que, en realidad, numerosas veces están hablando de un mismo o similar problema, con la diferencia de un punto de partida separado, además de una legislación distinta.

Sin entrar a analizar si los distintos planteamientos se deban a un *Volkegeist* diferente o no, el contraste más notorio entre ambas obras quizá esté en el mayor dia-cronismo italiano, frente al predominante sincronismo alemán. En otras palabras, son frecuentes en los *Scritti in Onore di G. Giugni* los análisis históricos y de futuro, mientras que en el *Festschrift Däubler* los autores se enfrentan con problemas actuales a los que dan solución para el presente. Los enfoques *de lege ferenda* son corrientes en el primero, mientras que los *de lege data* son mayoría en el segundo. En común tienen sobre todo el que la crisis de las instituciones que analizan lleva tiempo gestándose, por lo que pueden utilizar un arsenal bibliográfico impresio-nante, hasta el extremo de que en algunos casos, como sucede paradigmáticamente con la aportación de R. SCOGNAMIGLIO<sup>1</sup>, la tarea asumida consiste en realizar

<sup>1</sup> *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, «Scritti», II, págs. 1171-1205.

un *rendu-compte* de los diversos grupos de teorías, o en la de M. GRANDI<sup>2</sup>, el ratificar ahora su postura mantenida desde mucho antes frente a la doctrina diametralmente opuesta. El lector se da cuenta, sobre todo en los dos volúmenes italianos, hasta qué punto existen líderes de opinión cuyas opciones impactan en un determinado sentido el rumbo de la mayoría doctrinal. SIMITIS, SUPIOT, D'ANTONA, los mismos GIUGNI y DÄUBLER, o, fuera del Derecho del Trabajo, RIFKIN, el informe Bousonmat, son citados con reiteración para aceptar o repudiar las ideas de estos autores, varios de ellos en plena actividad actualmente.

Otro aspecto común a ambos libros colectivos que llama la atención es el que apenas se hable del concepto que motivó ríos de tinta no hace apenas tres años, el de la flexibilidad, con todos los elementos que afloraban a su alrededor, de la movilidad interna y externa, los despidos, los cambios de jornada, de salario o los cambios de puesto de trabajo. Sorprende la escasa atención —no diré que ninguno de los artículos los trata— porque son problemas aún vigentes, dado que los procesos de reajuste (contractual) de las empresas parecen haberse convertido en crónicos, pero la coincidencia de los autores es aplastante; hablan de la crisis de instituciones que podríamos llamar estructurales: el rumbo del mismo Derecho del Trabajo, los embates de la negociación colectiva, sus ásperas relaciones con el contrato individual y la ley, de los «nuevos» fenómenos y figuras laborales, del deslizamiento de los elementos básicos del Ordenamiento del Trabajo y sus sustitutos, como veremos al hablar del «mandatamiento». Sólo a veces, para analizar un elemento sesgado de los temas que nos apasionaron en primer lugar hasta no hace mucho, reaparece el panorama de mediados de los noventa<sup>3</sup>. No hay duda que la doctrina se siente preocupada en ambos libros por problemas estructurales, y, como dice MONTUSCHI, en el fin de siglo todos se preguntan por la suerte del Derecho del Trabajo, prematuramente envejecido: ha terminado una fase, la de la fábrica fordista, y hay que buscar otro esquema para la realidad postindustrial<sup>4</sup>. Los grandes conceptos son ahora la globalización, el postfordismo, la ciudadanía social y los derechos fundamentales. Pero la huida del Derecho del Trabajo, como antes fue la del Derecho Administrativo, se mira con optimismo por los autores, ya al limitar el alcance de la crisis, y que no impide la realidad manifiesta del trabajo subordinado<sup>5</sup>, o la virtualidad de las herramientas clásicas para superarla<sup>6</sup>, ya en la posibilidad de aplicar medidas que, en definitiva, suponen la expansión del Derecho del Trabajo hacia campos hasta el momento exteriores, pues se trataría de distribuir equilibradamente las tutelas<sup>7</sup>, o de abandonar la *sinécdoque mendaz* para avanzar humildemente por el «continuum» formado por el trabajo subordinado, el trabajo de colaboración coordinada continua y el trabajo autónomo, al objeto de reconocer unas garantías de instituto a todo trabajo personal<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> *Trasferimento d'azienda, solidarietà per i crediti del lavoratore e vigenza del rapporto di lavoro*, «Scritti», I, págs. 513-527.

<sup>3</sup> C. W. SUMMERS, *Employment at Will in United States: the Divine Right of Employers*, «Scritti», II, págs. 1603-1621; P. RESCIGNO, *Associazioni di tendenza e recesso per giusta causa*, «Scritti», II, págs. 935-941.

<sup>4</sup> *Un «nuovo» lavoro da regolare*, «Scritti», I, págs. 723-737.

<sup>5</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.* (nota 1), pág. 1203; H. U. BARBAGELATA, *Reconsideración del tema del particularismo del Derecho del Trabajo*, «Scritti», II, pág. 1403.

<sup>6</sup> A. PLA RODRÍGUEZ, *La función de la negociación colectiva en la defensa del Derecho del Trabajo*, «Scritti», II, pág. 1508.

<sup>7</sup> L. MONTUSCHI, *op. cit.* (nota 4), pág. 727.

<sup>8</sup> M. PEDRAZZOLI, *Dei lavori autonomi ai lavori subordinati*, «Scritti», I, pág. 766.

El optimismo teleológico italiano contrasta con la parsimonia alemana en hablar del futuro. Podríamos contraponer a C. ASSANTI con WOLMERATH para ejemplar la actitud de ambos grupos: si la primera autora hace recuento de las advertencias de la doctrina sobre el retroceso de las garantías del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sólo para concluir que se consolida la opinión de que no se está al final del trabajo y hay una revitalizada atención institucional para sostenerlo<sup>9</sup>, el segundo hace uso de la mejor ironía volteriana para evaluar la situación, ya desde el propio título de su estudio: «¿Empresa virtual + Trabajadores virtuales = Derecho del Trabajo virtual?»<sup>10</sup>. Para él, la evolución presente viene marcada por el concepto «virtualidad», el cual define una realidad que no es real pero lo parece, por lo que se ha de reflexionar en términos de *como-si-realidad*<sup>11</sup>, analizando las numerosas instituciones que vienen afectadas, con la incógnita final de hasta qué punto el Derecho del Trabajo sirve hoy día para armonizar intereses tan extraños<sup>12</sup>, debiendo ineludiblemente adaptarse a la nueva realidad virtual, lo que significa para él, dadas las dificultades que sufrirán en semejante mundo las representaciones sindicales y unitarias, la necesidad de una decidida intervención legislativa que evite la pérdida de protección para los trabajadores situados aún en contextos laborales convencionales<sup>13</sup>. Claro que en esos contextos, podríamos observar, aún actúan las representaciones unitarias y sindicales. A mi modo de ver, el optimismo del libro italiano y el pesimismo de algún autor alemán lleva a resultados «virtuales» engañosos, porque los italianos se muestran proclives a abandonar lo existente, mientras que los alemanes tratan de conservarlo superando sus defectos. El libro pro DÄUBLER muestra más soluciones colectivas y europeas, pese a todo, y más apego a las propias instituciones, si bien mejoradas, que el pro GIUGNI, donde repetidamente se alude a abandonar las categorías jurídicas de partida para arrancar desde el puro concepto del trabajo humano como hecho jurídico y sobre él construir nuevas categorías.

Llama asimismo la atención el que ambas obras eludan entrar en el análisis directo del contrato de trabajo, a pesar de que el elemento definidor de su causa jurídica, la subordinación, halle aquí una frecuente cita. En el homenaje a GIUGNI, prácticamente es E. GHERA el único que defiende una perspectiva de la situación actual como de crisis del contrato de trabajo por la pluralización de las tipologías normativas, la flexibilización legal de la relación laboral y la redistribución del trabajo<sup>14</sup>; por su parte, en el homenaje a DÄUBLER es A. JEANMEAUD el que se plantea si asistimos a un redescubrimiento del contrato de trabajo a través de la individualización ambivalente de las relaciones laborales en su país, y ve las mayores posibilidades del contrato en la mejora de mínimos legales y convencionales, confluyendo así en el doble sentido de fundamento de la relación de empleo y factor determinante de las relaciones de trabajo, aunque también como elemento de estabilidad y de adaptación relativa<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> C. ASSANTI, *Lavoro e cittadinanza*, «Scritti», I, pág. 52.

<sup>10</sup> M. WOLMERATH, *Virtuelles Unternehmen + Virtuelle Beschäftigte = Virtuelles Arbeitsrecht?*, «Festschrift», pág. 717.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pág. 717.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 717.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pág. 729.

<sup>14</sup> E. GHERA, *Prospettive del contratto individuale*, «Scritti», I, págs. 477-505.

<sup>15</sup> A. JEANMEAUD, *Ambivalente Indivisualisierung der Arbeitsbeziehungen in Frankreich*, «Festschrift», págs. 208-209.

## 2. LOS PUNTOS COMUNES

Los ochenta y un autores participantes en el homenaje a DÄUBLER y los setenta y nueve del de GIUGNI ofrecen una serie de convergencias, por lo demás, en los temas concretos elegidos para sus aportaciones. Probablemente lo más interesante del análisis comparado por efectuar en estas líneas consista en determinar el número y la calidad de los paralelismos en la investigación jurídico-laboral en ambos países, y desplegarlos frente al número y calidad de las diferencias, que veremos en el epígrafe tercero, para llegar a algunas conclusiones.

a) Es obvio que ambos libros dedican un amplio espacio a la crisis del Derecho del Trabajo, de manera explícita o implícita, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, pero en este tema hay clara mayoría de autores que le dedican atención en el libro pro GIUGNI en comparación con los pocos que directamente se interesan por él en el *Festschrift Däubler*. Así, para R. SCOGNAMIGLIO la crisis de identidad y posible disolución del Derecho del Trabajo que plantean algunos autores podría llevar a la supresión de parte del aparato protector, y, con ello, a rebajar el nivel de las condiciones que actualmente disfrutaban los trabajadores «regulares» al nivel que padece el trabajo negro<sup>16</sup>, una visión quizá excesivamente apoyada en los poderes del Estado que descuida la importancia relevante de la presión sindical..., incluso para evitar la precarización absoluta de la fuerza del trabajo: más importante que la crisis de la legislación protectora es, en mi opinión, la crisis del sindicato, como parece demostrarlo el que, salvo posturas bizarras como el *thatcherismo*, sólo cuando comienza el declive sindical comienza el Estado a recortar los niveles de protección y no a perfeccionarlos. Para el autor, la teoría del trabajo sin adjetivos como objeto del Derecho del Trabajo olvida que el trabajo es un fenómeno, no una figura *iuris*, y la subordinación como característica contractual no puede extenderse ilimitadamente a cualquier tipo<sup>17</sup>. Por su parte, la propuesta de graduación protectora, tan cara a otros autores como M. BIAGI, PEDRAZZOLI o SUPLOT, le parece al que nos ocupa como innecesaria, en el sentido de que el concepto de subordinación ostenta rasgos abiertos y fluctuantes que podrían servir para algo similar. No obstante, la impresión parece ser la contraria, de que la subordinación, o más exactamente, el «haz de indicios» para identificarla, lleva más bien a una situación binaria en la cual los jueces derivan la calificación *in toto* de laboral o no laboral, salvo en las situaciones especiales que el legislador pueda establecer. Una postura similar adopta el autor para la teoría del trabajo coordinado como espacio intermedio entre el subordinado y el autónomo<sup>18</sup>: en lugar de imaginar un Derecho del Trabajo diverso, proyectado al futuro, la función del jurista debe ser explotar las virtualidades del fenómeno «trabajo subordinado», demostrando así ser el más germánico de los integrantes del libro italiano. Por su parte, M. G. GAROFALO parte de una evolución histórica para llegar a la empresa-red y a la multiplicación de figuras contractuales que tienen por objeto el trabajo<sup>19</sup>, en lo que sería una nueva organización del sistema productivo, y se plantea si ha muerto el Derecho del Trabajo como lo habíamos conocido, en su doble significado de regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, y de

<sup>16</sup> *Op. cit.* (nota 1), pág. 1.181.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, pág. 1184.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 1187.

<sup>19</sup> *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, «Scritti», I, pág. 464.

reflexión cultural sobre ella. Su respuesta es negativa: no cree que haya cambiado la función, que se mantiene en la tutela del trabajador y en instrumento de política económica, y tendrá futuro si renuncia a toda pretensión totalizadora para extenderse a todas las formas jurídico-laborales, con diferencias (graduaciones) en la tutela de ellas que deberían ser admitidas por los sindicatos <sup>20</sup>.

Un similar punto de partida adopta M. PEDRAZZOLI al considerar que ha sido la pretensión totalizadora, el engaño resultante de tomar la parte (el trabajo subordinado) por el todo (el trabajo personal), lo que hace fracasar actualmente al Derecho del Trabajo. En su opinión, y por encima de las ambigüedades de la Constitución sobre los derechos del trabajador como ciudadano o como parte contractual, debería asignarse al trabajo personal del artículo 2.222 CC más garantías e institutos, consistentes en el derecho a la salud, a la libertad de pensamiento y a la prohibición de discriminaciones. Más allá de ellos, la Constitución asigna otros derechos a los trabajadores subordinados, mientras que el legislador ordinario actúa contradictoriamente, al ampliar esos derechos, por un lado, y a disponer del tipo contractual para excluir de su protección a determinadas categorías de trabajadores, por otro, con el beneplácito del Tribunal Constitucional <sup>21</sup>. En su largo y denso artículo, el autor proyecta una línea continua entre subordinación y autonomía, cuyo pilar central sería el trabajo de colaboración coordinada continua con la empresa, del artículo 409.3 Código de Procedimiento Civil. Lo más importante en esa línea es distinguir entre trabajo autónomo y coordinado, esa zona gris que según él habría que someter a mayor regulación legal, de acuerdo con algunas propuestas como la formulada por BIAGI <sup>22</sup>. Y en verdad que parece insostenible fundamentar una categoría jurídica como la del trabajo coordinado, central en la solución futura del Derecho del Trabajo, sobre bases tan débiles como el artículo 409 CPC, que en fin de cuentas sólo pretende calificar como controversia laboral a efectos procesales a los litigios entre las partes de las relaciones jurídicas que cita.

El mismo tema de la crisis del Derecho del Trabajo viene analizado por dos prestigiosos expertos uruguayos, los profesores A. PLA y H. U. BARBAGELATA, lo cual nos sirve para contrastar las opiniones acabadas de examinar con las existentes al otro lado del Atlántico en ese país tan europeo. Para el primero de los autores, la crisis del Derecho del Trabajo sólo puede superarse desde sus mismos principios generales, pues de lo contrario dejaría de ser Derecho del Trabajo, pero además encuentra en su instrumental clásico un elemento flexible, espontáneo y típico, capaz de permitir las adaptaciones necesarias sin romper la unidad de la materia. Para lo cual insiste en algo que pudiera parecer obvio, pero que en la misma Italia costó mucho esfuerzo aceptar: la posibilidad de los convenios concesivos, a la baja, respecto de anteriores niveles, y la pérdida de esos niveles superiores no bien dejen de estar respaldados por el convenio en vigor, rechazando así de nuevo la posibilidad de una incorporación permanente, de una consolidación en el contrato, como ya propusiera en 1992 en el congreso de Sevilla <sup>23</sup>. En una sutil afinidad con su compatriota, H. U. BARBAGELATA entiende que la operación principal para ver si el Derecho del Trabajo y su carácter definitorio están afectados por los cambios

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 471.

