

DELIMITACION CONCEPTUAL Y TENDENCIAS ACTUALES EN LA REGULACION DEL CIERRE PATRONAL

por

Guillermo Boza Pro

*Licenciado en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo
(Universidad de Sevilla y Universidad Católica del Perú)*

Elizabeth Salmón Gárate

Licenciada en Derecho

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Marco definitorio del cierre patronal.
 - 1. Dificultad de plantear una definición.
 - 1.1. Se trata de un fenómeno cambiante.
 - 1.2. Debe ser apreciado en un contexto laboral concreto.
 - 1.3. Formas encubiertas de cierre patronal.

2. Elementos identificatorios.

- 2.1. Motivación conflictiva.
- 2.2. Clausura del centro de trabajo.
- 2.3. Temporalidad.
- 2.4. Voluntariedad.
- 2.5. Carácter colectivo del cierre patronal.
- 2.6. La pérdida del salario.
- 2.7. Existencia de una relación jurídico-laboral.
- 2.8. El cierre se realiza en el marco de un conflicto colectivo.

3. Aproximación a la noción de cierre patronal.

III. Tendencias en la regulación del cierre patronal.

1. Silencio normativo.

- 1.1. El silencio normativo en la práctica.
- 1.2. Precisiones de términos.

2. Reconocimiento equivalente.

- 2.1. El reconocimiento equivalente en la práctica: como derechos.
- 2.2. Como libertades.

3. Reconocimiento diferenciado.

- 3.1. Reconocimiento del derecho de huelga.
- 3.2. Libertad de cierre.
- 3.3. El cierre en el ámbito del Derecho común.
- 3.4. Reconocimiento infraconstitucional del cierre patronal.
- 3.5. Reconocimiento exclusivo del cierre patronal.

4. Reconocimiento de la huelga y prohibición del cierre patronal.

5. Comentario final.

I. INTRODUCCION

El conflicto, entendido en el sentido de discrepancia de intereses que entran en colisión (1), se presenta como característica inherente y marco permanente de la actuación del Derecho del Trabajo, dado que el trabajo humano ha constituido desde siempre una «fuente de conflictos sociales» (2). El rol del Derecho, en este contexto, ha sido principalmente de canalizar, encauzar o integrar (difícilmente eliminar) el conflicto a fin de evitar que las tensiones que produce puedan trastocar el normal desenvolvimiento de la convivencia humana. Precisamente, entre otras, la razón del Derecho del Trabajo ha sido la de evitar que el conflicto socio-laboral desborde el orden establecido.

El conflicto colectivo de trabajo cuenta con dos elementos definidores que lo hacen particular dentro del marco del conflicto laboral: uno que alude al carácter colectivo de los sujetos y, otro, cualitativo, que se refiere al interés colectivo de clase, categoría o grupo. La medida conflictiva, como manifestación abierta de aquél, es todo *medio de presión* unilateral utilizado por los sujetos en conflicto con el fin de propiciar una solución favorable a sus propios intereses. Tal es el caso, principalmente, de la huelga, del lado de los trabajadores, o del cierre patronal, del de los empresarios, amén de una amplia gama de instrumentos (3).

Precisamente, desde la perspectiva patronal, resulta poco probable que un sujeto como es el empresario, que en la esfera de las relaciones económicas y de producción posee la iniciativa, adopte en el campo de las relaciones laborales -y más aún en el contexto de un conflicto- una actitud meramente pasiva; es inconcebible que, en el desarrollo de una huelga o de cualquier alteración colectiva del régimen de trabajo, el empleador renuncie a presionar a los trabajadores en defensa de sus intereses o deje correr el tiempo a la espera de que éstos accedan a volver libremente al trabajo aceptando, además, las condiciones empresariales (4).

Por eso, llama la atención el escaso interés de la doctrina laboral en el estudio de los mecanismos de presión empresarial y, en particular, del cierre patronal, que han resultado siempre desplazados por el análisis de las medidas de lucha de los trabajadores, hasta el punto que -comenta RODRIGUEZ-PIÑERO- «pocos temas hay tan oscuros en el moderno Derecho del Trabajo como la ordenación jurídica del cierre y su eficacia» (5).

- (1) Véase OJEDA AVILES, A. *Derecho Sindical*. Madrid, 1992, pág. 389 y ss. y DIEZ PICAZO, L. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona, 1975, págs. 12-13. Este autor precisa que «para que un conflicto exista, no basta la ocupación de posiciones discrepantes, sino que es menester que tales posiciones se encuentren y que entren en colisión».
- (2) PALOMEQUE LOPEZ, C. «La función histórica del Derecho del Trabajo». *Trabajo y Constitución*, Lima, 1989, pág. 16.
- (3) OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 402 y ss.
- (4) CRUZ VILLALON, J. «El ejercicio del derecho al cierre patronal». *RL*, 1986-II, pág. 627.
- (5) RODRIGUEZ-PIÑERO, M. «El Cierre Patronal y su nueva disciplina jurídica». *RPS* núm. 88, 1970, pág. 5. En el mismo sentido TREU, T. «Gli strumenti di lotta sindacale degli imprenditori: In particolare la serrata». *RGLPS*, 1980, Parte Prima, pág. 215.

Tal desatención tiene múltiples razones que van desde la poca simpatía que pueda despertar la figura, hasta su poca incidencia en la práctica, pasando también por las encendidas pasiones que despierta, así como su casi total desconocimiento teórico. Sin embargo, partiendo del supuesto de que el conflicto de trabajo involucra a dos partes, trabajadores y empleadores, creemos que en general el estudio de las medidas conflictivas de la parte empresarial constituye uno de los puntos de análisis imprescindibles para poder comprender el funcionamiento del Derecho del Trabajo. Ciertamente la huelga, desde un plano histórico y jurídico resulta más importante, pero como afirma CRUZ VILLALON (6) «un estudio focalizado proyecta una imagen unilateral de las relaciones laborales».

Es cierto que el cierre patronal no es el único, ni probablemente el más importante de los medios de lucha empresarial (pues existen otros medios de presión empresarial de no fácil identificación que pueden escapar a todo intento de sanción jurídica) (7), pero es sin duda el medio por excelencia de manifestación de la lucha colectiva. Se trata, pues, del medio más explícito y claro con que el empleador enfrenta la contienda laboral (8).

II. MARCO DEFINITORIO DEL CIERRE PATRONAL

1. Dificultad de plantear una definición.

Siendo el conflicto laboral un elemento inherente al desarrollo de la sociedad, se ve necesariamente influenciado por las transformaciones que a ésta afectan. En esta perspectiva, tanto los medios de acción propios de los trabajadores, como de los empresarios han sufrido una evolución, que impide un acercamiento doctrinal clásico al tema. Hacerlo conllevaría limitaciones graves en la comprensión de la figura, porque los esquemas tradicionales no corresponden necesariamente con sus manifestaciones actuales.

(6) CRUZ VILLALON, *ob. cit.*, pág. 627.

(7) *Cfr.* VALDES DAL-RE, F. «Las relaciones laborales». *Leviatán. Revista de hechos e ideas*, segunda época, núm. 3, 1981. DÄUBLER, W. «La huelga en la Constitución española» AA.VV. *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 91, señala que ya el propio comportamiento pasivo del empleador ante una huelga (no pago de salarios) puede ejercer una considerable presión sobre los trabajadores.

(8) GIUGNI, G. *Diritto Sindacale*, Bari, 1992, pág. 271. OJEDA AVILES, *ob. cit.*, distingue hasta cuatro clases de medios de presión: *los más evidentes* (cierre patronal, despido por huelgas ilícitas, traslados, discriminaciones en los ascensos, favorecimiento de trabajadores «gratos», ofertas económicas y familiares al trabajador individual, etc.), *medios políticos* (a través de la financiación de partidos afines, del «lobby» parlamentario, y del permanente contacto con la Administración Pública, en mayor medida que los sindicatos obreros), *medios sociales* (gracias al control y financiación de la práctica totalidad de los medios de comunicación social) y *medios económicos*, en sentido estricto (como la «huelga de inversiones» en sectores productivos o zonas geográficas conflictivas, la emigración de capital, las inversiones en el extranjero, o el boicot de las medidas económicas del Estado, como forma de presión).

Existen, sin embargo, ciertos parámetros mínimos dentro de los cuales se encuentra delimitada la figura del cierre patronal, pero no una definición unívoca e inmovible que contenga todas las variantes y significantes de la institución. Son varias las razones que nos llevan a afirmar lo anterior (9).

1.1. Se trata de un fenómeno cambiante.

Al igual de lo que ocurre con el fenómeno de la huelga, el cierre patronal se nos presenta a través de su consideración histórica como un fenómeno cambiante, muy adaptable en función del momento sindical concreto. De esta forma, la medida permanece invariable tan sólo en su esencia o finalidad mayor que es la de ser un instrumento empresarial destinado a ejercer presión sobre la contraparte sindical (10); y se nos muestra más bien variable o contingente en lo demás: causas, naturaleza jurídica, formas de actuación, consecuencias, etc.

1.2. Debe ser apreciado en un contexto laboral concreto.

Si bien existen ciertas tendencias generales al momento de delimitar conceptualmente el cierre patronal (en la doctrina, jurisprudencia y práctica internacionales) que nos dan, por lo demás, concepciones similares, consideramos que establecer una definición unívoca y constatable en todos los sistemas sindicales resulta sumamente difícil y peligroso. De ser así, bastaría con que al momento de ejercer una medida patronal con el fin de ejercer presión sindical sobre la contraparte (objetivo principal de la institución), no se cumpliera con un determinado elemento de su definición, para que fuera descartada como cierre patronal.

1.3. Formas encubiertas de cierre patronal.

Profundamente relacionado con lo anterior, se encuentra lo referente a las formas encubiertas de cierre patronal. El cierre patronal en su concepto tradicional es poco frecuente, pero las formas disfrazadas de él bastante usuales. El ejercicio de otras facultades y poderes empresariales jurídicamente aceptables puede encubrir o resguardar en muchos casos verdaderos cierres patronales, bien a través del poder disciplinario (sanciones temporales con suspensión

(9) En este sentido RUIZ CASTILLO, M. *El Cierre Patronal*. Madrid, 1990, págs. 20-24, realiza un minucioso análisis sobre el tema.

(10) La doctrina mayoritaria es coincidente en identificar a éste como el elemento principalísimo de la medida analizada (en la doctrina española: PALOMEQUE LOPEZ, C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1993, pág. 479. RODRIGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.*, págs. 6-7. VALDES DAL-RE, F. «El cierre patronal». AA.VV. *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*. Madrid, 1982, pág. 153).

de la relación laboral, resolución del vínculo contractual, etc.), mediante el recurso a suspensiones temporales o definitivas de la actividad laboral, amparadas en estos casos en razones de tipo técnico o económico (11), o a través del poder de dirección del empresario. TREU, por su parte, ha señalado que la mera resistencia a las peticiones de los huelguistas, las ofertas unilaterales a trabajadores concretos o a grupos de trabajadores, la modificación de hecho de las condiciones de trabajo mediante el ejercicio del poder empresarial típicamente discrecional, pero empleado con fines distintos, etc., son manifestaciones actuales encubiertas del clásico cierre patronal, consiguiendo los mismos fines con menores costos (12) (13).

