

Ensayos

EL CIERRE PATRONAL Y SU NUEVA DISCIPLINA JURIDICA

SUMARIO:

1. Rasgos conceptuales.—2. Tratamiento jurídico inicial.—3. La libertad implícita de cierre.
4. La nueva regulación de los conflictos colectivos y el cierre patronal.—5. La ilicitud del *lock-out* y sus consecuencias.—6. La suspensión de actividades por fuerza mayor.
7. Supuestos asimilados.—8. Tratamiento jurídico de la suspensión.

I. RASGOS CONCEPTUALES

Un tema sistemáticamente marginado en la doctrina laboral, en contraposición a la amplia y creciente bibliografía sobre la huelga, es el del cierre patronal o *lock-out*, hasta el punto que se ha podido afirmar que pocos temas hay tan oscuros en el moderno Derecho del Trabajo como la ordenación jurídica del cierre y su eficacia (1). Esta desatención provocada quizá por la poca simpatía que pueda despertar la figura, no responde desde luego ni a su falta de interés dogmático ni tampoco a su posible importancia práctica.

En realidad, el cierre aparece como reacción patronal frente a la coalición huelguística obrera; de ahí que su función primordial sea la de luchar contra la huelga, o evitarla, medida generalmente defensiva frente a una huelga declarada o prevista, contra ataques patronales para forzar la presión de los no huelguistas privados del trabajo por el cierre, sobre los huelguistas, de ahí su consideración de «contrahuelga» (2).

Dogmáticamente, sin embargo, al lado de este cierre de defensa, que es el normal en la práctica, puede hablarse de un cierre ofensivo, que quiere im-

(1) Cfr. YAMAGUCHI: *La Theorie de la suspension du contrat de travail*, París, 1963, página 409.

(2) PIC: *Traité élémentaire de législation industrielle*, 5.^a edición, París, 1922, página 162; LYON CAEN: *Le lock-out, Droit ouvrier*, 1950, págs. 50 y sigs. Cfr. TISSEMBaum: *La huelga y el «lock-out» ante el Derecho*, Buenos Aires, 1952, pág. 222.

poner determinadas exigencias, ya sea a la colectividad de trabajadores, ya sea, incluso, al propio Estado. Por eso, la definición del cierre debe prescindir de la circunstancia fáctica de que esté o no provocado por la existencia de una huelga. Debe ponerse el acento en las partes, en el medio utilizado y en el fin u objeto.

Como contienda laboral que es, el cierre patronal afecta a una relación colectiva de trabajo, afecta, esto es, a grupos de trabajadores, y en ello reside el momento colectivo del cierre.

El carácter colectivo del cierre no deriva tanto de la colectividad del sujeto activo (que puede ser un empleador aisladamente, varios empleadores o responder a la decisión de una organización patronal), sino el de sus destinatarios. Al igual que en materia de huelga, se plantea la cuestión de la delimitación en abstracto de qué debe entenderse por tal grupo. Se habla de que afecte a un número importante de trabajadores (3); más adecuado es afirmar que lo decisivo no es el número o proporción de los trabajadores a que afecte, sino que ese afectar sea en sí mismo colectivo, tenga una causa genérica unitaria, de manera que no puede verse en la decisión empresarial discrepancia individual con trabajadores concretos. Debe tratarse de una decisión *uti universi* frente a un número genérico e indeterminado de trabajadores; el empleador carece de discrecionalidad en elegir los trabajadores afectados, debe tratarse de una elección en grupo, según criterios generales. No se trata de un conjunto de decisiones individuales que podrá afectar la totalidad del personal, pero que no llegaría a constituir una decisión colectiva, el cierre es una auténtica decisión colectiva y, por tanto, impersonal y, al menos potencialmente, general (4).

La decisión empresarial de cierre utiliza como instrumento de contienda laboral el medio específico de privar a los trabajadores, sin su consentimiento, de su ocupación remunerada, esto es, el excluir al trabajador de la posibilidad de prestar trabajo y así obtener salario. La pérdida del salario es exactamente el perjuicio que se quiere ocasionar al grupo de trabajadores para obtener el fin perseguido por la contienda. Desde el punto de vista fáctico, en el cierre patronal existe el hecho real de impedir a los trabajadores ocupar sus puestos de trabajo y desarrollar su trabajo normal, y ello como medio de presión económica al impedirles correlativamente la obtención del salario. En una rela-

(3) NIPPERDEY: En *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, con HUECK, tomo II, 6.ª edición, Berlín, 1957, pág. 612.

(4) DURAND-VITU: *Traité de Droit du Travail*, III, París, 1956, pág. 901; RODRÍGUEZ-PIÑERO: *La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones*, Murcia, 1961, pág. 76.

ción de trabajo existente se produce así una suspensión de actividad, una paralización del empleo, que persigue precisamente la suspensión de la fuente económica de sustento del trabajador. Lo esencial es este cese de remuneración; el cese de actividades es más bien el sacrificio que se autoimpone el empleador para el logro de esa pérdida de salario. También es sustancial la iniciativa del empleador el dejar en manos de él la reanudación de actividad (5).

La mayor dificultad dogmática que plantea el cierre patronal radica precisamente en enjuiciar su efecto cara a los trabajadores que en el momento de la decisión patronal se encontraban ya en huelga y, por ello, en suspenso su relación de trabajo. Con frecuencia para facilitar una solución se afirma que en tal caso el cierre provocaría la disolución de las relaciones de trabajo, aun conteniéndose en él una invitación de los trabajadores a ser readmitidos una vez finalice la contienda. Posiblemente haya aquí una confusión entre medios y efectos del cierre. El medio utilizado para conseguir la finalidad última, que es la pérdida de salario, puede ser diferente según la tradición nacional y el régimen jurídico de cada país, allí donde el cierre esté legitimado y regulado, la vía suspensiva estará especialmente facilitada, al contrario, decisiones extintivas aparentemente disciplinarias pueden encubrir, como a veces ha ocurrido entre nosotros, no otra causa que una presión en la colectividad trabajadora para reanudar el trabajo aceptando la posición patronal. Ello sucede cuando junto a la decisión extintiva exista explícita o implícitamente esa oferta de restablecimiento de la relación. Es, pues, indiferente que se exteriorice el cierre mediante decisión suspensiva o extintiva, pero en todo caso el cese de actividad en que consiste el cierre patronal debe ser temporal (6).

La decisión empresarial de privar temporalmente del empleo a un grupo de trabajadores —puede tratarse de un cierre total o de un cierre parcial que sólo afecte a parte del personal de la empresa (7)— debe tener por finalidad la

(5) Algunos autores ponen el acento definitorio en el aspecto fáctico del cese de actividades; así, TISSEMBAUM: loc cit., pág. 220; BROX-RUTHERS: *Arbeitskampfrecht*, Stuttgart, 1965, pág. 34. Otros insisten, más correctamente, en la pérdida salarial; confrontese, por todos, NIKISCH: *Arbeitsrecht*, tomo II, 2.^a edición, Tubinga, 1959, página 94. Vid., sobre lo decisivo del efecto de dejar la reanudación de actividades en manos del empleador, TOMANDL: *Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes*, Viena, 1965, pág. 23.

(6) «El empleador que cierra, nunca piensa en una extinción definitiva» (NIPPERDEY: loc. cit., pág. 612). Cfr. CABANELLAS: *Derecho de los conflictos laborales*, Buenos Aires, 1966, págs. 427 y 437; MONTALVO: *El cierre patronal*, en «Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo», Madrid, 1968, pág. 262.

(7) BROX-RUTHERS: *Una clasificación sistemática y completa de las formas de cierre*, en «*Arbeitskampfrechts*», cit., págs. 35-36.

satisfacción de una reivindicación patronal. Precisamente en ello se distingue el cierre patronal de otras decisiones empresariales que no encierran el deseo de obtener una solución favorable del conflicto (8). Tal fin conflictivo puede ser muy variado, también cabe aquí distinguir entre un cierre «político» (si las peticiones patronales no se dirigen frente a la colectividad obrera o, más directamente, frente a sus organizaciones, sino frente a los órganos del poder político), del cierre con una finalidad específica laboral frente a la parte trabajadora, que es el supuesto típico y normal de cierre patronal. Lo importante en todo caso es que la medida empresarial no sea arbitraria, sino persiga una finalidad, el cierre es siempre un medio, nunca un fin en sí mismo, es un medio para este fin que genéricamente cabe designar como conflictivo, que existe en toda contienda laboral. Por eso, un cierre por dificultades económicas, exigencias técnicas, etc., no es en ningún caso un *lock-out* (9).