<sup>21</sup> M. PEDRAZZOLI, *op. cit.* (nota 8), pág. 769.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 784.

<sup>23</sup> *Op. cit.* (nota 6), pág. 1508.

habidos es ver si sus rasgos distintivos han perdido peso, lo cual niega: el sistema jurídico consigna al más alto nivel la protección del trabajador, y existen también límites sociales, políticos y sindicales para abandonar el Derecho del Trabajo, que continuará siendo, como decía GIUGNI, un sistema de límites a la autonomía privada <sup>24</sup>. Por desgracia, los límites que el autor cita no parecen suficientes para impedir la caída de nivel a través de diversos procedimientos. Otros autores citan la postura permisiva del Tribunal Constitucional, tanto en Italia como en Alemania, a la hora de examinar si las garantías constitucionales vienen afectadas por las operaciones de ingeniería contractual del legislador ordinario, y observan cómo prevalece la filosofía del mercado y de la libre competencia, asunto del que trataremos más tarde, para convalidar los recortes protectores.

Un apartado especial entre los comentaristas de la crisis del Derecho del Trabajo debe hacerse para quienes, sin ser juristas, han trabajado desde hace largos años un firme compromiso con el mundo del Derecho desde su atalaya de las relaciones industriales, haciéndose imprescindibles para evaluar correctamente los más importantes fenómenos del Derecho del Trabajo. Me refiero a autores como M. REGINI o G. P. CELLA, que en un mundo de juristas como el europeo y el italiano mantienen con un altísimo nivel el estudio sociológico del trabajo subordinado. Quizá más comprometida en el libro-homenaje a GIUGNI sea la aportación de G. P. CELLA, quien se remonta a 1974 para analizar «esa cierta insatisfacción» por la falta de teorizaciones en torno a las relaciones industriales. Han existido, no obstante, aportaciones notables que el autor comenta, como las del libro coordinado por FERNER y HYMAN, o los estudios sobre el retorno del neocorporatismo de SCHMITTER y GROTE, así como el artículo de SIMITIS sobre la crisis del Derecho del Trabajo <sup>25</sup>, del cual no acaba de entender si anuncia una reconstrucción o un desmoronamiento del Derecho del Trabajo, por lo que se muestra más de acuerdo con la réplica de C. CROUCH <sup>26</sup>. Pero su aportación personal estriba en la opinión de que el origen de la infravaloración actual de las relaciones industriales radica en el abandono de la teoría pluralista en beneficio de la cultura monística procedente de la empresa <sup>27</sup>. Lo que en otros campos se conoce como el pensamiento único y ha arrasado con las explicaciones alternativas desde por los menos la tesis de FUKUYAMA, enerva también para el autor la circulación de ideas y la libertad en la empresa, e incide negativamente sobre el Derecho del Trabajo, que al cabo se somete a los postulados economicistas.

M. REGINI efectúa un calo sobre los que llama «bienes colectivos» de las relaciones industriales, creados por el interés común de todos, para ver si la crisis actual puede haberlos afectado en Italia y Alemania. No se trata de los principios del Derecho del Trabajo o los rasgos característicos del mismo, aludidos por otros autores, sino tres bienes culturales que un sistema bien engrasado de relaciones industriales procura para el país que tiene la suerte de poseerlo. Se trata, según el autor, de la cooperación de la fuerza laboral, de la coordinación de la dinámica

<sup>24</sup> *Op. cit.* (nota 5), pág. 1405.

<sup>25</sup> G. P. CELLA, *Più teoria nelle relazioni industriali*, «Scritti», I, pág. 255. Se refiere al artículo de S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, «Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali», 76 (1997), 609-641.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, pág. 257. Se refiere al artículo *Un commento al saggio di Simitis*, «Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali», 76 (1997), 643-648.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pág. 262.

retributiva, y de la disponibilidad de recursos humanos altamente cualificados<sup>28</sup>. Las exigencias de flexibilidad pueden haber resquebrajado el engranaje, piensa, pero considera que Italia puede salir mejor librada del problema porque dispone de mecanismos ocultos o expresos de adaptación que no tiene Alemania, muy supeditada a la calidad de sus productos para competir internacionalmente, y a su vez altamente dependiente aquélla de la cooperación de la fuerza laboral y de su cualificación, así como de la paz social, por lo que encuentra dificultades para reajustar su sistema laboral<sup>29</sup>.

b) Las relaciones entre fuentes, y en concreto entre ley, convenio y contrato, atrae asimismo la atención de cierto número de especialistas en ambas obras. Aunque F. LISO titula su artículo de manera sesgada hasta parecer un análisis del papel de la autonomía colectiva en materia de empleo<sup>30</sup>, el valor subyacente del estudio tiene más que ver con las relaciones acabadas de mencionar, ofreciendo un amplio panorama de las tipologías. La crisis de la regulación legal dio paso en los años setenta a una deslegalización que, como es bien sabido, en Italia desembocó en el otorgamiento de poderes normativos a las partes sociales en lugar de a una desregulación, mediante la asociación explícita de aquéllas a la gestión del poder administrativo y sobre todo regulador. En esa tarea la negociación colectiva fue autorizada a discrepar de la ley general en aspectos como la supresión de la escala móvil de salarios, las formas del descenso salarial, etc. Las palabras de REGINI referentes a los mecanismos italianos de adaptación al cambio, en contraste con Alemania, parecen hallar aquí su expresión. Pero la negociación colectiva adquiere rumbos inesperados al margen de los sindicatos más representativos cuando CISAL se lanza a pactar fuertes reducciones salariales en el comercio, el textil o las televisiones privadas, dando lugar al preocupante fenómeno de concurrencialidad en el sistema, por lo que desde 1993 se intenta asegurar la eficacia *erga omnes* de los convenios<sup>31</sup>. El autor se torna crítico respecto a la aplicación judicial del artículo 36 Const. con el 2.099 CC, utilizados para admitir la validez de los pactos individuales de retribución peyorativa, así como la ocasional calificación judicial como excesivo e inadecuado del nivel retributivo fijado en algún convenio. La célebre «pax romana» de la negociación colectiva articulada parece haber dado paso a un torbellino de tendencias desde que el legislador asoció al poder normativo a las partes sociales, y el autor alude a los convenios que señalan niveles retributivos distintos según el territorio donde se efectúe el trabajo, así como a los convenios «piratas», de ámbito nacional, concesivos. Más que de relaciones de conflicto ley-convenio, el autor engloba aquí a las diversas formas de cumplimentar el mandato legislativo por las diversas organizaciones del entramado sindical, lo cual denota la ausencia de algún mecanismo legal de composición de conflictos entre las normas colectivas, o al menos de un criterio más sólido que el actual de ordenación entre ellas. Habla luego el autor de las relaciones de cooperación ley-convenio, entre las que analiza la concertación en la cumbre, y los convenios gestionales<sup>32</sup>, y al lector le surge la duda de hasta qué punto la decisión asumida por los

<sup>28</sup> M. REGINI, *Sistemi di relazioni industriali e sfida della globalizzazione: un confronto Italia-Germania*, «Scritti», II, pág. 928.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 932.

<sup>30</sup> *Autonomia collettiva e occupazione*, «Scritti», I, págs. 547-627.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 553.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 608.

sindicatos mayoritarios italianos no bien surgió la crisis en los setenta, de gestionarla en lugar de oponerse frontalmente a ella, conduce a resultados positivos en todo caso, o si para ellos ha supuesto una peligrosa espiral que los puede llevar a perder su sentido primigenio. Una oposición constructiva en lugar de entrar en el gobierno es una táctica política que en ocasiones da mejores resultados para el que la ejercita, en términos de desgaste, aunque al quedar voluntariamente fuera se pierda una cierta capacidad de anticipación. Al menos en la concreta crónica de F. LISO aparece al final, no por acaso, el fenómeno existente de impugnación de convenios por infracción del principio de representatividad leal, o de corrección y buena fe<sup>33</sup>.

El resquicio abierto por las tres sentencias del Tribunal Constitucional que consideran compatibles con las limitaciones del artículo 39.4 Cont. a los mecanismos legales de extensión de eficacia de los convenios firmados por sindicatos no registrados da pie a M. D'ANTONA, en la que sería una de sus últimas brillantes aportaciones al Derecho del Trabajo, a analizar los posibles resquicios de dicho artículo, que hasta el momento había dificultado notablemente las posibilidades de la eficacia general de los convenios italianos, una realidad que, sin embargo, es en la actualidad «imponente»<sup>34</sup>. Parte el autor de que el artículo 39 contiene un doble proyecto de legislación sindical, el primero dirigido a proteger la libertad sindical de actuación, y no sólo de organización, que el autor considera previa e independiente a tal reconocimiento, y el segundo dirigido a reconocer un poder normativo de procedencia contractual<sup>35</sup>. Para M. D'ANTONA, la legislación ordinaria ha recorrido dos momentos decisivos, el apoyo al sindicato en los lugares de trabajo y el reconocimiento del sistema convencional autolegitimado, como dos elementos que, reposando de ordinario sobre la mayor representatividad, se han unido recíprocamente al margen del registro exigido por el artículo 39.4 cuando el legislador reconoce el equilibrio logrado por la norma colectiva como el más adecuado a las exigencias de tutela que la intervención normativa pretende. Pero al otorgarles una eficacia superior a la de los mecanismos civiles de vinculación, no por ello el legislador ordinario desemboca en eficacia obligatoria para todo el sector a la que alude el 39.4, pues nunca concede el poder general de regular las relaciones laborales en un sector a uno o varios sindicatos<sup>36</sup>. La eficacia *erga omnes* del artículo 39 no es lo mismo, de otro modo, que la aplicación generalizada y uniforme que se observa en los convenios cuyos sindicatos firmantes ejercen el monopolio de la representación. Algo muy distinto, sin embargo, ha ocurrido en la Administración Pública, donde el legislador ha regulado incluso la formación de los sujetos negociadores y su actividad negocial<sup>37</sup>. Igualmente distinto es el caso de los convenios a los que la Unión Europea otorga poderes de trasposición nacional de las Directivas comunitarias. Para M. D'ANTONA lo que el artículo 39.4 no desea es que la ley ordinaria pueda consignar a los sindicatos no registrados el monopolio legal de la representación contractual de la categoría, a través de la eficacia *erga omnes*<sup>38</sup>. A través de una densa exposición, deduce que la función que la nego-

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 618.

<sup>34</sup> *Il quarto comma dell'articolo 39 della Costituzione, oggi*, «Scritti», I, pág. 315.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 311.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 317.

<sup>37</sup> *Loc. cit.*, pág. 320.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 324.

ciación colectiva cumple en la Const. prevalece sobre las formas vinculares del artículo 39.4, pareciendo decir que la potestad generalizadora recibida de las leyes ordinarias, pero ínsita en la general implantación de los sindicatos que la reciben, tiene prioridad sobre el diseño específico de convenios *erga omnes* del artículo 39.4, teniendo quizá su base la primera en la libertad sindical *in genere*, y la segunda como una particular forma de fuerza vinculante de los convenios que no impiden otras formulaciones alternativas. ¿Cuáles serían, por tanto, los elementos generales, y cuáles los particulares, del artículo 39, al objeto de considerar aplicables los primeros a dichas fórmulas alternativas? Para el autor lo verdaderamente sustantivo no es ni la adquisición de personalidad jurídica ni el registro, sino el que sean asociaciones sindicales y no meras coaliciones o formas espontáneas; que en la actividad normativa actúen proporcionalmente a su implantación efectiva, y según de la regla de la mayoría, y que sean los propios actores quienes determinen el sector al que se dirigen, y no les venga impuesto<sup>39</sup>. Pese a que la regla de la mayoría, que es punto importante en su construcción teórica, no está del todo claro que se encuentre en el artículo 39.4, desde luego resulta nítido que se trata de un esfuerzo meritorio de análisis en torno al mencionado artículo, que, junto a los estudios sobre la tipología de los reconocimientos legales, puede permitir al legislador italiano dictar las reglas de convivencia adecuadas para evitar los conflictos a que alude F. LISO.

Curiosamente la eficacia *erga omnes* que viene siendo elemento ordinario de los convenios españoles es vista por este comentarista en su aportación al libro-homenaje a GIUGNI<sup>40</sup> desde la cara opuesta a la visión italiana, es decir, como un freno para el pleno desarrollo de un sindicalismo independiente y no tutelado por el Estado, el cual se niega por su parte a abandonar el papel protagonista en las relaciones industriales que heredó del franquismo. Para este comentarista, en la este-la de G. FERRARO, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva en el artículo 37 de la Constitución española significa no sólo la prevalencia de los convenios sobre los contratos individuales, sino además el respeto por el Estado de la normación colectiva al menos en el ámbito esencial de las condiciones de trabajo, en el que la intervención legal o reglamentaria debe estar justificada por, y ser proporcionada a, la salvaguardia de los derechos fundamentales y del orden público normativo. Tratando de hallar un criterio práctico de asignación de campos en las condiciones *cuantitativas*, propone que el legislador no deba intervenir más allá de los niveles alcanzados por la media de la negociación colectiva, fácil de conocer en España por la obligación de registrar los convenios colectivos en oficinas públicas. Así, en tema de jornada máxima, el legislador no debería intervenir por sí mismo más allá de implantar la jornada de 38,5 horas, que es la media de los convenios colectivos, aunque sí podría incentivar la obtención de, digamos, la jornada de 35 horas mediante convenios.

Para M. RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>41</sup> la teoría del ordenamiento intersindical originario, expuesta por GIUGNI, tuvo menos incidencia en España por la fuerte regulación legal de la negociación colectiva, al hacer reposar los criterios de validez, la fuerza

<sup>39</sup> *Ibidem*, págs. 328-329.

<sup>40</sup> *Dos peculiaridades contradictorias del Derecho Sindical español*, «Scritti», II, págs. 1483-1497.

<sup>41</sup> *Constitución, autonomía colectiva y ley*, «Scritti», II, págs. 1545-1567.

y la tutela de los convenios en el Ordenamiento estatal, que llegó a integrarlos en el sistema público de fuentes, como ha indicado el Tribunal Constitucional<sup>42</sup>. La reforma de 1994 ha «recontractualizado» el convenio, le otorga además un contenido más variado, también gestional y dispositivo, y reconoce instrumentos más flexibles como el acuerdo de empresa. El artículo 37 de la Constitución española, que proclama el derecho a la negociación colectiva, recibe desde entonces una nueva lectura que libera a ésta de la presión de la ley y del convenio típico. Es importante esta idea, viniendo de un observador privilegiado de la realidad española como RODRÍGUEZ PIÑERO, pues la doctrina mayoritaria ha defendido sin dudar el fuerte estatismo del sistema español de relaciones industriales, y salvo contados casos no se han puesto objeciones a un esquema excesivamente tutelado y rígido.

