

Ensayos

LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO EN ALEMANIA

I

Hay pocos espacios del Derecho que estén tan estrechamente ligados con la evolución social y económica de los últimos cien años como la protección en caso de despido. Bajo este concepto se comprende corrientemente la protección del trabajador o empleado, garantizada por la ley y por los tribunales del Estado, ante la rescisión injustificada del contrato de trabajo por parte del patrono. En realidad, la protección del despido constituye un cuerpo extraño en el Derecho civil alemán fundamentado en el pensamiento liberal del siglo XIX (1). La libertad de contrato por él garantizada y reconocida indirectamente en el art. 2.º de la Constitución de la República Federal alemana (Grundgesetz, GG) por medio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, no sólo significa el derecho a concluir contratos por libre voluntad dentro de los límites de la ley, sino que al propio tiempo incluye el derecho a revocar arbitrariamente contratos firmados mediante

(1) Las codificaciones aún hoy vigentes del Derecho civil alemán proceden en su totalidad de la segunda mitad del siglo XIX, habiéndose comenzado la elaboración del Código civil (BGB) en 1873 y concluido con su promulgación el 18-8-1896. El Código de Comercio (HGB) data del 10-5-1897, y la Ordenanza Industrial (GewO) del 21-6-1869.

aviso unilateral de despido, en tanto que se trata de las llamadas «relaciones de obligación duradera o de tracto sucesivo» («Dauerschuldverhältnisse»).

1. Estos principios fundamentales eran aplicados, hasta aproximadamente la mitad del pasado siglo, también a la relación de trabajo, pues ésta no se distinguía entonces en nada de las demás relaciones de obligación del Derecho civil. El rápido desarrollo de la industrialización no había permitido pensar en un Derecho de trabajo especial que tuviera en cuenta las particularidades de las relaciones legales de los obreros industriales, y así el contrato de trabajo era considerado como contrato legal de obligación, al igual que cualquier otro contrato, y en virtud del cual el trabajador vende su capacidad de trabajo al empresario y éste queda obligado al pago de un salario. En aquel entonces todavía no existía unión social alguna dentro de una empresa. Los empresarios tampoco tenían interés en tal unión, ya que, según el principio liberal del «laissez faire laissez passer», deseaban conservar el poder de libre disposición frente a sus trabajadores, y sobre todo la posibilidad de su sustitución por mano de obra más barata que estaba disponible en gran número en el mercado del trabajo.

Cuando en la segunda mitad del siglo XIX la crisis social entre los obreros industriales fué adoptando formas y consecuencias atemorizantes, el Estado se acordó de su misión social y trató de remediar al menos los inconvenientes más graves por medio de medidas legislativas. Estas medidas legislativas han de considerarse como los inicios de un derecho de trabajo independizado del Derecho civil general y tradicional. Pero, dado el papel del Estado, entonces muy relativo frente al individuo, estos inicios eran muy limitados. El Estado, por principio, sólo intervenía en las relaciones legales del indivi-

duo cuando ello era imprescindible para el mantenimiento del orden y de la seguridad públicos. De ahí que el Derecho alemán del trabajo tuvo su origen en el Derecho público (2). El Estado no quería sencillamente regular la relación jurídica obligacional entre el trabajador y el empresario, sino que imponía a los empresarios de ciertos ramos profesionales —primero en favor de los obreros industriales y más tarde también de los empleados del comercio— obligaciones públicas unilaterales de protección de los empleados. Como tal obligación públicolegal de protección había sido conceptuada en su origen también la protección ante el despido. Pero ésta no era, como lo es hoy día, una protección absoluta que, bajo ciertas condiciones, consideraba inadmisibles la rescisión de la relación de trabajo, sino que constituía la obligación del empresario a comunicar al trabajador con una antelación adecuada la terminación de la relación de trabajo. Por tanto, se trataba de los *plazos de despido* que aún hoy están prescritos en la legislación del trabajo. Así, la Ordenanza General Industrial prusiana del 17-1-1845 (Código legislativo de Prusia, 1845, página 41) preveía para obreros artesanos y oficiales un plazo de despido de quince días. Siguió a ella el Código general alemán de comercio del 24-6-1861 (Código legislativo de Prusia, 1861, pág. 449), que disponía en su art. 61 que la relación de trabajo entre el principal y los dependientes sólo podía ser revocada al final de cada trimestre del año, previo

(2) En el Derecho alemán, con inclusión del Derecho de Trabajo, la separación entre Derecho público y Derecho civil es más pronunciada que en casi todos los otros sistemas de Derecho. La distinción a veces es difícil: sin embargo, puede afirmarse en general que según la *Subjektionstheorie* actual el Derecho público regula la relación de subordinación entre el ciudadano individual y el Estado, como tenedor del poder, mientras que el Derecho civil regula las relaciones jurídicas entre análogos sujetos de Derecho.

plazo de aviso de seis semanas, en tanto que en el contrato de trabajo no se hubiera acordado un plazo mayor o menor u otra fecha para la terminación de la relación de trabajo. La Ley General de Minas para los Estados de Prusia de 24-6-1865 (Código legislativo de Prusia, 1865, pág. 705) preveía en su párrafo 81 —como para los obreros industriales— un plazo de despido de quince días para los mineros. Estos plazos de despido han sido adoptados tal cual figuran en disposiciones jurídicas laborales que aún hoy están vigentes. Sin embargo, se introdujo como novedad en estas leyes el que también empleados de los oficios en puestos dirigentes (funcionarios de empresas, jefes de taller, etc.) disfrutaran del plazo de despido de seis semanas al final de trimestre, como ya existía para los empleados del comercio (p. 133a de la GewO), y que para aquéllos, como para los empleados del comercio, el plazo de despido había de ser el mismo para ambas partes contratantes, en tanto que estuviera acordado en el contrato de trabajo, y no había de ser inferior a un mes (pp. 133a de la GewO, 67 HGB). Mientras que estas disposiciones tenían vigencia sólo para una parte de todos los que trabajan, es decir, los obreros y empleados de la industria y los empleados del comercio, los restantes no disfrutaban de protección especial, el BGB (Código civil alemán), que entró en vigor el 1-1-1900, introdujo en su capítulo sobre el contrato de servicio, también para esto, un plazo especial de despido, cuya duración se calcula según los períodos del pago de salarios.

