

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Y DERECHO SINDICAL\*

Por THILO RAMM\*\*

*SUMARIO. – I: El Tribunal Constitucional Federal. II: La jurisprudencia sobre Derecho Sindical. III: Posición acerca del Derecho del Trabajo estatal. IV: Evaluación. V: Tribunal Constitucional y ciencia del derecho.*

### **I. El Tribunal Constitucional Federal.**

1.– El Tribunal Constitucional Federal, con sede en Karlsruhe, se encuentra incluido en el Art. 92 GG (Ley Fundamental de Bonn), entre los órganos del poder judicial. Sus competencias se encuentran reguladas por el Art. 95 GG y su composición por el Art. 94.I GG. A la reserva de Ley contenida en el Art. 94.II GG se le ha dado cumplimiento en el año 1951 con la aprobación de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (en adelante BVerfGG), que ha sido modificada repetidas veces

---

\* Traducción: Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Oviedo, y Jesús Cruz Villalón, Prof. Titular de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla.

\*\* Catedrático de la Universidad a Distancia en Hagen.

(en los años 1956, 1959, 1960, 1961, 1963, 1964, 1970, 1974, 1976, 1979, 1983, 1985 y 1986) y en dos ocasiones promulgada de nuevo (1971 y 1985). La BVerfGG desarrolla legalmente las previsiones de la GG, regulando sobre todo los aspectos procesales.

2.- El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el parágrafo 1 BVerfGG, es un órgano constitucional (como el Bundestag, el Bundesrat, el Gobierno Federal o el presidente de la República). Está formada por dos Salas que tienen las mismas competencias, cada una de las cuales está compuesta por ocho jueces. Estos deben tener al menos cuarenta años de edad y deben estar habilitados para desempeñar la función judicial. Para cada una de las Salas, tres jueces al menos deben provenir de los cuerpos de los otros tribunales federales<sup>1</sup>; el resto, además de provenir de los anteriores tribunales, también pueden ser elegidos entre los miembros del Bundestag, de los Parlamentos regionales, de la Administración Pública de los Ministerios de la Abogacía y de la Magistratura. Sus miembros son designados por un período de 12 años, fijándose un límite de edad al cumplir sesenta y ocho años. Son elegidos la mitad por el Bundestag y la otra mitad por el Bundesrat, exigiéndose para ello una mayoría de los dos tercios. En el Bundesrat la votación se realiza en el Pleno, mientras que para el Bundestag (contrariamente a la letra del Art. 94.I.2 G.G.) se elige por una comisión de 12 miembros, elegidos de forma proporcional a la composición de la Asamblea (párrafo 6.II BVerfGG).

La gran transcendencia del Tribunal Constitucional ha convertido en larga y complicada la elección de los jueces.

Cada juez constitucional tiene a su disposición dos colaboradores científicos, que elige él mismo —de ordinario pertenecientes a aquellas ramas del Derecho para las que actúa como ponente— y que le asiste en la elaboración de su propuesta de sentencia.

3.- El Tribunal Constitucional se caracteriza por ser un órgano judicial político. El mismo ha subrayado la propia distancia del órgano constitucional respecto de otros Tribunales de Justicia, considerados órganos especializados<sup>2</sup>.

4.- La competencia del Tribunal constitucional es amplia:

a) Controla el poder legislativo a través del control de constitucionalidad de las leyes. Este procedimiento se inicia a instancias del Gobierno, de un número indeterminado de miembros del Bundestag —denominado procedimiento de control normativo abstracto— o de un órgano judicial que considera inconstitucional una norma promulgada después de la entrada en vigor de la GG y que se considera decisiva a los efectos de la resolución del caso concreto. En este último caso, se suspende el procedimiento ordinario hasta el momento en el que el Tribunal Constitucional dicta el fallo correspondiente.

b) Sin embargo, la mayor significación práctica corresponde al “recurso de amparo” (Verfassungsbeschwerde).

Este recurso puede interponerlo cualquiera (un ciudadano o una persona jurídica), después de haber agotado las vías judiciales previas al Tribunal Constitucional, reclamando frente a una lesión de un derecho fundamental, ya sea a través de una ley o de una sentencia, que haya ocasionado la citada lesión o no haya acogido una interpretación conforme a la Constitución o haya aplicado una ley inconstitucional.

Se intentan canalizar, a través de un procedimiento instructorio específico, el enorme cúmulo de recursos de amparo: las Salas del Tribunal constituyen varias secciones formadas por tres, que por unanimidad pueden declarar la ausencia de fundamento de un recurso de amparo (cfr. párrafos 15, 93.b 34.iv y II BVerfGG).

5.- a) El Tribunal Constitucional tiene a su disposición los siguientes instrumentos jurídicos:

— puede derogar una ley en todo o en parte (sea una disposición singularizada o una parte completa).

— puede declarar la incompatibilidad de una ley o de una parte de ella con la GG, sin llegar a derogarla: en tal caso su decisión no tiene eficacia retroactiva, sino exclusivamente valor hacia el futuro; cuando menos el Tribunal Constitucional impone al legislador la remoción de la causa de inconstitucionalidad dentro de un determinado período de tiempo.

— puede anular la resolución del órgano judicial.

— puede establecer cual sea la interpretación conforme a la Constitución de una norma; en tal caso ello excluye la declaración de derogación o de incompatibilidad de tal norma.

b) De acuerdo con el parágrafo 31.I BVerf GG, sólo el fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional tienen eficacia vinculante. Sin embargo, se ha superado una interpretación formalista. El Tribunal Constitucional, con jurisprudencia constante, ha extendido la eficacia vinculante también a los fundamentos jurídicos, en la medida en que ellos contengan argumentaciones interpretativas de la Constitución. No obstante, no se ha procedido a una delimitación exacta de esta extensión.

La eficacia vinculante opera frente a todos los órganos constitucionales federales y regionales, a todos los órganos judiciales y a todos los poderes públicos. Las sentencias que respecto de una ley, resuelven su derogación o su incompatibilidad o compatibilidad con la Constitución tienen fuerza de ley y se publican en el Boletín Oficial correspondiente a través del Ministerio de Justicia.

c) El Tribunal Constitucional posee “de facto” posibilidades de intervención superiores de aquellas que le corresponden por Ley. Así, por ejemplo, a veces basta que un juez constitucional efectúe ciertas infor-

maciones simples útiles dirigidas a superar la situación para que con ello se consiga la modificación de una norma.

d) A pesar de todas las medidas de garantía previstas para contrarrestarlo, el Tribunal Constitucional se encuentra siempre expuesto al peligro de convertirse en la instancia judicial suprema, el "Tribunal de supervisión"; a menudo, por ello, la simple posibilidad de un recurso es suficiente para paralizar la actividad política del legislador. No obstante, es igualmente cierto que el Tribunal Constitucional depende del legislador, que en cualquier momento podría modificar la propia BVergGG. Pero, a su vez, semejante ley podría ser declarada inconstitucional por el propio TC.

6.- Cualquier valoración de la actuación del Tribunal Constitucional debe tener en cuenta el vínculo que liga el Tribunal a la GG. La GG es una Constitución no ausente de contradicciones. La misma se aprobó en una época en la que la reunificación de la nación alemana se contemplaba todavía como un objetivo político próximo en el tiempo. Por tanto, la misma debía, por un lado, servir de modelo para la Alemania reunificada; y, por ello, la parte relativa a los derechos fundamentales recuerda inmediatamente a la Declaración francesa de derechos del hombre de 1789. Por otro lado, la misma no confía al legislador democrático la realización de estos ideales, como reacción a la destrucción de la República de Weimar, que se produjo precisamente en virtud de una ley, la ley "sobre plenos poderes" del 1933. Por esto, la Constitución alemana somete al legislador democrático al control del Tribunal Constitucional y vincula directamente los poderes ejecutivo y judicial al respecto de los derechos fundamentales. En fin, la GG, al contrario de la Constitución de la República de Weimar, no contiene ninguna disposición relativa al equilibrio económico y social.

## II. La jurisprudencia sobre derecho sindical.

### 1. Generalidades.

1.- El Tribunal Constitucional ha dictado 49 sentencias en materia de Derecho Sindical. Veintisiete por parte de la Sala primera y 22 por la segunda; 16 se han dictado por la denominada "sección A-3" de la Sala.

Treinta y seis de estas 49 sentencias no han modificado la situación jurídica existente, 13 en cambio sí lo han hecho: de estas últimas, 7 han corregido al legislador y 6 a un órgano judicial.