En el libro homenaje a DÄUBLER cabe destacar dos aportaciones a la cuestión de las relaciones entre fuentes. H. J. DÖRNER<sup>43</sup> parte de la unánime aceptación de que la negociación colectiva sindical se encuentra protegida por el artículo 9.3 de la Constitución (GG) para analizar a su respecto los requisitos restrictivos que el Tribunal Constitucional impone a la intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales, a saber: que sea apropiada, necesaria y proporcionada<sup>44</sup>. Aunque el artículo 9.3 asigna a los sindicatos un derecho de regulación, no es un derecho monopolístico, por lo que debe medirse con las competencias legislativas reconocidas por el artículo 74 GG en defensa de los derechos de tercero u otros derechos reconocidos constitucionalmente. En la confrontación ley-negociación colectiva, para el autor reviste gran importancia el grado de fundamentación de las leyes, como pueden ser las declaraciones sobre los objetivos perseguidos por la ley o las argumentaciones sobre la proporcionalidad, que pueden resultar insuficientes, como el autor analiza a continuación en algunos ejemplos: la ley de cogestión, la de fomento del empleo, la de neutralidad, etc.<sup>45</sup>. La propuesta que hace es consecuente con su análisis: habría que exigir a los órganos legislativos, en base al principio de proporcionalidad, una ampliación de su deber de fundamentación para incluir en él una valoración de sí, y en qué medida, queda afectado un derecho fundamental, y si tal afectación es apropiada, necesaria y proporcionada<sup>46</sup>. Lo cual es necesario porque la Constitución asigna a las partes colectivas la competencia primaria para regular las condiciones de trabajo, por lo que la intervención legislativa correctora debe estar justificada. El análisis de W. GLAUBITZ<sup>47</sup>, en cambio, mira a las relaciones convenio-contrato en materia de jornada, partiendo de que, a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1972, la regulación del tiempo debido no es competencia de la ley ni del convenio, sino del contrato de trabajo<sup>48</sup>. Los convenios pueden regular la jornada bajo diversas perspectivas: como normas mínimas de protección de la salud del trabajador, o bien simplemente el número de horas, o bien conectada a otros aspectos del tiempo de

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 1551.

<sup>43</sup> *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und die grundrechtlich gestützte Tarifautonomie*, «Festschrift», págs. 31-40.

<sup>44</sup> *Loc. cit.*, pág. 32.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 35.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pág. 37.

<sup>47</sup> *Die Vereinbarung über die Dauer des Arbeitszeit als Reservat der Privatautonomie*, «Festschrift», págs. 465-473.

<sup>48</sup> *Loc. cit.*, pág. 467.

trabajo. En general la doctrina considera que la fijación del número de horas de jornada se refiere en realidad al tiempo de trabajo debido por la remuneración ordinaria, por lo que es una válida regulación salarial. Sólo cuando el convenio regula aspectos conexos, como el número de horas extra a cumplir por el trabajador, o los días de la semana en que debe ser prestado el trabajo, nos encontramos con una regulación del tiempo de trabajo verdadera, y por tanto nula por invadir una competencia exclusiva de las partes individuales <sup>49</sup>.

c) Si sorprendentes son los análisis antevistos por cuanto tienen de innovadores en las relaciones clásicas entre ley, convenio y contrato, el tema de las representaciones atípicas no les va a la zaga, o quizá llame poderosamente la atención por el nuevo tratamiento que le otorga la jurisprudencia. En los *Scritti Giugni*, J. M. VERDIER <sup>50</sup> certifica el auge de los «mandatados», trabajadores designados por un sindicato más representativo para negociar en empresas sin delegado sindical, figura que el Tribunal Supremo había admitido en 1995 y ha obtenido una consagración en dos leyes de 1996 algo discrepantes, la una remitiendo a los convenios de sector respecto a sus derechos y funciones, y la Ley Robien sin exigir la validación por un convenio sectorial. Después, la Ley de 19 de mayo de 1998 hace de nuevo recurso a esos trabajadores de manera distinta a las leyes antecedentes, con lo que la situación actual es descrita por el autor, de forma elegante, como de «geometría variable», especialmente respecto al control sindical de tales mandatados <sup>51</sup>. La réplica a este artículo la hallamos en el *Festschrift Däubler* con la aportación de R. TRÜMNER <sup>52</sup>, quien analiza la adecuación a los preceptos de la ley de representación del personal (BetrVG) de una «schöne neue Modernität» consistente en la creación a través de acuerdo de empresa, desde comienzos de los años noventa, de portavoces de grupo dentro del sistema de grupos parcialmente autónomos surgidos en las empresas. Su denominación es diversa (portavoz de grupo, de equipo, coordinador, moderador, preparador, etc.), pero las funciones suelen ser las mismas: debe ser obligatoriamente elegido por el grupo, al cual representa hacia dentro y hacia fuera, pero sin funciones disciplinarias ni especializadas. Normalmente tiene a su cargo la distribución de la jornada, las vacaciones, presencia mínima, y conflictos <sup>53</sup>. A través de una exposición de la doctrina y la jurisprudencia, el autor tiene oportunidad de presentarnos supuestos extremos, como el representante de los directivos o la asamblea de colaboradores, paralela a la asamblea de trabajadores, y alude a la doctrina del Tribunal Federal de Trabajo de 1989 de que esta última asamblea no monopoliza en exclusiva las posibilidades del artículo 8 GG en la empresa <sup>54</sup>. Estudia los rasgos característicos de la representación contemplada en el artículo 3.1.1 BetrVG, que se sujeta a los principios del deber de paz, deber de sigilo, mantenimiento del salario durante la función representativa, etcétera <sup>55</sup>, y los compara con las características de los portavoces de grupo para

concluir que éstos presentan en parte rasgos de los representantes de personal y que complementan a la representación ordinaria, pero en la medida en que vienen creados por acuerdos de empresa sin observar los requisitos previstos en los convenios serían ineficaces. Incluso cumpliendo los requisitos de los convenios, algunas de sus funciones son también ilícitas, especialmente la «doble función» de representantes tanto frente al empleador como frente al comité de empresa. Pero el autor reconoce que estamos ante una práctica extendida, y sugiere la oportunidad de una reforma legislativa para darles cabida <sup>56</sup>.

d) Las «nuevas» funciones de los convenios colectivos acaparan la atención de diversos especialistas en ambas obras. Para los italianos el punto principal lo expresa la denominada por la sentencia del Tribunal Constitucional 268/1994 «función reglamentaria delegada», o paralegislativa, a cuya virtud el legislador llama a las partes sociales a administrar situaciones de riesgo, como lo describe M. PERSIANI <sup>57</sup>, quien se hace la pregunta de si persiste la unidad de objeto, tutelar, entre esta función y la clásica. Para un sector de la doctrina nos hallamos ante un nuevo tipo de convenio, con eficacia constitutiva, sólo sobre el empresario, como cuando le autorizan a contratar trabajadores temporales, y podría reconducirse al artículo 39 Const. Pero para el autor también estos convenios persiguen la tutela del trabajador y no detentan funciones delegadas, sino habilitaciones, por lo que no podemos hablar de tipos distintos.

El tema de la delegación de la ley al convenio es también analizado por R. PESSI <sup>58</sup> al hilo de las nuevas funciones asignadas en materia de seguridad social y fiscalidad. Tampoco a él le parece oportuna la distinción entre convenios normativos y reglamentarios, pues éstos se limitan a integrar el supuesto legal, al cual se imputan los efectos *erga omnes*, el llamado «efecto constitutivo» de autorización al empresario. Cree necesaria una validación definitiva por el Tribunal Constitucional, ante el aumento de tales delegaciones, para solventar las dudas sobre su ubicación en el artículo 39.4 Const. y blindarlos de *agresiones* judiciales <sup>59</sup>. Tampoco para G. SANTORO-PASSARELLI <sup>60</sup> tienen dichos convenios una función de producción normativa, refiriéndose al ejemplo del establecimiento de criterios para determinar el orden de los despidos en los despidos colectivos <sup>61</sup>.

En el *Festschrift Däubler*, G. REINECKE <sup>62</sup> alude a los acuerdos marco escritos (*Rahmenvereinbarungen*) como una de las posibles formas de organizar el empleo temporal de un grupo de trabajadores bajo la fórmula de jornada variable, en la que los trabajadores conocen la clase de trabajo y la retribución, pero no el sí y el cuándo del trabajo <sup>63</sup>. La «pool-Lösung» es una solución muy extendida que ha merecido varias sentencias del Tribunal Federal de Trabajo desde 1984, desapercibidas

<sup>49</sup> *Ibidem*, pág. 471.

<sup>50</sup> *Le mandatement: une nouvelle forme de représentation syndicale dans la négociation collective d'entreprise*, «Scritti», II, págs. 1669-1685.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 1680.

<sup>52</sup> *Die betriebsverfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Arbeitsgruppensprechern in Betriebsvereinbarungen über die Einführung von Gruppenarbeit*, «Festschrift», págs. 295-311.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pág. 295.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pág. 301.

<sup>55</sup> *Loc. cit.*, pág. 306.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 310.

<sup>57</sup> *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, «Scritti», I, págs. 797-815.

<sup>58</sup> *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, «Scritti», I, págs. 815-822.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 822.

<sup>60</sup> *Funzione paralegislativa, collegamento negoziale, dimensione territoriale: spunti per l'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune*, «Scritti», II, págs. 1131-1151.

<sup>61</sup> *Loc. cit.*, pág. 1141.

<sup>62</sup> *Flexible Beschäftigung aufgrund vom Rahmenvereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, «Festschrift», págs. 117-127.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pág. 118.

sin embargo para la doctrina. El autor comenta aspectos concretos de este fenómeno y las respuestas del aludido BAG, para el que a veces falta la condición de trabajador, aunque de ordinario la admite y declara una elusión ilícita del artículo 4.1 de la Ley de Fomento del Empleo<sup>64</sup>, pero no se detiene en el aspecto del acuerdo marco y sus posibles coincidencias con el contrato de grupo, ni tampoco en la cuestión de las relaciones entre dicho acuerdo y los convenios colectivos en el fenómeno que el autor y otros denominan «la huida de la relación laboral normal».

T. DIETERICH<sup>65</sup> se emplea con el tema de la regulación en los convenios de cuestiones empresariales asignadas en principio a los acuerdos de empresa, que vinculan directamente al empresario, pero no al trabajador, en sentido similar a los convenios gestionales o «reglamentarios» de la experiencia italiana. Para el autor la cuestión principal de esta regulación, cuyo análisis había sido descuidado hasta el momento por doctrina y jurisprudencia, es la de su constitucionalidad. Resulta curioso observar, al menos desde la perspectiva de un comentarista español, cómo tan alto magistrado lleva a efecto una disección de las facetas de este problema utilizando para ello los estudios doctrinales en lugar de, o con preferencia a, la jurisprudencia. La mayor atención que alcanzan hoy estos aspectos se debe a la profusión con que los convenios los utilizan ahora, como consecuencia del gran atractivo que presentan actualmente. Examina DIETERICH los problemas constitucionales partiendo del concepto de «normas de centro de trabajo», y ante todo verifica si la propia autorización de la Ley de Convenios Colectivos en el artículo 3.2 a que los convenios regulen estas materias, para pasar al tema de la libertad negativa de sindicación de los trabajadores afectados y a la legitimación para poder vincular a estos «terceros» a dichas normas negociadas por los sindicatos. Quizá la parte central de sus reflexiones se sitúe en la distinción entre eficacia normativa sobre la relación laboral y sobre la relación jurídica organizativa (*betrieblliche Rechtsverhältnis*), a la vista de que las segundas afectan a las primeras de manera indirecta, aunque para el autor la legitimación de la Ley de Convenios para autorizar radica en el principio de Estado de Derecho, siempre que la eficacia normativa de dichas normas de centro de trabajo se circunscriban a las relaciones jurídico-organizativas<sup>66</sup>. Acaba sus reflexiones con la cuestión, derivada de la anterior, de si la práctica negocial hace uso adecuado de esta autorización, lo que le lleva a discutir el tema del control sobre el contenido de tales normas. DIETERICH recuerda que las normas colectivas se someten a los habituales límites por razón de los derechos fundamentales, y por ello deben ponderar su intervención en derechos tales como la libertad de profesión<sup>67</sup>, libertad de empresa y libertad sindical negativa<sup>68</sup>.

e) Aunque el tema que podríamos denominar «huida del convenio colectivo», por seguir con tan socorrida idea, se encuentra en ambos libros, la reiteración con la que se trata en el de DÄUBLER resulta abrumadora. Llama la atención que los mecanismos para atacar la posición de las normas colectivas en Italia sea sobre

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 125.

<sup>65</sup> *Zur Verfassungsmässigkeit tariflicher Betriebsnormen*, «Festschrift», págs. 451-465.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 459.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 460.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 462.

todo institucional —por ejemplo, desde otras posiciones colectivas, como los llamados convenios *piratas*, la actuación de los sindicatos minoritarios o de los comités de base, o desde la judicatura, como vimos en F. LISO—, mientras que en la República Federal revisten una amplia variedad. Así, P. HANAU y T. KANIA<sup>69</sup> contemplan la cuestión de si una asociación empresarial puede prohibir la negociación de convenios de empresa a sus afiliadas, respecto de una categoría o grupo de trabajadores, o si la propia asociación empresarial puede autolimitarse para no negociar con un determinado grupo. En sus conclusiones<sup>70</sup> ambos autores consideran que la autolimitación de una asociación empresarial para no negociar convenios no puede consistir en negar su capacidad negociadora, pues así estaría impidiendo la licitud de las medidas de presión del sindicato contraparte y la celebración del convenio, lo que sería contrario al artículo 9.3 GG, si bien la mera limitación de voluntad sería factible, en el sentido de que una declaración de voluntad contraria a iniciar negociaciones permitiría al sindicato medidas de presión lícitas. Por otra parte, la prohibición de negociar «convenios domésticos» a las empresas afiliadas no les parece válida, ni con eficacia externa ni interna a la asociación, pues limita la libertad de decisión económica de las concretas empresas.

Más descriptivo, G. PETER<sup>71</sup> despliega las variantes del proceso de erosión que sufre actualmente la negociación colectiva en Alemania, donde el convenio sectorial viene criticado *por mor* de una mayor flexibilidad y competitividad de las empresas, con tres grupos de críticos: los que defienden el sistema negocial pero piden la ampliación de las cláusulas de apertura («descuelgue», para los españoles); los que piden facilidades para poder adaptar libremente el convenio sectorial a las peculiaridades de las empresas; y los que simplemente piden el fin del sistema negocial sectorial<sup>72</sup>. Alude a la fragilidad de los mecanismos de aplicación del convenio, pues cuando un empleador se niega a cumplir, los sindicatos pueden exigir a la patronal firmante, siempre que la interpretación del convenio sea clara, que obligue a su afiliada a volver a la fidelidad colectiva (*Tarifstreue*), una vía de escasos resultados; igualmente frágil es la afiliación empresarial, pues actualmente el interés de las empresas por pertenecer a una patronal ha decaído al venir a menos la política negocial. Entre las variantes de la huida del convenio (*Tariffucht*) cita la desafiliación del empresario —aunque el convenio continuará aplicándose hasta su terminación—, la salida pactada, incluso con efectos retroactivos —lo que indica el autor que se produce por motivos ideológicos, por ejemplo, en el marco de una huelga—, el cambio de afiliación a una patronal con mejor convenio, lo que puede ser complicado cuando desemboca en una vinculación plural a varios convenios<sup>73</sup>, la fragmentación empresarial, donde las nuevas empresas ya no se incorporan a ninguna asociación; la disolución de la patronal, a veces para dar origen a otra distinta y liberada de anteriores compromisos, opción favorecida por la sentencia BAG de 15 de octubre de 1986; la quiebra de la patronal, como ha sucedido con la Asociación de Empresas de Gastronomía (*catering*) en 1998, cuyo resultado práctico viene a ser el mismo que la disolución.