Es importante en este desarrollo señalar que los plazos legales de despido fueron perdiendo cada vez más su carácter de normas protectoras de Derecho público y se convirtieron en elemento remisible al Derecho civil de la relación de trabajo, que en aquel entonces aún se conceptuaba como obligación le-

gal, cuando el derecho de trabajo como tal pasó por encima de su significación derivada del Derecho público al campo de la relación civil, especialmente para la relación de servicio entre empresarios y trabajadores (2 bis). Este hecho aún se da hoy.

2. La fijación de plazos de despido por la ley, sin embargo, no ofrecía con el tiempo una protección suficiente. A pesar de que el empresario había de avisar la rescisión del contrato de trabajo con la debida antelación, tenía completa libertad para despedir —previa observación del plazo de despido— a sus trabajadores en todo momento y sin indicación de causas. A fin de proteger al trabajador, como el económicamente más débil, de las consecuencias fatales del libre derecho de despido, los juristas y sociólogos exigieron ya antes de la primera guerra mundial una limitación del libre derecho de despido en forma de que cada caso de despido había de ser sometido al examen por parte de un organismo imparcial (3).

Por parte del legislador, la idea de una protección del despido en el sentido de una limitación de las *posibilidades* de despido no fué acogida hasta después de la primera guerra mundial. Pero al propio tiempo se evidenció un cambio —decisivo para el ulterior desarrollo del derecho de protección ante el despido— de los motivos que incitaban a la creación de tal protección de despido. Este cambio había sido originado por la situación política totalmente transformada tras la terminación de la primera guerra mundial.

Por una parte, la revolución socialista de noviembre de 1918 y la infiltración del pensamiento rusosoviético en Ale-

(2 bis) Comp. acerca de la evolución histórica HUECK-NIPPERDEY. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, edic. 3.^o-5.^o, 1931, tomo I.

(3) Comp. POTTHOFF. *Probleme des Arbeitsrechts*, 1912, pág. 126.

mania habían conseguido que el pensamiento de colectivización se sobrepusiera a la relación individual de trabajo, de tendencia liberal. Esta conversión de liberalismo en colectivismo tuvo su demostración patente sobre todo en el reconocimiento legal y regulación del derecho de convenios colectivos, en la concesión legal de un derecho de codeterminación de obreros y empleados en la dirección de las empresas, y en la creación de una organización de arbitraje para la solución de litigios entre las partes contratantes al firmarse los convenios colectivos (4). Otra característica de este nuevo desarrollo era la de que, además de las federaciones obreras y patronales, también el Estado tenía interés en intervenir directamente en la relación de trabajo por medio de determinadas medidas legales por parte de la superioridad. Ello se demostraba, por una parte, con la creación de posibilidades legales para la declaración general de validez de convenios colectivos para ramos enteros de la economía, por parte del Estado, y para la determinación de tarifas forzosas por parte de los organismos estatales de arbitraje. Por otra parte, el Estado también estaba legalmente autorizado a intervenir directamente, mediante un acto administrativo, en las relaciones individuales de trabajo, como, por ejemplo, mediante una limitación del cambio del puesto de trabajo (5). Se creía poder combatir por medio de tales medidas estatales la crisis social debida a las consecuencias de la guerra y, sobre todo, el paro obrero que se había

(4) Originariamente estas tres materias estaban comprendidas en la Disposición de Contratos Colectivos del 23-12-1918. Más tarde el derecho de codeterminación fué regulado por la Ley de Consejos de Empresa del 4-2-1920, y el sistema de arbitraje por la Disposición de Arbitraje del 30-10-1923.

(5) Así, por ejemplo, mediante la disposición de desmovilización del 12-2-1920, que se discutirá a continuación.

producido por la desmovilización. Finalmente, la tendencia individualista también se redujo en aquellos terrenos del derecho de trabajo que por su naturaleza no son accesibles al colectivismo. Sobre todo en el derecho de contrato de trabajo fué sustituida por el pensamiento de comunidad, ya que la doctrina jurídica y la jurisprudencia ya no solucionaban los problemas de derecho del trabajo sólo desde el punto de vista de una relación de intercambio entre empresario y trabajador, sino desde el de la comunidad de empresa, y declararon en gran medida como inadecuadas y, por tanto, inaplicables, las normas típicamente individualistas del derecho de obligaciones (6). En este artículo no puede entrarse en detalles acerca de la extensa controversia de teorías que se relaciona con este concepto. Sin embargo, ha de hacerse resaltar que también los enemigos de la doctrina de la relación de comunidad abandonaron en gran parte el criterio individualista del BGB (7).

Por lo tanto, en el moderno Derecho del Trabajo pueden observarse tres esferas de influencia en el curso de su evolución que se manifestaron más o menos fuertemente según las circunstancias políticas reales y la respectiva opinión ideológica. Se trata del *pensamiento de colectividad*, vertido por los sindicatos y las federaciones patronales, por los convenios de tarifas y por el derecho de codeterminación en las empresas;

(6) Esta doctrina tuvo su origen en POTTHOFF (*Wesen und Ziel des Arbeitsrechts*, 1922), quien quería sustituir la relación de intercambio por una relación de organización de la empresa, y en el famoso fallo del Tribunal del Reich de 6-2-1923, sobre el riesgo de Empresas (RGZ, 106, 272). Fué seguida por el Tribunal del Trabajo del Reich (por ejemplo, RAG del 20-6-1928-ArbRS, 3, 116) y fundamentada científicamente por SIEBERT y NIKISCH sobre todo. Comp. NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis* (1941).