Las 7 resoluciones sobre la actividad legislativa se han referido, con una sola excepción, a la legislación regional, y de ellas precisamente cuatro veces la de Bremen, una vez la de Hesse y una vez la de Renania-

Westfalia. Estas siempre han tenido por objeto los derechos y los deberes de las representaciones del personal, de nuevo con una única excepción relativa a la elección sobre una oficina de trabajo<sup>3</sup>.

De las seis correcciones a los órganos judiciales, 4 lo han sido respecto al Tribunal Federal de Trabajo y 2 respecto a los Tribunales Regionales de Trabajo. Cinco han planteado el problema de la interpretación correcta, es decir conforme a la Constitución, de una disposición legal. La sentencia probablemente más importante es la relativa a los límites del poder interpretativo del juez: se trata del fallo de la Sala segunda de 19-3-1983<sup>4</sup>, con la cual el TC ha declarado ilegítima la precedencia acordada a la exigencia de un "Plan Social" (Sozialplan) respecto a las previsiones del parágrafo 61.1 de la Ley de Quiebra, porque el Tribunal Federal de Trabajo, con su resolución que fallaba en este sentido, habría sobrepasado claramente los límites del poder interpretativo del juez, ya fijados por el propio Tribunal Constitucional (pgs. 190 ss.): la Ley de Quiebra, por consideraciones literales, sistemáticas e interpretativas, constituiría una normativa vinculante.

Las otras sentencias se refieren a los siguientes aspectos: al criterio de la "conflictividad", elaborado por el Tribunal Federal de Trabajo para reconocer al sindicato la legitimación para estipular convenios colectivos; al derecho de acceso en las instalaciones de una organización religiosa de representantes sindicales extraños a la empresa; la organización y desarrollo de las elecciones a comités de empresa dentro de una institución religiosa. Las dos sentencias relativas a pronunciamientos previos de los Tribunales Regionales de Trabajo se han referido al mandato político general del sindicato y a la remisión, hecha por una disposición legal, al convenio colectivo entonces vigente: se ha considerado inconstitucional la interpretación de la remisión automática por parte de la ley, debido a que el ciudadano no puede estar sometido sin límites al poder normativo de un organismo no estatal, siendo necesario en cambio una legitimación de tipo democrático-estatal o asociativo<sup>5</sup>.

El resultado de este examen general, sin embargo, es insuficiente, sobre todo si se considera que 6 de las sentencias modificativas se han dictado en materia de empleo público y 2 en materia de instituciones religiosas. Solamente 5 de ellas se han ocupado de problemas generales.

2.- Por ello, el cuadro merece la pena concretarlo. En efecto, la actividad del Tribunal Constitucional no se limita a la derogación total o parcial de una ley, a la declaración de incompatibilidad de una ley (o de parte de ella) con la Constitución, a la anulación de la sentencia de un órgano judicial o de la interpretación constitucionalmente correcta de una norma. El Tribunal Constitucional, también cuando considera legítima la situación jurídica existente, le confiere una nueva cualidad, por encima de la eficacia vinculante, formalmente atribuida sólo al fallo de

la sentencia del Tribunal pero de hecho extendida a sus fundamentos "jurídicos"<sup>6</sup>. Esta cualidad reside en el hecho de que los sucesivos recursos de amparo interpuestos sobre idéntica materia, con toda probabilidad, serán considerados infundados: "Roma Locuta". No obstante, se pueden producir consecuencias de dos tipos: la opinión jurídica expresada por el Tribunal Constitucional puede representar una extensión del consenso, seguramente bien aceptada, y con ello puede ser una suave línea de orientación de la paz social; pero contemporáneamente la misma reduce los márgenes de la intervención política<sup>7</sup>. La misma limita el desarrollo futuro del derecho, lo que requiere mucha precaución. Por este motivo el Tribunal Constitucional se impone ciertos frenos.

3.— Las bases constitucionales sobre las que se funda la jurisprudencia del Tribunal son escasas. Están constituidas en sustancia sólo por el art. 9.III GG, inserto en el contexto de los derechos fundamentales, a menos que se quiera tomar en consideración y aplicar el principio de Estado Social como cláusula general.

La existencia de bases constitucionales bien exiguas ha supuesto un paso hacia atrás de la GG respecto de la Constitución de la República de Weimar. El silencio en materia de equilibrio social ha representado la mayor concesión al carácter temporal de la GG. La GG era y es algo provisional, pero de una provisionalidad que está durando mucho. Este dato ha marcado desde el inicio la actividad del Tribunal Constitucional: el legislador social es constitucionalmente libre, como ha afirmado el Tribunal en una ya vieja sentencia en materia de equilibrio económico-social: la GG es una Constitución neutral<sup>8</sup>; se exige asegurar simplemente un margen de libertad en el ámbito de la esfera jurídica patrimonial, apto para garantizar una gestión responsable de la propia vida<sup>9</sup>. Este punto de vista comportaba, sin embargo, dos peligros: se podría haber derogado la totalidad del sistema legislativo en materia social, o, por el contrario, declararlo conforme a la Constitución y reforzarlo de este modo.

El Tribunal Constitucional ha intentado huir de ambos peligros con su jurisprudencia sobre libertad sindical.

## 2.— *La jurisprudencia en materia de libertad sindical.*

1.— El art. 9.III GG garantiza a todas las personas y a todas las profesiones el derecho de formar asociaciones destinadas a defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Se trata de un derecho individual de libertad, que, con una formulación inadecuada, se refiere a la constitución de asociaciones de trabajo<sup>10</sup>. El Tribunal constitucional, con relativo retraso después de que en un primer momento hubiera dejado abierto el problema<sup>11</sup>, ha incluido dentro de este derecho la denominada *libertad negativa de sindicación*: libertad de darse de baja de la asociación

o de no afiliarse a la misma<sup>12</sup>. De este modo, el tribunal ha tratado la libertad sindical del mismo modo que a los otros derechos de libertad que presuponen también la libertad de no hacer algo: no profesar una religión, no asociarse a otros en una sociedad o en una asociación, no ser obligado a expresar una opinión, etc.; ninguno puede negar con carácter general que las libertades negativas son tan importantes como las correspondientes positivas. Sin embargo, se ha cuestionado si esto es válido también para la libertad sindical negativa. Igualmente es controvertido un segundo problema, que ya se planteó en la época de la República de Weimar, y, mucho antes, por la proclamación del Consejo de los representantes del pueblo de noviembre de 1918: si las asociaciones empresariales y los sindicatos son realmente equiparables desde el punto de vista jurídico, así como vendría a indicar el concepto general de asociación (Koalition)<sup>13</sup>. O bien si entre las asociaciones caracterizadas por el hecho de constituir una contraparte social) en el contexto de la posición de poder ejercida por el empleador a nivel de la relación individual de trabajo<sup>14</sup>, puedan incluirse sujetos distintos a los sindicatos, como puede deducirse del Derecho del Trabajo internacional. El art. 9.III.2 GG da un paso adelante en esta dirección cuando afirma que "los convenios tendentes a restringir o impedir este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin". Las restricciones y los impedimentos presuponen, sin embargo, la existencia de un poder social. ¿El poder social se localiza sólo de parte del empleador? ¿No puede hallarse también en la posición de un sindicato fuerte en sus relaciones con un solo empleador débil?

El Tribunal Constitucional no resuelve estos problemas. Ha superado la interpretación literal del art. 9.III GG. Como derecho fundamental individual<sup>15</sup> desde el momento en que ha relacionado el mandato de este artículo también con la asociación en cuanto tal. El Tribunal Constitucional ha proporcionado a tal propósito una justificación histórica: ya en la República de Weimar se había iniciado la extensión de este derecho fundamental a la comunidad social, y ahora el reconocimiento explícito del Estado social de derecho por parte de la GG impedía "limitar la eficacia a las personas individuales sin un motivo suficiente". El Tribunal Constitucional se ha atenido a esta máxima de principio hasta que no ha invertido los términos: la libertad sindical es el derecho del individuo a participar en la actividad específica de la asociación en el ámbito garantizado a ella por la Constitución<sup>16</sup>. La participación en la actividad de la asociación constituye el contenido del derecho fundamental individual<sup>17</sup>. En consecuencia, si el art. 9.III GG viene referido no sólo a la constitución y a la afiliación, sino también a la promoción de la asociación, entonces deben elaborarse los criterios —relativos a la actividad de la asociación— que puedan hacer referencia a la actividad individual.