<sup>69</sup> *Zur personellen Beschränkung der Tarifzuständigkeit*, «Festschrift», págs. 437-451.

<sup>70</sup> *Loc. cit.*, pág. 450.

<sup>71</sup> *Abschied vom Konsens-Mangelnde Tarifstreue und Erosion der Arbeitgeberverbände*, «Festschrift», págs. 479-495.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 479.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pág. 489.

En un sentido distinto, aunque siempre en la evolución de la negociación colectiva hacia posiciones defensivas, U. ZACHERT<sup>74</sup> efectúa una comparación jurisprudencial entre el tratamiento alemán y el español de la doble escala salarial (*two-tier system*). Mientras en España la respuesta de los tribunales a la introducción por convenio de salarios más bajos para los trabajadores temporales o los recientemente incorporados a la empresa ha sido de rechazo por aplicación del principio de no discriminación, la jurisprudencia alemana aún no se ha planteado el argumento, quizá porque la inspección de trabajo posee menos competencias para perseguir a las empresas infractoras que en España<sup>75</sup>, y pese a que el BAG confirmó ya desde 1995 que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales también operaba frente a las partes colectivas, que debían observar respeto a aquéllos en sus convenios, igual que el legislador en sus leyes<sup>76</sup>. Pero el Tribunal Constitucional mantiene desde los años 80 un criterio más estricto, con diferenciación entre grupos de casos, que permite un contraste proporcional, a cuya virtud trato desigual y motivación justificadora deben hallarse en la misma proporción, lo que la doctrina entiende difícilmente aplicable a los convenios. Desde 1997, el BAG evoluciona en cambio hacia una mayor precisión, y aunque respeta la libertad de configuración de las partes colectivas, éstas deben contar con un motivo objetivo para limitar un derecho fundamental. En cuanto al concreto tema de la clasificación en diferentes grupos salariales, el BAG ha permitido a los convenios un amplio espacio de juego. En comparación con la situación española, los convenios alemanes gozan de amplia autonomía para establecer dobles escalas salariales, con sólo un control muy genérico de posible arbitrariedad. El autor muestra en este análisis un ejemplar manejo del Derecho comparado, con profundo conocimiento de la jurisprudencia de ambos países.

f) Las nuevas situaciones de la dinámica empresarial acaparan la atención de diversos estudiosos en ambos libros. M. GRANDI dedica su aportación<sup>77</sup> a los problemas de la responsabilidad solidaria entre empresas por los créditos laborales en los casos de sucesión empresarial, tras la sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 1997 sobre el reformado artículo 2.112.2 CC, al cual interpreta en el sentido de garantizar sólo los créditos de los trabajadores empleados en el momento de la transmisión, una doctrina opuesta a la que había venido manteniendo anteriormente: para el autor, la nueva postura jurisprudencial es reductiva y no se compadece con el texto normativo, que se aferra a la existencia del crédito y no parece ofrecer resquicio a estos recortes<sup>78</sup>, a despecho de los argumentos aducidos en su favor, como la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, el artículo 2.112.1 CC, o el artículo 2.560.2 CC.

B. VENEZIANI<sup>79</sup> analiza los aspectos colectivos y sindicales de la transmisión de empresas en la Ley 428 de 1990, en concreto la información por escrito a los representantes sindicales y los efectos de la reforma del artículo 19 del *Statuto dei Lavoratori* por obra del referéndum de 1995<sup>80</sup>, lo que plantea problemas respecto a la

<sup>74</sup> *Einstiegs-oder Billigtarife und Gleichheitsgrundsatz*, «Festschrift», págs. 991-1001.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pág. 993.

<sup>76</sup> *Loc. cit.*, pág. 995.

<sup>77</sup> *Op. cit.* (nota 2), págs. 513-527.

<sup>78</sup> *Loc. cit.*, pág. 514.

<sup>79</sup> *Il trasferimento d'azienda nel diritto del lavoro italiano. Profili di diritto collettivo*, «Scritti», II, págs. 1335-1361.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 1336.

identificación de los sujetos colectivos titulares de este derecho<sup>81</sup>. Para el autor han sido dos los factores que han producido una renovación en la cultura de las relaciones industriales: el paso de la conflictividad sindical a la participación (gestional) y la ampliación de informaciones, no sólo a través de los comités de empresa europeos<sup>82</sup>. Analiza también las consecuencias de la sanción impuesta al empresario incumplidor, al calificar la infracción como conducta antisindical en el sentido del artículo 28 St.Lav.

Por su parte, R. DE LUCA TAMAJO<sup>83</sup> analiza algunas formas organizativas emergentes que caracterizan el difuso proceso de externalización, en los que advierte una simultaneidad entre la concentración societaria y la descentralización productiva<sup>84</sup>. Analiza con detenimiento la «terciarización» interna de actividades próximas al *core business* como algo distinto al «outsourcing», por cuanto se trata de actividades de terceros dentro de la empresa, que en una segunda fase incluye a procesos no periféricos, sino de logística y función<sup>85</sup>, propiciando el surgimiento de la empresa-red en superación de la idea de pertenencia del centro de trabajo a una única empresa. Y analiza tales supuestos bajo la perspectiva de la Ley 1369 de 1960, sobre contratas.

Los problemas examinados por la doctrina alemana van por otros derroteros. W. TRITTIN y M. SCHLACHTER contrastan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo con la del Tribunal Federal de Trabajo (BAG) sobre el concepto de transmisión de empresas, con posiciones sumamente críticas hacia la primera al obligar al segundo a modificar su doctrina sin por ello conducir a mejores resultados. TRITTIN<sup>86</sup> parte de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo *Christel Schmidt* 1994 y su concepto de unidad económica en la transmisión de partes de empresa, unidad que deduce de una diversidad de indicios, incluido el de la voluntad del nuevo titular, doctrina que amplió en la sentencia *Ayşe-Süzen* 1997. El BAG asume el criterio de la unidad económica en 1997<sup>87</sup>, pero con ello no adviene una mayor protección al trabajador, sino al contrario, dada la atención a la voluntad del nuevo titular, y además tampoco resuelve ninguno de los actuales problemas, como el hecho ya señalado por W. DÄUBLER de que el sector servicios tiene una peor protección contra despidos que el sector productivo, o las reglas de presunción en los cambios de titular de consorcios o grupos de empresa<sup>88</sup>. M. SCHLACHTER<sup>89</sup> se centra en los problemas de la transmisión de empresas de servicios, sobre la cual no existen criterios claros, menos aún desde la «espectacular» (*sic*) sentencia del Tribunal de Justicia europeo *Christel Schmidt* antes aludida. Coincide con W. TRITTIN en la opinión de que la jurisprudencia del TJ y del BAG se aproximan

<sup>81</sup> *Loc. cit.*, pág. 1342.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 1351.

<sup>83</sup> *I processi di terziarizzazione «intra moenia» ovvero la fabbrica multisocietaria*, «Scritti», I, págs. 383-411.

<sup>84</sup> *Loc. cit.*, pág. 384.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pág. 386.

<sup>86</sup> *Rationalisierung durch Inhaberwechsel? Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsübergang*, «Festschrift», págs. 171-180.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pág. 173.

<sup>88</sup> *Loc. cit.*, pág. 178.

<sup>89</sup> *Der Rechtsgeschäftliche Betriebsübergang im Dienstleistungsbetrieb*, «Festschrift», págs. 180-193.

en general, pero señala que en las empresas de servicios el significado de la transmisión de medios materiales es escaso, pues les caracteriza la asunción de cliente-la con ayuda de empleados escasamente cualificados, lo que también impide detectar la unidad empresarial transferida a través de lo que el BAG denomina medios empresariales inmateriales (experiencia, relaciones externas, etc.)<sup>90</sup>, o a través de determinar si se transfiere la parte sustantiva del personal<sup>91</sup>.

El derecho a información del comité de empresa en casos de modificaciones empresariales, y la compulsión a informar por conducto del juez laboral, viene estudiada por F. HEITHER<sup>92</sup> al hilo de las posibilidades de la pretensión de cesación del proyecto empresarial planteable por el comité. Las causas, los límites temporales y las alternativas sancionatorias son los temas más importantes de dicha pretensión.

En un largo e interesante artículo, B. NAGEL<sup>93</sup> aborda el complejo tema del franquiciado, partiendo de la definición proporcionada por el Reglamento 4087/88/CEE, modificado en 1995, y del hecho de que actualmente se asiste a la aparición de franquicias de segunda generación en modas, hoteles, restaurantes de comida rápida, etc., donde el franquiciador cede el uso de marcas, signos distintivos y *know-how*, a cambio de una cantidad a tanto alzado (*franchise fee*) y un porcentaje periódico (*royalty*), comúnmente entre el 3 y el 6 por 100. Desde el punto de vista jurídico, se trata de un arrendamiento con elementos de otros tipos contractuales<sup>94</sup>. Para el autor, las obligaciones contractuales del franquiciado permiten plantear la cuestión de hasta qué punto no nos hallamos ante un trabajador o ante un cuasitrabajador. La jurisprudencia del BAG y BSG, siguiendo al Código de Comercio, considera que el elemento clave para la consideración de trabajador es la dependencia personal, esto es, la falta de libertad para configurar la actividad y determinar el tiempo de trabajo<sup>95</sup>. En los últimos tiempos se han desarrollado, junto a franquicias puras, sistemas mixtos que contemplan como alternativas equivalentes, desde la estrategia empresarial, crear filiales o crear franquicias. En estas últimas puede darse a veces la paradoja de hallarse el franquiciado personalmente dependiente sin ser económicamente dependiente del franquiciador, dadas las medidas de supervisión y control que se reserva este último<sup>96</sup>. Para analizar las posibilidades de calificación laboral, el autor procede a estudiar los criterios de delimitación de la laboralidad a través de las sentencias BAG *Esimann* 1997, donde el Alto Tribunal admite la competencia de los tribunales laborales para examinar casos de franquicia, aunque sin determinar si el afectado debe considerarse como trabajador o como parasubordinado, y J. *Weindepot* 1989, igualmente indecisorio sobre la naturaleza jurídica del franquiciado. En otras sentencias el BAG examina los criterios aplicativos, especialmente el de dependencia personal, lo que permite al autor contrastar un haz de indicios en materia de jornada, horarios y lugar de prestación, dirección de la actividad, etc.<sup>97</sup>, y concluye considerando que

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 183.

<sup>91</sup> *Loc. cit.*, pág. 185.

<sup>92</sup> *Die Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats*, «Festschrift», págs. 338-347.

<sup>93</sup> *Franchisenehmer und Arbeitsrecht*, «Festschrift», págs. 100-117.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 101.

<sup>95</sup> *Loc. cit.*, pág. 102.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pág. 103.

<sup>97</sup> *Loc. cit.*, págs. 110-114.

el franquiciado puede encuadrarse en el concepto de trabajador en función de los criterios habituales de determinación, cuando se integra en una organización laboral estructurada y sometida a instrucciones del franquiciador, quien puede llegar a establecer los horarios de apertura y cierre, las vacaciones, porcentaje de ganancias, contratación de trabajadores o control de libros de cuentas, sin que a estos efectos sean relevantes las calificaciones expresadas en el contrato de franquicia, la inscripción en registros mercantiles o las declaraciones de impuestos. Si el franquiciado no es dependiente personalmente, pero sí económicamente, disfrutará en parte de la protección del Derecho del Trabajo<sup>98</sup>.

g) Lo que podríamos llamar representación de los trabajadores parasubordinados viene expuesto de forma interesante por F. SANTONI en los *Scritti Giugni* y por H. PLANDER en el *Festschrift Däubler*. SANTONI<sup>99</sup> observa cómo la expansión del trabajo autónomo y de los profesionales ha llevado a la superación del individualismo y a la aparición de nuevas formas organizativas, con el problema de la concurrencia entre sindicatos de profesionales y colegios profesionales, cuya coexistencia admite por la distinta función de unos y otros<sup>100</sup>. Respecto a la negociación colectiva en estos ámbitos, hallaría dificultades por la inexistencia de contrapartes colectivas de representación de los clientes. Analiza la configuración de la autotutela de autónomos como garantizada por la Constitución, y cree aplicable la Ley 146 de 1990, así como competente a la Comisión de Garantías<sup>101</sup>. Una cuestión mucho más concreta aborda H. PLANDER<sup>102</sup>, quien trata de determinar si la representación unitaria extiende sus competencias a la defensa de los cuasitrabajadores a virtud de la aplicación analógica del artículo 6 BetrVG, referente en puridad al trabajo a domicilio. Expone los planteamientos doctrinales: frente a una opinión abrumadoramente en contra, los únicos que defienden hasta el momento tal posibilidad son W. DAUBLER y más recientemente HROMADKA, sin que la jurisprudencia se haya pronunciado expresamente al respecto. A H. PLANDER le parece «Sympatisch» esta postura con la creciente protección dispensada a los parasubordinados, pero entiende que debe estudiarse el fundamento legal, pues hay argumentos contradictorios todavía no agotados: ha de ponerse en relación la cuestionada aplicación analógica de ese artículo con la reserva de ley del artículo 12.1 GG, así como con la necesidad de una laguna legal, la cual debe considerarse existente a partir de una insuficiencia planificadora de la ley en cuestión («planwidrige Unvollständigkeit eines Gesetzes»)<sup>103</sup>, que habría de buscarse en el hecho de que el artículo 6 BetrVG persigue una protección para la cual intitula a la parte más significada, los trabajadores a domicilio, de un grupo homogéneo mucho más extenso. Pondera ciertos aspectos, como la similitud de intereses, las exigencias de la seguridad jurídica, etc., y concluye que no es posible extender analógicamente el artículo 6 a los parasubordinados, aunque sí, al menos, los artículos 88 y siguientes BetrVG, relativos a ciertos derechos como el examen de documentos personales, etc., coincidiendo en ello con DÄUBLER<sup>104</sup>.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>99</sup> *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, «Scritti», II, págs. 1113-1131.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pág. 1119.

<sup>101</sup> *Loc. cit.*, pág. 1126.

<sup>102</sup> *Erstreckung der Betriebsverfassung auf Arbeitnehmerähnliche durch analoge Anwendung der «Heimarbeitsklauseln» des § 6 BetrVG?*, «Festschrift», págs. 272-286

<sup>103</sup> *Ibidem*, pág. 277.