Con lo dicho no se intenta afirmar una incertidumbre total en cuanto a su identificación jurídica, sino que creemos que ésta sólo será posible manejando una definición amplia y variable, que respetando determinadas características permita ciertamente delimitar la figura del cierre patronal del resto de medidas patronales que tengan el mismo fin de presión sindical.

2. Elementos identificatorios.

El cierre patronal, como institución jurídica que es, viene acompañada de una serie de características o *elementos identificatorios*, algunos de ellos más frecuentes que otros y que por lo tanto, han sido convertidos por la doctrina en verdaderos elementos definitorios. Pensamos que la falta de uno o más de ellos no desvirtúa la existencia del mismo, por cuanto aunque sean comunes no siempre se dan.

Hemos detectado como *elementos identificatorios* la finalidad sindical, la clausura del centro de trabajo, la temporalidad, la voluntariedad, el carácter colectivo del cierre patronal, la pérdida del salario de los trabajadores, la existencia de una relación jurídica laboral y la presencia de un contexto conflictivo. Nos detendremos brevemente en cada uno de ellos.

(11) RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 21.

(12) TREU, *ob. cit.*, pág. 217.

(13) La doctrina francesa, en particular, se ha encargado de deslindar estos supuestos esgrimiendo ciertas pautas generales como, por ejemplo, el carácter colectivo del cierre frente al carácter individual de las medidas disciplinarias; el carácter unilateral e individual del mismo frente a la intervención de las autoridades públicas en las clausuras motivadas por razones de orden técnico y económico, etc. Todo esto, sin embargo, no es absoluto, máxime si se tiene en cuenta, que aun en el caso de existir los móviles señalados, bien pueden concurrir con la finalidad de presión sindical propia del cierre patronal. Véase SINAY, H. *La grève, Traité de Droit du Travail*, París, 1966, pág. 340 y ss. JAVILLIER, J.C. *Droit du Travail*, París, 1988, págs. 560-562. RAMIN, A. *Le Lock-out et le chômage technique*, París, 1977, pág. 188 y ss. LATOURNERIE, R. *Le droit français de la grève*, París, 1972, pág. 220 y ss.

2.1. Motivación conflictiva.

Se alude aquí al objetivo que el empresario persigue con el cierre del establecimiento de trabajo. El cierre patronal ha de expresar la voluntad de lucha del empresario, siendo la manifestación de un conflicto abierto; es un acto de beligerancia, en el que aun pudiendo concurrir móviles de otro tipo (económicos, técnicos, disciplinarios), éstos no son exclusivos, sino que junto a ellos se persigue una finalidad de lucha sindical (14).

La finalidad consiste en la satisfacción de una reivindicación patronal, bien para mantener las condiciones de trabajo existentes, frente a la petición de cambio de las mismas, solicitado por los trabajadores, o bien para modificar creando otras más favorables a la empresa; por lo cual -apunta RODRIGUEZ-PIÑERO- 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 (15). De tal forma que la finalidad sindical pueda ser entendida como la finalidad de ejercer presión sobre la contraparte sindical y se presenta como elemento esencialísimo de la noción de cierre patronal. En este sentido, cualquier otra clausura decidida por el empresario sin esa finalidad o motivación conflictiva no es cierre patronal (16).

2.2. Clausura del centro de trabajo.

La clausura del centro de trabajo -en el sentido de acto material de cerrar la empresa-, es el elemento que tradicionalmente más se ha identificado con la noción de cierre patronal, tanto así que es a este aspecto físico que corresponde el universalizado término inglés *lock-out*, que no es otra cosa que poner a los trabajadores fuera de la empresa (17). Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, lo que importa no es tanto el acto material de la clausura, como la *negativa* -por parte del empresario- a recibir la prestación de los trabajadores.

(14) RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 22.

(15) RODRIGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 8.

(16) Un amplio sector, dentro de la doctrina que se ha ocupado de este tema, ha incidido en un análisis valorativo de la finalidad conflictiva del cierre patronal, dándole los más diversos contenidos y las más acervas críticas o benévolas comentarios según se trate. VALDES DAL-RE («El cierre patronal» ... *ob. cit.*, pág. 153) por ejemplo, observa que el cierre patronal «pretende lisa y llanamente abortar el recurso a la acción directa, privando a los huelguistas de toda iniciativa en la gestión y desarrollo de la controversia colectiva»; otros, como OJEDA AVILES (Derecho Sindical, Madrid, 1992, pág. 537), ve el recurso al cierre como un medio para acelerar la composición de la discrepancia con los trabajadores o las organizaciones obreras, aunque posteriormente agrega que esto se produce recurriendo a presiones de tipo económico.

(17) *Cfr.* GARCIA FERNANDEZ, M. El cierre patronal, Barcelona, 1990, pág. 10.

Es en este sentido que la doctrina prefiere hablar de «negativa» o «resistencia» empresarial en poner los instrumentos de trabajo a disposición de los trabajadores (CAMERLYNK y LYON-CAEN) (18), de «exclusión sistemática» de un gran número de trabajadores del lugar de trabajo (HUECK y NIPPERDEY) (19); o de «prohibición de acceso» (RODRIGUEZ-SAÑUDO) (20). Con lo cual, es posible un cierre, que sin clausurar materialmente el centro de labores, simplemente se limite a no dar trabajo o en no poner a disposición de los trabajadores los medios o instrumentos precisos para la realización de su trabajo (21).

2.3. Temporalidad.

Este elemento se presenta como esencial a la definición del cierre. No se trata -como ya se explicó en el punto anterior- de un cierre definitivo de la empresa, sino tan sólo de una medida en esencia provisional. Si concurrieran circunstancias posteriores que hicieran necesario un cierre definitivo del centro de trabajo, entonces tal cierre ya no sería una medida conflictiva, sino que se convertiría desde ese momento en uno de cualquier otra clase, originado en esas «circunstancias posteriores» (por ejemplo, el cierre por razones técnicas o económicas, por fuerza mayor, etc.) y ya no en la finalidad sindical.

Tal vez sea la legislación española la que mejor respuesta ha dado al tema de la duración del cierre patronal. El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (DLRT) prescribe que el cierre «habrá de limitarse al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad en la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron». Del texto de la norma se puede apreciar que el cierre no es una atribución empresarial arbitraria, sino que debe estar fundamentada en razones o causas, que el mismo legis-

(18) CAMERLYNK, G.H. y LYON-CAEN, G. Droit du Travail, París, 1986, pág. 791.

(19) HUECK, A. y NIPPERDEY, H.C. Derecho del Trabajo, Madrid, 1963, pág. 410.

(20) RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. «El cierre patronal». AA.VV. Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, Murcia, 1978, pág. 135.

(21) Esta postura «omnicomprensiva» es recogida por la normativa infraconstitucional portuguesa (véase *infra*). De otro lado, habría también que añadir que «tampoco en última instancia, la clausura asegura plenamente la identificación de la figura» (GARCIA FERNANDEZ, *ob. cit.*, pág. 11). Es decir, que no basta el elemento de la clausura para determinar per se la existencia del cierre patronal, sino que ésta debe ir acompañada, como ya adelantamos, de la finalidad sindical propia de toda medida conflictiva. Con lo cual, podríamos concluir afirmando que el cierre patronal implica, ciertamente, una interrupción en la ejecución de la prestación de trabajo -una «clausura» según lo explicado- pero que no toda clausura es necesariamente elemento definitorio de la presencia de tal medida patronal.

lador se encarga de determinar. Resulta del todo ajustado al razonamiento jurídico que una acción u omisión protegida o soportada por el derecho se extienda hasta que los supuestos que la habilitaron permanezcan y continúen, además, provocando los mismos efectos que la motivaron (22).

2.4. Voluntariedad.

La medida del cierre es producto de la voluntad unilateral del empresario, aun en los cierres acordados por organizaciones patronales, es el empleador quien en última instancia, de manera individual y en atención a las condiciones de su centro de trabajo, decide o no el recurso a tal medida. En todo caso, la actitud negativa podría suponer el posible ejercicio disciplinario de determinadas medidas impuestas en el seno de la organización profesional interesada; pero, en modo alguno, sería suficiente para privar de efectos a la decisión empresarial de no cerrar la empresa o local de trabajo (23).

Este elemento de la voluntariedad descarta también, a nuestro parecer, cualquier confusión con los supuestos de cierre por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, pues el cierre patronal «se quiere mientras el segundo se sufre» (24).

2.5. Carácter colectivo del cierre patronal.

El cierre, sin contradecirnos con lo dicho en el párrafo anterior, es una medida de lucha colectiva del empresario. Su carácter colectivo radica en el *sujeto pasivo de la medida*: los trabajadores, considerados como categoría abstracta e impersonal, y en la *finalidad* o naturaleza del mismo, tendente a modificar las condiciones de trabajo existentes o crear otras nuevas.

(22) RUIZ CASTILLO presenta un ejemplo interesante que grafica lo dicho: se trata del caso de la huelga con ocupación de local. Comenta la citada autora que cuando cesa la ocupación se debe levantar la medida «aunque los trabajadores continúen en huelga», precisando que se debe efectuar la «inmediata reapertura del centro de trabajo, sea cual sea la decisión posterior de los trabajadores, de volver al trabajo o continuar la huelga». En caso contrario se podría estar admitiendo implícitamente un cierre de contestación a la huelga y no uno meramente defensivo como el previsto en el artículo 12 del DLRT, RUIZ CASTILLO, M. «El cierre patronal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta*. Zaragoza, 1983.

(23) En el mismo sentido ALONSO GARCIA, M. *La huelga y el cierre empresarial*. Madrid, 1979, pág. 85.

(24) OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 537.

Hay quienes han negado el carácter colectivo del cierre patronal por ser producto de una decisión individual, ciertamente lo es, pero no hay que perder de vista los sujetos afectados por la medida empresarial, a los destinatarios de la misma (25). RODRIGUEZ-PIÑERO en este sentido es sumamente claro al afirmar que lo decisivo no es el número o proporción de los trabajadores afectados, sino que ese afectar sea en sí mismo colectivo, tenga una «causa genérica unitaria», de modo tal que no pueda verse en la decisión empresarial discrepancia individual con trabajadores concretos. Por ello, «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», por lo tanto impersonal y al menos potencialmente general (26). El carácter colectivo, pues, no deriva tanto de la colectividad del sujeto activo, sino del pasivo.

Y la finalidad colectiva radica en los objetivos que el cierre patronal persigue (27), sin embargo, no incidiremos en este punto por hallarse estrechamente relacionado con lo anterior (28).

2.6. La pérdida del salario.

Llegamos aquí a uno de los elementos más controvertidos del cierre patronal, no existe unanimidad en la doctrina, acerca de si éste es un elemento esencial a su definición.

Para SINAY (29), por ejemplo, la pérdida de salario es un elemento definitorio del cierre, pues es la molestia que se provoca al trabajador y que de no darse, se trataría tan sólo de una incomodidad pasajera. Otros autores han sostenido que la no obtención del salario constituye la verdadera finalidad de la medida y que «el cese de actividades es más bien el sacrificio que se autoimpone el empleador para el logro de esa pérdida de salario» (30).

(25) El Código de Trabajo de Costa Rica, por ejemplo, exige que la medida sea adoptada por una coalición integrada por dos o más empleadores (art. 372) determinando así el carácter colectivo de la medida por el sujeto activo. Al respecto véase la posición crítica de VAN DER LAAT, B. La huelga y el paro en Costa Rica, San José, 1979, págs. 163-164.