El Tribunal Constitucional utiliza a tal propósito varias fórmulas: habla, por ejemplo, de un "contenido esencial" (Kernbereich) de la actividad sindical<sup>18</sup>. O bien hace referencia al "fin constitucional" de defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo de los afiliados<sup>19</sup>. La actividad debe ser la "indispensable" en relación con la eficacia perseguida con tal objetivo. No existe, en todo caso, ningún "margen de actividad ilimitado en los contenidos e ilimitable por la ley"<sup>20</sup>. El legislador puede regular con detalle poderes y competencias de la asociación<sup>21</sup>. El problema se centra en qué aspecto se debe privilegiar: si la libertad de decisión del legislador o la libertad sindical. La opinión de las dos Salas del Tribunal parece divergir en este punto<sup>22</sup>. Para la Sala segunda, el "contenido esencial" debe incluir sólo aquellas actividades para las cuales las asociaciones se han constituido y que sean "indispensables" para la conservación y la garantía de su existencia<sup>23</sup>. La Sala primera, pretende imponerle a la libertad sindical sólo los límites requeridos realmente para la tutela de otros bienes jurídicos<sup>24</sup>. La propaganda electoral política de un sindicato no recaería, por ello, bajo la protección del art. 9.III GG<sup>25</sup>.

3.- Como ya se ha señalado, a partir del art. 9.III GG el Tribunal Constitucional ha deducido, superando la literalidad de la norma, la obligación del Estado de poner a disposición de las partes un sistema de contratación colectiva<sup>26</sup>, que, aunque llegue a constituir el instrumento único de mejora de las condiciones económicas y de trabajo<sup>27</sup>, sin embargo es seguramente el más importante. El Estado debe abstenerse de ejercer su influencia en esta materia<sup>28</sup>. En todo caso, el Tribunal Constitucional señala la contraposición existente entre los sindicatos, que son asociaciones de conflicto, y los empleadores, y habla así de "conflicto potencialmente abierto". En tales circunstancias, sin embargo, los sindicatos siempre deberían tomar en consideración los intereses generales<sup>29</sup>. Por tanto, el problema es si toda asociación de trabajadores posee la legitimación necesaria para celebrar convenios colectivos. El parágrafo 2 de la Ley sobre Convenios Colectivos (en adelante TVG) habla de "sindicatos", y esta noción podría haber hecho pensar en el reconocimiento del conflicto colectivo, como ya había hecho el Tribunal Federal de Trabajo<sup>30</sup>. Pero el Tribunal Constitucional lo ha negado, reconociendo la legitimación contractual incluso a la asociación católica de empleados domésticos<sup>31</sup>. Desde el principio, sin embargo, el Tribunal Constitucional no había considerado equivalentes las nociones de legitimación contractual y de asociación, reenviando al legislador la labor de formular requisitos ulteriores<sup>32</sup>, que debían ser deducidos de los objetivos del sistema de contratación colectiva y de la regulación racional del mundo del trabajo<sup>33</sup>. Según el Tribunal Constitucional<sup>34</sup> estos serían: el hecho de que la asociación esté constituida libremente, que esté libre de vínculos, inde-

pendiente y organizada sobre bases supra-empresariales, y que se considere vinculada al respeto del vigente sistema contractual y arbitral.

El Tribunal Constitucional ha encontrado ciertas dificultades para aplicar tales criterios a las asociaciones profesionales, que eran asociaciones obligatorias, a las cuales el legislador había atribuido la legitimación contractual. El Tribunal Constitucional no ha asumido, sin embargo, una posición contraria<sup>35</sup>. En efecto, ha acogido la interpretación de la legitimación contractual proporcionada por el Tribunal Federal de Trabajo<sup>36</sup>, que se le atribuye a cualquier asociación que, por el número de los afiliados, la posición de éstos sobre el mercado de trabajo y su estructura organizativa, deba considerarse en grado de ejercer una presión eficaz: las asociaciones deben ser fuertes y eficientes al extremo de que la contraparte se vea constreñida a entablar con ella negociaciones contractuales. El Tribunal<sup>37</sup> ha considerado constitucional esta conclusión, haciendo el paragón con la cláusula del 5% para los partidos políticos. Para el Tribunal Constitucional, por tanto, las grandes organizaciones sindicales están siempre dotadas de legitimación contractual, prescindiendo de su fuerza en cada caso concreto<sup>38</sup>.

Como ya he indicado, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en materia de conflictos colectivos, pretendiendo eludir el problema en la medida de lo posible. Por ejemplo, ha dejado sin resolver el interrogante acerca de si la huelga o los instrumentos de lucha de los empleadores se encuentran amparados en el art. 9.III GG o por el Art. 2.I GG<sup>39</sup>. Otras veces ha hablado de "estructuras"<sup>40</sup> que como el sistema de negociación colectiva, están caracterizados por los elementos constitutivos de la contraposición de intereses, del conflicto y de la competitividad. O bien, ha definido a los sindicatos como asociaciones de conflicto<sup>41</sup>. El Tribunal Constitucional se ha limitado a pronunciarse sobre problemas marginales: a su juicio, la exclusión del cierre patronal que produce la extinción de los contratos de trabajo no disminuye la capacidad del empleador de enfrentarse a un conflicto colectivo concreto y efectivo<sup>42</sup>. El derecho al conflicto colectivo no incluye la obligación de recurrir al mismo<sup>43</sup>. Y el hecho de que el empleador deba financiar los cursos de formación sindical del comité de empresa no prejuzga la capacidad de la asociación a la que ellos pertenecen de enfrentarse a un conflicto colectivo efectivo; así como tampoco los sindicatos se convierten dependientes de las asociaciones empresariales a causa de tales financiaciones<sup>44</sup>.

4.- En el examen de la constitucionalidad de la atribución por parte del Estado de eficacia general de los convenios colectivos se ha planteado el problema de la importancia del art. 9.III GG: es decir, si a las asociaciones les corresponde el monopolio de la regularización de las condiciones de trabajo. El Tribunal Constitucional ha reconocido la

constitucionalidad de la atribución de eficacia general, proviniendo ésta de un órgano legitimado democráticamente<sup>45</sup>. Así, ha aceptado la consiguiente limitación de la libertad negativa de sindicación, también en el caso en el que se declaren eficaces con carácter general determinadas instituciones comunes a las partes del convenio colectivo<sup>46</sup>. El Tribunal Constitucional, por tanto, no considera que la autonomía contractual goce de una garantía exclusiva: el legislador estatal está legitimado también de este modo para dictar en el futuro disposiciones en materia de trabajo<sup>47</sup>.

5.- El Tribunal Constitucional no ha reconocido a los sindicatos ninguna posición de monopolio por el hecho de haber dejado intactas las oficinas de trabajo ya existentes y, funcionando, justificando esta conclusión con la motivación de que éstas lesionarían a la autonomía colectiva. En todo caso, el Tribunal se ha reservado la posibilidad de reexaminar la situación en caso de que en el futuro se constituyan nuevas oficinas de empleo<sup>48</sup>.

### 3. La jurisprudencia sobre los órganos representativos.

1.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los órganos representativos del personal, los comités de empresa y los comités del personal, puede resumirse en tres puntos: legitimación constitucional de los comités, tutela de la minoría y vínculos entre sindicatos y comités. Para el empleo público aparece el tema específico de la tutela del poder ejecutivo.

2.- En su sentencia del 30-11-1965<sup>49</sup> el Tribunal Constitucional no ha legitimado a los comités en cuanto tales, pero sí se ha remitido de nuevo a la experiencia de la República del Weimar, en la cual los sindicatos habían alcanzado, sea de hecho o sea jurídicamente, el objetivo de dirigir los comités. El derecho de los sindicatos de influir sobre la actividad de los comités -y de los representantes del personal en el empleo público- habría estado garantizado en el pasado por la ley y reconocido constitucionalmente (pág. 316 SS.); y el art. 9.III GG repetiría ahora la misma operación (pág. 319).

También la sentencia del 23-2-1982<sup>50</sup> se ocupa del problema de la representación de una lista electoral por parte de un sindicato con ocasión de la elección de un comité de personal, y, por tanto, de nuevo sobre la influencia de la asociación en la representación del personal (pág. 170). Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha negado a contemplar dentro de la promoción de los objetivos de los sindicatos una legitimación de su actuación sobre la representación del personal<sup>51</sup>. En el caso de revocación del mandato del miembro de un consejo de personal por parte de la mayoría de sus compañeros, el Tribunal Constitucional no

ha visto una contradicción con el art. 9,III GG, sino una lesión del Art. 2.I GG<sup>52</sup>.