<sup>104</sup> *Loc. cit.*, pág. 284.

b) El capítulo de los derechos fundamentales se encuentra ampliamente visitado en ambos libros, al punto de que excedería de la prudente extensión de este comentario el analizar todos los artículos dedicados al tema. Lugar principal lo ostenta, como no podía ser menos, el principio de igualdad y no discriminación, cuyas diversas facetas vienen estudiadas por KRAVARITOU<sup>105</sup> (subjektividad femenina en el trabajo), MANCINI<sup>106</sup> (igualdad de sexos), ROCELLA<sup>107</sup> (trabajo nocturno femenino), RUNGALDIER<sup>108</sup> (trato igual en convenios colectivos) y AARON<sup>109</sup> (acoso sexual en el puesto de trabajo), en los *Scritti Giugni*, y por PFARR<sup>110</sup> (acción procesal de grupo en materia de discriminaciones) y ROMAGNOLI<sup>111</sup> (tutela de las nuevas formas de trabajo) en el *Festschrift Däubler*.

La cuestión de una regulación europea sobre protección de datos personales de los trabajadores viene expuesta por S. SIMITIS<sup>112</sup> desde una perspectiva histórica que arranca en el *Statuto dei Lavoratori* con unos síntomas que cristalizan en las leyes Auroux de 1981: la protección del trabajador como ciudadano y sus derechos fundamentales en la empresa pasan a ser un componente estructural de las relaciones laborales y, podríamos añadir nosotros, como una de las reflexiones culturales más importantes del Derecho del Trabajo de nuestro tiempo. El BAG toma conciencia en 1984 de que el procesamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores aumenta los poderes de control y colisiona con el derecho del trabajador a la intimidad de esos datos<sup>113</sup>, máxime cuando de ellos disponen otros sujetos laborales, como los representantes unitarios, que llegan incluso a elaborar sus propias bases de datos. Ante la situación, las leyes nacionales regulan el derecho del trabajador a acceder a la información personal de que dispone la empresa, y poco más, mientras que los instrumentos internacionales, mucho más completos, solo revisten carácter programático, del tipo de Código de Prácticas (OIT, 1996) o Recomendación (Consejo de Europa, 1989). En cuanto a la Unión Europea, su regulación es genérica, la Directiva 95/46/CE, y los Estados miembros, que no pueden avanzar aisladamente, acusan la necesidad de Directivas sectoriales, como por ejemplo la 97/66/CE sobre protección de la intimidad en el sector de telecomunicaciones. Sugiere siete puntos clave para estas futuras regulaciones: objeto, destinatarios, finalismo<sup>114</sup>, exactitud, método de recogida (con los trabajadores como fuente básica de información), transmisibilidad limitada, actualización periódica y participación de los representantes unitarios.

<sup>105</sup> *Pour des femmes et droit du travail dans l'Union européenne*, «Scritti», II, págs. 1473-1483.

<sup>106</sup> *The new frontiers of sex equality law in the European Union*, «Scritti», I, págs. 627-645.

<sup>107</sup> *Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie; fine della storia?*, «Scritti», II, págs. 997-1007.

<sup>108</sup> *Limiti del potere regolativo delle parti collettive e parità di trattamento. Profili di diritto comparato*, «Scritti», II, págs. 1077-1093.

<sup>109</sup> *Combating Sexual Harassment at Work: Comparative Notes and Comment on the US, the UN and the EU*, «Scritti», II, págs. 1377-1393.

<sup>110</sup> *Die US-amerikanische Class Action gegen Diskriminierung im Erwerbsleben-Ein brauchbares Modell auch für Deutschland?*, «Festschrift», págs. 1010-1018.

<sup>111</sup> *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, «Festschrift», págs. 62-75.

<sup>112</sup> *Reconsidering the Premises of Labour Law: Prolegomena to a EU-regulation on the Protection of the Employees' Personal Data*, «Scritti», II, págs. 1581-1603.

<sup>113</sup> *Ibidem*, pág. 1582.

<sup>114</sup> *Finality principle, ibidem*, pág. 1593.

El problema que preocupa a A. SUPIOT<sup>115</sup> marca un encuentro entre sus principales materias de investigación de los últimos años, la seguridad y salud y la evolución del Derecho del Trabajo. Entre los hitos señalados por el autor en la evolución legislativa para mejor proteger la integridad física del trabajador destacaremos dos que suscitan un fuerte debate en otros países comunitarios: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que aparece en una ley laboral para imputar criminalmente a las empresas cuando no se hallaran personas físicas responsables de un accidente de trabajo doloso, viene generalizada por el nuevo Código Penal francés al disponer que las personas jurídicas son responsables penalmente de las infracciones cometidas en su nombre por órganos y representantes<sup>116</sup>. Fuera del ámbito penal, la responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo está descartada en principio por estar a cargo de la Seguridad Social —o, más exactamente, por estar cubierta por el aseguramiento público—, pero existe una sanción indirecta en la variación de las cuotas que deben pagarse a la entidad gestora en función de la tasa de morbilidad en empresas medianas y grandes. Sólo por falta inexcusable del empleador puede reclamar la víctima una reparación integral de daños. Respecto a los trabajadores precarios, las Directivas comunitarias refuerzan su protección frente al riesgo laboral llevándola más allá de la relación de empleo<sup>117</sup>. Concretos aspectos de la seguridad y salud son tratados en el *Festschrift Däubler* por HEILMAN<sup>118</sup> (molestias físicas en el trabajo), KITTNER<sup>119</sup> (competencias del comité de empresa en salud y seguridad en el trabajo) y WLOTZKE<sup>120</sup> (claves de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo).

P. WEDDE<sup>121</sup> plantea la cuestión de cómo proteger los datos personales de los teletrabajadores en un momento en que se produce un aumento de las técnicas empresariales de control sobre su actividad. Según datos del Fraunhofer Institut, en 1997 había en Alemania cerca de 500.000 teletrabajadores, de los cuales trabajaban exclusivamente en su casa 22.000, alternaban con el trabajo en la empresa 340.000, y utilizaban las oficinas satélites o vecinales 3.500. La legislación sobre protección de datos no tiene en cuenta la especial situación del teletrabajador, obligado a introducir en su ordenador programas especiales de control empresarial que conducen a un control directo no sólo sobre el cumplimiento de las instrucciones empresariales o la actividad desarrollada, sino también sobre aspectos personales del trabajador. La cuestión, sin embargo, no reviste peculiaridades significativas en la modalidad de teletrabajo en oficinas satélites o vecinales, que cuentan como centros de trabajo ordinarios, pero sí en los casos de teletrabajo a domicilio o alternado. El autor analiza diversos problemas bajo la genérica regulación de la Ley Federal de Protección de Datos, comenzando por el del procesamiento informático del producto del teletrabajo, dentro de la empresa o mediante remisión a una

<sup>115</sup> *La dynamique du corps (protection physique et transformation du droit du travail et de la sécurité sociale)*, «Scritti», págs. 1621 y sigs.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pág. 1625.

<sup>117</sup> *Loc. cit.*, pág. 1628.

<sup>118</sup> *Physische Belastungen am Arbeitsplatz-Ursachen, Folgen und Handlungsmöglichkeiten*, «Festschrift», págs. 666-690.

<sup>119</sup> *Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Arbeitsschutz. Zur Reichweite des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG*, «Festschrift», págs. 690-701.

<sup>120</sup> *Ausgewählte Leitlinien des Arbeitsschutzgesetzes*, «Festschrift», págs. 654-666.

<sup>121</sup> *Gesetzlicher Datenschutz bei Telearbeit-Wirksam oder juristisches Auslaufmodell?*, «Festschrift», págs. 703-717.

empresa que lo contrata con un colaborador externo <sup>122</sup>, la seguridad de los datos transmitidos <sup>123</sup>, el acceso al puesto de trabajo (el domicilio, de ordinario) por los representantes del empresario y de los trabajadores, de modo físico o a través de los controles imprevistos y las pruebas puntuales (Stichproben), y terminando con el tema de la protección de los derechos de la personalidad de los teletrabajadores, un aspecto que ya existía antes con los controles sobre la persona del trabajador en los centros de trabajo, aunque aquí asume matices cualitativos, y con la pregunta de cierre, de si la protección de datos puede significar un obstáculo para el teletrabajo. El autor entiende que, si bien pueden existir algunos problemas aplicativos, la protección legal es eficaz también frente al teletrabajo.

i) La complejidad de las relaciones entre el Derecho Social Europeo y el Derecho del Trabajo de los Estados miembros es también un tema que preocupa en ambos países, pero especialmente en Alemania. Aunque los autores no tocan el punto más sensible del conflicto, la Seguridad Social, el muestrario elegido basta para conocer la profundidad de las dudas sobre el presente y futuro de la tortuosa relación. Por ejemplo D. SCHIEK <sup>124</sup> parte de la propuesta de W. DÄUBLER en 1989 de lograr un catálogo de derechos sociales fundamentales como motor de la integración social, ante la discutible asimetría comunitaria entre integración económica y social. Para DÄUBLER en aquella propuesta, era necesario conservar las regulaciones nacionales en tanto faltara el equivalente comunitario, siendo el objetivo deseable un Derecho del Trabajo estatal flanqueado por un Derecho Social Comunitario. El autor pretende esbozar cómo sería el cuadro completo, tomando como herramienta para dibujarlo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo sobre las libertades básicas comunitarias consagradas en el Tratado de la Comunidad Europea, materia a la que dedica varias páginas, contrastando las libertades fundamentales con los derechos nacionales <sup>125</sup>, cuyo resultado no da, en opinión del autor, motivos para permitir un respiro a los Derechos del Trabajo nacionales, sino quizá todo lo contrario, pues la culminación del mercado único tendrá como efecto una fuerte presión competitiva sobre las políticas sociales de los diversos Estados miembros. Partiendo del modelo elaborado por HIRSCHMAN de *salida/voz* como dos opciones pertenecientes a distintas esferas, la de salida a la económica y la de voz a la política, que han sido reconocidas como mecanismos de igual rango e importancia, el autor indica la utilización alternativa de ambos en el Derecho Social Comunitario, por ejemplo con el *opting out* de Gran Bretaña en ciertas ocasiones, o con la exigencia de unanimidad en la adopción de normas laborales importantes <sup>126</sup>. Pero en Derecho del Trabajo no basta con aplicar ese modelo binario a las relaciones entre Estados, pues existe también el plano de los sujetos individuales (trabajador-empresario) y el de los sujetos colectivos. En tal sentido, el mercado único promueve la opción *salida* de las empresas frente al Derecho del Trabajo nacional, cumplida mediante diversas técnicas como la dislocación productiva o el desmantelamiento de centros de trabajo. Por su parte, la opción *voz* de las organizaciones sindicales y patronales europeas ha estado limi-

<sup>122</sup> *Loc. cit.*, pág. 707.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pág. 709.

<sup>124</sup> *EG-Recht contra Arbeitsrecht? - Gedanken zum Verhältnis von Negativ- und Positivintegration im Europäischen Arbeitsrecht*, «Festschrift», págs. 784 y sigs.

<sup>125</sup> *Loc. cit.*, págs. 786-800.

<sup>126</sup> *Loc. cit.*, pág. 801.

tada al diálogo social y el *lobbying* hasta Maastricht y Amsterdam, en donde sale reforzada. La aplicación de las libertades comunitarias puede transformar la opción *salida* en opción *voz* cuando lleve a la reducción de los mínimos laborales nacionales, un efecto desregulador que alcanza además otros efectos colaterales <sup>127</sup>. Pero limitar la opción *salida* de las empresas sólo puede ser un elemento de la política social comunitaria, si quiere cumplir con los mandatos del Tratado referentes a un alto nivel de empleo, alta protección social y lucha contra las discriminaciones. Es preciso ir más lejos y proceder a la creación de *standards* mínimos europeos generalizados en torno a los derechos de los trabajadores <sup>128</sup>.

Como complemento de lo anterior, el artículo de J. M. SERVAIS <sup>129</sup> profundiza en el concepto de modelo social europeo partiendo del debate sobre sus efectos, nocivos para el crecimiento económico y el empleo, según unos, necesario para completar y equilibrar la dimensión puramente económica de la Unión Europea, según otros. En su opinión, el Derecho Social Europeo se desarrolla más bien sobre el voluntarismo que sobre el intervencionismo, y se compone en su conjunto de tres elementos: la práctica de la negociación colectiva, tanto bilateral como trilateral; el concepto de Estado de Bienestar, o de Estado Social, comprensivo de una Seguridad Social y otras medidas protectoras del trabajador, que alcanza incluso al empleo público; y la determinación de los Estados de intervenir activamente en el ámbito social y económico, contando con las partes sociales <sup>130</sup>. Plantea después la cuestión de qué efectos pueda tener este modelo sobre el empleo, y la respuesta positiva se apoya sobre la evitación del conflicto y las experiencias regionales de políticas de empleo negociadas <sup>131</sup>. Por último, las perspectivas de futuro respecto a la cuestión social de nuestro tiempo, la marginalidad y la exclusión, impulsan a una actuación coordinada de los sindicatos con cooperativas, grupos feministas, redes de pequeñas empresas, iglesias, autoridades locales, etc., en una movilización desde abajo. Para el autor, las diferencias de este modelo con los otros dos más conocidos no deben exagerarse, pues también Europa ha asimilado los nuevos métodos japoneses sobre recursos humanos o las políticas antidiscriminatorias anglosajonas. Ello le conduce a una última reflexión: el diálogo social debe adaptarse a la ampliación de los mercados, a la dimensión continental e internacional. Cita ejemplos importantes, pero escasos, de tal adaptación, por parte de grupos multinacionales (Danone, Accor, Ikea), de sectores (el de fabricación de calzado) y de la Unión Europea (el acuerdo colectivo europeo sobre permiso parental).

Precisamente la eficacia de la negociación colectiva europea es objeto de reflexión por este comentarista <sup>132</sup>, para quien la posición de la doctrina mayoritaria, de atribuirles la eficacia de meras recomendaciones a las organizaciones nacionales afiliadas, ha quedado superada desde que los acuerdos colectivos europeos regulan con el detalle suficiente las condiciones de trabajo y derechos laborales (permiso parental, trabajo a tiempo parcial, trabajo temporal) y se comienzan a firmar

<sup>127</sup> *Loc. cit.*, pág. 801.

<sup>128</sup> *Loc. cit.*, pág. 803.

<sup>129</sup> *Neue Ordnung der Wirtschaft und Europäisches Sozialmodell*, «Festschrift», págs. 861 y sigs.

<sup>130</sup> *Loc. cit.*, pág. 862.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pág. 867.