(26) *Cfr.* RODRIGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.* pág. 6.

(27) Como señaló en su momento la jurisprudencia alemana (BAG, 28-1-1955), el carácter colectivo se determina por la finalidad que tiene la medida patronal de afectar a la parte contraria. Véase SCHAEFFER, E. «Le droit de lock-out». *DS* núm. 4, 1957, pág. 208.

(28) Cabe comentar también, que la doctrina francesa y parte de la italiana (SINAY, JAVILLIER y GIUGNI, principalmente) han optado por trasladar la figura del cierre al campo del derecho individual, esto en consideración a su propio ordenamiento laboral del tema. Creemos, como se afirmó al comienzo, que el análisis de esta figura debe hacerse respetando el contexto en el cual se desenvuelve y que puede ser bastante maleable, lo cual, sin embargo, no nos impide afirmar que desde un análisis del Derecho Laboral se presentan los elementos necesarios para afirmar la colectividad del cierre.

(29) SINAY, *ob. cit.*, pág. 342.

(30) RODRIGUEZ-PIÑERO, *ob. cit.*, pág. 8.

Hemos ya afirmado que la finalidad del empleador es la presión a la contraparte laboral; esta presión puede revestir múltiples modalidades y no necesariamente restringirse a una; si consideramos que la única molestia posible ocasionada por el cierre es la pérdida del salario, ciertamente ésta debe ser un elemento esencial a su definición; pero si entendemos que los efectos de un cierre son mucho mayores, tal esencialidad desaparece. Las posibles consecuencias de un cierre pasan por elementos de estrategia global en el marco de un conflicto laboral (entendido éste en sentido lato), que van desde el no proporcionar local de reunión a los huelguistas, las consecuencias negativas que dentro del propio grupo de trabajadores se pueden dar contra los que llamaron a la huelga, la desarticulación del movimiento sindical, hasta la pérdida de eventuales beneficios que se obtienen sólo con el trabajo efectivo (comisiones, refrigerios, etc.), la posible pérdida de habilidades que sólo con la práctica constante se obtienen y perfeccionan y hasta la valoración que el trabajo humano merece: «el hombre se desarrolla y realiza trabajando y considerando a este trabajo como fuente de su supervivencia» (31) (32).

La pérdida de salario de esta forma, se presenta como un elemento acompañante del cierre patronal, en los países que así lo permiten, pero -coincidimos con CAMPS RUIZ- en que no es lo típico del cierre patronal. Lo verdaderamente típico es la finalidad sindical con la que se actúa.

2.7. Existencia de una relación jurídico-laboral.

El cierre patronal en los términos descritos debe darse, evidentemente, en el marco de una relación jurídico-laboral, es decir, en un ámbito donde sean identificables los roles de trabajador y empresario en la discrepancia que los enfrenta. Con esto se excluye del análisis a los denominados cierres políticos en los cuales los empresarios cierran sus centros de trabajo como una forma de enfrentamiento al Gobierno (33).

(31) Es la posición asumida por la doctrina social de la Iglesia. *Cfr.* JUAN PABLO II. *Encíclica Laborem Excercens*.

(32) Por otro lado, hay que considerar también, que es bastante generalizado que el cierre patronal se desarrolle simultáneamente a una huelga; si esto es así, la causa de la no obtención del salario sería la propia huelga y no la medida patronal, por lo cual, la identificación de este elemento se tornaría difícil y poco constatable. En el supuesto planteado, además, no hay en puridad obligación salarial ni posibilidad por tanto de incumplirla, lo que habría en todo caso es un incumplimiento del deber de dar ocupación al trabajador, el sinalagma contractual se mantiene. Sobre el particular véase CAMPS RUIZ, L.M., RAMIREZ MARTINEZ, J. y SALA FRANCO, T. *Fundamentos del Derecho Sindical*, Madrid, 1977, pág. 250.

(33) Por ejemplo, el paro que realizaron los empresarios en Chile, que favoreció la crisis en la cual se derrocó al Presidente Allende. Esta clase de medidas presentan además una serie de problemas complejos, que escapan al objeto de este estudio y al del Derecho Laboral mismo. *Cfr.* OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 538.

También se presenta en este punto el problema de los cierres de solidaridad, en los cuales el empleador de un establecimiento «a» cierra su empresa, por un conflicto que ocurre en el establecimiento «b», por solidaridad con el empleador de tal establecimiento; aunque lo que verdaderamente ocurre en esta clase de cierres es que el empleador busca advertir a su propio personal de los efectos que conllevaría que ellos se unieran a la otra huelga, porque casi siempre se trata de establecimientos con alguna vinculación laboral. En estos casos parecería no presentarse la relación laboral directamente, pero en realidad ésta sí se presenta, porque lo que importa es que el empleador cierre con una finalidad conflictiva contra los trabajadores de su propio centro de trabajo y es lo que efectivamente se da con este tipo de cierres: el empresario cierra y causa perjuicios a los trabajadores con los cuales mantiene la relación contractual (34).

2.8. El cierre se realiza en el marco de un conflicto colectivo.

Es lo que nosotros podríamos denominar un contexto conflictivo; OJEDA AVILES (35) se refiere más bien a una «discrepancia con los trabajadores» que el cierre pretende acabar. A este elemento es al que se refiere la doctrina francesa cuando da al cierre la característica de presentarse siempre «alrededor de la huelga» (36), entendido así, el cierre se presenta bien como respuesta o como medio preventivo de la huelga.

Ciertamente, el cierre generalmente se va a presentar «alrededor de la huelga» pero esto no significa que sólo en esos parámetros estemos en un contexto conflictivo. Para no entrar en viejas discusiones acerca de si la huelga es el conflicto mismo o la causa de éste, diremos que el cierre patronal se presenta en el marco de una discrepancia de intereses con los trabajadores, situación que en sentido lato puede acompañar todo el desarrollo del vínculo laboral y el desenvolvimiento de la sociedad entera, según la teoría que sobre el tema se maneje, con lo cual, el cierre podría presentarse en cualquier momento y efectivamente estar en el marco de un conflicto colectivo (37).

(34) El cierre como medida conflictiva patronal se encuadra en el marco de una vinculación laboral, pero nada impide que se den múltiples cierres, también con una finalidad de enfrentamiento, pero dirigido a otros sectores de la sociedad. Se asimilaría más bien a la figura del paro, que podrían realizar los pequeños empresarios o trabajadores no dependientes contra el Gobierno por una medida determinada. Véase *supra* nota 30.

(35) OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 537.

(36) Véase por todos SINAY, *ob. cit.*, pág. 333.

(37) Como afirma RUIZ CASTILLO. El cierre patronal. *Ob. cit.*, pág. 23, es frecuente identificar en los supuestos de cierre patronal la existencia de un conflicto colectivo, que aunque sea lo común no siempre se da, y no por ello desvirtúa la existencia del mismo.

3. Aproximación a la noción de cierre patronal.

De lo visto hasta aquí se desprende que no existe una definición unívoca e inconvencional que contenga todas las variantes y significados del cierre patronal, sino ciertos elementos identificatorios que delimitan su figura. Atendiendo a ello, entendemos que es preferible manejar una noción amplia y metodológica del cierre patronal.

Así, utilizaremos el calificativo de cierre patronal, para referirnos a la clausura total o parcial de la empresa, establecimiento o actividad llevada a cabo por el empresario y que se realiza con la finalidad de ejercer presión sobre la contraparte sindical (38). Es claro que ésta no constituye una fórmula acabada, es simplemente una noción, una forma de acercarse al estudio de la institución del cierre patronal.

III. TENDENCIAS EN LA REGULACION DEL CIERRE PATRONAL

El cierre como medida de presión de los empleadores no responde como se ha visto a una visión unívoca del mismo, sino que enfrenta una serie de posiciones y teorías diversas, es por ello, que resulta particularmente interesante presentar las tendencias que ha seguido su regulación a nivel internacional. Se trata de observar la figura del cierre en el contexto normativo de los diferentes sistemas jurídicos, y ver ahí su desenvolvimiento como medida de presión.

Si bien el análisis no puede calificarse de exhaustivo, sí se presentan todas las posibilidades que tal regulación puede tener. Son cuatro las principales tendencias que en general podemos identificar en la regulación del cierre patronal, englobando algunas de ellas diversos supuestos más: silencio normativo, reconocimiento equivalente, reconocimiento diferenciado y prohibición del cierre (39).

(38) Cfr. PALOMEQUE. Derecho sindical español, Madrid, 1992, pág. 222. RUIZ CASTILLO. El cierre patronal. *Ob. cit.*, pág. 24. También GIUGNI. *Ob. cit.*, pág. 271.

(39) Cfr. SALMON GARATE, E. «Algunas consideraciones sobre el cierre patronal o *lock-out*». *Asesoría Laboral* núm. 16, Lima, 1992, págs. 16-17.

1. Silencio normativo.

En esta clase de sistemas existe una total neutralidad del constituyente y legislador en general, ante las partes sociales encontradas en el conflicto capital-trabajo.

El dato normativo del cual se parte es un silencio total, tanto a nivel constitucional como infraconstitucional, respecto de los medios de presión de los actores sociales, llegándose sólo al reconocimiento de la libertad de asociación a partir de la cual se legitima la autonomía colectiva, también en su vertiente conflictiva, como principio rector del sistema de relaciones laborales.

La inexistencia de un pronunciamiento positivo sobre el tema ha permitido el ensayo de diversas respuestas desde el nivel jurisprudencial y doctrinal, concluyéndose, a partir de un argumento de tipo jurídico-formal, en la plena legitimidad del cierre patronal y su equiparación con la huelga (40). Esta es la posición que ha terminado por imponerse en la práctica del Derecho comparado.

El silencio normativo en la práctica del Derecho comparado ha derivado en el sistema que se conoce como *libertad de conflicto*, que incluye a países como Alemania, Gran Bretaña, Estados Unidos, Austria, Suecia, Suiza, Dinamarca, Canadá, entre otros, del llamado modelo anglosajón y de la Europa central y nórdica. Este sistema se caracteriza por un abstencionismo estatal en la regulación del conflicto y, consecuentemente, la existencia de un amplio margen de juego a la autonomía colectiva en todas sus manifestaciones, erigiéndose el convenio colectivo en la norma reguladora por excelencia. La teoría de la libertad del conflicto, finalmente, se inclina hacia una consideración jurídica de libertad tanto para la huelga como para el cierre (en igualdad de condiciones), lo cual implica exención de sanciones penales y civiles para quien utilice estos medios de presión.

(40) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal. *Ob. cit.*, págs. 67-68, plantea así que «las respuestas legal y jurisprudencial -ante soluciones constitucionales de este tipo- plantean pocas dudas sobre la constitucionalidad del cierre patronal, asumiéndose la plena legitimidad del cierre en el desenvolvimiento del conflicto sindical». Encuentra la justificación de este razonamiento en un argumento de tipo jurídico-formal: «la no referencia específica al fenómeno de la huelga permite, o mejor impone, la reconstrucción del conflicto en base a un tratamiento igualitario de la actuación sindical de ambos interlocutores sociales, empresarios y trabajadores».

1.1. El silencio normativo en la práctica.

El supuesto de silencio normativo es un fenómeno propio de los sistemas liberales. En ellos, han sido básicamente la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de construir un soporte doctrinal del cierre y la huelga como medidas de presión de los actores sociales, en base a construcciones jurídicas de alcance diverso.