2. TRATAMIENTO JURÍDICO INICIAL

Ante la nueva estrategia sindical, que utiliza medios de acción colectiva menos prácticos que la pura huelga, pero bastante efectivos, el cierre patronal, tras una larga etapa de abandono, ha comenzado a ser utilizado con alguna frecuencia en algunos países europeos. Paradójicamente, esta reaparición del *lock-out* como respuesta patronal a determinadas actitudes de los trabajadores, coincide, en la mayor parte de los países, con una clara tendencia a diferenciar el tratamiento jurídico inicialmente igualitario entre la huelga y el cierre. En la medida en que la huelga es objeto de un especial reconocimiento constitucional y una protección jurídica garantizada, al contrario de lo que sucede normalmente con el *lock-out*, debe llegarse a la conclusión de una diferenciación del régimen jurídico de ambos, por una serie de razones obvias en su mayor parte (10). Sin embargo, no dejan de existir ordenamientos en los que la igualdad de armas en las relaciones colectivas lleva a una consagración rígida y fir-

(8) Cfr. SINAY: *La greve*, en «Traité» CAMERLYNK, tomo VI, París, 1966, págs. 340 y sigs.; ALONSO GARCÍA: *Derecho procesal del trabajo*, tomo I, págs. 160 y sigs.

(9) Cfr. TOMANDL: *Streik und Aussperrung...*, cit., pág. 23.

(10) Han sido, sobre todo los juristas franceses, los que han defendido la necesidad de un tratamiento diferenciador de huelga y «lock-out», así, especialmente, DURAND, (locución cit., pág. 896), LYON CAEN (*Le lock-out*, cit., págs. 50 y sigs.), CAMERLYNK (*Lock-out*, en «Encyclopedie jur. Dalloz». Rep. Droit social et du travail, París, 1961), SINAY: (*La greve*, cit., págs. 335 y sigs.), etc. Para la doctrina hispanoamericana, vid. RUPRECHT: *Conflictos colectivos de trabajo*, Buenos Aires, 1967, págs. 260 y sigs.

me de un tratamiento idéntico para ambos tipos de contienda, manteniéndose así lo que era normal en la legislación de principios de siglo (11).

Entre nosotros se ha producido también un paralelismo en la regulación de la huelga y el cierre, de modo que éste sufre las mismas vicisitudes de la evolución de aquélla. Ya la Ley de Huelgas de 1909 declaraba que «tanto los patronos como los obreros pueden coligarse, declararse en huelga y acordar el paro para los efectos de sus respectivos intereses» (art. 1.º), estableciéndose un tratamiento paralelo de unos y otros. Tratamiento paralelo que existe también, por ejemplo, en el art. 679 del Código penal del 28, o en la posterior Ley de Jurados Mixtos. El art. 91 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 declaraba los efectos de suspensión temporal tanto de la huelga como del *lock-out* (12). Este paralelismo prosigue tras la Guerra Civil, que trae consigo, junto a la prohibición de la huelga, la total prohibición de paros patronales. Esta doble prohibición es consecuencia de un pensamiento que ve en las disputas laborales una intolerable manifestación de una lucha de clases, que, en ningún caso, quieren admitirse, «las condiciones de trabajo —explica García Oviedo— vienen señaladas por vía reglamentaria, y, acerca de ellas, no es tolerable controversia violenta entre las partes, cuyos intereses especiales se funden en el interés general que el Estado representa» (13).

Aun cuando en el Fuero del Trabajo no se aluda expresamente al cierre patronal, es incluíble en la prohibición genérica de actos perturbadores de la normalidad de la producción. Ello se evidencia en el art. 44 de la Ley de Seguridad del Estado de 1941, que sanciona penalmente a las «coligaciones de patronos dirigidas a paralizar el trabajo y la huelga de obreros», lo que pasó, en sustancia, al art. 222 del Código penal de 1944 (14). Por su parte, la Ley de Orden público sanciona, junto a los paros colectivos, los cierres y suspensiones ilegales de empresas (15).

(11) Ello, sobre todo, en el Derecho germánico, *vid.* un análisis sucinto y completo de la cuestión en TOMANDL: *Streik un Ausperrung*, cit., págs. 41-52.

(12) *Vid.* GALLART: *Derecho español del trabajo*, Barcelona, 1936, págs. 230 y siguientes. SERRANO CARVAJAL: *Legislación de los conflictos colectivos de trabajo hasta el Fuero del Trabajo*, en «Quince lecciones», cit., págs. 166 y sigs.

(13) *Tratado elemental de Derecho social*, 5.ª edición, Madrid, 1952, pág. 597.

(14) *Cfr.* BASTERO ARCHANCO: *La huelga delito*, Temis, 1958, págs. 11 y sigs.; CASTEJÓN: *Del delito de huelga al delito contra la economía nacional...*, en «Revista de Trabajo», 1944, págs. 263 y sigs.; GARCÍA ABELLÁN: *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1955, páginas 225 y sigs.; GARCÍA PUENTE: *Los delitos de huelga*, Salamanca, 1964; PÉREZ BOTIJA: *La huelga ante el Derecho español*, en «La huelga», Instituto de Derecho del Trabajo, Santa Fe, 1951, págs. 321 y sigs.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Los conflictos colectivos y el Fuero del Trabajo*, en «Revista del Trabajo», 1963, págs. 165 y sigs.

(15) *Vid.* DEL PESO Y CALVO: *Antecedentes históricos de la regulación de los con-*

La modificación del art. 222 del Código penal no sólo vino a reducir el círculo de lo ilícito penal en materia de huelga, sino también hace lo mismo en materia de cierre patronal: no se considerará sedición cualquier cierre, sino sólo aquella suspensión patronal del trabajo «con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, perturbar su normal actividad o, de manera grave, la producción nacional». Esta modificación quedaría luego consolidada con la modificación, por la L. O. E. de la declaración XI, 2, del Fuero del Trabajo.

El cambio normativo en esta materia no ha sido objeto de especial atención, en la medida que la prohibición penal de cierre, aun respondiendo a la lógica del sistema, carecía de virtualidad por la innecesidad sentida por el empleador de acudir a este medio de contienda. Al no existir enfrente poderosas organizaciones que articularasen una lucha reivindicativa abierta, y al dejarse la fijación de condiciones de trabajo en manos públicas (aceptándose, además, por el ordenamiento, la coincidencia del interés de la producción y el interés general), la situación patronal fue durante años tan cómoda como pasiva: aplicaba unas condiciones mínimas que no tenía que negociar, sino que le venían dadas, y, por encima de las mismas, tenía entera soberanía para decidir discrecionalmente mejora. La afirmación de Adam Smith de que el empleador no necesitaba coligarse sino que él mismo era una coligación, era aquí plenamente aplicable.

Si la colectividad obrera, ilegalmente, se coaliga e intentaba presionar frente al empleador, éste no tenía necesidad de utilizar la vía del cierre, ya que la ilegalidad de la actitud trabajadora permitía una solución más cómoda, la llamada al aparato represivo estatal para que reaccionara frente a esas conductas y forzara a los trabajadores a volver a la normalidad del trabajo. Junto a ello tiene, además, su potestad disciplinaria frente a los trabajadores «contendientes», cuando no el fácil recurso de un despido, que, en su primer momento, ni siquiera va a ser objeto de control jurisdiccional (16). Ni ofensiva ni defensivamente el empleador y mucho menos la colectividad de empleadores tienen necesidad de acudir al *lock-out* para imponer unas determinadas pretensiones.

La situación comienza a cambiar cuando junto a la fijación reglamentaria de las condiciones de trabajo, aparece un instrumento de fijación negociada pa-

lictos colectivos en Derecho español desde el Fuero del Trabajo..., en «Quince lecciones», citado, págs. 190-191; GARCÍA ABELLÁN: *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, 1969, pág. 165.

(16) Sobre la confusión conceptual de no considerar el despido por huelga como conflicto individual, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*, en «Revista Derecho del Trabajo», núm. 50, págs. 19 y sigs.

ritaria de aquéllas. El reducido margen de la autonomía colectiva supone no sólo dejar un espacio libre de la intervención normativa estatal, sino que ese espacio no sea campo libre de decisiones unilaterales del empleador, sino de acuerdos que éste tiene que negociar y pactar con representaciones sindicales de trabajadores.

La situación del empleador en el plano colectivo va a verse así profundamente alterada, y es en este momento cuando, junto a la reaparición de una acción colectiva trabajadora, puede surgir, al margen de su calificación y tratamiento jurídico, la función práctica de la «coalición patronal». Al igual que sucede con la huelga, la normativa rehusa utilizar el nombre de cierre o *lock-out*, aludiendo a ambos, sólo de forma implícita, dentro de la regulación del convenio colectivo, al vedarse a cada una de las partes la «coacción» a la otra en el curso de la negociación del mismo. Aun cuando quizá en lo que se estaba pensando sobre todo es en la más posible y frecuente acción trabajadora, el deseo de paridad lleva a la prohibición de coacción a cualquiera de las partes para forzar a la otra la aceptación de un determinado convenio colectivo (17).