<sup>132</sup> *Sind Europäische Tarifverträge «blosse Empfehlungen»?*, «Festschrift», págs. 519-543.

acuerdos sectoriales como el de jornada en la marina mercante con evidente voluntad reguladora, provistos para ello de la necesaria habilitación por las organizaciones afiliadas. Para este autor, aunque la práctica de las Directivas de refuerzo suponga un importante mecanismo que haya obviado hasta el momento la aparición del problema, no siempre será así, a la vista de los litigios suscitados por UEAPME y el Parlamento Europeo. En tales casos, este comentarista recuerda que hasta los años veinte en los diversos países europeos los convenios tuvieron fuerza de obligar sobre empresarios y trabajadores sin necesidad de una incorporación contractual caso por caso, en base a los mecanismos del mandato y la asociación, hasta que paulatinamente el legislador nacional les reconoció fuerza normativa. Actualmente idénticos mecanismos están presentes en el acto de firmar las asociaciones europeas un acuerdo colectivo, y el problema más importante que se plantea, en unos países más que en otros, es el del reconocimiento de dicho acuerdo como instrumento colectivo por parte de los tribunales nacionales, calificación que para este autor debiera admitirse en un escrupuloso trato igual con los convenios nacionales, al menos, dado el alto valor que le reconoce el Tratado de la Comunidad Europea (acuerdos sustitutorios de proyectos de Directiva, etc.).

Un planteamiento asimismo favorable hacia la negociación colectiva, aunque con una finalidad crítica de cierto proyecto europeo, asume lord Wedderburn of Charlton<sup>133</sup> al enjuiciar el conflicto entre el proyecto legislativo comunitario y la tradición de los Estados miembros. Al hilo de la Comunicación de la Comisión Europea sobre Información y Consulta, señala los efectos que semejante propuesta significaría para Gran Bretaña: la creación de los órganos previstos podría dar lugar a una simultánea operación de «*derecognition*» de los sindicatos por parte de las empresas<sup>134</sup>. En su opinión, la administración de cualquier convenio colectivo envuelve elementos de consulta más puros que la citada propuesta. Lo que la Comisión ve como una cuestión de democracia industrial es para el profesor WEDDERBURN, en realidad, un problema de la codeterminación alemana<sup>135</sup>. Adoptando una postura bastante crítica, aconseja a la Comisión estudiar los sistemas nacionales, tan diferentes unos de otros, antes de introducir normas al respecto. Y en tal sentido, Gran Bretaña debió haber sido consultada sobre el Capítulo Social, dada su experiencia en *joint consultation* y negociación colectiva «armónica» durante la Guerra Mundial. A su modo de ver, antes de implantar los órganos de información y consulta, debería consolidarse la negociación colectiva, o al menos acompañar ambas líneas<sup>136</sup>. En su conjunto, la crítica de lord Wedderburn parece excesiva, pues recuerda el panorama apocalíptico que las asociaciones de empresarios han desplegado en toda ocasión en que se producía un avance de los derechos informativos de las organizaciones de trabajadores dentro de su *core business*, aunque después hayan constatado que esa aproximación a la *información simétrica* les traía también ventajas a ellos. Es el hecho de que la crítica provenga de la corriente sindical y en concreto de un experto de la talla de WEDDERBURN, uno de los mejores conocedores británicos del Derecho Europeo y Comparado, lo que produce inquietud y justifica que la Comisión deba andar con pies de plomo en la

<sup>133</sup> *Consultation and Collective Bargaining in Europe: Success or Ideology?*, «Scritti», II, págs. 1701-1741.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pág. 1704.

<sup>135</sup> *Loc. cit.*, pág. 1708.

<sup>136</sup> *Loc. cit.*, pág. 1730.

materia, justamente ahora que las críticas de los sindicatos latinos hacia la participación alemana como sistema colaboracionista e integracionista habían ya quedado superadas.

O. ERMIDA URIARTE<sup>137</sup> nos presenta los últimos avances sociales en el Mercosur, de los que puede deducirse que no han resistido tanto tiempo como en Europa antes de reconocer la dimensión social de lo que el autor presenta como «el primer bloque comercial exitoso del subdesarrollo»<sup>138</sup>, pues desde el Tratado de Asunción de 1991, donde se ignoraba casi por completo la faceta laboral, hasta el Primer Programa de Acción (Social) del Mercosur sólo transcurren cuatro años, con una intervención importante de la Comisión Sindical de Mercosur y la Coordinadora de Centrales Sindicales del Mercosur. El Subgrupo 10, dentro del Grupo Mercado Común, y el Foro Consultivo Económico y Social, tienen composición tripartita, con sindicatos y asociaciones de empresarios. En la actualidad se debate una Carta Social o un Acuerdo Laboral Complementario<sup>139</sup> que vertebré el conjunto de derechos básicos laborales en los Estados miembros.

j) En todo caso los autores que se ocupan de la participación en los *Scritti Giugni* centran su atención en la efectuada por los sindicatos a nivel político, es decir, en el neocorporatismo, que C. ASSANTI, en el artículo ya citado anteriormente<sup>140</sup>, analiza en su expresión más novedosa, la articulada sobre una red territorial<sup>141</sup> como una de las fórmulas institucionales para superar la crisis del trabajo y de sus garantías. De modo indirecto, L. ZOPPOLI<sup>142</sup> alude también a la concertación al estudiar las causas por las que la representatividad sindical ha entrado en crisis y se haya llegado incluso a redefinir los sujetos titulares en la revisión del acuerdo de julio de 1993<sup>143</sup>. La creciente fuerza de los poderes políticos locales, gracias sobre todo a dinámicas sociales más agregativas, y su mayor visibilidad, son dos problemas actuales que deben tenerse en cuenta en el debate de la programación negociada, cuyo exponente paradigmático es la del Mezzogiorno. Una programación que debe hacer un sitio, en su opinión, a la problemática de la vida civil y a la calidad del desarrollo (orden público, seguridad y salud en el trabajo, control de las empresas)<sup>144</sup>. La concertación es también el tema elegido por T. TREU<sup>145</sup>, quien recupera para ello su alocución al XI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones Industriales en Bolonia. A su modo de ver, el Derecho del Trabajo tiene como objetivo la conciliación entre el imperativo de la competencia internacional o global y la equidad social, entendida como distribución imparcial de las oportunidades entre individuos, grupos, áreas y países. Pero además está claro que tal conciliación no puede ser el resultado de mecanismos automáticos, ni de la interacción entre los actores sociales, sino de un posible itinerario que éstos

<sup>137</sup> *La ciudadanía laboral en el Mercosur*, «Scritti», II, págs. 1433-1453.

<sup>138</sup> *Ibidem*, pág. 1432.

<sup>139</sup> *Loc. cit.*, pág. 1444.

<sup>140</sup> Ver nota 9.

<sup>141</sup> *Ibidem*, pág. 58.

<sup>142</sup> *Lavoro flessibile, rappresentanza e contrattazione collettiva nella programmazione negoziata (con particolare riguardo al Mezzogiorno d'Italia)*, «Scritti», II, págs. 1361-1377.

<sup>143</sup> *Loc. cit.*, pág. 1371.

<sup>144</sup> *Loc. cit.*, pág. 1374.

<sup>145</sup> *Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni tra istituzioni e parti sociali*, «Scritti», II, págs. 1313-1335.

acometan conjuntamente con las instituciones públicas<sup>146</sup>, y que el autor desgrana en las páginas siguientes de acuerdo con los temas abordados en el Congreso: formación, problemas de las PYMES, conciliación del trabajo con la vida familiar, convergencia de las relaciones industriales en la globalización, competitividad y relaciones continentales.

No por ello se hallan exentos los *Scritti Giugni* de estudios sobre el tema de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, en verdad realizados desde perspectivas históricas, como el de A. ACCORNERO<sup>147</sup>, o desde las propuestas de las organizaciones de trabajadores y empresarios, como el de G. BAGLIONI<sup>148</sup>, quien constata cómo han caído en Italia muchos recelos desde los primeros estudios coordinados por GIUGNI en *Mondoperaio*, especialmente frente a la codeterminación alemana, y contrasta dos perspectivas de la cuestión, la tradicional, presentada por fuerzas políticas y organizaciones sindicales, y la más reciente, obra de empresarios y managers.

Sin embargo, donde abundan los análisis al respecto es en el *Festschrift Däubler*. T. BLANKE<sup>149</sup> aborda críticamente el uso por Alemania, Austria y Suecia de la excepción que consiente la Directiva 94/45/CE, para no reconocer los derechos de información y comités de empresa europeos en las empresas de tendencia. A su juicio, la drástica limitación ordenada por la ley alemana de los derechos *normales* de participación europea no disfruta de legitimación constitucional, en un área tan importante como la de información y (tele)comunicación, que hoy día manejan bienes que son y deben ser considerados como bienes económicos. Las mismas críticas efectuadas por la doctrina contra las normas de tendencia del artículo 118.1 BetrVG valen aquí también, propone BLANKE<sup>150</sup>. M. H. BOBKE<sup>151</sup> considera que la expansión a nivel mundial a través de la Directiva 94/45 del llamado «modelo alemán» obliga ante todo a los expertos alemanes a clarificar posturas sobre un fenómeno que ya había cristalizado y planteado problemas en diversos grupos multinacionales antes de la mencionada Directiva, como los ejemplos de Europe y Global One —con su sede en Bruselas *por casualidad*— demuestran. T. KLEBE y O. KUNZ<sup>152</sup> realizan un estudio práctico y jurídico de la normativa sobre comités de empresa europeos tras constatar la escasez de multinacionales que han creado dichos comités de entre las 45.000 existentes. En su opinión la internacionalización es la principal estrategia de las empresas, junto a la reorganización (*lean management*) y a la flexibilización de los centros de trabajo. A esas estrategias pertenecen las operaciones de cooperación en masa, alianzas estratégicas o fusiones de grandes consorcios<sup>153</sup>. Ambos autores examinan la Directiva 94/45 y su tras-

posición por acuerdos, en especial los numerosos del artículo 13, y la ley alemana sobre el tema, de la cual destacan los aspectos principales. La escasez de acuerdos del artículo 6, en parte debido al largo período de aplicación establecido, podría solventarse otorgando a los sindicatos un derecho de iniciativa y de negociación al respecto. Muchas empresas han mejorado los derechos reconocidos a los representantes de los trabajadores en la parte subsidiaria de la normativa, que debería mejorarse *de lege ferenda* en tal sentido. Y sugieren que los preceptos de la ley alemana no requeridos por la Directiva sean perfeccionados: expertos, derechos de los sindicatos, empresas de tendencia, y formación de los representantes europeos<sup>154</sup>.

Dentro de la formulación de los derechos de los sindicatos, que asume en Alemania un diseño similar al de otros países, B. BÖSCHE y H. GRIMBERG<sup>155</sup> dedican también unas páginas a «la nueva dimensión» de los comités de empresa europeos, considerados como un gran paso de la política sindical hacia una verdadera internacionalización de la representación de intereses. Su nacimiento está ligado a multitud de conflictos entre sindicatos y comités de empresa, pese a lo cual nace con ellos una conciencia europea, de tener en cuenta las necesidades y la representación de otros trabajadores en otros países europeos. Los autores hacen votos por que esta nueva estructura se consolide y prolongue en el tiempo, con medios personales y materiales suficientes<sup>156</sup>.

k) Las minorías nacionales o raciales obtienen en ambos libros cierta consideración a través de las aportaciones de varios autores. El estudio de K. SIEVEKING<sup>157</sup> viene dedicado a la evolución del *status* de trabajador extranjero por causa de las normas comunitarias sobre libre circulación, que incorporan nuevos derechos a buena parte de los *gastarbeiter* procedentes de los Estados miembros, para los que ya DÄUBLER pidió en su momento igualdad de derechos fundamentales, e influye también, de alguna manera, sobre la situación de los que provienen de países terceros, que son los «nuevos migrantes». Con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo pasa a examinar cuáles son los derechos actuales de éstos, incluyendo los aspectos de los familiares del trabajador, del extracomunitario en el marco de la libre prestación de servicios<sup>158</sup>, de los nacionales de Estados asociados, tanto del Magreb como de Turquía, países ACP (Pacto de Lomé), y países PECO como Polonia y Hungría. Concluye valorando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo como dotada de una función dinámica que ha concretado no pocos aspectos de la situación de estos trabajadores. Por su parte, U. PROSPERETTI<sup>159</sup> coincide con los términos del debate que actualmente se desarrolla en la reforma de la Seguridad Social europea para ampliar el criterio de residencia como decisivo para la regulación de ciertos derechos sociales: el autor entiende que los derechos sociales no pueden ya sujetarse al ámbito del Derecho estatal ni al Estado, porque la comunidad es hoy el verdadero ámbito de ellos, dadas las inmigraciones y la movilidad de los trabajadores. Sobre todo los progra-

<sup>146</sup> *Ibidem*, pág. 1313.

<sup>147</sup> *La partecipazione dei lavoratori all'impresa. Due antefatti storici dei fondi pensione*, «Scritti», I, págs. 29-43.

<sup>148</sup> *In tema di partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa*, «Scritti», I, págs. 65-75.

<sup>149</sup> *Die Mitbestimmung in Tendenzunternehmen nach dem Gesetz über Europäische Betriebsräte*, «Festschrift», págs. 841-853.

<sup>150</sup> *Ibidem*, pág. 851.

<sup>151</sup> *Mitbestimmung in globalen Allianzen-Griff in die Sterne?*, «Festschrift», págs. 853-861.

<sup>152</sup> *Europäische Betriebsräte: Eine praktische und rechtliche Zwischenbilanz*, «Festschrift», págs. 823-841.

<sup>153</sup> *Ibidem*, pág. 823.

<sup>154</sup> *Loc. cit.*, pág. 838.

<sup>155</sup> *Die deutschen Gewerkschaftsgesetze*, «Festschrift», págs. 355-383.

<sup>156</sup> *Loc. cit.*, pág. 381.

<sup>157</sup> *Drittangehörigen in der Europäischen Union-Die «neuen» Gastarbeiter*, «Festschrift», págs. 805-823.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pág. 812.

<sup>159</sup> *Globalizzazione e solidarietà sociale*, «Scritti», II, págs. 871-881.

mas asistenciales están destinados a devenir el eje de las comunidades, minorías, etcétera <sup>160</sup>. Estamos ante sociedades multiétnicas muy móviles, por lo que, en base a criterios de residencia, los derechos sociales serán adscritos a la comunidad nacional, local, etc. Una cuestión original e interesante la aporta L. NOGLER <sup>161</sup> respecto a la libertad sindical de minorías nacionales como la del Tirol del Sur, cuando la legislación promocional sólo refuerza el papel de los sindicatos mayoritarios. Ello plantea la cuestión de si las minorías nacionales precisan de medios complementarios, especialmente colectivos, que les posibilite una concreta codecisión. Tras analizar el criterio de la representatividad sindical a nivel nacional y regional italiano, se pregunta si el principio de protección a las minorías no exige una legislación especial sobre representatividad sindical, respecto a lo cual examina las tres respuestas negativas del Tribunal Constitucional, y pasa a estudiar las vías de protección a la minoría tirolesa empleadas por el Estado italiano <sup>162</sup>, incluida su aceptación del ASGB como asociación más representativa de trabajadores de lengua alemana. Para NOGLER la solución pasa por computar la representatividad a nivel regional, de manera similar a la legislación española, huyendo de la confrontación entre los criterios de profesionalidad y etnicidad <sup>163</sup>, y en tal sentido saluda al Decreto Legislativo 80, de 1998, que admite los sindicatos pluriétnicos de Bolzano y el valle de Aosta.