3.- La tutela de la minoría ha jugado un papel importante en aquellas pocas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional ha derogado una disposición legal. En dos ocasiones los pronunciamientos han tenido por objeto la exigencia de un mínimo de firmas para poder presentar listas con ocasión de las elecciones del consejo de personal. La exigencia de un décimo de los pertenecientes a la categoría con derecho a voto (parágrafo 19.IV.2 y V de la Ley Federal sobre representación del personal) se ha considerado contraria al principio de igualdad (art. 3.I GG)<sup>53</sup>. El Tribunal Constitucional ha derogado también la disposición del parágrafo 15 de la Ley de Hesse sobre la representación del personal, considerándola inconciliable con el parágrafo 98.II de la Ley Federal: para la validez del voto común entre obreros y empleados no es necesaria la mayoría de los votos válidos de cada categoría, sino la mayoría de los que tienen derecho al voto<sup>54</sup>. En este grupo de sentencias relativas a la tutela de la minoría se encuentra también el pronunciamiento sobre la inadmisibilidad de la revocación del mandato del miembro de un comité de personal por parte de la mayoría de sus compañeros<sup>55</sup>.

4.- a) El Tribunal Constitucional ha incluido entre los derechos pertenecientes a la asociación el de la tutela de los comités de personal cuando está relacionado con la actividad sindical, por ejemplo mediante propaganda con ocasión de la elección de un comité de personal<sup>56</sup>. Por contra, en dos sentencias ha limitado la ingerencia de los consejos dentro de las instituciones religiosas. La primera del 11-10-1977<sup>57</sup>, se refiere a la constitución de la mesa electoral para el desarrollo de las elecciones del comité de empresa: la segunda, del 17-2-1981<sup>58</sup>, se refiere al derecho de acceso a los locales de una institución religiosa de representantes sindicales extraños a la empresa para recoger información, asistir a sus afiliados y desarrollar actividad de proselitismo.

b) Ya en la vieja sentencia del 27-4-1959 el Tribunal Constitucional consideró inadmisibles que un "área políticamente importante" como es la de las decisiones de política de personal en materia de funcionarios públicos quedara sometida a la codeterminación por parte del consejo de personal y al poder dispositivo del colegio de conciliación: ello debería permanecer reservado al Gobierno (pág. 285)<sup>59</sup>.

### 4. La jurisprudencia sobre la codeterminación en la empresa.

1.- En su sentencia del 1-3-1979<sup>60</sup> el Tribunal Constitucional ha examinado con detalle la relación existente entre la codeterminación en la empresa, regulada por la Ley del 4-5-1976, y la libertad sindical. El principio de la libertad de conflicto, reconocido de forma muy clara en

la sentencia del 18-11-1954, se ve debilitado doblemente: basándose sobre el objetivo de tal principio, es decir la tutela de la independencia, se sigue sosteniendo que las asociaciones de trabajadores, a pesar de la codeterminación, son suficientemente independientes como para representar de forma eficaz y permanente los intereses de los propios afiliados<sup>61</sup>. El Tribunal Constitucional incluye la funcionalidad del sistema de negociación colectiva dentro del "contenido esencial" del art. 9.II GG<sup>62</sup>. Este contenido esencial, sin embargo, se lesionaría tan sólo en un momento en el que produjera una efectiva carencia de funcionalidad<sup>63</sup>, con daños duraderos al sistema de negociación colectiva; circunstancia, por lo demás, que no se ha verificado todavía, en cuyo caso correspondería al legislador poner los remedios oportunos<sup>64</sup>.

2.— Otra importante afirmación puede encontrarse en esta última sentencia, cuando sostiene que el art. 9.III GG no se interpreta en el sentido de que el legislador deba tutelar el actual sistema de negociación colectiva como si fuese el *exclusivo* instrumento para la mejora de las condiciones económicas y de trabajo<sup>65</sup>. Esta sentencia permite una apreciación de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

### III. Posición acerca del derecho del trabajo estatal.

#### 1. La Jurisprudencia sobre la legislación laboral.

1.— La legislación laboral ha sido tratada ya en diferentes aspectos: por un lado, como limitación del poder de las asociaciones sindicales y, al mismo tiempo, como ampliación de sus facultades, como ha sucedido, por ejemplo, a propósito de la atribución de eficacia general a los convenios colectivos, o de la legitimación para la cogestión en la empresa, tanto en servicios públicos como en el ámbito privado.

Con todo, el Tribunal Constitucional también se ha manifestado directamente acerca de la regulación legal de la vida del trabajo. Precisamente en veinte ocasiones. De ellas, en diez ocasiones ha enmendado al legislador, y una vez lo ha interpretado. Una rápida reflexión es rica en consideraciones: tres decisiones se ocupan de la relación de vida en común tanto de casados como de no casados: deben evitarse los privilegios de quienes hacen vida en común sin estar casados en el tratamiento jurídico de las relaciones de trabajo. Dos veces se han tratado problemas fiscales, con ocasión del pago del impuesto eclesiástico por parte de cónyuges que no obtienen rentas, cuando el cónyuge que las obtiene no pertenece a la iglesia. Dos decisiones se ocupan de la protección de la madre, una de ellas acerca de la discriminación del hombre en el disfrute de un día libre para quehaceres domésticos. Quedan dos decisiones de especial interés en el plano jurídico-laboral, a saber: por un lado, la

distinta, y por ello tachada de arbitraria por el Tribunal Constitucional, manera de cómputo del tiempo de servicio de obreros y empleados en las normas sobre plazo para el despido<sup>66</sup>, y por otro lado, la decisión de 4-4-1967, en la que el Tribunal Constitucional declaró incompatible con el derecho fundamental a la libre elección de profesión y oficio la ampliación del monopolio en la mediación en el trabajo a los contratos de cesión de trabajadores<sup>67</sup>. De esta fecha arrancan los desmanes en la actividad profesionalizada de préstamo de trabajadores, que el legislador había intentado infructuosamente controlar. Veinte años más tarde, de todas formas, el Tribunal Constitucional ha considerado oportuno corregir su jurisprudencia en el caso de las empresas del ramo de la construcción<sup>68</sup>.

De las decisiones del Tribunal Constitucional que han examinado la compatibilidad del derecho vigente con la Constitución, merece la pena mencionar especialmente una de sus tres sentencias sobre el cierre de los comercios de 1960<sup>69</sup>. En ella el Tribunal Constitucional deniega el recurso de amparo interpuesto por 2 trabajadores contra la regulación legal del cierre de comercios. El Tribunal Constitucional por un lado, reconoció la facultad del legislador de "aspirar en la debida y oportuna proporción, a la homogeneidad en la vida social", considerándola una decisión política que por principio ha de respetar el Tribunal Constitucional, porque es tarea de todo legislador ordenar las relaciones sociales, especialmente en la esfera de la organización económica<sup>70</sup>. Por otro, no advirtió abuso en los poderes del legislador por el mero hecho de que "mediante la regulación legal pueda contribuir al equilibrio de los intereses en juego para así lograr la paz social, a la vista de los numerosos y antagónicos intereses que hay que conjugar"<sup>71</sup>.

#### 2.— Jurisprudencia acerca de la jurisdicción laboral.

1.— Prescindiendo de las sentencias del Tribunal Constitucional ya comentadas, en las que se expresó acerca de la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo sobre el derecho colectivo del trabajo, merecen especial atención dos extensas sentencias. La primera de 13-1-1982<sup>72</sup>, corrigió la línea de política social del Tribunal Federal de Trabajo que llevó a transformar contratos de trabajo en cadena en relaciones de trabajo de carácter indefinido en los organismos públicos de radiodifusión. El Tribunal Constitucional alegó en contra de esa línea el principio de la libertad de radiodifusión, y extrajo del mismo la exigencia de diversidad, que no podrían satisfacer los organismos de radiodifusión si estuvieran obligados a mantener colaboradores permanentes y fijos en el ámbito de su programación<sup>73</sup>. Conforme a ello, la libertad de radiodifusión prevalece sobre el principio de estado social<sup>74</sup>. En su sentencia de 19-10-

1983<sup>75</sup>, el Tribunal Constitucional anuló el fallo del Tribunal Federal de Trabajo de 19-12-1979, en el que en caso de concurso del empleador, se habían reconocido a los créditos de los trabajadores en el Plan Social al más alto rango entre los acreedores, alegando que con ello se habían excedido los límites de una interpretación creativa, tal y como se deducen del principio constitucional de sujeción al derecho y a la ley<sup>76</sup>.