Partiendo del silencio normativo, se ha estructurado un sistema de *libertad de conflicto* en sentido propio, caracterizado por la exclusión de responsabilidades del Derecho común de obligaciones y contratos cuando se recurre a instrumentos de conflicto (41).

El punto de partida en estos casos es el contenido esencial que la teoría política contemporánea atribuye al principio de libertad de asociación, la cual se presenta como característica fundamental de toda sociedad pluralista, y que en el contexto laboral queda sintetizada en la admisión de hecho, por parte del poder político, de que las cuestiones económicas y laborales no deben ser monopolizadas por el Estado, sino que les corresponde a las propias partes sociales un rol protagónico en estas cuestiones, siendo preciso, entonces, que a éstos les venga reconocido el derecho a organizarse para la defensa de sus propios intereses, y a dichas organizaciones, a su vez, les sean garantizados los derechos necesarios para que operen con eficacia (42).

Así, en este supuesto podemos encuadrar sistemas como los de Alemania, Reino Unido, Estados Unidos, Austria y Suecia en el ámbito occidental como los más representativos (43). En Estados Unidos de Norteamérica y Austria se silencia cualquier referencia al derecho

(41) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal. *Ob. cit.*, pág. 60. La referencia a libertad de conflicto «en sentido propio» se hace en alusión a una clasificación que presenta la autora referida a las distintas formas que tiene el Estado de atender el conflicto capital-trabajo. Existirían según esta clasificación, entre otras, dos tipos de libertad de conflicto, una de mera tolerancia en la cual si bien el Estado «permanece formalmente neutral ante el conflicto», los sujetos que ejercitan las medidas de presión quedan inmunizados sólo frente a la represión pública y no frente al ámbito del Derecho privado. Es decir, que nos encontraríamos «ante simples libertades de hecho, no exentas de responsabilidad desde la perspectiva del Derecho común». Como ejemplo de este caso podríamos citar el sistema de Gran Bretaña, donde no existe un planteamiento jurídico a nivel superior respecto del conflicto sindical, dando lugar a una elaboración jurisprudencial cuyo criterio inquebrantable es el sometimiento de la actividad sindical, y en especial de la huelga, a los principios del Derecho común, lo que ha determinado «una tradicional y radical contraposición entre el movimiento sindical y el poder judicial». De ahí las repetidas intervenciones legislativas encaminadas a garantizar, mediante el establecimiento de inmunidades y prohibición de discriminaciones. La segunda opción de libertad de conflicto «en sentido propio» es la planteada en el párrafo bajo comentario. Véase también VALDES DAL-RE. «Las relaciones laborales», *ob. cit.*, págs. 80-81.

(42) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 62. Véase también ERMIDA URIARTE, OSCAR. «Libertad sindical y derecho de asociación». AA.VV. Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, Lima, 1991, pág. 65 y ss.

(43) En general, a los países encuadrados en el llamado modelo anglosajón y de la Europa central y nórdica.

colectivo del trabajo; en la Constitución Sueca, en cambio, se reconoce a las asociaciones de trabajadores, al empresario individualmente considerado y a sus asociaciones, el derecho a adoptar medidas de conflicto referidas al ámbito de asociación y dentro de los límites que fijen las leyes o pactos; mientras que una fórmula intermedia es la de la Ley Fundamental de Bonn al garantizar la libertad de coalición o de asociación profesional (44) y de la que se hace derivar una garantía indirecta de las controversias laborales (45).

En el ámbito latinoamericano, por otro lado, no existe el tratamiento de libertad de conflicto. El único país que silencia cualquier referencia a la huelga y al cierre es Cuba, pero en virtud de su sistema político imperante, que como bien sabemos, dista mucho de la concepción liberal de las relaciones de trabajo (46).

1.2. Precisiones de términos.

Un problema de orden teórico que la doctrina ha planteado sobre el tema es el de la calificación jurídica de ambas medidas de presión dentro de un sistema de este tipo. Para algunos (MARTIN VALVERDE) (47) se trata de «libertades» en tanto que para otros (DIEGUEZ CUERVO) (48), la no atribución de efectos negativos en el terreno del ordenamiento privado se identifica con la atribución o reconocimiento de un derecho.

(44) A partir de una interpretación de síntesis entre el principio de libertad y el principio de Estado Social recogidos por la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, se entiende que el Estado debe dejar en manos de las organizaciones de trabajadores y empresarios el establecimiento de las condiciones de trabajo (Cfr. HUECK y NIPPERDEY. Derecho del Trabajo, Madrid, 1963). El reconocimiento del conflicto colectivo de trabajo, el principio de neutralidad y la máxima fundamental de la igualdad prohíben a los poderes públicos tratar de forma desigual los medios de lucha de las partes sociales. Por ello, el cierre patronal se considera lícito *a priori*, prevaleciendo el principio de la igualdad de armas («waffengleichheit») o la paridad ante la lucha («kampfpärität») (DÄUBLER, W. Diritto sindacale e cogestione nel la Germania Federale, Milano, 1977, págs. 243-252. MIÑAMBRES PUG, C. «La doctrina legal sobre el cierre patronal en la República Federal de Alemania». REDT núm. 5, 1981, pág. 59 y ss.).

(45) Cfr. RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 62. Existen ciertos elementos comunes a esta clase de ordenamientos, que pasan principalmente por el *abstencionismo estatal* («en la convicción de que ambas partes de la relación laboral son capaces de buscar por sí mismas su equilibrio y dictarse su propia normativa»), el *libre juego de la autonomía colectiva* (debido a lo anterior), configurándose de esta manera la negociación colectiva como la fuente jurídica de primer orden y un desinterés del Estado por «inmiscuirse en el mundo de las relaciones laborales unido al propio desinterés de los protagonistas sociales que sistemáticamente han rechazado cualquier intervencionismo estatal». Véase COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO. Sistemas de Relaciones Laborales y Solución de Conflictos en Occidente. Baracaldo, 1984, págs. 411-412. Una posición crítica en VALDES DALRE. «Las relaciones laborales» *ibíd.*

(46) El caso de Cuba como el de todos los países que pertenecían a la órbita comunista, difiere en mucho del resto de regulaciones mundiales, dado que la inexistencia del capital (entendido en términos del conflicto capital-trabajo) hace irrelevante cualquier alusión a medidas pensadas para esa confrontación.

(47) MARTIN VALVERDE, A. «El derecho de huelga en la Constitución». RPS núm. 121, 1979, pág. 238.

(48) DIEGUEZ CUERVO, G. «Para una juridificación del *lock-out*». Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del prof. GASPAR BAYON CHACON, Madrid, 1980, pág. 298.

Nosotros nos inclinamos por la primera posición dada la actitud que el Estado guarda con respecto a las medidas. No se trata de una promoción o consagración de ellas al más alto nivel, sino tan sólo de una permisividad «garantizada» que excluye de responsabilidades civiles a quienes las utilicen, rasgos que ciertamente no se equiparan a una valoración jurídica de *derecho* de la huelga y el cierre. De tal forma, que en esta clase de sistemas por lo que se ha optado es por un sistema de libertad de conflicto, configurándose ambas medidas de los actores sociales como libertades.

De otro lado, y para concluir con este punto, cabría destacar la dificultad de asimilar el silencio como una prohibición de ambas medidas, pues además de requerirse para este tipo de interpretaciones de norma expresa, por el contexto en el que se dan y por la práctica de las regulaciones, de lo que se trata es de una permisividad de ambas medidas configurándose, como ya mencionamos, un sistema de libertad de conflicto.

2. Reconocimiento equivalente.

Este segundo supuesto tiene en común con el caso anterior el tratamiento paritario de las medidas de presión (a que el primero puede dar lugar), pero difiere en que en este último existe un pronunciamiento efectivo por parte del Estado (49). El pronunciamiento estatal determinará la naturaleza del cierre y la huelga dándose lugar a dos posibilidades: que se trate de efectivos derechos laborales reconocidos a ambos interlocutores sociales (cuando existe una consagración positiva en ese sentido), o de libertades, hipótesis que se presenta ante formas «atenuadas» de reconocimiento (reconocimiento de las medidas de presión en general).

2.1. El reconocimiento equivalente en la práctica: como derechos.

Esta fórmula de consagrar ambas medidas como derechos resulta prácticamente desconocida en las legislaciones occidentales europeas, en las que cuando existe protección expresa o encubierta, se remite al nivel de ley o disposición administrativa, pero sí se presenta en la práctica latinoamericana.

(49) El tratamiento equivalente de la huelga y el cierre patronal responde, en esencia, a las distintas teorías de elaboración jurisprudencial y doctrinal que afirman su «correspondencia» o «simetría» como la bilateralidad de la libertad sindical (cuyo fundamento o marco normativo se encontraría en los Convenios y Recomendaciones de la OIT), el derecho de propiedad y poder de dirección (que justificaría el cierre patronal ante la amenaza que podría representar para los derechos en cuestión las medidas de presión de los trabajadores), la paridad de armas y el poder de policía del empresario. De todas ellas destacan sin duda la teoría alemana de paridad de fuerzas y la del poder de policía del empresario, de inspiración francesa esta última, aunque desarrollada e implementada también en el ordenamiento español. Véase por todos RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 62 y ss.

Encontramos los siguientes significativos casos (50): el de Costa Rica (art. 61, C), el de Ecuador (art. 31, C), el de Guatemala (art. 104, C), el de México (art. 123 A XVII, C), Honduras (art. 128 inc. 13, C), El Salvador (art. 48, C), Paraguay (art. 98, C) y el de la República Dominicana (art. 8 inc. 11 lit. d, C) (51).

En estos países existe una consagración al más alto nivel normativo totalmente paritaria o equivalente de las medidas de presión. La fórmula literal de la norma es parecida en todos los casos y responde más o menos al siguiente patrón: «Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga ... y el derecho de los empleadores al paro» (Ecuador); la definición del «paro», por otro lado, no difiere en nada de la del cierre tratándose más bien de conceptos similares (a diferencia del denominado «paro técnico» francés que sí alude a un concepto distinto del cierre), así en Guatemala se le define como «la suspensión y abandono temporal de trabajo ordenados y mantenidos por uno o más patronos en forma pacífica y con el exclusivo fin de defender frente a sus trabajadores los intereses económicos que sean propios de ellos en su caso, comunes a los mismos» (art. 245 del Código de Trabajo) (52) (53).