(7) Por ejemplo, HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts* (1931), I, página 227 y sig.

la *intervención del Estado* en la relación de trabajo por actos de Administración y la *relación individual de trabajo en congruencia con los supuestos social-comunes*. Estos tres factores tuvieron un papel decisivo al iniciarse después de la primera guerra mundial la tendencia a la creación de una eficaz protección del despido. Sólo desde el punto de vista de estos factores es posible comprender los fundamentos jurídicopolíticos de aquella protección.

a) Mientras que las exigencias sociopolíticas de Potthoff (8) respecto de la protección de despido aún tenían por objeto alcanzar una protección *individual* del obrero o empleado ante el despido injustificado, en la primera protección de despido, introducida por la ley de desmovilización del 12-2-1920 prevalecía considerablemente el *interés políticoestatal* en una limitación de las posibilidades de despido. La Ordenanza sobre desmovilización prohibió sencillamente el despido de obreros o empleados con objeto de limitar el número de parados, mientras fuera posible su conservación por medio de la reducción de las horas de trabajo hasta la mitad («Arbeitsstreckung»). Es claramente visible el fin políticoestatal de esta disposición: la creación de posibilidades de trabajo adicionales mediante limitación de las horas de trabajo y, por tanto, evitar el aumento de la cifra del paro. Había de cargarse a los empresarios el riesgo de la desmovilización. A pesar de haberse proyectado conservar la prohibición de despido causada por la Ordenanza de desmovilización, aun después de efectuada esta última y tras la solución de las dificultades ocasionadas por ella (9), la situación catastrófica de la economía alemana en

(8) Comp. llam. 3.

(9) Comp. HUECK, *Kündigungsschutzgesetz*, 2.^a edic., 1952, introducción, página 14.

otoño de 1923 obligó al legislador a levantar dicha prohibición. Un residuo del pensamiento jurídico manifestado en la Ordenanza de desmovilización del 12-2-1920 fué traspasado a la disposición de paralización de empresas industriales y de transporte, de 8-11-1920 y 15-10-1923, en virtud de la cual estas empresas, en las que en general estaban ocupados al menos 20 trabajadores, habían de anunciar su paralización con anterioridad a la administración de trabajo.

Dicho aviso tenía como consecuencia un plazo de espera de cuatro semanas, durante las cuales no estaba permitido proceder a despidos o a cualquier cambio de la situación práctica y jurídica que alterara la dirección normal de la empresa. También en esta disposición prevalecía el fin económico-político del mercado de trabajo sobre el sociopolítico, ya que por el aviso obligatorio y por el plazo de espera se evitaban paralizaciones indeseables desde el punto de vista de la economía política y se hacía posible la colocación de la mano de obra que quedaba libre en otros lugares (10). Por lo demás, la evolución económica en los años después de la primera guerra mundial ha demostrado que la fuerza económica del pueblo alemán no puede ser dirigida sólo mediante prohibiciones absolutas de despido y evitarse con ello las crisis económicas. La tendencia de los empresarios a la organización productiva de las empresas se mostró más eficaz que las medidas bien intencionadas, pero en realidad poco meditadas del legislador.

A pesar de ello, en lo sucesivo no se abandonó el intento de aprovechar las limitaciones del derecho al despido para fines de la política estatal y económica. La Ley para la Orde-

(10) *Comp. RAG del 4-5-1929, ArbRSamml., tomo 7, pág. 420 y 422, del 8-2-1930; ArbRSamml., tomo 9, pág. 25, esp. 28.*

nación del Trabajo Nacional (AOG) del 20-1-1934 (RGBl. I, página 45), que durante el período nacionalsocialista sustituyó esencialmente a la legislación del trabajo de la República de Weimar (11), preveía en su art. 20 una regulación para el caso de despidos en masa, similar a la disposición de paralización. Si el patrono, en empresas de menos de 100 trabajadores, pensaba despedir a nueve obreros, o en empresas de más de 100 trabajadores al 10 por 100, había de avisar con anterioridad este hecho al Delegado del Trabajo competente. Al cabo de cuatro semanas después del aviso entraba en acción el plazo de espera, durante el cual no se podía proceder a despidos sin autorización del Delegado de Trabajo. Sin embargo, esta regulación estaba mejor adaptada a las necesidades económicas de determinadas empresas que la Ordenanza de paralización, en cuanto que no excluía rotundamente los despidos durante el plazo de espera, sino los sometía a la autorización por parte del Delegado de Trabajo y, además, autorizaba a este último a la concesión de excepciones y, sobre todo, a la autorización de limitaciones del horario de trabajo.

La segunda guerra mundial volvió por motivos político-económicos a hacer necesarias limitaciones enérgicas del despido no sólo en casos de despidos en masa, sino también en los individuales. Sin embargo, esta vez el objeto no era la evitación o en todo caso disminución del paro obrero, sino la imposibilitación de un abandono de la industria de armamentos. La disposición relativa al cambio del puesto de trabajo (ArbPlWVo, «Arbeitsplatzwechselerordnung») del 1-9-1939 (RGBl. I, pág. 1685) preveía que no sólo todo despido por

(11) La AOG ha sido anulada por la Ley del Consejo de Control Aliado número 40, del 30-11-1946 (*Amtsblatt Kontrollrat*, pág. 229) para toda Alemania.

parte del patrono empresario, sino también todo cese por parte del trabajador estuviera sujeto a la autorización de la Oficina del Trabajo. Sin embargo, la ArbPIWVo. no incurrió en el mismo error que la disposición de desmovilización, ya que no estableció, como ésta, una prohibición *absoluta* de despido sin consideración a los intereses económicos de las empresas, sino que, sin aludir a la admisibilidad de despidos con respecto a las demás disposiciones legislativas, los condicionaba, sin embargo, a la autorización por parte de la Administración laboral.