3. LA LIBERTAD IMPLÍCITA DE CIERRE

El Decreto 2.354/62, del 20 de septiembre, es, posiblemente, el primer paso importante para una disociación del tratamiento de la huelga y el *lock-out* del cierre patronal, puesto que, aunque no se utilice en ningún momento la palabra huelga y se aluda siempre, genéricamente, a conflictos, toda la regulación, evidentemente, está pensando en contiendas y conflictos colectivos de iniciativa trabajadora. Sin embargo, a partir de ese Decreto es cuando el cierre patronal va a recobrar una función socioeconómica en el marco de las relaciones colectivas. Ello, sobre todo, tras la reforma del art. 222 del Código penal, que supone una necesaria limitación de las medidas represivas estatales frente a la acción colectiva de los trabajadores, y va a centrar la cuestión conflictiva dentro de las relaciones obrero-patronales, sobre todo por el normal nivel de empresa que adoptan la mayor parte de las contiendas laborales.

El deseo del ordenamiento de que el conflicto se resuelva preferentemente entre las partes da lugar a un cierto margen de autonomía conflictiva, que posibilita, junto a una estrategia obrera, también una estrategia patronal, que va a verse facilitada, además, por un efecto paradójico que produce el Decreto de 1962, y es la facilitación del despido por la participación en el conflicto colectivo. El Decreto lo que primordialmente quiso es someter a tutela juris-

(17) Cfr. art. 9.º de la Ley C. C. S.

diccional una cuestión que hasta entonces los tribunales laborales se habían negado a conocer. Pero, a su vez, facultaban abiertamente a las empresas para despedir a los trabajadores que participaran en conflictos colectivos «ilegales», dejándose, al parecer, a la jurisdicción la decisión sobre la procedencia o improcedencia de tales despidos (18). Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una postura tan nada progresiva como fija y reiterada, sienta firmemente tanto la libertad patronal de despido como la procedencia del despido por la mera participación en cualquier contienda (declaradas todas ilegales), como, finalmente, y sin claro fundamento, la innecesidad de instrucción de expedientes a los representantes sindicales que participen en el conflicto (19). Posiblemente, la solución jurisprudencial no toma en consideración que, al aceptarse este tipo de despido disciplinario sin límites ni control alguno, se abre paso a una utilización fraudulenta de este despido individual como auténtico *lock-out*.

No es la primera vez, ni sólo entre nosotros, que se concreten bajo la fórmula de despido disciplinario, decisiones colectivas que propiamente constituyen un cierre patronal (20). Cuando el empleador despide a trabajadores individualmente caracterizados, mediante una elección discrecional de los mismos, podría aceptarse que estamos ante un auténtico despido, incluso aunque pueda parecer implícito, por existir negociaciones en curso, que se utilice en sus despidos para forzar a los trabajadores a una solución favorable del conflicto, que posibilitaría, incluso, la readmisión de parte o algunos de los despedidos (21). Pero cuando el despido es masivo, la calificación jurídica del hecho debe ser distinta. Tiene razón Sinay cuando afirma que no puede comuflarse el *lock-out* ante medidas colectivas pretendidamente individuales, pues la multiplicación en el mismo momento, en la misma empresa y por la misma causa —la huelga— «implica una apreciación colectiva sobre el carácter mismo del mo-

(18) Tal era la única conclusión lógica a la vista del texto del Decreto de 1962, pues si se regulaban las consecuencias de un despido improcedente por participación en conflictos colectivos, se admitía que, pese a tal participación, el despido podría ser calificado de improcedente, salvo que se llegara al extremo absurdo, no ajeno a alguna sentencia del Tribunal Supremo, de que tal despido improcedente por participación en conflictos colectivos sería admisible allí donde no se pudiera dejar probada tal participación. En buena lógica, en tal caso, lo que allí habría que aplicar es el tratamiento común del despido en materia de opción, al no darse el presupuesto exigido para la aplicación del tratamiento especial.

(19) Cfr., por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 25-III-1966 y 22-XI-1967.

(20) Cfr. GALLART: *Derecho español del trabajo*, cit., pág. 238.

(21) Cfr. TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., pág. 23. A esta utilización fraudulenta de un despido aparente como *lock-out* hay que añadir la utilización masiva de la sanción disciplinaria de suspensión, con una abierta y, a veces, reconocida finalidad de presionar al personal y tomar la iniciativa en la reanudación del trabajo.

vimiento reivindicativo», y, por ello, «el signo del *lock-out*» (22). Bajo la forma de despidos «disciplinarios» en masa, unidos a ofertas expresas o implícitas de negociar y sin una contratación de nuevos trabajadores, se han dado entre nosotros casos auténticos de *lock-out*, de los que ha dado cuenta la prensa diaria. Estos cierres se han resuelto, en ocasiones, mediante una solución más que negociada colectivamente, impuesta singularmente a cada uno de los trabajadores, que, al aceptar la readmisión en la empresa, han renunciado a la anterior postura colectiva y han aceptado como buena la postura de la empresa.

Ello ha permitido al empleador discriminar en la readmisión, no aceptando la de algunos, mostrando así, paladinamente, el carácter no individual de la medida originaria. Otras veces, al contrario, se ha negociado y pactado colectivamente la solución del conflicto, declinando con ello el empleador de su actitud aparentemente disciplinaria, y reanudando normalmente sus actividades.

Pese a la amplitud de facultades que el despido ha supuesto para el patronato español como medio de reacción frente a las acciones colectivas de sus trabajadores, no ha bastado sin embargo, y muy pronto hubo de acudir a instrumentos complementarios para presionar sobre la colectividad trabajadora y forzarles a volver a la normalidad del trabajo, sin acceder, sin embargo, a sus reivindicaciones.

Ante una contienda laboral, el empleador puede permanecer pasivo, buscar una solución negociada, dejando de abonar sus salarios a los trabajadores que, con finalidad de contienda, dejen de cumplir con su prestación de trabajo; pero en principio debe abonar los salarios a los trabajadores que quieren trabajar y no participan en la contienda. Este débito salarial existe tanto si efectivamente los ocupa como si no se produce tal ocupación, ya que el art. 47 de la Ley de Contrato de Trabajo, en contraste con su antecedente art. 37 de la Ley de 1931, no admite otra solución sino la conservación por el trabajador del derecho al salario, sin que se acepte una responsabilidad colectiva de los trabajadores por el hecho de la huelga, que se extienda incluso a los no participantes, ni tampoco, dado el planteamiento individualista de la cuestión, que la huelga sea un suceso atinente a los trabajadores, que debe quedar fuera del círculo de riesgos que soporta el empleador (23). El empleador se ve costre-

(22) SINAY: *La greve*, cit., pág. 341.

(23) Según el art. 37 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, «las interrupciones por huelgas o *lock-outs* no darán derecho a salario por impedimentos de servicios u obras». HINOJOSA lo explica desde una perspectiva individualista: «son negativas temporales de ejecución a que proceden las partes en el desenvolvimiento del contrato», (*El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, pág. 93). El examen desde la perspectiva del riesgo de empresa es característico de la doctrina alemana, en la que la delimitación entre imposi-

ñido así, indirectamente, no sólo por los perjuicios económicos que le ocasiona la paralización de la producción, sino porque, además, ha de abonar salarios a los trabajadores no huelguistas, tanto los emplee efectivamente o no. Con ello puede considerarse, incluso, elemento de presión para una solución favorable del conflicto la permanencia en la empresa, sin participar en la contienda, de diversos grupos de trabajadores, como frecuentemente sucede con administrativos y técnicos. Para obviar este inconveniente, los empleadores han intentado, con frecuencia, acudir a la autoridad estatal, ya sea la gubernativa o ya la laboral, solicitando, genéricamente, en base a razones de orden público (temor de sabotajes), el cierre temporal de la empresa. Estos cierres, debidos a decisión estatal, suponen ya de por sí hacer perder a los trabajadores en huelga la iniciativa de la reanudación de las actividades; pero afectan también a los trabajadores no participantes en aquélla, que no pueden acudir al trabajo. Sin embargo, el perjuicio económico de la pérdida de salarios es discutible, puesto que del art. 10 del Decreto de 26-I-44 podría llegarse a la conclusión de que seguirá el abono de los salarios «que correspondan a los trabajadores que no hubieran cooperado en la realización del hecho». Tal solución de cierre gubernativo y conservación de salarios a los no inicialmente huelguistas se ha dado, incluso, en algunos casos.