### 3.- *Jurisprudencia sobre el derecho de funcionarios.*

1.- En estrecha conexión han de ponerse también las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho de funcionarios, bien que el derecho alemán separa con claridad el derecho del trabajo y el derecho de los funcionarios: El derecho del trabajo se incluye en el derecho privado, y el derecho de los funcionarios en el derecho público. No obstante, pueden encontrarse frecuentes interferencias. Así, están empleados en los servicios públicos no sólo funcionarios sino también trabajadores, los cuales se someten al derecho del trabajo. Por otro lado, no hay que olvidar que funciones propias de trabajadores son desempeñadas por funcionarios y viceversa, funciones propias de funcionarios son desempeñadas por trabajadores. El acercamiento jurídico entre las relaciones de trabajo y la relación de los funcionarios es evidente. Pero, sin perjuicio de las valoraciones jurídicas que merezca el caso concreto, es útil para determinar la posición del Tribunal Constitucional la consulta al derecho de funcionarios y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de funcionarios.

2.- a) Del derecho de funcionarios propiamente dicho tratan ciento treinta sentencias del Tribunal Constitucional, esto es, más del doble de las decisiones sobre derecho del trabajo colectivo e individual. Casi la mitad de ellas, exactamente sesenta y tres, se ocupan de cuestiones jurídico-constitucionales: sobre el art. 33 de la Constitución, especialmente de los párrafos 4 y 5. Según estos preceptos, por un lado, el desempeño de altas competencias como tarea permanente debe ser atribuido por regla general a los miembros de los servicios públicos, los cuales se encuentran en una relación jurídico-pública de servicio y lealtad (p. 4), y, por otro, el derecho de los servicios públicos ha de guiarse bajo la consideración de los principios tradicionales de la profesión de funcionario (p.5).

b) El gran número de decisiones sobre estos temas se debe sin duda a varias razones. Por lo pronto, el Tribunal Constitucional despliega aquí una protección que normalmente dan los sindicatos a través de su actividad colectiva en la vida laboral. Además, la necesidad de protección en una relación jurídica que desde su inicio se establece de por vida, parece mayor que en el caso de aquellas relaciones que conllevan el "cambio

de señor", esto es el cambio de un empleador a otro. Finalmente, los funcionarios, dado su privilegio de no poder ser despedidos, se encuentran en mejor situación de defenderse frente a las injusticias sin daños para su promoción, y por ello mismo pueden esperar años a la decisión del Tribunal Constitucional.

3.- Ambos, derecho del trabajo y derecho de los funcionarios, están sujetos a los derechos fundamentales.

### 4. *Jurisprudencia sobre derechos fundamentales.*

1.- A diferencia del Tribunal Federal de Trabajo, que se ha pronunciado por la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales en derecho privado, el Tribunal Constitucional ha considerado, en una muy temprana sentencia, de 15-1-1958<sup>77</sup>, que los derechos fundamentales son en primer lugar derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, aunque por otro lado, ello no le haya llevado a ver la Constitución como "ordenamiento neutral". Más bien, de sus disquisiciones sobre los derechos fundamentales se desprende un orden objetivo de valores, que conforma también el derecho privado y que incide en las cláusulas generales del derecho civil.

2.- Con esta concepción de los derechos fundamentales, como orden objetivo de valores, el Tribunal Constitucional ha introducido una valoración de contenido a la que están ligados, no sólo los trabajadores y empleadores con ocasión de la celebración de sus contratos de trabajo, sino también las asociaciones a la hora de concluir sus convenios colectivos, así como los empleadores y los consejos respecto a sus acuerdos colectivos. Esta misma vinculación vale también para el legislador; sin duda para los legisladores de los respectivos Estados Federados, pero también para el legislador federal en lo relativo a las relaciones de funcionarios. Porque la relación de funcionario, como ha entendido otra decisión del Tribunal Constitucional<sup>78</sup>, no es ninguna relación de sujeción especial, concepto bajo el que se han comprendido las relaciones jurídicas de penados, escolares, estudiantes y funcionarios, y que ha servido para añadir otras obligaciones a los deberes generales de todo ciudadano.

## IV. EVALUACION.

### 1. *Principios básicos jurídico-constitucionales.*

1.- El Tribunal Constitucional actuó como sustituto del constituyente cuando revalorizó la coalición, sirviéndose de las prescripciones de la Constitución de Weimar, e incluso cuando dio al sistema de negociación colectiva al valor de pieza jurídico-constitucional. Con ello el Tribunal

Constitucional ha venido a reconocer que la autonomía colectiva, junto a la intervención estatal, es principio básico del derecho del trabajo con rango constitucional.

Como segundo principio ha de destacarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la primacía de lo colectivo, por delante de la protección político-social de los trabajadores y también de los funcionarios. Esta conclusión es aplicable, por ejemplo, a la libertad de radiodifusión, por sus fines de configuración de la opinión pública, así como a las confesiones religiosas.

## 2. La posición del Tribunal Constitucional respecto al sistema laboral.

1.- La vida laboral, sin perjuicio del concepto jurídico de derecho del trabajo, se puede contemplar como unidad, incluso con la incorporación de los funcionarios si se toman en cuenta los distintos factores que confluyen en su configuración, y no se atiende exclusivamente al orden jerárquico del derecho. No sólo el derecho, sino también las relaciones fácticas de poder, son a este respecto importantes, como en parte ya destacó Max Weber a propósito del sistema laboral de las diversas regiones<sup>79</sup>. Tales factores de conformación de la vida laboral son, en primer término, el Estado mediante la legislación y la jurisprudencia, los sindicatos, las asociaciones de empleadores y los empleados; pero también lo es la opinión pública y, hasta cierto punto, como poder que influye en los tribunales y en el legislador, incluso la doctrina. Este conjunto de factores se suele agrupar bajo el concepto genérico de "sistema laboral"<sup>80</sup>. Para determinar la posición del Tribunal Constitucional respecto de dicho sistema laboral ha de tenerse en cuenta, por lo pronto, que el Tribunal Constitucional se ha de mantener al margen de las disputas entre los distintos factores de conformación. Por ello, el Tribunal Constitucional rechaza "sacar las castañas del fuego" a cualquiera de las partes en conflicto. En el ámbito del derecho colectivo del trabajo en su más amplio sentido, y también en relación con la legislación y la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional no quiere ser un poder autónomo de conformación del derecho. Por el contrario, deja intacto el derecho colectivo del trabajo, ese "monstrum irregulare" con su dualismo de cogestión externa e interna —esto es, en el ámbito de la empresa y en el ámbito del establecimiento— y sus flancos abiertos al intervencionismo estatal. Se retira a una segunda fila, como guardaespaldas que mantiene la paz social. Podría decirse que, precisamente por la lentitud de su proceso de decisión, despoja a los conflictos de su acritud jurídico-constitucional, que es la acritud principal. Así "desdramatiza" el conflicto. Haciendo esto, tras su decisión sobre cogestión en la empresa devuelve la tranquilidad al seno empresarial.

Las efectivas decisiones del Tribunal Constitucional afectan tanto a la introducción de los principios constitucionales en el ámbito jurídico-laboral, como al mantenimiento de la división de poderes, esto último por lo que concierne al Tribunal Federal de Trabajo. Más allá de eso, son raras las decisiones autónomas. A ellas pertenece la primera sentencia sobre contratos de cesión de trabajadores<sup>81</sup>, en la que, por lo demás, se muestra de modo fatal que los errores del Tribunal Constitucional son poco menos que irreparables. Con todo, su segundo juicio sobre cesión de trabajadores abre posibilidades de corregir otras decisiones erróneas.

## 3. El Tribunal Constitucional, ¿un tribunal político?

1.- El Tribunal Constitucional es siempre calificado como Tribunal político. Para esta caracterización no basta desde luego que la elección de los jueces se lleve a cabo por instancias políticas, porque eso ocurre también en la elección de los jueces de otros tribunales. La cuestión se centra más bien en la función del tribunal. El tribunal tiene que emplear, como tal tribunal, el derecho escrito, y tiene que actuar sin duda con arreglo a los cánones de las reglas de interpretación. ¿Podemos nosotros usar esos cánones también para el derecho constitucional, especialmente en lo que afecta a los derechos fundamentales, a los que según el art. 1.III Const. están vinculados inmediatamente los tres poderes constitucionales, siendo en dicha vinculación del legislador donde reside justamente la justificación del Tribunal Constitucional como institución?

2.- Formalmente, la Constitución es una ley. El Tribunal Constitucional ha acudido a los tradicionales cánones de los principios de la interpretación jurídica y con ello se ha adherido también a la interpretación sistemática, ante todo y de forma clara y extensa en su sentencia de 21-5-1952. En ella se dice: "Decisivo para la interpretación de un precepto legal es la voluntad objetivizada del legislador que se expresa en el mismo, tal y como resulta del tenor literal de la prescripción legal y del contexto en el que se ha insertado. No es decisiva, por el contrario, la idea subjetiva de los órganos que han participado en el procedimiento legislativo, ni la de cada uno de sus miembros, sobre el significado del precepto."