Estas limitaciones del despido basadas en el Derecho público, en realidad tienen escasa relación con la protección legal individual del despido. No fueron creadas a favor del individuo, sino para la protección de la economía del país y para la estabilización del mercado del trabajo. Sin embargo, sus consecuencias también abarcan a la protección del individuo. Ello se demostró especialmente en los primeros cinco años después de la segunda guerra mundial, cuando debido a la anulación de la AOG, que contenía disposiciones relativas a la protección individual del despido (12), se hacía notar la falta de esta última. Sobre todo, tras entrar en vigor la Constitución había de dudarse de si las limitaciones del cambio de puestos de trabajo de la ArbPIWVo. aún conservaban su validez, ya que el art. 12 garantizaba constitucionalmente la libertad en la elección del puesto de trabajo, y, por tanto, en el cambio del puesto de trabajo. A pesar de que hubiera sido más adecuado, desde el punto de vista de la metodología del Derecho, anular sencillamente las limitaciones del cambio de puestos de trabajo según la ArbPIWVo. por estar en contrapo-

(12) Comp. parte II.

sición con la Constitución, ya que han de atribuirse al Derecho público y no al derecho de protección individual de despido; muchos de los Tribunales han mantenido el punto de vista de que la ArbPIWVo, sigue limitando al empresario en su libertad de despido, puesto que el art. 12 de la Constitución sólo concede a los *obreros o empleados* el derecho de libre elección de su puesto de trabajo. El patrono, por su parte, no tiene derecho a despedir a sus empleados según su voluntad, ya que la institución de la protección del despido forma parte desde hace mucho tiempo del Derecho alemán del trabajo (13). Por lo tanto, aquí se trató de extender la aplicación de una norma —que por su carácter se basaba en el Derecho público— por analogía a la protección individual de despido, a fin de llenar con ello una laguna en la legislación. Esta cuestión ha perdido hoy día su importancia, puesto que la ArbPIWVo. fué sustituida definitivamente por la Ley Federal de Despidos, de fecha 10-8-1951 (BGBl. I, pág. 499) que será objeto de discusión en la parte II. En todo caso es interesante observar cómo precisamente en la protección del despido desaparecen a veces los límites entre Derecho público y Derecho privado.

b) Paralelamente a estas limitaciones del despido, importantes desde el punto de vista económico-político y estatal-político, se fué desarrollando poco después de la primera guerra mundial también la *protección individual de despido*, que ha de defender al obrero o empleado por sí mismo de despidos injustificados y conservarle su puesto de trabajo que a veces es

(13) Comp. entre los numerosos fallos: LAG Düsseldorf del 11-10-1949, AP 1950, núm. 41; LAG Hamm del 20-10-1949, AP 1950, núm. 42; LAG Heidelberg del 31-10-1949, AP 1950, núm. 130; LAG Hamburg del 24-11-1949, RdA 1950, pág. 40; ObLAG Tübingen del 2-3-1950, AP 1950, núm. 129. Comp. también la recopilación de MONJAU-HEIMEIER, KSchG., 1951, introducción, pág. 20 y sig.

su única base de existencia. Esta protección halló su primer fundamento legislativo en los arts. 84 y siguientes de la Ley de Consejos de Empresa («Betriebsrätegesetz» de 4-2-1920). Sin embargo, es interesante cómo el criterio de Potthoff acerca de una protección legal, puramente individualista, fuera vencido por la idea del colectivismo: según el texto del proyecto de la Ley de Consejos de Empresa (BRG), el trabajador o empleado individual no debería tener derecho a acción procesal ante un despido injustificado. Sin embargo, al consejo de empresa, como órgano colectivo del personal, se le concedía el derecho a protestar frente al empresario contra un despido, «cuando motivos importantes hacían aparecer el despido como perjudicial para los intereses legítimos de la empresa o de su personal, o como excesiva severidad contra determinado obrero o empleado, no motivada por las condiciones de la empresa» (14). Pero esta transformación puramente colectiva de la protección del despido fué modificada en el texto definitivo de la Ley de Consejos de Empresa en el sentido de que también era concedida al trabajador individual una acción procesal contra despidos injustificados desde el punto de vista social. Sin embargo, también de esta forma se conservaba el elemento colectivo. El trabajador, por lo pronto, sólo podía protestar contra el despido ante el consejo de obreros y empleados de la empresa. Si este último consideraba la protesta como injustificada, el trabajador ya no tenía derecho a proseguir su reclamación, pues la decisión del consejo actuaba como interdicción de la acción procesal. Sólo cuando el consejo reconocía como motivada la reclamación y no podía lle-

(14) Comp. FLATOW-KAHN-FREUND. BRG 1920, edic. 13.^a, 1931, nota preliminar 1 al art. 81.

garse a un acuerdo entre éste y el empresario, el consejo de obreros y empleados, o bien el mismo obrero o empleado, tenían la posibilidad de apelar al Tribunal de Trabajo. Esta regulación demuestra que en realidad la decisión sobre la legitimidad del despido no estaba a cargo de los tribunales, sino de los órganos colectivos de la empresa, ya que éstos en todo momento podían impedir el camino a los tribunales cuando consideraban justificado el despido— una regulación que difícilmente podía hacerse compatible con los principios fundamentales del Estado de Derecho.