El cierre gubernativo viene, pues, a presionar más a los huelguistas que a los no huelguistas y, en puridad, no libera al empleador del abono de salarios a éstos. Por ello, una segunda vía que se ha utilizado, alegando ya no razones de orden público, sino de imposibilidad de prestar trabajo los no huelguistas, es la suspensión de las relaciones autorizada por la autoridad laboral, prevista en el art. 8o de la Ley de Contrato de Trabajo. En la medida que la imposibilidad por el lado de la empresa, sobre todo si es temporal, deja un amplio margen de discrecionalidad al empleador, nuestro ordenamiento, como es sabido, condiciona a una autorización el normal efecto suspensivo de esa imposibilidad temporal que la haga salir del riesgo de la empresa. Se trataría así, aparentemente, no de un cierre voluntario de la empresa, sino de un cierre impuesto por la imposibilidad temporal sobrevenida, por algo tanto imprevisible como inevitable, cuya causa es extraña a la propia actividad de la empresa.

bilidad y *mora accipiendi* es decisiva. La insuficiencia de las normas civiles, al respecto, ha llevado a buscar una solución laboral específica, que ha influido luego muy directamente en la propia dogmática civil. *Vid.*, por todos, HUECK: *Lehrbuch*, cit., tomo II, páginas 353 y siguientes; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, citado, tomo I, páginas 598 y siguientes. En general, se reconoce hoy la necesidad de un planteamiento de la cuestión del derecho al salario del no huelguista desde una perspectiva colectiva, cfr. TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., pág. 346; SINAY: *La greve*, loc. cit., págs. 288 y sigs; RODRIGUEZ-PIÑERO: *Efectos de la huelga*, cit., págs. 19 y sigs.

Sin embargo, al existir un margen de apreciación discrecional del empleador de solicitar o no tal autorización, el recurrir a la solicitud de autorización para suspender las relaciones en curso y cerrar temporalmente la empresa, puede utilizarse no sólo como instrumento de autodefensa económica, sino también e, incluso primordialmente, como instrumento de presionar a la parte trabajadora (24).

Sucede esto en la medida en que se subjetiva una razón pretendidamente objetiva. Por de pronto, tal cierre sólo podrá admitirse, en puridad, en los casos en los que estrictamente la prestación de trabajo resulte imposible cuando se utilice el cierre no dándose esa imposibilidad respecto a los no huelguistas, la actitud de la empresa es ofensiva, aunque sea «el medio más eficaz de lucha, porque está destinado a romper la cohesión de la colectividad obrera y, por ello, a debilitar la fuerza combativa de los huelguistas» (25). Pero, además, en los casos de estricta imposibilidad, el cierre temporal de la empresa y la suspensión de la relación de trabajo se produciría en tanto la actitud de los demás trabajadores imposibilite de forma insuperable el trabajo de los no huelguistas, el funcionamiento de la empresa, sin que el empleador pueda adoptar medida alguna para remediar la situación. En tal caso, una vez desaparecida la circunstancia imposibilitante, el empleador vería cesada la causa de la suspensión y habría que reanudar sus actividades, sin discrecionalidad alguna al respecto, tanto sobre el momento como sobre la elección o condicionamiento del restablecimiento de las relaciones suspendidas. Sin embargo, nuestra realidad ha demostrado que las suspensiones y cierres temporales de empresa, que, utilizados en su estricto marco, excluirían el cierre patronal como decisión unilateral y voluntaria (26), son subjetivas y discrecionales, por ello, estrictamen-

(24) Según RUPRECHT, «para distinguir el paro patronal de una suspensión momentánea de actividades hay que estar al origen, el primero se basa en la existencia de un conflicto colectivo; el segundo, en razón de una crisis laboral o económica» (*Conflictos colectivos de trabajo*, cit., pág. 273).

En puridad, la aplicación del art. 80 requiere una estricta imposibilidad, es decir, cuando en el curso de una huelga «la parte de personal en huelga no sea ni siquiera temporalmente sustituible y, en relación al conjunto de la empresa y al personal necesario, resulte impedido, de modo absoluto, el funcionamiento de la empresa con los no huelguistas. Solamente en tal excepcional situación podría el empleador invocar la fuerza mayor y proceder a la suspensión de la actividad de la empresa» (LAVAGNINI: *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pág. 185). Cfr. YAMAGUCHI: loc. cit. SAGARDOY amplía la regla al supuesto más genérico de la «situación crítica de la empresa», afirmando que, con posterioridad a las actuaciones que se desarrollen al amparo del Decreto de 20-IX-1962, «entrará en juego» el Decreto de 26-I-1944 (*El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, 1969, pág. 192).

(25) YAMAGUCHI: *La theorie de la suspension*, cit., pág. 448.

(26) El carácter de decisión unilateral y voluntaria del *lock-out* es sustancial para su definición y sirve para distinguirlo del caso de la fuerza mayor. Cfr. SINAY: *La greve*, ci-

te voluntarias y utilizadas claramente como instrumento de presión frente a la parte trabajadora, al imponerse condiciones para la reanudación de actividades.

Nuestro ordenamiento no admite así, abiertamente, el cierre patronal; pero ha admitido instrumentos que en la práctica se han utilizado con un claro fin de contienda para presionar frente a actitudes colectivas de los trabajadores. No ha existido, por el momento, reacción de los poderes públicos al respecto, y puede decirse que esta actitud de tolerancia responde a una idea implícita de que los trabajadores que adopten una actitud de contienda corren el riesgo de que el empleador utilice frente a ellos armas combativas igualmente gravosas, con la ventaja adicional del ejercicio de un derecho (27). Distinto hubiera sido, posiblemente, el caso de un cierre ofensivo, cuya ilicitud sería clara, tanto en el marco del Derecho público, como en el de las relaciones privadas entre las partes. Pero los cierres defensivos han sido posibles ya sea por la vía de los despidos en masa (28), ya por la vía de la suspensión de actividades. Esto último, al condicionarse a una autorización administrativa, tiene doble inconveniente; en primer lugar, limitar muy sensiblemente el margen de manobra del empleador, que no puede decidir la suspensión sino contando con la aceptación del Delegado de trabajo; en segundo lugar, también era grave inconveniente el que se instrumentase un medio de lucha, diríamos, con la «complicidad» del Estado, de modo que un órgano que debe resolver de forma neutral e independiente sobre ese conflicto toma posiciones previas en el marco de la contienda.

tado, pág. 356; ALONSO GARCÍA: *Derecho procesal del trabajo*, Barcelona, 1963, tomo I, página 158; RUPRECHT: *Conflictos colectivos de trabajo*, cit., pág. 273; CABANELLAS: *Derecho de los conflictos laborales*, cit., pág. 442.

(27) El problema se plantea desde la óptica contractual y desde la consideración de la huelga como incumplimiento de las obligaciones del trabajador, lo que permite la aplicación de las reglas del sinalagma, la resolución por incumplimiento y la *exceptio non adimpleti contractus*. Sobre la huelga como incumplimiento, *vid.* ALONSO OLEA: *El despido*, Madrid, 1958, pág. 209; SUÁREZ-GONZÁLEZ: *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1957, pág. 105. Pero al margen de las dificultades que la aplicación de dicha excepción tiene al caso del *lock-out* (cfr. CORRADO: *Trattato di Diritto del lavoro*, Torino, 1969, tomo III, pág. 524); SAVATIER: *Droit social*, 1964, nota S., pág. 166, tal excepción justificaría, para el caso de que no se hubiera producido el despido, la no prestación salarial al trabajador en huelga; pero ni justificaría la medida para el no huelguista ni, en puridad, podría justificar, en base al incumplimiento del trabajador, que el empleador quede liberado sin más de sus compromisos y pueda decidir discrecionalmente la reanudación de actividades.

(28) Cfr. GARCÍA ABELLÁN: *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, cit., página 167.

4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS Y EL CIERRE PATRONAL

El Decreto 1.376/70, de 22 de mayo, que, para «perfeccionar el régimen normativo de los conflictos colectivos de trabajo», sustituye al Decreto 1.354/62, supone importantes innovaciones en el tratamiento del cierre patronal.

De forma indirecta, por las novedades que contiene sobre el despido por huelga. La derogación del Decreto de 1952, en cuyo art 5.º, 2 («se entienden incurso en causa de despido quienes hayan participado en el conflicto»), se basaba la firme tesis jurisprudencial de la mera participación como justificadora del despido, no siendo sustituido por ningún precepto similar, hace que los Tribunales tengan hoy un mayor margen de apreciación para matizar, como no han hecho hasta ahora, sobre el grado y tipo de participación en la contienda (29) e incluso para reaccionar frente a una utilización abusiva del despido con un claro fin conflictivo. Al mismo tiempo, en el Decreto se contiene una corrección de la desafortunada tesis jurisprudencial de que la protección de los cargos representativos sindicales no jugaba en el momento preciso en que esa protección es más necesaria, en contiendas y conflictos colectivos. La necesidad de expediente supone aplazar una decisión que tomada de inmediato podía ser utilizada con la mera finalidad no de «sancionar» al despedido, sino de presionar sobre la colectividad obrera buscando una solución favorable del conflicto.

En materia de *lock-out*, el Decreto ha considerado la existencia de cierres de empresas en el curso de contiendas laborales y ha dado una regulación al fenómeno desde una doble perspectiva. Por un lado, ha tomado en cuenta el hecho real de la utilización de los despidos como medio de presionar a la contraparte, y ello ha dado lugar a la permisión de cláusulas de readmisión de despedidos por el conflicto, con lo que por vez primera se admite el tratamiento colectivo de la medida del empleador (30).