El origen de un precepto tiene importancia para su interpretación sólo en tanto que confirme la exactitud de la interpretación realizada según los principios anteriores, o en tanto aclare las dudas que no puedan ser despejadas mediante el camino anterior<sup>82</sup>.

Pero, en contra de esta declaración, el Tribunal Constitucional no siempre ha practicado la interpretación sistemática. Vale para ilustrarlo un ejemplo sobre la libertad de actividad de las coaliciones. Si se analiza fundamentalmente el Art. 19.III de la Constitución y se examina en relación

con la libertad individual de asociación del art. 9 Const. no hace falta en absoluto la construcción de un doble derecho fundamental a partir del art. 9.III de la propia Constitución. En una sociedad libre la libertad individual de asociación conduce de forma natural al reconocimiento de la libertad de actividad de la asociación, pues esa es su meta y su sentido. Sin embargo, con ello los miembros de la asociación de personas organizadas autónomamente no se liberan de su responsabilidad por los hechos de la asociación<sup>83</sup>.

Pero tales reflexiones no respaldan en modo alguno la derivación del sistema de negociación colectiva de la libertad individual de coalición. Por otra parte, la conclusión de que si hay libertad positiva de coalición debe haber libertad negativa, la cual ni siquiera convence como conclusión lógica inversa, contradice la interpretación sistemática. Porque carecería de sentido una especial mención de la libertad de coalición junto a la libertad general de asociación.

Toda aplicación de la ley exige continuidad por parte de quienes la aplican. En el Tribunal Constitucional se echa de menos dicha continuidad a la hora de aplicar su interpretación del concepto de coalición, por lo demás aceptado por la doctrina laboralista, a la capacidad negociadora de las corporaciones o de las cámaras de trabajadores. Igualmente es aplicable esta observación a su juicio sobre la cogestión: si el empleador sufre cambios estructurales a través de la cogestión y con ello los intereses de empleadores y trabajadores quedan equilibrados a través de la cogestión interna, entonces el empleador no queda libre de contrincantes, y su error naturalmente contagia también al grupo de empresarios. Pero con ello se pone en cuestión la cogestión externa sobre conflicto laboral y convenio colectivo.

3.- El tribunal constitucional abandona de esa forma el terreno jurídico. Actúa políticamente. Eso significa, en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, que el Tribunal Constitucional no se desplaza a la arena política y que precisamente no se pronuncia sobre el conflicto entre autonomía e intervención estatal, ni entre regulación colectiva o estatal de las relaciones de trabajo, ni entre cogestión externa o interna. El Tribunal Constitucional se ha referido tempranamente a la posición de la neutralidad político-económica de la Const. en su sentencia de 20-7-1954<sup>84</sup>, después de que el constituyente no se hubiese pronunciado abiertamente por un determinado sistema económico. El legislador es libre por tanto en sus decisiones de política económica y social. El Tribunal Constitucional rinde también respeto al poder del legislador como representante de la "volonté générale". No quiere desbancarla porque no quiere convertirse en sustituto del legislador.

Esta actuación política no es fruto seguramente de ninguna decisión política, en el sentido de que quien decide políticamente sienta sus propias

metas. Sin embargo el Tribunal Constitucional lo ha hecho con su énfasis en los principios constitucionales cuando ha actuado como sustituto del constituyente.

4.- Desde otra perspectiva, se podría hablar de un Tribunal político en el caso de que se reprochara al Tribunal Constitucional el respaldo a la actual situación de poder. El Tribunal Constitucional se inserta en el marco del desarrollo histórico de Alemania, en el que las posiciones políticas se han mantenido invariables: el legislador ha sido la decisiva y primordial instancia de poder. Sin embargo, el Tribunal Constitucional le impide la acometida de transformaciones profundas, como sería, por ejemplo, la que implicara la supresión del sistema de negociación colectiva y, cabría añadir, la supresión del conflicto laboral como institución. Dado que en una sociedad pluralista el legislador no toma decisiones espectaculares, tampoco corresponde al Tribunal Constitucional un papel decisivo. Prudentes pasos hacia un sistema corporativista, al igual que puntuales correcciones de importante o sólo presuntos avances sociales acometidos por el legislador, no deberían fracasar sin embargo por la intervención del Tribunal Constitucional.

La explicación es evidente. El Tribunal Constitucional no dispone, en el concurso de las distintas fuerzas políticas, de ningún poder dominante. No posee "divisiones militares", por utilizar la conocida frase de Stalin referida al Papa. Sus facultades son limitadas, concretamente por la situación de hecho de las relaciones políticas de poder. Si éstas se encuentran en equilibrio, por la existencia en el ámbito parlamentario de una oposición fuerte que puede aspirar a la mayoría, y si la opinión pública es decididamente unánime, existirá entonces un amplio consenso en los estrados más altos de la jurisprudencia (reforzado quizá por la doctrina), y en ese caso el Tribunal Constitucional se convertirá en el elemento decisivo ("Zünglein an der Waage") y gozará de libertad de decisión. También puede imponerse al legislador de los Estados Federados, y con ello poner de manifiesto sus posibilidades de intervención. Aunque en la República Federal de Alemania hay un supuesto sistema federal -HESSE ha hablado en alguna ocasión, con razón, de "Estado federal unitario"-, el derecho formal favorece el crecimiento del poder del tribunal constitucional, que actúa como Institución federal frente al legislador federado. Esta correlación de poder le es más favorable que en la confrontación del Tribunal Constitucional con el legislador federal.

5.- El poder específico del Tribunal Constitucional es su prestigio, que no puede entenderse como autoridad previamente concedida como ventaja, sino como autoridad ganada a través de sus decisiones. Los numerosos y fundados ataques de la doctrina contra su jurisprudencia pueden afectar a su prestigio, pero ello plantea, a su vez, la cuestión referente al papel efectivo de la doctrina en una sociedad pluralista.

El Tribunal Constitucional, como tribunal, tiene que cuidar de sus propios intereses, para que no decaiga el prestigio que en general corresponde a la jurisprudencia. Ello limita sus posibilidades en lo que respecta a la corrección de las decisiones de otros tribunales. El Tribunal Constitucional no puede actuar contra el Estado de derecho. Por el contrario, a través de su jurisprudencia sobre los derechos básicos de la justicia ha contribuido sistemáticamente al desarrollo del poder de los jueces y, con ello, del Estado de derecho.

6.- La discusión sobre el carácter político del Tribunal Constitucional seguramente no ha quedado agotada. Habría que analizar también si su jurisprudencia sobre el derecho de funcionarios puede explicarse a partir de la extracción de sus jueces. Los jueces del Tribunal Constitucional son básicamente jueces profesionales o profesores, apenas abogados. Por lo tanto, ellos mismos son funcionarios, y se pueden sentir identificados con aquellos funcionarios que interponen recursos de amparo. Por otro lado, el Tribunal Constitucional preserva la unidad del derecho de funcionarios frente al legislador de los Estados federados y, además, tiene capacidad para acoplarla a la legislación básica del Estado.

7.- ¿Es pues, el Tribunal Constitucional un tribunal político? Eso suena para los juristas como un veredicto. De ahí que por justicia quepa preguntarse si el Tribunal Constitucional no es *necesariamente* un tribunal político. Si esa pregunta se plantea en el ámbito del derecho colectivo del trabajo, es preciso constatar lo siguiente: el derecho colectivo del trabajo en Alemania se ha construido históricamente de forma espontánea, de tal modo que se sustrajo y sigue sustrayéndose a una comprensión sistemática. Si se incardinara en el derecho constitucional de la República Federal de Alemania, se sistematizara conforme a dicho derecho constitucional y se intentara la delimitación de sus fronteras, se habrían tomado decisiones políticas del más alto alcance. De ahí que sea perfectamente comprensible que el Tribunal Constitucional no lo haga, y que se ejercite en el arte del dejar hacer político, del "self-restraint". Así pues, de modo necesario *actúa* políticamente. Sólo que, y esto es lo más problemático, los juramentos *jurídicos* de cada una de sus decisiones se ven afectados por las demandas de que adopte decisiones políticas. Este dilema resulta inevitable.