- (50) El reconocimiento del derecho de huelga en general (sea de forma exclusiva o concomitante al cierre patronal) es una práctica bastante generalizada en América Latina, así en el momento actual 19 países han incluido el derecho de huelga en sus Constituciones, a saber: Argentina (1853 reformada, art. 14), Bolivia (1967, art. 159), Brasil (1988, art. 9), Colombia (1991, art. 56), Costa Rica (1949 reformada, art. 61), Chile (1980 reformada, art. 19), Ecuador (1979 reformada, art. 31), El Salvador (1983 reformada, art. 48), Guatemala (1985, art. 105), Honduras (1982 reformada, art. 128), México (1917 reformada, art. 123), Nicaragua (1987, art. 83), Panamá (1972 reformada, art. 65), Paraguay (1992, art. 98), Perú (1993, art. 28), Puerto Rico (1952, art. 2), República Dominicana (1966, art. 8), Uruguay (1967, art. 57) y Venezuela (1961 reformada, art. 92). El texto del articulado citado puede verse en LOPEZ GUERRA, LUIS y AGUIAR DE LUQUE, LUIS. Las Constitucionales Iberoamericanas, Madrid, 1992. AA.VV. Constitución, Trabajo y Seguridad y Seguridad Social. Estudio Comparado en 20 Constituciones Hispanoamericanas, Lima, 1993.
- (51) La práctica de regulación paritaria al nivel de derechos es bastante generalizada en toda la región de Centroamérica, con algunas extensiones como la de Ecuador. CORDOVA, EFREN y MORGADO, EMILIO. «La huelga y el cierre patronal». Las Relaciones Colectivas de Trabajo en América Latina. OIT, Ginebra, 1981, pág. 246, mencionan que los países citados ante la alternativa de entender o no que el cierre patronal debía merecer igual consagración que la huelga en las Constituciones, se inclinaron por una respuesta favorable, «si bien en México y Honduras la Constitución determina que los cierres serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje». Esta opción de limitar el cierre por vía infraconstitucional (hasta casi desnaturalizarlo) es bastante interesante por cuanto demuestra la posibilidad de desarrollo normativo de las opciones planteadas a nivel constitucional y que después veremos con ocasión del desarrollo infraconstitucional del cierre en los sistemas que optaron por el reconocimiento exclusivo del derecho de huelga.
- (52) La fórmula de la norma costarricense es algo más clara en lo que toca al interés defendido por el empleador, así precisa en el artículo 372 de su Código de Trabajo que: «... (paro es el que se realiza) con el exclusivo propósito de defender sus intereses económicos y sociales comunes». Véase VAN DER LAAT, *ob. cit.*, pág. 163.
- (53) Cabe mencionar que la práctica de estos sistemas desborda diversas posiciones doctrinarias. Así, por ejemplo, frente a opiniones como las de IGLESIAS CABERO, MANUEL. «El cierre patronal como medidas de conflicto colectivo». *RL* núm. 17, 1986, pág. 843, en el sentido de que «solamente puede comprenderse la existencia de huelga y *lock-out* en los países cuya legislación no ofrece a los empleados y a los empleadores medios pacíficos para resolver los conflictos de naturaleza económica», la regulación de estos países permite la utilización de las medidas de presión siempre que ya se hayan utilizado (infructuosamente) dichos mecanismos pacíficos de solución. Estos, como es lógico, no siempre coinciden y dependen en última instancia de las preferencias legislativas, así el artículo 518 del CT de Ecuador, se refiere a la Conciliación y Arbitraje, mientras que el CT de Nicaragua sólo se refiere a la Conciliación y otros más bien silencian cualquier referencia a ellos. Aunque en general cabe anotar que el cierre no es regulado con la minuciosidad que caracteriza a las normas sobre huelga en la mayoría de legislaciones.

¿Qué efecto tiene el reconocimiento de ambas medidas como derechos? Cuando un ordenamiento jurídico opta por el reconocimiento equivalente de ambas medidas al nivel de derechos en la norma constitucional, no sólo les otorga la propia protección constitucional con todos los efectos que ella conlleva (tutela jurisdiccional privilegiada, jerarquía y preferencia, básicamente) (54), sino que además, se le da relevancia jurídica colectiva (55) al cierre, con lo cual, escapa del campo de la regulación individual propio de otro tipo de sistemas. Finalmente un reconocimiento de este tipo elimina cualquier posibilidad de configuración delictiva de las medidas de presión (56). Por lo cual, en esta clase de ordenamientos la huelga y el cierre gozan en la teoría jurídica de una total paridad de trato.

A estas alturas consideramos conveniente precisar algunos puntos concernientes básicamente a la contraposición «táctica» de la huelga y el cierre patronal.

RUIZ CASTILLO entiende (57) -comentando a MARTIN VALVERDE- que «se opone a toda lógica jurídica, desde el punto de vista de la eficacia, la atribución de derechos subjetivos que se contradicen o se oponen entre sí». Y es que para MARTIN VALVERDE, con ocasión de la regulación constitucional española, si huelga y *lock-out* se aproximan en tratamiento normativo, lo más correcto sería hablar de libertades y no de derechos (58). Nosotros creemos que tal oposición no es insalvable y mucho menos contraria a *toda lógica jurídica*. Efectivamente se trata de medidas conflictivas que se utilizarán en el marco de un enfrentamiento laboral, pero de ahí a entender que la existencia de una hace *ilógica* la posible existencia de la otra, hay un abismo, éste sí, difícilmente salvable.

En todo ordenamiento jurídico coexisten una serie de derechos y facultades disímiles y hasta contrapuestas (piénsese, por ejemplo, en la libertad de tránsito limitada por el derecho de propiedad de otro, o en el principio de igualdad de trato como límite a la facultad directriz del

(54) Inclusive en algunos casos se consagra su irrenunciabilidad, dotándose de plena seguridad tanto el ejercicio de la huelga como del cierre patronal. El caso más significativo (y extremo) sería el de Costa Rica que impide toda posibilidad de pacto o regulación en contrario (arts. 74, Const. y 11, CT). Sin embargo, este principio se relajaría por la vía de las cláusulas de paz que permite introducir en los convenios colectivos el artículo 382 del CT (véase VAN DER LAAT, *ob. cit.*, págs. 172-177). La normativa guatemalteca, por su parte, establece la posibilidad de un «no ejercicio temporal por pacto o por ley pero por un período no mayor a seis meses» (art. 256 del CT).

(55) Es necesario mencionar, sin embargo, que el carácter colectivo del cierre patronal deriva de características que le son propias y no solamente de la consagración que un sistema determinado le otorgue. Pero la consagración positiva es importante porque de ella se derivará lo que se ha denominado la «relevancia colectiva» del cierre (en el plano jurídico), que significa su tratamiento en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. Véase *supra* II.2, apartado 2.5.

(56) MOLERO MANGLANO, CARLOS, *ob. cit.*, pág. 179.

(57) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 63.

(58) MARTIN VALVERDE. «Regulación de la huelga en la Constitución». Los trabajadores y la Constitución, *ob. cit.*, pág. 204. En similar sentido MANCINI, F. «Sistema económico y relaciones de trabajo». Los trabajadores y la Constitución, *ob. cit.*, pág. 55.

empleador, etc.), cuya actuación y coordinación dependen precisamente de un sistema de derecho, que ve en este juego de «pesos y contrapesos», entre otras, su razón de ser. Ciertamente, el reconocimiento equivalente de las medidas de presión de empresarios y de trabajadores puede significar, en el caso concreto del cierre patronal, un arma más (esta vez jurídicamente permitida) en manos del empresario para neutralizar la huelga, pero ello no descalifica tal situación, en principio, en todos los ordenamientos y realidades jurídicos.

Con esto no se quiere afirmar que el cierre sea una medida pensada como límite o «contrapeso» a la huelga, puesto que tal rol no le es (o no debería serle) inherente y, en todo caso, constituye labor del legislador la regulación en tal sentido. Caso distinto fuera si ya existiera una opción de la norma constitucional en favor de alguna de las medidas (la huelga por ejemplo, que es el caso que se presenta en la práctica), dado que esto determinaría una serie de efectos protectivos que luego veremos; pero, en el supuesto planteado de sistemas que consagran la igualdad de las medidas de presión de los interlocutores sociales al nivel de derechos constitucionales, no encontramos ninguna razón de principio como para negar *a priori* toda posibilidad a la coexistencia tutelada de ambas medidas. Los límites de su articulación serán tarea del propio ordenamiento, el cual, además, no tendrá que respetar ninguna opción de partida sino tan sólo la de absoluta igualdad de trato de las dos medidas conflictivas (59).

2.2. Como libertades.

El sistema de libertad de conflicto absoluto en el cual las medidas de presión son consideradas como libertades, ha sido ya objeto de análisis en el caso anterior de silencio normativo; baste con precisar que así como se llega a la libertad de conflicto a través del silencio normativo, se puede también llegar a través de lo que hemos denominado reconocimiento atenuado de los mecanismos conflictivos.

La diferencia entre los dos modelos es que en el primero bastaba la neutralidad estatal para reconstruir un sistema de libertad, en tanto que en el segundo existe un reconocimiento expreso por parte del Estado de las medidas, pero no una consagración de éstas como derechos. Existe si se quiere el reconocimiento de una libertad en sentido propio (para seguir la

(59) Algún sector de la doctrina ha formulado otra crítica, aunque vinculada indirectamente a la anterior (OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 540. VALDES DAL-RE, *ob. cit.*, pág. 150) en el sentido que cuando existen ambas medidas como derechos similares (abarcándose de esta forma una regulación a nivel de ley ordinaria, por ejemplo) en realidad sólo se puede hablar con propiedad de la existencia del derecho al cierre y de una esfera de libertad de la huelga. Esta es ciertamente una crítica de partida a la propia existencia de la figura del cierre patronal dentro del Derecho del Trabajo y, en todo caso, de su función última como medida de conflicto. Se pone el énfasis además en la mayor potencialidad de la primera figura frente a la segunda puesto que el cierre es una medida conflictiva decididamente encaminada a contrarrestar el poder de presión que se ejerce con la huelga (MANCINI, *ob. cit.*, pág. 54. MARTIN VALVERDE. «Regulación ...», *ob. cit.*, pág. 204). Véase RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 64.

terminología adoptada) aceptada y querida por el Estado de una manera expresa, podríamos citar el caso de la regulación española, no necesariamente como ejemplo de este caso, pero sí de la clase de regulaciones que pueden derivar en discusiones de este tipo.

Para terminar, sólo agregar que de la comparación de estas dos primeras tendencias podemos identificar dos posibles formas de plasmación del modelo de equiparación efectiva de las medidas de presión de los actores sociales: la centroamericana, a través de la consagración como derechos de las medidas de presión y la occidental europea, a través de fórmulas generales o reconocimiento de la libertad de asociación.

3. Reconocimiento diferenciado.

En esta tercera tendencia el dato normativo del cual se parte es el exclusivo reconocimiento del derecho de huelga frente al silencio respecto al cierre patronal. Es el caso de la experiencia sudamericana y la de los países del sur de Europa (Italia, Francia, Portugal) (60).

Una primera posibilidad es la del reconocimiento del derecho de huelga, que puede a su vez venir acompañado de un silencio respecto al cierre, o bien de un reconocimiento infraconstitucional o de una prohibición del mismo. La otra posibilidad de regulación representa el caso inverso y estaría dada por un reconocimiento del cierre patronal acompañado de los mismos supuestos del caso anterior, es decir, de un silencio respecto a la huelga, de una prohibición o reconocimiento infraconstitucional de la misma. Como es claro sólo la primera de las posibilidades se recoge en el Derecho comparado, ubicándose además en él la «costumbre» sudamericana en la regulación del cierre patronal.

El reconocimiento diferenciado de huelga y cierre patronal, con preeminencia de la primera sobre el segundo (inclusive -como se ha visto- con supresión o prohibición de este último) se basa en teorías o posiciones «asimétricas». En base a consideraciones como las diferencias de naturaleza y motivación entre la huelga y el cierre patronal, el desequilibrio real *versus* la paridad formal de ambas instituciones, el efecto indiscriminado del cierre y la incompatibilidad del reconocimiento de ambas como derechos, todas estas posturas valoran de manera diferente las medidas de conflicto protagónicas de los actores sociales. De esta manera, se niega toda posibilidad de paridad entre huelga y cierre patronal.