La extraña dispersión de la antigua centralidad estatal hacia el par global-local es puesta de manifiesto en el ensayo de S. SCIARRA <sup>164</sup> con el ejemplo de la Unión Europea, una buena muestra de cultura jurídica parcial cargada de desafíos nacionales a la construcción de un Ordenamiento supranacional. Señala la *renacionalización* de institutos laborales por obra de actores sociales, jueces o legisladores, que reequilibra constantemente la balanza de poderes <sup>165</sup>. La búsqueda de una dimensión «local» del Derecho del Trabajo es también la de una nueva radicación de los derechos individuales y colectivos, con un descentramiento subnacional muy variado <sup>166</sup>. De la dialéctica entre poder central y poder local también nos habla L. ZOPPOLI en el artículo ya comentado <sup>167</sup>.

### 3. DIFERENCIAS

Lo más importante de las diferencias que podemos advertir entre ambos *Libri Amicorum* consiste en que se trata de diferencias circunstanciales, o en otras palabras, de temas que se hallan en uno y no en otro libros sencillamente porque ocupan bastante más en el país de referencia, aunque el problema también exista en el país de contraste. Si el *Festschrift Däubler* dedica dos artículos al Derecho de la Competencia y Derecho del Trabajo no es, desde luego, porque en Italia no preo-

cupe también el tema, de igual forma que si los *Scritti Giugni* contienen seis artículos sobre el tema del empleo y el desempleo no es porque los colegas alemanes no lo traten asimismo habitualmente: es sólo que en la ocasión de cada homenaje no ha surgido el mismo estímulo en ambos colectivos.

a) Entre los acentos italianos, es claro que los estudios referidos a las empresas de trabajo temporal responden a la reciente aprobación de su Ley reguladora, la 196 de 1997. M. RUSCIANO <sup>168</sup> dedica especial atención a la «centralidad» del contrato de puesta a disposición <sup>169</sup> y a las dificultades de actuación de estas empresas en el suministro de empleo temporal a las Administraciones públicas, de las que advierte el efecto paradójico que recurrir a tales empresas podría significar, pues los entes públicos son al mismo tiempo clientes ideales con un posible uso del esquema «*fuori organico*», y pésimos utilizadores de trabajadores temporales, por los límites y rigideces que la legislación impone a dichos entes, por lo cual concluye que la Ley 196 presenta dificultades de aplicación al sector público, de las que el legislador es consciente al llamar a la negociación colectiva para las adaptaciones específicas <sup>170</sup>. También U. CARABELLI <sup>171</sup> estudia las empresas de trabajo temporal, tanto desde el prisma global de las tendencias empresariales hacia la externalización <sup>172</sup> como desde el Derecho comparado <sup>173</sup>, preocupándose de señalar los mecanismos de control contra abusos establecidos en cada legislación nacional. En su opinión, si el fordismo había traído como gran avance social la estabilidad en el empleo, habría que buscar fórmulas equivalentes en el mundo del trabajo temporal: le parece estimulante en tal sentido las propuestas del Informe Boissonnat con la garantía de la actividad, que podría intentar adaptarse a la realidad italiana <sup>174</sup>. El contrato de puesta a disposición es también estudiado en un meticoloso y largo ensayo por R. ROMEI <sup>175</sup>, para quien la Ley 196 es «*pioggerellina stiva*» y no urogallo, con un interesante análisis de la tipología de reenvíos a la negociación colectiva por parte de aquélla <sup>176</sup>. Asimismo estudia la cesión de trabajadores en sus límites, naturaleza jurídica y diferencias frente al préstamo fraudulento V. SPEZIALI <sup>177</sup> de manera asimismo pormenorizada.

El tema del empleo y el desempleo viene analizado por diversos comentaristas en los *Scritti Giugni*, algunos de los cuales han sido objeto ya de análisis en páginas precedentes, en concreto C. ASSANTI <sup>178</sup>, F. LISO <sup>179</sup> y S. SCIARRA <sup>180</sup>. Otros tres autores analizan el empleo desde la perspectiva comunitaria y, más en concreto, desde las estrategias comunitarias para superar el alto nivel de desocupación exis-

<sup>168</sup> *Profili ricostruttivi dell'«affitto di manodopera»*, «Scritti», II, págs. 1093-1113.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pág. 1101.

<sup>170</sup> *Ibidem*, págs. 1110-1111.

<sup>171</sup> *Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale*, «Scritti», I, págs. 185-241.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pág. 191.

<sup>173</sup> *Loc. cit.*, pág. 198 y sigs.

<sup>174</sup> *Loc. cit.*, pág. 239.

<sup>175</sup> *Il contratto di fornitura*, «Scritti», II, págs. 1023-1077

<sup>176</sup> *Loc. cit.*, pág. 1040.

<sup>177</sup> *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, «Scritti», II, págs. 1245-1295

<sup>178</sup> Cfr. notas 9 y 140.

<sup>179</sup> Cfr. nota 30.

<sup>180</sup> *Vid.* nota 164.

<sup>160</sup> *Ibidem*, pág. 8873.

<sup>161</sup> *Koalitionsfreiheit und nationale Minderheiten am Beispiel Südtirols*, «Festschrift», págs. 563-575.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pág. 571.

<sup>163</sup> *Loc. cit.*, pág. 574.

<sup>164</sup> *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, «Scritti», II, págs. 1151-1171.

<sup>165</sup> *Ibidem*, pág. 1153.

<sup>166</sup> *Loc. cit.*, pág. 1167.

<sup>167</sup> Cfr. nota 139.

tente: M. L. DE CRISTOFARO<sup>181</sup>, M. BIAGI<sup>182</sup> y M. WEISS<sup>183</sup> reflexionan sobre el nuevo capítulo dedicado al tema en el Tratado y perfilan la aplicación de unas normas cuya eficacia está aún por ver en un ámbito cada vez más sometido a las oscilaciones de los mercados internacionales.

La interpretación de los convenios acapara la atención de tres autores en los *Scritti Giugni* desde diversos puntos de vista. A. PROTO PISANI<sup>184</sup> sugiere la regulación por el legislador italiano de las acciones colectivas de interpretación, similares a las *class actions* norteamericanas que PFARR pone como ejemplo para el Ordenamiento alemán<sup>185</sup>. Los acuerdos colectivos de interpretación auténtica o de modificación, en el sector público, le merecen críticas<sup>186</sup>. También A. MARESCA<sup>187</sup> disecciona las peculiaridades del convenio colectivo en el empleo público y la interpretación auténtica prevista por el d. legs. 29/93, modificado por d. legs. 80/98. Aunque pudiera parecer superfluo, la naturaleza jurídica de tales convenios viene estudiada, y el autor concluye que se trata de autonomía privada colectiva con normas especiales respecto al convenio colectivo común<sup>188</sup>: control por el Tribunal de Cuentas, nulidad de los convenios integrativos por incumplimiento del convenio nacional, publicación en la «Gaceta Oficial», etc. La interpretación negociada —«auténtica»—, con un derecho de iniciativa asignado a diversos sujetos titulares, abre amplias perspectivas para las partes colectivas, que a nuestro juicio inciden en la consecución de un sistema completo de relaciones industriales, tal como DUNLOP y GIUGNI habían imaginado tiempo atrás. Mayor dedicación al tema de la interpretación de los convenios por las mismas partes colectivas hallamos en el artículo de O. MAZZOTTA<sup>189</sup>, quien subraya las ventajas de la misma frente a la interpretación de los jueces, que pueden abocar a resultados contradictorios, mientras que la interpretación de las partes, mediante los diversos mecanismos internos, como las comisiones paritarias y otros, procuran la uniformidad y claridad hermenéuticas<sup>190</sup>. Al respecto le parece muy interesante, como no podía ser menos, la figura prevista por la ley para los convenios colectivos del empleo público<sup>191</sup>. Esos convenios presentan un doble aspecto que es analizado con su habitual brillantez por U. ROMAGNOLI<sup>192</sup>: la mano invisible de los usuarios aparece a la luz en el d. legs. 29/93, que tiene en cuenta el interés de los usuarios

<sup>181</sup> *Il problema dell'occupazione: strategie comunitarie*, «Scritti», I, págs. 339-373.

<sup>182</sup> *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, «Scritti», I, págs. 171-185.

<sup>183</sup> *Employment Perspectives at the Turn of the Century*, «Scritti», II, págs. 1741-1757.

<sup>184</sup> *La giustizia del lavoro dopo il d.lgs. 80/98*, «Scritti», II, págs. 881-897.

<sup>185</sup> Cfr. *supra*, nota 110. Sin ir tan lejos, el Ordenamiento español dispone también del llamado «procedimiento de conflicto colectivo» (Ley de Procedimiento Laboral 2/1995, arts. 151 y sigs.), para la interpretación de una norma, legal o colectiva, o decisión o práctica de empresa, así como la representación forzosa común de un grupo de trabajadores (art. 19 de la misma Ley).

<sup>186</sup> *Ibidem*, pág. 890.

<sup>187</sup> *Appunti per uno studio sull'interpretazione «autentica» del contratto collettivo di lavoro pubblico*, «Scritti», I, págs. 645-661.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pág. 646.

<sup>189</sup> *Divagazioni in tema di interpretazione del contratto collettivo*, «Scritti», I, págs. 697-707.

<sup>190</sup> *Ibidem*, pág. 704.

<sup>191</sup> *Loc. cit.*, pág. 705.

<sup>192</sup> *La fase 2 della privatizzazione del pubblico impiego*, «Scritti», II, págs. 1007-1023.

hasta el punto de que se ha hablado de negocios a favor de terceros, con dos intereses representados, el de los negociadores y el de los usuarios; con lo cual converge la ley con la voluntad de los sindicatos del sector público, de buscar en la negociación la eficiencia y la racionalización del servicio<sup>193</sup>.

Hemos visto reiteradamente aparecer la crisis de los sindicatos más representativos en los *Scritti Giugni* al hilo de diversos temas, por lo que puede considerarse un tema recurrente en Italia, quizá el mayor. Como un estudio de síntesis cabría entender el ensayo de M. RICCI<sup>194</sup> sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante los años noventa: veinte años después del artículo 19 *Statuto dei Lavoratori*, el Tribunal pone en cuestión el concepto de mayor representatividad con su Sentencia 30/1990, en momentos en que tales sindicatos llevaban a cabo una difícil labor en los convenios *concesivos* y eran duramente contestados por los comités de base. Analiza las sentencias más importantes desde entonces, como la 85/1995, sobre superación del criterio de la dimensión organizativa nacional para asignar la representatividad efectiva<sup>195</sup>, o la 244/1996, sobre el nuevo artículo 19 St. Lav. después del referéndum<sup>196</sup>, y concluye con la opinión de que el Tribunal Constitucional ha asumido una función conservativa del sistema institucional.

La antigua solidaridad emerge, ahora con ribetes exóticos, en el artículo de G. SUPPIEJ<sup>197</sup> sobre la colocación forzosa, desaparecida tras dos condenas a Italia por el Tribunal de Justicia en 1991 y 1997 (aunque no es el único país condenado por disponer de servicios públicos monopolísticos de colocación). Pero quedan las cuotas de colocación de minusválidos, reducidas al 7 por 100 en la nueva Ley 68 de 1999. Al autor le resulta llamativa la dulcificación del mandato para las empresas de tendencia, en las que la cuota sólo vale para el personal técnico y administrativo, y al igual que parecidos privilegios en el Ordenamiento alemán para los comités de empresa europeos<sup>198</sup>, le parece inconstitucional. Otras críticas a la ley por parte de SUPPIEJ provienen de no mencionar a las entidades educativas y religiosas, y de su posible fricción con la libertad de iniciativa económica<sup>199</sup>.

b) Los estudiosos alemanes prestan mucha atención al fraude en el Derecho del Trabajo, o en otras palabras, a la huida del Derecho del Trabajo por vías no permitidas (seudoautónomos, seudocontratas, trabajo negro) y a los aspectos sociales de la adjudicación de obras y servicios públicos.

U. RUST<sup>200</sup> plantea la cuestión de en qué medida el futuro de la Unión Europea y de los Estados miembros pueden quedar troquelados, no sólo por los aspectos comerciales y económicos, sino también por los sociales, y centra su atención en cuatro problemas de las adjudicaciones de obras y servicios públicos ligadas a polí-

<sup>193</sup> *Ibidem*, pág. 1012.

<sup>194</sup> *La giustizia costituzionale in tema di sindacato maggiormente rappresentativo negli anni novanta*, «Scritti», II, págs. 941-997.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pág. 959.

<sup>196</sup> *Loc. cit.*, pág. 972.

<sup>197</sup> *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, «Scritti», II, págs. 1295-1303.

<sup>198</sup> Cfr. el análisis de T. BLANKE, *supra*, nota 149.

<sup>199</sup> *Ibidem*, pág. 1300.

<sup>200</sup> *Öffentliche Auftragsvergabe und soziale Standards nach bundesdeutschem und gemeinschaftsrechtlichem Vergaberecht*, «Festschrift», págs. 900-917.

ticas sociales: la prioridad de empresas formativas en dichas adjudicaciones, entendiéndose por tales empresas a aquéllas que comparativamente ofrecen un mayor porcentaje de puestos formativos para jóvenes con al menos tres años de duración, una prioridad implantada en el Land Nordrhein-Westfalen que tiene que ver con el modelo dual alemán de aprendizaje, y que vino derogado en 1991 cuando la Comisión Europea inició el procedimiento de infracción del artículo 169 (hoy 226) del Tratado, y nuevamente reimplantado en 1996 y sometida a limitaciones dos años más tarde; la prioridad de los nuevos Länder en las adjudicaciones citadas, que comenzó a principios de los noventa y terminó a fines de 1995 tras iniciar la Comisión Europea el procedimiento de infracción, aunque parte de esa normativa ha sido prorrogada temporalmente; la exigencia de una declaración de fidelidad al convenio colectivo, por la que el Land Berlín requiere desde 1995 a las empresas del sector de la construcción el compromiso de cumplir con el convenio si resultan adjudicatarias, quedando sancionado su incumplimiento con la exclusión por dos años del mercado de obras y servicios públicos, si bien en 1997 la Oficina federal de Defensa de la Competencia prohibió continuar con dicho requisito en el subsector de construcción de vías públicas; y cuotas de reserva, aplicadas en diversos Estados miembros de la Unión, así como en Estados Unidos, donde han venido criticadas por el Tribunal Supremo en 1995, consistentes en reservar un porcentaje de las obras y servicios públicos para áreas geográficas con un mayor nivel de paro. La autora analiza el tema de los estándares sociales bajo el Derecho Comunitario de Adjudicaciones, con las cuatro Directivas de coordinación y las dos de vigilancia, las cuales se aplican cuando la concesión supera cierto volumen<sup>201</sup>. Señala que la Directiva 89/440 admite las preferencias regionales, y la 71/305 permite las preferencias formativas<sup>202</sup>. En general, las Directivas establecen un procedimiento uniforme para las grandes adjudicaciones, que el autor comenta, autorizando a los Estados miembros para implantar requisitos suplementarios, por lo que se pueden introducir criterios sociales, como el Tribunal de Justicia europeo ha declarado en diversas sentencias<sup>203</sup>. Expone a continuación la autora los diversos criterios sociales existentes en Alemania, gracias a la legislación federal o regional, en Nordrhein-Westfalen, Hamburgo, Berlín, Brandeburgo, Sarre, Sajonia-Anhalt, Turingia, etc.