8.- En su jurisprudencia sobre derechos fundamentales el Tribunal Constitucional renuncia a un análisis sistemático de los mismos. Ello habría exigido una clara disposición al entendimiento de cada uno de los derechos fundamentales, tal y como demanda el reconocimiento de la libertad general de negociación en el art. 2.II de la Constitución. Con ello cada uno de los derechos fundamentales sería comprendido como concretización de la esfera de competencias del individuo, y la reserva de la ley sería entendida, conforme a su graduación, como legitimación

limitada de la actividad estatal. El concepto tradicional alemán de los derechos fundamentales, esto es, los derechos fundamentales como algo separado del poder estatal, quedaría así invertido<sup>85</sup>.

El Tribunal Constitucional no ha hecho eso, y ha renunciado a trazar una clara barrera que sirviera para la graduación de la reserva de ley y para que ésta pudiera ser perfilada. En lugar de eso ha construido o conformado nuevos conceptos jurídicos indeterminados como "bien común" ("Gemeinwohl"), "núcleo" ("Kernbereich") o "proporcionalidad" ("Verhältnismässigkeit"). Y con la ayuda de ellos se ha reservado la última palabra en cada caso. Pero esto no significa que el Tribunal Constitucional se vea a sí mismo como instancia política. Sin duda el Tribunal Constitucional es a ese respecto precavido. No se aleja de su frecuente papel de consejero. Evita conflictos o coloca plazos para la nueva regulación, para la cual ofrece indicaciones.

9.- La concentración del último poder de decisión política en el Tribunal Constitucional supone un alto precio respecto al legislador y respecto al ciudadano.

a) El legislador siempre muestra su temor, y ve disminuidas sus ansias de adoptar decisiones, ante el voto negativo de Karlsruhe y la consiguiente desaprobación política, aunque ello no sea especialmente grave en los sistemas democráticos y, en particular, en la República Federal de Alemania.

b) Más importante es para el ciudadano la depreciación que pudieran sufrir los derechos fundamentales. La interpretación sistemática de los derechos fundamentales habría reforzado seguramente el respeto hacia ellos y hacia la libertad por parte de los ciudadanos de la República Federal de Alemania. Pero ello también habría agudizado el conflicto entre derechos fundamentales y democracia, patente en toda constitución moderna desde la Revolución Francesa. Si este conflicto no se dirime resulta que el Tribunal Constitucional deja de ser respetuoso con las reglas de la precaución y en su fuero interno se hace continuador de la línea de la Monarquía por encima del "Ersatzkaiser" de la República de Weimer y del Führer del Tercer Reich". Esto sería perceptible sobre todo si el Tribunal Constitucional -al igual que para los restantes altos tribunales alemanes- se viera como salvador ante la decadencia del derecho y, como autoridad moral, e intentara hacer valoraciones. Si en lugar de trazar claros límites a la libertad se opta por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, el tribunal se haría arbitrario, al igual que lo fue durante la época de la Monarquía absoluta. Faltaría, en ese caso, la razonable confianza en el sentido de la decisión judicial, factor que constituye uno de los pilares del Estado liberal de derecho.

Se ha desaprovechado la gran oportunidad que había ofrecido la Constitución: comprender el Derecho de esa forma nueva, conforme a los

derechos de libertad y exigir al legislador la legitimación de sus acciones, pues de lo contrario el Estado democrático tan sólo aparece como el sucesor del Príncipe absoluto. Tal ruptura con la continuidad alemana no conduciría a una ruptura con el Estado social. La libertad significa también iguales garantías para la libertad de los demás. El principio de igualdad es la libertad para todos. A este respecto podemos encontrar un "déficit" en la Constitución, debido a su carácter provisional. Pero dicho déficit es subsanable a través de la interpretación sistemática y a partir de los derechos fundamentales de contenido social insertados en algunas de las Constituciones de los Estados Federados aprobadas desde 1945, así como a partir del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, ratificado por la República Federal de Alemania<sup>86</sup>. El laboralista alemán puede acudir, asimismo, a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Con todo, hacía falta un paso positivo, que habría podido dar el Tribunal Constitucional o que, al menos, habría podido recomendar, pero que, sin embargo, no se ha dado.

10.- ¿Que sucedería ahora si la Constitución de la República Federal de Alemania o de una Alemania reunificada, acogiera los derechos fundamentales de carácter social? El Tribunal Constitucional, esa sería la respuesta, mantendría su posición. Trabajaría como antes con conceptos jurídicos indeterminados para encontrar la solución del caso concreto. Sólo que tendría que atender forzosamente a los derechos sociales en su decisión del caso concreto. Y al mismo tiempo se limitaría un poco la libertad de decisión del Tribunal Constitucional, que resultaría también más fácil de controlar, lo cual supone para toda instancia de poder, también para un tribunal, nada más que ventajas.

#### V. Tribunal Constitucional y ciencia del derecho.

El científico debe dedicar sus últimas palabras al papel y a la función de la doctrina respecto a la jurisdicción constitucional. Para la ciencia del derecho es aceptable la actitud del Tribunal Constitucional respecto al sistema laboral, su comedimiento ante el juego de las fuerzas políticas, su conservación del equilibrio alcanzado hasta el momento, y, en todo caso, la precavida apertura a reflexiones más desarrolladas, como confesión de sus propios límites. Entretanto, la doctrina se ciñe a opinar sobre si el Tribunal Constitucional actúa razonablemente en sus tareas de control de los abusos de poder. En lo demás juzga el Tribunal Constitucional tan sólo como tribunal. Critica sus decisiones al igual que las de todo tribunal. Utiliza la crítica inmanente respecto de las consecuencias de su jurisprudencia, y valora las decisiones a la luz del derecho escrito. Pero no puede detenerse en ello, sino que debe dar un paso en pos de

la construcción del sistema de derechos fundamentales. Lo que el Tribunal Constitucional no hace, y lo que en realidad no puede hacer, debe hacerlo la doctrina. Debe confrontar la jurisprudencia con el sistema de derechos fundamentales. Sólo así podrían ser limitadas a la postre la incidencia de factores políticos y emocionales en la resolución del caso concreto. Y por cierto es también insuficiente el exclusivo control de los abusos del Estado, ante todo si ello se efectúa bajo la referencia de la justicia del caso concreto<sup>87</sup>. La doctrina tiene que encontrar la síntesis que representa la Constitución: el Estado liberal y social de derecho. Con ello se convierte en adversaria y al mismo tiempo compañera, en el más profundo sentido de esta expresión del Tribunal Constitucional.

## NOTAS:

- <sup>1</sup> Los otros Tribunales federales superiores son: el Tribunal Supremo (competente en materia de jurisdicción ordinaria, tanto civil como penal), el Tribunal Administrativo, el Tribunal Financiero, el Tribunal Laboral y el Tribunal Social.
- <sup>2</sup> El propio Tribunal Constitucional se define a sí mismo como "colocado en un ámbito completamente diverso en relación con todos los demás órganos judiciales": cfr. su Memoria de 27.6.1952, en "Jahrbuch des öffentlichen Rechts", vol. 6 (1957), pág. 144.
- <sup>3</sup> 13.8.1985, en "Der Betrieb" 1985, pág. 1848.
- <sup>4</sup> En "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts" (en adelante BVerfGE) 65, 1962.
- <sup>5</sup> 14.6.1983, BVerfGE 64, 208, 214.
- <sup>6</sup> Cfr. las sentencias del 23.10.1951, BVerfGE 14, 37; 20.1.1966, BVerfGE 19, 377, 392; 19.7.1966, BVerfGE 20, 56, 87; 10.6.1975, BVerfGE 88, 93.
- <sup>7</sup> Cfr. sobre el particular las observaciones críticas de SOELLS, en "Zeitschrift für Arbeitsrecht", 1981, págs. 527 ss.
- <sup>8</sup> 20.6.1954, BVerfGE 4, 7, 17 ss.
- <sup>9</sup> 1.3.1979, BVerfGE 50, 290, 338 ss.
- <sup>10</sup> Hace veinte años yo había propuesto sustituir con esta noción con aquella otra más comprometida de sindicación: RAMM, Der Koalitionsbegriff, en "Recht der Arbeit", 1968, pág. 412. Cfr. también mi anterior comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 6.5.1964, Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit, en "Juristische Schulung", 1966, 223.
- <sup>11</sup> 20.6.1971, BVerfGE 31, 297, 302.
- <sup>12</sup> Ya a partir de la sentencia de 1.3.1979 BVerfGE 50, 290, 367.
- <sup>13</sup> La legitimación histórica se encontraba en la prohibición penal de las asociaciones recogido por el Código Industrial de 1869. Sobre el particular, cfr. RAMM, Der Koalitionsbegriff, cit. pág. 412.
- <sup>14</sup> Cfr. en relación con esta posición, DAUBLER, Arbeitskampfrecht, 1987 (2.ª edición), n.º 90 ss. y Das Arbeitsrecht vol. I, pág. 48; Comentario KITINER, Art. 9.III GG, n.º 5 y 23 ss.; UDO MAYER, Kräfte und Spannungen in Arbeitsrecht, 1986, pág. 145; HOFFMAN, Koalitionsrecht und Tarifautonomie, en "Gewerkschaftliche Monatshefte", 1966, pág. 152; LADEUR, Zur Kritik der herrschenden Tarifvertragsdoktrin, in "Demokratie und Recht", 1973, 145.
- <sup>15</sup> 18.11.1954, BVerfGE 4, 96, 101.
- <sup>16</sup> A partir de la sentencia del 30.11.1965, BVerfGE 19, 303, 312.
- <sup>17</sup> Así, la sentencia del 18.12.1974, BVerfGE 38, 281, 303.
- <sup>18</sup> BVerfGE 28, 305.
- <sup>19</sup> BVerfGE 17, 319 y 28, 295, 305.
- <sup>20</sup> A partir de la sentencia del 19.2.1975, BVerfGE 38, 386, 391.
- <sup>21</sup> Ello a partir de la sentencia del 1.3.1979, BVerfGE 50, 290, 368.
- <sup>22</sup> Resaltan este contraste de opiniones DAUBLER, Arbeitskampfrecht, cit., n.º 90.1, 90.1, 90; y PIEPER, Aspekte des gewerkschaftlichen Streikrechts, en "Arbeit und Recht", 1987, 121, 127.
- <sup>23</sup> Ello a partir de la sentencia del 26.5.1970, BVerfGE 28, 295, 304.