(60) En el caso español puede decirse que estamos ante un reconocimiento constitucional mediatizado del cierre patronal. A pesar de la posición mayoritaria de la doctrina de no encontrarle espacio a dicha figura en el artículo 37.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional consideró al cierre patronal dentro del citado precepto «si bien -como comenta OJEDA- sometido a una fuerte restricción en cuanto a las motivaciones lícitas para operar la clausula del establecimiento». Al respecto véase OJEDA AVILES, *ob. cit.*, págs. 542-552. En ese sentido, no creemos posible ubicar al modelo español dentro de un régimen de paridad o tratamiento equivalente, sino de reconocimiento diferenciado, a favor de la huelga.

Es posible encontrar diferencias cardinales entre las dos instituciones. Tanto por la función, como por los sujetos activos y sobre todo por los fines, estas medidas de presión son manifiestamente diversas. Mientras el cierre es la expresión de la lucha del empresario en defensa de sus intereses materiales afectados por la medida de los trabajadores en el marco de un conflicto, la huelga representa para los trabajadores la posibilidad de ejercer presión en defensa de sus condiciones de trabajo y de vida, interés que además se defiende en grupo, lo cual se encuentra corroborado por el hecho de que, independientemente de la titularidad del derecho, su ejercicio sea colectivo.

Pero, por otro lado, en el plano de la valoración de la huelga, son varios los argumentos dados. Hay que destacar la concepción «equilibradora» que se tiene de la huelga. En ese sentido, se le concibe como un «contrapeso destinado a compensar la situación de inferioridad de los trabajadores» (61), por lo que de lo que se trataría es de restablecer en sede colectiva, siquiera parcialmente, el equilibrio inexistente en el nivel individual. Dentro de esta perspectiva, el cierre patronal representaría un «plus de poder» inaceptable, puesto que tiende a profundizar el desequilibrio señalado y porque además perturba la eficacia y operatividad de la huelga (62). No es que el cierre patronal sea el elemento generador del desequilibrio entre empleador y trabajadores, eso es claro, pero también lo es que podría contribuir a acrecentarlo (63).

Para otros, sin embargo, la premisa de desigualdad se torna insostenible en el nivel colectivo, espacio donde, precisamente, se desarrollan las medidas de huelga y cierre patronal (64). Los trabajadores cuentan con la negociación y la huelga como medios de presión. Se olvida, sin embargo, que no es cierto que la sola presencia sindical con la posibilidad de negociación colectiva y la facultad de presión compensen la situación de inferioridad de los trabajadores. El poder de propiedad y del capital permanecen incólumes y constituyen el poder más fuerte de presión.

(61) CAMPS RUIZ y otros. Fundamentos de Derecho Sindical, *ob. cit.*, pág. 251.

(62) CAMPS y otros, *ibíd.* También MARTIN VALVERDE. «Regulación de la huelga en la Constitución», *ob. cit.*, pág. 204. OJEDA AVILES, *ob. cit.*, pág. 545. VALDES DAL-RE, *ob. cit.*, pág. 154.

(63) En ese sentido, DÄUBLER, W. «La huelga en la Constitución española», *ob. cit.*, págs. 92-93, constata una serie de otras contramedidas empresariales frente a la huelga, llegando a sostener que ... la licitud del cierre equivaldría a «una forma de "overkil", como un medio suplementario de cimentar la subordinación del trabajador. El que se sienta comprometido en el progreso social, nunca podrá aceptar el cierre».

(64) *Cfr.* GARCIA FERNANDEZ, *ob. cit.*, págs. 46-48.

3.1. Reconocimiento del derecho de huelga.

Como se ha señalado, el exclusivo reconocimiento del derecho de huelga es una práctica bastante generalizada en la experiencia sudamericana y en la de los países del sur de Europa (65). En ellos, el reconocimiento del derecho de huelga se realiza al más alto nivel normativo, y a diferencia de los supuestos anteriormente descritos, éste es exclusivo, es decir, que no existe ninguna referencia a la medida del cierre patronal.

En este sistema de regulación, por lo tanto, al igual que en el primer supuesto de silencio normativo, existe silencio constitucional sobre el cierre patronal, pero acompañado como hemos visto de un reconocimiento expreso del derecho de huelga, lo que podría interpretarse como «una variable fundamental del conflicto sindical» (66).

Existe en estos sistemas una quiebra del carácter neutral frente al conflicto laboral, pues la opción preferencial por los trabajadores se desprende de la propia opción política constitucional.

Como afirma GIUGNI actuando así, se rechaza el principio liberalista de una valorización paralela de la huelga y el cierre patronal como medios de lucha simétricos, expresiones ambas de un conflicto en el ámbito del cual el ordenamiento debe mantener una posición de «rígida neutralidad», confiriéndose de este modo relevancia jurídica a la sustancial desigualdad entre trabajadores y empleadores (67).

Un planteamiento constitucional de este tipo plantea una serie de cuestionamientos respecto del cierre patronal, puesto que las posibilidades de desarrollo de la figura no parecen ser tantas como en el caso del silencio total sobre las medidas de presión. Se debe partir de la opción política constitucional favorable a la huelga, a partir de la cual, cualquier desarrollo normativo de la figura del cierre patronal debe ser respetuoso del modelo planteado. ¿Implicaría esto que el cierre patronal está prohibido y que por lo tanto, cualquier intento de declararlo como derecho determinaría que la ley que lo hiciera fuera *per se* inconstitucional?, o más bien ¿está permitido de hecho ante la falta de prohibición expresa?, en buena cuenta ¿en qué nivel jurídico se encuentra?

(65) En el ámbito americano, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela optaron por reconocer (en la Constitución) solamente el derecho de los trabajadores a la huelga. En Europa, la costumbre se constata especialmente en Italia, Francia y Portugal, en este último caso con una prohibición expresa del cierre patronal.

(66) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 94.

(67) GIUGNI. Diritto Sindacale, *ob. cit.*, pág. 271.

Nosotros creemos que la sola consagración del derecho de huelga, y aun su consideración como derecho fundamental (situación que ocurre en una serie de países, principalmente de América Latina), no prohíbe el cierre patronal, sino que determina un tratamiento favorable a la medida de los trabajadores (68).

Existen argumentos de tipo formal y de fondo que nos llevan a afirmar lo anterior. Por un lado, la necesidad de normas expresas para las prohibiciones, aunado al principio jurídico de que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», hacen que resulte bastante difícil la idea de una prohibición «tácita» como producto de la consagración del derecho de huelga.

De otro lado, se ha pretendido argumentar la prohibición del cierre por el supuesto carácter incompatible y contrario de ambas medidas de presión, no vamos a repetir aquí lo que en reiteradas oportunidades hemos manifestado con respecto a este argumento, pero sí incidir en el hecho de que «bien puede ser contemporánea la presencia de dos situaciones antagónicas a condición de que para las mismas se establezca un diferente tratamiento jurídico» (69). El rol del Derecho consiste precisamente en articular los derechos distintos y antagónicos que recoge un mismo ordenamiento jurídico y un sistema de derecho en general, y una de las formas de tal articulación podría ser el determinar escalafones distintos para ambas situaciones (solución distinta a la adoptada por los países que regulan de manera equivalente el derecho de huelga y el de cierre). Entender que la presencia de uno excluye cualquier posibilidad de desarrollo del otro derecho considerado incompatible, creemos que resulta exagerado y contrario a un sistema de derecho y al modelo planteado por estos países.

3.2. Libertad de cierre.

En este modelo de relaciones laborales definido por el exclusivo reconocimiento del derecho de huelga, el cierre no está prohibido pero tampoco reconocido.

Privado de fundamento legal el cierre patronal como instrumento de conflicto colectivo se encuentra en el nivel de las libertades de hecho, que a diferencia de las libertades en sentido propio, sólo gozan de inmunidad penal (la licitud penal se presenta como un rasgo característico de estos países, con la posible excepción de Italia) mas no civil.

(68) En igual sentido CORDOVA y MORGADO, *ob. cit.*, pág. 246, quienes afirman tajantemente que «desde luego la ausencia de reconocimiento constitucional no impide la regulación por ley ni el ejercicio en la práctica del cierre patronal».

(69) PERA, G. *Serrata e diritto di sciopero*, Milano, 1969, págs. 77-80. En la misma línea GARCIA NINET, *ob. cit.*, pág. 92. RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 94.

El poder de autotutela de la clase empresarial manifestado a través del cierre patronal requeriría por su excepcionalidad derogatoria respecto al Derecho común, una admisión explícita de la ley (70), puesto que, desde el plano de las libertades, difícilmente se puede admitir, por ejemplo, un sustento para el no pago de salarios, efecto lógico de un cierre patronal lícito.

El cierre entonces, como consecuencia de lo anterior, debe ser analizado desde la óptica de la relación individual de trabajo y desde esta perspectiva, «ninguna razón justifica la inaplicación del Derecho común regulador de obligaciones y contratos» (71). En este contexto normativo, el ejercicio del cierre patronal no constituye el ejercicio de ningún derecho subjetivo, sino que, por el contrario, se trata de una *conducta contractualmente ilícita*. Es necesario, pues, asumir el comportamiento que el empleador mantiene frente a cada uno de los contratantes (trabajadores) en el ámbito de una de las figuras generales del Derecho común, a través de las cuales se califica el comportamiento de los sujetos ligados por una relación de obligación (72).

Lo anterior sin embargo no debe llevar a confusión. El cierre patronal es un *hecho colectivo*, pues tiene los elementos definidores para ello, pero no un derecho colectivo por la falta de consagración en ese sentido. Existen una serie de hechos colectivos que por no gozar de consagración no tienen *relevancia jurídica colectiva*, es decir, no son derechos colectivos (como ejemplos piénsese en el sabotaje o la toma de rehenes). El carácter colectivo de la medida, por otro lado, se muestra indiferente a una ley que, por ejemplo, le negase tal carácter, pues ésta le podría dar o quitar, en su caso, la relevancia jurídica colectiva, mas no el carácter mismo de colectividad (73).

El carácter colectivo del cierre patronal no constituye un contrasentido (ni se enfrenta) con la regulación de éste en el ámbito de las relaciones individuales, pues -y de ahí el motivo de la advertencia- constituyen compartimientos estancos distintos: una cosa es que el cierre sea un hecho de naturaleza colectiva y otra el campo jurídico al cual pertenezca como consecuencia de las opciones positivas de un ordenamiento jurídico determinado.

(70) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 94.

(71) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 95.

(72) GIUGNI, *ob. cit.*, pág. 272.

(73) En este sentido GIUGNI, *ibíd.*, comenta que la consagración exclusiva de la huelga «pone de relieve que el legislador constitucional ha querido que este comportamiento (el cierre) fuera regulado por los principios del Derecho común, privando así de relevancia al momento colectivo que le es propio por lo menos en el sentido de que esa acción va dirigida contra la pluralidad de trabajadores».

3.3. El cierre en el ámbito del Derecho común.

La consecuencia más importante de la consagración exclusiva de la huelga como derecho constitucional es la de excluir del campo del derecho colectivo del trabajo la figura del cierre patronal, es decir, relegarlo al nivel de simple libertad y como tal regularse por el Derecho común.