Frente a esta regulación de orientación extremadamente colectivista se hallaban las tendencias jurídicas puramente individualistas del fallo de los Tribunales del Trabajo. Aun cuando un despido era injustificado desde el punto de vista social, el Tribunal del Trabajo no podía obligar al empresario a seguir ocupando al trabajador. Había de condenar a aquél a anular el despido o a pagar una indemnización que importaba hasta $6/12$ del último salario o sueldo anual, si se negaba a conservarle en su puesto. Por tanto, el empresario, a pesar de la ilegalidad del despido, tenía libertad de despedir previo pago de indemnización. Aunque estas disposiciones habían alcanzado gran importancia en la práctica, no podía hablarse de una auténtica protección del despido que exigiera bajo todos los conceptos la continuación de la relación de trabajo en caso de un despido injustificado en el aspecto social. Por tanto, la idea liberal de la libertad de despido tuvo acceso —voluntaria o involuntariamente— también en la Ley de Consejos de Empresas de 1920.

La citada Ley enumeraba los motivos por los cuales un despido puede parecer injustificado en el aspecto social, aun-

que contenía, sin embargo, el último motivo, una cláusula general muy elástica. Los motivos eran los siguientes:

Perjuicio a causa del sexo, de actividad política, militar, religiosa o sindical, o a causa de afiliación o no afiliación a un partido o a un sindicato determinado (15);

Despidos sin indicación de los motivos;

Despidos por negación del trabajador o empleado a realizar otro trabajo que el acordado;

Despidos que representan una cierta severidad no motivada por la actitud del trabajador o empleado o por las condiciones de la empresa.

Los miembros de la representación de la empresa (consejo de empresa, consejo de obreros y empleados) disfrutaban de una protección especial, ya que no podían ser despedidos —con exclusión de algunos casos excepcionales jurídicamente expresados— sin la autorización de la representación del personal. También aquí se confunden las consideraciones derivadas del derecho del individuo y del derecho de la colectividad. Por una parte, el miembro del consejo de empresa, como tal, había de protegerse especialmente, puesto que debido al cumplimiento de su misión podían producirse más fácilmente conflictos con el patrono. Por otra parte, debía defenderse mediante la especial protección del despido también la representación de la empresa como tal, ya que el despido de un miembro del consejo de la empresa en general tiene graves consecuencias para el orden interno de los órganos constitucionales de la empresa.

La AOG adoptó las ideas fundamentales de la protección del despido contenidas en la Ley de Consejos de Empresa de 1920. Sin embargo, la decisión del Consejo de Confianza, que

(15) Se trata aquí de una prohibición del *closed shop* conocido en el Derecho del Trabajo angloamericano.

en el derecho de trabajo nacionalsocialista sustituyó al Consejo de Empresa, no tenía como consecuencia una interdicción de la acción procesal a través del Tribunal de Trabajo. Además, los motivos por los que un despido pudiera parecer injustificado desde el punto de vista social estaban reunidos en una especie de cláusula general. Sin embargo, se mantenía la libertad fundamental de despido, ya que también aquí el patrono podía elegir entre la continuación de la relación de trabajo y la indemnización. Si el patrono no se manifestaba en este aspecto, había de suponerse de manera irrefutable que la relación de trabajo había terminado y que había sido elegida la indemnización.

II

La evolución expuesta conduce a los problemas relacionados con la *protección del despido* vigente hoy día en la República Federal alemana. Esta protección está regulada por la «*Bundes kündigungsschutzgesetz*» (KSchG), de fecha 10-8-1951 (BGBl. I, pág. 499). Sin embargo, el legislador, en las deliberaciones acerca de esta ley, no podía enlazar sencillamente con la antigua tradición, sino que había de tener en cuenta, de modo especial, el nuevo orden básico constitucional de la República Federal. Esta está orientada en primer término hacia la liberalidad y prohíbe intromisiones en la libertad del individuo en tanto que no estén justificadas por la misma Constitución, por derechos de terceros o por la ley moral (16). Por otra parte, el art. 20 proclama a la República Fe-

(16) Comp. art. 2 del GG: «Todo individuo tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto que no atente contra los derechos de otros o contra el orden constitucional o los principios de la moral.» Además, el art 21.

deral como Estado federal *social*. Por lo tanto, el legislador se vió ante la difícil misión de crear una síntesis justa entre los dos polos «liberal» y «social» que, aunque no se excluyan necesariamente, sí se limitan recíprocamente. De todas formas, el orden básico liberal impedía establecer una prohibición absoluta del despido en el sentido de un Estado bienestar («Wohlfahrtsstaat. Por otra parte, la finalidad social de la República Federal exigía conservar al obrero o empleado su puesto de trabajo como única base de existencia y protegerle en lo posible de los despidos injustificados. La Ley ha solucionado esta síntesis de forma que, si bien mantiene fundamentalmente el libre derecho empresarial al despido, según se desprende de la formulación negativa del art. 1.º, párrafo 1.º de la KSchG (17). condiciona este derecho a circunstancias muy determinadas.

Según el art. 1.º, párrafo 2.º de la KSchG, un despido es injustificado en el aspecto social y, por tanto, ilegítimo, si no está motivado por actos personales o por la actitud del trabajador, o bien por exigencias urgentes de la empresa. A pesar de la formulación negativa del art. 1.º, párrafo 2.º de la KSchG que subraya terminológicamente la libertad de despido que por principio se ha conservado, en realidad dicho artículo contiene una delimitación positiva de las posibilidades de despido. Según el citado artículo, un despido sólo es jurídicamente válido cuando está condicionado a la persona o actitud del tra-

párrafo 2. del GG, en virtud del cual los partidos que tratan de menoscabar el «orden fundamental liberal democrático» son anticonstitucionales. Acerca del concepto de libertad en la Constitución económica véase NIPPERDEY, *Die Grundprinzipien des Wirtschaftsrechts*, en *Recht, Staat und Wirtschaft*, tomo III, pág. 223 y sig.; ANDRAE, *Wirtschaftsdienst*, 1952, pág. 223 y sig.