- <sup>24</sup> Ello a partir de la sentencia del 26.5.1970, BVerfGE 28, 295, 304.
- <sup>25</sup> Así la sentencia del 28.4.1976, BVerfGE, 42, 133, 138.
- <sup>26</sup> BVerfGE 4, 96, 106.
- <sup>27</sup> Así, BVerfGE 50, 290, 371.
- <sup>28</sup> Así, BVerfGE 38, 281, 306.
- <sup>29</sup> Así, BVerfGE 38, 281, 306.
- <sup>30</sup> Con la sentencia del 19.1.1963, en "Arbeitsrechtliche Praxis", n.º 15 sobre el parágrafo 2 TVG.
- <sup>31</sup> Cfr. la sentencia 6.5.1964, BVerfGE 18, 18, 27.
- <sup>32</sup> Así, BVerfGE 4, 96, 106.
- <sup>33</sup> Así a partir de BVerfGE 18, 18, 27.
- <sup>34</sup> BVerfGE 4, 96, 106.
- <sup>35</sup> BVerfGE 20, 312, 318.
- <sup>36</sup> Con la sentencia 14.3.1978, en "Arbeitsrechtliche Praxis", n.º 30 sobre el parágrafo 2 TVG.
- <sup>37</sup> 20.10.1981, BVerfGE 58, 233.
- <sup>38</sup> Idem. págs. 249, 259, 256.
- <sup>39</sup> 19.2.1965, BVerfGE 38, 386.
- <sup>40</sup> BVerfGE 38, 386, 394, 395.
- <sup>41</sup> 18.12.1974, BVerfGE 38, 386, 394, 395.
- <sup>42</sup> BVerfGE 38, 386, 394, 395.
- <sup>43</sup> 6.5.1964, BVerfGE 18, 18, 32.
- <sup>44</sup> 14.2.1978, BVerfGE 47, 191, 197.
- <sup>45</sup> BVerfGE 38, 281, 308.
- <sup>46</sup> BVerfGE 55, 7, 21
- <sup>47</sup> BVerfGE 44, 322, 341.
- <sup>48</sup> BVerfGE 38, 281, 308.
- <sup>49</sup> BVerfGE 19, 303.
- <sup>50</sup> BVerfGE 60, 162.
- <sup>51</sup> BVerfGE 28, 314, 323.
- <sup>52</sup> 15.7.1980, BVerfGE 51, 77, 96
- <sup>53</sup> 16.10.1984, BVerfGE 67, 369.
- <sup>54</sup> 16.10.1984, BVerfGE 67, 382.
- <sup>55</sup> 23.3.1982, BVerfGE 60, 162.
- <sup>56</sup> 30.11.1965, BVerfGE, 19, 303.
- <sup>57</sup> BVerfGE 46, 73.
- <sup>58</sup> BVerfGE 57, 220.
- <sup>59</sup> BVerfGE 9, 268, 285.
- <sup>60</sup> BVerfGE 50, 290.
- <sup>61</sup> Ivi, 50, 290, 373.
- <sup>62</sup> Ivi 370, 373, 3760, 377.
- <sup>63</sup> Ivi 376.
- <sup>64</sup> Ivi 376.
- <sup>65</sup> Ivi 371.
- <sup>66</sup> Sentencia de 16.11.1982, NJW 1983, 617.
- <sup>67</sup> BVerfGE 21, 261.
- <sup>68</sup> 6.10.1987, BVerfGE 77, 84.

- <sup>69</sup> 29.11.1961, BVerfGE 13, 230
- <sup>70</sup> P. 233
- <sup>71</sup> P. 235
- <sup>72</sup> BVerfGE 59, 231.
- <sup>73</sup> P. 272.
- <sup>74</sup> P. 262.
- <sup>75</sup> BVerfGE 65, 182.
- <sup>76</sup> p. 194.
- <sup>77</sup> BVerfGE 7, 198, 204.
- <sup>78</sup> El Tribunal Constitucional, en su decisión de 14.3.1972 (BVerfGE 33.1), ha rechazado con carácter general aplicar de modo inmediato a los penados la figura jurídica de la relación de sujeción especial.
- <sup>79</sup> Comunicación de 1893 al Congreso de la "Vereinigung für Sozialpolitik", en Gesammelte Aufsätze zur Social und Wirtschaftsgeschichte 1924, p. 444.
- <sup>80</sup> Vid. mis estudios: "Die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland", JZ 1977, p.1; y "Probleme der Arbeitsverfassung", Zeitschrift für Arbeitsrecht 1978, p. 361.
- <sup>81</sup> Vid. nota 67.
- <sup>82</sup> BVerfGE 1, 299, 312, además de las decisiones de 17.5.1960 (BVerfGE 11, 126, 129) y de 3.12.1975 (BVerfGE 40, 356, 364).
- <sup>83</sup> Vid. sobre esta cuestión RAMM, Einführung in das Privatrecht/BGB Allgemeiner Teil, 2 Ed. 1973/74, T. 3, II 72, y "Juristische Person und Verfassung", Rüdiger-Gedächtnisschrift 1978, P. 228.
- <sup>84</sup> BVerfGE 4, 7, 17.
- <sup>85</sup> Vid. la crítica a esta cuestión en RAMM, Einführung in das Privatrecht/BGB Allgemeiner Teil, 2 ed. 1973/74, t.1 & 17.
- <sup>86</sup> Sobre la importancia de este Pacto y del Pacto sobre derechos civiles y políticos como fundamento de derecho de la República Federal de Alemania y de la República Democrática de Alemania, vid. RAMM, "Von der deutsch deutschen Rechtsvergleichung zur deutschen Rechtsverständigung", JZ 1987, p. 425 y 484.
- <sup>87</sup> La aspiración a la justicia del caso concreto, precisamente cuando deriva del control de los abusos, conduce a la destrucción del derecho, porque no permite aceptar la regulación vigente como regulación promediada. Si esto se diera no se podría recurrir el atentado de la norma.

## EL CONTRATO DE TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por ANTONIO-VICENTE SEMPERE NAVARRO\*

*SUMARIO.- I: Preliminares. II: El contrato de trabajo ante la doctrina constitucional. III: El problema de las relaciones laborales especiales o sujetas a regulaciones específicas. IV: Problemas sobre la capacidad del trabajador. V: La fase inicial de la relación laboral: el período de prueba. VI: La adscripción del trabajador a una categoría profesional. VII: Sobre aspectos inherentes al contenido del contrato de trabajo. VIII: No discriminación y derechos individuales del trabajador. IX: Referencia a la extinción del contrato de trabajo.*

### I. Preliminares.

Vaya por delante la advertencia de que en las páginas que siguen se reproduce el contenido de una intervención oral, con las imprescindibles y mínimas correcciones al objeto de adaptar su contenido a la versión escrita. De ahí la ausencia de notas a pie de página y el carácter didáctico, más que indagatorio, de numerosos pasajes.

\* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Murcia.