Este efecto, que se presenta como la consecuencia lógica del rechazo del paralelismo entre huelga y cierre, sin embargo, pasa en la práctica de los Estados occidentales europeos (74) por un proceso de relativización. Existe una falta de correlación entre los juicios abstractos emitidos en relación con su legitimidad, tomando como presupuesto la regla general de su consideración como incumplimiento contractual que impone la disciplina obligacional, y la aplicación concreta de esta tesis a los supuestos prácticos.

Así, es frecuente que ante una premisa de partida que condena la legitimidad del uso del cierre patronal como instrumento de conflicto, no todas las manifestaciones de aquél se declaren ilegales por parte de los tribunales e inadmisibles según la doctrina. Dos son las principales vías utilizadas para este fin de aproximar los márgenes de licitud de los instrumentos típicos de conflicto de que disponen una y otra parte.

Una dentro del campo mismo del derecho de obligaciones, al ampliar considerablemente la esfera de licitud contractual «pasando por construcciones que trasladan al ámbito laboral una concepción parcial de las excepciones civiles, tomando en consideración y atribuyendo especial relevancia a elementos concretos y silenciando otros, (...) de forma que el contenido, características y requisitos de las mismas no guardan ningún tipo de relación con la elaboración autónoma que de éstas se realiza en el seno de esta parcela concreta de la disciplina laboral, salvo la identificación nominal» (75).

La segunda vía se aparta del campo del Derecho común para buscar lo que TREU (76) llama «soluciones más equilibradas», sobre todo, cuando las circunstancias en que se adopta el cierre hacen referencia a una reacción patronal frente a conflictos y huelgas particularmente desorganizativos e irregulares. Se traslada entonces la valoración del cierre al terreno de las relaciones colectivas a través de medidas como el *cierre de retorsión* del Derecho italiano o el cierre sustentado en un *poder de policía* en Francia y principalmente España.

(74) En este punto debemos precisar que la experiencia latinoamericana como tal no tiene una política definida con respecto al cierre, comportándose más bien de acuerdo a las circunstancias de cada caso y muchas veces respondiendo a las presiones particulares de las partes en conflicto.

(75) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, págs. 206-207.

(76) TREU, *ob. cit.*, pág. 217.

3.4. Reconocimiento infraconstitucional del cierre patronal.

Siempre dentro del sistema de reconocimiento exclusivo del derecho de huelga, podemos identificar una cuarta subtendencia, constituida por aquellos ordenamientos que contando con este modelo constitucional reconocen el *derecho* de cierre a través de leyes ordinarias y generalmente en sus Códigos de Trabajo (77).

La opción normativa planteada presenta un cuestionamiento de partida, saber si efectivamente es posible una consagración del derecho al cierre patronal dentro de los parámetros determinados por el diseño constitucional. Se trataría en buena cuenta de precisar la constitucionalidad o no de la norma que efectúe tal consagración.

Nosotros creemos, y lo hemos reiterado varias veces a lo largo del presente trabajo, que la exclusiva consagración del derecho de huelga en una Constitución no prohíbe una eventual regulación del cierre patronal, sino que determina un tratamiento ampliamente favorable al derecho de huelga (78). Esta opción a favor del derecho de los trabajadores se presenta en los efectos propios de una consagración de mayor jerarquía de la huelga frente a la que tendría un eventual desarrollo del cierre (preferencia y jerarquía), coincidiéndose así con la posición doctrinal -ya citada- que admite la existencia de dos situaciones antagónicas pero con un tratamiento jurídico diferenciado (79) y también, por constituir un verdadero límite a cualquier intento de regulación del cierre patronal.

El reconocimiento del derecho de huelga a nivel constitucional condiciona y limita cualquier desarrollo legislativo del cierre, pues el espacio de licitud de éste deberá respetar los márgenes de actuación de aquella. De tal forma que será el respeto de este espacio, es decir, el *contenido* de esa norma de inferior jerarquía la que definirá una eventual inconstitucionalidad de la misma. La sola existencia o definición apriorística de tal norma, por el contrario, resulta a nuestro parecer del todo insuficiente.

(77) El reconocimiento a nivel infraconstitucional no se da, sin embargo, de una manera uniforme. En el caso de Chile, por ejemplo, puede efectuarse solamente con relación a una huelga ya declarada que afecte a más del 50 por ciento de los trabajadores, pero no se precisa de tal porcentaje cuando se dé una paralización de actividades imprescindibles para el funcionamiento de la empresa (art. 152, Ley 19069 sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, 1991); mientras que en Venezuela sólo se condiciona el cierre empresarial a que se agoten los procedimientos de conciliación y negociación (art. 470, LOT, 1991).

(78) La doctrina en este punto se encuentra dividida; existen quienes opinan que «cualquier ley ordinaria que sancionara el cierre patronal a título de derecho habría de ser declarada inconstitucional» (GIUGNI, *ob. cit.*, pág. 272), y quienes consideran que esto no se produce (PERA, *ob. cit.*, pág. 78. GARCIA NINET, *ob. cit.*, pág. 92. ZANGARI, G. Diritto o Libertà di sciopero. *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1960, II, pág. 196 y ss.).

(79) PERA, *ob. cit.* Véase *supra* nota 68.

El tema que resulta entonces de mayor complejidad en este punto sería el de ensayar una determinación de aquel espacio de licitud dejado por la huelga al cierre, y dentro del cual, además, éste encontraría su propia y única esfera posible de licitud. Nosotros no vamos a pronunciar nos en forma tajante sobre este tema porque hacerlo escapa de los objetivos del presente estudio, creemos más bien, que corresponde al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia de un contexto determinado la respuesta final sobre el punto.

Ensayando, sin embargo, alguna forma de respuesta nos inclinaríamos a creer que tal posibilidad normativa estaría dada por los efectos indiscriminados de una huelga ilegal y la posibilidad de encontrar en el cierre patronal la solución a tales desviaciones del derecho; éste ha sido por lo menos el campo más ensayado por la doctrina, jurisprudencia y práctica legislativa comparada. Quede claro, sin embargo, que la licitud que el cierre encontraría en este campo no se derivaría sin más de la ilegalidad de la medida de huelga, sino de su propia adecuación a los supuestos permitidos por una ley.

No obstante lo anterior, se debe ser consciente también que en América Latina existe casi una «costumbre» de relativizar al máximo los límites y efectos de la huelga (80), con tal, que aparejado a un primerísimo reconocimiento del derecho existe en la práctica de los Estados una tendencia a limitar a través de declaraciones, muchas veces indiscriminadas, la ilegalidad de la huelga. Si se tiene en cuenta esto, la utilidad del cierre en este punto parecería del todo carente de contenido puesto que existen vías alternativas «de solución» al problema; cabría, sin embargo, interrogarse por la legalidad de estas medidas y, si no conviene más bien, una regulación clara que precise los límites de la huelga y las posibilidades privadas de actuación ante ella.

Los temores propios de quienes ven en esto una declaratoria de inutilidad de la huelga, deben reconducirse a la alternativa de diseñar un ordenamiento jurídico más diáfano que regule efectivamente el juego de los actores sociales en un conflicto determinado, limitando y permitiendo lo necesario a fin de que el Derecho Laboral abarque el campo que le es propio y no sea burlado por comportamientos extralegales que pueden acarrear efectos aún más nocivos.

(80) En este sentido CORDOVA y MORGADO, *ob. cit.*, pág. 239 (y en general los capítulos 9 y 13). Señalan los autores que «en América Latina se producen muchos conflictos pero relativamente pocas huelgas legales, ello se debe, por una parte, al rigorismo formal de la ley, y por otra, al esquema descentralizado de negociación que encierra en sí mismo el germen de gran cantidad de controversia que implica también una debilidad básica del sindicato frente al empleador». Se cita como ejemplos unas cifras demostrativas del caso colombiano y venezolano: en Colombia (período 1977-1979) hubo 108 huelgas legales frente a 612 ilegales, y en el período de 1980, en Venezuela sólo 4 huelgas legales frente a 185 ilegales. En el caso peruano, la pregunta debería ser planteada por el lado de cuántas huelgas no se declaran ilegales.

Pero si el desarrollo infraconstitucional no se presenta, el cierre patronal, privado de fundamento legal, es excluido del campo del derecho colectivo del trabajo (carece de relevancia jurídica colectiva) y relegado al nivel de libertad de hecho con lo cual sólo se garantiza su inmunidad penal.

En este contexto, cualquier análisis jurídico de la medida del cierre patronal debe darse desde la óptica de las relaciones individuales y del Derecho común de las obligaciones y contratos. El cierre se presenta como una conducta contractualmente ilícita pasible de responsabilidad civil (reparación), teniendo como únicos eximentes los supuestos caso fortuito o fuerza mayor siempre que concurren los requisitos de inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistibilidad necesarios para su configuración.

Es nuevamente dentro del ámbito americano y no europeo donde se ha verificado este supuesto, y así encontramos el caso de los siguientes países: Bolivia (art. 159, Const.; art. 114, LGT), Nicaragua (art. 83, Const.; arts. 230-237, CT) y Paraguay (art. 98, Const.; arts. 366-371, CT) (81). En ellos, se ha reconocido un derecho al cierre patronal en normas de inferior jerarquía que la Constitución, configurándose un efectivo sistema de reconocimiento diferenciado con clara opción por el derecho de huelga de los trabajadores.

Cabe destacar que en estos ordenamientos se presenta como coincidencia que la Constitución que opta por el exclusivo reconocimiento del derecho de huelga se ha dado de forma posterior a la ley que recogía en nivel de igualdad estas medidas. No se ha presentado, sin embargo, ningún problema de derogación tácita y ambas normas se encuentran plenamente vigentes en la actualidad delineando el sistema descrito (82).

Esta situación ha determinado que el tratamiento que recibe el cierre patronal sea el de un derecho como cualquier otro, no necesariamente circunscrito a un ámbito de legalidad dejado por la huelga. El cierre se presenta entonces a nivel normativo sin más límite que el de un preaviso, y en los casos de Bolivia y Nicaragua, con el de haber agotado los procedimientos de conciliación y arbitraje como medios de solución pacífica de controversias. Si bien éste es el panorama positivo del cierre creemos que la práctica jurisprudencial debe inclinarse hacia una interpretación restrictiva del cierre concordándolo con el derecho de huelga proclamado en la Constitución de sus países, caso contrario, se estaría desnaturalizando la opción constitucional a través de la aplicación indiscriminada de la ley que recoge el cierre patronal como derecho.

(81) En este último país la situación ha variado con la Constitución de 1992 que reconoce al mismo nivel (constitucional) la huelga y el cierre patronal. La anterior Constitución paraguaya (1967) sólo recogía el derecho de huelga, siendo el Código de Trabajo el que reconoció y desarrolló la institución del paro patronal.

(82) En el caso de Bolivia la Ley General del Trabajo es de 1942, en tanto que su Constitución, de 1967. En Nicaragua el Código de Trabajo es de 1944 y la Constitución de 1987. En Paraguay, igualmente, el Código de Trabajo (1961) antecedía a la derogada Constitución de 1967.

3.5. Reconocimiento exclusivo del cierre patronal.

Habíamos -finalmente- señalado en el esquema de esta parte del trabajo como otro supuesto teórico la posibilidad del reconocimiento exclusivo del cierre patronal. Este supuesto sólo se presenta como alternativa lógica correlativa al primer caso, pues no se presenta en el Derecho comparado.