(17) Art. 1.º, párrafo 1.º de la KSchG; dice: «La rescisión del contrato de trabajo frente a un obrero o empleado... no es jurídicamente válida cuando es injustificada desde el punto de vista social.»

bajador o a exigencias eminentes de la empresa (18). Esta formulación negativa, sin embargo, tiene importancia en la demostración de pruebas, ya que el *trabajador* ha de probar, durante el proceso, ante los Tribunales del Trabajo, la ausencia de motivos de despido, legalmente admitidos y, por tanto, la ilegalidad social del despido.

Pero también el despido condicionado por exigencias de la empresa no está admitido sin limitaciones y respecto a cada trabajador o empleado. El empresario, según el art. 1.º, párrafo 3.º de la KSchG, al designar los individuos para el despido, ha de tener en cuenta puntos de vista sociales, como, por ejemplo, estado familiar, edad, número de hijos, pertenencia a la empresa, etc. Sólo cuando existan necesidades urgentes de la empresa que justifiquen el que continúen en su puesto, pueden dejar de tenerse en consideración dichos "puntos de vista sociales".

En esta relación, se presenta un problema especial respecto al despido de mujeres casadas, cuyo sustento está asegurado suficientemente por los ingresos de su esposo. Muchos de los empresarios han procedido a despedirlas a fin de asegurar, en caso de despidos motivados por necesidades de la empresa, la continuación de los trabajadores o empleados masculinos en

(18) No pueden discutirse aquí los numerosos ejemplos. Motivos, residentes en la persona o actitud del obrero o empleado son, por ejemplo, incapacidad permanente para el trabajo, rendimiento insuficiente en el trabajo, grave sospecha de una acción delictiva, daños causados al patrono imprudente o premeditadamente, negación obstinada al trabajo, ofensa del patrono o de sus representantes, perturbación de la paz de la empresa, infracción contra prohibiciones de competencia, etc. El despido es justificado por causas de interés vital para la empresa, por ejemplo, restricciones de la misma; medidas de racionalización, como, por ejemplo, instalación de máquinas que ahorran mano de obra a fin de conservar la capacidad de competencia. Comp. en detalle la excelente recopilación de MONJAU-HEIMEIER, KSchG, 1951, art. 1, nota 9-11.

sus puestos, o para crear plazas vacantes en favor de obreros parados. En este aspecto siempre vuelve a presentarse la cuestión de si el despido de mujeres casadas y con ingresos suficientes por el matrimonio, viola la disposición de igual trato de ambos sexos garantizada constitucionalmente por el artículo 3.º de la GG (19). La doctrina y la jurisprudencia se contradicen en este aspecto (20). Por principio, habrá de exigirse una comparación de la situación social de *todos* los obreros y empleados, pero en el caso individual el despido de una mujer casada y con un hogar con recursos económicos será menos grave, ya que según el criterio alemán el hombre es el sustentador principal de la familia y, por tanto, ha de conservársele su puesto de trabajo el mayor tiempo posible, en interés de una estructura del pueblo sana desde el punto de vista sociológico y políticoeconómico.

2. Otra característica de la nueva KSchG frente a la antigua tradición, consiste en que separa totalmente la protección del despido del derecho colectivo de trabajo y la convierte en una materia jurídica especial del *derecho individual de trabajo*. Con ello, por primera vez queda realizada la idea original de la protección del despido según lo exigía la doctrina

(19) Comp. acerca de la cuestión de si el art. 3.º de la GG también abarca a negocios jurídicos privados NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, Dictamen, 1951, con más indicaciones bibliográficas.

(20) Comp. NIPPERDEY en RdA 1950, pág. 197; VON CAEMMERER en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, tomo 76, pág. 153; KRÜGER en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1950, pág. 701, RdA 1950, pág. 436. AP 1951, núm. 42, pág. 139; ArbG. Duisburg del 23-3-1950 en RdA 1950, pág. 197; LAG Düsseldorf del 11-8-1950 en AP 1951, núm. 42; LAG Hamm del 6-9-1950 en AP 1951, número 185; ArbG. Colonia, del 14-7-1950 en RdA 1950, pág. 435, y también quizá LAG, Hamburg, del 6-9-1950; en AP 1951, núm. 101; referido al caso individual, BEITZKE en AP 1951, núm. 185, pág. 132, y STURR en BB 1951, página 815.

social a principios del siglo actual: un *derecho individual* de los obreros o empleados a la conservación de sus puestos de trabajo, Mientras todavía la AOG mantenía el elemento colectivo en la protección del despido en cuanto que era condición previa para un proceso el haberse intentado una conciliación entre empresario y obrero o empleado, habiendo de aportar este último ante el Tribunal de Trabajo un certificado de haber fracasado este intento, en la KSchG sólo se tiene en cuenta el elemento colectivo en cuanto que el obrero o empleado *puede* elevar una protesta ante el Consejo de Empresa si ello le parece adecuado. Por tanto, la protesta ante el Consejo de Empresa no es obligatoria y, en consecuencia, no constituye una condición previa para un proceso, cuya falta conduciría a la inadmisibilidad de la denuncia. Además —en contraposición al BRG de 1920— se ha suprimido la facultad del Consejo de Empresa a presentar la denuncia en lugar del trabajador o empleado despedido.