Partiendo de la reforma de la Ley de Adjudicaciones en 1998, O. E. KEMPEN<sup>204</sup> se centra en un concreto aspecto de los estudiados por RUST, el compromiso de fidelidad al convenio. Desde 1989 se adjudican crecientemente las obras y servicios públicos alemanes a empresas extranjeras, sobre todo del centro y este europeos, que ofertan precios más bajos a causa de los sueldos inferiores pagados a sus trabajadores. Sobre todo en el sector de la construcción en las regiones federales del este ha aumentado considerablemente el paro por su observancia de las condiciones de trabajo fijadas en los convenios colectivos, aplicables muchas veces en base a una declaración administrativa de eficacia general, mientras las empresas extranjeras, no vinculadas al convenio, se hacen con las contrataciones, especialmente en las obras públicas<sup>205</sup>. La mayor parte de los Länder alemanes han pasado, por ello, a

<sup>201</sup> *Loc. cit.*, pág. 904.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pág. 906.

<sup>203</sup> *Ibidem*, pág. 911.

<sup>204</sup> «*Tariftreue-Erklärungen*»-Ein Vertoss gegen Wettbewerbs- und Vergaberecht?, «*Festschrift*», págs. 503-518.

<sup>205</sup> *Loc. cit.*, pág. 504.

exigir una declaración de fidelidad al convenio a las empresas adjudicatarias, ya sea únicamente en materia salarial (Baviera y Berlín), ya de todo el convenio colectivo (ocho regiones); las empresas contratistas deben requerir similar declaración a las subcontratistas. El autor analiza los fundamentos de tal declaración, desde el punto de vista del Derecho colectivo<sup>206</sup>, y se plantea si tiene también un fundamento constitucional, sobre la base de que se trata normalmente de contratos de Derecho privado entre entes públicos y empresas, y el autor lo descubre en las proclamaciones de una política de empleo que contienen más o menos claramente todas las Constituciones de los Länder<sup>207</sup>. De manera que las normas sobre fidelidad tarifaria son constitucionales cuando sirvan a la consecución de una política de empleo, siempre que el convenio de referencia se corresponda con la actividad en cuestión<sup>208</sup>.

Para U. MAYER<sup>209</sup>, el problema de los pseudoautónomos ha existido siempre, pero sólo desde finales de los ochenta cobró notoriedad, cuando el gobierno de Kohl, con su Ley de Fomento del Empleo de 1985, trató de flexibilizar la relación laboral normal. Un creciente número de autónomos apareció en escena, además, con los cambios empresariales de los ochenta —*lean production, lean management*—. La jurisprudencia hubo de emplearse para delimitar al trabajador del autónomo, para lo cual se acogió al criterio de la dependencia personal a las órdenes del empleador<sup>210</sup>, mediante una serie de indicios acumulativos, MAYER, seguido por WANK, han planteado desde 1990 un criterio delimitador alternativo: son autónomos quienes disponen de capital y organización propios y asumen riesgos y oportunidades con ellos<sup>211</sup>. La jurisprudencia actual mezcla los elementos de la dependencia personal con los requisitos empresariales. El autor da dos ejemplos de ello, el de los transportistas y de los representantes de una única empresa. Pero el tema ha cobrado recientemente relieve económico, pues los autónomos no cotizan a la seguridad social, por lo que una serie de propuestas tratan de introducir en el sistema aseguratorio público a los «autónomos dependientes»<sup>212</sup>, con un proyecto de ley en tal sentido que ha hecho suyo el actual gobierno rojiverde (*sic*) con alguna modificación neutra.

P. SCHÜREN<sup>213</sup>, en cambio, delimita e identifica los contratos de obra simulados, o pseudocontratos, y considera más fructífero proceder a una identificación de la prestación de obra auténtica, con dos tesis. Al ser difícil descubrir los pseudocontratos aplicando los indicios de subordinación, propone buscar los indicios o rasgos de la auténtica contrata, que el autor ve en la asunción de garantías sobre el buen fin de la operación (el resultado del contrato), algo que puede comprobarse fácilmente en la práctica<sup>214</sup>.

<sup>206</sup> *Loc. cit.*, pág. 506.

<sup>207</sup> *Ibidem*, pág. 513.

<sup>208</sup> *Ibidem*, pág. 518.

<sup>209</sup> *Aktuelles zur Scheinselbständigkeit*, «*Festschrift*», págs. 77-89.

<sup>210</sup> *Ibidem*, pág. 81.

<sup>211</sup> *Loc. cit.*, pág. 82.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pág. 87.

<sup>213</sup> *Abgrenzung und Identifikation von (Schein-) Werkverträgen-Eine Skizze*, «*Festschrift*», págs. 90-99.

<sup>214</sup> *Loc. cit.*, pág. 99.

I. KOUKIADIS<sup>215</sup> considera que el sector informal en la Unión Europea impacta sobre todo en tres planos: la fiscalidad, la protección del trabajador y la seguridad social, y se pregunta en qué medida las reglas oficiales podrían cubrir este sector. Si se trata de situaciones no deseadas, la política social debe espolear a los trabajadores a incorporarse al sector moderno; si es deseada porque permite prosperar, la cuestión a responder es si tal prosperidad se sostiene en perjuicio del interés general o de la solidaridad general. El Informe Mingione y Magatti de 1994 identifica cuatro dominios de este sector: el fraude fiscal, las actividades prohibidas, actividades de autoabastecimiento y actividades profesionales al margen de las obligaciones legales<sup>216</sup>. Para KOUKIADIS, la integración no parece que pueda hacerse respetando plenamente el principio de trato igual para los trabajadores incorporados desde el sector informal. En materia de fraude habría que avanzar exenciones, ayudas e incentivos, y habría que desarrollar por todos los medios el diálogo social y la negociación descentralizadas, para lo cual —y aquí sugiere propuestas interesantes— habría que plantearse la integración de esas personas en los sindicatos, por lo que éstos deberían prestarles atención, convencerse de que sus intereses son convergentes a largo plazo, pues separados decaen unos y otros, por lo que debe desarrollarse un concepto de solidaridad viable para la sociedad post-industrial, en torno a la distribución, no sólo del tiempo de trabajo, sino del trabajo mismo y su rotación. Al sindicalismo reivindicativo y cooperativo debe añadirse el societario, abriendo las negociaciones colectivas a otros agentes junto a los actores actuales<sup>217</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Del conjunto de ensayos antevisto emerge una actualidad jurídico-laboral cuyas preocupaciones y líneas de tendencia cabe interpretar de muy distintas formas, y en todo caso dotada de una alta complejidad. Sorprende la escasez de cuestiones referidas a las condiciones de trabajo, núcleo duro de esta rama del Derecho, como ya decíamos al principio. Por otro lado, existe una fuerte sintonía entre sendos ambientes culturales, con numerosas líneas de convergencia. A la vista está de que se trata de dos subespecies de un mismo modelo, el social europeo, descrito en el *Festschrift* por SERVAIS. Como no podía ser menos, el punto de conexión más fuerte, que por la frecuencia con que viene cultivado en uno y otro libros bien podría considerarse como eje común, es el Derecho Social Comunitario. Pese a todo hay también diferencias, y como nuestro objetivo principal al realizar este análisis consistía en detectar los posibles contrastes, nos centraremos en esta cuestión.

Si observamos la frecuencia con que se tratan los temas en los *Scritti Giugni* y en el *Festschrift Däubler*, cabe hablar de dos ejes de atención principal que configuran dos modelos distintos. Sin discusión el tema central de los estudiosos alemanes es la participación en la gestión de la empresa, bien sea en su vertiente de cogestión, bien de comité de empresa, o bien en el aspecto internacional de la

<sup>215</sup> *Le secteur informel dans l'Union Européenne et le droit du travail*, «Festschrift», págs. 965-973.

<sup>216</sup> *Loc. cit.*, pág. 967.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pág. 973.

información y consulta a nivel europeo. El tema está casi ausente del *liber pro Giugni*, donde en cambio el tema omnipresente es la negociación colectiva. El modelo alemán es, pues, un modelo participativo a nivel de empresa; el modelo italiano, por su parte, se proyecta hacia la negociación colectiva a nivel supraempresarial.

Ambos modelos de relaciones industriales generan dentro de sí mismos reacciones centrífugas que parecen conducir a unos contramodelos o sistemas en negativo del que figura como positivo, pero que, vistos más detenidamente, quizá consistan sencillamente en el desmoronamiento de las estructuras más expuestas a la intemperie dentro de cada sistema, a consecuencia de cierta «fatiga institucional» o desgaste de los elementos principales de cada estructura. Dentro del modelo participativo alemán, el mencionado desgaste parece afectar especialmente a las asociaciones empresariales y a la negociación colectiva sectorial. Podría resultar antagónico afirmar esto después de considerar que la estructura básica del modelo es la participación en la empresa, pero la explicación puede radicar en que la negociación colectiva sectorial y el protagonismo de las asociaciones patronales fue el elemento central en otro tiempo, del que ya sólo existe una estructura bastante agrietada, y en su lugar se coloca el aspecto que por otra parte prestaba originalidad al sistema alemán frente al resto de países europeos donde también se practica la negociación sectorial como rasgo dominante.

La fatiga institucional del modelo italiano se observa fuertemente en los embates del concepto de sindicato más representativo, cuya nota más aguda parece haber sido el referéndum de 1995. Y aquí podemos deducir alguna razón de por qué estos elementos, y no otros, acusan una crisis que puede llevarles al ocaso: en Alemania el sindicalismo ha sido siempre unitario, primero con el ADGB y luego con el DGB, si prescindimos de algunas confederaciones de importancia secundaria. Cabría decir que su interlocutor empresarial ha estado siempre en desventaja, perdiendo bazas importantes frente al mastodonte sindical, por lo que las empresas individuales pierden el apego al asociacionismo y ensayan otras vías más productivas mediante la negociación con los comités de empresa. Por su parte, en Italia el sindicalismo siempre ha sido plural, con varias centrales sindicales frente a una gran patronal hegemónica; llegada la crisis, han preferido aceptar el envite de gestionarla conjuntamente con la patronal, sufriendo una fuerte erosión cuando parecían estar más en la cumbre, con los convenios gestionales y la nueva estación concertadora. En uno y otro caso, en Alemania como en Italia, lo sucedido no parece el resultado de un combate de boxeo donde el púgil de mayor peso está derribando al o a los contrincantes de menor potencia. Nos hallamos, por el contrario, ante la asfixia producida por el abrazo del oso, un exceso de familiaridad que destruye a quien posee las defensas más débiles.

Detectados los modelos y sus puntos críticos, podemos avanzar algo más y proponer dos hipótesis estructurales respecto al trasfondo de su gestación y evolución:

— El primero de ellos es que la *legislazione di sostegno* parece tener una enorme potencialidad para determinar los rasgos nacionales. En Alemania y en Italia, los rasgos característicos observados han tenido detrás al poder público con sus leyes y sus actuaciones de respaldo, que han decantado en cierto momento histórico una situación titubeante hacia la línea más acorde con los intereses políticos prevalentes. La participación alemana recibió un espaldarazo rotundo con las leyes de

cogestión de las fuerzas de ocupación británicas durante la postguerra, las cuales perseguían ensayar en suelo extraño aquello que en el propio no se atrevían a experimentar, por un lado, y neutralizaban con ello el poder de las grandes empresas de la industria pesada que tanto habían contribuido al esfuerzo bélico nazi, por otro. No es que la participación en la gestión sea obra de los británicos, por supuesto, ya que el consejismo era el *leit motiv* de los revolucionarios de izquierda en 1919 y del sindicalismo emergente de 1945, como por lo demás el control obrero de las empresas era la *parole d'ordre* del sindicalismo británico, francés, italiano o español. Sólo que en Alemania recibieron el espectacular impulso legislativo (Adenauer mantuvo y expandió el modelo) que le haría llegar, poderoso, hasta nuestros días.

Por su parte, el modelo italiano de los sindicatos más representativos recibe un fuerte apoyo en los años cincuenta, cuando los gobiernos democristianos impulsan al sindicalismo de igual adscripción frente al predominante, de impronta comunista y socialista, siguiendo el método practicado poco antes por los gobiernos franceses de De Gaulle y, mucho más tarde, por el gobierno socialista español en favor del sindicalismo socialista. No cabe duda que el pluralismo sindical existía en los países latinos, y entre ellos Italia, magnetizados por los dos polos ideológicos cristiano-comunista, pero a la larga la realidad se habría decantado por el predominio de uno de ellos, o la absorción de uno por el otro, lo que se evitó paradójicamente con una legislación de apoyo a ambos polos que impidió de tal forma la implantación del sistema mayoritario norteamericano.

La «*promoting legislation*» descubre, así, su auténtico valor. Después de haber sido ensalzada cuando la Wagner Act de 1935 extrajo al sindicalismo americano del pozo donde se hallaba, y cuando el *Statuto dei Lavoratori* revolucionó los tratamientos sindicales en la empresa, pasó a ser objeto de críticas porque se advertieron las contrapartidas que el poder público obtenía de tales concesiones. Ahora la *legislazione di sostegno* se admite como actividad normal del tercer actor, e incluso necesaria en el *scambio politico* del neocorporatismo, y no suscita asombro la enorme importancia que pueda revestir en la definición del perfil característico de un sistema nacional. Y así el poder público simula desaparecer de la escena, dejando solos a los actores sociales en un ordenamiento intersindical que se proclama autosuficiente, cuando en realidad ha marcado el sendero por donde unos y otros discurren pacíficamente.

— La segunda hipótesis estructural consiste en valorar a uno de los dos modelos como el dotado de mayor proyección de futuro. Si el italiano se caracteriza por la negociación colectiva (sectorial) y el alemán por la participación en la gestión (empresarial), el primero coincide con bastantes más países europeos que el segundo, cuya idiosincrasia lo aleja de lo normal. El doble canal de representación sólo existe en algunos países, entre los que Alemania destaca muy por delante en cuanto al grado o intensidad de las competencias gestionales de sus comités. En cambio, la negociación colectiva sectorial es un rasgo universal en toda Europa, a diferencia de Estados Unidos y Japón, hasta el extremo de que forma uno de los rasgos típicos del modelo social europeo. Sin embargo el tiempo parece estar operando en favor del modelo alemán, si paramos mientes en que converge con el japonés de gestión participativa (con todas sus diferencias), el cual comienza a su vez a ser aplicado extensamente en Estados Unidos, y que además el postfordismo abando-

na las regulaciones en masa en beneficio de la adaptación, la especialización y la diferencia, es decir, de la regulación a nivel de empresa, aunque sin abandonar la regulación abstracta, ubicada paulatinamente a niveles supraestatales.

\* \* \*

Massimo D'ANTONA conocía, con su aguda intuición, todo esto. Hubiera sido espléndido dejarlo vivir para poder charlar como a él le gustaba, morosamente, sobre las peculiaridades italianas y alemanas antevistas cuando hubiera pasado el tiempo, más allá del cambio de siglo. No pudo ser, pero él nos acompaña en el recuerdo como siempre lo vimos, con los ojos muy abiertos y aquella perenne sonrisa del sur.