De otro lado, resultaría (aunque no se trate de explicar las causas de la inexistencia de esta hipótesis normativa) bastante difícil -y hasta imposible- su viabilidad práctica debido a la existencia de instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren a la huelga como medida fundamental en la defensa de los trabajadores, así el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos («Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses»), y de manera más directa, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales («Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: ... d) *El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*») (83).

Asimismo, los principios que sustentan las sociedades democráticas contemporáneas que comparten una valoración positiva del conflicto impedirían una regulación que optara por una regulación exclusiva del cierre patronal en desmedro de la medida de presión por excelencia de los trabajadores, de ahí su poca trascendencia y consecuente brevedad de lo expuesto.

4. Reconocimiento de la huelga y prohibición del cierre patronal.

La cuarta y última tendencia que identificamos en la regulación del cierre patronal es la de la prohibición expresa de la medida. Podemos a su vez agrupar aquí dos supuestos o formas de prohibiciones, una, que opera en la misma Constitución de forma expresa y acompañada del reconocimiento del derecho de huelga, y la otra, a través de la conceptualización del cierre como figura delictiva.

(83) Como se ha visto, la Carta Social Europea, el otro instrumento internacional que reconoce el derecho de huelga, contiene una referencia al derecho de trabajadores y empresarios a emprender «acciones colectivas» en caso de conflicto de intereses. Esta referencia, sin embargo, ha sido entendida por los órganos de control de la Carta Social Europea como comprensiva del cierre patronal. Señala KOJANEC, G. «La Carta Social Europea y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales». AA.VV. La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000. Madrid, 1989, pág. 119, que «La Carta protege no solamente el derecho a la huelga sino también las acciones colectivas de los empleadores en caso de conflicto de intereses (el *lock-out*) y que, en ambos casos, el artículo 31 resulta aplicable, permitiendo particularmente las restricciones previstas en la ley, necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respecto de los derechos y libertades de otros». PARDELL VEA, A. Los derechos sindicales en la Carta Social Europea, Barcelona, pág. 267.

El primer caso sólo se ha verificado en la experiencia portuguesa a través del artículo 60 de su Constitución, que en términos bastante generales establece que «Está prohibido el *lock-out*», lo que ha sido entendido como una garantía del derecho de huelga y como una «recusa frontal al principio de paridad de armas» (84). Esta disposición constitucional ha sido explicitada y desarrollada por la Ley número 65/77 que establece el régimen jurídico del derecho a la huelga. La citada ley en su artículo 14.1 reproduce el texto constitucional, pero, a continuación, especifica la prohibición, alcanza a cualquier decisión unilateral del empleador que se traduzca en paralización total o parcial de la empresa, en un impedimento de acceso a los locales de trabajo de alguno o todos los trabajadores o en rehusarse a proporcionar trabajo o facilitar a los trabajadores las condiciones e instrumentos de trabajo que determinen o puedan determinar una paralización de todos o algunos sectores de la empresa (art. 14.2). Asimismo, el cierre patronal se encuentra sancionado penalmente (con prisión y multa) por la propia ley (85).

Otro caso, aunque no se haya verificado en práctica legislativa como tal, es el del Estado de Hessen de la República alemana (86), al que «la doctrina casi unánimemente niega eficacia jurídica basándose en la fractura que introduciría en el principio de unidad del derecho, al haberse declarado por parte de los tribunales, además, la nulidad del precepto al finalizar la década de los 70 por entrar en confrontación directa con el derecho regulador de las asociaciones profesionales tal y como lo configura el artículo 9.3 de la Constitución Federal» (87), ampliamente comentado en el desarrollo de este trabajo. En esta clase de sistemas lo que existe es una prohibición de recurrir al cierre patronal, pero no una consideración del mismo como delito, aunque ciertamente existirán algunas consecuencias punitivas como resultado de transgredir la prohibición constitucional.

El supuesto, por otro lado, de la consideración delictiva del cierre patronal tampoco es usual en la práctica del Derecho comparado, verificándose sólo en la experiencia italiana por medio del «Statuto dei lavoratori» que plantea una penalización indirecta a través de la noción de acto antisindical.

(84) MONTEIRO FERNANDES, A. *Direito de Greve. Notas e comentários à Ley núm. 65/77, de 26 de agosto, Coimbra, pág. 78.* GOMES CANOTILHO y VIDAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa, Coimbra, 1978, pág. 161*, interpretan la prohibición constitucional como un «derecho fundamental de los trabajadores»; prohibición absoluta que no permite siquiera entender al *lock-out* como «libertad». Asimismo, acudir a esta figura patronal implica una violación del contrato de trabajo e incurrir en responsabilidad penal.

(85) Véase MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, pág. 78 y ss.

(86) Como ya se ha visto, la Constitución alemana, así como las Constituciones de los Estados de la República alemana -con la excepción que se acaba de señalar-, silencian el tema del cierre.

(87) RUIZ CASTILLO. El cierre patronal, *ob. cit.*, pág. 67.

MONTALVO CORREA (88) presenta tres argumentaciones a partir de las cuales puede surgir la consideración delictiva del cierre patronal. Una basada en el postulado liberal decimonónico que rechaza todo tipo de asociación y coalición (89); otra, en la consideración delictiva de la huelga y el cierre en el contexto de los regímenes políticos autoritarios de derecha, que no tenían otro objetivo que solapar la lucha de clases en los regímenes fascistas o de signo corporativista (90); y finalmente, desde una perspectiva distinta la prohibición del cierre como producto de un modelo «democrático, dinámico y progresivo del derecho de huelga», se ve en el cierre una manifestación del poder empresarial constitutivo de una conducta antisindical que impide o dificulta el ejercicio del derecho de huelga.

El modelo italiano se adscribió en una primera época a la segunda de las argumentaciones y en la actualidad a la tercera. El Estatuto de Trabajadores en su artículo 28 recrimina el cierre como conducta antisindical, derivándose así sentencias que han ordenado al empresario el cese en su conducta reabriendo la empresa y pagando las retribuciones de este período suspensivo, la falta de acatamiento a esta orden judicial es sancionada penalmente. De esta forma GIUGNI (91) entiende que «se ha reintroducido indirectamente aquella prohibición del cierre patronal, penalmente tutelada que el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional», justificándola, sin embargo, en base al fundamento de una y otra prohibición. La primera, del Código Penal, se basaba en una norma corporativista, en tanto que la actual, en una afirmación del derecho de huelga y de libertad de acción sindical.

Frente a quienes consideran que la opción de reconocimiento exclusivo del derecho de huelga descarta -así como lo hacía en relación a un eventual desarrollo del cierre como derecho- cualquier posibilidad al legislador ordinario para reintroducir la ilicitud penal del cierre (92), nosotros creemos que tal camino es posible.

(88) MONTALVO CORREA, J. «El cierre patronal». Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo, Madrid, 1980, págs. 439 y ss.

(89) Un caso representativo es el del Código Penal español de 1870, en el que se sancionaba a los que se coaligaran «con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o para regular sus condiciones» lo cual, en la práctica, se tradujo en un tratamiento privilegiado del cierre patronal y en una aplicación que mortificaba exclusivamente a los trabajadores, pues éstos fueron objeto de durísimas y sangrientas represiones, tanto por el hecho de la asociación como por el de utilizar la huelga; así, el cierre resultó efectivamente favorecido porque se efectuaba por la voluntad de un solo empleador o de una pequeña cantidad no trasgrediendo el principio individualista de la no asociación.

(90) Ejemplos de este caso, el propio Código Penal italiano de 1930 que fuera derogado por la jurisprudencia en la importante Sentencia de 4 de mayo de 1960 (GIUGNI, *ob. cit.*, Appendice III, págs. 345-349). El fundamento de esta prohibición era la consideración de atentados -de la huelga y el cierre- contra la economía nacional, contra la industria y el comercio, y en último término contra la patria. El orden público y la economía nacional en abstracto se alzan así como supremos valores de este tipo de sociedad a los que han de someterse las diferencias laborales.

(91) GIUGNI. Derecho Sindical, *ob. cit.*, pág. 269.

(92) RUIZ CASTILLO, *ob. cit.*, pág. 95.

La alternativa y fundamentos del caso italiano, por ejemplo, resultan harto interesantes por la argumentación que está a la base de la ilicitud penal del cierre: se trataría de limitar el cierre en función a la afirmación de otros derechos, admitiéndose con ello, eso sí, cierta incapacidad por parte del ordenamiento para regular eficazmente el cierre a fin de que sus efectos nocivos en relación con la huelga no se den, teniendo en consecuencia que recurrir a la medida extrema de declararlo delito. Por ello, creemos que el problema no radica en determinar si es posible convertirlo en delito, ya que el modelo constitucional en todo caso no prohíbe esta posibilidad (ni mucho menos con la sola declaratoria del derecho de huelga existe una garantía para el reconocimiento del cierre), sino en determinar cuán conveniente resulta hacerlo.

¿Constituye una buena técnica legislativa el camino de prohibir penalmente unos derechos para pretender afirmar otros? ¿Constituye ésta la función última del Derecho Laboral? Nuestra posición es evidente. La afirmación y eficaz funcionamiento de los derechos laborales, y en especial del de la huelga, es producto de muchos factores y en primerísimo lugar, de la toma de consciencia por parte de los actores sociales y de los aplicadores del derecho de la jerarquía que tal medida tiene en el ordenamiento jurídico, así como de la real articulación y coordinación de los distintos derechos que podría eventualmente perjudicar ésta. Pretender declarar delito cualquier medida que pueda -y esto como ya lo hemos afirmado dependerá de las posibilidades que el ordenamiento le dé en tal sentido- representar alguna limitación, no es correcto ni desde una perspectiva de técnica legislativa, ni de la eficacia de derechos, pues también podría pensarse que muchos otros derechos vulneran la huelga por ejemplo, el poder directriz si se usa para sancionar algunas medidas producto de ella, o el poder de gestión si le impide la consecución de determinadas reivindicaciones o incluso el derecho de propiedad, etc., con lo cual, siguiendo el mismo razonamiento, se podría llegar al absurdo de pretender declararlos también como delitos.

Debe tenerse en cuenta también la propia finalidad del Derecho Laboral en este sentido. Ciertamente existe una marcada tendencia protectora del trabajador, pero debe recordarse que en el contexto de la relación capital-trabajo el trabajador comparte su rol con otro sujeto laboral llamado empleador; el Derecho del Trabajo en esta perspectiva lo que debe intentar es regular todas las relaciones surgidas de ese vínculo, teniéndose dentro de ellas a la conflictiva como una de las más ricas e importantes. Si esto es así, con sólo penalizar ciertas actitudes patronales no se logra el objetivo de regular el conflicto y mucho menos de evitarlo, perdiendo incluso el Derecho Laboral su propia razón ante el recurso bastante «facilista» del Derecho Penal.

Finalmente, debemos precisar que esta cuarta tendencia en la regulación del cierre patronal es la de menor incidencia en la práctica legislativa de los Estados, verificándose tan sólo los casos presentados.

5. Comentario final.

Las cuatro grandes tendencias en la regulación del cierre patronal que se acaban de presentar representan una visión particular no sólo de la referida institución sino del conflicto laboral mismo en el marco de las presiones e intereses sociales de sus propios sistemas. Creemos que su análisis ha servido para constatar asimismo que no existe «el sistema» de regulación del cierre patronal, sino que la naturaleza de la medida da lugar, como se ha visto, a una diversidad de posibilidades normativas y jurisprudenciales.