(29) Un primer e importante paso para limitar abusos y extralimitaciones de los poderes empresariales podría consistir no sólo en aplicar criterios sobre el grado de participación, sino en la aplicación —expresamente negada hasta ahora («la empresa, con independencia del principio de igualdad de trato, puede sancionar a quien crea merecedor de ello», sentencia del Tribunal Supremo, de 25-III-66)— del principio de tratamiento igual; cfr. CREMADES: *La sanción disciplinaria en la empresa*, Madrid, 1969, pág. 251.

(30) Sobre la eficacia y valor de esta *Wiedereinstellungsklausel*, vid. NIPPERDEY: *Lehrbuch*, cit., 7.ª edición, tomo II, 1, págs. 274 y sigs.; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, citado, tomo II, págs. 176 y sigs.; BROX-RUTHERS: *Arbeitskampfrecht*, cit., pág. 232; SIEBRECHT: *Das Recht in Arbeitskampf*, 3.ª edición, Düsseldorf, 1964, págs. 71 y siguientes.

El art. 13, 2.º, del despido, al permitir incluso la revocación de la decisión del em-

Pero la regulación más importante en materia de cierre es la contenida en el art. 12 del Decreto, que establece la posibilidad de cierre o interrupción de actividades por el empleador «con ocasión de conflictos colectivos» en tres ocasiones: prevención de daños inminentes en personas o cosas; evitación de ocupaciones ilegales; imposibilidad por la inasistencia del personal del desarrollo normal de la producción.

La ambigüedad de la regulación permite interpretarla de forma contradictoria, tanto puede entenderse que la reforma intenta reaccionar frente a los fenómenos anteriores de *lock-out* practicados en algunas empresas como que se ha tomado en cuenta tales fenómenos y, aceptándolos, los ha intentado regular y canalizar dentro de unos límites más o menos estrechos.

Con la primera solución admitiríamos que el *lock-out* es siempre ilícito, pero que se admite un cierre temporal en circunstancias excepcionales, y no con una finalidad de presionar a los trabajadores, sino por la imposibilidad en que se ve el empleador de hacer funcionar la empresa (31), forzado por ello a tomar esa decisión. Al contrario, si se acepta la segunda opción, tendríamos que admitir un cierto margen, no ya de libertad de *lock-out*, sino incluso de derecho de *lock-out*. Desde esta perspectiva, se concedería al empleador un poder de policía de asegurar el buen orden de su empresa cuando esté perturbado por una contienda, «una decisión colectiva de cierre, de eficacia mayor, es conforme a los poderes del jefe, que puede abrir y cerrar a su voluntad las puertas del establecimiento cuando el interés de la empresa está en juego» (32). De acuerdo a esta tesis, predominarían las reglas colectivas sobre las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, de modo que frente a una conducta colectiva trabajadora el empleador podría, como «contra huelga», cerrar, con aparentes medidas de seguridad tanto frente a los huelguistas como a los no huelguistas, forzando con la reanudación normal del trabajo la solución a él favorable del conflicto de trabajo. En este plano la reanudación de activi-

pleador, frente a la irrevocabilidad propia del despido, muestra cómo tales despidos no lo son sino formalmente, pues está implícita la readmisión de esos presuntos despedidos (lo que caracteriza a toda contienda laboral, cfr., TOMANGL: loc. cit., pág. 9), y hay que esperar al fin del conflicto para ver si son definitivos o se acuerda sólo los efectos suspensivos.

(31) En tal caso no se trataría de un auténtico *lock-out*, cfr. CABANELLAS: *Derecho de los conflictos laborales*, cit., págs. 441 y sigs.; RUPRECHT: *Conflictos colectivos de trabajo*, cit., pág. 273.

Un análisis completo de la huelga parcial como posible supuesto de imposibilidad sobrevenida demostrando la necesidad de una solución no unitaria de la cuestión, en CORRADO: *Trattato*, cit., tomo III, págs. 778 y sigs.

(32) SINAY: loc. cit., pág. 344, que critica convincentemente esta tesis.

dades podría ser, como voluntaria que es, negociada y, por ende, sujeta a condicionamientos por el empleador.

Desde un plano estrictamente dogmático y aun con el riesgo de no elegir la solución más posible en la práctica (33), la solución acogible no puede ser sino la primera: en el art. 12 se consagra expresamente la prohibición de *lock-out* y la cláusula temporal que se admite excepcionalmente por razones de fuerza mayor y no con el fin de presionar a los trabajadores, sino para evitar daños a la empresa, por lo que no puede calificarse propiamente como *lock-out*, siendo abusiva su utilización con un fin propiamente conflictivo.

En favor de esta solución juega el llamado principio de igualdad de armas, que se utiliza precisamente para garantizar la paridad de las partes en las contiendas laborales. Carecería de sentido permitir al empleador la autodefensa de sus intereses mediante su acción colectiva dentro de la legalidad y, por ello, sin asumir riesgo alguno, mientras que la colectividad trabajadora soportaría siempre el riesgo de las consecuencias perjudiciales de una acción colectiva de la que sólo excepcionalmente, y cuando puede imputarse al empleador el origen de la misma, puede ser inmune. Sería una contradicción *in terminis* que el empleador, pese a su posición social ventajosa y los medios jurídicos de que dispone, posea un instrumento de presión colectiva frente a su personal que a éste mismo no se le habría reconocido. La tendencia actual en la mayor parte de los sistemas es negar la paridad de trato en materia de huelga y *lock-out* para dar un trato privilegiado a la primera, en contraste con el tradicional trato igual de ambos; de admitirse otra solución, nuestro ordenamiento sería el contraste en que se diera precisamente lo contrario, un favorecimiento del *lock-out* frente a un tratamiento restrictivo y prohibitivo de la huelga. Si ésta pretende compensar la supremacía fáctica del empleador, sería ya no romper el equilibrio, sino aumentar innecesariamente el desequilibrio de fuerzas, el conceder al empleador un instrumento de presión social, contradiciendo en sede colectiva el carácter unilateral «social en sentido único» del Derecho español del Trabajo. Tal desigualdad de prerrogativas y poderes jurídicos sería por completo condenable.

(33) Existe el peligro de que el excesivo celo que los órganos judiciales y administrativos ponen entre nosotros para consagrar y reforzar la autoridad del empleador, les lleve a conceder amplias facultades para el mantenimiento del «buen orden» en la empresa y con ello se les faculte implícitamente para contrabloquear las acciones colectivas de los trabajadores con actos colectivos del propio empleador. Con ello la posición socioeconómica preponderante del patronato se reforzaría notablemente y se daría la abierta contradicción de permitir sólo una acción directa legítima al empresariado, mientras que los trabajadores sólo excepcionalmente y a *posteriori* podrían verse libres de riesgo alguno por su acción directa.

El presionar frente a los trabajadores no huelguistas sería, además, sancionar y perjudicar injustamente a los no culpables, pues esta medida individual de retorsión contra las personas no tutela y defiende un altruista interés de la empresa, sino un puro interés material del empleador, que quiere conservar y mantener unas condiciones de trabajo no aceptadas en su contenido o aplicación por la colectividad trabajadora (34).

En suma, cabría afirmar entre nosotros, al margen de que sólo excepcionalmente pudiera constituir un delito penal o una infracción administrativa de orden público en el caso de cierre defensivo, que el *lock-out*, a falta de una consagración expresa legal y dentro de la lógica de un sistema prohibitivo de contiendas laborales, es siempre ilícito.

Frente a lo que una lectura superficial o intencionada del art. 12 podría sugerir, no cabe interpretarlo como ejercicio limitado de un derecho, pues «ello sería deducir la existencia de un derecho a partir de su limitación» (35), lo cual sólo sería posible cuando tal derecho preexistiera a esa limitación, pero tal no es el caso entre nosotros. Por ello, el precepto puede interpretarse como corrigiendo la tolerancia fáctica precedente de auténticos *lock-outs* y permitiendo sólo un cierre temporal excepcionalmente por las circunstancias.

5. LA ILICITUD DEL «LOCK-OUT» Y SUS CONSECUENCIAS

La ilicitud del *lock-out* debe predicarse sustancialmente en el campo de las relaciones laborales, mientras que en el plano jurídico-público sólo excepcionalmente, cuando se cumplan los requisitos del art. 222 del Código penal, puede admitirse la ilicitud penal de cierre, que también en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de un cierre ofensivo, puede constituir un ilícito administrativo sancionable gubernativamente (36).

Las consecuencias de la ilicitud del cierre en el campo de las relaciones la-

(34) Cfr. DURAND-VITU: *Traité*, cit., tomo III, págs. 897 y sigs.; LYON CAEN: *Le lock-out*, cit., págs. 55 y sigs.; CAMERLYNK y LYON CAEN: *Droit du travail*, París 1965, página 495; YAMAGUCHI: *La theorie de la suspension*, cit., págs. 443 y sigs.; RUPRECHT: *Conflictos colectivos del trabajo*, cit., págs. 260 y sigs. La doctrina italiana llega a conclusiones similares desde una perspectiva estrictamente jurídica, afirmando que ello deriva del sólo reconocimiento constitucional del derecho de huelga y que el derecho al *lock-out* limitaría notablemente aquel derecho, cfr., por todos, RIVA SANSEVERINO: *Diritto sindacale*, Torino, 1964, pág. 459.