También la ley constitucional de empresas («Betriebsverfassungsgesetz») aprobada el 11-10-1952 (BGBl I, pág. 681) excluye en gran medida la colaboración colectiva de la representación de la empresa, en consideración a la nueva orientación iuspersonalista de la protección del despido. Existe únicamente en casos de despido individuales un derecho a alegación oral, pero no un derecho a codecisión por parte de la representación de la empresa (art. 66, párrafo 1.º de la BetrVG). Sin embargo, en este aspecto se presenta la objeción de si el legislador ha hecho justicia a la estructura real de nuestra actual constitución del trabajo. El legislador es de opinión de que una protección iuspersonalista suficiente hace innecesario el derecho a codecisión por parte de la representación de la empresa. Esta tesis conduce a equívocos en cuanto que el de-

recho a la codecisión en casos de despido se basa sobre una situación de intereses totalmente distinta que la protección individual del despido. Mientras que la protección individual del despido únicamente tiene por objeto la resolución de un conflicto de intereses entre el trabajador o empleado individual y el empresario, el derecho a la codecisión por parte del Consejo de Empresa ha de defender los intereses del personal como tal, que en litigios individuales por despido no siempre se toman en suficiente consideración o, debido a la falta de conocimiento de las circunstancias de la empresa, por parte del Tribunal de Trabajo, no pueden tenerse suficientemente en cuenta (21).

3. La nueva KSchG también ha abandonado en gran medida el principio de indemnización, contradictorio desde el punto de vista del Derecho político, así como de la lógica jurídica, y ha admitido la *nulidad* de despidos injustificados en el aspecto social. Si el Tribunal de Trabajo considera un despido inadmisibile desde el punto de vista social, según el artículo 1.º de la KSchG, ha de expresar en su fallo que el despido no es válido y que, por tanto, la relación de trabajo no está anulada. Por consiguiente, ya no hay lugar a una elección por parte del empresario entre anulación del despido e indemnización. Sólo en casos excepcionales, es decir, ante la imposibilidad de la continuación del empleo o ante el peligro de que éste no permita esperar una colaboración entre empresario y trabajador favorable para la empresa, el Tribunal puede anular el contrato de trabajo a petición de una de las partes y ordenar el pago de una indemnización.

(21) Semejante en otra relación con el Derecho, HUECK, KschG, 2.ª edic., 1952, Introducción pág. 23; BÖTTICHER, RdA 1951, pág. 82. DIETZ, NJW 1951, página 941.

4. La *protección especial del despido de miembros del Consejo de Empresa* está expresada en el art. 13 de la KSchG. como prohibición absoluta de despido. No puede procederse al despido de miembros del Consejo de Empresa excepto cuando exista un motivo importante para la separación sin plazo, o se pueda paralizar toda la empresa. En este último caso, el despido sólo es admisible en el momento de la paralización o cese de actividades, cuando no existen necesidades eminentes de la empresa que hagan necesario el despido en fecha anterior. Pero aun cuando únicamente se paralice una sección de la empresa, no se permite despedir a los miembros del Consejo de la Empresa que en ella trabajan, sino que han de pasar a otras secciones de la empresa que aún estén funcionando, siempre que ello no esté en contra de intereses urgentes de la empresa.

5. La adopción de *limitaciones en casos de despidos en masa* en la KSchG (arts. 15 y siguientes) parece poco sistemática, ya que en ellas se trata, como ya se ha observado, de un *derecho público* en relación con el *trabajo dividido*. Análogamente a lo que sucedía en las leyes anteriores, el empresario está obligado a anunciar los despidos en masa (22) con una cierta antelación a la Oficina de Colocación, por lo que entra en acción un plazo de espera de un mes, durante el cual los despidos sólo tienen validez con la autorización de la Oficina Provincial de Colocación («Landesarbeitsamt»). Aquí no se trata de la típica protección del despido, si bien ésta también

(22) La relación numérica ha sido alterada en la KSchG frente a las anteriores leyes. En empresas con 20 a 49 obreros o empleados comprende 5 despidos; en empresas con 50 a 499, el 10 por 100 de los obreros o empleados ocupados regularmente en la empresa, o bien más de 25; en empresas con 500 o más obreros y empleados al menos, 50 despidos en el curso de cuatro semanas.

ha de considerarse en tales despidos en masa, sino de una distribución y control de los *despidos* por interés público y político respecto del mercado de trabajo. Por ello, la omisión del aviso o la falta de la autorización del «Landesarbeitsamt» no afecta en sí a un despido jurídicamente válido según el artículo 1.º de la KSchG. Por otra parte, tal despido no conduce a la anulación de la relación de trabajo, si acaece dentro del plazo de espera o si, a pesar de existir las condiciones previas de despidos en masa, no se ha hecho el debido aviso a la Oficina de Colocación (23). En tal caso continúa en vigor el contrato de trabajo, sin que sea necesaria la determinación de la inadmisibilidad del despido desde el punto de vista social. Por lo tanto, ya no existe una prohibición general o una reserva general de la autorización para el cambio del puesto de trabajo, ya que serían incompatibles con la libertad de elección del puesto de trabajo garantizada por el art. 12 de la Constitución.

III

En lo que se refiere a la *posición sistemática de la protección del despido*, puede afirmarse que en su regulación legislativa actual representa una materia aislada del Derecho del Trabajo, que reúne en sí tantos elementos procedentes del derecho privado o individual, como también elementos colectivos de origen jurídico público, perteneciendo, sin embargo, por su principio de orden sistemático, al Derecho del trabajo privado individual. Paralelamente a esta protección existen las disposiciones relativas al despido de mutilados, embarazadas, prisioneros de guerra, repatriados y otros grupos especia-

(23) Comp. HUECK. KSchG, art. 16, nota 1 y sig.

les (24), cuyos detalles no han de discutirse en el ámbito de este tema general.