(35) Cfr. SINAY: *La greve*, cit., pág. 363.

(36) Según MONTALVO, sólo se consideran delictivos los cierres que «se realicen con la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, perturbar su normal actividad o, de manera grave, la producción nacional»; los cierres efectuados

borales supone que en principio no pueden darse las consecuencias suspensivas que los partidarios de la licitud del cierre postulan. Si se admite el derecho del empleador de cerrar la empresa para hacer presión a su personal, el empleador se exoneraría del pago de salarios a consecuencia del *lock-out* hasta que decida poner discrecionalmente fin al mismo reanudando las actividades y permitiendo al personal volver al trabajo. Respecto a los huelguistas los partidarios de la licitud del cierre llegan a afirmar la existencia de una ruptura colectiva *sui géneris*, no restableciéndose las relaciones de trabajo sin que tenga lugar la readmisión por el empleador, readmisión que puede estar establecida por una cláusula del pacto que pone fin al conflicto, deberse a una promesa unilateral recepticia del empleador o dejada a la libre apreciación de éste (37).

Esta solución, predominante sobre todo en la doctrina alemana, supone trasponer el tratamiento del *lock-out*, al igual que se hace con la huelga, del derecho individual al derecho colectivo, no aplicando aquí las reglas de aquél. Allí donde se admita la ilicitud civil del *lock-out* las consecuencias tienen que ser muy otras: «el cierre, aun siendo penalmente lícito, permanece sujeto... al ordenamiento general en materia de ejecución de los contratos y se traduce, por tanto, en un ilícito contractual y, precisamente, en el incumplimiento de deberes derivados del contrato de trabajo, en cuanto tal contrato empeña al empleador a tomar todas las iniciativas idóneas a hacer posible a los propios dependientes la ejecución de la prestación de trabajo» (38).

Ese ilícito contractual es predicable, desde luego, respecto a los trabajadores que en el momento del cierre estén dispuestos a trabajar. La no permisión al trabajador de prestar su trabajo con la negativa a pagar el salario constituye una grave violación contractual del empleador que tiene como consecuencia, aplicando el art. 47 de la Ley de Contrato de Trabajo, la colocación en mora de aquél, correspondiendo al trabajador, salvo que se haya ocupado con otro empleador, los salarios que hubiera percibido de haber sido efectivamente ocu-

con fines distintos de los enunciados son inconstentablemente actos lícitos» (loc. cit. páginas 271-272). Para GARCÍA ABELLÁN, sin embargo, todos los cierres con fines políticos serían de por sí delictivos. Para él los cierres realizados sin ajustarse al Decreto 26-1-44 no sólo constituyen infracción laboral, sino que son a la vez contrarios al orden público, y como tales, sancionables por la Autoridad gubernativa (*Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*, cit. pág. 169). ALONSO OLEA subraya la importancia del cambio introducido por la Comisión de Justicia de las Cortes añadiendo el inciso «o de manera grave la producción nacional». La reforma del art. 222 del Código Penal, en *Quince lecciones*, citada, pág. 254.

(37) Cfr., por todos, TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., págs. 281 y siguientes.

(38) RIVA SANSEVERINO: *Diritto Sindacale*, cit., pág. 460.

pado (39). La doctrina comparada ve en esta solución desventajas para el trabajador y, en especial en un importante sector de la doctrina francesa, quiere conceder al trabajador no huelguista una solución optativa, según la cual a su elección éste podría solicitar o el respeto del convenio suspendido o considerar el *lock-out* como ruptura empresarial del contrato de trabajo, con las consecuencias indemnizatorias consiguientes, por ello, la negativa del trabajador a volver al trabajo habría de ser interpretada como una ruptura, no por parte del trabajador, sino del empleador (40). Dada la regulación existente entre nosotros en materia de dimisión justificada y despido indirecto, entre nosotros es compatible afirmar que el cierre no significa por parte del empleador una decisión extintiva —pues el empleador lo que quiere es cerrar temporalmente la empresa para «presionar sobre un personal insubordinado, pero una vez restablecida la situación y abierta de nuevo la fábrica, la continuación de los compromisos contractuales le parece normal» (41)—, pero que por su carácter ilícito constituye una justa causa de dimisión justificada, con las consecuencias resarcitorias consiguientes a cargo del empleador (42). Por ello, el cierre patronal frente a los no huelguistas es siempre no tanto una suspensión unilateral e ilícita de los contratos de trabajo, sino como una interrupción de las prestaciones por una negativa del empleador a recibir la prestación del trabajador, que lo coloca en mora y faculta al trabajador para dimitir justificadamente.

(39) Para ALONSO GARCÍA la ilegitimidad del cierre «se traduce en un incumplimiento empresarial de las obligaciones contractuales. En consecuencia, y dado el carácter recíproco de las nacidas del contrato de trabajo, la otra parte, es decir, el trabajador, podrá resolver el contrato o exigir su cumplimiento, con el consiguiente resarcimiento de daños y abono de intereses, en ambos casos» (*Derecho procesal del Trabajo*, cit., tomo I, página 167). De la ilicitud del cierre hace derivar una amplia responsabilidad del empresario «su decisión no resuelve los contratos de trabajo; pero está obligado a hacer frente a todas las consecuencias —daños y perjuicios— que de su decisión hayan podido derivarse y, por tanto, a satisfacer las retribuciones y posibles prestaciones indemnizatorias, todo ello sin perjuicio de las sanciones que por vía administrativa o penal puedan imponérsele. Se trataría de un caso de interrupción del trabajo por causas dependientes de la voluntad empresarial, que no exonerarían a éste de ninguna de sus obligaciones y responsabilidades como sujeto de un contrato de trabajo» (*ibidem*, pág. 171).

MONTALVO parece sentar al contrario la «configuración suspensiva del cierre» en cualquier caso, con ello perdería el trabajador siempre su derecho al salario (*loc. cit.*, página 275). El autor, sin embargo, monta sus argumentos para criticar la eficacia extintiva del cierre.

(40) DURAND: *Traité*, cit., tomo III, págs. 897 y siguientes.

(41) Cfr. SINAY: *La greve*, cit., pág. 362.

(42) YAMAGUCHI: *La theorie de la suspension*, cit., págs. 448 y sigs; ALONSO GARCÍA: *Derecho procesal del Trabajo*, cit., tomo I, pág. 167.

Respecto a los huelguistas, la doctrina alude a la excepción *non adimpleti contractus*, la cual justifica, desde luego, el no abono de los salarios en el caso de no realización completa de la prestación (43), de manera que la no ejecución por el trabajador de su prestación laboral libera al empleador del deber de abonar el salario correspondiente a esa prestación no realizada. Incluso se admite que en caso de huelga con ocupación, y ante la actitud incumplidora de los trabajadores presentes en la empresa, pueda decidir el empleador el desalojo momentáneo de la empresa, sin que con ello se coloque respecto a esa medida en mora respecto a unos trabajadores que no se han puesto efectivamente a su disposición. Pero lo que la excepción antedicha no puede significar es que por un incumplimiento pasado del trabajador el empleador pueda negarse a la prosecución de la relación mientras ésta subsiste. En caso de *lock-out*, el empleador no se limitaría a denegar la ejecución de la obligación salarial correspondiente a la prestación laboral ejecutada, sino que, además, en una auténtica prueba de fuerza, cierra la empresa, de modo que ya no corresponde a la iniciativa de los trabajadores la vuelta al trabajo. En tal caso, si el empleador toma esa decisión, el cierre como tal no tendría efecto frente a los huelguistas sino en el momento en que éstos están dispuestos a trabajar, y las consecuencias de esta postura del empleador que no readmite, o condiciona la readmisión a la aceptación de ciertas condiciones (permaneciendo subsistente la relación, por no haberse procedido al despido del personal), es similar al supuesto anterior, el empleador ilícitamente no recibe la prestación, se coloca en mora e incluso los trabajadores pueden en base a ello dimitir justificadamente. Es decir, en el momento que los trabajadores quieren reemprender el trabajo el empleador debe readmitir al personal y reanudar actividades o se coloca en situación de mora, sin que corresponda al empleador la facultad de decidir de modo discrecional sobre la reanudación o no de actividades, pues el ordenamiento no le concede medidas colectivas frente a su personal.

En la medida en que la conducta de los trabajadores concretos sea sancionable, el empleador podrá ejercer su potestad disciplinaria o el poder de despido frente a trabajadores, y ello es el riesgo que corre el trabajador que participa en una huelga o actos similares. Pero la ilicitud del *lock-out* posibilitaría a la jurisprudencia para reaccionar frente a medidas extintivas o suspensivas aparentemente disciplinarias pero con una clara intención de contienda, en tales casos podría llegar a afirmarse la subsistencia de las relaciones de trabajo en curso por no haber tenido lugar propiamente despidos en masa, sino un auténtico cierre, que como ilícito es nulo y no puede producir el efecto

(43) Así, TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., pág. 330.

extintivo, conservando su empleo los trabajadores (44). La exigencia de expediente a los trabajadores con cargo sindical facilita por su parte el establecimiento de límites a la utilización abusiva de los despidos y sanciones como *lock-outs* encubiertos.

6. LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES POR «FUERZA MAYOR»

Excluida la licitud en cualquier caso del cierre patronal, queda el supuesto excepcional previsto en el art. 12 del Decreto, que de acuerdo con la anterior afirmación no debe considerarse como auténtico *lock-out*, que es siempre voluntario, discrecional y «combativo».

Al tratar del mantenimiento del derecho al salario del trabajador no huelguista, la doctrina comparada ha examinado el caso en que la no ocupación de éste derive de que la actitud de sus compañeros en huelga ha hecho imposible la realización de su trabajo. El tratamiento de la cuestión ha solido hacerse partiendo de las reglas civiles, aun interpretándolas de modo particularmente severo. La opinión más generalizada es que cuando la prestación del trabajador es absolutamente imposible, por ser obstáculo insuperable e imprevisible la actitud de los huelguistas y ésta no es debida a una culpa del empleador, la imposibilidad de la cooperación del empleador y, consecuentemente, de la prestación de trabajo trae consigo no sólo la liberación del deudor-trabajador, sino que por una disciplina equitativa de los riesgos también libera al empleador del pago del salario (45). Diríamos que esa imposibilidad queda fuera del riesgo de la empresa (46).

Si a través de la negativa a trabajar de parte del personal no es posible la prestación del resto, el empleador que no ocupa al personal y deja de abonarles salarios no está realizando respecto a ellos un auténtico *lock-out*, sino liberándose de la contraprestación por la imposibilidad de que tenga lugar la ejecución del trabajo. Precisamente por ello sólo muy excepcionalmente cuando se da una estricta imposibilidad, no meramente por dificultades, desorga-

(44) Esta solución tendría aparentemente dificultades en nuestro ordenamiento, en que se refuerza extraordinariamente el poder disciplinario del empleador, y en el que prácticamente existe una amplia libertad de despido, encubierta bajo la forma de estabilidad obligatoria. Sin embargo, aplicando los principios civiles del abuso del derecho e incluso del fraude a la Ley, no sería difícil a los Tribunales llegar a la invalidez de tales actos y, consecuentemente, declarar la nulidad de efectos de los mismos. Sobre las consecuencias de la nulidad del despido, vid. ALMANSA PASTOR: *El despido nulo*, Madrid, 1968.

(45) Vid., por todos, CORRADO: *Trattato*, cit., tomo III, págs. 771 y siguientes.

(46) Cfr. HUECK: *Lehrbuch*, cit., tomo I, págs. 347 y siguientes.

nización etc., y no puede el empleador tomar medidas para superarla es cuando invocando la fuerza mayor no ocuparía a ese personal y se liberaría del débito salarial. En cuanto esa imposibilidad desaparece, porque el personal está dispuesto a trabajar, el empleador deja de estar liberado de la contraprestación, colocándose en mora si no contratase al personal que aún esté a su servicio.

En el marco de estas ideas es como debe entenderse el art. 12 que comentamos, que a nuestro juicio se dirige no tanto a la no ocupación efectiva temporal del trabajador y el cese temporal de actividades de la empresa, sino a que esa no ocupación no constituye en mora al empleador, debiendo abonar salarios a los trabajadores que en aquel momento estén dispuestos a trabajar, pues queda liberado respecto a los no huelguista del débito salarial. Aun cuando la definición del supuesto es demasiado amplia, «porque la inasistencia reiterada del personal impide el proceso normal de la producción» enmarcándolo en la fuerza mayor, tal imposibilidad debe interpretarse, tal y como ha hecho la jurisprudencia comparada, muy restrictivamente, de modo que para que se dé esta circunstancia exoneradora se compruebe y demuestre (corriendo, como es obvio, la prueba a cargo del empleador) la «necesidad de detener la fabricación» (47), lo que no es así apreciación discrecional y subjetiva del empleador, sino una circunstancia objetiva comprobable por la que éste se haya visto «obligado» a cerrar o paralizar temporalmente la producción (48) porque las prestaciones concretas de los trabajadores no huelguistas ha devenido objetivamente imposible y en tanto que por la actitud de los huelguistas esa imposibilidad permanezca (49). Actitud de los huelguistas que según el Decreto debe consistir en una inasistencia reiterada del personal. Esto supone una doble consecuencia, en primer lugar, que las simples alteraciones del proceso normal de la producción derivadas de actos no consistentes en inasistencia reiterada no puede dar lugar, en principio, a la clausura o suspensión de actividades. En segundo lugar, como también indica la referencia «como ocasión de conflicto colectivo», no basta la eventualidad de una posible huelga futura para adoptar la medida, se requiere siempre una contienda laboral en curso.

(47) Así la Cour de Cassation francesa, en Sentencia 26-II-59, cit. por SINAY: *La greve*, cit., pág. 358, nota (3).

(48) YAMAGUCHI: *La theorie de la suspension*, cit., pág. 438.

(49) CORRADO sostiene que no cabe una solución unitaria y que es preciso considerar el contenido del deber de cooperación al cumplimiento por parte del empleador, que varía según los casos, siendo necesario también, según él, distinguir entre huelgas imputables al empleador (por ejemplo, por incumplimiento de convenios colectivos) y las no imputables a él, al tratarse de meras controversias económicas (*Trattato*, tomo III, págs. 781 y siguientes).

Por otro lado, incumbe al empleador hacer todo lo posible para la reanudación de

7. SUPUESTOS ASIMILADOS

A los supuestos de estricta imposibilidad, la doctrina ha equiparado como caso de fuerza mayor la dificultad insuperable de proseguir la actividad de la empresa por motivos de «seguridad». Ya anteriormente hemos puesto de relieve los peligros que pueden derivarse de la admisión de un amplio poder de policía del empleador, que le permitiera, por meras razones de orden en la empresa y por estimar intolerable la actitud de ciertos de sus trabajadores, decidir el cierre como auténtico medio para reaccionar combativamente frente a la conducta de aquéllos. Por eso se insiste en la doctrina que más que concesiones de facultades de policía al empleador, se trata de la imposibilidad de un funcionamiento adecuado de la empresa, pues no se consideraría posible cuando existe una amenaza real grave e inminente de daños en las personas o en las cosas. La particularidad consistiría sólo en «atenuar las concepciones rigoristas de la fuerza mayor y considerar que un atentado grave al orden y a la seguridad sería suficiente para valer como fuerza mayor» (50). Sólo en este marco muy limitado y excepcional podrá admitirse que ese cierre no fuera un medio de lucha y una prueba de fuerza, sino un acto impuesto al empleador por las circunstancias. En otro caso, habría de hablarse de un auténtico *lock-out* defensivo (51), como sería si lo hiciera meramente para salvar moralmente su autoridad.

actividades. Cfr. GHEZZI: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, página 195.

(50) Así, SINAY: *La greve*, cit., pág. 355. Según RUPRECHT, «no hay *lock-out* cuando el patrono clausura su establecimiento con el objeto de evitar daños derivados de una actitud de los obreros, como en el caso del sabotaje. El cierre proviene de un legítimo deseo de evitar males o daños que se producirían de continuar trabajando. No se trata de un contrabloqueo a la actitud obrera, sino de una preservación de los bienes físicos de la empresa» (*Conflictos colectivos del trabajo*, cit., pág. 273). También GHEZZI admite que al empleador no se aplicarán las consecuencias de la *mora accipiendi* si se demuestra que el empleo de los no huelguistas hubiera traído consigo el peligro de graves retorsiones de los huelguistas contra los «esquiroleros» o la maquinaria de la empresa, siendo para él decisivo el criterio de la buena fe (loc. cit., pág. 196).

(51) Cfr. YAMAGUCHI: *La theorie de la suspension*, cit., pág. 445. También ALONSO GARCÍA insiste en el criterio de la finalidad: «El cierre no tiene aquí una finalidad que pueda estimarse estrictamente profesional. Responde a un comprensible, y justo, deseo de prevenir males o daños que se ocasionarían de permanecer abierto el centro de trabajo» [*Derecho procesal del Trabajo*, cit., tomo I, pág. 160, nota (2)]. Por su parte, MONTALVO advierte que «hay que diferenciar celosamente aquellos que la fuerza mayor es real y aquellos otros en los que es el disfraz de actitudes conflictivas e incluso ilegales» (loc. cit., pág. 266).

El art. 12 alude a esta medida de seguridad impuesta por las circunstancias y equiparable a la fuerza mayor bajo una doble fórmula, una lo suficientemente restringida como para admitir una interpretación restrictiva de equivalencia a la fuerza mayor, y es la previsión de daño inminente en las personas o en las cosas, y otra, más amplia, en que existe el peligro de una excesiva discrecionalidad del empleador prestando la ocupación ilegal de los locales de la empresa.