Con ello surge la cuestión de la posición de las normas de protección del despido frente al Derecho civil general. No cabe duda de que las disposiciones generales sobre los plazos de despido, y en especial sobre el derecho al despido sin plazo, por motivos importantes han permanecido en vigencia, según lo confirma la ley (por ejemplo, los arts. 11, párrafo 1, y 13, párrafo 1 de la KSchG en lo que se refiere al despido sin plazo). Sin embargo, es dudoso si los despidos están sujetos, además de a la disposiciones de la KSchG, a las normas generales ius-civilistas sobre la nulidad de actos jurídicos adversos a la moral (artículo 138 del BGB) y sobre la prohibición de la actuación jurídica inadmisibles («Verstoss gegen Treu und Glauben», artículo 242 del BGB.), o si la KSchG. excluye, según el principio *lex specialis derogat generali*, la aplicación de dichas disposiciones.

La cuestión de la aplicabilidad del art. 138 del BGB. (nulidad de actos jurídicos contrarios a la moral) está solucionada en cuanto que el art 11, párrafo 3 de la KSchG., admite expresamente la invocación, por parte del obrero o empleado, de la repudiabilidad del despido frente a la moral, aparte de la invocación de su inadmisibilidad desde el punto de vista social. No tan clara está la situación respecto a la objeción de la acción jurídica inadmisibles, o bien abusiva, contra un despido (artículo 242), a la cual no alude la KSchG. Por regla general, un

(24) Para estas personas existe o una imposibilidad de despido temporalmente limitada, o bien su despido está sujeto a autorizaciones por parte de la superioridad. Comp. Ley de Mutilados del 12-1-1923 (RGBl. I, pág. 58), Ley de Protección a la Madre del 24-1-1952 (BGBI. I, pág. 23) y Ley de Repatriados del 19-6-1950 (BGBI. I, pág. 221).

despido abusivo, según el art. 242 del BGB, será al propio tiempo un despido en pugna con el orden social según el artículo 1.º de la KSchG. Ahora bien, como esta Ley establece, para la alegación ante los tribunales de la inadmisibilidad social y moral del despido, un plazo exclusivo de tres semanas, después de recibir el aviso, el trabajador o empleado podría afectar la idea de apoyar su reclamación, inadmisibile por caducidad del plazo, en la objeción de la acción jurídica legal, para la que no se ha previsto un plazo de denuncia, y de crear con ello una protección de despido adicional.

Esta interpretación no parece corresponder al supuesto de la KSchG, que con el concepto de la «inadmisibilidad social» del despido no se proponía crear un nuevo estado de causa paralelo a la acción jurídica inadmisibile, sino proveer de un sentido concreto y modificar la acción jurídica, inadmisibile según el art. 242 del BGB, para la materia de la protección del despido. Por lo tanto, una alegación por parte del obrero o empleado del art. 242 del BGB, además o en lugar del art. 1.º de la KSchG, no sólo conduciría a un pleonasma no previsto por la ley, sino directamente a eludir los límites materiales y temporales de la protección del despido establecidos en la KSchG. (25).

Por lo contrario, habrá de suponerse que aquellos trabajadores o empleados a los que no abarca la KSchG. (26) podrán proceder a la alegación de la acción jurídica inadmisibile

(25) Comp. HYECK, KSchG, Introducción, pág. 27; MONJAU-HEIMEIER, KSchG, art. 1.º, nota 17; HERSCHEL-STEINMANN, KSchG, 1951, art. 1.º, nota 3. y otros.

(26) Obreros y empleados de empresas que regularmente ocupan menos de seis personas, obreros y empleados que pertenecen a la empresa menos de seis meses, jóvenes de menos de veinte años y empleados con funciones directivas.

contra despidos abusivos, habiendo de observarse, sin embargo, que no todos los despidos aparentemente adversos al orden social constituyen una acción jurídica inadmisibile (27), de modo que para las personas a las que no alcanza la KSchG, la protección de despido es más limitada. No puede aprobarse el criterio contrario (28), el cual se propone deducir de la aplicabilidad limitada de la KSchG., el que se debería crear, para las personas que quedan excluidas de dicha ley, un estado de causa especial, respecto a la libertad total de despido no sujeta a la lealtad obligatoria. Sería aquívoco suponer que el legislador, al excluir a determinadas personas de la posibilidad de invocar la *inadmisibilidad social* del despido, haya querido cortarles también el camino de la alegación de la *Treuwidrigkeit* (acción jurídica inadmisibile). Ello sería en todo caso justo si se identificara la inadmisibilidad social con la prevaricación con la deslealtad o *Treuwidrigkeit*. Pero en este aspecto no se tiene en cuenta que estos dos conceptos se diferencian en sí en cuanto que la inadmisibilidad social es definida más bien desde el lado objetivo y la prevaricación o deslealtad desde el subjetivo. El art. 242 del BGB es, sin embargo, un principio jurídico general e inalterable que si bien puede ser modificado en leyes especiales no puede ser excluido aún ante la mayor libertad de despido imaginable.

DR. GERHARD SCHNORR

(Del Seminario de Derecho del Trabajo
de la Universidad de Colonia)

(27) Comp. LAG. Francfort del 8-9-1949, AP 1950, núm. 120; LAG Bremen del 4-8-1948, RdA 1948, pág. 193.

(28) Así HUECK, KSchG, Introducción, pág. 28; ROHLFING, KSchG 1951, art. 6.º, nota 4; DIETZ, NJW, pág. 944. MONJAU-HEIMEIER, KSchG, art. 1.º, nota 18.