La ocupación de lugares de trabajo como incidencia posible de la huelga se considera generalmente ilegal, en la medida que tienda a atentar contra la propiedad ajena o utilizarse como coacción (al acompañarse de actos de violencia), ilegalidad que roza incluso con el ilícito penal (52). Cuando se habla de la ocupación ilegal se alude al mantenimiento de los trabajadores en el lugar de trabajo contra la voluntad del empleador, sin que en consecuencia de ello el empleador controle en modo alguno la situación. En tal caso, se afirma que si el tener abiertos los lugares de trabajo puede provocar dificultades de una ocupación total de lugares de trabajo que impida trabajar a los demás, el empleador puede decidir transitoriamente el cierre e incluso solicitar la ayuda de la fuerza pública en el caso de que los trabajadores expulsados no abandonen los lugares de trabajo (53). El texto del Decreto debe ser interpretado restrictivamente, el utilizar frente al «prevenir» de la amenaza o expectativa de daños, el término «evitar» relativo a la ocupación. Parece requerir la existencia de una actual ocupación de los lugares de trabajo, frente a la que el empleador (en la medida en que no le sea posible continuar la ocupación garantizando la sola entrada de trabajadores dispuestos realmente a trabajar) reacciona cerrando los locales hasta que la situación se normalice. Esta facultad excepcional afecta especialmente a los no huelguistas, que se ven impedidos de penetrar en el lugar de trabajo y realizar su prestación, por ello, sólo muy restrictivamente puede admitirse, y en tanto que exista el obstáculo insuperable de no poder evitar, la sola entrada de los que en realidad están dispuestos a trabajar (54). De ahí que este cierre sea más bien una me-

(52) GARCÍA ABELLÁN: *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, cit., pág. 133. Cfr. TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., pág. 183; RUPRECHT: *Conflictos colectivos del trabajo*, cit., pág. 229.

(53) Cfr. SINAY: *La greve*, cit., pág. 230; BOUERE: *Le droit de greve*, cit., París, 1958, pág. 251.

(54) La dificultad de esta discriminación es evidente por el posible acuerdo entre huelguistas y no huelguistas, tendentes a mantener trabajadores dispuestos a trabajar, pero sin ser posible una producción normal, haciendo así más gravosa la situación del empleador y más fuerte la presión sobre él. Por otro lado, la permanencia de los trabajadores en el lugar de trabajo, como recuerda SINAY, «traduce el deseo de los trabaja-

cida transitoria y ocasional, muy raramente aceptable, como raras son las ocupaciones ilegales de los locales de la empresa que el empleador no pueda dominar.

8. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN

Si se admite la interpretación aquí sugerida de que el art. 12 tiende a suprimir la tolerancia anterior de los *lock-out* patronales, resulta que dicho artículo no hace sino aplicar los principios comunes de la suspensión de la relación de trabajo por una imposibilidad temporal sobrevenida de prestación del trabajo. La clausura de la empresa respecto a los no huelguistas sería aplicar las reglas de la suspensión, con la única particularidad de esa prohibición de acceso por el cierre de los locales, que no constituye tampoco una facultad exorbitante del empleador. O lo que es lo mismo, el tratamiento de la cuestión sigue permaneciendo en el derecho individual sin haberse traspasado al derecho colectivo, como hubiera sido de tratarse de un auténtico *lock-out*.

A *contrario sensu*, el art. 12 permite al empleador cerrar los centros de trabajo o interrumpir sus actividades cuando «se acredite o conste por notoriedad» que el cierre se realiza por algunos de los casos antedichos. No se dice nada de si esa decisión deberá estar o no sometida a una alteración previa. La opción que hace sobre acreditar o constar por notoriedad alude fundamentalmente a un problema de prueba, cuya carga incumbe al empleador, y de la que se ve liberado, aplicando la conocida regla procesal, cuando los hechos a probar resulten notorios.

Se trata, pues, de una regla en materia de prueba que no delimita una diferencia sustancial de tratamiento y por ello dos tipos diversos de facultades concedidas al empleador. De ahí que la pregunta deba ser única, ¿ante quién debe acreditarse (o no, por ser notorio) la finalidad perseguida por el cierre?, ¿se tratará de un control preventivo o de un control *a posteriori*? Una posible solución sería afirmar que el empleador puede cerrar sin límite alguno y los trabajadores que estén en desacuerdo tendrán la carga de impugnar esa decisión, y es dentro de esa impugnación donde el empleador habrá de suministrar esa prueba, pues de otro modo se declararía la ilicitud de la medida y se reconocería el derecho del trabajador al cobro de los salarios correspondientes, todo ello en el marco del proceso individual ante la jurisdicción de trabajo. En

dores o de sus delegados de entrar en contacto con la dirección o la necesidad de manifestarse en los lugares de trabajo a falta de un local sindical especialmente preparado a ese efecto» (loc. cit., pág. 230).

favor de esa postura existen dos puntos en el Decreto, uno, el que el art. 12 utiliza la expresión «se hubiera efectuado», es decir, pudiendo entenderse que el cierre ha tenido ya lugar. Por otra parte, el art. 12 también parece estar pensando en una intervención *a posteriori* de la autoridad laboral ante una alteración de la normalidad en el trabajo del origen que sea. Sin embargo, una norma reglamentaria no puede modificar sustancialmente las reglas legales y, en concreto, del régimen establecido por la Ley de Contrato de Trabajo. Al disciplinar ésta los riesgos en el contrato, deja una vía abierta a la discrecionalidad administrativa, permitiendo decidir en cada caso la suspensión de los contratos de trabajo debida a una imposibilidad no atinente al riesgo de la empresa. Existe una evidente contradicción entre la interpretación antedicha y la norma legal, y tal contradicción sólo puede salvarse buscando una interpretación de la norma reglamentaria compatible con la norma legal.

Esta interpretación puede ser así: una cosa es el acto de cierre, que como inmediato puede excepcionalmente decidir directamente el empleador ante estas circunstancias imposibilitantes, y otra es que tal cierre tenga un efecto suspensivo en la relación de trabajo y por ello libere al empleador de los débitos salariales respecto a los no huelguistas. Esto último requiere, aplicando el art. 80, la intervención de la autoridad laboral, la cual se ve costreñida aquí por los límites del art. 12, en el deseo del Decreto de evitar la utilización abusiva como *lock-out* de esta clausura temporal.

Precisamente al no tratarse propiamente de un *lock-out* y al requerirse así decisiones administrativas, la situación de los no huelguistas queda especialmente protegida, al ser pensable se trate de un paro involuntario temporal incluíble dentro de las prestaciones de desempleo (55).

También, por no tratarse de un *lock-out*, carece en este caso el empleador de discrecionalidad en cuanto a la reanudación del trabajo, en la medida en que ese obstáculo insuperable sobrevenido ha desaparecido y por el cambio de actitud de los trabajadores, éstos habrán de reanudar las actividades ya posibles, incumbiendo al empleador la carga de avisar a los trabajadores la reanudación del trabajo en tales casos. Si esa reanudación no tiene lugar pese al deseo manifestado por los trabajadores de volver a la normalidad al cesar el obstáculo, cesa la suspensión y con ello la liberación del empleador. Este se coloca en mora y tiene a su cargo, por consiguiente, la responsabilidad del abono de los salarios correspondientes.

Esta es la solución en términos generales; cabe que las partes, al solucio-

(55) Cfr. SAGARDOY: *El despido laboral y los expedientes de crisis*, cit., pág. 192; ALONSO GARCÍA: loc. cit., pág. 175. Sobre la regulación en otros sistemas, vid. TOMANDL: *Streik und Aussperrung*, cit., pág. 60.

nar el conflicto, resuelvan las incidencias del mismo, y en el marco de esta solución del conflicto puede, por ejemplo, pactarse el pago de parte o el total de los salarios no percibidos durante esta clausura temporal de la empresa. Lo mismo puede decirse respecto a los laudos arbitrales mientras que la solución administrativa o judicial encuentra límites mucho más restringidos al respecto en el estrecho marco del art. 11 del Decreto cuanto venimos diciendo tendrá que ser afirmado o negado por las normas de rango inferior que especifique el Decreto y, desde luego, por la aplicación administrativa y judicial del mismo.

A estos órganos estatales corresponde en último término la decisión; la opción es clara: o se admite con todas sus consecuencias un derecho limitado del *lock-out* defensivo o, al contrario, se considera cualquier manifestación de *lock-out* abiertamente ilícita, extrayendo las consecuencias de ese ilícito, tanto en el plano del cierre como en el del tratamiento de los despidos y sanciones, impidiendo además aparentes despidos o sanciones disciplinarias en masa que sólo sean medios de presionar a un personal del que no se quiere en principio prescindir.

MIGUEL RODRÍGUEZ - PIÑERO .